



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2144/13

ע"א 3189/13

לפני :

כבוד הנשיאה (בדימ') מ' נאור
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט נ' סולברג

המערערים בע"א 2144/13
והמשיבים בע"א 3189/13 :
1. עזבון המנוח עמית עמוס מנטיין ז"ל
2. אינס ניצה מנטיין, אמו ויורשתו החוקית של
המנוח עמית מנטיין ז"ל

נ ג ד

המערערות בע"א 3189/13
והמשיבות בע"א 2144/13 :
1. הרשות הפלסטינאית
2. המועצה הפלסטינאית

המשיבים הפורמליים בע"א
2144/13 והמשיבים בע"א
3189/13 :
1. בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ
2. אשר בן נעים
3. יקותיאל לביא
4. דרור אוברלנדר
5. יהודה אריה
6. לילית אבטחה בע"מ (בפירוק)
7. הראל חברה לביטוח בע"מ

ערעורים על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-
יפו בת"א 1047/04 מיום 26.2.2013 שניתן על-ידי השופטת
ד' גנות

בשם המערערים בע"א
2144/13 והמשיבים בע"א
3189/13 :
עו"ד ענת גינזבורג ; עו"ד לימור גולן

בשם המערערות בע"א
3189/13 והמשיבות בע"א
2144/13 :
עו"ד יוסף ארנון ; עו"ד יונתן ארנון

בשם המשיבים הפורמליים 1, 3, 4
ו-5 בע"א 2144/13 והמשיבים
1, 3, 4 ו-5 בע"א 3189/13 :
עו"ד שמעון כץ ; עו"ד יגאל אלון

שם המשיבה הפורמלית 7 בע"א עו"ד דפנה הניג
2144/13 והמשיבה 7 בע"א
: 3189/13

בשם היועץ המשפטי עו"ד נעמי זמרת
לממשלה:

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. בפיגוע חבלני בבקעה-אל-גרביה, במהלך אינתיפאדת אל-אקצא, רצח מחבל את עמית עמוס מנטיין ז"ל. המחבל – קטיין כבן 15 וחצי – עשה את אשר עשה 10 ימים לאחר שובו ממחנה "אימוני גוף ונשק" מטעם הרשות הפלסטינאית ביריחו.

האם אחראית הרש"פ לרצח הנתעב?
מהו שיעור הנזק, והאם יש להשית על הרש"פ פיצויים עונשיים?

2. זה יהיה סדר הילוכנו ותוכן פסק הדין:

רקע עובדתי	עמוד 3
עיקרי הטענות בבית המשפט המחוזי	עמוד 4
עיקרי העדויות וחוות הדעת שהוגשו לבית המשפט המחוזי	עמוד 6
עיקרי פסק הדין של בית המשפט המחוזי	עמוד 8
הערעורים – סדר הדיון	עמוד 13
עיקרי טענות הצדדים בע"א 3189/13 – אחריות לרצח, חבות ושיעור הנזק	עמוד 13
דיון והכרעה	עמוד 18
חסינות דיונית	עמוד 19
אי-שפיטות ומעשה מלחמה	עמוד 20
מעמדם של ההסכמים הבינלאומיים וחובת הזהירות	עמוד 22
התרשלות	עמוד 24
הקשר הסיבתי ומעורבות הרש"פ בטרור	עמוד 27
א. המימד האידיאולוגי	עמוד 30
ב. המימד הכספי	עמוד 31
ג. המימד המעשי	עמוד 32
הערעור ביחס לנזק ולהוצאות	עמוד 35
עיקרי טענות הצדדים בע"א 2144/13 – פיצויים עונשיים	עמוד 37
דיון והכרעה	עמוד 39
פיצויים עונשיים – רקע כללי	עמוד 39

מטרות הפיזויים העונשיים	עמוד 39
א. ענישה – גמול	עמוד 40
ב. ענישה – מסר חברתי	עמוד 41
ג. הרתעה	עמוד 42
ד. מטרות נוספות	עמוד 45
ביקורת על הפיזויים העונשיים	עמוד 45
פיזויים עונשיים במשפט האנגלי	עמוד 46
פיזויים עונשיים במשפט האמריקאי	עמוד 46
הפיזויים העונשיים בדין הישראלי	עמוד 49
פיזויים עונשיים – אימתי?	עמוד 51
פסיקת פיזויים עונשיים בפועל	עמוד 53
פיזויים עונשיים במשפט העברי	עמוד 54
מן הכלל אל הפרט	עמוד 56
האם יש לפסוק פיזויים עונשיים בנסיבות העניין דנן?	עמוד 56
סוף דבר	עמוד 61

רקע עובדתי

3. בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (ת"א 1047-04; השופטת ד' גנות) פסק ביום 26.2.2013 פיזויים לטובת עזבונו של המנוח ולטובת אמו בסך של 1,944,177 ₪; הרשות הפלסטינאית והמועצה הפלסטינאית חוייבו ב-70% מסכום הכסף האמור; "בזק" וגורמים מטעמה חוייבו ב-30%. התביעה לפסוק פיזויים עונשיים נדחתה.

4. במסגרת עבודתו כטכנאי בחברת "בזק", הגיע המנוח ביום 26.6.2003 יחד עם המשיב 4, המאבטח אשר בן נעים, לבקעה-אל-גרבייה, לצורך תיקון תקלות, בעקבות הזמנות תיקון מאת תושבים מקומיים. המנוח ובן נעים הגיעו למקום בשתי מכוניות; המנוח במכונית של "בזק", ובן נעים במכוניתו הפרטית. בן נעים החנה את מכוניתו סמוך לעסק לאביזרי רכב "דנה", בבעלותו של וואיל קעדאן, לצורך התקנת מגבר במכוניתו. לאחר מכן חבר אל חברו, המנוח, במכונית "בזק" שבה נהג, והשניים החלו במלאכתם בבקעה-אל-גרבייה.

5. לפני הצהריים חזרו המנוח ובן נעים לחנותו של וואיל. לדברי בן נעים היה זה כדי למסור לוואיל את מפתח מכוניתו של בן נעים לצורך התקנת המגבר, וכדי שוואיל יקח אותם לביתו, על מנת לתקן עמוד "בזק" שנפל סמוך לבית, עניין שבגיננו התקשר וואיל אל בן נעים ערב קודם לכן. בן נעים יצא מהמכונית ושוחח עם וואיל בעומדו

כשגבו אל המכונית, במרחק של כ-5 מטר ממנה. המנוח המתין לבן נעים במכונית. חלונותיה היו סגורים.

6. או אז הגיע למקום נער כבן 15 וחצי, שלף אקדח וירה בראשו של המנוח חמישה כדורים מבעד לשמשה הסגורה; ורצחו נפש.

7. למשמע הירי, הסתובב בן נעים, שלף את אקדחו וירה לכיוון הנער המחבל. זה נשא את רגליו, פתח במנוסה ובן נעים החל לרדוף בעקבותיו. במנוסתו, השליך המחבל את אקדחו, ובן נעים תפסו. המחבל נפצע מן הירי של בן נעים לעברו, באופן שאיפשר את תפיסתו, והוא אושפז בבית חולים. לשמע קולות הירי הגיע למקום צוות נוסף של "בזק" שעסק גם הוא בתיקונים בבקעה-אל-גרבייה. המאבטח אוני דביר נכנס למכוניתו של המנוח, התיישב במושב שלצדו, ניסה לדבר עמו, גם להנשים אותו, אולם מאמציו עלו בתוהו; המנוח נפח את נשמתו. למקום הגיע אמבולנס "וואן" (חברת אמבולנסים שפועלת ברשות הפלסטינאית), צוותו סרב לטפל במנוח, ואף הוציאו מהאמבולנס לאחר שכבר היה בתוכו. בסופו של דבר הגיע למקום אמבולנס של מד"א. אנשי מד"א קבעו את מותו של המנוח.

8. המחבל הורשע ביום 18.8.2003 בבית המשפט הצבאי שומרון ברציחתו של המנוח ונדון ל-24 שנות מאסר (תיק מס' 6782/03). ערעור שהגיש התובע הצבאי התקבל, והמחבל נדון למאסר עולם (ע' איו"ש 346/03 התובע הצבאי נ' ג'ואדרה (1.7.2004)).

עיקרי הטענות בבית המשפט המחוזי

9. עזבונו של המנוח ואמו הגישו תביעה לבית המשפט המחוזי נגד "בזק" וכמה נושאי משרה בה; נגד לילית אבטחה בע"מ, אשר הכשירה את בן נעים לתפקידו כמאבטח והעסיקה אותו ב"בזק"; נגד הראל חברה לביטוח בע"מ, אשר הוציאה פוליסות ביטוח ל"בזק" ו"לילית"; ונגד הרשות הפלסטינאית והמועצה הפלסטינאית.

10. משפחת המנוח טענה ביחס לרש"פ, כי "גייסה ואימנה את המחבל אשר רצח את המנוח" וכי "אימנה והדריכה את המחבל לרצוח יהודים, באשר הם, בדם קר" (סעיפים 55(א)-ו(ב) לכתב התביעה המתוקן מיום 12.8.2007). כמו כן, נטען כי הרש"פ לא מנעה פעולות טרור נגד אזרחי ישראל, לא הסתייגה מהסתה, ולא מסרה מידע שהיה ברשותה ויכל לסייע במניעת הרצח. הרש"פ והמועצה הפלסטינאית "עודדו פיגועי טרור בשטחי מדינת ישראל ונגד אזרחיה" (שם, בס"ק (ח)). הרש"פ והמועצה הפלסטינאית

“הפרו חובה חקוקה הקבועה בחוק בדבר מניעתו והענשתו של הפשע השמדת עם, תש”י – 1950” וכן גם “חובה חקוקה הקבועה בהסכם עזה-יריחו והסכם הביניים” (שם, בסעיף 56). משפחת המנוח ציינה, כי “חלק גדול מהמידע הנוגע לטענותיהם בקשר לאחריותם של הנתבעות 7-8 [הרש”פ והמועצה הפלסטינאית] לנזק מצוי במשרדי הנתבעות 7-8, ואין ביכולתם להגיע אליו. אשר על כן, יטענו התובעים [משפחת המנוח], כי על הנתבעות 7-8 או מי מטעמן הראיה שלא היו בקשר עם גרימת הנזק” (שם, בסעיף 59).

11. משפחת המנוח תבעה מאת הרש”פ ומאת המועצה הפלסטינאית פיצוי כספי בגין ראשי הנזק הבאים: אובדן הכנסות המנוח ב”שנים האבודות”; אובדן פנסיה; אובדן קצבת זיקנה; כאב וסבל וקיצור תוחלת חיים; אובדן שירותי בן; עזרת צד ג’; נסיעות מוגברות; אובדן השתכרות אמו של המנוח, והוצאות בגין מצבה וימי השבעה. ועוד זאת ביקשה משפחת המנוח מבית המשפט המחוזי להשית על הרש”פ והמועצה הפלסטינאית: “פיצויים עונשיים בשיעור מקסימלי... בסך שלא יפחת מ-12,000,000 ש”ח” (שם, בסעיף 71).

12. הרש”פ טענה מנגד כי דין התביעה להידחות או להימחק על הסף מחמת מספר טעמים. אלו הם: ראשית, לטענתה, תעודת שר החוץ שהוגשה בתיק זה, המכריעה בשאלת קיומה של חסינות מפני שיפוט – “הוצאה שלא כדיון, שכן היא נעדרת התייחסות... באשר למעמדה של הנתבעת בעיני משרד החוץ הישראלי כנדרש” (פסקה 14 לסיכומי הרש”פ בבית המשפט המחוזי); שנית, השאלות שמעוררת התביעה אינן שפיטות באשר הן עוסקות ב”סיטואציה מלחמתית”, ב”עניינים מדיניים”, ומכיוון ש”האירוע הוא מעשה מלחמה” (שם, בפסקאות 16-38). שלישית, לטענת הרש”פ, “אין לתובעים עילת תביעה מכח ההסכמים הבינלאומיים... באשר הם אינם חלק מהמשפט הפנימי של מדינת ישראל” (שם, בפסקה 41).

13. לגופו של עניין טענה הרש”פ כי היא אינה עומדת מאחורי פעולתו של המחבל, וכי החלטתו לבצע את הרצח אינה קשורה אליה – “לא באופן ישיר ולא באופן עקיף” (שם, בפסקה 49). הרש”פ טענה כי המחבל לא עבר קורס באימוני גוף ונשק מטעמה, ומכל מקום – “לא הוכח כי עצם קיומם של קורסים לאימוני גוף ונשק נועדו לרצוח יהודים” ואף “לא נעשה ניסיון להוכיח את הטענה” (שם, בפסקאות 60-62). כמו כן טענה הרש”פ, כי “התובעים לא הוכיחו את טענותיהם כנגד הנתבעת בעניין עידוד, הסתה או אי מניעת פעולות טרור” (שם, בפסקה 150). הרש”פ טענה כי לא חלה עליה חובת זהירות כלפי משפחת המנוח, וכי “בכל מקרה, יש לשלול קיומו של קשר סיבתי כלשהו וזאת בשל אשמו של [המחבל] עצמו שאין ספק כי הוא היה הסיבה המכרעת לנזק” (שם, בפסקה

167). אשר לטענה כי הרש"פ הפרה חובה חקוקה, נטען כי הסכמי הביניים אינם בגדר חובה חקוקה, ובאשר לחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, נטען כי משפחת המנוח לא פָּרְטָה די הצורך את טענתה.

14. לבסוף טענה הרש"פ, כי אין מקום להשית עליה פיצויים עונשיים, בין היתר מכיוון שטענות משפחת המנוח בדבר "זדון ורשע" המיוחסים לה – לא הוכחו, וכך גם בנוגע לטענות הכלליות באשר לעידוד, הסתה ואי-מניעת אירועי האינתיפאדה.

עיקרי העדויות וחוות הדעת שהוגשו לבית המשפט המחוזי

15. משפחת המנוח הזמינה את הנער המחבל להעיד. בעדותו בבית המשפט מסר גרסה שונה מזו שבחקירתו במשטרה סמוך לאחר הרצח. בעוד שבחקירתו במשטרה אמר: "לפני חודשיים וחצי, הייתי בקורס אימוני גוף ואימונים על נשק ברשות הפלסטינית ביריחו למשך 50 יום, ולפני 10 ימים בערך סיימתי את הקורס וחזרתי לדיר אל בשא", הרי שבעדותו בבית המשפט שלל את השתתפותו בקורס האימונים האמור. לדבריו: "מה שאמרתי במשטרה זה לא נכון... לפני התאונה בחודשיים, הלכתי לאזור יריחו, כי רציתי להתנדב ולעבור אימונים" (עמוד 13 לפרוטוקול), אולם "הרשות הפלסטינית היא לא נתנה לי לעבור אימונים... סירבו, בגלל סיבה אחת, בגלל הגיל שלי" (שם, בעמוד 14). בהמשך העיד, כי עבר "אימוני נשק בג'נין... בגדודי אל אקצע", וכי אדם בשם סעיד זייד, שאותו פגש "יום או יומיים" לפני הפיגוע אימן אותו להשתמש בנשק (שם, בעמוד 18). ההסבר שנתן לשינוי בגרסתו היה, כי "זה שנים מאז שאני דיברתי את הדברים האלה, אני כבר לא זוכר", אך המחבל אישר כי מטבע הדברים, בעת מתן עדותו בבית המשפט, הוא זוכר פחות טוב מאשר בחקירתו סמוך לאחר האירוע. לשאלת בית המשפט האם שיקר במשטרה, השיב: "לא יודע אם שיקרתי, אם זה הדיבורים שאת מזכירה אותם, אני לא סיפרתי" (שם, בעמוד 16). לבקשת משפחת המנוח ובהסכמת הצדדים, הוכרו המחבל כעד עויין; הודעתו במשטרה הוגשה כראיה (ת/1, עמוד 12-13 לפרוטוקול). הוא נחקר ארוכות על-ידי באת-כוחה של משפחת המנוח, ואילו בא-כוח הרש"פ ויתר על חקירתו (עמוד 29 לפרוטוקול).

16. משפחת המנוח הגישה לבית המשפט המחוזי תעודת עובר ציבור מאת תא"ל יוסי קופרווסר (ת/9), אשר שימש בשנים 2001 - 2006 כראש חטיבת המחקר באמ"ן. תעודה זו הוגשה בהתאם להסכמה דיונית אליה הגיעו הצדדים במסגרת דיון בבקשת רשות ערעור בבית משפט זה, והיא כללה סקירות שהוכנו על-ידי חטיבת המחקר באמ"ן בנוגע למעורבותה של הרש"פ בטרור בתקופת האינתיפאדה השנייה, המבוססות על מסמכי שלל שנתפסו על-ידי צה"ל במהלך מבצע "חומת מגן" (להלן: "מסמכי

השלל"). בית המשפט המחוזי קבע כי מאחר שתא"ל קופרווסר אינו משרת עוד באותו תפקיד, אין מדובר בתעודת עובד ציבור אלא בחוות דעת מומחה, והרש"פ תורשה לחקרו וכן גם להגיש חוות דעת נגדית מטעמה (עמוד 311 לפרוטוקול).

17. משפחת המנוח ביקשה להעיד גם את השר לשעבר דני נווה, על מנת להגיש דוח שחופר על-ידי צוות בראשותו, תחת הכותרת "מעורבות ערפאת, בכירי הרשות הפלסטינית והמנגנונים בטרור נגד ישראל" (להלן: "דוח נווה"). כיוון שהדוח מבוסס על אותם מסמכי שלל שצורפו לסקירות שהובאו בחוות דעתו הנ"ל של תא"ל קופרווסר, החליט בית המשפט המחוזי כי אין מקום להזמין את נווה לעדות, אך הדוח הוגש (8/ת).

18. הרש"פ הביאה לעדות את נאמן פאנון, המשמש כיועץ משפטי במודיעין הפלסטיני, ומשנת 2000 ועד שנת 2006 שימש כתובע צבאי במנגנון הביטחון הפלסטיני. כשנשאל פאנון האם יוכל למסור מידע לגבי מחנות האימונים שהתקיימו בין השנים 2000 - 2006, מיקומם וניהולם, השיב כי "קשה למצוא בן אדם שיתן אינפורמציה על כל המקומות האלה ושמות ממש מדויקים... כל מחנה זה בפני עצמו, מופרד מהמחנה השני" (עמוד 65 לפרוטוקול). בנוגע למחבל אמר, כי "שאלנו וביררנו... אם הוא שייך אלינו והוא רשום אצלנו ואחרי החקירות שבדקנו עליו, לא יצא שום קשר למסמכים שלנו, אין לנו את השם שלו אצלנו, ולא שייך לאף קורס או מחנה של אימונים ששייך לדעות הפלסטינאית", אך ציין כי את הבירור לא ערך בעצמו ואינו יודע את הדברים מידיעה אישית (שם, בעמוד 66). בסיום עדותו של פאנון קבע בית המשפט המחוזי, כי "העד שהובא מטעם הנתבעות 7 ו-6 הינו משפטן ברשות הפלסטינאית ומדבריו עולה כי אינו מכיר את פרטי ההתארגנויות הצבאיות לרבות מחנות האימונים, מקומם, הרכבם וסוגי האמונים ומשכך, אין מקום להמשיך בחקירתו" (החלטה מיום 12.10.2009).

19. עד נוסף מטעם הרש"פ הוא ג'ומעה חסין פריג' חמדאללה, ראש רשות האימונים במנגנוני הביטחון ברש"פ. לדבריו, בשנים 2002 - 2004 לא התקיימו מחנות אימונים, בשל הימצאות צה"ל בקרבת המחנות במהלך מבצע "חומת מגן". חמדאללה העיד כי התגורר אמנם בעזה בשנים 2002 - 2004 אך עמד בקשר טלפוני שוטף עם הגורמים הרלוונטיים למחנות האימונים בגדה. לדבריו, לשם פתיחת מחנה אימונים בשנים הללו, נדרש אישורו, ולנוכח העובדה שבאותן שנים לא התבקש אישורו לפתיחת מחנה אימונים ביריחו, ניתן להסיק כי לא התקיימו מחנות אימונים באותה תקופה.

20. הרש"פ הגישה את חוות דעתו של ד"ר מנחם קליין, כחוות דעת נגדית לחוות דעתו של תא"ל קופרוסר. בשנים 7-1996 עד שנת 2000 שירת ד"ר קליין במילואים בחטיבת המחקר באמ"ן, לדבריו, כחודש בשנה. על-פי חוות הדעת, נרתמה חטיבת המחקר למסע הסברה של ממשלת ישראל, ובגדרו של אותו מסע הסברה, נכתבו הסקירות הנ"ל. ד"ר קליין לא ערער על אותנטיות מסמכי השלל מושא הסקירות, אך טען כי הסקירות הן מגמתיות. לדבריו, ישנם מסמכי שלל נוספים שמובילים למסקנות שונות בנוגע למעורבות הרש"פ בפעולות טרור, אולם אלה לא צורפו לחוות הדעת. ד"ר קליין הבהיר בעדותו כי הוא עצמו לא ראה אותם מסמכים שלא צורפו, ואף לא ביקש לראותם, אך שמע על אודותם מכתבות בעיתונים שהכילו ציטוטים מפיו של ד"ר אפרים לביא, שהיה מפקדו, וממאמרים שכתב ד"ר לביא.

עיקרי פסק הדין של בית המשפט המחוזי

21. בית המשפט המחוזי התייחס לאחריותם הנטענת של כל אחד מן המשיבים למותו של המנוח. אשר ל"בזק" ועובדיה – יקותיאל לביא, דרור אוברלנדר ויהודה אריה, נפסק כי "הוכח קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין מחדליה של קבוצת בזק לבין אירוע הרצח, וכן הוכח קשר סיבתי משפטי, שכן הן מבחן הצפיות, הן מבחן הסיכון והן מבחן השכל הישר חייבו שקבוצת בזק תצפה אירוע של אסון עקב מחדלי האבטחה החמורים" (פסקה 19 לפסק הדין). אשר לבן נעים נקבע, כי "אין מנוס מהמסקנה כי התנהלותו של בן נעים הייתה גם היא 'הגורם בלתו אין', אשר תרמה לאפשרות ביצוע הפיגוע" (פסקה 34). באשר לחברת האבטחה "לילית" ולהראל חברה לביטוח בע"מ – דחה בית המשפט המחוזי את התביעה.

