בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"א 5709-12-12 (לשעבר 7298/05) אלהמץ נ' מדינת ישראל

לפני כבוד השופט שלמה פרידלנדר

תובעים	**1. עזבון המנוחה אימאן אלהמץ ז"ל** **2. סמיר אלהמץ** **3. הוידה אלהמץ** **ע"י ב"כ עוה"ד לאה צמל וגאדה חליחל-יאסין**
	נגד
נתבעת	**מדינת ישראל – משרד הביטחון** **ע"י ב"כ עו"ד ניר גנצ'רסקי מפמת"א (אזרחי) ועו"ד סימה אזולאי מפמ"מ (אזרחי)**

פסק דין

מבוא וטענות הצדדים

1. לפניי תביעת נזיקין, לפי **פקודת הנזיקין [נוסח חדש]**, של יורשי המנוחה אימאן אלהמץ ז"ל נגד מדינת ישראל, בגין מותה של המנוחה, אז כבת 14, מירי חיילי צה"ל ביום 5.10.2004, ליד מוצב גירית שבגזרת רפיח בחבל עזה.

2. התובעים טוענים כי המנוחה הגיעה לקרבת המוצב לאחר שתעתה בדרכה לבית הספר, כשהיא נושאת על גבה ילקוט עם ספרים בלבד. בעקבות תחילת הירי לעברה שמטה את הילקוט והחלה לנוס מאזור המוצב לעבר אזור מגוריה. החיילים המשיכו לירות על המנוחה; וגם לאחר שנפגעה ונפלה – החיילים לא החישו לה טיפול רפואי, אלא המשיכו לירות עליה; ומפקד הפלוגה, סרן ר', אף הסתער לעברה וביצע בה "ווידוא הריגה". לא היה יסוד לחשד כי המנוחה הייתה מעורבת בפעילות חבלנית עוינת; אך אפילו נבע הירי, בתחילתו, מחשש אמיתי של החיילים מן הסיכון הגלום בנוכחותה בקרבת המוצב – הרי שגם מצב דברים זה נגרם עקב רשלנות החיילים בעמדת התצפית, אשר לא הבחינו בה בעודה רחוקה מן המוצב. לו הבחין התצפיתן מבעוד מועד במנוחה – היו חיילי המוצב, מן הסתם, מניסים אותה בצעקות או ביריות אזהרה, מבלי לפגוע בה ובוודאי מבלי להרגה. עצם היעדרם של גידור, שילוט וחישוף המזהירים עוברי אורח תמימים מלחדור ל"אזור הביטחוני

המיוחד" ("אב"מ"), שסבב את המוצב כרצועת ביטחון – היה בגדר רשלנות של המדינה, אשר אפשרה למנוחה לתעות בדרכה ולהתקרב למוצב. בהתנהלותם זו הפרו המדינה והחיילים את הוראות הפתיחה באש ואת המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, וגרמו ברשלנות למות המנוחה. התובעים מוסיפים וטוענים כי המדובר בביצוע רשלני של "נוהל מעצר חשוד", קרי: של פעולת שיטור; ולא ב"פעולה מלחמתית", כהגדרתה ב**חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952** (להלן: "**חוק הנזיקים**"); ולפיכך לא חל הסייג לאחריות המדינה מפני אחריות בנזיקין, הקבוע בסעיף 5 באותו חוק.

3. המדינה טוענת כי יש לאפיין את האירוע הנדון על רקע אופייה המלחמתי של האינתיפאדה השנייה, והסיכון הרב לחיי החיילים בגזרת רפיח. המדינה מזכירה כי הזמן והמקום היו רוויים בפעולות מלחמתיות ובנפגעים לחיילי המוצבים שבסביבה [ראו סקירת האירועים ב- בג"ץ 741/05 **אלהמץ** נ' **התובעת הצבאית הראשית** (7.1.2007) (להלן: "בג"ץ **אלהמץ**"), שבו נדונה הפרשה דנן בהקשר של עתירה לחייב את התביעה הצבאית לחקור חשד כי במוצב נהגו, בפועל, "הוראות פתיחה באש" בלתי חוקיות, בסטייה מן ההוראות הרשמיות]. בכלל האירועים ששימשו רקע לאירוע הנדון – חדירת מחבלים למוצב מורג, הסמוך למוצב גירית, והריגת 3 חיילים, כשבועיים לפני האירוע דנן; וכן ירי יום יומי על גירית, והתראות מודיעיניות על כוונה לתקוף גם מוצב זה, אולי תוך הסתייעות באזרחים, לרבות נשים וילדים, שיתקרבו למוצב ויגרמו לחיילים לצאת ממנו ולהיחשף לירי צלפים. בנסיבות אלה, החיילים ישנו בחדר האוכל הממוגן, והמ"פ, סרן ר', ישן ברכב משוריין. המדינה כופרת באפשרות שהמנוחה הגיעה למוצב בטעות; בהעירה כי שום תושב מקומי, מעולם, לא התקרב למוצב גירית, המיתמר לגובה רב ואשר ניצב בפאתי שכונת תל-סולטן שנים רבות מאוד – למצער רוב שנות חייה של המנוחה – על גבעה מבודדת בתוך האב"מ, מוקף בשטח רחב וריק, חולי וקשה לתנועה. כאשר זוהתה המנוחה לראשונה בקרבת המוצב, וכאשר, עקב תחילת הירי לעברה, הניחה את התיק שנשאה בקרבת המוצב, עובר למנוסתה – סברו החיילים כי מדובר בפעילות חבלנית עוינת של חדירה התקפית למוצב וניסיון לפוצץ בקרבתו מטען חבלה, והגיבו בהתאם בנוהל קרב של ירי והסתערות על המטרה. בשל החשש מהפעלת מטען על ידי המנוחה, אפילו הייתה פצועה – ראה סרן ר' צורך בווידוא הריגתה; משום שכל פגיעה פחותה בה לא הייתה מנטרלת את הסיכון האמור. בשל החשש כי בדיקת תכולתו של התיק שהניחה המנוחה תחשוף את החבלנים הבודקים לירי צלפים – התיק לא נבדק, אלא נקבר באדמה על ידי דחפור ממוגן. החיילים פעלו מתוך סיכון לחיים; ובנסיבות אלה היה מדובר בפעולה מלחמתית שהמדינה אינה נושאת באחריות בגינה. החיילים פעלו בהתאם להוראות הפתיחה באש במצבי סיכון לחיים, ולא התרשלו. לפיכך, למרות התוצאה הטראגית, אין המדינה חבה בפיצוי התובעים.

4. פרשה אומללה זו נדונה ונבחנה בהקשרים רבים. נעשו לגביה תחקירים צבאיים, שלגביהם עלו חשדות לאי-אמירת אמת. הוגש כתב אישום נגד סרן ר' בבית דין צבאי [דר/400/04], שממנו זוכה.

הוגשה עתירה לבג"ץ של משפחת המנוחה [בג"ץ 741/05], שבעקבותיה עלו בלב בית המשפט "**תחושות קשות**" לגבי התנהלות החיילים. נעשה תחקיר טלוויזיוני [תכנית "עובדה" מיום 22.11.04], שביקר קשות את התנהלות החיילים בכלל וסרן ר' בפרט. הוגשה תביעת דיבה של סרן ר' בעקבות אותה תכנית [ת"א (מח' י-ם) 8206/06], שהתקבלה בבית המשפט המחוזי, והוגשו גם ערעורים לבית המשפט העליון, אשר אחד מהם התקבל, שני נדחה ושלישי התקבל בחלקו [ע"א 751/10]. אולם, פסק דין זה מושתת על הראיות שלפניי, על נטלי הראיה במשפט האזרחי ועל שיקולי המדיניות המשפטית ההולמים תביעת נזיקין, בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון. פסק דין זה אינו מוגבל על ידי כלל אי-ההתערבות של ערכאת הערעור בממצאי הערכאה המבררת; על ידי נטל הראיה בפלילים מעבר לספק סביר וכלל הפרשנות לטובת הנאשם; ועל ידי איזון האינטרסים בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי. הוא גם אינו מתמקד בהיבטים ערכיים שאין להם קשר סיבתי לנזק שנגרם. לא מן הנמנע, אפוא, כי אגיע למסקנות שונות מאלו שהתקבלו בהקשרים אחרים.

5. בהתאם ל**תקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018** [תקנה 129(ב)] – "**ההחלטה תכלול פירוט קצר של המחלוקות, ממצאי בית המשפט לגבי העובדות, השאלות המשפטיות הטעונות הכרעה, ההכרעה ונימוקיה באופן תמציתי; אם כללה ההחלטה חידוש משמעותי או שיש להחלטה חשיבות מיוחדת, רשאי בית המשפט לתת הנמקה מפורטת**". איני רואה בפסק דין זה משום חידוש בסוגיית אחריות המדינה בנזיקין בגין פעולות צבאיות. לפיכך אנמקו בתמציתיות, ואסתפק בליבון הממצאים העובדתיים והשאלות המשפטיות שנדרשו להכרעתי.

