



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7224/21

ע"א 8781/21

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט י' כשר

המערערת בע"א 7224/21: מדינת ישראל – משרד הביטחון

נ ג ד

המשיבים בע"א 7224/21: 1. פלוני
2. אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ

המערער בע"א 8781/21: פלוני

נ ג ד

המשיבים בע"א 8781/21: 1. אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ
2. מדינת ישראל – משרד הביטחון

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה
בת"א 338/06 מיום 2.9.2021 שניתן על ידי כבי השופט
יצחק כהן

תאריך הישיבה: י"ב בסיון התשפ"ג (1.6.2023)

בשם המערערת בע"א
7224/21 והמשיבה 2 בע"א
8781/21: עו"ד מלי אומיד-ברגר

בשם המשיב 1 בע"א 7224/21
והמערער בע"א 8781/21: עו"ד ירון בן-ארי; עו"ד גל צוקרמנדל

בשם המשיבה 2 בע"א
7224/21 והמשיבה 1 בע"א
8781/21: עו"ד צבי רפפורט

פסק-דין

השופט י' עמית:

עניינם של הערעורים שלפנינו בטענה לאחריות נזיקית בגין אי מניעת אירוע טרור.

רקע

1. ביום 7.4.1996, חול המועד פסח, הושלכו בקבוקי תבערה לעבר אוטובוס לא ממוגן של האגודה השיתופית "אגד" (להלן: אגד), שהסיע משתתפים מעצרת תמיכה ביישוב היהודי שהתקיימה בחברון (להלן: הפיגוע). המערער בע"א 8781/21 והמשיב 1 בע"א 7224/21 (להלן: המשיב), עובד אגד, היה נהג האוטובוס שהותקף. המשיב המשיך בנסיעה על מנת להרחיק את האוטובוס מזירת הפיגוע, ולאחר מכן עצר, הזעיק עזרה וסייע לנוסעים שנפגעו.

2. בתחילת שנת 2002 פנה המשיב לראשונה לקבלת טיפול נפשי והוא אובחן כסובל מ-PTSD קשה (תסמונת דחק פוסט טראומטית). לטענת המשיב, כבר בשנת 2000, ובעקבות התפרצות אינתיפאדת אל-אקצא, החל לסבול מתסמינים שמקורם בפיגוע – סיוטים, שיחזור של מראות הנפגעים ושמיעת זעקותיהם.

המשיב הוכר כנפגע עבודה על ידי המוסד לביטוח לאומי (להלן: המל"ל) ונקבעו לו דרגות נכות זמנית לתקופות שונות החל ממועד הפיגוע, ונכות צמיתה בשיעור 30% החל מיום 1.1.2006, שבהמשך הועלתה ל-45% החל מיום 1.9.2018. ביני לביני, ביום 19.1.2004 נפגע המשיב בתאונה שהוכרה כתאונת עבודה, עת עבד במוסך אגד וניסה להרים מדחס של אוטובוס שנפגע בפיגוע טרור. לאחר תאונה זו פרש המשיב מעבודתו באגד. עוד יצוין כי למרות שהפיגוע מיום 7.4.1996 הוכר על ידי משרד הביטחון כפעולת איבה, המשיב בחר לוותר על תביעה לפי חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970 (להלן: חוק נפגעי פעולות איבה).

3. ביום 16.3.2006 הגיש המשיב לבית המשפט המחוזי תביעה אזרחית-נזיקית כנגד אגד כמעסיקתו וכנגד המדינה (המערערת בע"א 7224/21 והמשיבה 2 בע"א 8781/21), בטענה כי אלה אחראיות ביחד ולחוד לנזקים הנפשיים שנגרמו לו עקב הפיגוע. טענתו המרכזית של המשיב הייתה כי אגד והמדינה התרשלו בכך שאפשרו את

הנסיעה בשים לב לאיומים הביטחוניים ששררו באזור באותה עת, ללא מיגון מספק וללא הסדרי ליווי ואבטחה מתאימים.

ההליך בפני בית המשפט המחוזי

4. לאחר שמיעת עדים הן מטעם התביעה הן מטעם ההגנה, ניתן ביום 22.9.2012 פסק דינו של בית משפט המחוזי (כב' השופט ע' גרשון) הדוחה את התביעה מחמת התיישנותה. על פסק דין זה הגיש המשיב ערעור שהתקבל ברוב דעות (ע"א 8172/12 פלוני נ' אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ (18.1.2018) (להלן: פסק הדין הראשון)), והתיק הוחזר לבית המשפט המחוזי לדון בתביעה לגופה.

5. ביום 2.9.2021 ניתן פסק הדין מושא הערעורים שלפנינו. בית המשפט המחוזי (כב' השופט י' כהן) דחה את התביעה כנגד אגד, קיבל את התביעה כנגד המדינה והטיל עליה את האחריות לנזקיו הנפשיים של המשיב.

נקבע כי בתקופה שבה אירע הפיגוע, המצב הביטחוני בארץ וביהודה ושומרון כפרט, היה רווי מתח ופיגועים, וביום הפיגוע התקיימה עצרת הזדהות עם היישוב היהודי בחברון וביקור של אלפי חוגגים במערת המכפלה, מה שחייב היערכות מיוחדת. בית המשפט קבע כי המדינה לא נקטה את כל האמצעים הסבירים למניעת האירוע, ולמשל, התקבלה החלטה "תמוהה" להסיר בבוקר יום העצרת את העוצר שהוטל קודם לכן על האזור; אירוע דומה של זריקת בקבוקי תבערה התרחש במקום סמוך כשעה וחצי לפני הפיגוע שבו נפגע המשיב (להלן: הפיגוע הראשון), אך לא הוטל בעקבותיו עוצר שהיה יכול למנוע פיגועים נוספים; והמדינה לא פעלה לעצירת התנועה או להסתתה לנתיב חלופי לאחר הפיגוע הראשון. בתוך כך, נדחתה טענת המדינה להתיישנות התביעה לפי חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: חוק הנזיקים האזרחיים) לנוכח קביעותיו של בית משפט זה בפסק הדין הראשון; נקבע כי לא מדובר ב"פעולה מלחמתית" שבגינה פטורה המדינה מאחריות לפי סעיף 5(א) לחוק זה; וכי האירוע לא נופל להגדרת "תאונת דרכים" שבחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, אשר מחריג מתחולתו את מי שנפגע מפעולות איבה.

