



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 40777-12-10 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

בפני כב' השופט שלמה פרידלנדר

תובעים

1. עזבון המנוחה ביסאן אבו-אלעיש ז"ל

2. עזבון המנוחה מאיאר אבו-אלעיש ז"ל

3. עזבון המנוחה איה אבו-אלעיש ז"ל

4. עזאלדין אבו-אלעיש

5. דלאל אבו-אלעיש

6. שאדה אבו-אלעיש

7. מוחמד אבו-אלעיש

8. ראפה אבו-אלעיש

9. ע' אבו-אלעיש (קטין)

10. עזבון המנוחה נור אבו-אלעיש

11. שיאהב אבו-אלעיש

12. נג'וא אבו-אלעיש

13. ג' אבו-אלעיש (קטינה)

14. ב' אבו-אלעיש (קטינה)

15. א' אבו-אלעיש (קטינה)

16. ע' אבו-אלעיש (קטין)

17. ג' אבו-אלעיש (קטינה)

18. עטא אבו-אלעיש

19. נאסר אבו-אלעיש

20. אכאבר אבו-אלעיש

21. אעתמאד אבו-אלעיש

כולם ע"י עוה"ד חוסיין אבו חוסיין ורים מסארווה ;
ולפני כן ע"י עוה"ד לאה צמל, מיכאל ספרד וראדה חליחל

נגד

מדינת ישראל – משרד הביטחון

ע"י עוה"ד אריאל אררט וניר גנצ'רסקי מפמת"א (אזרחי)

נתבעת

פסק דין



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 40777-12-10 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

1

2

מבוא וטענות הצדדים

3

1. לפניי תביעה לפיצויים נגד מדינת ישראל, לפי **פקודת הנזיקין [נוסח חדש]**, בגין נזקי גוף שנגרמו, כנטען, מירי פגזי טנק של צה"ל על בית התובעים, ביום 16.1.09, במהלך מבצע "עופרת יצוקה".

4

5

2. התביעה נסבה על אסון נורא: משפחה פלסטינית, תושבת ג'בליה שברצועת עזה, שכלה ברגע אחד 4 מבנותיה: 3 אחיות ובת-דודן. בני משפחה נוספים נפגעו גופנית ונפשית. אסון זה התפרסם בשל נסיבות יוצאות דופן: התובע 4, ד"ר עזאלדין אבו-אלעיש, שבמועד האסון עבד כרופא במרכז הרפואי ע"ש שיבא בתל השומר (להלן: "הרופא"), ראה את מותן המזעזע של 3 מבנותיו, ואת פציעתה הקשה של בת נוספת, בתוך דירתו, בעת שהתראיין לטלוויזיה הישראלית בתחום עיסוקו הרפואי. רבים צפו בו מבכה בשידור חי את בנותיו ההרוגות. חרף טרגדיה נוראה זו, הפגין הרופא גדלות נפש, הצהיר שאין בלבו שנאה והמשיך לקרוא לפיוס בין העמים.

11

12

3. התובעים טענו כי לא הייתה כל עילה מבצעית, וממילא לא היה כל צידוק, לירי הפגזים לתוך דירתם. לפיכך, המדינה חבה לפצותם מכוח עוולת הרשלנות, הפרת הדין הבין-לאומי ההומניטרי ועוולה חוקתית. התובעים הוסיפו וטענו כי המדינה הפרה את חובתה לחקור את האירוע וגרמה להם נזק ראייתי. לטענתם, היעדרה של עילה מבצעית לירי שוללת גם את תחולתו של הסייג לאחריות המדינה בנזיקין בגין "פעולה מלחמתית".

16

17

4. המדינה טענה כי הירי שפגע בדירת התובעים כוון אל דמויות שהיה יסוד סביר לחשוד כי תצפתו על כוחות צה"ל והכווינו לעברם את הירי של ארגוני הטרור; כל זאת במסגרת הלחימה נגד ארגוני הטרור במבצע "עופרת יצוקה". זאת ועוד: בזירת האירוע, ובגופן של כמה נפגעות, זוהו חומרי לחימה המצויים בשימושם של ארגוני הטרור ואינם מצויים בשימוש צה"ל; ומכאן שהנזק או חלקו נגרם עקב חימוש זה, ולא עקב ירי צה"ל. המדינה טענה כי יש לדחות את התביעה על הסף, משום שהנזק נגרם עקב "פעולה מלחמתית" ו"מעשה מדינה", שהמדינה אינה אחראית בנזיקין בגינם. למעלה מן הצורך טענה המדינה כי חרף תוצאותיו המצערות של הירי – תחקורו לא הצביע על כל רשלנות או אי-חוקיות.

23

24

5. ביום 29.11.15 ניתן תוקף של החלטה להסדר דיוני בין הצדדים, שלפיו תידון תחילה השאלה אם הירי שגרם לנזק היה בגדר פעולה מלחמתית אם לאו. הסדר זה הנו בהתאם לסעיף 5(ב) **בחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה)**, **התשי"ב-1952** (להלן: "חוק הנזיקים"), הקובע לאמור: "טענה המדינה, כטענה מקדמית, כי אינה אחראית בנזיקים בשל כך שהמעשה שבשלו נתבעה הוא פעולה מלחמתית כאמור בסעיף קטן (א), ידון בית המשפט בטענה לאלתר, ואם מצא כי המעשה הוא פעולה מלחמתית כאמור, ידחה את התביעה" (ההדגשה הוספה). התובעים הודיעו באותו מעמד כי

29



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 10-12-40777 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

1 ראיותיהם לשאלת היות האירוע בגדר פעולה מלחמתית זהות לראיותיהם בשאלת האחריות
2 בכללותה. המדינה הטעימה [כגון בפרוטוקול עמ' 12 ובסעיף 2 בסיכומיה] כי לאור המתווה הדיוני
3 האמור – לא הביאה ראיות אלא כדי הצורך לבסס את טענתה להיות האירוע בגדר פעולה מלחמתית.
4 אעיר כי המדינה הודתה שלא אותרו התותחן והמט"ק שזיהו את הדמויות בבית הרופא, וגם לא יומן
5 המבצעים הגדודי [סיכומי המדינה, סעיפים 50 ו-54]. לפיכך, תמוה בעיניי אילו ראיות הייתה המדינה
6 עוד עשויה להביא, מלבד אלו שהביאה, לו נדונו גם השאלות אם הירי היה רשלני ואם הפר את דיני
7 המלחמה.

8

9

הראיות

10 6. מטעם התובעים הוגשו תצהירים מאת הרופא, ששכל באירוע את בנותיו ביסאן, מאיאר ואיה
11 ז"ל; מאת התובעת 6, גב' שאדה אבו-אלעיש, בתו של הרופא אשר נפגעה באירוע (להלן: "שאדה");
12 מאת התובע 11, מר שיהאב אבו-אלעיש, אחיו של הרופא ושכנו, אשר באירוע זה שכל את בתו נור ז"ל,
13 ואף נפגע בעצמו (להלן: "שיהאב"); מאת התובע 18, מר עטא אבו-אלעיש, אחיו של הרופא שהתגורר
14 בבית שנפגע, בדירה שמעל דירת הרופא, אשר בתו גאידה נפגעה באירוע (להלן: "עטא"); ומאת
15 התובעת 8, גב' ראפה אבו-אלעיש, בתו של הרופא אשר נפגעה באירוע [להלן: "ראפה"]. תמצית עדותה
16 הצפויה התקבלה כתצהיר; פרוטוקול עמ' 200-201]. כניסתם של המצהירים שיהאב ועטא מרצועת
17 עזה לישראל, לצורך מתן עדותם, לא הותרה; אולם שאר המצהירים האמורים העידו לפניי. עדים
18 אלה העידו כי הירי לדירתם בוצע שלא בעקבות ירי כלשהו בסביבת ביתם שהיה עשוי להצדיק זאת.
19 לגרסתם, לא היה שום אדם זר או חימוש זר בבית (קרי: בבית המשפחתי המשותף, שבו 3 דירותיהם
20 של הרופא ושנים מאֶחָיו, ומשפחותיהם); ואיש בבית לא תצפת לעבר כוח צה"ל או הכוויין את ירי
21 המחבלים עליו. התובעים הגישו תצהירים נוספים מאת מר יזהר באר, עיתונאי, אשר העיד אודות
22 הסיקור התקשורתי של האירוע וגרסת המדינה לגביו (להלן: "באר"); מאת מר שלומי אלדר, עיתונאי,
23 אשר סייע לרופא ליצור קשר עם צה"ל עובר לאירוע ובעקבותיו (להלן: "אלדר"); ומאת גב' מירי
24 מינוסקין-הוברמן, פעילה בקשרים בין ישראל ומדינות ערב וידידה של הרופא, אשר סייעה לו ביצירת
25 קשר עם צה"ל עובר לאירוע (להלן: "מינוסקין"). עדים אלו תמכו בעדות הרופא כי יומיים לפני
26 האירוע הופיע טנק של צה"ל ליד בית הרופא, אשר הטיל פחד בבני משפחתו. הרופא סיפר זאת לחבריו
27 האמורים, והם הצליחו ליצור קשר עם גורמים בצה"ל אשר התערבו וגרמו לכך שהטנק עזב את
28 המקום. גם מצהירים אלו העידו לפניי.

29 7. מטעם המדינה הוגש תצהיר מאת מפקד גדוד "גולני" שפיקד על הירי הנדון, אלי"מ ד' (להלן:
30 "המג"ד"). המג"ד העיד כי תוך כדי לחימה בסביבת ביתו של הרופא בוצע ירי על ידי ארגוני הטרור
31 לעבר כוח צה"ל, ונראה היה כי הירי הזה מכוון על ידי תצפיתנים בדירה האמצעית בבית גבוה בזירת



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 10-12-40777 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

1 הלחימה, שרק בדיעבד התברר למג"ד כי הייתה זו דירת המגורים של הרופא ומשפחתו. לפיכך הורה
2 המג"ד לירות 2 פגזים לעבר מקור הירי, וגם 2 פגזים לתוך דירה זו, כדי לנטרל את התצפיתנים
3 הנחזים. הירי העלה מן הדירה עשן שחור שמשך את תשומת לבו של המג"ד בהיותו בלתי אופייני לירי
4 כזה. המדינה הגישה גם חוות דעת מומחה מאת סא"ל ערן תובל, מפקד מעבדת חומרים וכימיה של
5 זרוע היבשה בצה"ל (להלן: "המומחה"). המומחה מצא כי מקורם של לפחות 5 מתוך 6 הרסיסים
6 שבדק, אשר הוצאו מגופן של 2 מן הנפגעות שנותחו, אינו בחימוש צה"לי אלא בחימוש המצוי בידי
7 ארגוני הטרור; דבר העשוי גם להסביר את העשן הלא צפוי שעלה מן הדירה. המג"ד והמומחה העידו
8 לפניי.