<u>האם האירוע היה בגדר "פעולה מלחמתית"?</u>

6. <u>הסייג לאחריות</u>: אין מחלוקת כי **חוק הנזיקים** קובע סייג לאחריות המדינה בנזיקין לגבי "פעולה מלחמתית", לאמור: "**אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל**". כפי שבואר בפסיקה, "**בסיסה של ההגנה האמורה הוא בתפיסה, הנהוגה גם בשיטות משפט זרות, שלפיה פעולות מלחמתיות יוצרות, מעצם טיבן, סיכונים מיוחדים, שדיני הנזיקין אינם מתאימים לטפל בהם**" [רע"א 3866/07 **מדינת ישראל נ' אלמקוסי** (21.3.2012); להלן: עניין **אלמקוסי**].

7. <u>ההגדרה הסטטוטורית של המונח "פעולה מלחמתית" שהייתה בתוקף במועד האירוע</u>: מיום 24.7.2002, שבו נכנס לתוקף תיקון מס' 4 ל**חוק הנזיקים** [ס"ח תשס"ב 515], עד יום 16.7.12, שבו נכנס לתוקף תיקון מס' 8 לאותו חוק [ס"ח תשע"ב 522] – הייתה בתוקף ההגדרה החקיקתית הרחבה של "פעולה מלחמתית", על פי תיקון 4 האמור, כלהלן:

> "'**פעולה מלחמתית**' – **לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף**".

8. בעניין **אלמקוסי** נדונה שאלת תחולתה של ההגדרה "פעולה מלחמתית" על אירוע שבו כוחות הביטחון עסקו בלכידת מבוקשים במחנה הפליטים ג'ביליה שבחבל עזה. במהלך הפעולה ירו בתובע, אז כבן 13, וגרמו לו נזק גוף חמור. בית המשפט העליון קבע כי הפעולה הייתה בגדר "פעולה מלחמתית", ולפיכך דין תביעת הנזיקין – להידחות. מסקנה זו מקרינה על עניינו מקל-וחומר; משום שהאירוע שם קדם לתיקון מס' 4, אשר הרחיב את הגדרת "פעולה מלחמתית".

9. בעניין **אלמקוסי** יישם בית המשפט את ההגדרה שקדמה לתיקון מס' 4, אשר נקבעה בפסק הדין המנחה בעניין ע"א 5964-92 **ג'מאל קאסם בני עודה נ' מדינת ישראל** (20.3.2002) (להלן: "עניין **בני עודה**"), כלהלן:

> "**הפעולה היא מלחמתית אם זו פעולת לחימה, או פעולה מבצעית-צבאית, של הצבא... כך, למשל, אופייה הלחימתי של הפעולה המכוונת כנגד אויב (בין צבא מאורגן ובין גופי טרור) המבקש לפגוע בחיילים הוא שעלול ליצור את הסיכון המיוחד המצדיק הענקת חסינות למדינה... 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**

ואת משך האירוע. כל אלה זורקים אור על אופיו של הסיכון המלחמתי המיוחד שהפעולה גרמה" [פסקה 10 בפסק הדין].

10. כבר בהגדרה האמורה בעניין **בני עודה**, ובוודאי בהרחבתה בתיקון מס' 4 ל**חוק הנזיקים**, הסייג לאחריות הותאם והורחב כך שיכלול גם את תופעת הלחימה בעצימות נמוכה, האופיינית לעימות מזוין בין מדינה לבין מחבלים [ע"א 6982/12 **עזבון Corrie** נ' **מדינת ישראל** (12.2.2015) (להלן: "עניין **קורי**"), פסקה 11].

11. <u>אפיון האירוע לאור "ראיות הזהב" של רשת הקשר והטופוגרפיה</u>: בענייננו, המדינה מבססת את טענותיה על עדויותיהם של חייליה. התובעים, לעומתה, טוענים כי עדויות אלה מגמתיות. לצורך הכרעתי, אפוא, אתבסס על שתי "ראיות זהב" שאינן חשודות במגמתיות: השתקפות האירוע ברשת הקשר, ב"זמן אמיתי" [כפי שתומללה מתוך קלטת "פסקל", מוצג 4]; וכן הטופוגרפיה של זירת האירוע [כפי שצולמה מן האוויר, ת/2, וממגדל התצפית, מוצג 8 בתיק המוצגים המוסכם (להלן – בציון מספר המוצג בלבד); וכפי שהיא מומחשת, למעלה מן הצורך, בסרטון שצורף לתצהיר סרן ר' (פרוטוקול מיום 11.3.15, עמ' 2 ו-7). אציין כי עותק הסרטון שבתיק, שבו צפיתי, היה אילם. למרות שבהחלטתי בפרוטוקול שם קבעתי כי גם פס הקול קביל – די היה לי בצילומים האילמים, בהתאם לבקשתה המקורית של ב"כ התובעים, ובשים לב לכך שהיא לא הספיקה לחקור את סרן ר' לגבי סרטון זה].

12. במאמר מוסגר אעיר כי בחירה מתודית זו מעקרת את הטרוניה הדיונית של ב"כ התובעים על כי לא נעתרתי לבקשתה לקבוע ישיבת הוכחות נוספת כדי להוסיף ולחקור את סרן ר' [סיכומי התובעים, פסקה 83]. לחקירות הוקצה זמן מספיק ורב, בהתאם לבקשותיה המקוריות של ב"כ התובעים, ובפועל הוסף עליו כהנה וכהנה. דא עקא, שניצולו לא היה יעיל, ולעתים אף היה קנטרני וטורדני [כמודגם בפרוטוקול מיום 11.3.15; כמו גם בפרוטוקולים האחרים]. גם לא היה צורך בזמן חקירה נוסף; משום שכאמור – העובדות הנדרשות להכרעה עולות בבהירות משתי "ראיות הזהב" האמורות, והנורמות שלפיהן יש לבחון עובדות אלה נובעות מן הדין, לרבות הוראות הפתיחה באש. זאת ועוד: למרות שסרן ר' הוא שעמד במוקד ההליכים האחרים (תרתי משמע) – בפועל מסתבר, מעבר למאזן ההסתברות האזרחי, שהמנוחה נהרגה מאש חיילי המוצב עוד לפני שסרן ר' ירה בה לצורך ווידוא הריגתה. לפיכך, במוקד ההכרעה בתביעת נזיקין זו עומדת התנהלותם בפועל של חיילי המוצב בכללותם, שלגביה כל עדות נוספת של סרן ר' הייתה נפסלת ממילא, בהיותה "עדות שמועה".

13. מתצלום האוויר ת/2 כשלעצמו, ובוודאי בצירוף ההמחשה של צילומי השטח מעמדת התצפית [מוצג 8], והסרטון שליווה את ביקורו של סרן ר' במוצב גירית, אשר צורף לתצהירו – עולה כי המדובר במוצב גבוה, הנראה בכל האזור, אשר שוכן בטבורו של שטח מבודד נרחב, ומרוחק כ-200

מטרים מן הבית הקרוב ביותר, ולמעלה מ-500 מטרים מבית-הספר הקרוב ביותר. מיקומו הפוך לכיוון הליכתה הצפויה של המנוחה, מאזור מגוריה לבית-הספר. אזור המגורים ובית-הספר הוא אזור מיושב רצוף, צפוף ומפולס; בעוד שאזור המוצב ריק, חולי, זרוע תלוליות ומיתמר לגבעה שעליה שוכן המוצב. רובו-ככולו של אזור המגורים, למעט בתים ספורים, מצוי מזרחית-צפונית לדרך רחבה הפונה לצפון-מערב ומובילה לבתי-הספר. לפיכך, אפילו התגוררה המנוחה באחד הבתים הספורים המצויים מערבית-דרומית לאותה דרך – הרי שתוואי הליכתה לבית הספר היה לפנות מטרים ספורים לכיוון מזרח-צפון, אל הדרך הרחבה האמורה, ואז צפונה-מערבה, לאורך אותה דרך, אל בית-הספר. מובן שאם המנוחה התגוררה מעברה המזרחי-צפוני של הדרך (התובעים לא ציינו את הכתובת המדויקת) – לא היה כל מקום לחציית הדרך, בדרך למוצב, בכיוון הפוך לדרך לבית הספר. האירוע התרחש בחודש אוקטובר, כלומר: בעיצומה של שנת הלימודים. משמעות הדבר היא שהמנוחה הכירה היטב את הדרך לבית-הספר, שבה צעדה מדי יום. תוואי ההליכה של המנוחה אל המוצב היה, אפוא, לא רק מנוגד בכיוונו לתוואי ההליכה שלה לבית-הספר – אלא גם שונה ממנו בעליל במראהו, וקשה לתנועה הרבה יותר ממנו. למעלה מן הצורך אעיר כי בסרטון הנזכר נראות חבורות של תלמידות בדרך הרחבה המובילה לבית הספר. עוד נראה בעליל כי השטח הסובב את המוצב הוא גבנוני ורווי בדיונות ובאדמה רכה שנגרסה בזחלי הרכב הקרבי המשוריין. אין מחלוקת שמוצב זה ניצב בפאתי השכונה שנים רבות מאוד, ולפיכך אין ספק שהמנוחה הכירה אותו משחר ילדותה. בנסיבות טופוגרפיות אובייקטיביות אלה, טענת התובעים כי המנוחה טעתה בדרכה לבית-הספר ומצאה עצמה בשערי המוצב נראית לי בלתי סבירה במידה קיצונית. הנסיבות האמורות אינן מאפשרות מסקנה אחרת זולת הליכה יזומה של המנוחה אל המוצב, במקום להצטרף לחברותיה בדרך לבית הספר. בנסיבות אלה, אין נפקות לטענת התובעים בדבר מחדלה של המדינה מלגדר ולשלט את האב"מ כדי להזהיר אזרחים תמימים מלהתקרב למוצב.