בהתייחס לטענות כלפי אגד, נקבע כי שליחת המשיב לנסיעה באוטובוס לא ממוגן לא עולה כדי התרשלות מצידה של אגד, בהתחשב, בין היתר, בהחלטת המדינה לתת היתרים חריגים לנסוע ביהודה ושומרון ללא מיגון באירועים מיוחדים כגון העצרת

דנן; בכך שלאגד היה מספר מצומצם עד מאוד של אוטובוסים ממוגנים; וסוגיית מיגון האוטובוסים כלל לא נוגעת לאגד אלא מצויה באחריותו של משרד הביטחון.

6. בית המשפט המחוזי אימץ את חוות דעת המומחה שמינה, שקבע למשיב נכות נפשית צמיתה בשיעור 60%, וחילק את התפתחות מחלתו לשלוש תקופות: מיום האירוע ועד לשנים 2000-2001, אז סבל מתסמינים אך לא פנה לטיפול ובאופן כללי המשיך לתפקד; מהשנים 2000-2001, פרוץ האינתיפאדה השנייה, ועד לשנת 2018, אז נחשף לאוטובוסים שנפגעו בפיגועים, תפקודו הצטמצם והוא פנה לטיפול; ומשנת 2018 ואילך – עת פקדו את נישואיו משבר שהחמיר את מצבו.

בית המשפט חישב את הפסדי השכר ממועד פרישתו של המשיב מאגד (יום 20.1.2004), כשהחל ממועד זה, הפסדי השכר חושבו לפי נכות תפקודית וגריעה מכושר השתכרות בשיעור 40%, והחל מיום 1.1.2018 – לפי אובדן כושר השתכרות מלא. בגין הפסדי שכר בעבר נפסק הסך של 2,267,368 ₪; בגין הפסדי שכר בעתיד – 3,131,565 ₪; בגין הפסד תנאים סוציאליים – 674,867 ₪; ובגין כאב וסבל – 500,000 ₪. בית המשפט לא פסק פיצוי בראשי הנזק של עזרה לזולת, הוצאות רפואיות והוצאות נסיעה לעבר או לעתיד, בין היתר מכיוון שכנפגע תאונת עבודה המשיב יהיה זכאי לפנות בנושאים אלה למל"ל.

מהסכום הכולל (6,573,800 ₪) נוכו תגמולי המל"ל בסך 4,677,176 ₪. המדינה חויבה אפוא בתשלום פיצוי למשיב בסך 1,896,624 ₪ וכן בהוצאות משפט, שכ"ט ומע"מ בסכום כולל של 400,000 ₪. לנוכח דחיית התביעה נגד אגד, המשיב חויב בתשלום הוצאותיה לרבות שכ"ט ומע"מ, בסכום כולל של 81,900 ₪.

הערעורים

7. מכאן שני הערעורים שלפנינו, שהוגשו על ידי המדינה והמשיב. אציין כי תשלום סכום הפיצוי עוכב במלואו בהחלטת השופט ע' גרוסקופף מיום 14.11.2021, וזאת בהעדר התנגדות מטעם המשיב.

8. במישור החבות, המדינה הלינה בערעורה על הקביעה כי היא נושאת באחריות לנזקי המשיב הנובעים מהפיגוע, ולשיטתה, מדובר בקביעה שגויה ומרחיקת לכת אשר חותרת תחת מושכלות יסוד בנוגע להתערבות בית המשפט בהחלטות ביטחוניות ומבצעיות. מנגד, ערעור המשיב נסב על אי הטלת אחריות על אגד. במישור הנזק, הן

המדינה הן המשיב הלינו על קביעות בית המשפט ביחס לנכותו התפקודית של המשיב, על פרשנות בית המשפט את עמדת המומחה מטעמו ועל השלכות הדבר על הפסדי השכר לעבר ולעתיד. בתוך כך, המדינה טענה כי בית המשפט המחוזי לא נדרש לעובדה שוועדה רפואית של המל"ל פסקה למשיב נכות צמיתה בשיעור 45% בלבד, וכי עולה מעמדתו של המומחה שהנכות שקבע למשיב נובעת גם מאירועים מאוחרים שאינם קשורים לפיגוע. כן הלינה המדינה על גובה הוצאות המשפט ושכ"ט עו"ד שנפסקו לחובתה.

המשיב, המדינה ואגד הגישו סיכומי טענות כמערערים ו/או כמשיבים בערעורים, וטענותיהם בכתבי טענות אלה יפורטו להלן במידת הצורך.

דיון והכרעה

9. אפתח את הדיון בסוגיה העיקרית והיא – אחריות המדינה לנזקי המשיב שנגרמו לו כתוצאה מהפיגוע. אקדים ואומר כי מהטעמים שיפורטו להלן הגעתי לכלל מסקנה כי יש לקבל את ערעורה של המדינה בנושא זה.