9 8. הופעתו של כל אחד מן העדים שהעידו לפניי, כשלעצמה, עשתה עליי רושם חיובי, במובן זה
10 שהעדויות היו קולחות וקוהרנטיות, איש איש בסגנונו; ולא הבחנתי אצל מי מן העדים בסימנים
11 חזותיים או פסיכו-לינגוויסטיים של אמירת אי-אמת.

12 9. התובעים התעקשו כי עדיהם יהיו נוכחים בזמן העדויות האחרות. הבהרתי בתחילת הדיון
13 [פרוטוקול עמ' 15] כי זכות בעלי הדין להיות נוכחים בו; אך מוטב שהעדים לא ינכחו בעדויות אחרות,
14 חרף הזכות האמורה, כדי שלא יתכרסם משקל עדותם עקב חשש מובנה לתיאום עדויות. כאמור,
15 התובעים בחרו אחרת. בדיעבד התברר כי גם עדים שלא היו בעלי דין, הי"ה אלדר ובאר, נכחו בעדויות
16 קודמות, מבלי שהתובעים הפנו את תשומת לבי לכך. הרופא ביקש להעיד באנגלית, לפני עדותה של
17 בתו ראפה, וציין שהדבר ייקל עליה, כמי ששפתה העיקרית היא אנגלית [שם עמ' 89]. ב"כ הצדדים
18 לא התנגדו לכך. בצל הטרגדיה הנדונה, נטייתי בהליך בכללותו הייתה להקל על התובעים בכל עניין
19 דיוני. לפיכך נעתרתי לבקשת הרופא להעיד באנגלית, לפני משורת הדין; למרות שהרופא שולט
20 בעברית, אנגלית אינה שפה רשמית בישראל, והדבר הכביד על הצד שכנגד ועל בית המשפט. נוכח דברי
21 הרופא, ובהיעדר נימוק משכנע אחר לבקשתו – אני נוטה להניח שתכליתה העיקרית הייתה כי ראפה
22 תשמע ותבין את עדות אביה לפני עדותה. דבר זה מכרסם גם במשקלה של עדות ראפה. הרופא הודה
23 כי תצהירי התובעים הוכנו יחד [שם עמ' 100]. בנסיבות העניין סביר כי האירועים מושאי העדויות
24 היוו נושא לשיחות רבות בין בני המשפחה, מאז האירוע עד המשפט. נוכח כל האמור, אני מייחס ל-3
25 העדויות של בני משפחת התובעים משקל של עדות יחידה של בעל דין; למעט בעניינים שבהם גרסת
26 התובעים נתמכה בראיות חיצוניות.

27

28

חימוש של ארגוני הטרור בבית הרופא

29 10. הרופא שלל בהחלטיות את האפשרות כי בביתו הוסלק חימוש של ארגוני הטרור. הוא העיד כי
30 לא היה מרשה זאת, וכמוהו גם אָחיו הצעירים, דיירי הבית, שאותם גידל והשפעתו עליהם רבה.





בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 10-12-40777 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

- 1 הרופא שלל גם את האפשרות שחימוש כאמור הוסלק בבית שלא בידיעתו [פרוטוקול עמ' 124-125],
2 138-139, 144, 185]. על יסוד התרשמותי הכוללת מאישיותו ומפועלו של הרופא, ומעדותו בדבר
3 החינוך שנתן לילדיו [שם, עמ' 124-125], אני מאמין שהוא לא היה מעורב בהסלקת חימוש של מחבלים
4 בבית, ולא ידע על כך.
- 5 11. דא עקא, שהראיות הפורנזיות מצביעות על קיומו של חימוש כזה בבית הרופא. עדותו של
6 המומחה מטעם המדינה [בחוות דעתו ובחקירתו בבית המשפט], שלא נסתרה בעדות מומחה נגדית או
7 באופן אחר, העלתה באופן חד משמעי כי לפחות 5 מ-6 הרסיסים שנבדקו, אשר הוצאו מגופן של
8 שתיים מן הנפגעות באירוע, מקורם בחימוש שאינו מצוי בידי צה"ל, אלא בידי ארגוני הטרור.
9 ממצאים אלו תאמו את עדותו של המג"ד, שלא נסתרה, כי כבר בעת הירי תמה על העשן השחור שעלה
10 מתוך הדירה, שאינו אפייני לפגיעת פגז בדירה רגילה, אלא ל"פיצוץ משני" של חימוש המצוי בזירה
11 [תצהירו, סעיף 47; פרוטוקול עמ' 309].
- 12 12. במאמר מוסגר אעיר כי למומחה נמסר כי הפגזים שנורו היו מסוג "חלולין", והעריך כי אכן היו
13 כאלה, בהסתברות גבוהה [פרוטוקול עמ' 356-360]. המג"ד העיד, הגם שלא בהחלטיות, כי הפגזים היו
14 מסוג "מעיד" [תצהירו, סעיף 43]. אני מעדיף את עדותו המקצועית של המומחה בעניין זה, מה גם
15 שהמג"ד לא היה בטוח בזיכרונו השונה. המג"ד הינו קצין חיל הרגלים ולא קצין שריון [פרוטוקול עמ'
16 255], ואני מניח שהכשרתו לא כללה שינון הפרטים הטכניים של סוגי הפגזים השונים, כפי שמשננים
17 הצוערים בהשלמה החילית של קציני השריון. ייתכן, אפוא, שטעה בעדותו על סוג הפגזים שנורו. מכל
18 מקום, איני רואה לייחס משמעות כלשהי לטעות משוערת זו של המג"ד בהגדרת סוג הפגז.
- 19 13. בחקירתו הנגדית של המומחה ניסה ב"כ התובעים לערער את תקפותם של ממצאיו, משום שלא
20 נשמרו אסמכתאות ל"שרשרת המסירה" של הרסיסים מאז שהוצאו מגופן של הנפגעות עד בדיקתם
21 בידי המומחה. אולם, מקובלת עליי עדות המומחה כי חרף עובדה זו, שהמומחה תלה אותה בהקשרה
22 של הבדיקה שהיה מבצעי ולא משפטי – אין לפקפק בתוצאות הבדיקה; ובוודאי כך במסגרת מאזן
23 ההסתברות האזרחי. המומחה עשה עליי רושם של מדען הנאמן לדיסציפלינה שלו, ולא הבחנתי
24 בסימני מגמתיות בעדותו. הבדיקה בוצעה מיד לאחר הניתוח שבו הוצאו הרסיסים שנבדקו, בשבת,
25 בהקשר של אירוע מיוחד מאוד וגם מתוקשר. בנסיבות כאלה, לא סביר בעיניי שהרסיסים המקוריים
26 התחלפו באחרים.
- 27 14. האפשרות שהרסיסים הוחלפו בזדון, כדי לשבש את הבדיקה – היא בגדר טענת תרמית שהנטל
28 להוכיחה מוגבר, ולא הובאה לה אפילו ראשית ראיה. טענת התרמית גם אינה סבירה, נוכח העובדה
29 כי סמוך לאחר הבדיקה צה"ל דווקא הכיר בגרימת הנזק על ידיו; כנראה על יסוד הממצא כי אחד
30 הרסיסים מתאים לפגז הטנק שנורה לדירה. לו ביקש צה"ל, חלילה, לבדות ראיה שתסיר מעליו



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 40777-12-10 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

- 1 אחריות לאירוע – היה דואג להעביר לבדיקה רסיסים שידגימו באופן מובהק את הממצא המבוקש,
2 ללא עקבות של חימוש צה"לי. אגב, גם "יתיאוריית הקונספירציה" הזו מניחה, ולפי התרשמותי –
3 בצדק, כי לגורמים העלומים שיזמו אותה, כביכול, לא הייתה אופציה לדרוש ולקבל חוות דעת
4 בבקשתם; תחת שיטורו להטעות את המומחה ברסיסים בלתי אותנטיים.
- 5 15. אפילו היה צורך בתמיכה נוספת למסקנותיו של המומחה – הרי שכזו התקבלה מכיוון בלתי צפוי:
6 במהלך חקירתו הנגדית של המומחה, ב"כ התובעים שלף לפתע ראיה חדשה, בדמות תמונה של רסיס
7 נוסף, שלפי הקשר הדברים הוצא מגופה של אחת הנפגעות האחרות באירוע, בעזה, על ידי גורם רפואי
8 פלסטיני. ב"כ התובעים ביקש להציגה למומחה. ב"כ המדינה התנגדו לכך, משום שראיה זו לא גולתה
9 מראש כנדרש. דחיתי את ההחלטה עד שב"כ התובעים יציג את התמונה למומחה ויקבל את תגובתו,
10 כדי שנדע במה מדובר. ובכן, התברר – כך לפי עדות המומחה שלא נסתרה – כי גם רסיס זה, שבוודאי
11 אינו חשוד כי נמסר למומחה ממקור אחר כדי להטעותו למסקנה שהנזק לא נגרם מחימוש צה"לי,
12 מקורו בחימוש מאולתר שבידי ארגוני הטרור, ואינו בשימוש צה"ל [פרוטוקול עמ' 371-374].
- 13 16. הרופא העיד בהחלטיות כי מעולם לא הסכים להוצאת רסיסים מגופן של בתו ואחייניתו שנותחו
14 בבתי החולים בישראל [פרוטוקול עמ' 171], ולא מינה אף אחד כנציג מטעמו לפיקוח על הליך זה [שם,
15 עמ' 172 ו-180]. כפי שהעיר ב"כ המדינה בחקירתו הנגדית של הרופא, ולאחר מכן בסיכומים – עניין
16 זה לא עלה בתצהירו של הרופא. יתר על כן: הוא מנוגד לגרסתם של שני עדים מטעם התובעים עצמם,
17 שלא נסתרה ואף לא נעשה כל ניסיון מצד התובעים לסתרה, אשר לפיה הוסכם עם הרופא שהרסיסים
18 יוצאו לבדיקה בפיקוחו של פרופ' רפי ולדן, שהיה נאמן על שני הצדדים [תצהיר באר, סעיף 8; עדותו,
19 פרוטוקול עמ' 400. הוא לא נחקר על כך ולא התבקש להשמיע את הקלטת שיחתו עם פרופ' ולדן
20 שהייתה בידיו. כן ראו תצהיר אלדר, סעיף 12; ועדותו, פרוטוקול עמ' 393-395. גם הוא לא נחקר על
21 כך].
- 22 17. לאור המקובץ אין לי אלא לקבל את עדות המומחה כי בבית הרופא היה חימוש שאינו בשימוש
23 צה"לי אלא בשימוש ארגוני הטרור, ואשר התפוצץ עקב פגיעת הפגזים הצה"ליים בדירת הרופא,
24 והגביר את הנזק שנגרם למשפחת הרופא. בניסיון ליישב מסקנה זו עם אמונתו כי הרופא לא היה
25 מעורב בכך ולא ידע על כך – אומר כי הרופא למעשה לא חי בביתו רוב ימות השבוע, משום שעבד
26 במרכז רפואי בישראל בימים א' עד ה' [תצהיר הרופא, סעיף 7]. אני מאמין לעדותו של הרופא בדבר
27 השפעתו על אָחִיו הצעירים [פרוטוקול עמ' 185]; אולם אין בכך כדי לשלול את ההיתכנות כי לאחר
28 שבגרו והקימו משפחות – מי מדיירי הבית אפשר לארגוני הטרור להסליק חימוש בבית, מרצון או
29 מאונס; או כי חימוש כזה הוסלק בבית בלי ידיעתם. אציין, בהקשר זה, כי לארגוני הטרור היה מניע
30 לעשות כן, דווקא על יסוד ההנחה כי בית הרופא ומשפחתו מוגנים מפני פעילות צבאית של צה"ל.
- 31