22. בעניינה של הרש"פ דחה בית המשפט המחוזי את טענתה כי יש לדחות את התביעה או למחקה על הסף. לדברי בית המשפט, מקריאת ה"הסכם בדבר רצועת עזה ואיזור יריחו בין ממשלת מדינת ישראל לבין ארגון השחרור הפלסטיני" שנחתם בתאריך 4.5.1994 והסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה שנחתם בתאריך 28.9.1995, עולה כי "ההסכמים מקנים זכות תביעה בגין הפרתם הן למדינה והן ליחידה" (פסקה 40 לפסק הדין). כמו כן קבע בית המשפט המחוזי כי הסכמים אלו מהווים, לחלופין, חוזה לטובת צד שלישי – אלו הם אזרחי מדינת ישראל, וכי יש בכוחם לתבוע את הרש"פ על נזקיהם בגין הפרת אותם ההסכמים. עוד נקבע, כי "דינה של הרש"פ זהה לדינה של כל ישות משפטית הנתבעת בגין עוולה אזרחית בתחום הנזיקי" (שם). אשר לטענת הרש"פ על זכאותה לחסינות משפטית על-פי הדין הבינלאומי בשל מעמדה כמדינה, קבע בית המשפט כי לא לו להגדיר את טיבה של הרש"פ, וכי די

לו בתעודת עובד הציבור שהוגשה, על-פיה אין הרש"פ נהנית מחסינות משפטית (פסקה 37 לפסק הדין).

23. לגופו של עניין קבע בית המשפט המחוזי כי ביחסים שבין הרש"פ לבין המנוח קיימת "חובת זהירות קונקרטיית ברורה וחד משמעית, אשר הופרה על ידה" (פסקה 13), וכי בנסיבותיו של מקרה זה, שאלת חובת הזהירות המושגית הופכת ל"ברורה מאליה" (שם).

24. בית המשפט המחוזי דחה את גרסתו של הנער המחבל בעדותו בבית המשפט לפיה לא השתתף במחנות האימונים שקיימה הרש"פ ביריחו, אלא התאמן במשך מספר ימים בג'נין במסגרת "גדודי אל-אקצה". בית המשפט ציין כי גרסה זו היא עדות כבושה, כי לא היה בפיו של הנער המחבל כל הסבר לשינוי בגרסתו, ומכאן ש"יש רגליים לסברה, שהועלתה ע"י ב"כ התובעים, לפיה מאן דהוא בכלא הינחה את המחבל לשנות את עדותו, על מנת שלא לסבך את הרש"פ בתיק זה" (פסקה 44 לפסק הדין). עוד צויין כי דבריו של המחבל בעדותו בבית המשפט, לפיהם חקירתו במשטרה לאחר הפיגוע נעשתה כשהיה "פגוע, עייף" אינם עולים בקנה אחד עם אמירתו באותה חקירה (ת/1): "השבח לאל אני מרגיש טוב... היחס טוב מאוד כאן, והרופאים והאחיות מתייחסים אלי בצורה טובה מאוד". כמו כן נקבע כי הסתבך בגרסתו בבית המשפט, וכי אין ספק שמדובר בעדות שקר. על יסוד דברים אלה ועוד אחרים, נקבע כי "אין ספק כי דווקא התשובות שהשיב המחבל לחוקר המשטרה במסגרת ת/1, הן תשובות האמת" (פסקה 41 לפסק הדין).

25. בנוסף נקבע כי אין לתת משקל לעדויותיהם של פאנון וחמדאללה, לפיהן לא השתתף הנער המחבל במחנות אימונים מטעם הרש"פ, כיוון ש"מדובר בעדויות שמרביתן המכריע הינו עדות שמועה, בבחינת חוסר ידיעה אישית" (פסקה 45 לפסק הדין). בית המשפט המחוזי ציין כי דבריו של פאנון, לפיהם לא השתתף המחבל במחנות אימונים מטעם הרש"פ, הסתמכו על בירורים שערך מבלי שבדק את הרשימות בעצמו, ומכאן שלא נאמרו על סמך ידיעה אישית. אשר לטענתו לפיה המחבל לא יכול היה להתקבל למחנה בשל גילו הצעיר, ציין בית המשפט המחוזי כי פאנון אישר בעדותו, כי "אין ברשותו אישור של מנגנוני הביטחון הפלשתינים, על פיו הם אינם מקבלים לשורותיהם אנשים שגילם פחות מגיל 18" (פסקה 43 לפסק הדין). אשר לעדותו של חמדאללה, קבע בית המשפט המחוזי כי חקירתו "נתקלה בקשיים עקב הימנעותו השיטתית ממתן תשובות ישירות לשאלות ברורות וניסיון התחמקותו ממתן מענה" (פסקה 44 לפסק הדין). העובדה כי חמדאללה שהה בעזה בתקופה הרלוונטית ולא ביריחו, מובילה, לפי קביעת בית

המשפט המחוזי, למסקנה כי "כל מידע שבידו, אינו אלא עדות שמועה, שכן בהיעדרו מיריחו, אינו יכול לדעת באמת ובתמים האם התקיימו מחנות אימונים, אם לאו". כמו כן, "באם אכן הייתה החלטה שלא לקיים מחנות אימונים, או קורסים בין השנים 2002-2004, מחמת הפחד מתקיפה ישראלית, קרוב לוודאי שהיו מסמכים המאשרים זאת, אלא שמסמכים כאלו לא הומצאו" (פסקה 45 לפסק הדין).

26. בית המשפט המחוזי הוסיף וציין כי למרות שניתנו צווים מטעם בית המשפט, המחייבים את הרש"פ לגלות פרטים נוספים בהתייחס למחנה האימונים ביריחו ולשמות המתאמנים במועד הרלבנטי, הרש"פ לא המציאה את האינפורמציה האמורה, "מבלי להעלות טעם של ממש להימנעותה מהיענות להוראות הצו" ו"הימנעות זו פועלת לחובת הרש"פ" (פסקה 43 לפסק הדין). על יסוד כל אלה קבע בית המשפט המחוזי, כי "המחבל אומן ברשות הפלשתינית במחנה אימונים ביריחו במשך 50 ימים" (פסקה 45 לפסק הדין); ועוד קבע, כי המחבל "סיים את אימוניו כעשרה ימים לפני ביצוע הרצח" (שם).

27. בשלב זה נפנה בית המשפט המחוזי לבחון את הקשר הסיבתי העובדתי והמשפטי בין האימונים שעבר הנער המחבל, לבין הרצח שבוצע זמן קצר לאחר מכן. הכרעה בסוגיה זו, כך נקבע, איננה בגדר דיון משפטי רגיל, וזאת משום שנדרשת בחינת מארג סבוך של עובדות שונות וחיבורן לכלל יצירה שלמה (פסקה 48 לפסק הדין). תחילה בחן בית המשפט המחוזי את הלך הרוח בקרב הציבור הפלסטינאי בתקופה שקדמה לרצח המנוח, ואת תפקידה של הרש"פ ביצירתו ובהנעתו. לעניין זה נדרש בית המשפט לחוות הדעת שהוגשו מטעם הצדדים. בנוגע לחוות דעתו של ד"ר קליין נקבע, כי "ספק... אם ניתן להתייחס לחוות דעתו... כאל 'חוות דעת', שכן היא אינה כוללת קביעות ענייניות, הנובעות ממומחיותו בנושא, אלא מהווה צבר סיכומים של אמירות ודעות של אחרים" (פסקה 49 לפסק הדין). בית המשפט המחוזי ציין כי ד"ר קליין לא הביא כל תימוכין לעמדתו בדבר קיומם של מסמכי שלל רלוונטיים נוספים שלא צורפו לסקירות, והובהר בעדותו כי הוא עצמו לא ראה אותם מסמכים, ואף לא ביקש לראותם. כמו כן, בעוד שד"ר קליין ביקש לדחות את הפרשנות שניתנה למסמכים שצורפו – "אך טבעי היה שד"ר קליין יעניק למסמכים האמורים את הפרשנות הנכונה לפי דעתו, אלא שלמעט פסילת הפרשנות שניתנה למסמכי השלל במסגרת הסקירות האמורות, נמנע ד"ר קליין מלהאיר את עיניו באשר לפרשנות הנכונה לדעתו" (שם). לאור האמור בפירוט שם, ובתמצית לעיל, קבע בית המשפט המחוזי, כי "אין לייחס ערך ראייתי-משפטי כלשהו לחוות הדעת של ד"ר קליין" (פסקה 50 לפסק הדין).

28. מנגד, אימץ בית המשפט המחוזי את חוות דעתו של תא"ל קופרווסר, "אשר הרשים... בידענותו ומקצועיותו" (שם). בית המשפט המחוזי ציין כי "ייחודה של חוות הדעת, שהוגשה על ידי קופרווסר, הינה התבססותה על מסמכים שצורפו אליה, מסמכי השלל, אשר אין כל מחלוקת באשר לאמיתותם והאותנטיות שלהם" (פסקה 51 לפסק הדין). באשר לדוח נווה נקבע כי לנוכח הסתמכותו על מסמכי השלל – "הרי שמדובר בראייה כשרה ובעלת ערך גבוה... בעלת משמעות מיוחדת" (פסקה 52 לפסק הדין).

29. לדברי בית המשפט המחוזי, מחוות הדעת האמורות עולה, כי "במהלך האינתיפאדה השנייה שילבו הארגונים השונים ידיים במאמצייהם לבצע פיגועים בישראל וכנגד ישראלים, וכן הוכח למעלה מכל ספק, כי הם עשו כן תחת פיקודו ופיקוחו הישיר של ראש הרש"פ – יאסר ערפאת, אשר הנחה אותם – ודאג לממן את פעולותיהם, לרבות אישור כספים למפגעים ומשפחותיהם, ונקיבה בסכומים שיש ליתן להם". לדברי בית המשפט המחוזי – "עיון במסמכים שצורפו לסקירות, כמו גם בסקירות עצמן, מביא למסקנה אחת ויחידה, על פיה פעולותיהם של הארגונים השונים, לרבות התנזים וגדודי חללי אל אקצע, נעשו תחת ניצוחה ובמימונה של הרש"פ...". (פסקה 51 לפסק הדין).

30. בית המשפט המחוזי ציין כי לא הוכח שהמחבל נשלח לביצוע הפיגוע הספציפי על-ידי הרש"פ, אולם – "משהביעה הרש"פ את נכונותה לאמן נער בן 15.5 בשימוש בנשק במשך 50 ימים... הרי שברור שעודדה אותו ליישם את המידע שצבר במשך לימודיו, ונוכח האווירה ששררה באותם ימים, ליבוי השנאה וההסתה כלפי ישראל וכלפי היהודים (ראו ת/8 עמוד 9), אך טבעי היה בעיני המחבל כי עליו לממש את הידיעות שצבר במחנה האימונים של הרש"פ בהפעלת נשק ברוח התקופה, קרי: בדרך של רצח יהודי" (פסקה 54 לפסק הדין). בית המשפט המחוזי קבע עוד, על סמך מסמכי השלל, כי "אין ספק באשר לעיסוקה המתמיד של הרש"פ בהטמעת האידיאולוגיה שעמדה מאחורי התפיסה האסטרטגית שלה, כי הטרור הוא לגיטימי להשגת היעד הלאומי הפלשתיני, ואין ספק, כי אידיאולוגיה זו חלחלה והוטמעה בקרב הצעירים, אשר ראו במימוש האידיאולוגיה משום מעשה נאצל ורצוי, מה עוד שהרשות טרחה להקנות להם את הידע המעשי בשימוש בנשק, כצעד ישיר כתוצאה מאותה אידיאולוגיה" (שם). בית המשפט המחוזי הדגיש את סמיכות הזמנים בין סיום מחנה האימונים לבין ביצוע הפיגוע: "סמיכות הזמנים שבין סיום לימודיו של המחבל במחנה האימונים לבין ביצוע הרצח (עשרה ימים), אך מחזקת את המסקנה, שנכונותה של הרש"פ לאמן בנשק קטין בן 15.5 הייתה לצורך מטרה מסוימת, מטרה שמומשה על ידי המחבל מיד עם סיום הכשרתו" (פסקה 55 לפסק הדין).

31. טענת משפחת המנוח לפיה יש להפוך את נטל הראייה מכוח סעיף 41 לפקודת הנזיקין – נדחתה על-ידי בית המשפט, כיוון שלא מתקיים בעניין דנן התנאי הדורש כי הנזק התרחש בנכס שהיה בשליטתו המלאה של הנתבע. עם זאת, בית המשפט עמד על

כך שנותרה אי-בהירות מסויימת בנוגע לאימונים ולתכניהם, וקבע כי אי-בהירות זו עומדת לפתחה של הרש"פ, אשר "מטעמים מובנים – נמנעה ממתן אינפורמציה כלשהי בהתייחס למחנה האימונים האמור, לרבות לא לגבי עצם קיומו, או תכניו, והסתפקה בהכחשת קיומו. אלא מאי? הרש"פ לא סיפקה הסבר כלשהו למניעיו של המחבל לומר בהודעתו במשטרה (1/ת) אמירות שלכאורה אינן אמת מחד גיסא, ומאידך גיסא – הימנעותה השיטתית מהבאת עדים ולוונטיים לעדות ומהמצאת מסמכים, אשר יכולים היו לתמוך בעמדה הנטענת, מובילה למסקנה, כי דברי המחבל בהתייחס לאימונים שעבר מטעם הרשות הפלסטינית במחנה האימונים ביריחו הינם אמת, ובהמשך ישיר לאימונים אלו – בוצע הרצח נשוא כתב התביעה" (שם). **נקבע, כי "הרש"פ לא הרימה את הנטל המשני המונח על כתפיה, ולא המציאה תיעוד, או עדויות לגבי המתרחש במחנות האימונים שלה, וליתר דיוק, לא המציאה ראיות, שיש בהן להוביל למסקנות שונות" (פסקה 57 לפסק הדין).**

32. **על יסוד כל אלה, קבע בית המשפט המחוזי, כי "דברי ב"כ התובעים בכתב התביעה, על פיהם הרש"פ גייסה ואימנה את המחבל, אשר רצח את המנוח', לא רק שאינם מופרכים, אלא שהוכחו ברמת ההסתברות המקובלת במשפט האזרחי. באשר לאמירה הנוספת של ב"כ התובעים, על פיה הרש"פ אימנה את המחבל לרצוח יהודים – מדובר במסקנה הסתברותית, אשר לעניות דעתי הוכחה גם היא ברמת ההסתברות הנדרשת במשפט האזרחי" (פסקה 49 לפסק הדין). אשר על כן, **נקבע כי "הוכח קיומו של קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין האימונים שעבר המחבל במחנה האימונים של הרש"פ ביריחו, לבין רצח המנוח" (פסקה 55 לפסק הדין).****

33. **בית המשפט המחוזי פסק לטובת משפחת המנוח פיצויים בגין נזקיהם במה שנוגע לאובדן הכנסות המנוח, אובדן פנסיה, אובדן קצבת זיקנה, הוצאות בגין מצבה, ודחה את תביעתם לגבי ראשי נזק אחרים. בית המשפט המחוזי דן גם בהסדר שנקבע בסעיף 17(ב) לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תש"ל – 1970 (להלן: "חוק התגמולים") אשר נועד למנוע "כפל פיצוי", וקבע כי בהתאם להלכה הפסוקה אין פסול בהגשת התובענה לבית המשפט למרות קבלת תגמולים מהמדינה, כך שבסופו של דבר תהא הברירה בידי משפחת המנוח להחליט האם היא מעדיפה להמשיך לקבל תגמולים מהמדינה, או להשיב את התגמולים ותחתם לקבל את הפיצוי מאת המזיקים.**

34. **תביעת משפחת המנוח להשית על הרש"פ תשלום פיצויים עונשיים, נדחתה על-ידי בית המשפט המחוזי, באומרו: "צודקים התובעים בטענתם, כי 'המנוח נרצח עקב מעשה טרור נפשע, זדוני ורצחני'... אולם המעשה עצמו בוצע על ידי המחבל – שאינו בעל דין בתובענה זו – ולא נקבע כי מעשי המחבל הינם מעשי הרש"פ, אם כי נקבע, כי התובעים**

הוכיחו ברמת ההסתברות הנדרשת את הקשר הסיבתי בין התנהלות הרש"פ לבין מעשהו הנפשע של המחבל, ומשכך, אינני סבורה, כי יש להטיל על הרש"פ פיצויים עונשיים" (פסקה 77 לפסק הדין).

35. לבסוף פסק בית המשפט המחוזי כי על המשיבים לפצות את משפחת המנוח בסך של 1,944,177 ₪, בצירוף שכ"ט עו"ד בשיעור של 20%, שכ"ט מומחים והחזר הוצאות אגרה. נקבע כי הרשות הפלסטינאית והמועצה הפלסטינית תשאנה ביחד ולחוד ב-70% מהסכום האמור, ואילו בן נעים ו"בזק" ועובדיה – יקותיאל לביא, דרור אוברלנדר ויהודה אריה, ישאו ביחד ולחוד ב-30% מהסכום.

הערעורים – סדר הדיון

36. שלושה ערעורים הוגשו נגד פסק הדין של בית המשפט המחוזי: ערעורה של משפחת המנוח (ע"א 2144/13) מופנה נגד ההכרעה שלא לפסוק לטובתה גם פיצויים עונשיים מאת הרש"פ; ערעורה של "בזק" (ע"א 3049/13) וערעורה של הרש"פ (ע"א 3189/13) נסבים על עצם חיובם באחריות ביחס לרצח. בהחלטתנו (המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור, השופט ע' פוגלמן והשופט נ' סולברג) מיום 9.6.2014 קבענו מתווה דיוני לפיו ישמעו תחילה טענות בנושא הפיצויים העונשיים בערעורה של המשפחה, כשכל טענות הצדדים שמורות להם. לאחר שקיימנו דיון בסוגיה זו ביום 9.6.2014, החלטנו כי יש מקום לשמוע את טענות הצדדים בכלל הערעורים, וכי ראוי כי גם היועץ המשפטי לממשלה יחוה דעתו בשאלת חבותה של הרש"פ בנזיקין ובסוגיית הטלת הפיצויים העונשיים (החלטה מיום 16.9.2014). דיון נוסף במעמד הצדדים התקיים אפוא ביום 19.10.2015, והגיעה העת למתן פסק הדין. אשר לאופן מתן פסק הדין, לאחר בחינת המכלול הגענו לכלל מסקנה כי ראוי להידרש בראש ובראשונה למערכת היחסים שבין משפחת המנוח לרש"פ, ולאחר מכן להכריע בערעורה של "בזק", ככל שיהיה צורך בדבר. פסק דין זה יעסוק אפוא בערעורה של הרש"פ מחד גיסא (ע"א 3189/13), ובערעורה של משפחת המנוח, מאידך גיסא (ע"א 2144/13). נפנה תחילה לערעורה של הרש"פ.

עיקרי טענות הצדדים בע"א 3189/13 – אחריות לרצח, חבות ושיעור הנזק

37. בערעורה טוענת הרש"פ כי היה על בית המשפט המחוזי לסלק את תביעת משפחת המנוח על הסף, וזאת מחמת החסינות הנתונה לה על-פי דיני המשפט הבינלאומי. תעודת שר החוץ שהוגשה, לטענת הרש"פ, מתייחסת למסקנה המשפטית לגבי החסינות, ולא לשאלה העובדתית על מעמדה המדיני של הרש"פ לפי השקפת מדינת ישראל. בכך, לשיטתה, נפל פגם היורד לשורשה של התעודה. הרש"פ טוענת

עוד, כי מדובר בתובענה בענין שאינו שפיט, באשר היא עוסקת בסיכון מלחמתי שדיני הנזיקין אינם מתאימים לו, וכי אין זה מן הראוי להעמידה לדין על פעולותיה כריבון מחד גיסא, ללא מתן החסינות המתבקשת מכך מאידך גיסא. בית המשפט המחוזי קבע בטעות, לפי הנטען, כי הרש"פ ויתרה על טענותיה אלה במסגרת סיכומיה, כשלאמיתו של דבר היא לא עשתה כן. עוד זאת טוענת הרש"פ, כי ההסכמים הבינלאומיים שנחתמו בינה לבין מדינת ישראל אינם מקימים כלפיה זכות תביעה כלשהי מצדה של משפחת המנוח.

38. לגופו של עניין טוענת הרש"פ כי הבסיס העובדתי עליו נשען בית המשפט המחוזי רעוע מיסודו, ואין די בו על מנת לבסס את אחריותה. קביעתו המרכזית של בית המשפט לפיה הנער המחבל עבר אימונים אצל הרש"פ מבוססת על משפט סתום אחד מתוך הודעתו שנגבתה מיד לאחר הארוע על-ידי המשטרה, בהיותו מאושפז בבית החולים כשהוא עייף ויגע ופצוע, בה נאמר כי סיים קורס של אימוני גוף וירי "ברשות הפלסטינאית ביריחו". לטענת הרש"פ, משפט זה נתון לפרשנות, ובאותה מידה ניתן להבין ממנו כי מדובר באימונים שנעשו בשטחי הרש"פ, אך לא על-ידה. מנגד, כך נטען, הביאה הרש"פ ראיות שונות לפיהן לא נערכו אימונים על-ידה באותה תקופה, וכי היא אינה נוהגת לגייס לשורותיה מתאמנים שאינם בגירים. בנוסף לכך נטען כי היה על בית המשפט המחוזי להעדיף את גרסתו של הנער כפי שניתנה בבית המשפט על פני זו שבמשטרה, וכי לא היה מקום להכשיר את קבילותה של אמרת חוץ בהליך אזרחי.