14. עוד עולה מן הטופוגרפיה האמורה כי אין מדובר בשטח עם נקיקים עמוקים וארוכים המאפשרים התקדמות ממושכת הסמויה מעיני התצפית. כלומר, הטופוגרפיה הזו אינה מאפשרת למאן דהו לחצות את השטח, ולהתקרב למוצב, מבלי להתגלות לעיני השומרים בתצפית – לו אך היו אלה פקוחות לעבר אותו שטח. לממצא זה משמעות לעניין רשלנות המדינה, שתידון להלן.

15. הראיות שלפניי הביאוני, אפוא, לאותה מסקנה שאליה הגיע בית הדין הצבאי, בהכרעת הדין בעניין **סרן ר'**, לאמור:

> **"בביקורנו במוצב, לאחר שראינו במו עינינו היכן נמצאת שכונת תל-סולטן שממנה הגיעה המנוחה, והיכן נמצא בית הספר הסמוך לשכונה, שוכנענו מעל לכל ספק, כי המנוחה לא הייתה בדרכה לבית הספר בעת שהגיעה לשערי המוצב, שכן הדרך למוצב היא בכיוון שונה לחלוטין מהדרך לבית הספר. שוכנענו גם כי אין כל אפשרות ממשית שגורם תמים יגיע**

בטעות לקרבת המוצב, שכן בין המוצב לשכונה הסמוכה מפרידים כמה מאות מטרים של שטח חולי קשה לתנועה, וידוע לכל שמדובר באזור בטחוני מיוחד שאסור בתנועה" [שם, עמ' 76].

16. המסקנה כי המנוחה הגיע לשערי המוצב בכוונה ולא בטעות מזמינה את השאלה מה הייתה תכלית התקרבותה למוצב. את פי המנוחה, למרבה הצער, לא ניתן לשאול. אולם, לענייננו, די בכך שמסתבר כי התקרבות זו למוצב נועדה לשרת פעילות חבלנית עוינת. מכל מקום, סביר היה מצד החיילים להניח זאת; במיוחד על רקע תקדימים כגון התקרבותו של צעיר רוכב אופניים למוצב מורג, תמורת גמול כספי מידי גורמים עוינים [עדות המג"ד דאז, אל"מ ע' ל', פרוטוקול מיום 16.3.15, עמ' 44 – 46].

17. "ראיית זהב" נוספת היא, כאמור, תמליל ההקלטה של רשת הקשר במהלך האירוע. הדברים שהוחלפו בין החיילים, תוך כדי גילוי המנוחה בקרבת המוצב והירי לעברה, משקפים את הלוך הרוח של החיילים "בזמן אמיתי", ואינם חשודים במגמתיות כְּזוֹ הנטענת על ידי התובעים לגבי עדויות החיילים בהליכים מאוחרים יותר. להלן אצטט שורות נבחרות מתוך התמליל (צוינו מספרי השורות, הרשומים במקור, שמהן לקוחים הציטוטים. מונחים צבאיים הומרו בפרפרזות שלי בסוגריים. אציין כי יהודה שמר בש"ג, כפי שמסר עודד בהודעתו במצ"ח, מוצג 9, עמ' 1, והוזכר גם בבג"ץ **אלהמץ**, פסקה 28; ועודד ושחר היו אותה שעה בעמדת התצפית. חיילים אלה יכונו בשמם הפרטי בלבד, כפי שנהג בית המשפט העליון בבג"ץ **אלהמץ**):

13."	יהודה:	**קבל זיהינו ערבייה כ-100 מטר מתחת למוצב, באזור השער רק"ם...**
35.	עודד:	**ירינו עליה, התכופפה... היא רצה!**
38.	עודד:	**חיובי, זה ילדה קטנה, היא רצה כרגע במגמה מזרחה.**
49.	שחר:	**כרגע היא מאחורי מחפורת, 250 (מטרים מהמוצב), ממשיכה לרוץ לכיוון מזרח, פגיעות ממש בצמוד אליה.**
50.	חמ"ל:	**רות. מדובר בילדה מתחת לגיל עשר?**
51.	שחר:	**אה... ילדה בת עשר בערך.**
52.	חמ"ל:	**קיבלתי, הלו לשים לב להסתכל מסביב לכל המוצב לראות שזה לא איזושהי הסחה, או לא מישהו הוביל אותה או מישהו יבוא לנו גם מכיוון דרום, לפתוח עיניים....**
62.	שחר:	**חיובי, כרגע מסתערים עליה פה הכוחות שלנו, הם ממש שבעים מטרים ממנה.**
78.	עודד:	**קבל, נראה לי שאחת העמדות הורידה אותה.**
80.	עודד:	**היא נפלה. כרגע, היא לא זזה גם.**

.94	סרן ר':**	היא עכשיו נפלה אההה... שים לב אני ועוד (חייל) מתקרבים עוד יותר קדימה, לוודא את ההריגה. תהייה בחיפוי.
.98	שחר:**	אה, ילדה בת עשר, תרתקו אותה, קחו אותה, תחקרו אותה, אין צורך להרוג אותה. זה פשוט בדיקה שלראות איך אנחנו מגיבים. זה הכל, לפי דעתי שלחו אותה לראות איך אנחנו מגיבים.
.99	סרן ר':**	כאן (המפקד), אני זיהיתי שהיא נפלה, אתה חושב שהיא עדיין חיה?
.100	שחר:**	או שהיא פצועה קשה או שהיא (הרוגה).
.124	סרן ר':**	ראית אותה כשהיא היתה על הסוללה, ליד הסוללה?
.125	שחר:**	... אני זיהיתי אותה רק מתי שהיא התחילה לברוח.
.128	סרן ר':**	כאן (המפקד), שים לב, עיבוי מערך מכיוון מזרח. עיבוי מערך מכיוון מזרח ודרום...
.132	סרן ר':**	עיבוי מערך מכל ה(מוצב), כל העמדות, בדגש על הצד המזרחי והצד הדרומי.
.152	(תצפית):**	היא (הרוגה).
.155	יהודה:**	רות מה עם הסריקות בתוך המוצב?
.157	יהודה:**	רות חיובי, המפקד של כוננות יצא לסריקות בתוך המוצב?
.180	יהודה:**	רות קבל (המפקד) ביצע, וידא ת'הריגה וחוזר עכשיו
.209	(כוננות):**	המוצב, קבל הכל תקין, שלילי ממצאים.
.221	סרן ר':**	היא עברה את הסוללה, נכנסה לכיוון (המוצב), זרקה תיק, אתה מזהה את התיק?
.223	סרן ר':**	יש תיק, (סגן המפקד) תתרחק, תתרחק.
.228	עודד:**	רות עבור, איפה זיהית את התיק?
.231	יהודה:**	כאילו, איפה שהיינו על הסוללה.
.300	חמ"ל:**	מפקד (הפלוגה) דרכי מ(הסמג"ד) להסתכל שאתם לא חשופים ותחזרו למגן.
.303	סרן ר':**	שים לב תתקדם, תעשה לנו גם חציצה כשאנחנו עולים לכיוון המגן...
.305	סרן ר':**	כאן (המפקד), מבחינתי גם באש, תבצע אש לכיוון מזרח ותתקדם לכיוון (המוצב), עבור.
.311	סרן ר':**	קבל תמונת מצב. שים לב, אחרי הזיהוי של הדמות שהגיעה מכיוון רחבת הרק"ם, הדמות הזאת הגיעה עד הסוללה של רחבת הרק"ם שנמצאת למטה. הגיעה לסוללה המערבית, עצרה, שינתה כיוון תנועה לכיוון דרום שזה לכיוון המגן. הגיעה לפתחה בסוללה... הונח שם התיק...

313. סרן ר': כאן (המפקד). הונח שם התיק והיא רצה וחזרה לכיוון מזרח. תוך כדי היציאה שלנו מהמגן ביצענו אש. נשכבנו על הסוללה ברק"ם, ביצענו אש והרגנו אותה...

314. חמ"ל: ... מה עם התיק? עדין בנקודה? יש חשש ל(מטען)?