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 10-12-40777 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

האירוע – "פעולה מלחמתית"

- 1
- 2 18. חוק הנזיקים קובע [בסעיף 5(א)] כי "אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה על ידי
- 3 פעולה מלחמתית של צבא-ההגנה לישראל". המונח "פעולה מלחמתית" הוגדר בהגדרה שהייתה
- 4 בתוקף במועד האירוע [קרי: לפי תיקון 4 לחוק הנזיקים משנת 2002, ולפני תיקון 8 משנת 2012, של
- 5 סעיף 1 בחוק] כלהלן: "פעולה מלחמתית" – לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או
- 6 בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות, שנעשתה בנסיבות של
- 7 סיכון לחיים או לגוף".
- 8 19. כאמור, התובעים טענו כי ירי הפגזים לביתם היה כרעם ביום בהיר, או, לייתר דיוק, במספר שעות
- 9 בהירות שקדמו לירי, ואשר במהלכן לא נורתה בסביבת הבית אש על כוח צה"ל, שהייתה עשויה לספק
- 10 עילה מלחמתית לירי שגרם לאסון. המדינה טענה כי הלחימה הייתה בעיצומה באותו מקום ובאותו
- 11 זמן, והירי הנדון היה חלק ממנה.
- 12 20. ב"כ המדינה הרבו לשאול את שאדה, הרופא וראפה על הירי בסביבת ביתם. עדים אלה אישרו
- 13 הפצצות והפגזות ברצועת עזה, בתקופת הלחימה; אך שללו ירי בסביבה המיידית של ביתם, בשעות
- 14 הסמוכות לאירוע. גרסה זו עמדה בבסיס טענתם כי ירי הפגזים לתוך דירתם לא היה פעולה מלחמתית,
- 15 אלא ירי שבוצע סתם כך. לא סביר בעיניי שעדים אלה, שלפי עדויותיהם ניסו לנהל חיי שגרה בתוך
- 16 ביתם, ולבודד עצמם מן המלחמה שסביבם – יוכלו לשלול ירי מסוג זה או אחר, במיקום מדויק כזה
- 17 או אחר, בהקשר שאינו שנוי במחלוקת של מבצע צבאי רב-היקף ולחימה בעצימות גבוהה. אולי בני
- 18 המשפחה כבר התרגלו לקולות המלחמה ברקע חייהם, בימים שחלפו מתחילת המבצע, ולא אמדו
- 19 נכונה את קרבת הלחימה לביתם. חזקה על ארגוני הטרור שלא חסכו את נשקם מכוחות הצבא
- 20 הישראלי שפלש לשטחם (במועד האירוע כבר היה חמאס הריבון ברצועת עזה – ש"פ). חזקה על צה"ל
- 21 שלא חסך את נשקו מן היורים עליו.
- 22 21. המג"ד העיד בהחלטיות כי הירי שפגע בבית הרופא ובמשפחתו נורה בפקודתו ותחת פיקוחו,
- 23 כחלק מן הלחימה בארגוני הטרור, במטרה לנטרל את מה שנחזה כתצפית מבצעית עוינת לעבר כוחות
- 24 צה"ל, שהכווינה את הירי עליהם במקום ובזמן שבהם התרחש האירוע הנדון [פרוטוקול עמ' 324-
- 25 323]. בהתייחס לטענת התובעים כי הלחימה התנהלה בסג'יעה, מרחק כמה קילומטרים משכונת
- 26 גיבליה שבה גרו הרופא ומשפחתו – הסביר המג"ד כי סג'יעה וג'יבליה הן שכונות שכנות, שביניהן מצויה
- 27 שכונת עזבת עבד רבו, שבה מצוי בית הרופא, ולמעשה מדובר בגזרה אחת [עדות הרופא, שם עמ' 110-
- 28 108; עדות המג"ד, שם עמ' 255-256, 315; וראו גם תצלום האוויר של האזור, נ/1]. המג"ד העיד כי
- 29 סביבתו של בית הרופא הייתה זירת לחימה עיקרית [שם, עמ' 271 ו-327]. גם מעדות הרופא משתמע



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 10-12-40777 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

- 1 שהתנהלה לחימה ליד ביתו. כך עולה מתקוותו, עובר לאירוע, שכוח צה"ל יעבור את קו ביתו מערבה,
2 וכך ייצא הבית ממעגל הלחימה [שם, עמ' 127-128, 137 ו-142].
- 3 22. אפילו היה פרק זמן כלשהו של שקט עובר לירי שפגע בבית הרופא – יש להתייחס לכך כאל הפוגה
4 בלחימה; אך אין בכך אפילו משום ראיה לכאורה כי הירי שהתחדש לאחר מכן, אשר פגע בבית הרופא,
5 היה מנותק מהקשר של לחימה. כמה שנאמר: **"המערערים טענו כי בשלב בו יצאו הדמויות הנחזות**
6 **כמחבלים מהחוזה, לא הייתה הצדקה מבצעית לירות לעברם, ולכן הפעולה יצאה מכלל 'פעולה**
7 **מלחמתית' המקימה למדינה חסינות. דין הטענה להידחות. אכן, במהלך פעילות מלחמתית עשויה**
8 **להיות הפוגה... מבלי שישתמע מהדברים כי במצבים אלה המדינה מאבדת 'אוטומטית' את**
9 **חסינותה. מכל מקום, אין 'לפרוס' את הפעילות המלחמתית לדקות ולרגעים, ולבודד באופן מלאכותי**
10 **את האירוע מתוך ההקשר הכולל ורצף האירועים, ובענייננו מדובר במסכת אירועים אחת"** [ע"א
11 1459/11 עזבון חרדאן נ' מדינת ישראל (16.6.2013) (להלן: "חרדאן"), פסקה 25].
- 12 23. גרסת המג"ד לגבי נסיבות הירי נתמכת גם בתיעוד הדברים בזמן אמיתי ביומן המבצעים, כלהלן:
13 **"טנק ביצע ירי פגז לעבר בית עם תצפיתן"; או: "... הכוח זיהה 3 תצפיתנים בוצע לעברם 3 פגזים..."**
14 [רשומה 3 ו-10, בהתאמה, מתוך יומן המבצעים שצורף לתצהיר המג"ד. הרשומות הוקראו
15 לפרוטוקול, בתוספת המילים שהושחרו מלכתחילה על ידי הצנזורה, בעמ' 298]. המג"ד סבר כי אחת
16 משתי הרשומות היא, כנראה, התיעוד של האירוע הנדון. לי נראה שהרשומה הרלבנטית היא השנייה;
17 משום שהשעה הנקובה בצדה מתאימה יותר לעדויות התובעים אודות האירוע. מכל מקום, שתי
18 הרשומות מבטאות את מאפייני הלחימה באותו יום בזירה הנדונה, ועל כן שתייהן מחזקות את גרסת
19 המג"ד כי זה היה גם טיבו של האירוע הנדון, להבדיל מן הגרסה של ירי סתמי ללא הקשר מבצעי.
- 20 24. שאדה וראפה העידו כי מחלונות דירתן, שהיו חשופים, לאחר ששמותיהם התנפצו מהדף
21 ההפצצות – ראו את הטנקים והחיילים הישראלים שעל הגבעה ובאזור הבית [פרוטוקול עדות שאדה
22 בעמ' 52, 57-58, 62-63, 83; עדות ראפה בעמ' 205-206; תרשים הדירה ת/1]. בית הרופא היה בית
23 גבוה יחסית לסביבה, והיה עשוי לשמש עמדת תצפית על זירת הלחימה. טבעי כי אירועי לחימה ימשכו
24 את תשומת הלב, ויגרמו לבני הבית להתפתות ולהציץ לעברם מן החלונות. לחלופין, ייתכן שבני
25 המשפחה, בשעה שקדמה לירי, פשוט עברו מול החלונות בתנועה תמימה מחדר לחדר, ורק נחזו
26 כצופים דרך החלונות.
- 27 25. לא נסתרה עדות המג"ד כי הכוח פעל לאור מידע מודיעיני על סכנת התצפיתנים האורבת לחיילים
28 [פרוטוקול עמ' 271-273]; וכאמור, דבר זה אף משתקף ביומן המבצעים. המג"ד גם העיד כי לא ידע
29 שבבית זה מתגורר הרופא [שם עמ' 244, 287 ו-301]. אין לפקפק בעדות זו, שמצביעה על מחדל צבאי,
30 כפי שאבהיר להלן. חזקה על המג"ד שמידע כאמור, לו היה בידיו, היה נשקל עובר לירי; והדבר היה





בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 40777-12-10 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