39. הרש"פ יוצאת חוצץ גם נגד המסקנה ההסתברותית שהסיק בית המשפט המחוזי, לפיה האימונים שעבר הנער המחבל נועדו לשם רצח יהודים, וזאת בשל קיומו הנטען של הלך רוח מסוים בקרב הציבור הפלסטינאי. לטענת הרש"פ, לא ניתן להוכיח אותו הלך רוח, ומכל מקום אין בו די על מנת לבסס את קיומו של קשר סיבתי בין פעולות הרש"פ ובין הארוע הספציפי מושא עניינו. אשר לחוות דעתו של קופרווסר נטען כי זו מהווה עדות שמיעה מובהקת, וכך גם כל המסמכים (וחלקי המסמכים) שצורפו לה. מדובר בסקירות שלא נכתבו על-ידי קופרווסר עצמו, בהן נבחנו מסמכים שלא נתפסו על-ידו, ובהעדר ידיעה אישית מצדו על העניינים הספציפיים שנדונו בהם. באשר לדוח נווה טוענת הרש"פ באופן דומה, ומבקשת לדחות את הטענה כי לא התנגדה להגשתו. הרש"פ מוסיפה וטוענת גם נגד החלטת בית המשפט המחוזי לקבל את הדוח כראיה שלא באמצעות עד מגיש, בנימוק שהדוח אינו זקוק לפרשנות; ומציינת כי ממילא, מהווה גם דוח זה עדות שמיעה מובהקת, שלא ניתן לקבלה כראיה לאמיתות תוכנה. מנגד, מתנגדת הרש"פ לדחיית חוות דעתו של ד"ר קליין ולקביעותיו של בית המשפט המחוזי לפיהן מדובר בעדות שמיעה. הרש"פ סבורה כי מדובר בחוות

דעת מלומדת המסתמכת, ככל חוות דעת אחרת, על מחקרים שביצע המומחה עצמו וכן על מאמרים ודברים מפיו ומפרי-עטם של אחרים. לטענת הרש"פ, ההתייחסויות השונות לחוות הדעת מצד זה ומצד זה, אינן אלא דוגמה נוספת לכך ש"לא שיקולים משפטיים עמדו מאחורי קביעה זו, אלא רצון להגיע למסקנה שסומנה מראש".

40. בערעורה תוקפת הרש"פ גם מספר החלטות ביניים שניתנו, וביניהן החלטות מיום 17.8.2010 ומיום 4.11.2010, בהן התנה בית המשפט המחוזי הגשת תצהיר נוסף מטעמה בכך שתמציא את הרישומים המקוריים שנוהלו על-ידה במועדים הרלבנטיים, הכוללים את שמות כל המתאמנים במחנותיה. לטענת הרש"פ, רישומים כאלו אינם בנמצא משום שלא התקיימו אימונים כאמור, וחיובה להמציא מסמכים אלו אינו כדין. בנוסף לכך, טענה, מדובר בפרטים חסויים שבמסירתם יש כדי לפגוע בבטחון הרש"פ ובפרטיותם של מי שכן התאמנו אצלה בתקופות אחרות.

41. ממשיכה הרש"פ וטוענת כי מסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה קיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין האימונים לבין הרצח היא מסקנה שנתקבלה בהעדר ראיות, בניגוד לשכל הישר, והיא מבוססת אך ורק על תפיסת עולמו האישית של בית המשפט המחוזי. לטענת הרש"פ, האימונים אותם היא עורכת לכוחות הביטחון שלה לא נועדו כלל וכלל לביצוע מעשי טרור, אלא לשמירה על בטחון תושביה. הרש"פ מקבילה את האימונים הללו לאימוני גדנ"ע שעורך צה"ל, ולדבריה לא יעלה על הדעת שמאן דהוא יטען כי מדובר באימונים למשימות תקיפה וחסול. בית המשפט המחוזי, כך נטען, התייחס למחנות האימונים של כוחות הבטחון של הרש"פ כאל מחנות לאימון מחבלים, מבלי שהוצגה כל ראיה שתצדיק התייחסות זו. מעבר לכך, לא הובאה כל ראיה כי הרש"פ ידעה או היה עליה לדעת כי אותו מתאמן מועד לבצע פיגוע. בשולי הדברים מעלה הרש"פ טענות שונות המלמדות, לטענתה, על הטיה חמורה ודעה קדומה נגדה מצד בית המשפט המחוזי, ועל התייחסות מפלה, מזלזלת ופוגענית שננקטה כלפיה וכלפי העדים מטעמה.

42. אשר לסכום הפיצויים שנפסק למשפחת המנוח, טוענת הרש"פ כי היה על בית המשפט המחוזי לחשב את הפסדי ההכנסה בשנים האבודות ביחס להכנסתו המוכחת של המנוח, בסך של 6,605 ₪, ולא ביחס לשכר הממוצע במשק. עוד מערערת הרש"פ על אופן חישובם של רכיבי נזק אחרים, דוגמת אבדן פנסיה וקצבת זקנה, וכן על שיעורם של הפיצויים שנפסקו בגין כאב וסבל. טענה נוספת בפי הרש"פ, כי היה על בית המשפט המחוזי לקצוב מועד למשפחת המנוח להודיע באיזה מסלול פיצוי היא

בוחרת לילך, והאם המשפחה מוותרת על הכרה כנפגעי פעולות איבה לפי חוק התגמולים.

43. משפחת המנוח טוענת מנגד, כי אין להעתר לערעור, משום שנימוקיו מוסבים כלפי קביעות עובדתיות מבוססות, ואין עילה להתערב בממצאי בית המשפט המחוזי. כמו כן, טענות רבות מצד הרש"פ הן בגדר שינוי חזית, ובמקרים רבים מדובר בטענות חדשות אשר הופיעו לראשונה בסיכומיה בבית המשפט המחוזי, וזאת על אף הסכמות קודמות שניתנו מצדה ביחס לאותן סוגיות ממש. אשר לטענות בדבר קיומה של דעה קדומה נגד הרש"פ, מפנה משפחת המנוח להחלטתו של בית משפט זה בע"א 2226/10, בה נדחה ערעורה של הרש"פ על החלטת בית המשפט המחוזי שלא לפסול עצמו מלדון בתיק זה, ובמסגרתה נדחו טענות דומות ונקבע כי הן חסרות בסיס.

44. בכל הנוגע לטענותיה המקדמיות של הרש"פ ביחס לחסינות העומדת לה, טוענת משפחת המנוח כי דינן של אלו להידחות מחמת שיהוי. המשפחה מציינת שכך נקבע גם על-ידי בית המשפט המחוזי ביחס לבקשה שהוגשה לסילוק התובענה על הסף (בש"א 23829/07, החלטה מיום 1.2.2009), על אף שהחליט לדון בחלק מהטענות לגופן. מכל מקום, גם בקשה זו נמחקה בסופו של דבר, לבקשת הרש"פ. הטענות נגד נוסחה של תעודת שר החוץ הן בגדר שינוי חזית אסור, משום שעלו לראשונה בסיכומים, ומכל מקום, טענות דומות נדחו על-ידי בית משפט זה בהזדמנויות שונות. מבחינה מהותית טוענת משפחת המנוח כי הרש"פ איננה בגדר מדינה, והמעשים שבוצעו על-ידה אינם מעשי מדינה החוסים תחת חסינות. לטענת המשפחה, לא יתכן כי פיגועי טרור יחשבו כמעשי מלחמה בלתי שפיטים, מאחר ואין מדובר בפעולה מלחמתית גם לפי כללי המשפט הבינלאומי ולפי פסיקת בית משפט זה.

45. אשר לקבילותה של הודעת הנער המחבל מפנה המשפחה לכך שהרש"פ לא התנגדה להגשת ההודעה, וכך גם לגבי הכרזתו כעוד עוין. עוד מציינת משפחת המנוח את העובדה כי הנער המחבל אישר בהודעתו במשטרה כי הוא מרגיש טוב, וכי גרסתו ניתנה במענה לשאלות פתוחות ולא מדריכות, כך שמסר את המידע מרצונו באופן מפורט וברור. הרש"פ ויתרה על זכותה לחקור את העד, ובכך הלכה למעשה הודתה בנכונות האמור בהודעתו. משפחת המנוח מבקשת לדחות את הטענה לפיה גרסת המחבל נתונה לפרשנויות שונות, ומכל מקום טוענת כי גם טענה זו עלתה לראשונה בסיכומי הרש"פ, וכי הרש"פ לא הביאה מומחה לבלשנות אשר יתמוך בטענה הלשונית האמורה. זאת ועוד, אילו היה ממש בפרשנות לפיה קיים מחנה אימונים נוסף ביריחו שאינו מנוהל על-ידי הרש"פ, היה על הרש"פ להביא ראיות לכך, אך היא נמנעה

מלעשות זאת. משפחת המנוח טוענת עוד, כי דברי העד חמדאללה לפיהם לא התקיימו כלל מחנות אימונים בין השנים 2002-2004 הם שינוי חזית, ועומדים בניגוד לעדותו של העד פאנון ממנה עלה כי אימונים כאלה אכן התקיימו, וכי ביריחו היו מספר מחנות אימונים.

46. אשר לחוות הדעת של תא"ל קופרווסר טוענת משפחת המנוח כי זו הוגשה על-ידי המדינה חלף זימונם לעדות של בכירים לשעבר במערכת הביטחון, וזאת בהתאם להצעתה של המדינה בערעור שהוגש לבית משפט זה (ע"א 5716/10). מדובר, לטענת המשפחה, בעדות מכלי ראשון של העומד בראש המערכת המודיעינית, בתקופה הרלבנטית. בנסיבות אלה אין לשעות לטענת הרש"פ לפיה יש פגם באמינות ובמומחיות, רק משום שקופרווסר לא כתב בעצמו את הסקירות. כמו כן, מוסכם על הכל, לרבות המומחה מטעם הרש"פ, כי מסמכי השלל עצמם הם אמינים, מקוריים ואותנטיים. מסמכים אלו צורפו במלואם לחוות הדעת, ולצידם תרגום. אילו חלקה הרש"פ על התרגום או על הפרשנות שניתנה למסמכים, היה עליה לציין זאת. ואולם הרש"פ לא עשתה כן, וגם טענתה לפיה ישנם מסמכי שלל נוספים שלא צורפו ואשר סותרים את ממצאי חוות הדעת, נטענה בעלמא, ללא תימוכין כלשהם. גם באשר לדוח נווה מפנה משפחת המנוח לכך שבעת דיון ההוכחות שהתקיים ביום 14.3.2011 לא התנגד בא כוח הרש"פ להגשתו של דוח נווה כראיה, והבקשה להוציאו מתיק הראיות הוגשה בשלב מאוחר, בשיהוי רב. בנוסף לכך, ביום 25.5.2010 קבע בית המשפט כי אין צורך לזמן את דני נווה עצמו לעדות, והרש"פ לא הגישה בקשת רשות ערעור על ההחלטה. בנסיבות אלו, כך נטען, הרש"פ אינה רשאית עוד לטעון נגד קבילותו של הדוח, להבדיל מטענות באשר למשקלו הראייתי. ביחס לחוות דעתו של ד"ר קליין תומכת המשפחה את יתדותיה בקביעותיו של בית המשפט המחוזי, ומפנה לחקירתו הנגדית ממנה עלה כי חוות דעתו מושתתת על עדות שמיעה ולא על מומחיותו כחוקר טרור, כי לא ראה את מסמכי השלל ולא ביקש לראותם, וכי קביעותיו הושפעו מעמדותיו הפוליטיות.

47. לעניין הקשר הסיבתי טוענת משפחת המנוח כי בית המשפט לא התבסס במסקנתו רק על הלך הרוח ברחוב הפלסטינאי, אלא על השכל הישר, בהתחשב בכך שהוכח ממסמכי השלל כי הרש"פ תומכת באופן אקטיבי במעשי טרור, בכך שהסכימה לאמן נער צעיר לאחוז בנשק ולהשתמש בו, בניגוד למדיניותה המוצהרת ביחס לאי-גיוס קטינים למנגנוני הבטחון שלה, ובסמיכות הזמנים שבין גמר האימונים לבין ביצוע הרצח. בנסיבות אלו, כך נטען, עובר נטל הראיה אל הרש"פ להראות כי מטרת האימונים לא היתה לשם ביצוע מעשי טרור. ואולם, הרש"פ לא עמדה בנטל זה,

בסירובה להמציא את המסמכים הנדרשים ובהביאה עדים לא מתאימים אשר העידו מפי השמועה, ואשר סרבו למסור מידע רלבנטי. שומה היה על בית המשפט המחוזי לייחס משקל רב להימנעותה של הרש"פ מהבאת ראיות, וכך אכן עשה.

48. אשר לערעור על החלטות הביניים מיום 17.8.2010 ומיום 4.11.2010, מטעימה משפחת המנוח כי הבקשה להגשת תצהיר נוסף מטעם חמדאללה הוגשה בשיהוי רב מאד, כשנתיים וחצי לאחר תום המועד שנקבע להגשת התצהירים, ללא טעם מיוחד להצדקת השיהוי ומבלי שנתמכה בתצהיר. בית המשפט המחוזי אישר את הגשת התצהיר, בכפוף להמצאת הרישומים והספרים עליהם התבסס העד. הטענה לפיה רישומים אלה אינם בנמצא, אינה עולה בקנה אחד עם הצהרתו של חמדאללה לפיה פקידיו בדקו את הרישומים אך לא מצאו בהם את שמו של המחבל. מכל מקום, טוענת המשפחה, ערעור זה הוא תאורטי לחלוטין מאחר ובית המשפט התיר את הגשת התצהיר חרף הימנעות הרש"פ מהגשת הספרים.

49. משפחת המנוח מבקשת לדחות גם את טענותיה של הרש"פ בעניין שיעור הנזק שנקבע ברכיבים השונים. לטענתה, בית המשפט חישב את הכנסתו של המנוח דווקא על הצד הנמוך. טענות הרש"פ ביחס לקביעת סכום הפנסיה וקצבת הזקנה מנוגדות לפסיקה הנוהגת, ומכל מקום לא הועלו בסיכומיה בבית המשפט המחוזי ולפיכך אין מקום להעלותן כעת. גם סכום הכסף שנפסק בגין כאב וסבל איננו חריג בנסיבות העניין, משהוכח כי המנוח לא נפטר מיידית אלא סבל וגסס קודם לפטירתו. באשר לטענות בדבר בחירת מסלול הפיצוי (מסלול פיצוי נזיקי או לפי חוק התגמולים), טוענת משפחת המנוח כי זכותה להמתין עד לקבלת פסק דין חלוט בטרם החלטה. לטענתה מדובר בניסיון להפעלת לחץ, מאחר ואין לה אפשרות להשיב את הכספים למדינה אלא רק לאחר קבלת הפיצוי מאת המשיבים, במידה ויבחרו בו. את שכו הטרחה וההוצאות שנפסקו לטובת משפחת המנוח, על הרש"פ לשלם ללא קשר לבחירה במסלול. כספים אלו אינם בגדר פיצוי נזיקי אלא כיסוי הוצאות בלבד. כמו כן טוענת המשפחה כי על הבחירה בדבר מסלול הפיצוי יש להחליט רק לאחר מיצוי ההליך, ואולם לא יעלה על הדעת כי יצאו נפסדים מעצם ניהול המשפט, במיוחד מקום בו מדובר בהליך ארוך שנמשך למעלה מ-10 שנים.

דיון והכרעה

50. אדרש תחילה לטענותיה המקדמיות של הרש"פ בדבר חסינות, ולחלופין אי-שפיטות של המעשים הנדונים, על-פי כללי המשפט הבינלאומי. טענתה הראשונה של הרש"פ נוגעת לעניין נוסחה של תעודת שר החוץ, על-פיה הרש"פ אינה נהנית

מחסינות, וזאת תחת מתן קביעה עובדתית בדבר מעמדה המדיני של הרש"פ בעיני המדינה. לטענת הרש"פ, אין זה מן הנמנע כי הוצאת תעודת שר חוץ כדין היתה מובילה למסקנה אחרת.

חסינות דיונית

51. כידוע, הדין בדבר החסינות הדיונית של מדינה זרה מפני הליכים משפטיים אזרחיים במדינה אחרת הוא חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, וככזה גם חלק מהמשפט הפנימי של מדינת ישראל. דוקטרינה זו מקורה ברציונל הבסיסי של שוויון בין מדינות:

"משפט בין-לאומי מינהגי זה הוא חלק ממשפטה של מדינת ישראל. התוצאה היא אפוא כי הדין בישראל מכיר אף הוא בחסינות המדינה הזרה, תוך שגישתו הנה שחסינות המדינה היא יחסית, מצומצמת ומוגבלת" (רע"א 7092/94 Her Majesty the Queen in Right of Canada נ' אדלסון, פ"ד נא(1) 625, 650 (1997); לסקירה ביקורתית על שורשיה של הדוקטרינה וההצדקות שניתנו לה ראו שם, 644-650).

אשר לשאלה האם נהנית הרש"פ ממעמד של מדינה לעניין החסינות, קבע בית משפט זה, גם על סמך עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, כי התשובה תינתן בכל מקרה ומקרה על-פי נסיבותיו, בהתאם לתעודת שר חוץ שתוגש, וזאת מתוך תפיסה כי מדובר בשאלה עובדתית העומדת לפתחה של הרשות המבצעת. זו שוקלת שיקולי מדיניות, בטחון, כלכלה ועוד (רע"א 4060/03 הרשות הפלסטינית נ' דין, פ"ד סב(3) 1 (2007) (להלן: "עניין דין"); ע"א 5093/06 אגודת מדרשת ארץ ישראל (קדומים) אלון מורה נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (6.8.2008); רע"א 11019/08 הרשות הפלסטינית נ' אזוז, פסקה 1 (16.4.2009) (להלן: "עניין אזוז"); ע"א 2561/09 שמא אסמאעיל עומרי (אלנג'אר) נ' רשות הפיתוח מנהל מקרקעי ישראל, פסקה 16 (24.2.2011)). עמדה זו נסמכת בין היתר על הקריטריונים שנקבעו במשפט הבינלאומי להגדרת "מדינה" – חדשים גם ישנים – ובעיקרו של דבר זו כאמור שאלה מדינית.

52. במסגרת הערעור שלפנינו הרש"פ אינה מבקשת להשיג על עקרונות אלו, ואולם, לטענתה – נוסחה של תעודת שר חוץ שהוגשה, לפיה הרש"פ איננה נהנית מחסינות, מתעלם מהשאלה שעליה צריך היה לתת את הדעת, ומדלג הישר למסקנה המשפטית. מבחינה דיונית, דומני כי יש לדחות את טענת משפחת המנוח לפיה הרש"פ ויתרה על הטענה האמורה במסגרת מחיקת בש"א 23829/07, וזאת מאחר שבהחלטה על מחיקת הבקשה נקבע במפורש כי אין במחיקה כדי לגרוע מכל טענה שתתברר

במהלך שמיעת הראיות, בהתאם לנסיבות העניין וכפי שנקבע בעניין דין (החלטת הרשם (כתוארו אז) א' אורנשטיין מיום 6.5.2009). גם לגופו של עניין דומה כי יש טעם בביקורת שנמתחה על נוסחה של תעודת שר החוץ. זו לשונה: "בהתאם להנחיית ממשלת מקום ראש הממשלה ושרת החוץ, אני, עו"ד אהוד קינן, היועץ המשפטי של משרד החוץ, מודיע בזאת לבית המשפט הנכבד כי הרשות הפלשתינאית ו/או המועצה הפלשתינאית, אינן נהנות מחסינות משיפוט בתיק הנ"ל". מאחר ומדובר בשאלה עובדתית, הנוגעת למעמדה המדיני של הרש"פ – על תעודת שר החוץ לענות במישרין על שאלה זו, ולא כפי שנעשה כמצוטט לעיל, וזאת מתוך תפיסה כי לרשויות המדינה יש הן את הסמכות, הן את הכלים המקצועיים להכריע בשאלה. מנגד, המסקנה המשפטית הנובעת מהתשובה לאותה שאלה עובדתית מסורה לבית המשפט, והוא שצריך להכריע בה. דרך המלך אפוא היא כי תעודת שר החוץ המוגשת לבית המשפט תבטא את עמדת מדינת ישראל ביחס למעמד המדיני של הרש"פ בקשר לעניין הנדון.

53. מכל מקום, וגם אם יש ממש בטענת הרש"פ, מכאן ועד לקביעה כי תעודת שר החוץ הוצאה שלא כדין – רב המרחק. גם אם נפל פגם בנוסחה של התעודה, עמדת המדינה בעניין זה ברורה לחלוטין, וכפי שנפסק בעניין דין, מדובר בהחלטה מדינית מובהקת. נושאים אלה מצויים בסמכותה של הרשות המבצעת ובית המשפט לא ידרש אליהם – על דרך העיקרון – כל עוד עושה הרשות המבצעת בתחומי סמכותה, והחלטתה אינה נגועה בפגם משפטי של ממש (בג"ץ 4395/00 מ' ט' מטה מותקפי הטרור (ע"ד) נ' ממשלת ישראל, פסקה 3 (21.6.2000)). ברי אפוא כי לא עומדת לה, לרש"פ, חסינות מפני שיפוט בתובענה דנן.

אי-שפיטות ומעשה מלחמה

54. אשר לטענת הרש"פ על כך שמעשיה בלתי שפיטים, משום שמדובר בפעולה מלחמתית – סבורני כי יש לדחותה מכל וכל. אכן, כלל נקוט בדינו כי פעולה מלחמתית היא פעולה בלתי רגילה, וכי "דיני הנזיקים הרגילים אינם מתאימים לדיון באחריות בגין מעשי נזיקין תוך כדי לחימה" (בג"ץ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פסקה 35 (12.12.2006) (להלן: "עניין עדאלה")). היטיב להסביר זאת הנשיא א' ברק:

"פעולות מלחמתיות הגורמות נזק לפרט אינן צריכות להיות מוכרעות על-ידי דיני הנזיקין הרגילים. הטעם לכך הוא כי פעולות מלחמתיות יוצרות סיכונים מיוחדים אשר הטיפול בהם צריך להיות מחוץ לגדריה של האחריות הנזיקית הרגילה. הסיכון הוא מיוחד מבחינת יוצר הסיכון (איש הצבא המבצע פעולה מלחמתית, המתכנן אותה והמדינה השולחת אותו למשימותיו); הסיכון הוא מיוחד מבחינת

הניזוק (בין שהוא 'אוהב' ובין שהוא 'אויב'), והסיכון הוא מיוחד מבחינת היקף הנזק. התפיסה הינה כי דיני הנזיקין הרגילים אינם מתאימים להסדרתו של סיכון מיוחד זה. חוסר התאמה זה נובע מעצם מהותם של דיני הנזיקין העוסקים בחלוקת סיכונים בגין פעולות מזיקות בחיי היומיום של אדם במדינתו. אין הם מתאימים כאשר הסיכון שבפניו ניצבים הפרט והכלל הוא חריג ויוצא-דופן. פעולות מלחמתיות יוצרות מעצם טיבן וטבען סיכונים אשר מערכת הדינים ה'שיגרתי' לא נועדה להתמודד עמם. המטרות המונחות ביסוד דיני הנזיקין הרגילים אינן חלות כאשר הנזק נובע מפעולה מלחמתית שהמדינה מנהלת כנגד אויביה (ראו דברי השופט ריינהארט (Reinhardt) בפרשת *Koochi v. U.S.* (1992) [7], at p. 1334). הדרך הראויה לפתור את בעיית הפיצוי בגין הנזק שפעולת לחימה גורמת הינה הסדר מיוחד – מחוץ לגדר דיני הנזיקין הרגילים – אשר יוכל להשקיף על התמונה הכוללת, ואשר יוכל לפזר את הסיכון בהתחשב באופייה המיוחד של הפעילות ותוך התחשבות בהסכמים הבינלאומיים אשר המדינה כרתה (אם ישנם כאלה). ודוק, הגישה אינה כי 'פעולה מלחמתית' היא מחוץ לתחומי המשפט. הגישה הינה כי בעיית האחריות האזרחית בגין פעולות מלחמתיות צריכה להיקבע מחוץ לדיני הנזיקין הקלאסיים" (ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1, 6-7 (2002) (להלן: "עניין בני עודה").