הטלת אחריות על המדינה בגין אי מניעת פיגוע טרור

10. "הכלל האנכרוניסטי של 'The king can do no wrong' חלף עבר זה מכבר מן העולם, ואת מקומו תפס עקרון השוואת המעמד של הרשות הציבורית למזיק הפרטי" (רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פסקה 14 לפסק דיני (19.1.2017)). כיום, הטלת אחריות על רשויות ציבוריות בגין רשלנות אינה זרה בדיני הנזיקין הישראליים, ועל הרשות, ככל מזיק אחר, מוטלת חובה לנקוט אמצעי זהירות סבירים על מנת למנוע נזק (ע"א 2303/11 מדינת ישראל - משרד הביטחון נ' עואודה, פסקה 9 לפסק דינו של השופט זילברטל (24.6.2014) (להלן: עניין עואודה); וראו גם: ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985); ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167 (2004) (להלן: עניין וייס); ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק ראשון) משפט ממשל ב 339 (התשנ"ה); תמר גדרון "אחריות המדינה, גופים ציבוריים וממלאי תפקידים ציבוריים לנזק שנגרם ברשלנות – מדרון חלקלק" הפרקליט נא 443 (התשע"א); חיה זנדברג "תביעות נזיקין נגד הרשות המבצעת – על תנועת המטוטלת" הפרקליט נב 3 (התשע"ג)).

11. ענייננו-שלנו בטענה לאחריות המדינה בגין נזקים שנגרמו כתוצאה ממעשה – פיגוע טרור – שבוצע על ידי אחרים. ככלל, יש לנקוט זהירות וריסון בהטלת אחריות

נזיקת בגין מחדל טהור למנוע סיכון לנזק שנגרם על ידי אחר (ע"א 3709/22 מדינת ישראל נ' פלונית, פסקה 29 (8.6.2023) (להלן: עניין פלונית)). בכל הנוגע להטלת אחריות על המדינה בגין אי מניעת מעשים פליליים ומעשי איבה, נפסק כי:

"אין לשלול אפשרות כי המדינה תמצא אחראית בנוזיקין בגין אי-מניעת מעשים פליליים או אף מעשי איבה שנעשו על-ידי אחר' [...]. בנסיבות מתאימות, עשויה לקום על הפרט או על המדינה חובה נזיקית לנקוט באמצעים כדי למנוע גרימת נזק לזולת על-ידי פעילות רשלנית ואף פלילית של צד שלישי [...]. חובה כזו צומחת, בדרך-כלל, בשל אופי היחסים שבין התובע לבין הנתבע או בין הנתבע לבין אותו צד שלישי, בשל כך שהנתבע בהתנהגותו הגביר את הסיכון לביצוע מעשה עברייני, או בשל השליטה והפיקוח של הנתבע על מבצע הפשע או על מקום ביצועו [...]. התערבותו של הגורם הזר – העברייני – אינה שוללת מניה וביה את אחריותו של הנתבע; המבחן המרכזי בכגון דא הוא מבחן הצפיות: 'אין כל חידוש בכך שהמזיק צריך לצפות התנהגות עבריינית של צד שלישי. חובה כזו הוכרה בעבר הן לעניין התנהגות רשלנית, הן לעניין התנהגות פזיזה והן לעניין התנהגות זדונית של צד שלישי. אכן, לא פעם מטילים דיני הנזיקין חובה על המזיק לצפות התנהגות עבריינית ומכוונת של צד שלישי - התנהגות הגורמת נזק.. " (דברי המשנה לנשיאה א' ריבלין בע"א 6279/04 ע'ד המנוח אבו צבחה נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (2.5.2007) (להלן: עניין אבו צבחה) (הפניות הושמטו – י"ע); בקשה לדיון נוסף נדחתה – דנ"א 4371/07 עיזבון המנוח אבו צבחה נ' מדינת ישראל (20.1.2008)).

וראו גם ע"א 3510/99 ולעט נ' אגד - אגודה שיתופית לתחבורה, פ"ד נה(5) 826 (2001) (להלן: עניין ולעט); עניין וייס; גיא שני "אחריות נזיקית בגין אי-מניעת פשע: חובתו של בעל עסק למנוע מעשה פלילי של צד שלישי" מחקרי משפט כט 237 (2013).

בע"א 6970/99 אבו סמרה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 185 (2002), נדחתה תביעתם של פלסטינים שניזקו מהפרות סדר שביצעו יהודים תושבי האזור לאחר רצח רב היישוב כפר דרום. השופט ריבלין קבע כי נראה שאכן הייתה מוטלת על גורמי הביטחון חובת זהירות כלפי המערערים, אך אין לומר כי בנסיבות המקרה, חובתם הופרה. בעניין אבו צבחה נדחתה טענה להתרשלות המדינה באירוע שבו נרצח מחבל כפות בנוכחותו של כוח צבאי, על ידי מתיישב שהחזיק בנשק צבאי. לעומת זאת, בעניין עואודה הוטלה אחריות על המדינה בגין נזק שנגרם כתוצאה מהתפוצצות רימון רסס צה"לי בנסיבות לא ברורות, ככל הנראה לאחר שאבד או נגנב מצה"ל וגרם למותם של שלושה ולפציעתם של אחרים (למקרים שבהם הוכרה חובת זהירות של הרשויות בהפעלת סמכויות אכיפה

משטרות וצבאיות, ראו אצל דפנה ברק-ארז משפט מינהלי – משפט מינהלי כלכלי כרך ג 402, הטקסט ליד ה"ש 50 (2013)).

על רקע הפסיקה דלעיל אבחן אם יש להטיל על המדינה אחריות בגין אי מניעת הפיגוע שאליו נקלע המשיב, כשלפי הפסיקה בעניין אבו סמדה, "אין לשלול אפשרות כי המדינה תימצא אחראית בנזיקין בגין אי-מניעת מעשים פליליים או אף מעשי איבה שנעשו על-ידי אחר [...] עם זאת אחריות כזו מן הראוי שתוטל בזהירות הראויה תוך בחינת צפיותו של האירוע העברייני, האמצעים שננקטו למניעתו והקשר הסיבתי שבין הפרת החובה לבין הנזק שנגרם בפועל" (שם, פסקה 4).

12. אין מחלוקת על כך שבתקופה שבה אירע הפיגוע, המצב הביטחוני בארץ וביהודה ושומרון בפרט היה מתוח ורווי פיגועים. קיומה של עצרת תמיכה המונית בישוב היהודי בחברון בחול המועד פסח, אז הותרה הכניסה למערת המכפלה ליהודים בלבד, היתה אירוע רגיש, והמדינה צפתה את האפשרות כי יפרצו חיכוכים (פסקה 27 להודעת הערעור).