- 1 מוצא ביטוי בתחקירים ובעדותו. המג"ד העיד כי לו ידע שיש שם אזרחים – לא היה מתיר את הירי
2 [שם, עמ' 325]. הוא העיד כי האוכלוסייה המקומית הייתה מודעת לסיכון כי הצצה מבעד לחלונות
3 תיחשד כתצפית עוינת על כוחות צה"ל, ולפיכך נמנעה מכך; דבר שהגביר את החשד כי כל הצצה כזו
4 היא אכן עוינת [שם, עמ' 272]. דברים אלו זכו לתמיכה משתמעת בעדות הרופא כי בני המשפחה ישנו
5 בסלון, כדי שלא להתקרב לחלונות [שם, עמ' 125]. המג"ד גם הסביר כי חדרן של בנות הרופא היווה
6 נקודת תצפית אידיאלית, מנקודת מבטו ההיפותטית של תצפיתן אויב; דבר שהגביר את החשד כי
7 בכך מדובר [שם עמ' 273-274].
- 8 26. בנסיבות אלה, ולאור המקובץ – מסתבר בעיניי, מעבר למאזן ההסתברות האזרחי, כי האסון
9 אירע בשל כך שתוך כדי לחימה בארגוני הטרור – החיילים חשדו כי הדמויות בבית הגבוה, שרק
10 בדיעבד נודע שבו מתגוררת משפחת הרופא, צופות לעברם ומכווונות את האש של ארגוני הטרור נגדם.
- 11 27. החלופה היחידה לתרחיש זה היא כי החיילים, בפקודת המג"ד, ירו לתוך דירת מגורים 2 פגזים
12 סתם כך. זו, בעצם, טענת התובעים; משום שרק לפי חלופה זו אין מדובר בפעולה מלחמתית. זוהי
13 טענה לביצוע פשע מלחמה חמור, שהנטל להוכיחה מוגבר. עדויות התובעים כי עובר לאסון לא נשמעו
14 בסביבה קולות לחימה שהייתה עשויה להוות עילה לירי הפגזים לביתם – רחוקה מלהרים נטול זה;
15 כפי שביארתי לעיל.
- 16 28. למעלה מן הצורך אומר כי התרחיש העברייני הזה בלתי-סביר במידה קיצונית. הוא מניח קשירת
17 קשר בין החיילים המזוהים והמג"ד לירות סתם כך לעבר בית מגורים, ללא כל הקשר מבצעי; ולחלופין
18 – קשירת קשר בין התותחן והמט"ק להונות את המג"ד ולחלץ ממנו אישור ירי על יסוד מצג כוזב.
19 כלומר, הוא כרוך בנטילת סיכון אישי עצום שהמעשה הנפשע הזה ייחשף, והמעורבים בו ייענשו קשות,
20 והכל ללא כל מניע אישי נראה לעין. לו ביקש מישהו לירות סתם כך על הבית – היה יותר הגיוני
21 מבחינתו לירות לעבר הדירה העליונה, שאינטואיטיבית חשודה יותר להכיל תצפיתנים, מאשר לדירה
22 האמצעית דווקא. או, עדיף, במקום לבדות זיהוי דמות כצופה לעבר הכוח – היה יותר פשוט מבחינתו
23 לבדות דמות החשודה כנושאת נשק, וככזו מאיימת על הכוח. עוד יש לומר כי לו ביקש מישהו לפגוע
24 בבית וביושביו, היה יורה את שני הפגזים לשני מקומות שונים בבית, כדי להגדיל את הפגיעה. אולם,
25 אין מחלוקת כי שני הפגזים נורו בדיוק לתוך אותו חלון [עדות הרופא, פרוטוקול עמ' 97; עדות המג"ד,
26 שם עמ' 261-262, 308, 310]. ירי מדויק שכזה מעיד על כוונה פונקציונלית לנטרל איום ספציפי. כל
27 ההיבטים של האירוע מורים, אפוא, שהירי בוצע עקב חשד לקיומו של איום מלחמתי על הכוח; ולא
28 סתם כך, כדי להרוג אזרחים תמימים, חלילה. לפיכך, אפילו הזיהוי שגרם לירי היה רשלני – אין בכך
29 כדי להוציאו מגדר פעולה מלחמתית.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 40777-12-10 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

29. בכתב התביעה ציטטו התובעים את הודעת דובר צה"ל, שאף הוגשה כראיה מטעם המדינה [נ/א3].
כותרת ההודעה, הלקוחה מתוך אתר האינטרנט הרשמי של דובר צה"ל, היא "ממצאי תחקיר פגיעה
בביתו של ד"ר עז א-דין אבו אל-עייש", מיום 4.2.09 (קרי: כחודש לאחר האירוע). זו לשון ההודעה:
"מתחקיר שנערך ברמות השונות בצה"ל באשר לנסיבות הפגיעה בביתו של ד"ר עז א-דין אבו אל-
עייש, ביום שישי, ה-16 בינואר 2009, בה נהרגו שלוש מבנותיו של הרופא, עולה כי הפגיעה הייתה
מירי שני פגזי טנק של צה"ל.
מהתחקיר עלה כי כוח מחטיבת גולני שפעל באזור הכפר סג'עיה במשך מספר ימי לחימה, ביצע
קרבות פנים אל פנים והיתקלויות מטווח קצר עם חוליות מחבלים, איתר מנהרות תקיפה וזיהה
בתים ממולכדים, נתקל ביום שישי האמור, בירי צלפים ומרגמות ובשטח רווי מטענים וחומרי חבלה.
הכוח זיהה ואיתר את מקור הירי מבית סמוך לבית הרופא וביצע לעברו ירי תגובתי. במהלך ירי
התגובה של כוחותינו זהו דמויות אשר נחשדו כתצפיתנים שכיוונו את ירי הצלפים והמרגמות של
החמא"ס מהקומות העליונות של בית הרופא. לאחר הערכת מצב ממושכת של מפקד הכח,
שבמהלכה נמשכה אש האויב על כוחותינו, ניתנה הוראה לבצע ירי לעבר הדמויות. מירי זה נהרגו
שלושת בנותיו של ד"ר עז א-דין אבו אל-עייש.
בעקבות הירי נשמעו צעקות מכיוון המבנה והכח חדל מאופן מיידי את הירי, בדיעבד הסתבר כי כי
המדובר בבני משפחת אל-עייש. משנוצר קשר עם הרופא, פעל כח צה"ל ואפשר לאמבולנסים לפנות
את הפצועים דרך מעבר ארז לטיפול בבתי-חולים בישראל.
יצוין, כי בימים שקדמו לאירוע נעשו מספר פניות אישיות על ידי קצינים ממפקדת התיאום
והקישור אל הרופא על מנת שיפנה את ביתו, בשל פעילות החמא"ס והלחימה האינטנסיבית
המתנהלת במקום מזה מספר ימים, כפי שעשו מרבית יושבי השכונה. יודגש, כי בנוסף לאזהרות
האישיות הטיל צה"ל על השכונה אלפי כרוזים והעביר אזהרות באמצעות כלי התקשורת
הפלסטיניים.
תחקיר האירוע בוצע על ידי מפקדי הכח, מפקד האוגדה, ואושר על ידי מפקד פיקוד הדרום וראש
אגף המבצעים במטה הכללי. צה"ל מצר על הפגיעה בבני משפחת אל-עייש, אך לצד זאת קובע כי
אל מול האילוצים בשטח, כמות וריבוי האיומים בהם נתקל הכח ואינטנסיביות הלחימה במקום,
פעולת הכח וההחלטה על ביצוע ירי לעבר המבנה היו סבירים. ממצאי התחקיר הוצגו אמש בפני
ראש המטה הכללי, רב-אלוף גבי אשכנזי, ואושרו על-ידו".
30. הממצאים שפורסמו מתוך התחקיר, בעניינים הנדונים, תואמים, אפוא, את הראיות שלפניי;
ומצטרפים למסקנה כי האירוע היה בגדר פעולה מלחמתית.
31. חוששני כי בסיכומי התובעים לא הובחן כנדרש בין שאלת סבירותו של הירי הנדון לבין שאלת
סיווגו כפעולה מלחמתית, לעניין תחולת הסייג לאחריות המדינה בנזיקין. כאשר הירי סביר, מתייתר
הסייג לאחריות בגין פעולה מלחמתית; משום שממילא אין המדינה חבה בנזיקין בגין מעשים סבירים.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 10-12-40777 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

- 1 הסייג לאחריות המדינה בנוזיקין בגין פעולה מלחמתית נועד להפקיע את חבותה בנוזיקין דווקא
2 במקרים של פעולה מלחמתית רשלנית; לאור התפיסה כי פעולות מלחמתיות אינן מתאימות לתביעות
3 נזיקין [ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל (20.3.2002), פסקה 9; חרדאן, פסקאות 14-22].
4 בענייננו לא היה מדובר על "פעולת שיטור", וגם לא בביזה חלילה, שאינן פעולות מלחמתיות; ולפיכך
5 אין רלבנטיות לפסיקה שעליה הסתמכו התובעים בהקשר זה [סיכומי התובעים, סעיפים 35 ו-50].
6 אוסיף ואטעים, בהתייחס לאמור בסעיפים 10, 36 ו-41 בכתב התביעה, כי התובעים עירבו מין בשאינו
7 מינו גם בכך שהסתמכו על חובות המפקד הצבאי בתפיסה לוחמתית; בעוד שבענייננו מדובר בהקשר
8 מלחמתי בשטח אויב, יותר מ-3 שנים לאחר תום התפיסה הלוחמתית של ישראל ברצועת עזה, ולאחר
9 שהשליטה בה נתפסה על ידי ארגון הטרור חמאס.
- 10 32. הקביעה כי האירוע הנדון היה פעולה מלחמתית אינה מתבססת על מבחן סובייקטיבי בלבד. לא
11 מדובר כאן על תחושה סובייקטיבית המנותקת מפנומנולוגיה מלחמתית, כגון חייל שאגב נסיעה
12 מינהלתית אירע תקר בגלגל מכוניתו והוא דימה שיורים עליו. מדובר על סיטואציה מלחמתית
13 מובהקת, שבה אירעה טעות בזיהוי שגרמה לירי. בהתאם לכך, סווג כפעולה מלחמתית גם ירי על
14 דמות שנחזתה כנושאת נשק, אך התברר שהיה זה נער שנשא רובה צעצוע [ע"א 1864/09 סכאפי נ'
15 מדינת ישראל (7.9.2011), פסקאות 7-9].
- 16 33. אין מדובר גם על גזירה אוטומטית של מלחמתיות הפעולה מן האופי המלחמתי של מבצע "עופרת
17 יצוקה" שבמסגרתו בוצעה. מלחמתיות הפעולה נגזרת מנסיבות האירוע הנדון, כפי שהן עולות מכלל
18 הראיות שלפניי. מובן כי הקשרו של האירוע הספציפי מקרין על פרשנותו ועל סיווגו; אך סיווג הפעולה
19 כמלחמתית נובע קודם-כל מפרטיה ("bottom up"), ורק אחר כך מהקשרה ("top down").
- 20 34. התובעים הזכירו [בסעיפים 54 ו-62 בסיכומיהם] את סעיף 5ב בחוק הנזיקים, השולל באופן גורף
21 תביעות נתין אויב, וציינו כי שאלת חוקתיותו הושארה בצריך עיון. לפיכך אומר כי לא על יסוד סעיף
22 זה ביקשה המדינה לדחות את התביעה דנן, ולפיכך לא דנתי בו. למעלה מן הצורך אעיר כי ניתן היה
23 גם לדחות את התביעה דנן על הסף על יסוד סעיף 5ב האמור. הנפגעים, הגם שהיו בני משפחה של רופא
24 שעבד בישראל והטיף לשלום ולפיוס, אכן היו תושבי שטח אויב ונתניי אויב. זה היה המצב המשפטי
25 בפועל גם לפני שהממשלה הכריזה רשמית על רצועת עזה כעל שטח אויב [דנתי בכך בפסק דיני בעניין
26 ת"א (ב"ש) 5193-08 חברת מסרי גבון בע"מ נ' מדינת ישראל (15.4.2012), פסקאות 66-72]. במקום
27 אחר קבעתי לאחרונה כי סעיף זה בפרט, והשלילה הגורפת של תביעות נזיקין בנסיבות מלחמתיות
28 בכלל – הם חוקתיים, נחוצים לצורך ההימנעות מעיוות ההליך המשפטי בנסיבות כאלה, ומקובלים
29 במשפט ההשוואתי [ת"א (מח' ב"ש) 45043-05-16 ע' נ' נ' מדינת ישראל (4.11.2018) (להלן: "ע' נ'").]