הרש"פ טוענת כי דין זהה צריך לחול בנידון דידן. בסיכומיה בבית המשפט המחוזי ערכה הרש"פ השוואה בין פעולות מלחמתיות של צה"ל וכוחות הביטחון לבין פעולות טרור (משני צדי המתרס), וטענה כי פעולות אלו מצויות כולן על אותו מישור של פעולה במסגרת סכסוך בין העמים. השוואה זו, בין פעולה מלחמתית לבין טרור נפשע, היא השוואה מקוממת, ומוטב היה אלמלא נעשתה.

55. בית משפט זה נדרש בעבר לסוגיית הגדרתם המשפטית של מעשי טרור ומבצעים. בהתאם לנורמות במשפט הבינלאומי המנהגי, נקבע בבירור כי מעשים אלו מבוצעים בניגוד גמור לדיני המלחמה. טרוריסטים אינם ממלאים אחר התנאים הבסיסיים להגדרתם כלוחמים, שנקבעו בסעיף 1 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907. הם אינם נושאים סימן הבחנה קבוע, שניתן לזהותו ממרחק, ואינם נושאים את נשקם בגלוי (י' דינשטיין, דיני מלחמה 99-100 (1983); ה' מודריק-אבן חן, טרור ומשפט בין-לאומי הומניטרי – ההבחנה בין לוחמים לאזרחים בשדה הקרב המודרני, 134 (2010) (להלן: "מודריק – אבן חן"). טרוריסטים אינם מנהלים את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה; להפך – כל מהות פעולותיהם היא ביצוע מתמשך של פשעי מלחמה ופגיעה באוכלוסיה אזרחית חפה מפשע, בניגוד להוראות סעיפים 51(2) ו-51(4) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 המהווה משפט בינלאומי מנהגי (ראו גם סעיף (ii)-(i)(b)(2) לחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי).

מסיבות אלו קבע בית משפט זה כי מדובר באזרחים ולא בלוחמים, וכל עוד הם נוטלים חלק במעשי איבה הם אינם זכאים להגנות הניתנות לאזרחים על-פי כללי המשפט הבינלאומי (ראו בהרחבה בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 549-573 (2006) (להלן: "עניין הועד הציבורי"); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, סב(4) 329 (2008); בג"ץ 2967/00 ארד נ' כנסת ישראל, פ"ד נד(2) 188, 191 (2000)). קולמוסים רבים נשתברו לצורך ההבחנה בין לוחמים ובין אזרחים, בין דרגות שונות של השתתפות אזרחים במעשי לחימה ולהתייחסות המשפטית ההולמת כלפיהם במסגרת דיני המלחמה (ראו באסמכתאות שצוינו בעניין הועד הציבורי הנזכר, וכן מוזדיק – אבן חן, 123-220). מכל מקום, בהקשר הנזיקי בו אנו דנים, נעלה מספק כי המעשים המיוחסים לרש"פ אינם באים בגדר "פעולה מלחמתית" במשמעות שנודעת לה בהלכה הפסוקה. טענה דומה נדחתה בבית המשפט הפדראלי במדינת ניו-יורק, בתביעתם של נפגעי טרור נגד הבנק הערבי אשר העביר לכאורה ביודעין כספים לארגוני טרור. הבנק הערבי ביקש למחוק את התביעה, ואולם בית המשפט קבע כי פעולות הטרור הנדונות מהוות הפרה של נורמות בינלאומיות, והן אינן פעולות לחימה לגיטימיות (*Almog v. Arab Bank, PLC*, 471 (F.Supp 2d (E.D.N.Y) 257, 274-286 (29.1.2007)). על יסוד האמור, סבורני כי אין מניעה מלדון באחריות הרש"פ הנובעת מן המעשים הנדונים בהתאם לדיני הנזיקין.

56. בשולי הדברים אתיחס גם לטענת הרש"פ לפיה היא נשפטה על מעשיה כריבון מבלי ליתן לה חסינות. לא כך. הרש"פ אינה עומדת לדין על פעולותיה כריבון, ומשום כך גם איננה נהנית מחסינות. המעשים הנדונים כאן אינם "מעשי מדינה" אלא מתן סיוע פעיל לפשעי טרור נתעבים נגד חפים מפשע. הכללים המוחלים כאן ביחס לרש"פ הם שווים לכל נפש, זהים לכל נתבע אחר אשר יתבע בגין סיוע למעשי טרור, יהא אשר יהא.

מעמדם של ההסכמים הבינלאומיים וחובת הזהירות

57. הצדדים כולם, לרבות היועץ המשפטי לממשלה, הכבירו מילים ושטחו את משנתם ביחס למעמדם של ההסכמים הבינלאומיים שנחתמו במהלך השנים בין מדינת ישראל ובין הרש"פ, ובשאלה האם ההסכמים הללו מקימים כשלעצמם עילת תביעה ישירה לאזרחי מדינת ישראל, ומשפחת המנוח בתוכם. כשלעצמי דעתי נוטה לכך כי אין ניתן להסתמך על הסכם מדיני בין ישראל ובין הרש"פ כמקור לחובה משפטית בדין הישראלי, מבלעדי קליטה מפורשת במשפט הישראלי. הלכה פסוקה היא כי הוראות בהסכמים מדיניים שמדינת ישראל צד להם, אינן מהוות חלק מהדין הפנימי כל עוד לא נקלטו בחקיקה באופן מפורש (בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

פ"ד מב(2) 4, 37 (1988)). לגבי הסכם הביניים עצמו, נקבע בבג"ץ 2717/96 ופא עלי נ' שר הבטחון, פסקה 3 (4.7.1996) כי "אין לו מבחינה משפטית מעמד גבוה יותר או תוקף רב יותר מהסכם שנערך בין מדינת ישראל לבין מדינה אחרת... כדי לתת לו תוקף כחלק מן הדין החל בישראל, נדרש חוק של הכנסת". נראה אפוא כי לא ניתן להסתמך על הסכמי הביניים כמקור לתביעה בגין הפרת חובה חקוקה. מעבר לכך, נזכיר כי עילת התביעה איננה חוזית, אלא מדובר בתביעת נזיקין (ראו סעיף 6 לסיכומי הרש"פ; סעיף 6 לסיכומי משפחת המנוח). השימוש שעשה בית המשפט המחוזי באותם הסכמים לא נעשה לצורך יצירת עילת תביעה חוזית עצמאית, אלא לכל היותר במסגרת ניתוח עוולת הרשלנות – לחיזוק המסקנה לפיה קמה לרש"פ חובת זהירות שלא לסכן במכוון את חייהם של אזרחי מדינת ישראל. על אף שהרש"פ טענה בחצי-פה כי שגה בית המשפט המחוזי בקובעו כי קיימת חובת זהירות כאמור, הרי שטענה זו נזנחה במסגרת סיכומיה, וטוב שכך.

58. כידוע, שאלת קיומה של חובת זהירות במסגרת בחינת עוולת הרשלנות נועדה ליצור מסננת נורמטיבית אשר תשמש את בית המשפט בשיקולי המדיניות המשפטית אם ראוי להטיל אחריות, אם לאו. בדרך כלל בוחן בית המשפט את דבר קיומה של "שכנות" או "קרבה" בין הצדדים, היוצרת זיקה מסוימת ביניהם, אשר תוביל למסקנה משפטית לפיה ראוי כי תוטל חובת זהירות כלפי הניזוק הספציפי. על-פי המקובל בפסיקה, נקודת המוצא היא כי הטלת אחריות רצויה בכל מצב שקיימת בו התרשלות ויכולת לצפות את הנזק, אלא אם ישנם שיקולים מיוחדים המצדיקים את שלילת האחריות (ראו פסקי הדין של השופט (כתוארו אז) א' ברק בע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש פ"ד לז(1) 113, 123 (1982) (להלן: "עניין ועקנין") ובע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 131 (1985); ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני, פסקה 10 לפסק הדין של השופט י' עמית (15.7.2013) (להלן: "עניין פלוני")). פנים רבות לשיקולים להגבלתה של חובת הזהירות:

"בין שאר השיקולים, תיבחן תחולתן של ההצדקות הכלליות לקיומה של חובת הזהירות, שהן החשש מפני הרתעת יתר, מפני עומס התביעות, השאיפה להגינות ביחס למזיק (שיקולי צדק) והרצון להימנע מהתנגשות בחיובים אחרים מכוח חוק או חוזה... הצדקות אלה מוצבות על כפות המאזניים אל מול האינטרסים אותם משרתת הטלת החבות הניזיקית ברשלנות, ובהם - הרתעה, פיצוי הניזוק ותיקון התוצאה המעוולת, פיזור הנזק - ואם בהקשר הרלוונטי, עולה משקלן על משקלם, תוגבל היקפה של חובת הזהירות" (ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום, פסקה 33 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' ריבלין (1.3.2004)).

59. יהא המודל הראוי לאופן בחינתה של עוולת הרשלנות ו"מיקומה הגאומטרי" של שאלת חובת הזהירות כאשר יהא (המודל "המסורתי" של השופט (כתוארו אז) א' ברק בעניין ועקנין, מודל אחר שהעלה השופט י' עמית בעניין פלוני, ועוד אחר שהציע השופט נ' הנדל בע"א 3521/11 וגנר נ' עבדי (22.6.2014)); כך או כך או כן, על-פי טיבו של העניין דנן, אליבא דכולי עלמא ההכרעה ברורה, והיא מורה, בשלב הראשון של הבחינה, על קיומה של חובת זהירות.

60. הרש"פ טענה מספר טענות מקדמיות אשר גם אם אינן מקימות חסינות, הרי שהיה בכוחן לכאורה להצדיק קביעה לפיה לא קיימת חובת זהירות. טענות אלו נדונו לעיל, ונדחו. אציין עוד, כי בית משפט זה דחה בעבר בקשת רשות ערעור על החלטה שבה נדחתה טענה זו מצד הרש"פ, וקבע בקיצור כי בדין נדחתה (ראו עניין אזוז, פסקאות 4, 7). מעבר לכך, חובתו של אדם שלא לפגוע במכוון ובזדון בגופו ובנפשו של אדם אחר, היא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה:

"חובת זהירות כללית קיימת תמיד... כל אדם חייב שלא לסכן חייו של אחר" (ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3), 45, 67 (1994)).

חובה זו מושתתת על ההיגיון, על המוסר הטבעי ועל השכל הישר. היא מעוגנת בדין הפלילי ביחס לכל פרט בחברה, ובדין הבינלאומי המנהגי ביחס למדינות. גם ההסכמים הבינלאומיים עליהם חתומה הרש"פ, קובעים מפורשות כי הצדדים מחויבים למנוע מעשי טרור ופעולות עוינות אהדדי. בהקשר זה (וכפי שנראה בהמשך כשנדון בסוגיית הפיצויים העונשיים), משמשים דיני הנזיקין כ"תנא דמסייע" לדיני העונשין במאמצם ליצירת הרתעה יעילה נגד מעשי טרור שכל מטרתם הרג, חורבן ואובדן, נזק לאזרחים תמימים, וזריעת פחד ובהלה בקרב הציבור כולו. זהו אחד מתפקידיה הבסיסיים של מערכת המשפט, כפי שכבר קבעו חכמינו זכרונם לברכה, כי אלמלא מוראה של מלכות – "איש את רעהו חיים בלעו" (משנה, אבות ג, ב). הנה כי כן, ברי כי צדק בית המשפט המחוזי בקובעו בעניין שעל הפרק כי קמה חובת זהירות מצדה של הרש"פ.

התרשלות

61. מכאן נעבור לבחינת קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי בנוגע להתרשלותה של הרש"פ ולקשר הסיבתי שבין פעולותיה לבין הנזק שנגרם למנוח ולמשפחתו. ידוע הכלל לפיו אין זו דרכו של בית משפט שלערעור להתערב בממצאים עובדתיים ובקביעות של מהימנות, פרי מלאכתה של הערכאה הדיונית, אלא במצבים

חריגים. זאת מחמת יתרונה של הערכאה הדיונית אשר שמעה את העדים, התרשמה מהם באופן ישיר ובלתי-אמצעי, בחנה את מכלול הראיות, ולשופטיה ניסיון שיפוטי בהערכת מהימנות וקביעת ממצאים עובדתיים הנרכש בשמיעת משפטים בתחומים דומים (ע"א 2449/08 טואשי נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ, פסקה 11 וההפניות שם (16.11.2010); ע"א 989/03 א' חטר-ישי - משרד עורכי דין נ' חינוזון, פסקה 21 (26.1.2005)). כפי שיפורט בהמשך, לאחר שבחנתי את העדויות שנשמעו מטעם הצדדים ואת הראיות שהגישו, שוכנעתי כי אין מקום לסטות מדרך הכלל, ואין הצדקה להתערב ולשנות מן הממצאים העובדתיים שנקבעו בבית המשפט המחוזי.

62. יתר על כן. בחינה כוללת של התנהלותה הדיונית של הרש"פ במהלך המשפט, מעלה כי נקטה בטקטיקה של הכחשה גורפת והתחמקות, מבלי שהעמידה גרסה נגדית ברורה. הרש"פ נמנעה מלהגיש את הראיות הרלבנטיות המצויות ברשותה, גם לאחר שבית המשפט המחוזי הורה לה לעשות כן. טענות רבות אותן העלתה הרש"פ בערעור שלפנינו ובסיכומיה בבית המשפט המחוזי נטענו באיחור, בניגוד לעמדות קודמות שהציגה, ובניסיון לביצוע "מקצה שיפורים". למותר לציין, כי להתנהלות שכזו ישנן תוצאות במישור הדיוני והמהותי. נבחן אפוא את טענותיה של הרש"פ ביחס לממצאים שקבע בית המשפט המחוזי.

63. אשר לעדותו של הנער המחבל, טוענת הרש"פ כי לא היה נכון לקבוע כי מדובר בעד עויין וכי היה על בית המשפט המחוזי להעדיף את עדותו בבית המשפט על פני ההודעה שמסר בחקירתו במשטרה. גם לגוף העניין נטען כי הקביעה ביחס לאימוני המחבל במחנה אימונים של הרש"פ ביריחו מבוססת על משפט שאמר, בודד וסתום, אשר ניתן לפרשו במספר דרכים. אין בידי לקבל טענות אלו.

64. ראשית, הכרזתו של הנער המחבל כעד עויין נעשתה בהסכמה, כאמור בהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 12.7.2009 (עמוד 12 לפרוטוקול): "בהסכמת כל הצדדים, הנני מכריזה על העד כעד עויין". גם הודעתו בחקירתו במשטרה הוגשה בהסכמה (ת/1, שם, עמוד 13), לאחר שהודה כי חתם עליה. העדר התנגדות להגשתה של ראיה בלתי קבילה במשפט אזרחי, משמעה ויתור על הזכות להתנגד, והסכמה לקבלתה של אותה ראיה כהוכחה (ראו י' קדמי, על הראיות 1888 (2009) (להלן: "קדמי")). לאור ההסכמה שניתנה בזמן אמת, אין עוד מקום לטענה כלשהי נגד קבילותה של הראיה.

65. שנית, באשר למשקלה של הראיה, דעתי כדעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה יש להעדיף את אמרתו של הנער המחבל בסמיכות לאירוע, כשזכרונו עודנו טרי,

ומבלי שהושפע על-ידי מאן דהוא, על פני עדותו שניתנה בבית המשפט, זמן רב לאחר מכן וכשהתברר במהלך הדיון כי היא נגועה בהשפעות זרות.

66. שלישיית, אינני מקבל את הצגת הדברים לפיה מבוססת הרשעת הנער המחבל כביכול על משפט סתום אחד, שנאמר בתנאי דחק ומצוקה. אזכיר כי הלה ענה באופן חופשי לשאלות פתוחות, לאחר שאישר כי "השבח לאל אני מרגיש טוב... היחס טוב מאד כאן, והרופאים והאחיות מתייחסים אלי בצורה טובה מאד" (ת/1). כך אמר: "לפני חודשיים וחצי, הייתי בקורס אימוני גוף ואימונים על נשק ברשות הפלסטינית ביריחו למשך 50 יום, ולפני 10 ימים בערך סיימתי את הקורס וחזרתי לדיר אל בשא". המחבל אף אישר כי איננו שייך לשום ארגון, וכי לא היה לו מניע ביחס למנוח עצמו. כל כוונתו היתה לרצוח יהודי, ללא סיבה. הוא הוסיף ואישר כי מטבע הדברים, בעת מתן עדותו בבית המשפט, הוא זכר את פרטי האירוע פחות טוב מאשר בשעת חקירתו במשטרה סמוך לאחר התרחשותו. הטענות שלפיהן ניתן לפרש אחרת את דבריו של הנער המחבל, וכי למעשה התאמן בתחומיה של הרש"פ אך לא עשה כן מטעמה, נטענו לראשונה בסיכומיה של הרש"פ, מבלי שזכרן בא קודם לכן. אשר לטענות הרש"פ לפיהן נמנע ממנה להציג את הפרשנות הנכונה של דברי הנער המחבל בשל הוצאתו של בא-כוחה מאולם המשפטים בעת העדות, הרי שאֵלו נדחו מכל וכל על-ידי בית משפט זה במסגרת ערעורה של הרש"פ על דחיית בקשתה מבית המשפט המחוזי לפסול עצמו מלדון בתביעה (ע"א 2226/10 המועצה הפלשתינית נ' מנטין (2.5.2010)): "בא-כוחן של המערערות הפריע למהלך התקין של עדות המחבל וחרף ניסיונות בית המשפט להרגעת הרוחות ואף אזהרתו כי מי שימשיך בקריאות הביניים יוצא מן האולם, המשיך בא-כוח המערערות להפריע ולשבש את עבודת המתורגמנית" (שם, פסקה 5). עוד נקבע שם כי הדיון הלך ונמשך תוך שלרש"פ ניתן יצוג הולם. יתרה מזאת, גם אילו היה ספק בנכונות גרסתו הראשונה של הנער המחבל, הרי שהיה על הרש"פ להציג גרסה נגדית אמינה ובהירה. הגרסה המפורטת שהציג המחבל במהלך עדותו בבית המשפט שונה לחלוטין בפרטיה מזו שניתנה בעת החקירה במשטרה, באופן הפוגע קשות באמינותה. דא עקא, לא נעשה מצד הרש"פ ניסיון כלשהו ליישב בין הדברים. אזכיר, כי הרש"פ גם ויתרה על חקירת הנער המחבל בבית המשפט, והסתפקה בדברים שנאמרו לבאת-כוח משפחת המנוח במסגרת החקירה הנגדית.

67. התנהלותה הדיונית הלקויה של הרש"פ ניכרת גם בכל הנוגע לעדויותיהם של ה"ה פאנון וחמדאללה. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, מדובר בעדים שאינם עדים רלבנטיים, משום שלא היו יכולים להעיד מכלי ראשון על התקיימותם של מחנות האימונים, ושלא הגישו אסמכתאות מתאימות בנוגע לתפקידם או לתוכן עדותם. הדבר

לא נעשה בהיסח הדעת, ולראיה – בבית המשפט נקבו העדים הללו בשמותיהם של העדים שאותם היה מקום לכאורה להביא לעדות (כגון יאסין, מפקד מחנה האימונים ביריחו). יתרה מכך. הבקשה להגשת תצהיר נוסף, מאת חמדאללה, הוגשה זמן רב לאחר הגשת יתר התצהירים, כשנתיים וחצי לאחר חלוף המועד שנקבע להגשת התצהירים, מבלי לציין טעם מיוחד להצדקת השיהוי, מבלעדי תצהיר תומך, ולאחר תום חקירתו של פאנון. בהקשר זה אציין, ביחס לערעור על החלטות הביניים מיום 17.8.2010 ומיום 4.11.2010, כי אין לה לרש"פ על מה להלין: תצהירו של חמדאללה הוגש, למרות שהרש"פ לא מילאה אחרי התנאי שהציב בית המשפט המחוזי, ולא המציאה רישומים וספרים שעליהם ביקש חמדאללה להתבסס. באותו תצהיר הועלתה לראשונה הטענה לפיה בשנים הרלבנטיות לא התקיימו כלל מחנות אימונים ביריחו. טענה זו לא נזכרה בכתב ההגנה מטעם הרש"פ, ודומה כי היא גם סותרת את גרסתו של פאנון, שמעדותו עלה כי יש בנמצא רשימות של שמות המתאמנים בקורסים של הרש"פ, גם ביריחו (עמוד 66 לפרוטוקול). כפי שטענה בצדק משפחת המנוח, מדובר בטענה המהווה שינוי חזית, ולמצער יש בכך כדי לפגום באופן ממשי במהימנותה. מן המקובץ עולה כי אין מקום להתערב במסקנתו של בית המשפט המחוזי, על יסוד נימוקיו, לפיה הנער המחבל אומן ברש"פ, במחנה אימונים מטעמה ביריחו, וסיים את אימוניו כעשרה ימים לפני ביצוע הרצח.