315. סרן ר': התיק בנקודה, היא התרחקה 15 (מטרים), אני גם וידאתי את ההריגה. התיק בינתיים פה נמצא. נמתין, נשמור עליו בנקודה חמה, עד שיגיעו (חבלנים), עבור.

317. חמ"ל: צריך עדיין את ה(דחפור) שיירד?

318. סרן ר': רות, שיהיה נוכח חיובי, אני יורד איתו. כאן (המפקד), צריך לחדד את זה לכולם... יכולים להגיע עד הרחבה, יכול להיות שגם היה מתוכנן אירוע משיכה, יכול להיות שהיא נשלחה עם תיק. יכול להיות שהיתה לה חגורת נפץ על הגוף שלה ובכלל יכול להיות שרצתה לעשות לנו מבחן לראות איך אנחנו מגיבים. כאן (המפקד) כל מי שנע, זז, במרחב גם אם זה בן שלוש צריך להרוג אותו. ...

322. סרן ר': ... תפעיל מיסוך עשן".

18. בדברים האמורים משתקף נוהל קרב. חיילי המוצב מזהים, כבר בשלב מוקדם, כי מדובר בנערה מקומית שחדרה דרך האב"מ והגיעה לשערי המוצב. הם מניחים שחרף היותה נערה, היא עלולה להיות חלק מפעילות חבלנית עוינת. התיק שנשאה עמה, והניחה בשערי המוצב, חשוד כמטען העלול להתפוצץ ולהרוג את מי שיימצא בקרבתו. החיילים חושדים כי מדובר בתמרון הסחה, שנועד לאפשר חדירה חבלנית עוינת למוצב מכיוון אחר. חרף מנוסתה הם יורים לעברה ופוגעים בה. מפקד הפלוגה מסתער לעברה עם חיילים נוספים כדי לוודא את הריגתה, מורה לחייל אחר לחפות עליהם תוך כדי ההסתערות, ומדווח במפורש בקשר על כוונתו זו ועל ביצועה. התצפיתן מציע, בקשר, לעצור אותה ולא להרוג אותה, בשים לב להיותה ילדה, למרות שגם הוא משער שהיא נשלחה על ידי מחבלים למטרה עוינת; אולם לא כך נעשה. המ"פ מורה על עיבוי הנוכחות של החיילים בעמדות מסוימות במוצב, להדיפת כל איום שיתגלה. ניתנת הוראה לכיתת הכוננות לסרוק את המוצב כדי לוודא שלא חדר אליו איש מלבד אותה נערה. מפקד הפלוגה מזהיר את סגנו שלא להתקרב לתיק, מחשש שיתפוצץ. הסמג"ד מזהיר את המ"פ שלא להישאר חשוף לירי צלפים ולחזור למקום מוגן. המ"פ מורה לְמַסֵּךְ את חזרתו למוצב, גם באמצעות ירי, כדי למנוע פגיעה במ"פ ובחיילים שאיתו במהלך חזרתם מן השטח החשוף אל תוך המוצב. בסיכום האירוע מודיע המ"פ שייתכן שהיה מדובר בפעילות חבלנית עוינת, שנועדה "למשוך" חיילים אל מחוץ למוצב כדי לאפשר ירי צלפים עליהם, או לפוצץ בקרבתם מטען חבלה, או לברר את דפוס התגובה של החיילים לצורך פעילות חבלנית עוינת עתידית. המ"פ מסכם באמירה כי כל הנמצא באב"מ – אפילו מדובר בילד – צריך להרגו.

19. אין בדברים שנשמעו ברשת הקשר כל שיח של שנאה. אין כל ביטוי למניעים זרים, לרבות נקמה. הדברים משקפים את הסיכון שהיה גלום בחדירת המנוחה לקרבת המוצב, מבחינת החיילים, ובתגובתם הקרבית כלפי האיום הזה עד נטרולו המוחלט. אפילו לפי ההנחה הכי מחמירה עם סרן ר' וחייליו, שלפיה הם פעלו, בסטייה מהוראות הפתיחה באש, לפי הכלל "**כל מי שנע, זז, במרחב גם אם זה בן שלוש צריך להרוג אותו**", כפשוטו – הנחה שלא אומצה בהכרעת הדין בעניינו של **סרן ר'** ובבג"ץ **אלהמץ** – המדובר היה בגישה שנועדה לנטרל סיכונים לחיי החיילים; אולי לרבות הרתעת התושבים המקומיים מהשתתפות בפעילות חבלנית עוינת כאמור. כלומר המדובר היה בפרקטיקה מלחמתית. הפעולה בענייננו הייתה, אפוא, פעולה שנועדה במובהק "**לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף**". לפיכך הייתה זו "פעולה מלחמתית", המקנה למדינה סייג מאחריות בנזיקין. אין בכך משום אמירה כי התנהלות החיילים הייתה תקינה. כפי שיבואר להלן, היא לא הייתה תקינה. אולם היא הייתה "פעולה מלחמתית".

20. גם פעולה מלחמתית רשלנית או בלתי חוקית היא פעולה מלחמתית: יש להבחין בין סיווגה הנורמטיבי של הפעולה הצבאית כסבירה או בלתי סבירה על פי דיני הרשלנות; או כחוקית או בלתי חוקית על פי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי – לבין סיווגה הפנומנולוגי כפעולה מלחמתית או פעולת שיטור, לעניין הסייג לאחריות המדינה בנזיקין.

21. שאלת תקינותה הנורמטיבית של הפעולה הנדונה תידון בקצרה להלן, למעלה מן הצורך. היא אינה רלבנטית לשאלה הנדונה בפרק זה, האם הפעולה הייתה "פעולה מלחמתית". לסיבור האוזן, ניטול לדוגמא מקרה של עימות מזוין בין שתי מדינות, שבמהלכו מדינה אחת מפציצה ממטוסים ריכוזי אוכלוסייה של המדינה האחרת, באופן בלתי מבחין ושלא תוך התמקדות ביעדים צבאיים, וקוטלת אזרחים רבים. מדובר בפעולה בלתי חוקית לפי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי ובפעולה בלתי סבירה; אך זוהי פעולה מלחמתית. לעומת זאת, ניטול לדוגמא מקרה שבו, במהלך עימות מזוין בין שתי מדינות, מדינה אחת כבשה שטח של מדינה אחרת, שבו מתגוררת אוכלוסייה אזרחית. חיילים מסוימים של המדינה הכובשת יוצאים מבסיסם בשטח הכבוש, נכנסים לבתי אזרחים מוגנים של האזור הכבוש, ומבצעים שם מעשי ביזה. גם זוהי פעולה בלתי חוקית לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי ופעולה בלתי סבירה; אולם פעולה זו, בניגוד לדוגמא הקודמת, אינה פעולה מלחמתית.

22. בענייננו, המנוחה נהרגה מירי מסיבי של כוח צבאי סדיר, המוצב בגבול בין מדינת ישראל לבין אזור עימות עוין. הכוח ראה בה מטרה צבאית; משום שנוכח חדירתה דרך האזור הביטחוני המיוחד לשערי המוצב, כשהיא נושאת תיק – היה בה, חרף היותה אזרחית וחרף גילה הצעיר, משום איום על חיי החיילים; בין על ידי פיצוץ המטען שאולי חבוי על גופה או בתיקה, בין על ידי תמרון הסחה שיאפשר חדירת מחבלים למוצב ממקום אחר, בין על ידי "משיכת" חיילים אל מחוץ למוצב, לצורך

חשיפתם לירי צלפים. לפיכך הכוח פעל מול המנוחה בנוהל קרב, שכלל ירי מסיבי, הסתערות באש תחת חיפוי, חזרה למוצב תוך מיסוד באש וקבורת התיק באמצעות דחפור משוריין להגנה מירי צלפים. הכוח הרג את המנוחה, משום שראה בכך תנאי לניטרול מוחלט של הסיכון הגלום בה.

23. בפעולה זו התקיימו, אפוא, כל המאפיינים של "פעולה מלחמתית" המנויים בהלכת **בני עודה** [כלעיל בפסקה 8], אף לפי ההגדרה המקורית של "פעולה מלחמתית"; וכמובן שהתקיימו בה כל המאפיינים של "פעולה מלחמתית" לפי ההגדרה החקיקתית המרחיבה שהתקבלה בתיקון מס' 4 ל**חוק הנזיקים**, קרי: מניעת פעילות חבלנית עוינת מתוך סיכון לחיים [כלעיל בפסקה 6]. אין מנוס, אפוא, מאפיון הפעולה הנדונה כ"פעולה מלחמתית". ככזו, היא אינה גוררת חבות בנזיקין.

24. בשולי הדברים אעיר כי בתיקון מס' 7 ל**חוק הנזיקים** הוסף סייג נוסף לאחריות המדינה בנזיקין, כלפי "נתין אויב", השולל אחריות כאמור כלפי נפגעים כדוגמת המנוחה, גם בהיעדר "פעולה מלחמתית". אולם תיקון זה התקבל ביום 27.7.05, ולפיכך אינו חל בענייננו [שאלת חוקתיותו של הסייג לאחריות כלפי נתין אויב תלויה ב-ע"א 993/19 **נבאהין נ' מדינת ישראל**].