רגישות האירוע לא נעלמה מעיני גורמי הביטחון, ואלה נערכו להגעתם של 250 אוטובוסים ובהם כ-15,000 משתתפים, ביניהם דמויות ציבוריות כמו רבנים וחברי כנסת. מאפייני האירוע הביאו להחלטת גורמי הביטחון לאבטח את כלל צירי התנועה המובילים לעצרת וחזרה ממנה, לטענת המדינה תוך שימת דגש על הציר שבו אירע הפיגוע, כביש 60 מחברון לירושלים המצוי בסמוך לכפרים ערביים. התפיסה של "אבטחה צירית" באה חלף אבטחה "צמודה" של כל רכב בנפרד, ובמסגרתה עובתה בצורה משמעותית האבטחה בצירים המובילים לאירוע באמצעות ריכוז כלל הכוחות המצויים בגזרה, תגבור סיורים רכובים ורגליים, והצבת תצפית באזור בית אומר, הכפר שממנו הגיעו המפגעים (עדות סא"ל יעקובי, קצין אג"ם בחטמ"ר יהודה באותה תקופה, פרוטוקול הדיון מיום 20.10.2010, עמ' 217 שורות 5-9; עדות סא"ל רותם שהיה מפקד כוח מילואים בציר המחבר בין גוש עציון לחברון, פרוטוקול הדיון מיום 16.3.2011, עמ' 279 שורות 8-6; עמ' 282 שורות 10-20; עמ' 276 שורות 3-9).

המדינה הסבירה כי מערך אבטחה מסוג זה איפשר מתן אישורים חריגים לנסיעת אוטובוסים שאינם ממוגנים בציר, וזאת לנוכח המספר הגדול של המשתתפים בעצרת, ומתוך תפיסה ביטחונית לפיה עדיף למנוע הגעת רכבים פרטיים רבים לאזור (עדות סא"ל יעקובי, עמ' 212 לפרוטוקול שורות 6-12; עמ' 215 לפרוטוקול שורות 8-19; עדות סא"ל רותם, עמ' 277-278 לפרוטוקול). סא"ל יעקובי ציין בעדותו כי ניסיון העבר לימד שלא

היתה יכולת מעשית למנוע את הגעת הציבור הרלוונטי למערת המכפלה, ולכן האירוע התקיים בתיאום עם הצבא, שנערך אליו במקום לנסות למנוע אותו (עמ' 211-212 לפרוטוקול).

13. לנוכח טענת המשיב להתרשלות באי מיגון האוטובוס שבו נסע, התעוררה בין הצדדים מחלוקת בנוגע לכמות האוטובוסים הממוגנים שהייתה באותה תקופה. בעוד שהמדינה מפנה לעדויות לפיהן לא היתה אפשרות לספק 250 אוטובוסים ממוגנים, כמספר האוטובוסים שהגיעו לעצרת; המשיב נסמך על עדותו של קציין הגנה מרחבית של אוגדת איו"ש, לפיה היו בנמצא מאות אוטובוסים ממוגנים נגד אבנים (היעילים גם נגד בקבוקי תבערה) ששימשו בשגרה להסעות תלמידים (עדות מר ועקנין, פרוטוקול הדיון מיום 1.5.2011, עמ' 448).

איני סבור שיש להתחקות אחר המספר המדויק של האוטובוסים הממוגנים שהיו קיימים באותה תקופה ואם ניתן היה להסיט את האוטובוסים להסעות תלמידים לצרכי העצרת. נזכיר כי מדובר בפיגוע שאירע בשנת 1996, כשתהליך מיגון האוטובוסים היה בתחילת דרכו וטרם הושלם. מר זליקוביץ, מי ששימש כראש היחידה להתיישבות, תשתיות לאומיות ואזורי פיתוח במשרד הביטחון, הסביר כי משרד הביטחון ביקש תקציבים למיגון אוטובוסים בסך של 300 מיליון ₪ אך בסופו של דבר קיבל רק שישית מהסכום, 50 מיליון ₪ (פרוטוקול הדיון מיום 1.5.2011, עמ' 422 שורות 14-24). תפיסת האבטחה שנבחרה הייתה אבטחת הצירים, בדרך של ריכוז ותגבור הכוחות על הצירים. העדים מטעם המדינה העידו כי כך נעשה בפועל, וכל הכוחות שהיו זמינים, לרבות חיילי מנהלה, יצאו לאבטח את הצירים (עדות סא"ל יעקובי, עמ' 245-246 לפרוטוקול). כוחות הביטחון פעלו מתוך הנחת עבודה מחמירה לפיה כל 250 האוטובוסים, שהגיעו לעצרת ממקומות שונים ברחבי הארץ, אינם ממוגנים, וסא"ל יעקובי אף ציין בעדותו כי אין לצבא יכולת ממשית לכפות על ציבור המשתתפים בעצרת להגיע באוטובוסים ממוגנים (עמ' 230 לפרוטוקול). כמו כן, מהעדויות עולה כי לא היו התראות מודיעיניות נקודתיות לביצוע פיגוע באותו היום (עדות סא"ל יעקובי, עמ' 221 לפרוטוקול; עדות סא"ל רותם, עמ' 282 לפרוטוקול שורות 2-5). בסופו של דבר, אין להסיק כי תפיסת האבטחה שנבחרה בהתאם לנתונים וההערכות שהתגבשו בזמן אמת הייתה רשלנית, גם אם למרבה הצער הסיכון שעמו התמודדו גורמי הביטחון התממש.