הקשר הסיבתי ומעורבות הרש"פ בטרור

68. הצדדים חלוקים גם באשר להתקיימותו של קשר סיבתי בין האימונים שעבר הנער המחבל לבין הרצח שביצע. את הקשר הסיבתי ביסס בית המשפט המחוזי על התכנים שהועברו במחנה האימונים, ועל הראיות הנוספות שהובאו, לפיהן תמכה הרש"פ באופן פעיל במעשי טרור. פרשנות פסק הדין של בית המשפט המחוזי, במה שנוגע לתכני מחנה האימונים שנויה במחלוקת. משפחת המנוח מסתמכת על דבריו של בית המשפט המחוזי בפסקה 49 לפסק הדין, לפיהם – "דברי ב"כ התובעים בכתב התביעה, על פיהם הרש"פ גייסה ואימנה את המחבל, אשר רצח את המנוח, לא רק שאינם מופרכים, אלא שהוכחו ברמת ההסתברות המקובלת במשפט האזרחי. באשר לאמירה הנוספת של ב"כ התובעים, על פיה הרש"פ אימנה את המחבל לרצוח יהודים – מדובר במסקנה הסתברותית, אשר לעניות דעתי הוכחה גם היא ברמת ההסתברות הנדרשת במשפט האזרחי". לדידה של באת-כוח משפחת המנוח, בכך קבע בית המשפט המחוזי כי מחנה האימונים נועד לאמן את החניכים לביצוע פיגועי טרור, ובמסגרתו הועברו תכנים המעודדים פיגועים והרג. בא-כוח הרש"פ, לעומת זאת, מסתמך על דבריו של בית המשפט המחוזי בפסקה 55 לפסק הדין, לפיהם – "למען הסר ספק יובהר, כי לא הוכחו התכנים שהועברו לחניכים במחנה האימונים של הרש"פ ביריחו, ועל כן אינני יכולה לקבוע

בוודאות, כי המחבל אומן על ידי הרש"פ 'לרצוח בכלל ויהודים בפרט'. לדברי בא-כוח הרש"פ, דברים אלו מבהירים כי לא נקבע בפסק הדין דבר ממשי בנוגע לתכנים שהועברו במחנה האימונים, וכודאי שלא נקבע כי הועברו במחנה מסרים המעודדים טרור.

69. עיון במכלול פסק הדין של בית המשפט המחוזי, בדבריו על-פי הקשרם, מעלה כי יש לבכר את פרשנותה של משפחת המנוח על פני זו של הרש"פ. אלו הם דברי בית המשפט המחוזי שם, במילואים: "למען הסר ספק יובהר, כי לא הוכחו התכנים שהועברו לחניכים במחנה האימונים של הרש"פ ביריחו, ועל כן אינני יכולה לקבוע בוודאות, כי המחבל אומן על ידי הרש"פ 'לרצוח בכלל ויהודים בפרט' (סעי' 91 לסיכומי הרש"פ). אולם, משהחליטה הרש"פ לאמן קטין בן 15.5 וללמדו את רזי השימוש בנשק, באווירה ששררה ברש"פ באותה עת, בהתחשב באינתיפאדה מחד גיסא ובמצע חומת מגן מאידך גיסא, הרי שברור, שגם אם הדברים לא נאמרו 'ברחל' בתך הקטנה, הרי שהאווירה הכללית עודדה את חניכי המחנה לעשות שימוש בידע שרכשו בתפעול כלי נשק, והיות וברור, כי איש לא ציפה ששימוש זה ייעשה כנגד הפלשתינים, הרי שנותר מעט מאוד דמיון באשר למסקנה המתבקשת – שימוש בנשק כנגד יהודים.

זאת ועוד. סמיכות הזמנים שבין סיום 'לימודיו' של המחבל במחנה האימונים לבין ביצוע הרצח (עשרה ימים), אך מחזקת את המסקנה, שנכונותה של הרש"פ לאמן בנשק קטין בן 15.5 הייתה לצורך מטרה מסויימת, מטרה שמומשה על ידי המחבל מיד עם סיום הכשרתו, קרי: הוכח קיומו של קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין האימונים שעבר המחבל במחנה האימונים של הרש"פ ביריחו, לבין רצח המנוח. ודוק: אין לשכוח, כי הרש"פ, מטעמים מובנים – נמנעה ממתן אינפורמציה כלשהי בהתייחס למחנה האימונים האמור, לרבות לא לגבי עצם קיומו, או תכניו והסתפקה בהכחשת קיומו. אלא מאי? הרש"פ לא סיפקה הסבר כלשהו למניעיו של המחבל לומר בהודעתו במשטרה (ת/1) אמירות שלכאורה אינן אמת מחד גיסא, ומאידך גיסא – הימנעותה השיטתית מהבאת עדים רלבנטיים לעדות ומהמצאת מסמכים, אשר יכולים היו לתמוך בעמדתה הנטענת, מובילה למסקנה, כי דברי המחבל בהתייחס לאימונים שעבר מטעם הרשות הפלסטינית במחנה האימונים ביריחו הינם אמת, ובהמשך ישיר לאימונים אלו – בוצע הרצח נשוא כתב התביעה.

ב"כ הרש"פ טען בסיכומיו, כי התובעים 'לא הוכיחו' את טענותיהם בדבר אימונו של המחבל במסגרת הרש"פ והסתתרו לרצח יהודים.

כפי שהבהרתי, הנני בדעה, כי התובעים הרימו את הנטל המוטל עליהם, ועל מנת להבהיר את עמדתם, אחזור למושכלות ראשוניים בדבר הטיית מאזן ההסתברות במשפט האזרחי...".

70. עינינו הרואות, היטב הסביר בית המשפט המחוזי את מסקנתו. לא לחינם אפפה עמימות עובדתית את מחנות האימונים. לא בכדי נמנעה הרש"פ מהבאת מידע בנוגע

לתכנים הספציפיים שהועברו במחנות – באיזו צורה נלמדו התכנים הללו, כיצד הוטמעו ועוד. ראיות שהביאה משפחת המנוח, נמצאו משכנעות. בית המשפט המחוזי נימק את קביעותיו העובדתיות ואת מסקנותיו. הוכח, כפי האמור לעיל וכפי שיאמר להלן, שבמחנות האימונים הועברו מסרים, באופן ישיר או עקיף, המעודדים להלכה ולמעשה ביצוע פיגועי טרור. כדברי בית המשפט המחוזי: "הוכח קיומו של קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין האימונים שעבר המחבל במחנה האימונים של הרש"פ ביריחו, לבין רצח המנוח".

71. התובע, "המוציא מחברו, עליו הראיה" (בבלי, בבא קמא לה, א), עליו מוטל נטל השכנוע. לנטל זה נלווית חובת הראיה, שמשמעותה – "כי על בעל הדין האחד חלה חובה להביא ראיות לעמידה בנטל השכנוע, ועל בעל הדין השני חלה חובה להביא ראיות השומטות את הבסיס תחת ראיות שהובאו לחובתו" (אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 543 (מהדורה שתיים-עשרה, 2015)). כלשונו של הנשיא מ' שמגר: "הנטל שהצליח המערער להעביר אל כתפי המשיבה הוא נטל הבאת הראיות, שמשמעותו כי כפות המאזניים נוטות לטובת התובע, ועל הנתבע הרוצה בכך החובה להחזיר ולאזן ביניהן" (ע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני-ברק פ"ד מג(3) 343, 348 (1989); להרחבה ראו: קדמי, 1720; ע"א 78/04 המגן חברה לביטוח נ' שלום גרשון הובלות בע"מ, פ"ד סא(3) 18, פסקה 11 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (2006)).

72. משפחת המנוח טענה כאמור כי הרש"פ הסיתה ואימנה את הנער המחבל לרצח יהודים, ולביסוס טענתה הביאה לפני בית המשפט המחוזי ראיות בדבר השתתפותו במחנה אימוני "גוף ונשק" מטעם הרש"פ ביריחו (עמוד 52 לפסק הדין), גילו הצעיר, וסמיכות הזמנים בין מחנה האימונים לבין מועד הפיגוע החבלני.

73. בנוסף, הוכחה תמיכתה של הרש"פ בטרור במהלך האינתיפאדה השנייה. סקירות חטיבת המחקר באמ"ן שבחוות הדעת של תא"ל קופרווסר מצביעות על "מעורבות ישירה ועקיפה של ערפאת, 'הרשות הפלסטינית' ומנגנוני המודיעין הפלסטיניים בטרור נגד ישראל" (עמוד 3 למסמך אמ"ן מחקר מספר 688/0018 (להלן: "סקירה 688/0018")).

74. אינני מקבל את טענות הרש"פ נגד מעמדה של חוות הדעת וכלפי עדותו של תא"ל קופרווסר. קופרווסר הובא לעדות לאחר שהמדינה הודיעה (במסגרת ע"א 5716/10) כי הוא הגורם המוסמך מטעם המדינה, בשל תפקידו כראש חטיבת המחקר באמ"ן בזמן שהוכנו הסקירות האמורות. אף על-פי כן, החליט בית המשפט המחוזי

שלא להעניק לחוות הדעת מעמד של תעודת עובד ציבור, אלא של חוות דעת מומחה. קופרווסר נחקר ארוכות על חוות דעתו, והרש"פ גם הגישה חוות דעת נגדית מטעמה. לאחר שבית המשפט התרשם משני העדים המומחים הכריע כפי שהכריע, נימוקיו משכנעים, ואינני מוצא כי יש מקום להתערבות במסקנתו. כוחה של ההלכה הפסוקה בדבר אי-התערבות בממצאים עובדתיים שריר וקיים גם ביחס לאימוץ חוות דעת של עדים מומחים והעדפת מומחה אחד על פני רעהו (ע"א 5154/10 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה נ' כלפון נווה ארזים בע"מ, פסקה 15 (22.8.2012); בע"מ 5250/11 פלונית נ' פלוני, פסקה 4 ג (26.10.2011)). בין היתר, רשאי בית המשפט להתחשב במומחיותו של העד, הכשרתו, קרבתו לנושא הנדון ורלבנטיות החומרים אשר עליהם התבסס, ודומה כי כך נעשה היטב בענייננו. טענת הרש"פ לפיה מדובר בקביעות מוטות ומפלות, נטענה באופן סתמי, בלא בסיס ולא עיגון בחומר הראיות, והיא נדחית.

75. מעבר לכך אציין, כי אין עוררין על כך שמסמכי השלל עצמם הם מקוריים, אותנטיים ואמינים, וכי הם צורפו לחוות הדעת יחד עם תרגומם. אילו חלקה הרש"פ על התרגום או על הפרשנות שניתנה למסמכים, היה עליה לציין זאת. ואולם, המומחה מטעם הרש"פ, ד"ר קליין, הסתפק באמירות כאלה ואחרות בניסיון להפריך את חוות הדעת של קופרווסר או להמעיט ממשקלה, מבלי להציב תזה נגדית מתחרה. גם הטענה לפיה קיימים מסמכי שלל נוספים שלא הוגשו, ואשר תוכנם סותר את ממצאי חוות הדעת, נטענה בעלמא וללא ביסוס. מסיבה זו, דומני כי יש לדחות את טענותיה של הרש"פ גם ביחס לדוח נווה, ככל שמדובר בציטוטים שהובאו ממסמכי השלל. לא זו אף זו: את טענותיה אלה מנועה הרש"פ ממילא מלהעלות, משום שהדוח הוגש בהסכמת בא-כוחה (פרוטוקול מיום 14.3.2011, עמוד 47).

76. מעורבות הרש"פ בטרור באה לידי ביטוי, על-פי חוות הדעת, הסקירות ומסמכי השלל, בשלושה מימדים מרכזיים. נפרט קמעא. הדברים ישימים גם לערעורה של משפחת המנוח בנושא הפיצויים העונשיים שנדון בו בהמשך:

א. המימד האידיאולוגי

77. בגדרו של המימד האידיאולוגי העניקה הרש"פ 'הכשר' לפעולות טרור, כמרכיב לגיטימי וחשוב במאבק נגד ישראל ובכך עודדה את השימוש בטרור כמכשיר לקידום מטרותיה (עמוד 3 לסקירה 688/0018). כך למשל, במכתבו מיום 6.2.2002 של מנהל "המודיעין הכללי" של הרש"פ במחוז טול כרם אל תאופיק טיראוי, העוסק בתשתית הטרור של פת"ח ותנזים באותו מחוז, נאמר כי פעולותיה של חוליית

המחבלים שביצעה את הפיגוע ביום 17.1.2002 בחגיגת בת-מצווה בחדרה הן "איכותיות ומוצלחות", וכי "אנשיה [של חוליה זאת] מקורבים אלינו [קרי – אל 'המודיעין הכללי'] ומקיימים עימנו תאום וקשרים תמידיים" (שם, בעמוד 9).

78. "גילוי דעת" שנשלח מלשכתו של יאסר ערפאת ביום 30.9.2001 לציון שנה לאינתיפאדת אל-אקצא מבהיר אף הוא את עמדתה החיובית והאוהדת של הרש"פ ביחס לטרור, ככלי חשוב להשגת יעדים לאומיים: "אינתיפאדת אל-אקצע המבורכת אשר עמנו מנהל אותה בשטחים המשוחררים והשטחים הכבושים... על מנת לבטא בזעמו את העושק ההיסטורי אשר נפל עלינו מאז תחילת ההיסטוריה בת זמננו... היום אין קול המתגבר על קולה של האינתיפאדה. היא תמשיך להיות אינתיפאדת העם האחד ופרץ הדם השותת האחד... היא תמשיך להיות אינתיפאדת זעם מתמשכת... אינתיפאדת עצמאות מתמשכת... אינתיפאדת דורי דורות שתימשך עד להגשמת חלומנו הלאומי הנעלה" (דו"ח נווה, לעיל בעמודים 11-12).

ב. המימד הכספי

79. בגדרו של המימד הכספי העניקה הרש"פ סיוע כספי שוטף, החיוני להפעלת תשתיות הטרור. מסמכים שנתפסו ברמאללה העידו כי הרש"פ שילבה פעילים של פת"ח וארגוני טרור אחרים במעמד של "מסופחים" ל"ביטחון הלאומי", כך שאלה קיבלו משכורות מאת הרש"פ והיו שייכים לסגל כוח האדם של הרש"פ, למרות שבפועל לא עבדו בה אלא הוצבו בסניפים מקומיים של ה"תנזים", "גדודי חללי אל-אקצא" וארגונים דומים אחרים (עמוד 3 למסמך אמ"ן מחקר מספר 688/0032 (להלן: "סקירה 688/0032"); דו"ח נווה, לעיל בעמוד 15). על-פי סקירת אמ"ן, המסמכים שנתפסו מוכיחים, כי "אין מדובר באנשי 'הרשות' שביצעו פעולות טרור באורח חריג, אלא במדיניות שיטתית ועקבית של שילוב פעילים המעורבים בעימות עם ישראל בתוך הביטחון הלאומי". זאת, גם כאשר ברור לדרגים הבכירים ביותר, כולל ערפאת עצמו, שהם מבצעים פעולות טרור נגד ישראל" (עמוד 7 לסקירה).

80. בקיץ שנת 2001 שולבו 500-800 אנשי מיליציות של פת"ח ברשימת מקבלי המשכורות של הרש"פ (עמוד 6 לסקירה 688/0032). בין השאר, סופח נאצר עויץ, מפקד "גדודי חללי אלאקצא" בשומרון ופעיל בתנזים-פת"ח, ב"ביטחון הלאומי", ובתקופה שקיבל משכורת מהרש"פ, הפעיל חוליות שביצעו מספר פיגועים, בהם נרצחו 17 ישראלים (עמוד 6 לסקירה). שני פעילי תנזים-פת"ח אחרים, אשר היו מסופחים ל"ביטחון הלאומי" בסניף רמאללה, רצחו ב-17.1.2001 את הנער אופיר רחום ז"ל, לאחר שפיתו אותו בשיחות באינטרנט להגיע לפגישה עם אישה פלסטינאית.

81. בדצמבר שנת 2001 פנתה הרש"פ אל ראשי התנזים והודיעה כי על המסופחים לחזור ל"ביטחון הלאומי" ולסיים את תפקידם בתנזים, אולם – "ניסיון זה לא שינה את המצב, כפי שניתן ללמוד מהתנהלות בשטח ומחקירות של עצורים שנתפסו במסגרת 'חומת מגן'" (עמוד 5 לסקירה 688/0032).

82. מסמכי השלל מצביעים עוד על כך שהרש"פ הקצתה מעת לעת סכומי כסף שונים לטובת פעילי טרור, על-פי בקשת הארגונים. אחת הדוגמאות לכך היא בקשתו של ראש תנועת פת"ח בטול-כרם, פאא'ק כנעאן – "להקצות סכום של 2000 דולר לכל אחד מהאחים הלוחמים הבאים". 6 מתוך 12 השמות המצויינים ברשימה, הם פעילי טרור, שהיו מעורבים בפיגועים בגזרת טול-כרם, חלקם אף בפיגועים קטלניים. על המכתב מופיעה הערה בכתב-ידו של ערפאת, נושאת תאריך 5.4.2001, לפיה – "יש להקצות סכום של 800 דולר לכל אחד מהם" (דוח נווה, לעיל בעמוד 19).

83. נוסף על האמור, דאג ערפאת להעביר לארגוני טרור כלי נשק. כך, בשנת 1995 ביקש ארגון "חזית המאבק העממי" מאת הרש"פ 30 רובי קלצ'ניקוב ו-15 אקדחים. על טופס הבקשה נכתב בכתב-ידו של ערפאת – "נא לאשר מן המשלוח החדש". בהמשך המסמך נכתב בכתב-יד אחר: "הפריטים המבוקשים אינם בנמצא אצלנו כעת, ואנו עודנו מחכים לקבלם מן הצד הישראלי". על המסמך מופיעה הערה נוספת בכתב-ידו של ערפאת, לידה מצויין התאריך 20.1.2001, ולפיה: "יש לספק הכל מיידית".

ג. המימד המעשי

84. המימד השלישי בו תמכה הרש"פ בארגוני הטרור הוא המימד המעשי, בגדרו סייעו מנגנוני הבטחון וה'מודיעין הכללי' של הרש"פ באופן ישיר ועקיף לתשתיות הטרור ולפעולות הטרור.

85. בכירים במנגנוני הבטחון של הרש"פ פעלו בשיתוף פעולה עם ארגוני הטרור וסייעו בהוצאתם לפועל של פיגועים. במסמך מפורט מיום 4.4.2002 מאת "המודיעין הכללי" של הרש"פ על אודות הנעשה בג'נין צויין כי ג'מיל סויטאת, סגן ראש "הביטחון המסכל" של הרש"פ בג'נין, וקצין נוסף ב"ביטחון המסכל" רוכשים אמצעי לחימה עבור הג'יהאד האיסלאמי והחמאס, והם המקור למרבית כלי הנשק המצויים ברשות הארגונים הללו (עמוד 7 לסקירה 688/0018). המסמך מוסיף ומתאר את שיתוף הפעולה המבצעי בין מנגנוני המודיעין ברש"פ לבין הג'יהאד האיסלאמי, שהוביל לפיגוע ירי שבוצע בעפולה ב-27.11.2001, כאשר אחד משני המחבלים שביצעו את הפיגוע היה איש "המודיעין הכללי" של הרש"פ, שגוייס על-ידי סויטאת.

86. דו"ח של "המודיעין הכללי" (שלא נשא תאריך, אך צורף למסמך אחר מיום 4.2.2002), דיווח כי "גדודי השיבה" מתכננים בימים הקרובים פיגוע בישראל, וכי "האחראי על המודיעין הצבאי [של הרשות] בשכם הוא זה שמכוון ומסייע לביצוע פעולה זו". בהמשך מתואר כי הלה אף פנה לסוחרי נשק בקבאטיה במטרה לרכוש רובה קלאצ'ניקוב לצורך הפעולה (עמוד 15 לסקירה 688/0018).

87. מסמך של ה"ביטחון הכללי" מיום 27.3.2002 דיווח על אירוע בגדרו עצר מחסום של צה"ל דרומית לרמאללה אמבולנס ובו מבוקש ואמצעי לחימה. בדיווח צויין כי נהג האמבולנס הודה בחקירתו כי אמצעי הלחימה הועברו לו על-ידי מחמוד טיטי, המשרת ב"ביטחון המסכל" של הרש"פ, תוך העלאת הטענה שמדובר בפברוק ישראלי. עם זאת, על המסמך צויינה הערה בכתב-יד, לפיה – "המידע מצביע על כך שמאחורי העניין עומד אל-טיטי מהביטחון המסכל" (עמוד 17 לסקירה 688/0018).

88. שיתוף הפעולה בין הרש"פ לבין ארגוני הטרור כלל גם אזהרת פעילי טרור המבוקשים על-ידי ישראל. במסמך מפורט של "המודיעין הכללי" מיום 4.4.2002 על אודות הנעשה בג'נין נאמר כי סגן ראש הביטחון המסכל בג'נין, ג'מאל סויטאת, נוהג לדווח לנציג מטעם הג'יהאד האיסלאמי – "אודות גלי המעצרים נגדם, מועדם ושמות המבוקשים" (עמוד 8 לסקירה 688/0018). במכתב אחר של "המודיעין הכללי" ממחוז טול-כרם מיום 21.5.2001 המופנה למנהל "המודיעין הכללי" במחוז רמאללה, מפורטים שמותיהם של 232 מבוקשים על-ידי ישראל, כאשר ליד שניים מהם צויין כי הם קשורים למנגנוני המודיעין, ולגביהם נכתב בכתב-יד: "נא להודיע לאחים ששם מוזכר לעיל לנקוט באמצעי זהירות". על מחשב שנתפס במהלך השתלטות צה"ל על מתחם ה"מוקטאעה" ברמאללה נמצא קובץ שכותרתו: "אנשים שיש להזהיר כשנמצאים מטוסים [באוויר]" ובו רשימת אנשים ומספרי הטלפון שלהם. ברשימה מופיעים, בין היתר, מרואן אל-ברע'ותי וט'אפר אל-רימאוי, שניהם פעילי טרור (עמוד 13 לסקירה 688/0018).