<u>למעלה מן הצורך: האם הפעולה המלחמתית הנדונה הייתה סבירה וחוקית?</u>

25. <u>תכלית הסייג – למנוע דיון בעוולת הרשלנות</u>: הסייג לאחריות המדינה בנזיקין בגין פעולה מלחמתית לא נועד למקרים של התנהלות נורמטיבית לעילא, שבהם תביעת נזיקין הייתה נדחית ממילא, אף אילולא הסייג. הסייג לאחריות נועד דווקא למקרים שבהם ספק רב אם התנהלותה המלחמתית של המדינה הייתה תקינה. תכליתו היא למנוע את <u>עצם הבחינה</u> של התנהלות מלחמתית, על פי דיני הנזיקין האזרחיים שאינם מתאימים לכך.

26. בהתאם לכך נקבע ב**חוק הנזיקים** כי "**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**" [שם, סעיף 5(ב), אשר הוסף במסגרת תיקון מס' 8 ל**חוק הנזיקים** מיום 16.7.12].

27. לפיכך, לכאורה ראוי היה לסיים פסק דין זה בקביעה בדבר תחולתו בענייננו של הסייג לאחריות [כבעניין **קורי**, פסקה 15].

28. על אף האמור לעיל, מצאתי לנכון לדון בקצרה גם בשאלת סבירותה וחוקיותה של התנהלות החיילים בענייננו. יש לכך השלכה על שאלת ההוצאות בגין הליך זה. עם תכליותיהם של דיני

הנזיקין נמנים גם מתן סיפוק ונחמה מסוימים לנפגע, על ידי הכרה בכשל שגרם לנזקו; וכן עיצוב התנהגות העשויה למנוע הישנותם של כשלים דומים. מסקנותיי עשויות לתרום תרומה כלשהי גם להגשמתן של תכליות אלה. אני חש בעניין זה גם מעין חוב מוסרי כלפי המנוחה, שאפילו הייתה מעורבת בפעילות חבלנית עוינת – חזקה, נוכח גילה הצעיר, שלגבי אותה פעילות הייתה יותר "נפעלת" מאשר "פועלת" [למרות שחצתה את גיל האחריות בפלילים ובנזיקין, שהוא גיל 12]; וכי עיקר האשמה בייזומה של אותה פעילות מוטלת על המחבלים הבוגרים ששלחו אותה למוצב, כמסתבר [כעדות האוגדונר, תא"ל ש"ז, פרוטוקול מיום 25.2.15, עמ' 14; עדות המח"ט, תא"ל א"פ, שם עמ' 30]. למעשה, יותר משהמנוחה הייתה שותפה לאותה פעילות חבלנית עוינת – היא הייתה קורבנה.

29. <u>די בהודאת התצפיתן לביסוס רשלנות</u>: התצפיתן עודד, שהעיד לפניי, הודה כי, עובר לאירוע, היה מופקד על תצפית לכיוון צפון מזרח [הודעתו במצ"ח מיום 17.10.04, מוצג 9, עמ' 1]. זו הגיזרה שממנה הגיעה המנוחה לשערי המוצב [ת/2]. עודד הוסיף והודה כי, עובר לאירוע, היה עסוק בקיפול ציוד הלילה ואריזתו, ולא צפה בפועל לעבר השטח. כדבריו: "**בסביבות השעה 06:40 עשיתי סדר בעמדה. סידרתי את האמצעי התרמי שלנו, קיפלתי את הציוד לראיית לילה ועשיתי ניקיון בעמדה. בגלל זה בטח לא ראיתי את המקומית מגיע(ה) למוצב כי הייתי עסוק בלעשות סדר בעמדה. לאחר מספר דקות מעטות נשמעו מספר יריות בודדות מטווח קרוב...**" [הודעת עודד במצ"ח שם, עמ' 1-2]. אותה שעה עשתה המנוחה את דרכה לעבר המוצב, וחצתה כ-200 מטרים של אזור ביטחוני מיוחד, עד שהתגלתה על ידי הש"ג, יהודה, בשערי המוצב [הודעת עודד שם, עמ' 2; וכלעיל בפסקה 17, בתחילת הציטוט]. חזקה שלו ביצע התצפיתן את עבודתו כראוי – היה מבחין במנוחה בנקודה כלשהי בדרכה. או-אז ניתן היה להניסה בקריאות, או אפילו בירי אזהרה, בטרם תתקרב למוצב עד כדי סיכון חייליו, תוך העמדתם בתחושת צורך לנטרל את הסיכון על ידי פגיעה בה. התנהגותה של המנוחה בפועל, במנוסתה מיד עם תחילת הירי לעברה, מעידה כי כך היה קורה גם במקרה של תגובה מוקדמת יותר.

30. גם בית הדין הצבאי, בהכרעת הדין בעניין **סרן ר'**, קבע כי "**קרוב לוודאי... שאילו עמדת (התצפית העליונה) הייתה מתפקדת במו שצריך, כל האירוע היה נמנע, מפני שהמנוחה הייתה מזוהה עם כניסתה (לאזור הביטחוני המיוחד), וניתן היה להרחיק אותה בדרך שאינה מסכנת את חייה, כפי נהגו בעבר במקרים דומים**" [שם, עמ' 43; צוטט ב-בג"ץ **אלהמץ** (כלעיל בפסקה 3), פסקה 8].

31. <u>שימוש בלתי מידתי בכוח קטלני</u>: מיד לאחר שהמנוחה זוהתה ונפתח ירי לעברה – היא שמטה את תיקה (או "הניחה" אותו) והחלה לנוס ולהתרחק מן המוצב. בשלב זה ניתן היה לנטרל את הסיכונים שמפניהם חששו החיילים באמצעים פחות פוגעניים מאשר לירות למוות בנערה, שלפי

הדיווחים בקשר נחזתה כילדה בת 10. החיילים יכלו ללוותה במבטם, כדי לוודא שאינה סבה על עקביה בחזרה לכיוון המוצב, אלא ממשיכה להתרחק ממנו לכיוון בתי המגורים. הם יכלו אפילו להפחיד אותה מעט יותר, על ידי ירי בקרבתה, כדי להרתיעה מלחזור לאב"מ בעתיד. בשלב זה החיילים ראו את המנוחה, ראו שמדובר בנערה, ולא ראו עליה נשק; או שמעו בקשר כי מדובר בילדה, ללא הוריה להיותה מצוידת בנשק. כלומר, עם התרחקותה העקבית מהמוצב נעשה הסיכון הנשקף ממנה קלוש יותר ויותר. אמנם, נותר הסיכון הגלום בתיק שנשאר בקרבת המוצב, שנחשד להכיל מטען נפץ. אולם, בתיק זה היה ניתן לטפל ישירות, מלכתחילה, כפי שאכן טופל בדיעבד; קרי: ניתן היה לירות עליו מרחוק, בניסיון לפוצץ אותו; ולקבור אותו באדמה באמצעות דחפור משוריין. אזכיר כי התיק הונח על האדמה במרחק כ-100 מטרים מן החיילים [כלעיל בפסקה 17, שורה מס' 13 בקטע המצוטט]. אפילו חשדו החיילים שהמנוחה עלולה לפוצץ אותו מרחוק – לא היה צורך לנטרל אותה מן היכולת לעשות זאת, על ידי הריגתה, בשל עצם קיומו של החשד. ניתן היה להניח לה לברוח, ולהימנע מלצאת מן המוצב עד שהדחפור המשוריין והממוגן יקבור את התיק באדמה. כלומר, מרגע שהמנוחה נצפתה מניחה את התיק במרחק כ-100 מטרים מן החיילים, ומתרחקת מן המוצב כשאינה נחזית להיות חמושה – לא אותה היה צריך לנטרל, אלא את התיק. כדברי התצפיתן שחר בקשר: "**אה, ילדה בת עשר... אין צורך להרוג אותה. זה פשוט בדיקה שלראות איך אנחנו מגיבים. זה הכל...**" [כלעיל בפסקה 17, שורה 98].

32. לו כך פעלו החיילים, הם לא היו נחשפים לשום סיכון. הם היו מדגימים לעיני שולחיה המסתברים של המנוחה כי הם ערניים, דרוכים וכשירים לסכל כל חדירה. הם לא היו נחשפים לירי צלפים או להתפוצצות התיק, משום שהם לא היו יוצאים מעמדותיהם הממוגנות במוצב. הם לא היו זונחים את השמירה ההיקפית על המוצב, למקרה שמדובר בתמרון הסחה. הם לא היו נפגעים, ומשימתם לא הייתה נפגעת. לו כך נהגו, חייה של נערה כבת 14 היו נחסכים.