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 10-12-40777 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

1 35. לסיכום פרק זה, יוזכרו דברי בית המשפט העליון בעניין **חרדאן** [פסקה 21], כלהלן (ההדגשות
2 הוספו):

3 "יש מקרים בהם על פניו מדובר בפעולה מלחמתית, באופן שמייתר את הצורך להידרש לפרטי
4 האירוע או לאבחנות כאלה ואחרות. הכוונה היא לפעולות תוך כדי מלחמה במובנה 'הקלאסי', או
5 למבצע צבאי רחב היקף, דוגמת מלחמת לבנון השנייה, 'עופרת יצוקה' או 'עמוד ענן'. מאפייני הכוחות
6 המשתתפים, כלי הנשק והאמצעים בהם נעשה שימוש, הרקע לפעולה ומטרתה, המטרות והיעדים
7 מושאי התקיפה, הסיכון לכוח המבצע, איזור הפעולה, האם השטחים בהם מתבצעת הפעילות
8 בשליטה אפקטיבית של מדינת ישראל – הצטברות רכיבים אלה כולם או חלקם, מלמדים כי בפעולה
9 מלחמתית 'טהורה' עסקינן, הנופלת בגדר המקרים המובהקים המקימים למדינה חסינות. אחזור
10 ואדגיש, כי בהתקיים החסינות אין מקום לדון כלל בשאלה אם הפעולה נעשתה ברשלנות אם לאו.
11 לכן, כאשר מוגשת תביעת נזיקין על רקע מלחמה או מבצעים צבאיים מעין אלו הנזכרים לעיל, יש
12 לבחון כטענת סף מקדמית את נושא החסינות. עוד אזכיר, כי ככלל 'אין מקום לבחינה מקדמית של
13 חוקיות הפעולה' לצורך סיווגה כפעולה מלחמתית לצורך בחינת חסינות המדינה".

14

15 האם הפעולה המלחמתית הייתה נגועה ברשלנות או בהפרת דיני המלחמה?

16 36. בהליך זה נדונה רק השאלה אם האירוע היה בגדר פעולה מלחמתית אם לאו, ולא השאלה אם
17 הירי היה חוקי וסביר. יש להטעים כי פעולה מלחמתית עלולה להיות כרוכה בהתרשלות ואף בהפרה
18 של דיני המלחמה. במקרה זה, ייתכן שלנפגע או למדינתו תהיה עילת תביעה לתגמולים מאת מדינתו
19 של הנפגע, או לפיצויים בערכאות המשפט הבין-לאומי, או לפיצוי מינהלי מאת המדינה הפוגעת; אולם
20 אין לו עילת תביעה בנזיקין כלפי המדינה הפוגעת, ואין עילה זו עשויה להידון בהליך אזרחי כהליך דנן
21 [בסוגיות אלה הארכתני בעניין ע' נ', ולא אחזור כאן על הדברים]. בהתייחס לטענות רבות בסיכומי
22 התובעים אזכיר כי אין לעקוף את הסייג לאחריות המדינה בנזיקין בגין פעולה מלחמתית על ידי עילות
23 מתחום המשפט הבין-לאומי, שדינן להתברר בערוצים משפטיים אחרים [רע"א 3675/09 **מדינת**
24 **ישראל נ' דאוד** (11.8.2011), פסקה 15; ע"א 8148/13 **שרקת פלסטין ללאסתמאר אלסחי נ' שר**
25 **הביטחון** (20.9.2015), פסקה 18 והאסמכתאות שם].

26 37. אולם, קו התייחסות בין הנסיבות שלאורן יש לקבוע כי הירי היה פעולה מלחמתית ולא בוצע ככה
27 שתם, לבין הנסיבות שלפיהן נקבעת סבירותו או חוקיותו – אינו חד וברור; משום ששתי השאלות
28 מחייבות לברר את נסיבות הירי. לפיכך, וגם לצורך ההחלטה בשאלת החיוב בהוצאות המשפט – אעיר
29 להלן מספר הערות גם בשאלת הרשלנות. משהמדינה הודיעה כי נמנעה מהבאת ראיות וטיעון בשאלה





בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 10-12-40777 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

- 1 זו – אין בהערות אלה משום קביעת מסמרות ופולגתא פסוקה; הגם שלכאורה אין בידי המדינה ראיות
2 נוספות בעניינים אלו ממילא [כלעיל בפסקה 5].
- 3 38. אני מאמין לגרסת התובעים, שנתמכה בעדויות חיצוניות למשפחת הרופא, כי יומיים לפני האירוע
4 ניצב טנק צה"ל ליד בית הרופא; וכי הרופא, בתיווך ידידים ישראלים וקציני מטה העוסקים בקשר
5 בין צה"ל והאוכלוסייה המקומית, הצליח ליידע את מפקד הכוח הצבאי כי בבית הנדון מתגוררת
6 משפחתו של רופא המועסק בישראל, ובעקבות כך הטנק נסע משם [תצהיר הרופא, סעיפים 13-14];
7 תצהיר מינוסקין, סעיף 5; תצהיר אלדר, סעיף 7]. הרופא העיד כי בעקבות אירוע זה הניח שביתו
8 "מסומן" ככזה על ידי הצבא, ולא נשקפת עוד סכנה למשפחתו משהותם בו [פרוטוקול עמ' 151]; הדבר
9 הוזכר גם בתצהירים האמורים של מינוסקין ואלדר, שם]. לא מן הנמנע כי ידיעה זו גרמה למשפחת
10 הרופא שאננות מסוימת, שאולי הפחיתה מזהירותם שלא להיראות בחלונות הבית. המדינה לא סתרה
11 גרסה זו; כגון באמצעות קצין המטה ברוך שפיגל, שהיה מעורב בכך לפי תצהיר העדה מינוסקין [סעיף
12 5 בתצהירה. תא"ל (מיל') שפיגל, לשעבר מח"ט גולני וסגן מתאם פעולות הממשלה בשטחים, שירת
13 במועד האירוע כיועץ שר הביטחון לעניינים הומניטריים – ש"פ]; או באמצעות אבי ביטון, קצין במסוף
14 ארז שהוזכר בהקשר זה בתצהיר הרופא [סעיף 13]; או באמצעות נציג מתאים של הגדוד השכן הצפוני,
15 שכנראה קיבל את פניית הרופא וגרם להזזת הטנק [כלהלן].
- 16 39. אני מאמין לעדות המג"ד כי המידע אודות מגורי הרופא ומשפחתו בבית הנדון לא הגיע אליו;
17 ואילו הגיע אליו – לא היה מורה על הירי הטרגי הנדון [כלעיל בפסקה 25]. המג"ד הסביר כי בית הרופא
18 ממוקם בגזרתו של הגדוד השכן הצפוני, סמוך לקו התיחום בינה לבין הגזרה הגדודית שלו [שם עמ'
19 303]. אזכיר כי לא מדובר בירי מבית הרופא – שאז היה נכון להשיב אש לעבר מקור הירי, יהיה אשר
20 יהיה – אלא על מעשה פרשני של זיהוי דמויות מטושטשות בצילה של דירה חשוכה בבית גבוה אלמוני
21 הסמוך לבית שממנו ירו על החיילים [עדות המג"ד, פרוטוקול עמ' 271 ו-319-322]. המידע אודות מגורי
22 הרופא ומשפחתו בדירה זו היה צפוי להוביל לתוצאה פרשנית אחרת, ולא-ביצוע הירי [שם עמ' 325].
- 23 40. לכאורה נובע מכך כי המידע אודות בית הרופא, שהיה מונע את האסון, היה בידי הגדוד שבית
24 הרופא שכן בגזרתו. גדוד זה היה צריך לצפות כי נוכח הימצאותו של בית הרופא סמוך לגזרתו של
25 הגדוד השכן הדרומי – הבית מצוי בסיכון של פגיעה על ידי אותו גדוד שכן, אם לא יימסר גם לו המידע
26 האמור. לפיכך היה על הגדוד שבגזרתו מצוי בית הרופא לוודא שגם הגדוד השכן הדרומי מודע לכך.
27 העובדה שהמג"ד לא ידע על כך, ושבת הרופא לא היה מסומן במפתו כ"מנוע פגיעה" [כפי שסומן ביתו
28 של רופא אחר; פרוטוקול עמ' 285-287] – משקפת, אפוא, מחדל רשלני לכאורה בהעברת המידע ממי
29 שידע אותו למי שהיה צריך גם כן לדעת אותו. נראה, אפוא, שבשל מחדל רשלני לכאורה זה לא נמנע
30 המג"ד מלאשר את הירי שגרם לאסון.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 40777-12-10 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

1 41. המג"ד העיד כי נהג לוודא שאכן מדובר בתצפיתנים, ולא ב"מציצים" תמימים, על ידי מעקב אחר
2 דפוס חוזר של הצצה, כניסה לפנים הדירה, ומיד לאחריה ירי על החיילים, שנעשה יותר מדויק
3 [פרוטוקול עמ' 273]. הוא הקפיד לאשר אישית כל ירי פגז, בגלל הנזק הרב הנובע מירי כזה, והחובה
4 לוודא לחימה סלקטיבית הממוקדת באויב ונמנעת מנזק נלווה בלתי מידתי [שם, עמ' 251]. גם במקרה
5 זה בחן אישית, ממושכות, את החשד לתצפית מכוונית אש מן הבית הנדון, בזמן שארגוני הטרור יורים
6 על חייליו, בטרם אישר את הירי [שם, עמ' 258]. עדות מפורטת זו לא נסתרה. אין לפניי הוריה כי
7 בחינה זו לא הייתה סבירה, בשים לב למידע שהיה בזמן אמיתי לפני המג"ד. המג"ד הסביר כי המט"ק
8 היה חשוף לאותם אמצעי ראייה ובקרת אש שבידי התותחן, ולפיכך לא היה צורך לתחקר גם את
9 התותחן. אין מקום לצפות מן המג"ד להצליב עדויות בשלב הבחינה תחת אש של הצידוק לירי. לפיכך,
10 הרזולוציה של בחינה זו הייתה מספקת, לפי הראיות שלפניי. לא מצאתי, אפוא, כל התרשלות
11 בתפקודו של המג"ד, אפילו לכאורה.

12 42. גם לפי דיני המלחמה, המבחן לקיומו של "צורך צבאי", אשר מעניק לגיטימיות לתקיפה, הוא
13 משולב, סובייקטיבי ואובייקטיבי; ושניהם אינם מצביעים על אי-חוקיות כלשהי מצד המג"ד בענייננו.
14 העובדות שלפיהן ייבחן הצורך הצבאי הן העובדות שהמפקד הניח את קיומן (מבחן סובייקטיבי). אך
15 בית המשפט הדין בדיעבד יבחן אם עובדות נחזות אלה מצדיקות באופן סביר את התקיפה (מבחן
16 אובייקטיבי) [הילי מודריק-אבן חן, טרור ומשפט בין-לאומי הומניטרי – ההבחנה בין לוחמים
17 לאזרחים בשדה הקרב המודרני, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר
18 האוניברסיטה העברית בירושלים, הפקולטה למשפטים; ונבו הוצאה לאור – תש"ע-2010 (להלן:
19 "מודריק-אבן חן"), עמ' 251]. כדברי הפרשנות על חוקת בית הדין הבין-לאומי הפלילי: "אזרחים
20 עלולים להיפגע כשחימוש מטווח לעבר מטרות צבאיות אך המטרה מוחטאת; או כאשר המפקדים,
21 בתום לב אך בהתבסס על מידע שגוי, תוקפים מטרה אזרחית בסברם שהיא צבאית. הפגיעה
22 באזרחים תוך כדי התקפה אינה, כשלעצמה, בגדר אי חוקיות; משום שפגיעה אגבית מידתית
23 באזרחים תוך התקפה על מטרה צבאית הינה קבילה מבחינה חוקית" [שם, עמ' 283; התרגום שלי –
24 ש"פ].