89. זאת ועוד. הרש"פ נמנעה מלסכל פיגועים חבלניים גם במקרים בהם ידעה על תכנונם. כך למשל, בדו"ח של "המודיעין הכללי" מיום 3.2.2002 נאמר – "הגיעו אלינו ידיעות מטול כרם אודות כך ש'גדודי חללי אל-אקצא', הזרוע הצבאית של ה-פת"ח, עוסקים בהכנות לביצוע פיגוע בתוך ישראל... האיש שעוזר להם, ואשר תפקידו להכין את המתאבד, מקורב אלינו ושימש בעבר כמקור...". הרש"פ נמנעה מלפעול לסיכול הפיגוע, ובסופו של דבר אכן בוצע הפיגוע במסגרת בת המצווה בחדרה כנזכר לעיל (עמוד 14 לסקירה).

90. בחזרה לענייננו. לדברי בית המשפט המחוזי – "ממסמכי השלל עולה, כי אין ספק באשר לעיסוקה המתמיד של הרש"פ בהטמעת האידיאולוגיה שעמדה מאחורי התפיסה האסטרטגית שלה, כי הטרור הוא לגיטימי להשגת היעד הלאומי הפלשתיני, ואין ספק, כי אידיאולוגיה זו חלחלה והוטמעה בקרב הצעירים, אשר ראו במימוש האידיאולוגיה משום מעשה נאצל ורצוי, מה עוד שהרשות טרחה להקנות להם את הידע המעשי בשימוש בנשק, כצעד ישיר מאותה אידיאולוגיה" (פסקה 54 לפסק הדין). תמיכתה של הרש"פ בטרור בתקופה שקדמה למחנות האימונים מחזקת אפוא את המסקנה כי במחנות מטעמה שהתקיימו בשיאה של האינתיפאדה, הועברו מסרים המעודדים טרור.

91. בית המשפט המחוזי קבע, כי – "הרש"פ לא עמדה בנטל המשני המוטל עליה לשמוט את הבסיס מתחת לראיות התובעים, ובמאזן ההסתברות שוכנעתי כי גרסת התובעים 'מסתברת יותר ומתקבלת יותר על הדעת מהגרסה שכנגד'" (פסקה 57 לפסק הדין). העדויות, המסמכים ושאר הראיות שהוגשו מטעם משפחת המנוח הטו כאמור את כפות המאזניים לטובת גרסתם-שלהם בדבר אימונו של הנער המחבל אצל הרש"פ לשם הריגת יהודים. בשלב זה עבר נטל הבאת הראיות לכתפי הרש"פ, שבחרה שלא להגיש דבר בנוגע למחנות האימונים והמסרים שהועברו במסגרתם. כיוון שכך, משלא עשתה לאיזון כפות המאזניים או להטייתם לצדה, לא עמדה הרש"פ בנטל הראיה המשני.

92. יתרה מכך. בענייננו חל כלל הידיעה המיוחדת, הקובע כי – "מקום שבו מוטל על תובע להוכיח עובדה המצויה בידיעתו הייחודית של הנתבע, לא תידרש מן התובע, בשלב הראשון, אלא כמות הוכחה קטנה עד שהנטל להוסיף ולהביא ראיות יוטל על שכמו של הנתבע" (ע"א 6205/98 אונגר נ' עופר, פ"ד נה(5) 71, 82 (2001); וכן: ע"א 1842/90 בר לב נ' רפפורט, פ"ד מח(5) 221, 230 (1994); קדמי, עמודים 1727-1728 והאסמכתאות המובאות שם). תכני מחנות האימונים שהופעלו על-ידי הרש"פ, מצויים בידיעתה המיוחדת, ומכאן שדי היה בראיות שהגישה משפחת המנוח, אף שלא עסקו בתכנים עצמם, כדי להעביר את נטל הבאת הראיות אל כתפי הרש"פ. בנקל יכולה היתה הרש"פ להביא ראיות לכך שהתכנים שהועברו במחנה היו "תמימים", אם אכן היו כאלה, אף לצד הכחשת קיומם של המחנות ביריחו בשנים הרלוונטיות, אם אכן לא התקיימו. עמדה לרש"פ האפשרות להביא ראיות בנוגע לתכניות הלימוד שהועברו במחנות דומים שהתקיימו באותה תקופה במקומות אחרים, שלא ביריחו, או לגבי התכנים שהועברו במחנות שהתקיימו ביריחו, גם לשיטתה, לפני שנת 2002. ואולם – "הרש"פ – מטעמים מובנים – נמנעה ממתן אינפורמציה כלשהי בהתייחס למחנה האימונים האמור... והסתפקה בהכחשת קיומו" (פסקה 55 לפסק הדין). כפועל יוצא מכך – "הוסתרו מידעת בית המשפט הפרטים הנוגעים לאימון המחבל, עובר לביצוע הרצח על ידו" (פסקה

53 לפסק הדין). זאת ועוד, זקיפת העמימות העובדתית האופפת את תכני מחנות האימונים לטובת הרש"פ משמעה כי חוטא יצא נשכר: הצד שנמנע מלשתף פעולה ולציית לצווי בית המשפט והוראותיו, יוצא כשידו על העליונה, ב'זכות' אי-שיתוף הפעולה מצדו. אין הצדקה לכך.

93. מסקנתו של בית המשפט המחוזי היתה, כי – "נכוונתה של הרש"פ ללמד נער בן 15.5 להשתמש בכלי נשק, על רקע התקופה בה עשתה כן, יצרה אצל המחבל הצעיר הבנה, כי מצופה ממנו לעשות מעשה ולממש את ידיעותיו בתחום תפעול כלי נשק. המחבל תרגם הבנה זו למעשה, וביצע את המצופה ממנו, כפי שלמד במחנה האימונים של הרש"פ. כלומר: גם אם לא הוכח באופן פוזיטיבי כי הרשות כללה במסגרת הידע שהנחילה למתאמנים במחנותיה, הנחיות ברורות לביצוע פיגועים כנגד מטרות ישראליות, הרי שעצם קיום המחנות ושיתוף הנערים בלימוד תיפעול כלי הנשק, כמוה כמתן הנחיות בפועל לביצוע פיגועים כאלו" (פסקה 57 לפסק הדין). הדברים מדברים בעד עצמם.

94. הנה כי כן, הוכח קשר סיבתי בין ההתרשלות (ולאמיתו של דבר, המעשה המכוון) מצד הרש"פ ובין הרצח שביצע המחבל. הרש"פ חבה חובת זהירות, כאמור, ובדין קבע בית המשפט המחוזי את אחריותה בנוזיקין, לנזקים שנגרמו למנוח ולמשפחתו.

הערעור ביחס לנזק ולהוצאות

95. ביחס לשיעור הנזק נטענו טיעוניה של הרש"פ באופן לקוני, ללא הרחבה או הסבר במה שגה לדעתה בית המשפט המחוזי בקביעותו השונות. אשר לחישוב הפסדי ההכנסה של המנוח, הראיות שהובאו ונותחו על-ידי בית המשפט המחוזי היו דווקא מטעם משפחת המנוח, אשר ניסתה לשרטט מסלול התקדמות של המנוח ב"בזק" והעלאה במשכורתו – ניסיון אשר נדחה על-ידי בית המשפט המחוזי, שהיה בדעה כי מדובר בספקולציה. בית המשפט המחוזי קבע, ונימק את קביעתו, כי יש לחשב את הפסדי ההכנסה של המנוח מיום הרצחו ועד יום מתן פסק הדין על-פי הכנסתו המוכחת בסך של 6,605 ₪. לא ראיתי סיבה להתערב בהכרעתו הנוספת של בית המשפט המחוזי, בהתייחס אל התקופה שמיום מתן פסק הדין ועד גיל 67, לפיה: "אין לי כל ספק, שבשלב מסוים היה המנוח משתכר לפחות בגובה השכר הממוצע במשק (אם בבזק או מחוצה לה)" (פסקה 67 לפסק הדין). מדובר בהכרעה עובדתית סבירה והגיונית, והרש"פ לא הביאה ולו בדל ראיה על מנת לפקפק בה.

96. בכל הנוגע לרכיבי אבדן פנסיה ואבדן קצבת זקנה, הרי שאלו נקבעו על-ידי בית המשפט המחוזי לאחר שהמשיבים כלל לא התייחסו לראש נזק זה בסיכומיהם (ראו

פסקאות 68-69 לפסק הדין). לפיכך מנועה הרש"פ מלהעלות טענות ביחס לקביעות הללו במסגרת הערעור. באשר לרכיבי הכאב והסבל וקיצור תוחלת החיים, בנסיבות העניין אינני מוצא מקום להתערב בסכום הכסף שפסק בית המשפט המחוזי בגינם.

97. טענת הרש"פ לפיה היה על בית המשפט המחוזי לקצוב מועד למשפחת המנוח להודיע על בחירתה באיזה ממסלולי הפיצוי – נדחית. על-פי סעיף 17(ב) לחוק התגמולים, חלים בענייננו הוראותיו של סעיף 36 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], תשי"ט-1959 (להלן: "חוק הנכים"). על-פי סעיף 36(א)(1), רשאי הנפגע לנקוט צעדים משפטיים כדי לזכות בתשלומים מאת המוסד לביטוח לאומי לפי חוק התגמולים וכן בפיצויים לפי החוק האחר (ובענייננו – פקודת הנזיקין), אך לא יגבה פיצויים לפי החוק האחר ותשלומים לפי חוק זה כאחד. על אף קיומן של גישות שונות בפסיקה ביחס לזכות הנפגע לנהל הליכים משפטיים מקבילים, קבע בית משפט זה בפסק דין שניתן בהרכב מורחב (ע"א 1162/96 וייס נ' מאק, פ"ד נג(2) 79 (להלן: "עניין וייס")) כי פרשנותו הראויה של סעיף זה היא זו המקלה עם הנפגע:

"יש להעדיף את הפרשנות המקלה עם הנכה... יש לראות את מרכז הכובד של ההסדר בהוראת סעיף 36(א)(1) לחוק הנכים, המבחינה במפורש בין ניהול תביעות לבין גביית פיצויים: הנכה זכאי לנקוט צעדים משפטיים כדי לזכות בשתי העילות, אך נמנע ממנו לגבות בפועל פיצויים על-פי שתי העילות... התוצאה המשפטית היא, כי מעמדו של הנכה – הזכאי, מלכתחילה, להגיש את שתי התביעות – אינו משתנה עם קבלת תגמולים. כלומר, אם הגיש מלכתחילה שתי תביעות, הוא רשאי להמשיך ולנהל את תביעת הנזיקין נגד המזיק עד לסיומה; אם תחילה פנה לקבלת תגמולים, הוא עדיין רשאי לפתוח בתביעה נגד המזיק ולנהלה עד לסיומה. מה שנמנע ממנו – עד למילוי של דרישות 36(א)(5) לחוק – הוא קבלת פיצויים כלשהם מאת המזיק. חובת הימנעות זו מלווית באיום בסנקציה הקבועה בסעיף 36(א)(7) לחוק. ואכן, אין מקום להרע את מצבו של נכה, אשר מלכתחילה יכול היה להגיש שתי תביעות, כאשר בחר לתבוע תחילה לפי חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה ורק לאחר מכן ביקש לתבוע את המזיק" (שם, 92, שהדגשות שלי – נ' ס').

98. בהמשך פסק הדין הובהר, כי פרשנות זו שומרת ביתר תוקף על זכויותיו של הנפגע לקבלת פיצוי מלא על נזקיו, וחוסכת שורה של בעיות מהותיות וקשיים דיוניים אשר היו עלולים לחסום את דרכו לקבלת מלוא הפיצוי. לפיכך, כך נקבע, עולה פרשנות זו בקנה אחד גם עם זכויותיו היסודיות של הניזוק לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (שם, 92-95). נוכח הלכה פסוקה זו, אינני רואה הצדקה לקבל את טענת הרש"פ לפיה על בית המשפט המחוזי לקצוב מועד למשפחת המנוח לבחירת מסלול הפיצוי, בטרם

נקבעו סופית זכויותיה בפסק דין חלוט. קבלת הטענה משמעה החזרת הנפגע למצב בו ימנע ממנו למצות עד תום את זכויותיו הנזיקיות, וזאת מחשש שמא יתקבל הערעור ואזי יצא קרח מכאן ומכאן. כפי שנאמר בעניין וייס הנ"ל, הניזוק רשאי "לפתוח בתביעה נגד המזיק ולנהלה עד לסיומה" – קרי, עד לפסק דין חלוט.

99. אשר לטענותיה של הרש"פ נגד ההוראה על תשלום שכר טרחת עו"ד והוצאות משפט עוד בטרם שולם פסק הדין, גם אלו דינן להידחות. אין מדובר, כעמדת הרש"פ, בתשלום שבמהותו הוא חלק מפסיקת הפיצוי הנזיקי, אלא בהחזר הוצאותיה של משפחת המנוח בגין ניהול המשפט שבסופו זכתה בדין. גבי דידי, החזר הוצאות זה גם איננו נכלל בגדר "פיצויים על נזקים אזרחיים", כנוסח ההגדרה שבסעיף 36 לחוק הנכים, ולניזוק תעמוד הזכות לקבלו גם אם יחליט בסופו של דבר לבחור במסלול התגמולים ולא במסלול הנזיקי. גם בסוגיה זו, עלולה פרשנות אחרת להעמיד את הנפגע בחסרון כיס, ולהכביד עליו בנקיטת בהליכים משפטיים למיצוי זכויותיו, ואין להסכין עם תוצאה כזו. בנסיבות ענייננו בפרט, אין זה ראוי כי משפחת המנוח, אשר ניהלה הליכים משפטיים ממושכים נגד מספר נתבעים במשך שנים ארוכות, תצא נפסדת מעצם ניהול המשפט לאחר שזכתה בו, וזאת בלי קשר למסלול הפיצוי שתבחר בו בסופו של דבר.

100. על סמך האמור לעיל, מסקנתי היא כי יש לדחות את ערעורה של הרש"פ (ע"א 3189/13) על כל חלקיו, וכך אציע לחברי כי נעשה. אפנה עתה לבחון את ערעורה של משפחת המנוח (ע"א 2144/13) על החלטת בית המשפט המחוזי שלא לפסוק לזכותה פיצויים עונשיים.

עיקרי טענות הצדדים בע"א 2144/13 – פיצויים עונשיים

101. משפחת המנוח טוענת, כי "נוכח קביעותיו העובדתיות ומסקנותיו של כב' ביהמ"ש קמא, הרי שהיה עליו להשית על המשיבות פיצויים עונשיים בסכום המפורט בכתב התביעה" (פסקה 10 לסיכומים). לטענתה – "אי הטלת פיצוי עונשי שעה שהמחבל הודה כי אומן ע"י המשיבה 1, ובנסיבות בהן קבע ביהמ"ש כי קיימת אחריות ישירה של המשיבות לרצח, מנוגד לרציונל העומד בבסיס הפיצויים העונשיים כפקטור הרתעתי" (שם בפסקה 31). באת-כוח משפחת המנוח מדגישה את החשיבות שבהטלת פיצויים עונשיים בעניין דנן, ולדבריה – "פיצוי עונשי מקסימלי עשוי להציל את קורבנות הטרור הבאים" (שם בפסקה 33).

102. משפחת המנוח מוסיפה וטוענת כי עמדתו של המחוקק בנוגע לפסיקת פיצויים עונשיים לנפגעי טרור באה לידי ביטוי בתיקון מס' 2 התשע"ב-2012 לתקנות בתי

המשפט (אגרות), התשס"ז-2007, אשר קבע פטור מתשלום אגרה בתביעת פיצויים עונשיים בסכום של עד 20 מיליון ₪. עוד טענה כי בתי המשפט בישראל פסקו במהלך השנים פיצויים עונשיים – "במקרים המהווים קל וחומר לעומת הטרגדיה נשוא ערעור זה" (פסקה 41 לסיכומים). בתי המשפט בארצות הברית פסקו פיצויים עונשיים בסכומי כסף של מאות מיליוני דולרים לישראלים נפגעי טרור בעלי אזרחות אמריקנית, ו"דמם של יהודים נושאי דרכונים זרים שנרצחו בישראל אינו סמוק יותר משל המנוח" (שם, בפסקה 46).

103. מנגד טוענת הרש"פ, בהתאם לטענותיה בערעור הנ"ל שהוגש מטעמה (ע"א 3189/13), כי לקביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי "אין כל בסיס" (פסקה 3 לסיכומים). אך גם בהנחה שקביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא בנוגע לאימון המחבל על ידי הרש"פ וקביעותיו לגבי קשר סיבתי... יוותרו על כנן, גם אז אין כל מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא לפיה לא הוטלו פיצויים עונשיים ואין כל בסיס לדרישתם של המערערים לחיוב שכזה" (שם, בפסקה 7).

104. לטענת בא-כוח הרש"פ, משפחת המנוח מתייחסת לפסק הדין של בית המשפט המחוזי באופן שגוי ותולה בו קביעות שאינן נמצאות בו. בא-כוח הרש"פ הפנה לדברי בית המשפט המחוזי, לפיהם "לא הוכחו התכנים שהועברו לחניכים במחנה האימונים של הרש"פ ביריחו, ועל כן אינני יכולה לקבוע בוודאות, כי המחבל אומן על ידי הרש"פ 'לרצוח בכלל ויהודים בפרט'" (פסקה 55 לפסק הדין).

105. בא-כוח הרש"פ הדגיש, כי "אין בפסק הדין קביעה פוזיטיבית כי התקיימו יסודותיה של עוולת הרשלנות או עוולה אחרת ביחס למעשיה ו/או מחדליה של הרש"פ" (פסקה 22 לסיכומים), ו"ממילא גם אין בפסק הדין כל קביעה כי בעצם העברת קורס במחנה אימונים התקיים אצל הרש"פ יסוד נפשי של זדון או כוונה" (שם, בפסקה 23), ואף לא "מעין כוונה" (שם, בפסקה 32). מכאן שהעניין דנן אינו נמנה על המצבים החריגים והמעטים שבהם קיימת הצדקה להטלת פיצויים עונשיים. לשיטת הרש"פ – "כאשר נקבע מפורשות בפסק הדין כי לא הוכח כי המחבל נשלח לביצוע הפיגוע הספציפי ולא הוכח כי הרש"פ יזמה את הפיגוע הספציפי – נשמט ניסיון התובעים לייחס לרש"פ זדון או כוונה" (שם, בפסקה 33). האחריות הנזיקית שהטיל בית המשפט המחוזי על הרש"פ, היא "מעין 'אחריות מרוחקת'" (שם, בפסקה 35), אשר אין בה די לשם הטלת פיצויים עונשיים.

106. לשיטתה של הרש"פ, פסקי הדין שאליהם הפנתה משפחת המנוח, מהארץ ומארצות הברית, תוארו באופן שאינו מדויק, ומכל מקום, אין ניתן ללמוד מהם כי יש לפסוק בעניין דגן פיצוי עונשי. הרש"פ הוסיפה כי הפיגוע העומד במרכזה של התביעה הוא חלק מ"ארועים שהתרחשו במסגרת הסכסוך שבין שני הצדדים", ומכאן שאין זה ראוי להשית על הרש"פ פיצויים עונשיים – "שכן לצעד זה מתלווה בהכרח אמירה מדינית של הענשת צד אחד לסכסוך את הצד השני – שלא במסגרת בילטרלית, אלא במסגרת אימוץ לא ראוי מצד אחד הצדדים של תביעה אזרחית של הפרט" (פסקה 37 לסיכומים).

דיון והכרעה

פיצויים עונשיים – רקע כללי

107. פיצויים עונשיים, המכונים גם "פיצויים לדוגמא", הם פיצויים המטילים על המזיק חובה לשלם לניזוק סכום כסף בשיעור גבוה מזה שבו הוערכו נזקיו, ואף יכול לעלות בשיעורו על סכום הנזקים פי כמה וכמה. הפיצויים העונשיים מציבים למעשה את הניזוק במקום טוב יותר במוכן הכספי מהמקום שבו היה לפני קרות הנזק, ובכך חורגים מהשיטה הנזיקית המקובלת בשגרה – השבת מצב הניזוק לקדמותו – שבה נועד הפיצוי להעמיד את הניזוק במצב שבו היה נמצא אלמלא נגרם הנזק, ולא מעבר לכך (ראו למשל: יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הניזקין – תורת הניזקין הכללית כרך שלישי 579 (מהדורה שניה, גד טדסקי עורך, 1976) (להלן: "דיני הניזקין – תורת הניזקין הכללית")). כלשונו של המשנה לנשיאה דאז, א' ריבלין: "הפיצויים העונשיים אינם שיקוף של הנזק שנגרם, אלא של התנהגות המזיק. לא השפעתם על הניזוק היא העיקר, כי אם השפעתם על המזיק" (ע"א 4576/08 בן צבי נ' היס, פסקה 35 (7.7.2011) (להלן: "עניין בן צבי")); ראו גם בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 36 לפסק דינו של השופט י' עמית (15.4.2015) (להלן: "עניין אבנרי")).

מטרות הפיצויים העונשיים

108. מקובל לומר כי מטרותיהם העיקריות של הפיצויים העונשיים הן – ענישה והרתעה (ראו: ע"א 140/00 עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486, פסקה 74 (2004) (להלן: "עניין אטינגר")); עניין בן צבי, פסקה 35; ע"א 9656/03 עזבון מרציאנו נ' זינגר, פסקה לד(1) (11.4.2005) (להלן: "עניין עזבון מרציאנו")); אור קרסין "הדוקטרינה של פיצויים עונשיים במשפט הישראלי – בחינה מחודשת" מחקרי משפט כט 571, 576-577 (2014) והאסמכתאות המצויינות שם (להלן: "קרסין"). נסקור להלן את ההצדקות והשיקולים הניצבים בבסיס המטרות הללו.