33. כך היה על החיילים לנהוג לפי הוראות הפתיחה באש באב"מ, שחייבו אותם לפעול באופן מדורג [הוראות פתיחה באש אחודה באזור חבל עזה, נ/1, סעיף 17(ד); דגשי מח"ט להוראות פתיחה באש, נ/2, סעיף ה. בשל סודיות ההוראות לא אצטטן]. הוראות אלה מדגישות כי עצם הימצאות אדם באב"מ אינה מחשידה אותו בביצוע פשע מסוכן, וכמובן שאינה מתירה את דמו. היא אינה מפקיעה את תחולתן של הוראות הפתיחה באש. אדרבא: היא משכללת את תחולתו של הסעיף בהוראות האמורות, שעניינו פתיחה באש באזור ביטחוני מיוחד [נ/1, סעיף 17(ד)]. המדינה טענה, בהסתמך על עדויות הקצינים במשפט, כי הוראות אלה אינן רלבנטיות במקרה של סיכון לחיים [סיכומי המדינה, פסקה 64 – וההפניות לפרוטוקול שם]. אולם, גם כאן, ההוראות [נ/1, סעיף 5] קובעות כי סכנת חיים אינה מפקיעה את תחולתן במצב של סכנת חיים, אלא משכללת את תחולתו של הסעיף שעניינו פתיחה באש במצב של סכנת חיים [נ/1, סעיף 5], המחיל את עקרון המידתיות גם במצבים כאלה.

כאמור לעיל [בפסקאות 31-32], החיילים בענייננו לא פעלו בהתאם להוראות פתיחה באש אלה, ולעקרון המידתיות אשר גלום, מפורט ומודגם בכל אחת מהן. אין כל דרך ליישב בין הוראות פתיחה באש אלה לבין ירי מיידי ומסיבי על מנת לפגוע בילדה, או אפילו ב"דמות" בלתי מזוהה, שאינה נחזית לשאת נשק, רק בשל עצם החשד כי הימצאותה קרוב למוצב מעידה על כוונה עוינת, ללא כל התרעה וללא כל בחינה אם החשודה בכלל מסכנת את החיילים. מובן שאין כל דרך ליישב בין הוראות הפתיחה באש לבין דברי סרן ר' [כלעיל בפסקה 17, שורה 318], שלפיהם "**כל מי שנע, זז, במרחב גם אם זה בן שלוש צריך להרוג אותו**" – אשר יושמו בעניינו "הלכה" למעשה [ראו גם בג"ץ **אלהמץ**, פסקה 28]. אמנם, סרן ר' זוכה מן האישום כי בהתבטאות זו גלומה פקודה בלתי חוקית [הכרעת דין ב-דר/400/04 **התובע הצבאי** נ' **סרן ר'** (10.5.2005) (להלן: "הכרעת הדין בעניין **סרן ר'**")], עמ' 84 – 86]. אולם, זיכוי מאשמה פלילית לחוד, ומסקנה בדבר אי-סבירות אזרחית לחוד; בשים לב לנטלים השונים ולתכליות השונות של תחומים משפטיים שונים אלה.

34. ההסתערות של סרן ר' לעבר המנוחה שיקפה אתוס ראוי לשבח, <u>בנסיבות אחרות</u>, של חתירה מיידית למגע עם האויב. אולם היא לא התאימה למצב של זיהוי נערה, הנחזית להיות בלתי חמושה, אשר קיים ספק בשאלה אם גלום בה סיכון לחיילים. בנסיבות כאלה, הוראות הפתיחה באש אינן מתירות פעולה מתפרצת "מאפס למאה", אלא מחייבות פעולה מרוסנת, מדורגת ומבוקרת, העוקבת אחר אותות הסיכון, או היעדרם, העולים מהתנהגותו של האדם החשוד כמסוכן לחיילים. אדגיש כי בדבריי האמורים איני מכונן נורמות "אקדמיות" שאינן הולמות את שדה הקרב שבו פעלו החיילים, והעלולות "לסרס" את האפקטיביות הלוחמתית שלהם. בדבריי אלה אני רק נותן תוקף להוראות הפתיחה באש, שהותקנו על ידי הצבא עבור שדה הקרב; ובאופן יותר ספציפי, עבור מצבים של סכנת חיים, ושל היתקלות באדם שהתגלה בתוך אב"מ, בדיוק כבענייננו. הוראות אלה אינן חשודות, כמובן, באי-הבנה מקצועית של צורכי הלחימה, או ביומרה לסטנדרטים שאינם מעשיים בתנאי לחימה. איש מן הקצינים והחיילים שהעידו לפניי לא קרא תיגר על הוראות פתיחה באש אלה, על תוקפן המחייב ועל תאמותן להכוונת הלחימה בנסיבות הנדונות.

35. <u>בחינת התנהלותם של החיילים לאור דיני הרשלנות</u> מובילה לאותה תוצאה כמו בחינתה לאור הוראות הפתיחה באש. הוראות הפתיחה באש משקפות את "הפרוטוקול" הצבאי; קרי: את דעתם של הרשות הצבאית והמומחים הצבאיים האמונים על ההתנהלות הצבאית בתנאי סיכון לחיי החיילים. לפיכך, בית המשפט ייטה לתת להן משקל רב; הגם שהן אינן מכתיבות, בהכרח, את סטנדרט ההתנהגות הסבירה הנקבע על ידי בית המשפט במסגרת סמכותו לפרש וליישם את הדין [ע"א 3889/00 **לרנר** נ' **מדינת ישראל** (13.5.2002) (להלן: "עניין **לרנר**")], פסקה 14]. בענייננו, איני מוצא כל נימוק לשרטט את קו התיחום של סטנדרט הסבירות במקום אחר מזה שבו שרטטו אותו הוראות הפתיחה באש של צה"ל.

36. כאשר נגלית לעיני החיילים דמות החשודה כמעורבת בפעילות חבלנית עוינת – והמנוחה אכן נחשדה בכך באופן סביר, בשל חדירתה לעומק האב"מ עד שהתגלתה בשערי המוצב – סביר מצדם לנקוט פעולה לקידום הסיכון; אולם לא נובע מכך שסביר מצדם לנקוט כל פעולה לקידום הסיכון. חובתם לבסס לעצמם באופן סביר את החשד כי מדובר בפעילות חבלנית עוינת, וחובתם לנקוט אמצעים סבירים לנוכח החשד ומידת ביסוסו. בין שני ממדים אלה מתקיימת "מקבילית כוחות": ככל שהוודאות נמוכה יותר, פחותה ההצדקה לנקוט את האמצעים החריפים והבלתי-הפיכים ביותר, ולהפך. זוהי דרישת הסבירות, וזוהי דרישתן של הוראות הפתיחה באש [**לרנר**, פסקאות 10 – 12].

37. כאשר המנוחה זוהתה לראשונה, על ידי חיילי השי"ג, היא לא הייתה בתוך המוצב, או בסמיכות פיזית למי מן החיילים. היא הייתה במרחק כ-100 מטרים למרגלות המוצב [כלעיל בפסקה 17, שורה מס' 13 בקטע המצוטט]. שום נזק לא היה נגרם לחיילים לו קראו לה לעצור, בטרם ירי; ובמקרה של היעדר תגובה – לו ירו לעברה ירי הרתעתי, בטרם יירו על גופה, כחובתם לפי הוראות הפתיחה באש, בהקשר המאפשר זאת ללא סיכון לחיילים. אולם, נניח שלאור ההיסטוריה הביטחונית המדממת של האזור, וההתראות המודיעיניות, החיילים חשו בסכנת חיים מיידית עד כדי כך שראו צורך לירות מיד לעבר הדמות שהתגלתה על מנת לפגוע בה. שאלת הצדקתו של ירי כזה אינה עולה בענייננו, משום שלא הירי הראשוני הזה הוא שפגע במנוחה. ירי זה גרם לה, מיידית, לשמוט את תיקה ולהתחיל לנוס במגמת התרחקות מן המוצב. בשלב זה, החיילים כבר זיהו כי מדובר בנערה שאינה נחזית לשאת נשק ולאיים בירי לעבר המוצב [חיילי התצפית אפילו התרשמו כי מדובר בילדה כבת 10; שם, שורות 35 – 51]. היא לא לבשה בגדים רחבים וארוכים שאינם מותאמים למזג האוויר ולהקשר, באופן שהיה עשוי להחשידה בהסתרת חגורת נפץ על גופה. גם התיק, שהונח על ידי המנוחה כ-100 מטרים מן המוצב וחייליו הספונים בעמדות ממוגנות ובמקומות שינה ממוגנים, לא סיכן באופן מיידי את החיילים לפני יציאת מי מהם מן המוצב; ולפיכך גם האפשרות שהמנוחה תגרום לפיצוצו מרחוק לא איימה על החיילים, אותה שעה, כדי הצידוק להרוג אותה מיידית. נראה שהירי על המנוחה כלל לא נבע מחששם של החיילים מן התיק; שהרי התיק הוזכר לראשונה לאחר מכן [בשורה 221 בקטע המצוטט לעיל בפסקה 17]. גם סרן ר' העיד כי האיום היה גלום במנוחה ולא בתיק [פרוטוקול מיום 11.3.15, עמ' 86]. הקצין איייל, שהתלווה לסרן ר' בהסתערות לעבר המנוחה, העיד כי כלל לא ידע אותה שעה על התיק [פרוטוקול מיום 16.3.15 חלק שני, עמ' 115 (עמ' 258 בתיק האלקטרוני)]. המנוחה הייתה, אותה שעה, מרוחקת מחיילי המוצב עוד יותר מן התיק; שהרי החלה לנוס במגמת התרחקות מן המוצב; ומכך נובע שאפילו הסתירה חגורת נפץ תחת בגדיה – האפשרות לפיצוצה באותה שעה לא סיכנה את החיילים הממוגנים במוצב. בשלב זה, אפוא, למצער היה צריך להיווצר בלב החיילים ספק בזיהוי המנוחה כמי שמעורבת בפעילות חבלנית עוינת; גם בשים לב לאמור בהוראות הפתיחה באש כי עצם הימצאותו של אדם באב"מ אינה, כשלעצמה, מצדיקה