25 43. בהיעדר עדויות מאת התותחן והמט"ק – לא ניתן לבחון כאן אפילו לכאורה את מידת המיומנות
26 והזהירות שבה ביצעו התותחן והמט"ק את הזיהוי שעליו דיווחו למג"ד, ושעל בסיסו אישר המג"ד
27 את הירי. בהקשר מלחמתי שבו קיים ריבוי מעשי ירי על הכוח הצבאי, בזירה שבה מתגוררים אזרחים
28 בדירותיהם ועלולים להיראות מדי פעם כצופים דרך חלונות דירותיהם – קשה מאוד לזהות באופן
29 מובהק את הדפוס שעליו העיד המג"ד, וקיימת הסתברות גבוהה לזיהוי "חיובי כוזב" (false positive),
30 ולמסקנה מוטעית בדבר הקשר בין הדמויות שבחלון לבין הירי על הכוח. האלטרנטיבה היא נטילת
31 סיכון מוגבר לטעות מסוג "שלילי כוזב" (false negative), קרי: הימנעות מלירות לעבר הדמויות,
32 מחשש כי מדובר באזרחים תמימים, תוך נטילת הסיכון כי מדובר בתצפיתני אויב שעקב פעילותם



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 10-12-40777 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

- 1 ייחשף הכוח לירי קטלני. העדפת הסיכון הראשון, למישהו אחר, על הסיכון העצמי – היא נטייה
2 אבולוציונית המושרשת בטבע האנושי, והיא לגיטימית גם מבחינה משפטית.
- 3 44. הדילמה הזו מוסדרת בדיני המלחמה באמצעות חובת המידתיות. אין להתייחס בזילות לחייהם
4 של אזרחי האויב. הקלת ראש בסיכון מסוג "חיובי כוזב" עלולה לגרום "נזק נלווה" חמור, ללא יחס
5 מתאים לתועלת הצבאית הצפויה מן הפעולה. מאידך גיסא, לגיטימי מצד כוח לוחם להגן במידה
6 מיטבית על לוחמיו, גם במחיר חשיפה גדולה יותר של אזרחי האויב לנזק נלווה. למרבה הצער, "עקרון
7 המידתיות אינו מציב הנחיות ברורות לפעולה בשדה הקרב... האם ובאיזו מידה יש לחשוף לסכנה
8 חייליו של צד אחד כדי לצמצם את הנזק לאוכלוסייה האזרחית בצד השני? ... קשה להציב רף ברור
9 אשר מעליו ייחשב נזק שאינו מכונן לנזק מופרז" [מודריק-אבן חן, עמ' 272-273]. דרישת המידתיות
10 מעוררת את השאלה "מהו היחס בין החובה לכבד את עקרון המידתיות לבין שאיפתו של צד לסכסוך
11 חמוש להקטין, ככל הניתן, את הסכנה הצפויה לחייליו. הוועדה לבחינת הפצצות נאט"ו ביוגוסלביה
12 קיבלה את עמדת נאט"ו כי החלטתה העקרונית להשתמש במפציצים מגובה רב במהלך המערכה
13 הייתה חוקית (חרף המחיר הצפוי במונחי דיוק ההפצצות והפגיעה באזרחים – ש"פ), שכן טכניקת
14 לוחמה זו נועדה לאפשר למטוסי נאט"ו לחמוק מטווח האש של סוללות הנ"מ הסרביות. מכאן עולה,
15 שלשיטתה של הוועדה צד לסכסוך רשאי לבחור בטקטיקת לוחמה שנועדה להגן על חיילי לוחמיו, גם
16 אם משמעות הדבר הינה פגיעה גדולה יותר באינטרסים ההומניטריים של הצד האחר לסכסוך
17 [ארנה בן-נפתלי, יובל שני, המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום, הוצאת רמות – אוניברסיטת תל-
18 אביב, תשס"ז-2006, עמ' 156; ההדגשה הוספה]. מובן כי "אין בצורך זה כדי להטות את הכף במקרים
19 שבהם הפגיעה באינטרסים ההומניטריים הינה קיצונית בחומרתה" [שם, עמ' 157]; שהרי אז דרישת
20 המידתיות הייתה מתרוקנת מתוכנה.
- 21 45. קיימת גישה – כגישתה של בריטניה, שהסתייגה מסעיף 51 בפרוטוקול הראשון מיום 8.6.77
22 לאמנות ג'נבה מיום 12.8.49, בדבר קורבנות סכסוכים מזוינים בין-לאומיים – אשר לפיה צד לעימות
23 מזוין בין-לאומי אינו מחויב למידתיות "במקום שהצד השני אינו מקיים עיקרון זה או את עקרון
24 ההבחנה בין לוחמים לאזרחים" [מודריק-אבן חן, עמ' 282]. גישה זו, של התליית הציות לחובה
25 ההומניטרית בהדדיות, אינה נקייה מספיקות [שם]. מודריק-אבן חן סבורה כי גם בהיעדר הדדיות אין
26 לדחות את עקרון המידתיות באופן גורף; אולם "במקום שהצד השני לא מילא את חובתו להבחין בין
27 אזרחים ללוחמים, תשתנה נוסחת האיזון של המידתיות ותאפשר לצד השני לתקוף גם כאשר טמונה
28 בהתקפה אפשרות לפגיעה באזרחים, וזאת משום חוסר היכולת להבחין" [שם, עמ' 282-283].
29 הדברים ראויים לציון, נוכח הרלבנטיות שלהם ל"מאבק המזוין" הפלסטיני נגד ישראל, שאינו מכבד
30 את חובת ההבחנה בין לוחמים ואזרחים [עמנואל גרוס, מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים
31 משפטיים ומוסריים, נבו הוצאה לאור בע"מ, תשס"ד-2004, עמ' 531, 555-576].



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 40777-12-10 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

46. בענייננו, נורו שני פגזים לחלון הספציפי בדירה הספציפית, שם זוהו הדמויות החשודות. המג"ד
העיד כי מקובל לירות פגזים לפחות בזוגות, כדי לוודא את הפגיעה במטרה [פרוטוקול עמ' 306-307].
אין לראות בכך חוסר מידתיות. התוצאה הייתה טראגית; אולם המבחן המשפטי הרלבנטי אינו מבחן
התוצאה בדיעבד, אלא מבחן הסבירות מראש (ex ante). יוזכר כי נראה שהנזק הוגבר עקב קיומו של
חימוש זר שהתפוצץ בפיצוץ משני עקב אותו ירי, ונזק מוגבר זה בוודאי שאינו מורה למפרע על חוסר
מידתיות בירי.
47. למרבה הצער, הטרגדיה הנדונה אינה יוצאת דופן בהקשרים מלחמתיים. ב-ע"א 8279/12 **עזבון
אלדאיה נ' מדינת ישראל** (29.6.2014) (להלן: "אלדאיה") נדון אירוע קשה, שהתרחש ימים ספורים
לפני האירוע דנן: "ביום 6.1.2009, במהלך מבצע 'עופרת יצוקה', אותר ברצועת עזה יעד ששימש
מחסן של אמצעי לחימה בביתו של פעיל חמאס. עקב תקלה מבצעית, מטוס קרב התקיף בטעות את
ביתם של משפחת אלדאיה, שנמצא בסמוך לאותו יעד. למרבה הטרגדיה, כתוצאה מכך נהרגו 22
מבני המשפחה ואדם נוסף נפצע קשה" [שם, פסקה 1; ההדגשות בקו תחתי כאן ולהלן הוספו,
ההדגשה בגופן שונה – במקור]. בית המשפט פסק כי "ענייננו בפעולה בשטח אויב במהלך מבצע צבאי,
הנופלת במישרין לגרעין הקשה של הגדרת 'פעולה מלחמתית'" [שם, פסקה 4], וכי "סעיף 5 לחוק
קובע חסינות מהותית של המדינה בנזיקין, בהתחשב בטיבה של לחימה, שכל צד נושא באבידותיו
ובנזיקיו ואינו נושא בנזיקיו של הצד מולו הוא נלחם. נוכח החסינות המהותית, אין נפקה מינה אם
הפעולה המלחמתית שגרמה את הנזק נעשתה מתוך טעות או בפזיזות ורשלנות רבתי" [שם, פסקה
7].
48. גם בענייננו מדובר על טרגדיה שנגרמה עקב טעות, בהקשר של ירי פגזי-טנק על מי שנחשד כמכווין
אש אויב על כוחותינו. כבעניין אלדאיה – למרות הטרגדיה, ולמרות הטעות, אין המדינה אחראית
בנזיקין בגין הנזק, ואין נפקות ורלבנטיות לשאלה אם הירי היה סביר או רשלני, בהתאם לדיני
המלחמה או בניגוד להם. ארגוני הטרור, שגוררים את הלחימה לתוככי האוכלוסייה האזרחית, הם
הנושאים באחריות לתוצאותיה; לרבות טעויות טרגיות הצפויות להתרחש במהלכה של כל לחימה.
"שדה הקרב הוא ממלכת אי הוודאות". זו לצערנו טיבה של לחימה, במיוחד לחימה בסביבה
אורבנית צפופה, כנגד אויב הפועל מלב סביבה אזרחית ואף משתמש באזרחיו כמגן אנושי" [אלדאיה,
פסקה 9].
49. גם את הפרק הזה ראוי לסכם בדברי בית המשפט העליון בעניין חרדאן [בפסקה 27], כלהלן:
"משהגענו למסקנה כי עומדת למדינה חסינות, מתייתר הצורך להידרש לסוגיית הרשלנות
ולהוראות הפתיחה באש. למעלה מן הצורך אעיר בקצרה, כי אף אם המערערים היו חוצים את
משוכת החסינות, דומה כי היו נכשלים בהוכחת הרשלנות. הנחת המוצא היא, כי את השאלה אם
החיילים התרשלו יש לבחון על פי הנתונים שהיו בפניהם בעת האירוע, ואף אם בדיעבד התברר כי





בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 40777-12-10 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

1 טעו בזיהוי לא די בכך כדי לייחס להם פעולה רשלנית... 'ראוי להותיר לחיילים מרווח סביר של
2 טעות היכולה להיגרם כתוצאה מתנאי המקום, השטח והזמן העומדים ברקע האירוע המבצעי
3 שבמחלוקת והמחייבים החלטה מהירה ולא התייעצות משפטית על המותר והאסור באותו רגע'".