א. ענישה – גמול

109. על-פי ההצדקה הגמולית, נועד הפיצוי העונשי להטיל על המזיק סנקציה ההולמת את חומרתה המוסרית יוצאת הדופן של התנהגותו. דרגת אי-המוסריות של הפעולה העוולתית נגזרת בין היתר מהיסוד הנפשי שאפיין את המזיק ומידת האוטונומיה שהיתה לו בעת ביצוע המעשים: עוולה שבוצעה מתוך בחירה, קל וחומר מתוך זדון וכוונה לגרום נזק, חמורה מבחינה מוסרית ומצדיקה תגובה הולמת (ראו: יהודה אדר התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2003) (להלן: "אדר"; Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman & David Schkade, *Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)*, 107 YALE L.J. 2071, 2086 (1998)). בנוסף, על-פי תפיסת הגמול, התנהגות עוולתית מחפירה המביעה זלזול בזכויות היסוד של הניזוק משקפת עליונות של המזיק על פני הניזוק ויוצרת חוסר-שוויון ביניהם. מטרת הענישה, על-פי גישה גמולית זו, היא לבטל את עליונותו של המזיק ולהחזיר אל בין הצדדים את השוויון (קרסין, לעיל בעמוד 580; Jean Hampton, *Correction Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution*, 39 UCLA L. REV. 177 (2006)). תפקידו של הפיצוי העונשי, על-פי גישה זו, הוא להלום את חומרת מעשיו של המזיק, ולתקן את חוסר השוויון שנוצר בין הצדדים תוך עיגון מעמדו של הניזוק מחדש (שם).

110. שאלת מעמדם של שיקולי הגמול בדיני הנזיקין נתונה במחלוקת. מחד גיסא, יש הסבורים כי שאלת האחריות הנזיקית אינה צריכה להיות מושפעת משיקולי גמול, ואילו אינם לגיטימיים בדיני הנזיקין (JULES COLEMAN, RISKS AND WRONGS 220-) (1992) 226). מאידך גיסא, קיימות גישות הרואות בשיקולי הגמול שיקולים ראויים של הגינות, אשר יש להתחשב בהם גם במסגרת דיני הנזיקין (Jeremy Waldron, *Moments of Carelessness and Massive Loss*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATION OF TORT LAW 387, 389-391 (David G. Owen ed., 1995)).

111. לפי שיטתו של פרופ' ישראל גלעד – "אפקט מתגמל, שלילי וחיובי כאחד, מובנה בפעילותם ה'רגילה' של דיני הנזיקין. כאשר דיני הנזיקין מטילים אחריות וחובת פיצויים בשל נזק שגרמה התנהגות שאינה ראויה, יש בכך לא רק כדי לתקן נזק שגרמה התנהגות זו, להרתיע מפניה בעתיד ולתרום לחינוכם של המזיק ושל הציבור להתנהגות ראויה, אלא גם כדי להעניש את המתנהג על התנהגות זו ולשלול מהחוטא את פרות חטאו. ובמקביל לזה, בהחלטה שלא להטיל אחריות בשל נזק שגרמה התנהגות ראויה, או בהחלטה לפצות את מי שסבל נזק עקב התנהגות ראויה, יש לא רק מסר של עידוד התנהגות שכזו בעתיד אלא גם גמול חיובי על התנהגות זו. הענישה, שלילת שכר מחוטא והגמול החיובי הם אפוא לעיתים

קרובות תוצר לוואי של השימוש ה'רגיל' בדיני נזיקין לצורך הכוונת התנהגויות ותיקון נזקים שנגרמו מהתנהגות בלתי ראויה" (ישראל גלעד, דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א 220-221 (2012) (להלן: "גלעד"). אשר על כן, לגישתו – "אין לשלול עקרונית שימוש בדיני הנזיקין לצורך גמול טהור – ענישה, שלילת שכר מחוטא וגמול חיובי – ואפשר אף לראות בגמול (retribution) סוג של צדק המשמש לצד שיקולי הצדק המחלק והצדק המתקן" (שם, בעמוד 224). יודגש עם זאת, כי גם לפי גישתו של פרופ' גלעד, השימוש בשיקולי ענישה וגמול יעשה – "בזהירות ובמידה, שהרי הענישה והגמול החיובי אינם מצויים בתחומי ה'התמחות' של דיני הנזיקין ואינם נמנים עם מטרותיהם העיקריות, מה גם שההליך הנזיקי אינו מותאם במיוחד לכך" (שם, בעמוד 224; וכן: קרסין, בעמוד 584).

ב. ענישה – מסר חברתי

112. מטרה עונשית נוספת של הפיצויים העונשיים היא מסר חברתי שנועד לבטא את הסלידה מן המעשה הנפשע (ראו: קרסין, בעמודים 580-584; דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, בעמוד 579; דב לוין "גוזרים את הדין" המשפט א 185, 186-188 (תשנ"ג)). הטלת פיצוי נזיקי רגיל שעניינו בפיצוי בגין הנזק ותו לא, מעבירה מסר לפיו הבחירה אם לבצע את העוולה (ולשלם את נזקה) אם לאו, מצויה בידו של המזיק, והיא נעדרת אמירה חברתית בנוגע לאותה התנהגות. פיצויים עונשיים, לעומת זאת, המטילים על המזיק תשלום כספי כבד, העולה בשיעורו על הנזק שגרם, מעבירים מסר של גינוי כלפי ההתנהגות ומביעים סלידה ממנה. הטענה היא אפוא כי במצבים המתאימים שבהם בוצעו מעשים חמורים וקשים – בין אם מבחינת נסיבות ביצועם, בין אם מבחינת היסוד הנפשי שנלווה אליהם – ראוי להשית פיצויים עונשיים אשר יעבירו מסר חד-משמעי השולל את המעשים הללו מכל וכל.

113. השימוש בדיני הנזיקין לשם העברת מסר חברתי וכדי להשפיע על מדיניות חברתית, אינו חריג בשיטתנו המשפטית. בע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (פ"ד סא(3) 310 (2006)) נקבע כי אין לפסוק פיצוי בגין מימון שירותי ליווי לאדם שתפקודו המיני נפגע, אף אילו היה מוכח כי הדבר ישפר את מצבו, משום שהדבר מנוגד ל"תקנת הציבור" ולערכי החברה. באותו עניין אמר המשנה לנשיאה א' ריבלין: "עקרון השבת המצב לקדמותו אינו עומד בדד ואינו פועל בחלל ריק. השבת המצב לקדמותו אינה יכולה להיעשות – ולא ראוי לה שתיעשה – במנותק מן החברה שבה שורר אותו 'מצב' ומן העקרונות הכלליים המקובלים בה. לא כל 'מצב' ניתן להשבה ולא כל 'מצב' ראוי להשבה" (שם, בפסקה 21).

114. דוגמה נוספת ומובהקת לכך נמצאת בחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, אשר מטיל אחריות נזיקית על הטרדה מינית של אדם ופגיעה בכבודו. מטרתו של החוק היא – "לאסור הטרדה מינית כדי להגן על כבודו של אדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם שוויון בין המינים" (סעיף 1) וכן "להגביר את המודעות הציבורית לחומרת התופעה של הטרדה מינית, תוך חינוכו של הציבור הרחב לכיבוד הזולת" (דברי ההסבר להצעת חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון – נקיטת אמצעים למניעת הטרדה מינית במקומות ציבוריים), התשע"ו–2015 (הונחה על שולחן הכנסת ביום י"א בכסלו התשע"ו – 23.11.2015)). החוק למניעת הטרדה מינית וחוקים נוספים (ראו: חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א–2000) עושים שימוש בדיני הנזיקין ככלי להטמעת ערכי השוויון ולהגנה על קבוצות מיעוט.

ג. הרתעה

115. מטרה נוספת ביסוד הפיצויים העונשיים היא הרתעה. על-פי הגישה הכלכלית למשפט, תפקידם של דיני הנזיקין הוא ליצור "הרתעה יעילה"; מחד גיסא היא מונעת סיכונים הפוגעים ברווחה החברתית, ומאידך גיסא אינה מונעת התנהגויות המשפרות את הרווחה החברתית. תפקידו של הפיצוי הנזיקי בגישה הכלכלית למשפט הוא לתמרץ את המזיק הפוטנציאלי להתנהג באופן יעיל יותר, באמצעות הרתעתו מפני התנהגות שאינה יעילה. על המזיק להפנים את ההחצנות השליליות של פעילותו (internalization of negative externalities), כלומר את העלות החברתית הנגרמת מחמת הסיכון שפעילותו יוצרת, וכך מובטח כי יבצע את הפעילות רק במידה שהרווח ממנה עולה בשיעורו על הנזק שהיא גורמת, וכן כי ינקוט באמצעים היעילים ביותר להפחתת הסיכון (ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנזיקין" משפטים כב 421, 454-457 (תשנ"ג); גלעד, עמודים 113-114). ההנחה היא כי כאשר מזיק פוטנציאלי יודע כי יחוייב בנזק שייגרם מחמת התנהגותו, הוא יבצע את ההתנהגות רק במידה שהרווחה הנובעת ממנה עולה על הנזק שהיא גורמת. בכך מובטח לכאורה כי תבוצענה רק פעולות יעילות, תוך נקיטת אמצעי זהירות שונים (כתלות בכלל האחריות הנזיקי) אשר יפחיתו את הסיכוי לגרימת נזק. הרתעה יעילה תתקיים, לפי הגישה הכלכלית, כאשר המזיק הפוטנציאלי יודע שישלם את שווי הנזק שיצר – לא יותר ולא פחות (A. Mitcel Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: an Economic Analysis* 111 Harv. L. Rev. 869, 873 (1998) (להלן: Polinsky & Shavell)).

116. הצורך בפיצוי עונשי, שמטיל על המזיק חובה לשלם סכום כסף העולה על שיעור הנזק בא לידי ביטוי בכמה מצבים, בהם אין די בפיצוי הרגיל כדי להביא להפנמת מלוא הנזק על-ידי המזיק, ואין בו די כדי להרתיעו מביצוע הפעולה: המשותף למצבים אלו הוא רמת הסיכון הנמוכה שאותה רואה המזיק לנגד עיניו. כזהו המזיק שגורם לנזקים רבים אך נתפס רק בחלק קטן מהארועים כאחראי בנזיקין, ומשלם למעשה רק על חלק קטן מהנזקים שגרם. בנסיבות אלה, הידיעה שסיכויי תפיסתו קטנים, תגרום למזיק הפוטנציאלי להמשיך לבצע את ההתנהגות המזיקה, אף אם היא פוגעת ברווחה החברתית, ויתקיים מצב של "הרתעת חסר". מצב כזה יכול להתרחש כאשר חלק גדול מהניזוקים נמנע מלהגיש תביעה בשל מגוון סיבות, בכללן – קשיי הוכחה לביסוס קשר סיבתי; עמימות באשר לזהות המזיק, ועלויות משפט גבוהות לעומת פיצוי בשיעור נמוך יחסית שניתן בגין נזקים מהסוג ממנו סובל הניזוק (שם, בעמוד 888). בנסיבות אלה, על מנת להביא לכך שהמזיק יפנים את מלוא הנזק שיצר וימנע מעשיית פעולות שפוגעות ברווחה החברתית, יש להטיל עליו תשלום המשקף את מלוא הנזק הנובע מפעילותו, ולא רק את הנזק שנגרם לתובע היחיד. תפקידם של הפיצויים העונשיים, על-פי גישה זו, הוא להביא להטלת מלוא הנזק על המזיק, לרבות זה שנגרם לניזוקים שלא הגישו תביעה (שם, בעמוד 889; Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 YALE L. J. 347 (2003) (להלן: Sharkey); Michael J. Legg, *Economic Guidelines for Awarding Exemplary Damages*, 30 Monash University L.R., 303, 309 (2004) (להלן: Legg); Catherine M. Sharkey, *Economic Analysis of Punitive Damages – Theory, Empirics and Doctrine*, in RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF TORTS 486 (Jennifer Arlen ed., 2013). ודוק: הדגש ההרתעתית הוא ביחס לפעילותו של המזיק, ולמאזן עלות-תועלת שבבסיס פעילותו, מאזן אשר אותו מיועד הפיצוי העונשי לשנות. לפיכך, אין נפקא מינה לאיתנות הכלכלית של המזיק, או לפערים הכלכליים בינו לבין הניזוק, שכן אלו כשלעצמם אינם משפיעים על ערכה הכלכלי של הפעילות הנדונה (Legg, 311-312).

117. הצדקה הרתעתית נוספת מבית מדרשו של הניתוח הכלכלי, שהוצגה במאמרם הנ"ל של Polinsky & Shavell באה לידי ביטוי במצבים שבהם התנהגותו של המזיק אינה מועילה כלל לרווחה החברתית. כאשר המעשה בגדרו ביצע המזיק את העוולה הוא יעיל כשלעצמו, למשל במצבים של רשלנות רפואית, קיים חשש כי הטלת פיצויים עונשיים בשיעורים ניכרים, תוביל להרתעת-יתר כלפי רופאים, וזו תגרום לבזבוז הוצאות בקרה שאינן יעילות ואולי אף להפסקת הפעילות היעילה בכלל (כגון ניתוחים מסויימים). בניגוד לכך, ישנן התנהגויות שאינן מוסיפות דבר לרווחה החברתית, אלא

גורמות נזק בלבד. כלפי התנהגויות אלה לא עולה החשש מפני הרתעת-יתר, אדרבה: החברה מעוניינת להרתיע את המזיק באופן מקסימאלי כדי שיימנע כליל מביצוע המעשה. כך למשל כאשר מדובר במזיק שתקף את הניזוק במכוון, לשם הנאה מעצם התקיפה וגרימת הסבל לניזוק (Polinsky & Shavell, לעיל בעמודים 908-910). למרות שהנאה אנטי-חברתית שכזו נחשבת כדבר שאינו מוסיף לרווחה החברתית כל מאומה, במקרים בהם הנאתו המעוותת של המזיק מסבלו של הניזוק עולה על סכום הנזק, חיוב המזיק בתשלום הנזק בלבד, יביא לכך שהמזיק לא ירתע מביצוע המעשה. הטלת פיצויים עונשיים בשיעור העולה על הנזק באופן משמעותי, לעומת זאת, תוביל להרתעה מפני ההתנהגות הבזויה ובכך תסייע למניעתה. יצוין כי המחברים הנ"ל הגבילו את הטיעון למזיקים בודדים, להבדיל מתאגידים, בשל ההנחה שמטרת פעולתם של תאגידים היא רווח כלכלי, ולא גרימת סבל לאחר (שם, בעמוד 910).

118. ההרתעה היעילה הוכרה במשפטנו כאחת ממטרות דיני הנזיקין, לצד מטרות אחרות. בעניין אטינגר אמר בית משפט זה: "מקובל לומר, כי לדיני הנזיקין מטרה נוספת, השוכנת לצד תכלית הצדק – והיא ההרתעה היעילה..." (שם, בעמוד 515). התכלית ההרתעתית של דיני הנזיקין שבה והוזכרה בפסיקה פעמים רבות (ראו: ע"א 8133/03 יצחק נ' לוטם שיווק בע"מ, פ"ד נט(3) 66, 75-76 (2004); ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פסקה 41 (27.9.2005); גלעד, לעיל בעמוד 297 והאסמכתאות המובאות שם; אריאל פורת נזיקין כרך א 85 (2013); קרטין, עמודים 589-590). אחת הדוגמאות ליישום הגישה הכלכלית במשפטנו היא השימוש ב'נוסחת הנד', המאפיינת התנהגות כרשלנית כאשר זו יוצרת סיכון שעלותו גבוהה מעלות מניעתו באמצעות התנהגות חלופית: LP (שיעור הנזק כפול הסיכוי להתרחשותו) $B <$ (עלות מניעתו באמצעות התנהגות חלופית) (ראו למשל: Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. LEGAL STUD. 29 (1972)). נוסחת הנד אומצה במשפטנו כאחד הפרמטרים לקיומה של התרשלות (ראו למשל: דברי השופטת ד' דורנר בע"א 434/94 ברמן נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205, 211-212, 217 (1997); וכן בע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102, 107-108 (1995); דברי השופטת א' חיות בע"א 2106/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פסקה 47 (25.5.2006); גלעד, בעמודים 298-299 והאסמכתאות הרבות המובאות שם; רונן פרי "יסוד ההתרשלות בעוולת הרשלנות: תיאוריה פוזיטיבית וביקורת נורמטיבית" משפטים לח 351, 353-354 (2008); אולם ראו את ביקורתו של גלעד, עמודים 306-311, לפיה אימוץ נוסחת הנד בפסיקה נעשה באופן מסוייג וחלקי בלבד). למרות שהפסיקה אינה רואה את השאת היעילות כמטרתם הבלעדית של דיני הנזיקין, אין ספק כי לצד מטרות אחרות, נתפסת היעילות כמטרה לגיטימית וחשובה של דיני הנזיקין.

T. מטרת נוספות

119. יש שייחסו לפיצויים העונשיים תפקידים נוספים, ביניהם שמירה על הסדר הציבורי – וזאת באמצעות ריצוי רגשות הנקם העזים של הניזוקים (ראו: Dorsey D. Ellis, Jr., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, 56 S. CAL. L. REV. 1, 3 (1982); תמריץ לאכיפה פרטית של הדין – על-ידי פיצוי בשיעור גבוה המהווה תמריץ לניזוק לתבוע את נזקיו (שם, בעמוד 10); פיצוי הפרט – על ראשי נזק שאינם בני פיצוי במסגרת הדין הנוהג, וכן החזר מלא של עלויות תביעה ושכר טרחת עורך-דין (שם, בעמוד 11)).

ביקורת על הפיצויים העונשיים

120. מוסד הפיצויים העונשיים עורר במשך שנים מחלוקות רבות, חלקן חריפות, בקרב מלומדים ושופטים ברחבי העולם (ראו אדד, בעמוד כ"ד למבוא, והאסמכתאות המובאות שם).

121. נגד הפיצויים העונשיים נטען כי אין מקום להטיל על מזיק פיצויים שביסודם מונחים שיקולי ענישה וגמול, שכן שיקולים אלו 'זרים' לדיני הנזיקין המסורתיים ואינם עולים בקנה אחד עם (אליקים רובינשטיין "פיצויים עונשיים – מבט מכס המשפט" ספר אור – מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 97, 103 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013)) (להלן: "רובינשטיין"). טענה נוספת היא כי הטשטוש שיוצרים הפיצויים העונשיים בין דיני הנזיקין לבין דיני העונשין אינו ראוי, בין היתר, מכיוון שהם מחדירים נורמות פליליות במהותן לדין האזרחי, החף מכללי הראיות והפרוצדורה שבפלילים, שיש בכוחם לאזן נורמות פליליות אלו (ראו: קרסין, לעיל בעמוד 585 והאסמכתאות שם). ביקורת אחרת גורסת כי אין כל צידוק ל"מתת השמיים" (windfall) אשר לה זוכה הניזוק, בקבלת הפיצוי העונשי בשיעור גבוה בהרבה מכפי נזקו (ראו: עניין אטינגר, פסקה 75).

122. מאידך גיסא נטען כי הגבול בין המשפט הפלילי לבין דיני הנזיקין אינו כה חד בלאו הכי (עניין אטינגר, עמוד 563 והאסמכתאות המובאות שם; קרסין, לעיל בעמודים 585-586) וכי אין לשלול עקרונית שימוש בדיני הנזיקין לצורך ענישה במצבים המתאימים (גלעד, לעיל בעמוד 224; קרסין, לעיל בעמוד 584), בייחוד מקום בו קצרה ידו של המשפט הפלילי מלהושיע (עניין אטינגר, פסקה 75; רובינשטיין, לעיל בעמוד 103). בתשובה לטענה לפיה אין זה ראוי להעניש בלא כללי פרוצדורה וראיות מאזנים נאמר כי הפיצויים העונשיים, בשונה מהדין הפלילי, אינם מסכנים את המזיק בשלילת

חירותו, אלא בגריעה מכספו גרידא. לא בדיני נפשות עסקינן, אלא "רק" בדיני ממונות. בנוסף, חלק מן ההגנות הפרוצדוראליות במשפט הפלילי נועדו לאזן בין גורמי האכיפה לבין הנאשם, כשהוא עומד בכדידותו אל מול עוצמתם-שלהם, ואילו כתביעה נזיקית הצדדים הם בעלי מעמד שווה, ואין לתובע יתרון על פני הנתבע (קרסין, לעיל בעמוד Mark Glanter & David Luban, *Poetic Justice: Punitive Damages and* ;585 (1993) 42 AM U. L. REV. 1393, 1426). אשר ל"מתת השמיים", נאמר כי "הניזוק, שטרח וקידם את האינטרס הציבורי הטמון בפטיקת הפיצויים העונשיים, הוא המתאים ביותר לקבלתם" (עניין אטינגר, בעמוד 564) וזאת בהתבסס על אמירה מפורסמת של הלורד דיפלוק: "He can only profit from the windfall if the wind is blowing his way" (Broome v. Cassell [1972] 1 All E.R. 801).

פיצויים עונשיים במשפט האנגלי

123. במשפט האנגלי מקובל היה בעבר לפסוק פיצויים עונשיים במקרים בהם פעל המזיק באופן שערורייתי, ברשעות, מתוך כוונה רעה או רצון לפגוע בניזוק (ראו: Andrew Tettenborn, *Punitive Damages: A View from England*, 41 SAN DIEGO L. REV. 1551, 1553 (2004)). כך למשל, הוטלו פיצויים עונשיים בגין הסגת גבול (Wilkes v. Wood, 98 Eng. Rep. 489, 198-199), תקיפה (Loudon V. Ryder) [1953] 2 Q.B. 202 ועוד.

124. בשנת 1963 ניתן פסק הדין בעניין Rookes v. Barnard ([1964] A.C. 1129) (H.L.) אשר שינה את פני הדברים. הלורד דבלין ציין כי פיצויים עונשיים הם אנומליה לדיני הנזיקין וכי הטלתם מעלה קשיים לא מבוטלים. על כן, לא תהיה לבית המשפט סמכות לפסוק פיצויים עונשיים אלא אם קיימת הוראת חוק מפורשת המאפשרת את פסיקתם, או באחד משני המצבים הבאים: הראשון, כאשר המזיק הוא עובד מדינה או רשות ממשלתית, הפועלים באופן פוגעני, שרירותי או בלתי-חוקתי; והשני, כאשר העוולה נועדה להשיג למזיק טובת הנאה חומרית שאינה נשללת ממנו בתשלום הפיצויים הרגילים. בהמשך נקבע כי יש לצמצם עוד את פסיקת הפיצויים העונשיים, כך שאלה ינתנו אך ורק בעילה שהוכרה בטרם ניתן פסק-דין Rookes הנ"ל (ראו A.B. v. South West Water Services Ltd. [1993] Q.B. 507), אולם הגבלה זו נדחתה בפסק-הדין [2001] 3 All E.R. 193 Kuddus v. C.C. Leicestershire.