ובכלל, טענתו של המשיב כי צריך היה לעשות שימוש באוטובוסים הממוגנים שנועדו בשגרה להסעת תלמידים, מתעלמת מהיתרונות של פיקוח, שליטה ובקרה

הנובעים מעבודה אל מול גורם אחד בלבד (אגד) שיכול להעמיד את כל האוטובוסים הנדרשים לשם כך ולאסוף את כל המשתתפים מכל רחבי הארץ.

14. המשיב ביקש להיבנות מפסק הדין בע"א 971/06 בגא נ' מלול (10.11.2005) (להלן: עניין בגא), שם הוטלה אחריות על המדינה ועל מעסיקיו של נהג משאית שנפגע במהלך עבודתו, עת הוביל מים למוצב צה"ל בדרום-לבנון במשאית לא ממוגנת, כשהשיירה הצבאית שבה נסע הותקפה על ידי מחבלים.

דומני כי עניין בגא הוא מקרה נדיר, שמא המקרה היחיד שבו הוטלה אחריות על המדינה בגין אירוע טרור. המקרה שנדון בעניין בגא שונה מענייננו בהתחשב באזור הגיאוגרפי הנדון (לבנון). זאת ועוד, בעניין בגא, טענת המדינה כי אין להטיל עליה אחריות ולהתערב בשיקול דעתם המקצועי של גורמי הביטחון בהתבסס על ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994) (להלן: הלכת לוי) – נדחתה (שם, פסקה 13). בית המשפט בעניין בגא קבע כי לא הוכח שהמדינה הפעילה שיקול דעת, בחנה את האפשרויות שעמדו על הפרק וקיבלה החלטה כלשהי בעניין מיגון השיירה. גם במובן זה פסק הדין בעניין בגא, שעניינו בכניסת אזרח לשטח מדינת אויב, שונה מענייננו, שכן ההחלטה להעניק היתר לנסיעת אוטובוסים שאינם ממוגנים הייתה החלטה מושכלת שהתבססה על מערך האבטחה שנפרס כחלק מההיערכות לעצרת. עולה אפוא, כי בחינת המקרה לפי אמות המידה שנקבעו בהלכת לוי, תומכת באי הטלת אחריות על המדינה.

15. כזכור, בית המשפט קבע כי המדינה ידעה על הבעייתיות שבציר והייתה צריכה לצפות את התרחשות הפיגוע, וזאת לנוכח המצב הביטחוני המתוח ששרר באזור עוד קודם לכן, הרגישות שבקיום העצרת וביצוע פיגוע (זריקת בקבוקי תבערה) כשעה וחצי קודם לפיגוע מושא דיוננו, במרחק של 500 מטר מהזירה. בית המשפט קבע כי האמצעים שננקטו למניעת הפיגוע דגן לא היו מספקים, ואף הגדיל והצביע על החלטות "תמוהות" או שלא ניתן להן הסבר, כמו הסרת עוצר מהאזור בבוקר יום העצרת; אי הטלת עוצר לאחר הפיגוע הראשון; ואי עצירת התנועה לאחר הפיגוע הראשון או הסטתה לנתיב חלופי – פעולות שלשיטתו של בית המשפט יכלו למנוע את הפיגוע שבו נפגע המשיב.

16. אני שותף לעמדת המדינה כי קביעותיו של בית המשפט בנוגע לפעולות כוחות הביטחון היו חריגות, ולא היה מקום לקבוע במסגרת ההליך שלפנינו, למעלה משני עשורים לאחר קרות האירוע, מה הייתה הפעולה הצבאית הנחוצה והמתאימה ביותר בנסיבות העניין, שבדיעבד ניתן לומר כי הייתה מונעת את הפיגוע. ההחלטות בנוגע לפעולות צבאיות מהסוג שבו עסקינן הן החלטות מבצעיות-טקטיות-נקודתיות,

המושפעות מטבע הדברים ממגוון שיקולים כמו סד"כ ומצב הכוחות בשטח, מידע מודיעיני, איומים והיבטים נוספים הנפרסים לעיני הגורמים המקצועיים המוסמכים לכך, והם שנושאים באחריות על כלל ההשלכות האפשריות של פעולותיהם. בית המשפט הדן בתביעה אזרחית-נזיקית לא אמור להחליף את שיקול דעתם של גורמי הביטחון בשיקול דעתו, ויפים לעניינו דברים שציינתי בעבר:

"בבחינת פעולותיהם של גורמי הביטחון, על בית- המשפט להותיר בידי אלו שיקול דעת רחב באשר להפעלה הטקטית של כוחם. בחינתם השיפוטית של פעולות אלו, תוך קביעה כי פעולה פלונית עדיפה על פעולה אלמונית, יש להותיר למקרים בהם נהיר כי שיקול-הדעת היה מוטעה באופן קיצוני' (דברי השופט א' א' לוי ברע"א 5203/08 מדינת ישראל נ' אגבריה, פס' 6 (24.9.2009) [...]). ודוק: בחינה שיפוטית זהירה של פעילות גורמי הביטחון והענקת מתחם שיקול דעת רחב, אינה נובעת מיחס מועדף לו הם זוכים, אלא מהצורך היסודי לבחון את מעשיהם 'באותן נסיבות' שבהן בוצעו (כלשון סעיף 35 לפקודת הנזיקין [...]), ומתוך הכרה בתנאים הקשים והדוחקים שבהם הם נדרשים לעתים לפעול ולקבל החלטות" (ע"א 9480/17 מדינת ישראל, המשרד לביטחון פנים נ' דנבר צבעים וציפויים 2002 בע"מ, פסקה 56 (26.9.2019) (הדגשות במקור – י"ע)).