4

5 הטענה לנזק ראייתי

6 50. התובעים טענו כי המדינה לא קיימה את חובתה לחקור את האירוע כראוי ולא הביאה ראיות
7 מספיקות לבירורו בהליך זה; וכי חסרים ראייתיים אלה צריכים להיזקף לחובתה. בכלל זה טענו
8 התובעים כי עדות המג"ד הייתה עדות שמועה, משום שלא הוא אישית זיהה את הדמויות בבית
9 הרופא; כי התותחן והמט"ק של הטנק שירה לא הובאו לעדות; כי לא נשמר והוצג יומן המבצעים
10 הגדודי וכי לא הוצגו הוראות הפתיחה באש [סיכומי התובעים, סעיף 18, 20, 22, 23 ו-37].

11 51. אני מסכים כי בהתנהלותה של המדינה נפלו אי-אלו ליקויים; אך אין באלה משום נזק ראייתי
12 לתובעים העשוי לשנות מן התוצאה שאליה הגעתי לעיל.

13 52. המג"ד, עובר לאישור הירי, בחן את זיהוי הדמויות והצידוק לירי מול המפקד של צוות הטנק
14 שטען לזיהוי הדמויות החשודות, והטעים כי המט"ק מצויד בבקרת אש מקבילה לזו של התותחן
15 [פרוטוקול עמ' 259-260]. תחקור זה התנהל תחת אש [שם, עמ' 324]. איני סבור כי היה על המג"ד,
16 בנסיבות אלה, לקיים בחינה ברזולוציה גבוהה יותר, בטרם יאשר את הירי.

17 53. עדות המג"ד לא הייתה בבחינת "עדות שמועה". המג"ד העיד על מעשיו-הוא באישור הירי שפגע
18 בבית הרופא. זאת ועוד: כל עבודת צוות נעשית על ידי משתתפים שונים, תחת ניהולו של מנהל אחד.
19 כאשר נדרש להעיד על עבודת צוות, אין צורך להביא לעדות כל אחד מן המבצעים, כדי שיעיד על רכיבי
20 העבודה שבוצעו על ידיו. לגיטימי להסתפק בעדותו המתכללת של המנהל על הפעולות שניצח עליהן,
21 אשר מוכרות לו באופן אישי מתוך עבודתו הניהולית. כמובן, ייתכן שהמנהל לא יידע להשיב על שאלה
22 ספציפית בעניין שבו לא טיפל אישית, ודבר זה ייזקף לחובת מי שלא הביא לעדות את מי שטיפל אישית
23 באותו עניין. אולם אין בעדות מנהל על פעילות מורכבת, שבוצעה תחת ניהולו על ידי אנשים שונים,
24 משום עדות שמועה פסולה.

25 54. לתחקיר שלאחר האירוע נדרשה רזולוציה גבוהה יותר; משום שבשלב זה כבר היה ידוע כי חרף
26 בחינת הצידוק לירי על ידי המג"ד – הירי היה שגוי, וגרם לאסון. תוצאה זו הייתה חייבת להעלות
27 חשד מתודי כי בדיווח של צוות הטנק, שלאורו אישר המג"ד את הירי – נפל פגם: או שהזיהוי היה
28 פגום, או שהדיווח היה פגום. חשד מתודי זה חייב הצלבת מקורות ותחקור נפרד הן של המט"ק והן



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 10-12-40777 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

- 1 של התותחן, ובמידת הצורך גם של מפקדים נוספים ברמה המחלקתית או הפלוגתית. כאשר חוקרים
2 תאונה, נודעת חשיבות מיוחדת דווקא לדרג המבצע הזוטר. בתאונות עבודה חשוב מאוד לתחקר גם
3 את הפועל שהפעיל את המכונה; ולא רק את מנהל המפעל ומנהל העבודה, שלהם עשויות להיות
4 פרספקטיבה אחרת ואג'נדה אחרת, ואולי אינם מודעים "לטריקים ושטיקים", או ל"קיצורי דרך"
5 שפועלים נוקטים בהם לעתים. בתאונות רפואיות חשוב מאוד לתחקר גם את מי שחילק את התרופות;
6 ולא רק את מי שהתווה את המרשם. בדומה לכך, בתאונות צבאיות חשוב מאוד לתחקר את החייל
7 שהסתכל דרך הכוונת ושלחץ על ההדק, ועתה הוא אזרח חופשי מהטיות ארגוניות של המערכת
8 הצבאית, שאינו "מושקע" במוניטין הצבאי שלו. אין להסתפק בתחקור הקצין שנתן פקודות וקיבל
9 דיווח; שאולי חשוף עוד יותר להטיית הסנגור העצמי.
- 10 55. בענייננו, למרות שהיה ברור מיד כי נעשתה טעות טראגית – עולה לכאורה מעדות המג"ד כי
11 התחקיר לא מיצה את מקורות המידע הרלבנטיים. המט"ק והתותחן לא השתתפו בתחקיר שערך
12 מפקד האוגדה סמוך לאירוע, והמג"ד עצמו הסתפק בתחקור המט"ק ולא תחקר את התותחן [עדות
13 המג"ד, פרוטוקול עמ' 249, 252, 254 ו-260]. לאור האמור לעיל, לא השתכנעתי שדי היה במידע
14 שהתקבל מן הדרג הפיקודי. נדרשה הצלבת מקורות, לצורך בחינה ביקורתית, קרי: חשדנית, של
15 ההתנהלות הנדונה. רק בחינה ביקורתית כאמור תשיא את סיכויי החשיפה של התרשלות, ככל
16 שהייתה כזו, לצורך הפקת לקחים מבצעית; או, חלילה, של חשד לעבירה, המחייב לערב גם את
17 המשטרה הצבאית החוקרת. המג"ד הניח כי בענייננו לא היה לצוות הטנק היורה עילה לדיווח מגננתי,
18 משום שהצוות ביצע את הירי לפי פקודת המג"ד [שם, עמ' 268]. אולם, המג"ד הניח שהזיהוי של
19 הצוות, שלאורו אישר את הירי, היה בגדר עובדה; בעוד שאני רואה בעצם הזיהוי, או הדיווח על
20 הזיהוי, את הדבר הטעון בחינה ביקורתית.
- 21 56. כל האמור לעיל אינו מתעלם מן הנסיבות המיוחדות של לחימה, אינו מטיל עליה רזולוציה בלתי
22 מעשית של "בקרת איכות", ואינו מחיל עליה "משפטיזציה" יתירה. אין באמור לעיל כדי לשלול
23 סלחנות נורמטיבית כלפי טעויות לחימה כנות, שבוצעו בתנאי אי-וודאות וסיכון לחיים. כל מה שאני
24 אומר הוא שאם המפקד נתן פקודה מבצעית לפגוע בתצפיתנים ולא באזרחים שאינם מעורבים
25 בלחימה, ובדיעבד מתברר שהירי בוצע לעבר אזרחים שאינם מעורבים בלחימה – על המפקד מוטלת
26 חובה פיקודית לברר את פשר אי-ביצוען של פקודותיו-שלו. אל למפקד להניח את המבוקש. הבחינה
27 הזו מתחייבת מן התכלית הצבאית להבטיח שהפקודות מקוימות; ולא "רק" מן התכלית המשפטית
28 להבטיח שהלחימה מתנהלת בהתאם לדיני הלחימה. וכאשר בוחנים תאונה מבצעית או אירוע חריג –
29 יש לעשות זאת "כמו שצריך", כמבואר לעיל.
- 30 57. אולם, אפילו היה התחקיר הצבאי בעקבות האירוע נעשה ברזולוציה גבוהה יותר – לא היו
31 התובעים עשויים להיבנות מכך במישור הראייתי; משום שהתחקיר חסוי ואסור לבית המשפט לקבלו



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 40777-12-10 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

- 1 כראיה [חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, סעיף 539א]. לפיכך, אין באי-מיצוי התחקיר, לכאורה,
2 משום נזק ראייתי לתובעים.
- 3 58. קבעתי, אפוא, כי הבחינה שערך המג"ד עובר לאישור הירי הייתה מספקת. עוד קבעתי כי עולה
4 לכאורה מעדות המג"ד שתחקירו בעקבות האירוע לא הגיע לרזולוציה של תחקור אנשי הצוות של
5 הטנק, וכי התחקיר של מפקד האוגדה לא הגיע גם לרזולוציה של תחקור המט"ק; אולם בכך לא נגרם
6 נזק ראייתי לתובעים, משום שממילא מדובר בתחקיר צבאי פנימי, לצורך הפקת לקחים מבצעית,
7 שאינו קביל כראיה בהליך משפטי. עתה יש לדון בשלב השלישי של הבירור העובדתי, הוא האיסוף
8 וההצגה של הראיות מטעם המדינה בהליך משפטי זה. שלב זה התמקד בשאלה אם האירוע היה בגדר
9 פעולה מלחמתית אם לאו. אין לבוא אל המדינה בטרוניה על התמקדות זו, משום שהיא נעשתה,
10 בהסכמה, על פי הוראת חוק הנזיקים [כלעיל בפסקה 5]. במסגרת התמקדות זו, הייתה המדינה פטורה
11 ממילא מלהביא ראיות בשאלה אם הירי היה סביר וחוקי, מעבר לביסוס היותו מלחמתי.
- 12 59. ירי הפגזים על בית הרופא לא היה מבוצע אילולא המג"ד אישר אותו. כלומר, אישור המג"ד היה
13 תנאי-בלעדי-אין לירי הנדון. אישור המג"ד ניתן לאחר בחינה סבירה של הציוד לירי, כחלק מן
14 הלחימה בארגוני הטרור. לפיכך הירי היווה פעולה מלחמתית. תוצאה זו לא הייתה משתנה אפילו
15 הייתי מניח לזכות התובעים, בהיעדר עדות אחרת מאת התותחן והמט"ק, כי הזיהוי של צוות הטנק,
16 והדיווח למג"ד על אותו זיהוי, היו לקויים. לפיכך הסתפקות המדינה בעדות המג"ד לא גרמה נזק
17 ראייתי לתובעים.
- 18 60. אעיר כי הסתפקות המדינה בעדותו של המג"ד על נסיבות הירי גררה סיכון ראייתי כי אדחה את
19 עדות המג"ד כעדות יחידה של "אדם המעוניין בתוצאת המשפט לטובת בעל הדין שקרא אותו
20 להעיד", ללא טעם טוב להסתפק בה [פקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, סעיף 54]. אולם
21 המדינה הייתה רשאית, כאמור, למקד את ראיותיה כפי שמיקדה אותן; מה גם שספק אם בכלל היו
22 לה אופציות אחרות [כלעיל בפסקה 5]. מכל מקום, משהוצג יומן מבצעים אחר המגבה את גרסת
23 המג"ד, ולאור כלל הניתוח הראייתי שלעיל – קיבלתי את עדותו של המג"ד בדבר נסיבות האירוע,
24 למצער לצורך הקביעה כי היה בגדר פעולה מלחמתית.
- 25 61. אני סבור כי היה על המדינה, שידעה על האירוע בזמן אמיתי ויכלה לצפות כי יהווה מושא
26 לבירורים עתידיים, לדאוג לשימורו של יומן המבצעים הגדודי. זהו היומן בעל הרזולוציה הרלבנטית,
27 ולא יומניהן של יחידות מרחביות בעלות היקף פעילות רב יותר [עדות המג"ד, פרוטוקול עמ' 288]. אין
28 לקבל את הגישה כאילו יומן המבצעים אינו מוסיף על עדות הלוחמים עצמם [עדות המג"ד, פרוטוקול
29 עמ' 277-278 ו-288-289]. היומן משקף "רס גסטה" (עדות שמועה שהיא חלק מן ההתרחשות ועל כן



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 40777-12-10 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

1 קבילה), ובהליך משפטי יש בו כדי לחזק או להחליש עדויות משוחזרות של הלוחמים זמן רב לאחר
2 האירוע.