להניח כי מדובר במחבל [כלעיל בפסקה 33]. גם הספק הזה היה צריך להוביל לאי-נקיטה מיידית באמצעי החמור ביותר והבלתי-הפיך ביותר של ירי על מנת לפגוע במנוחה, ואף לוודא את הריגתה. כעדותו של סרן ר' עצמו: "**אם היא מהווה איום והיא עם נשק יורים ומנטרלים אותה**" [פרוטוקול מיום 11.3.15, עמ' 45]; ומכלל הן אתה שומע לאו. הימנעותם של החיילים מלאתגר עצמם בקיומו של ספק בחשדם כלפי המנוחה, ומלרסן עצמם בתגובתם הקטלנית כלפיה נוכח ספק זה – אינה מתיישבת עם הוראות הפתיחה באש, ועם סטנדרט הסבירות המותווה בהלכת **לרנר**.

38. המדינה טענה כי סרן ר' לא היה בהאזנה רצופה לקשר, ולפיכך לא היה מודע לכך שהתצפית והש"ג זיהו את המנוחה כ"ילדה". לדידו, ה"דמות" שזוהתה הייתה אותו "מחבל במוצב" שההכרזה על קיומו העירה אותו באותו בוקר [סיכומי המדינה, פסקאות 56-57]. אולם אין בטענה זו משום הגנה מפני קביעה של רשלנות. המנוחה נפגעה קשה, וכנראה נהרגה, מירי החיילים שכן האזינו לקשר וכן היו מודעים לזיהויה כאמור. בשלב שבו סרן ר' ווידא את הריגתה – הוא כבר ראה אותה בעצמו; ולא היה תלוי בזיהוי של חיילי התצפית והש"ג את המנוחה ברשת הקשר. זאת ועוד: הוראות הפתיחה באש שחלו על המצב הנדון אינן מיוחדות לילדות. בהינתן שהמנוחה לא נראתה בשום שלב כמחבל חמוש, העלול לירות לעבר החיילים בכל רגע – חלו לגביה הוראות הפתיחה באש, אשר חייבו פעולה מדורגת גם אילולא היה מדובר בנערה. אין קשר סיבתי, אפוא, בין אי-המודעות של סרן ר' לזיהוי ברשת הקשר של המנוחה כילדה – לבין הריגתה, בניגוד להוראות הפתיחה באש.

39. הטענה כי סרן ר' סבר בתום לב שמדובר ב"מחבל במוצב" רלבנטית לשאלת אשמתו הפלילית של סרן ר', שאמנם זוכה מכל האישומים הפליליים נגדו. אולם, זו אינה טענה רלבנטית לשאלה שבה עסקינן כאן, אם הכוח הצבאי, בכללותו, נהג בעניינו באופן תקין וסביר אם לאו. כבר נאמר שעצם אי הגילוי המוקדם של המנוחה בדרכה למוצב, עוד לפני תחילת הירי לעברה, היה בגדר רשלנות שגרמה להשתלשלות הקטלנית המאוחרת. בנוסף לכך, עצם הכריזה "מחבל במוצב" הייתה שגויה ומטעה; משום שאיש לא זיהה מחבל במוצב. המנוחה זוהתה לראשונה על ידי הש"ג, ולאחר מכן על ידי התצפית, בתור ילדה במנוסה, המתרחקת מנקודה הרחוקה כ-100 מטרים מן המוצב והלאה. כריזה זו הייתה מסוכנת; משום שהיה בה כדי להוביל לירי מבוהל ובלתי מבוקר, כפי שבמובן מסוים בוצע למעשה כלפי המנוחה, והיה עלול גם לפגוע בחיילים אחרים. הוראות הפתיחה באש אינן מתירות, אף במקרה של סכנת חיים, ירי מבוהל ובלתי מבוקר. הן מחייבות קור רוח, אומץ-לב ונחישות לעשות את הדבר הנכון, הנחוץ, הזהיר והחוקי בכל מצב; גם בעת סכנת חיים, תוך נטילת סיכונים מחושבים לצורך כך. זוהי תמצית חובת המידתיות, המשותפת להוראות הפתיחה באש, לחובת הסבירות הנזיקית והמינהלית וגם למשפט הבין-לאומי ההומניטרי [כלהלן בפסקה 41]. ככל שהחיילים במוצב שירו על המנוחה, לרבות סרן ר', סמכו על הכריזה "מחבל במוצב", מבלי להתחבר לקשר ולהיחשף למלוא המידע הרלבנטי לזיהוי האיום מן החמ"ל – הרי שפעלו על יסוד תשתית

מידעית חסרה. תחושת הדחיפות שהביאתם לכך ניתנת להבנה; אולם היא הייתה כוזבת. היא נבעה מרשלנות של חיילים אחרים, שגרמה לתגובתם הבלתי מידתית של החיילים שירו, לרבות סרן ר'.

40. גם הטענה בדבר "הפעלת שיקול דעת" לנוכח האיום אינה מועילה לסרן ר' ולחייליו בהקשר הנדון כאן. כאשר לא באשמה סובייקטיבית של היחיד עסקינן, אלא בשאלת העמידה בסטנדרט אובייקטיבי מצד הכוח הלוחם בכללותו – נדרש ששיקול הדעת יהיה לא רק תם-לב, אלא גם סביר. כמובן, הבחינה של שיקול דעת סביר בתנאי דחק הינה סלחנית [ע"א 751/68 **רעד נ' מדינת ישראל**, פ"ד כה(1) 197, בעמ' 214; ע"א 5604/94 **חמד נ' מדינת ישראל** (12.1.2004), פסקה 12 בפסק דינו של כב' הנשיא (דאז) א' ברק]. אולם, הוראות הפתיחה באש בנסיבות כבענייננו משקפות את שיקול הדעת שהצבא מצפה לו מחייליו דווקא בנסיבות כאלה. לא היו בענייננו נסיבות מיוחדות שהיו עשויות לחייב, או להצדיק, שיקול דעת לסטות מאותן הוראות פתיחה באש. הוראות הפתיחה באש החלות באב"מ, ובנסיבות של סכנת חיים, מורות כי התנהלות החיילים לא הייתה סבירה.

41. גם יישום המשפט הבין-לאומי ההומניטרי מוביל לאותה תוצאה. המשפט הבין-לאומי ההומניטרי מאפשר לצבא כובש לעשות את הנדרש להתמודדות עם סכנה לחיים, בכפוף להישמרות מפגיעה בלתי מידתית ב"אזרחים מוגנים". לצד זאת, אזרח בשטח כבוש אינו נחשב ל"מוגן" אם הוא משתתף בפעולות איבה נגד הצבא הכובש. אפילו נפגע אזרח תמים אגב תקיפה של מטרה שהכוח הצבאי סבר בתום לב שהיא מהווה איום, וככזו הריהי מטרה צבאית חוקית – אין משום אי-חוקיות בפעולה. הבחינה לא תהא של כל ירי וירי, אלא של הפעולה הצבאית בכללותה. מכל מקום, הפגיעה באזרחים, מקום שהיא נדרשת, צריכה להיות מידתית. בכלל, דרישת המידתיות עוברת כחוט השני במשפט הבין-לאומי ההומניטרי [הילי מודריק-אבן חן, **טרור ומשפט בין-לאומי הומניטרי – הבחנה בין לוחמים לאזרחים בשדה הקרב המודרני**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים והוצאת נבו, תש"ע-2010, עמ' 160, 261-262, 270 – 273, 283 ו-337; בג"ץ 769/02 **הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל** (14.12.2006), פסקאות 41-42 ו-46]. בהתאם לכך, ובדומה להוראות הפתיחה באש של צה"ל שנסקרו לעיל, ה"מדריך של הוראות הפתיחה באש" שנערך בחסותו של ה- International Institude of Humanitarian Law קובע כי גם בהקשר של הגנה עצמית – על הכוח הצבאי לנהוג במידתיות, הגלומה בפעולה מדורגת המצמצמת ככל הניתן שימוש בכוח קטלני נגד אזרחים [גיל לימון, **המאבק בטרור בראי המשפט הבין-לאומי**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשטים, האוניברסיטה העברית בירושלים והוצאת נבו, התשע"ו-2016, עמ' 265].