ככלל, לא בנקל יטיל בית המשפט אחריות בנסיבות שבהן נטען להתרשלות במעשה או במחדל של פעולות טקטיות-מבצעיות, חלקן מתקבלות ב"זמן אמת" בשטח, בלחץ זמנים ו"תוך כדי ריצה", ולעיתים, בדומה לנסיבות המקרה שלפנינו – תוך כדי או סמוך לאחר אש האויב. הדבר נובע מאופיין של פעולות אלו, הכרוכות כאמור בהתחשבות במגוון שיקולים מבצעיים הפרוסים לעיני הגורמים המוסמכים: "ראוי להותיר לחיילים מרווח סביר של טעות היכולה להיגרם כתוצאה מתנאי המקום, השטח והזמן העומדים ברקע האירוע המבצעי שבמחלוקת והמחייבים החלטה מהירה ולא התייעצות משפטית על המותר והאסור באותו רגע" (ע"א 3684/98 מדינת ישראל נ' אחלייל, פסקה 5 (7.3.1999) (להלן: עניין אחלייל)).

17. לדידי, קביעותיו של בית משפט קמא לא יכולות לעמוד ולא יכולות לבסס את אחריותה של המדינה במקרה שלפנינו. החלטה בדבר הטלת עוצר או הסרתו מסורה לידי גורמי הביטחון, ואין מדובר בהחלטה של מה בכך, שכן לצד יעילותו האפשרית של עוצר במניעת פיגועים, כפי שעלה מדברי העדים מטעם המדינה ומכתב הערעור, הטלת עוצר עלולה גם להתסיס את האזור ולעודד התפרעויות. ההחלטה להסיר את העוצר שהיה מוטל בבוקר האירוע היא החלטה שביסודה שיקול דעת רחב ומושפעת משיקולים

ביטחוניים (עניין אבו סמרה, פסקה 8) וממגוון שיקולים אחרים כאמור לעיל. בענייננו, המדינה טענה כי העוצר הוסר מכפרים שאינם סמוכים לעיירה בית אומר שבקרבתה התרחש הפיגוע. עוד נטען כי להערכת כוחות הביטחון, המפגעים הגיעו מתוך בית אומר ולא מהציר הראשי, כך שממילא היה בכוחם לבצע את הפיגוע גם אם לא היה מוסר העוצר מהכפרים.

המשיב השליך יהבו על אירוע זריקת בקבוקי התבערה הראשון, שנטען כי התרחש על אותו ציר שבו אירע הפיגוע מושא הדיון, כשעה וחצי קודם לכן ובמרחק של חצי קילומטר בלבד מזירת הפיגוע. לשיטתו, התרשלות המדינה באה לידי ביטוי לפחות מרגע התרחשותו של הפיגוע הראשון, וההחלטה שלא להטיל אחריו עוצר כפי שהוטל לאחר הפיגוע השני – מנוגדת לגישת המדינה עצמה וחורגת ממתחם הסבירות.

מנגד, המדינה טענה כי בפיגוע הראשון לא נגרם נזק ואיש לא נפגע, וכי לנוכח תדירותם הגבוהה של אירועי זריקת בקבוקי תבערה, לא ניתן להטיל עוצר אחרי כל אירוע מסוג זה. זאת ועוד, סא"ל יעקובי העיד כי הגם שהפיגוע הראשון אירע כ-500 מטר מהפיגוע השני, "אין שום קשר בין הכפרים שהם אמנם במרחק אווירי של 500 מטר אחד מהשני, אחד הוא מחנה פליטים, השני הוא כפר. אין שום קשר ביניהם, לא קשר בהשפעה על הפיגועים [...] בין שני האירועים אין קשר לחלוטין, הם שני כפרים שונים שצירי ההגעה אליהם הם שונים" (פרוטוקול מיום 20.10.2010, עמ' 248-249). אף ספק אם סמיכות הזמנים בין שני האירועים הייתה מאפשרת הטלת עוצר תוך זמן קצר באופן שהיה מונע את הפיגוע השני. כל אלה, מקשים על קביעת בית המשפט לפיה הטלת עוצר לאחר הפיגוע הראשון היתה מונעת את הפיגוע שבו נפגע המשיב. גם הטענה כי לאחר הפיגוע השני כן הוטל עוצר אינה בעלת חשיבות מכרעת לענייננו, שכן נקיטת אמצעים לאחר אירוע לא מעידה בהכרח על רשלנות באי נקיטת אותם אמצעים קודם לכן (ע"א 559/77 למפרט נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 649, 652 (1979) (להלן: עניין למפרט); עניין פלונית, פסקה 52).

18. בית המשפט מצא פגם גם בכך שהמדינה לא פעלה לעצירת התנועה לאחר הפיגוע הראשון ולא הסיטה אותה לנתיב חלופי, למרות שהייתה דרך העוקפת את בית אומר. גם בהקשר זה, מקובלת עלי טענתה של המדינה כי קביעה זו אינה מבוססת על עדותם של גורמים ברי סמכא לקבוע מהו הציר הביטחוני המתאים לנסיעה. הציר החלופי ש"הוצע" על ידי המשיב היה הסטת כל התנועה מציר 60 והעברתו דרך כביש 1 – כביש 38 – כביש 35 – וקטע קצר מכביש 60. המדובר בציר ארוך בהרבה מכביש 60, ספק אם ניתן היה "כאן ועכשיו" להודיע על כך לכלל 250 האוטובוסים ואם ניתן היה להסיט את

כל כוחות האבטחה לציר זה, שאף הוא עובר בחלקו בשטחים עם אוכלוסיה מקומית, כך שייתכן כי נקיטת אמצעי זה הייתה מביאה לתוצאות קשות יותר. כזכור, נדרש פינויים של אלפי משתתפים בעצרת מהאזור, כך שספק אם עצירת התנועה כולה היתה אפשרית או פחות מסוכנת. לפנינו דוגמה לכך שהמשיב מבקש מבית המשפט להמיר את שיקול דעתו של המפקד בשטח בשיקול דעתו של בית המשפט בנושא טקטי מובהק. ובקיצור, לא ניתן להסיק מקיומה של דרך חלופית כי היא החלופה העדיפה מבחינה ביטחונית ומבחינת שאר השיקולים הצריכים לעניין, ואלה נפרסים בזמן אמת לעיני הגורמים המקצועיים האמונים על עניין זה.