3 62. אולם, גם שימורו והצגתו של יומן המבצעים הגדודי לא היו עשויים לשנות את התוצאה. אין
4 להניח שהיינו מוצאים ביומן הגדודי, בעיתוי הרלבנטי, רשומה כגון "טנק ירה 2 פגזים לבניין ליד צומת
5 זמו סתם כך". מסתבר שהיינו מוצאים שם רשומה דומה לחלוטין לזו שנמצאה ביומן שצורף; שהרי
6 כל היומנים יונקים את המידע מרשת הקשר של היחידה הלוחמת. כלומר, מבחינת ההתנהלות היה
7 נכון לשמר ולהציג את יומן המבצעים הגדודי, המפורט יותר. אולם, בדיעבד, משהיומן לא נשמר – אין
8 היגיון בטענה כי אילו נשמר היה מצבם הראייתי של התובעים טוב יותר.

9 63. לא מצאתי ממש גם בטענת התובעים כי נגרם להם נזק ראייתי בכך שהמדינה לא הציגה את
10 הוראות הפתיחה באש [סעיף 37 בסיכומים]. שאלת הציאות להוראות הפתיחה באש נוגעת לשאלת
11 הרשלנות, ולא לשאלה הנדונה של סיווג האירוע כפעולה מלחמתית. למעלה מן הצורך אומר כי
12 הוראות הפתיחה באש הן קונקרטיזציה דידיקטית של הדרישה החוקית המופשטת למידתיות. ככל
13 שהוראות הפתיחה מאש אינן מידתיות, לדעת בית המשפט – ממילא לא יגנו על המדינה בהליך משפטי
14 (להבדיל מעל החייל שנהג לפיהן; ובלבד שלא היו בעליל שלא כדין). ככל שהן מחמירות מעבר לרף
15 המשפטי – מדובר בדרישה פיקודית שאי-קיומה, בגבולות המידתיות המשפטית, אינו מפר את
16 המשפט הבין-לאומי. בענייננו לא ניתן היה לנטרל את התצפיתנים הנחזים באמצעות ירי מנשק קל.
17 התצפיתנים הנחזים נבלעו בדירה החשוכה, ולא המתינו חשופים בחלון עד שצלפי צה"ל יירו בהם.
18 לפיכך לא היה משום חוסר-מידתיות בירי הפגזים לתוך הבית. הוראות הפתיחה באש לא היו, אפוא,
19 רלבנטיות לענייננו.

20 64. לאור ניתוח הראיות שלעיל, מסקנתי היא כי הירי שפגע כה קשה במשפחת הרופא היה בגדר
21 פעולה מלחמתית. הימנעותו של המג"ד מלתחקר את התותחן, והימנעותו של מפקד האוגדה מלתחקר
22 את המט"ק, רחוקים מלעלות כדי "מחדלי חקירה" המערערים מסקנה זו. התובעים אינם יכולים
23 להרים, באמצעות הראיות שהובאו ושלא הובאו בהליך זה, את הנטל המוגבר להוכיח שירי הפגזים
24 לביתם נעשה סתם כך, והיה, אפוא, בבחינת פשע מלחמה. עולה בבירור מכלל הנסיבות כי ירי זה היה
25 חלק מן הלחימה בארגוני הטרור בסביבת ביתם של התובעים, במהלך המבצע המלחמתי "עופרת
26 יצוקה", ונבע מחשדו של הכוח הצבאי כי מן הבית הגבוה, שרק בדיעבד נודע לכוח שהתגוררה בו
27 משפחת הרופא, מתבצעת תצפית המכווניה את האש של ארגוני הטרור על הכוח. שאלת ה"אבחנה
28 המבדלת" בין הצצה תמימה של אזרחים על הלחימה, שרק עקב צירוף מקרים נורית בסמוך לאחריה
29 אש על כוחות צה"ל; לבין תצפית מבצעית עוינת, שבעקבותיה התצפיתן מכווין את הירי על חיילי
30 צה"ל – נוגעת לשאלה אם הירי לעבר הדמויות החשודות בתצפית מבצעית היה רשלני; אך לא לשאלה
31 אם היה בגדר פעולה מלחמתית.





בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 10-12-40777 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

1

2

סיכום

3 65. במהלך מבצע "עופרת יצוקה", ביום 16.1.09, נורו 2 פגזים לדירתה של משפחה פלסטינית
4 בגיבליה. כתוצאה מן הירי נהרגו 3 אחיות ואחייניתן, ונפצעו בני משפחה נוספים. האסון אירע בעת
5 שאביהן של 3 האחיות, ד"ר עזאלדין אבו-אלעיש, רופא שעבד אז במרכז הרפואי ע"ש שיבא בתל
6 השומר, התראיין לטלוויזיה הישראלית. הלב נחמץ נוכח דמותו האצילית של הרופא, האב השכול
7 המבכה את בנותיו, אשר גם לאחר האסון לא חדל להטיף לשלום ולפיוס בין העמים.

8 66. התובעים תבעו את המדינה בנוזיקין, בטענה כי בית הרופא לא היווה כל סכנה לכוח צה"ל ששהה
9 במרחק מספר קילומטרים משם, ועל כן לא הייתה לירי כל הצדקה מבצעית.

10 67. המדינה טענה לטעות בזיהוי, במסגרת פעולה מלחמתית. מפקד הגדוד, שטנק בפקודו ביצע את
11 הירי באישורו, העיד כי, במקום ובזמן של האירוע הנדון, ארגוני הטרור ירו על כוח צה"ל, ונראה היה
12 כי תצפיתנים בדירה בבית גבוה, שרק בדיעבד נודע למג"ד כי הייתה זו דירת הרופא, מכווינים את
13 האש על הכוח. לפיכך הורה לירות 2 פגזים לתוך אותה דירה. כאמור, בדיעבד התברר כי הדמויות
14 החשודות בבית לא היו תצפיתני אויב, אלא בני משפחתו של הרופא.

15 68. מסקנתי מניתוח הראיות הייתה כי אכן התחוללה אותה שעה לחימה בגזרה שבה שכן בית הרופא,
16 אשר סיכנה את כוח צה"ל. עוד עלה מחומר הראיות, ומרסיסים שנמצאו בגופן של כמה מן הפצועות,
17 כי בבית הרופא הוסלק – בוודאי לא בידיעתו – חימוש של ארגוני הטרור, אשר התפוצץ בעקבות ירי
18 הפגזים, והגביר את ממדי האסון. במסגרת אותה לחימה נחשדו דמויות בבית הרופא כתצפיתני אויב,
19 ולפיכך נורו לעברם הפגזים שפגעו במשפחת הרופא.

20 69. בנסיבות אלה, קבעתי כי הירי לעבר מי שנחזו כתצפיתנים שהכווינו את אש ארגוני הטרור על כוח
21 צה"ל – היה בגדר "פעולה מלחמתית", שהמדינה אינה נושאת באחריות בנוזיקין בגינה [חוק הנזיקים
22 האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, סעיף 5 וההגדרה שבסעיף 1].

23 70. ציינתי כי התרחיש היחיד השולל את התוצאה האמורה הוא תרחיש זדוני של ירי מכוון על
24 אזרחים, ללא כל צידוק מבצעי אפילו לכאורה. הראיתי כי תרחיש כזה אינו סביר במידה קיצונית
25 בנסיבות העניין, ומכל מקום לא הובאה אפילו ראשית ראיה להרמת הנטל הראייתי המוגבר להוכחתו
26 של תרחיש כזה.





בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 10-12-40777 אבו-אלעיש נ' מדינת ישראל

1 למעלה מן הצורך הערתי כי אין למצוא רשלנות לכאורה בעצם הירי, למרות שבדיעבד התברר
2 שהזיהוי היה שגוי; משום שהיה סביר מצד המג"ד להורות על הירי הנדון, על יסוד דיווח של צוות
3 הטנק על זיהוי המטרה החשודה, לאחר שבדק אישית את החשד, אשר תאם את המידע המודיעיני
4 ואת ניסיונו המבצעי באותו הקשר.

5 72. יחד עם זאת, נראה לכאורה (לכאורה) – משום שההליך התמקד בשאלת הפעולה המלחמתית ולא
6 בשאלת הרשלנות), כי יומיים לפני האסון ניצב טנק ליד בית הרופא, ופניית הרופא, באמצעות אנשי
7 ציבור ישראלים וקציני הקשר בין צה"ל והאוכלוסייה האזרחית, הובילה להזזת הטנק, ולסימון בית
8 הרופא במפה המבצעית כדי שלא ייפגע. נראה שמידע זה הגיע לגדוד השכן הצפוני, שבגזרתו שכן בית
9 הרופא, ואשר הטנק שהוזז נמנה עם כוחותיו; אולם המידע אודות בית הרופא לא הועבר לגדוד השכן
10 הדרומי, שכוחותיו ביצעו את הירי. בשל כך, החשד בדמויות שבבית לא עומת עם המידע כי מדובר
11 בבית הרופא ובמשפחתו. נראה כי לו עבר מידע זה בין הגדודים הסמוכים לבית הרופא – האסון היה
12 נמנע.

13 73. יש להצטער צער רב על האסון, שבו קיפחו את חייהן 4 נערות שלא היו מעורבות בלחימה. אולם,
14 זוהי תוצאת לוואי, מצערת מאוד מאוד, של מנהגם הנפשע של ארגוני הטרור להילחם בישראל מתוך
15 אוכלוסייה אזרחית. בסערת המלחמה – טעויות צפויות וקורות. כאשר המלחמה מתבצעת מתוך
16 אוכלוסייה אזרחית – הטעויות עלולות לקפח חיי אזרחים; כפי שלמרבה הצער אירע בענייננו.

17 74. משהאסון אירע עקב פעולה מלחמתית – אין המדינה חבה בניזקין בגינו. לפיכך התביעה נדחית.

18 75. נוכח האסון, הטעות בזיהוי והכשל לכאורה בהעברת המידע על מיקומו של בית הרופא, שאולי
19 גרם לאסון – אין חיוב בהוצאות חרף דחיית התביעה [כפי שנפסק בעניין הדאיה, שגם בו נהרגו
20 אזרחים בפעולה מלחמתית עקב טעות בזיהוי המטרה].

21

22

23

ניתן היום, י"ט כסלו תשע"ט, 27 נובמבר 2018, בהעדר הצדדים.

24


שלמה פרידלנדר, שופט

25

26