42. בענייננו, כפי שבואר לעיל, לא ניתן היה להלום את הימצאותה של המנוחה בשערי המוצב אלא עם קיומו של סיכון ממשי לכך שהיא מעורבת, באופן כזה או אחר, בפעילות חבלנית עוינת (אפילו

תומרנה לכך על ידי אחרים). לפיכך מותר היה להפעיל כלפי המנוחה כוח צבאי מידתי כדי לנטרל את הסיכון. מכיוון שניתן היה לנטרל את הסיכון שמפניו חששו החיילים ללא הפגיעה הקטלנית במנוחה – אסור היה לפגוע במנוחה פגיעה קטלנית ובלתי מידתית, כאמצעי ראשון.

43. המסקנה כי החיילים נהגו שלא כדין משותפת, אפוא, לנקודות המבט של הוראות הפתיחה באש, של דיני הרשלנות ושל המשפט הבין-לאומי ההומניטרי.

44. לסיום פרק זה אעיר על עניין "<u>ווידוא ההריגה</u>" על ידי סרן ר', שמיקד תשומת לב רבה בהליכים קודמים ובתכנית "עובדה". לדידו של סרן ר', ניטרול הסכנה לחיי החיילים חייב את הריגת המנוחה. לפיכך ראה לעצמו חובה לוודא את הריגתה. הוא הכריז בקשר על כוונתו לעשות כן, ושב והכריז בקשר כי עשה כן, וכי כך צריך לעשות [כלעיל בפסקה 17, שורות 94, 180, 313, 315 ו-318]. עצם ווידוא ההריגה אינו מוטל בספק, אפוא. אולם, הכשל של החיילים וסרן ר' לא היה בווידוא ההריגה, אלא בהריגה. ההריגה, ווידוא ההריגה, לא נדרשו לניטרול הסכנה לחיי החיילים, ולפיכך אסור היה לבצעם. אולם שתי הפעולות הללו נעשו "בהעלם אחד"; כלומר: ברצף אחד, מחמת אותה טעות בתגובה הנכונה לאיום. הפעולה השנייה, אפוא, אינה מוסיפה אשם על האשם הגלום כבר בפעולה הראשונה. לא התרשמתי כי היה מדובר, חלילה, ב"התעללות בגופה" או במתן פורקן לשנאה מצד סרן ר'. זו הייתה "הליכה עד הסוף" עם התפיסה המוטעית שלפיה המנוחה הייתה מחבלת, בוודאות; וכי נשקפה ממנה סכנה שרק הריגתה עשויה לנטרל. גם במישור הנזק והקשר הסיבתי יש לומר כי מאבחנות החיילים בקשר מסתבר, מעבר למאזן ההסתברות האזרחי, שגורלה של המנוחה נחרץ עוד לפני "ווידוא ההריגה" של סרן ר' [שם, שורות 78, 80, 100 ו-152]. מן האמור עולה גם כי לא רלבנטית טענת התובעים בדבר אי-הענקת טיפול רפואי למנוחה: החיילים הניחו שהכרחי להורגה כדי לנטרל את האיום. הם ראו את עצמם, ואת זירת האירוע, כחשופים לפיצוץ יזום על ידי המנוחה, ולירי צלפים. ברור שנסיבות כאלה אינן מתיישבות עם הענקת טיפול רפואי למנוחה, תוך סיכון לחיילים ולצוות הרפואי, לאחר הפגיעה בה; מלבד העובדה המסתברת כי כבר לא היה בו כדי להצילה. כלומר, הן ההתרשלות הן הנזק היו נעוצים בהריגת המנוחה, ולא בהיעדר טיפול רפואי בה.

<u>הטענה לעילת פיצוי במשפט הבין לאומי ולפיצוי לפנים משורת הדין</u>

45. התובעים טוענים כי אפילו לא עומדת לזכותם עילת פיצוי לפי דיני הנזיקין – יש לפצותם לפי המשפט הבין-לאומי. אולם, לא ניתן לעקוף את הסייג לאחריות המדינה בנזיקין על ידי אימוץ נורמה בין-לאומית הסותרת אותו [רע"א 3675/09 **מדינת ישראל** נ' **דאוד** (11.8.2011), פסקה 15; ע"א 8148/13 **שרקת פלסטין ללאסתמאר אלסחי** נ' **שר הביטחון** (20.9.2015), פסקה 18]. למעלה מן

הצורך אפנה לפסק דיני בעניין ת"א (מח' ב"ש) 45043-05-16 **ע' נ' (עטייה נבאהין)** נ' **מדינת ישראל** (4.11.2018) (להלן: עניין **נבאהין**); שבו הראיתי כי כלל לא קיימת נורמה בין-לאומית הסותרת סייג לאחריות בנזיקין בגין פעולה מלחמתית. אדרבא, הסייג במשפט המשווה רחב יותר [שם, פסקאות 94 – 111. פסק דין זה תלוי בערעור במסגרת ע"א 993/19].

46. לבסוף טוענים התובעים כי אפילו אין לזכותם עילת פיצוי מן הדין – ראוי לפצותם לפנים משורת הדין. אולם, "**קוצר ידו של המשפט הוא גם קוצר ידו של השופט**" [בג"ץ 681/12 **גרינשפן** נ' **היועץ המשפטי לממשלה** (13.6.2012), פסקה 1 בפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) א' חיות]. כמה שנאמר: "**כי לא לשם כך יושב הדיין, שיחלק את הדין בחסד כנדבת-יד, אלא שידון על פיו; ובשבועתו לא נשבע שיכונן את כל הטוב בעיניו, אלא שישפוט על פי החוקים**" ["האפולוגיה של סוקרטס", **כתבי אפלטון** א (שוקן 1979) 206, 230].

<u>סיכום</u>

47. נערה כבת 14 נהרגה, ביום 5.10.04, מירי חיילי צה"ל, לאחר שחצתה אזור ביטחוני מיוחד והתגלתה בשערי המוצב.

48. הימצאותה של המנוחה בשערי המוצב, בשים לב לטופוגרפיה של האזור, נתנה יסוד ממשי לחששם של החיילים כי המנוחה מעורבת בפעילות חבלנית עוינת המסכנת את חייהם. בעקבות חששם זה, הם פתחו באש לעבר המנוחה והרגוה.

49. בחינת הפעולה הצבאית שהובילה למות המנוחה, לאור "הראיה הטובה ביותר" של הדברים שנאמרו ברשת הקשר הפלוגתית במהלך הפעולה; ויישום הגדרת "פעולה מלחמתית" **בחוק הנזיקים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952** ("**חוק הנזיקים**"), כנוסחו אז, שלפיה "'**פעולה מלחמתית**' – **לרבות... פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף**" – מעלות כי הפעולה הנדונה הייתה פעולה מלחמתית מובהקת.

50. **חוק הנזיקים** קובע סייג לאחריות המדינה בנזיקין בגין פעולה מלחמתית. לפיכך, דין תביעת הנזיקין בגין מותה הטראגי של המנוחה – להידחות.

51. חיילי התצפית לא זיהו את המנוחה מבעוד מועד, בעודה מתקדמת לתוך האזור הביטחוני המיוחד, אך רחוקה דיה מן המוצב, משום שלא היו מרוכזים במשימתם. לו זיהו אותה במועד, היו מניסים אותה בקריאות או בירי אזהרה. על ידי כך הם היו מנטרלים את הסיכון, מבלי לחוש צורך

"לנטרל" את המנוחה. עם תחילת הירי לעבר המנוחה, ובטרם נפגעה – היא שמטה את התיק שנשאה והחלה לנוס על נפשה ולהתרחק מן המוצב. היא נחזתה שלא לשאת נשק, ולא היו סימנים מחשידים לאפשרות שהיא נושאת על גופה חגורת נפץ. החיילים היו, באותה שעה, ממוגנים בתוך המוצב. בנסיבות אלה, הירי המסיבי של החיילים על המנוחה, ו"ווידוא ההריגה" שביצע בה המ"פ, חרגו מן האמצעים המידתיים שהיה מותר לחיילים לנקוט, בין לפי הוראות הפתיחה באש, בין לפי דיני הסבירות הנזיקיים והמינהליים, ובין לפי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי. לפיכך, חרף דחייתה של תביעת הנזיקין הנדונה, מחמת הסייג לאחריות המדינה בגין "פעולה מלחמתית" – אין מקום לפסוק הוצאות משפט לטובת המדינה.

52. התביעה נדחית ללא צו להוצאות. תנחומיי הכנים למשפחת המנוחה על מות יקירתם.

ניתן היום, ח' סיוון תשפ"א, 19 מאי 2021, בהיעדר הצדדים.

שלמה פרידלנדר, שופט