19. אם נסכם את טיעוניו של המשיב לגבי התרשלות צה"ל, ניווכח כי הלכה למעשה, הוא מבקש כי בית המשפט יידרש לנושאים מובהקים שבשיקול דעת: העבודה מול אגד חלף איסוף רכבים ממוגנים שנועדו להסעת ילדים; אי הטלת עוצר; ואי שימוש בציר חלופי. בדיון שלפנינו אף ציין בא כוח המשיב כי לנוכח הסיכון הכרוך בכך, ייתכן שלא היה מקום לקיים כלל את העצרת בחברון. למותר לציין כי הערכת סיכונים והחלטה אם לקיים אירוע מסוים או לבטלו עקב המצב הביטחוני, היא מסוג ההחלטות המסורות לגורמי הביטחון.

20. הנה כי כן, כוחות הביטחון נערכו לאבטחת עצרת רבת משתתפים בדרך של אבטחת כלל הצירים המובילים למקום האירוע, ותוך תגבור ועיבוי הכוחות על הצירים, בדרך של סיורים והקמת תצפית. למרבה הצער, חרף מאמצי כוחות הביטחון, המחבלים הצליחו לבצע את זממם ולפגוע באוטובוס שאותו הסיע המשיב. כאמור, המשיב טען כי הטלת עוצר והסטת התנועה לציר חלופי היו יכולות למנוע את ביצוע הפיגוע, אך מדובר בפעולות טקטיות המצויות בלב שיקול הדעת הביטחוני, ובמכלול נסיבות המקרה שלפנינו, איני סבור כי פעילותם של כוחות הביטחון במקרה דנן עולה כדי התרשלות. נזכיר כי אין להתחקות אחר הדברים בדיעבד ובתנאי מעבדה, ו"כאשר מדובר בהטלת אחריות על כוחות הביטחון בגין 'אי-מניעת פשע' במהלך פעילותם, דיני הנזיקין אינם אדישים לשיקול הדעת המבצעי, למגבלות הכוח ולשוני בין בחינה בדיעבד לבין פעילות בזמן-אמת ובנסיבות של דחק ודחיפות" (עניין אבו צבחה, פסקה 4; וראו גם עניין אבו סמרה, פסקה 6; עניין אחלייל, פסקה 5). יש להיזהר מלקבוע היום ובדיעבד, כי היה ראוי לפעול בדרך אחרת.

21. ועיקרו של דבר.

לטעמי, המקרה שלפנינו הוא מקרה מובהק שבו היה מקום לדחות את התביעה כבר בסמוך לתחילת הדרך, משיקולי מדיניות משפטית (על המודל המוצע על ידי לבחינת עוולת הרשלנות ושיקולי מדיניות משפטית העלולים לשלול הטלת אחריות נזיקית, ראו בפסק דיני בע"א 4486/11 פלוני נ' שירותי בריאות כללית, פ"ד סו(2) 682 (2013), בפרט פסקאות 13-14).

ענייננו בפיגוע טרור ולא בהתפרעות או אי מניעת מעשה פלילי (כמו בעניין אבו סמרה ועניין ולעס). לדאבונו הלב, מדינת ישראל למודת פיגועי טרור, וקשה להלום כי בכל אירוע טרור בית המשפט יידרש לבחון טענות על מחדלים כאלה ואחרים, כגון: מה היה החומר המודיעיני הידוע באותה תקופה ולגבי אותה גזרה; האם החומר המודיעיני הופץ לגורמים הרלוונטיים; מדוע עמדת השמירה בציר לא הייתה מאויישת; מדוע לא תגברו את הכוחות בגזרה; מדוע לא חסמו את הציר; מדוע הכוח לא היה מיומן; מדוע הכוח איחר להגיע; ועוד. שאלות מעין אלה הן עניין לתחקיר צבאי והן נמצאות בליבת העיסוק הצבאי, ויש בהתדיינות לגביהן כדי להסיג את גבולם של חיילי ומפקדי צה"ל וכוחות הביטחון.

אכן, אין ענייננו בהסדר הקבוע בסעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים, המקנה למדינה חסינות מפני "פעולה מלחמתית", וכאשר אין מדובר ב"פעולה מלחמתית" ניתן להעלות על הדעת מצבים חריגים ונדירים שבהם יימצאו כוחות הביטחון אחראים לנזק שגרמו ברשלנותם. אולם, הגיונו של ההסדר בדבר "פעולה מלחמתית" נעוץ בתפיסה לפיה תביעות נזיקיות אזרחיות אינן מתאימות למצב לוחמתי, וכי יישום של דיני הנזיקין במצבים אלה עלול להוביל לעיוותים משפטיים ולתשלום פיצויי עתק על ידי המדינה (ע"א 1459/11 עזבון המנוח חרדאן ז"ל נ' מדינת ישראל, פסקה 14 והאסמכתאות הנזכרות שם (16.6.2013) (להלן: עניין חרדאן); ע"א 6982/12 עזבון המנוחה Rachel Aliene Corrie ז"ל נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (12.2.2015)). על דרך ההיקש להסדר לגבי "פעילות מלחמתית", הטלת אחריות על צה"ל וגורמי הביטחון בגין פיגועי טרור אינה עניין רצוי מבחינת מדיניות משפטית (ראו והשוו לע"א 8027/14 שורדש נ' שליאן (29.11.2015), שם הבעתי עמדתי כי משיקולי מדיניות משפטית אין להטיל אחריות על המדינה כל אימת שנעשה שימוש בכלי נשק שניתן לשוטר או לחייל, בסדיר, בקבע או במילואים. בפסק דין זה אזכרתי מקרה אחר שבו הבעתי עמדתי כי משיקולי מדיניות משפטית אין להטיל אחריות על המדינה בגין נזק שנגרם משימוש לא מורשה באמל"ח צה"לי – ת"א (שלום עכו) 3055/97 עיזבון המנוחה חוסון ז"ל נ' משרד הביטחון, פסקאות 15-16 (1.2.2001). עוד ראו והשוו לדיון על מערכת היחסים שבין חייל למדינה

והאפשרות לתבוע בגין נזק שנגרם במסגרת פעילות צבאית, רע"א 2223/14 מדינת ישראל קצין התגמולים נ' פלוני (17.1.2017) (להלן: עניין פלוני)).

המחוקק יצר הסדר פיצוי ללא אשם בדמות חוק נפגעי פעולות איבה; חוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959 [נוסח משולב] (להלן: חוק הנכים); וחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התשי"י-1950. זאת, בין היתר, על מנת להימנע מהצורך להוכיח אשם ולהטיל אשם בצה"ל ובזרועות הביטחון, על כל המשתמע מכך. הצדדים לא טענו לעיקרון של ייחוד עילה במקרה שלפנינו ומשכך איני נדרש לסוגיה (לדיון על אודות ייחוד העילה בחוק הנכים ומשמעות הוראת הפטור שבסעיף 6 לחוק הנזיקים האזרחיים ראו עניין פלוני). התביעה שלפנינו מעוררת את השאלה אם לא ראוי לקבוע עקרון ייחוד עילה כנגד המדינה בתביעות נזיקין בפיגועי טרור כגון דא.

22. ולסיכום הדיון בנקודה זו: אני סבור כי לא הוכחה התרשלותה של המדינה באי מניעת הפיגוע שבו נפגע המשיב, ושיקולים של מדיניות משפטית תומכים אף הם בדחיית הטענות נגדה בכל הנוגע לאי מניעת פיגוע טרור.

אחריות אגד

23. המשיב טען בערעורו לאחריותה של אגד מעסיקתו, בין היתר בשל כך שלא סיפקה למשיב אוטובוס ממוגן על אף שהיו ברשותה אוטובוסים ממוגנים; נציגיה שנכחו בשטח ולא וידאו את הסטת התנועה לציר חליפי; ובהעדר יכולת לספק הגנה סבירה לעובדיה, היה על אגד לוותר על הנסיעה ולא להעניק את השירות.

24. איני רואה לקבל את הטענות ולשנות ממסקנתו של בית משפט קמא לעניין העדר אחריותה של אגד. לגבי ציר הנסיעה, אמנם לא נטען לאחריותה של אגד בעניין זה, אך אין לי אלא להפנות לעדותו של קצין הביטחון של אגד, שעליה הסתמך בית משפט קמא: "הצבא אומר לי תעצור את תנועה שלא ייסעו, אז אני דואג שהתנועה תיעצר ולא ייסעו. ציר חלופי ציר חלופי, מה שהצבא אומר. אני בוא שתבין, זה לא אני קובע את המקומות האלה" (הדגשות הוספו). פרוטוקול הדיון מיום 16.3.2011, עמ' 335, שורות 5-7). הדברים ממחישים כי הנושא הביטחוני היה באחריות צה"ל.

לגבי מיגון האוטובוס – בית משפט קמא קבע כי הוכח שבתקופה הרלוונטית היו לאגד מספר "מצומצם עד מאוד" של אוטובוסים ממוגנים, וכי עלה מהעדויות שנושא מיגון האוטובוסים לא היה באחריותה של אגד אלא באחריות משרד הביטחון, שהיה

אמון על עצם המיגון, המימון וקביעת סדר העדיפויות לקבלת מיגון וקביעת נתיבי הנסיעה. בית המשפט קבע כי הגורמים המעורבים ידעו ונערכו לכך שיגיעו אוטובוסים שאינם ממוגנים לעצרת, וכי אגד הייתה רשאית להניח כי הצירים יאובטחו באופן הדוק. מתצהירו של קצין הביטחון של אגד למד בית המשפט על כך שאגד תיאמה את האירוע הנדון עם גורמי הביטחון וכי האירוע אושר על ידם. כאמור בהרחבה לעיל, לצורך האירוע ניתנו היתרים מיוחדים לנסיעת אוטובוסים שאינם ממוגנים ונפרסה אבטחה מוגברת בצירים המובילים לעצרת. בנסיבות אלה, ענייננו דומה יותר למקרים שנדונו בע"א 491/73 גדולי החולה בע"מ נ' מחרוז, פ"ד כט(2) 32 (1975) ובעניין למפרט מאשר לעניין בגא שאליו הפנה המשיב. בנסיבות המקרה, החלטתה של אגד לשלוח את המשיב לנהיגה באוטובוס שאינו ממוגן, אינה מעידה על התרשלות.

25. לסיכום, מכל הטעמים שפורטו לעיל מצאתי כי אין להטיל על אגד או על המדינה את האחריות לנזקיו של המשיב. בשולי הדברים אציין, כי כנפגע תאונת עבודה המשיב זכאי לתגמולים שונים ואינו יוצא כשידיו על ראשו, וכאמור, המשיב ויתר על תביעה להכרתו כנפגע פעולות איבה מטעמים השמורים עמו.

26. סוף דבר, שיש לקבל את ערעור המדינה ולהורות כי אין היא אחראית לנזקי המשיב הנובעים מהפיגוע. לנוכח התוצאה אליה הגעתי, מתייתר הדיון בטענות המדינה לעניין הנזק ושיעור ההוצאות, וממילא נדחה ערעור המשיב ביחס לשיעור הנכות התפקודית. כמו כן, וכאמור לעיל, יש לדחות את ערעור המשיב בכל הנוגע לאחריותה של אגד.

בנסיבות העניין ולנוכח התוצאה אליה הגעתי, ומאחר שהמשיב נשא בהוצאות אגד בערכאה דלמטה, אציע לחבריי שלא לחייב את המשיב בהוצאות בערכאה זו.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' כשר:

אני מסכים.

שופט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"ט באב התשפ"ג (6.8.2023).

שופט

שופט

שופט