פיצויים עונשיים במשפט האמריקאי

125. בארצות הברית נהוגה גישה מרחיבה כלפי הפיצויים העונשיים ואלו יפסקו, ככלל, כאשר התנהגותו של המזיק היא זדונית (להרחבה ראו: Linda L. Schlueter &

נדרש כי ההתנהגות "ראויה לגינוי" (Kenneth R. Redden, Punitive Damages 264 § 6.1(C) (3rd ed. 1995) נוסף על B.M.W. of North America Inc.,) דרישת הזדון, נדרש כי ההתנהגות "ראויה לגינוי" (להלן: עניין B.M.W. v. Gore, 517 U.S. 559, 575 (1996)). דרישת גינויה של התנהגות המזיק פורשה בפסיקה על-פי פרמטרים אלו: (א) טיב הנזק שנגרם – האם מדובר בנזק כלכלי בלבד או בנזק חמור יותר; (ב) ההפרה מבטאת אדישות לבטיחותם של אחרים; (ג) ההפרה היא חוזרת ונשנית (עניין B.M.W. בעמוד 575-577); (ד) כאשר הנזק נגרם עקב זדון, הולכת שולל או כוונה להטעות (State Farm Mutual) (ה) פיזור נזקי העוולה בין ניזוקים רבים נוספים שלא היו צד לתביעה (Philip Morris U.S.A. v.) (Williams, 549 U.S. 346 (2007)).

126. חקיקה מיוחדת קיימת בארצות הברית בכל הנוגע לתביעותיהם של נפגעי טרור: ה-ATA (Antiterrorism Act, 18 USCS § 2333), קובע כי בתביעה נזיקת בגין מעשה טרור, בתנאים מסויימים, ייפסק לטובת התובע סכום של פי שלוש מדמי נזקו. בתביעות של נפגעי טרור נפסקו לא אחת פיצויים עונשיים בבתי המשפט בארצות הברית, בין על-פי חקיקה זו, בין שלא על-פיה (ראו למשל: Mousa v. Islamic Republic of Iran, 238 F. Supp.2d 1 (D.C. 2001); Eisenfald v. The Islamic Republic of Iran, 172 F. Supp. 2d 1 (D.C. 2000)). לא למותר לציין שבאחד העניינים מן העת האחרונה נמצאה הרשות הפלסטינאית חייבת בתביעת נזיקין בגין מעשה טרור שארע אף הוא בתקופת האינתיפאדה השנייה, וחויבה בשילוש דמי הנזק שנגרם, לפי ה-ATA; אלא שערעור על פסק דין זה התקבל, בשל העדר סמכות שיפוט (ראו: Sokolow v. PLO, 2015 S.D.N.Y. 178119; Waldman v. PLO, 835 F.3d (2016) 317).

127. בעניין Flataw (Flataw v. The Islamic Republic of Iran, 999 F. Supp.) (1 D.C. 1998) תבעה משפחתה של אישה שנרצחה בפיגוע על יד כפר דרום את הרפובליקה האסלאמית של איראן. הוכח בבית המשפט כי איראן העבירה לארגון הג'יהאד האסלאמי, אשר לקח אחריות לפיגוע, סך של \$2,000,000 עבור תמיכה בפעולות הטרור שמבצע הארגון. בית המשפט קבע כי לבד מהפיצוי בגין הנזקים, יש לפסוק במקרה זה גם פיצויים עונשיים, שמטרתם העיקרית היא הרתעת איראן ותומכי הטרור:

“As it proved impossible to fight terrorism by bringing the terrorists themselves to justice, Congress created jurisdiction over and rights of

action against foreign state sponsors of terrorism. By creating these rights of action, Congress intended that the courts impose a substantial financial cost in states which sponsor terrorist groups whose activities kill American citizens. This cost function both as a direct deterrent, and also as a disabling mechanism: if several large punitive damage awards issue against a foreign state sponsor of terrorism, the state's financial capacity to provide funding will be curtailed...The court can find no case law in support of the proposition that premeditated violent acts undertaken upon civilian targets are a legitimate part of the actions of any government...The purpose of this statute is to deter acts of terrorism which result in the death or personal injury of United States nationals. In this court's judgment, in order to ensure that the Islamic Republic of Iran will refrain from sponsoring such terrorist acts in the future, an award of punitive damages in the amount of three times the Islamic Republic of Iran's annual expenditure for terrorist activities is appropriate" (pp. 33-34).

128. לדברי בית המשפט, בפסיקת הפיצויים העונשיים יש להתחשב במספר שיקולים וביניהם אופי התנהגותו של המזיק ומידת הסלידה שהתנהגות מעוררת בחברה; טבעו והיקפו של הנזק שהמזיק גרם או התכוון לגרום; הצורך בהרתעה; הבסיס שעל-פיו יקבע סכום הפיצויים באופן שיכול לשקף הרתעה יעילה; מצבו הכלכלי של המזיק ויכולתו לשלם לניזוק (שם, בעמודים 32-33). בית המשפט התחשב בכך שמותה של המנוחה לא היה תוצאת לוואי של מטרה לגיטימית, אלא היה מטרת הפעולה עצמה, וכן גם בכך שמטען הנפץ הכיל חפצים חדים רבים, שנועדו למקסם את הפגיעה. הפיגוע תוכנן בקפידה ובתחכום, מתוך מחשבה מרושעת. בית המשפט ציין כי מצבה הכלכלי של איראן טוב, לאור תעשיית הנפט בשטחה, וכי היא יכולה לשאת בפיצויים עונשיים בסכומי כסף נכבדים. עוד צויין כי תקצוב הטרור הוא הוצאה רשמית

קבועה בתקציב השנתי של הוצאות המדינה, בסך של \$75,000,000. לאור כל האמור, השית בית המשפט על איראן פיצויים עונשיים ששיעורם פי שלושה מהוצאותיה השנתיות עבור תמיכה בטרור (\$ 225,000,000). פיצויים עונשיים נפסקו נגד איראן בכמה מקרים דומים נוספים.

הפיצויים העונשיים בדין הישראלי

129. סעיף 76 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע כי פיצויים ינתנו – "רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעוללת הנתבע". אין בפקודת הנזיקין הוראת חוק כללית המסמיכה את בתי המשפט לפסוק פיצויים עונשיים בתביעה נזיקית, ולמעשה אין במשפטנו הוראה כללית שכזו. הצעת חוק משנת 2001, אשר קראה לעגן את הפיצויים העונשיים בפקודת הנזיקין לא הבשילה בסופו של דבר לכדי חקיקה (ראו: הצעת חוק פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (תיקון) – פיצויים עונשיים), התשס"ב-2001). בעבר נשמעה הטענה לפיה העדרה של הוראה מפורשת כאמור מעיד על כוונת המחוקק שלא להעניק לבתי המשפט את הסמכות לפסוק פיצויים עונשיים (ראו: דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, לעיל בעמוד 583; דינאל מור "פקודת הנזיקין בראי ארבעים שנות פסיקה" הפרקליט לט ב 344, 355 (1990)).

130. להבדיל מסמכות כללית, קיימים מספר חוקים המסמיכים את בית המשפט לפסוק פיצויים עונשיים במקרים ספציפיים. כך, קובע סעיף 28א לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, כי – "מבטח בביטוחים אישיים, שלא שילם את תגמולי הביטוח שלא היו שנויים במחלוקת בתום לב, במועדים שבהם היה עליו לשלם... רשאי בית המשפט לחייבו בתשלום ריבית מיוחדת בשיעור שלא יעלה על פי שלושה מן הריבית הקבועה בהגדרת הפרשי הצמדה וריבית שבחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961...". באופן דומה קובע סעיף 183(ג) לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967 כך: "נעשתה הפרה לאחר שבעל הפטנט או בעל הרשיון היחודי הזהיר עליה את המפר, רשאי בית המשפט לחייב את המפר בתשלום פיצויי עונשין, בנוסף לפיצויים שקבע לפי סעיף קטן (ב), ובלבד שלא יעלו על סכום אותם פיצויים". כיוצא באלה ראו גם: סעיף 33א(ב)(1) לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957; סעיף 26א(ב)(1) לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958; סעיף 31א לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן); סעיף 30א(י)(1) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת); סעיף 3(א)(1) לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), התשנ"ז-1997; סעיף 5(ב)(2) לחוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), התשס"ב-2002; סעיף 4(ב)(1) לחוק הזכות לעבודה בישיבה, התשס"ז-2007; סעיף 11(א) לחוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול

טיסה או שינוי בתנאיה), התשע"ב-2012. בחוקים הללו נקבעה תקרה לגובה הפיצוי, ובית משפט זה דן מעת לעת באמות המידה הראויות לקביעת סכום הפיצוי, בהתאם לרציונלים העומדים בבסיסו של הפיצוי העונשי (בהקשר לחוק הגנת הצרכן ראו: רע"א 8190/14 רוזנברג נ' בזק בינלאומי בע"מ, פסקה 36 (3.6.2015); בהקשר לפיצוי ללא הוכחת נזק (שבהצטברותו עלול להיות פיצוי עונשי) בגין שליחת "דואר זבל", בהתאם לחוק התקשורת ראו: רע"א 1954/14 חזני נ' הנגבי (סיתונית מועדון דאיה ורחיפה במצנחנים) (4.8.2014); רע"א 2904/14 גלסברג נ' קלאב רמון בע"מ (27.7.2014); ראו גם בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.4.2015) במסגרתו בוטל סעיף 2(ג) לחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, שהסמיך את בית המשפט להטיל פיצויים עונשיים על אדם המבצע את עוולת החרם לפי אותו חוק, מן הטעם שפגיעתו בחופש הביטוי אינה מידתית).

131. הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (ה"ח הממשלה 595) עשויה להביא לשינוי המצב החקיקתי הקיים, באשר על-פיה תעוגן בחקיקה הסמכות הכללית לפסוק פיצויים עונשיים. לפי סעיף 461 להצעת החוק – "בית המשפט רשאי לפסוק לנפגע פיצויים שאינם תלויים בנזק, אם מצא שההפרה נעשתה בזדון". על-פי דברי ההסבר להצעה – "ההוראה החדשה המוצעת מקנה לבית המשפט סמכות לפסיקת פיצויים לדוגמה (המוכרים גם בשם: 'פיצויים עונשיים'), אשר אינם תלויים בנזק. כדי לקבל פיצויים אלה אין צורך בהוכחת נזק, ואולם הם ייפסקו רק במקרים חמורים במיוחד, שבהם הוכח שהמפר נהג בזדון. בין השיקולים שבית המשפט יכול להביא בחשבון בבואו לפסוק פיצויים לדוגמה ואת גובהם: היקף ההפרה וחומרתה, מידת ניצול חולשתו של הנפגע, הרווח שצמח למפר בשל ההפרה, טיבו וחשיבותו של האינטרס המוגן וכדומה".

132. על אף העדרה של הוראת חוק כללית, הכירה הפסיקה עוד מקדמת דנא באפשרות לפסוק פיצויים עונשיים (ראו: ע"א 216/54 שניידר נ' גליק, פ"ד ט(2) 1331, 1335 (1955) (להלן: עניין שניידר); ע"א 81/55 כוכבי נ' בקר, פ"ד יא, 225, 234 (1957); ע"א 277/55 רבינוביץ נ' סלע בע"מ, פ"ד יב(2) 1261, 1277 (1958) (להלן: עניין רבינוביץ); ע"א 256/62 רחמני נ' משיח, פ"ד יז 552 (1963)). המצב המשפטי הוא כפי שנאמר בע"א 30/72 פרידמן נ' סגל פ"ד כז(2) 225, 237 (1973) (להלן: עניין פרידמן) – "אין איפוא ספק כי הפסיקה הישראלית הכירה בפיצויים עונשיים כפיצויים שבסמכותם של בתי-המשפט לפסקם במקרים המתאימים". עם זאת, הנכונות לפסוק פיצויים עונשיים הייתה "מיושנת ומסויגת" והם נתפסו "כחסרי מדדים ברורים להערכה, כנדירים בהפעלה וכמעניקים פיצוי בשיעור נמוך" (יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד – פיצויים בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט 137, 176-177 (תשס"ו)).

133. בשנת 2004 ניתן פסק הדין בעניין אטינגר, אשר סקר את שיטות המשפט שבהן נפסקים פיצויים עונשיים, פרש את השיקולים הרלוונטיים לכאן ולכאן, אך לא היתה בו קביעה מפורשת על דבר קיומה של סמכות כזו לבתי המשפט בישראל (ראו: עניין אטינגר, פסקה 80). עם זאת, בפסיקה שלאחר מכן נקבע במפורש כי – "כיום מכירה גם הפסיקה בארץ בסמכותם של בתי המשפט לפסוק פיצויים עונשיים" (עניין בן-צבי, פסקה 38 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין; וכן: רע"א 1497/06 פלוני נ' פלוני (10.9.2006) (להלן: "עניין פלוני"); עניין עזבון מרציאנו; ע"א 2570/07 לם נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (29.1.2009) (להלן: "עניין לם" ועוד).

134. אף כי אין חולק עוד על קיומה של סמכות כאמור, הובהר בפסיקה כי נוכח הבעייתיות הטמונה בפיצויים העונשיים ואופיים העונשי החורג ממאפייני המשפט האזרחי, אלו "שמורים למקרים חריגים ביותר" (עניין בן צבי, פסקה 38 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין) ו"בית המשפט לא ייטה לפסוק פיצויים עונשיים במסגרת הליך אזרחי, אלא במקרים חריגים" (ע"א 8382/04 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' מזרחי, פסקה 32 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (29.1.2009) וכן למשל: עניין פלוני, בפסקה ד(4); ע"א 1080/07 עזבון המנוח פלוני ז"ל נ' משטרת ישראל, פסקה 9 (8.11.2009) (להלן: "עניין משטרת ישראל").

פיצויים עונשיים – אימתי?

135. בעניין אטינגר נאמר כי פיצויים עונשיים יושתו – "באותם מקרים אשר בהם התנהגות המזיק היא חמורה במיוחד או שיש עמה פגיעה קשה בזכויות חוקתיות" (שם, בפסקה 75), "כאשר התנהגות המזיק ראויה לגינוי" (שם, בפסקה 78). הפיצויים העונשיים "נועדו לשקף את סלידתה של החברה מהתנהגותו של המזיק" (ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' בהג'ת, פסקה 14 (2006)), והם יוטלו "במקרים חריגים, שהנם מקוממים ומעוררי סלידה במיוחד" (ת"א (מחוזי י-ם) 6331/04 לם נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (4.2.2007)).

136. אשר ליסוד הנפשי של המעוול, נקבע בשורה ארוכה של פסקי דין כי פיצויים עונשיים יוטלו במקרים של עוולה שבוצעה מתוך כוונה או זדון: "חומרת מעשיו של המזיק משמשת אמת המידה הכללית לפסיקת פיצויים עונשיים. בדרך כלל מתפרשת אמת המידה כמתייחסת למעשים מקוממים ונפשעים ביותר, שבוצעו מתוך כוונה (או 'מעין כוונה') ולא ברשלנות גרידא" (עניין בן צבי, פסקה 38 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין; עניין משטרת ישראל, פסקה 10; עניין אבנרי, פסקה 36 לפסק דינו של השופט י'

עמית, ועוד). דרישת הזדון אף אומצה בהצעת חוק דיני ממונות (לעיל), לפיה בית המשפט רשאי לפסוק פיצויים עונשיים "אם מצא שההפרה נעשתה בזדון" (שם, בסעיף 461).

137. הפסיקה לא שללה, עם זאת, כי לעיתים נדירות ניתן יהיה להסתפק ביסוד נפשי של "אדישות" או "רשלנות רבתי" (ראו: עניין בן צבי, פסקה 45 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין: "אפילו ניתן באופן עקרוני לפסוק פיצויים עונשים גם בהיעדר כוונה של ממש מצד המזיק (אלא 'רשלנות מקוממת' או אדישות לאפשרות שיגרום נזק בלבד) – לא הוכח כי אכן זה היה הלך הרוח של המשיבים. בנוסף, אפילו היינו מכירים עקרונית באפשרות לפסוק פיצויים עונשיים בהיעדר כוונה, היה הדבר שמור למקרים חריגים בחומרתם... אין זה אחד מאותם מקרים"; ראו עניין משטרת ישראל הנ"ל, שם נפסק כי אין להשית על המשיבה פיצויים עונשיים, שכן מנסיבות אותו עניין "אין ללמוד... כי ההתנהגות העולתית הגיעה לכדי זדון של ממש, אף לא מתוך זלזול או אדישות לתוצאה הקשה בה נסתיימה הפרשה" (פסקה 11 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן; ההדגשה הוספה – נ' ס'); דבריו של רובינשטיין, בעמוד 110, לפיהם "... אין מקום להוסיף בכל תביעת נזיקין 'רגילה', כדרך שגרה, ראש-נזק של פיצויים עונשיים... לא כך במקרי זדון או 'רשלנות רבתי', שאז ניתן לשקול פיצויים עונשיים" (ההדגשה הוספה – נ' ס')).

138. מוסכם על הכל, עם זאת, כי רשלנות גרידא אינה יכולה לשמש בסיס לפסיקת פיצויים עונשיים. דרישת היסוד הנפשי המחמיר קשורה קשר הדוק לתכליות שביסוד הפיצויים העונשיים. אשר לתכלית העונשית – ככל שאשמו המוסרי של המזיק גובר, וזאת כתלות במידת האוטונומיה שהפעיל בביצוע המעשים, כך מוצדקת הענשתו: בין משיקולי גמול, בין משיקולים של הוקעת מעשהו מבחינה חברתית. אשר לתכלית ההרתעתית – כאמור, כאשר אדם מזיק על מנת להפיק הנאה מעצם גרימת הנזק והסבל לאחר, הנאתו אינה נחשבת כמוסיפה דבר לרווחה, ואילו הנזק שהוא גורם לניזוק מקטין את הרווחה המצרפית. המעשה הזדוני נחשב אפוא בהקשר זה לבלתי יעיל.

139. אציין כי דרישת הכוונה והזדון אינה סותרת אפשרות לפיה יוטלו פיצויים עונשיים גם בתביעות המתבססות על עוולות שאינן כוללות יסודות נפשיים של כוונה או זדון, כגון עוולת הרשלנות הנדונה בעניין דנן. זאת, מכיוון ש"המושג 'התרשלות' כולל גם מעשים מכוונים" (ע"א 6649/96 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד, פ"ד נג(3) 529, 547 (1999); וכך: ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005)). תביעה המבוססת על עוולת הרשלנות אינה סותרת את קיומם של מעשים מכוונים או זדוניים. אלו עשויים להתקיים גם בעוולת הרשלנות, ובלבד

שמדובר בהתנהגות הסוטה מסטנדרט ההתנהגות של האדם הסביר (ראו: קרטין, בעמוד 609). דרישת הכוונה והזדון מתייחסת אפוא לנסיבות הקונקרטיות של התנהגות הנתבע בעת ביצוע העוולה, ולא ליסודות העוולה שעליה מבוססת התביעה.

140. בפסיקה צויין כי הפיצויים העונשיים מוצדקים במיוחד – "בשעה שאין המשפט הפלילי חל" (עניין עזבון מרציאנו, פסקה לד; עניין אטינגר, פסקה 75; וכן דבריו של השופט א' רובינשטיין במאמרו כי "הפיצויים העונשיים... מוצדקים במקרים של עוולה נזיקית חמורה או פגיעה קשה בזכות חוקתית, שהמשפט הפלילי אינו יכול להתערב בהן על פי רוב" (רובינשטיין, עמוד 103). כך, ברע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני (6.7.2009) (להלן: "עניין פלונית") נדונה תביעה שנסמכה על פסק דין בהליך פלילי שניתן נגד הנתבע, בגדרו הורשע בביצוע עבירות מין בתובעת – ילדה בת 6. תביעתה של הילדה לפיצויים בעד נזקיה התקבלה, אך נדחתה תביעתה לפיצויים עונשיים. בית משפט זה פסק בדעת רוב (השופט א' רובינשטיין בהסכמת השופט י' דנציגר, בניגוד לדעתו החולקת של השופט א' ריבלין) כי במצב דברים שבו נגזר עונש בהליך פלילי, הנטייה תהיה שלא לפסוק פיצויים עונשיים בהליך אזרחי, שכן תכליותיהם של הפיצויים העונשיים הושגו כבר בהליך הפלילי. נקבע כי אין להשית על מזיק פיצויים עונשיים אם כבר הורשע ונענש בהליך פלילי, אלא במקרים "חריגים שבחריגים (חריגים עד שקשה לתת להם דוגמה, ויתכן שעסקינן במקרים בהם מסיבה כלשהי לא ניתן היה להשית ענישה פלילית מספקת)" (שם, בפסקה כג לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין; בקשה לדין נוסף שהוגשה על פסק דין זה – נדחתה. ראו: דנ"א 7565/09 פלונית נ' פלוני (1.4.2010)).

פסיקת פיצויים עונשיים בפועל

141. בעבר נפסקו פיצויים עונשיים במקרים כגון תקיפה "זדונית, ללא התגרות מיידית שקדמה לה, והיא בוצעה בפראות ובצורה שהיתה מכוונת להשפיל את כבוד המשיבה קבל עם ועדה" (עניין שניידר, עמוד 1335); פיצויים עונשיים נפסקו בנסיבות של הסגת גבול שנעשתה "בזדון ובריש גלי, ללא התגרות ותוך זלזול גמור בזכויות הזולת" (עניין רבינוביץ, עמוד 1277) וכן במקרה של הפליה על רקע מגדרי בעת קבלה לעבודה (דב"ע (ארצי) נו/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (1997)). סעד זה נפסק גם במספר תביעות לשון הרע (ראו עניין פרידמן, לעיל בעמוד 237; ע"א 670/79 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' מזרחי, פ"ד מא(2) 169, 205 (1987); ע"א 802/87 נוף נ' אבנרי, פ"ד מה(2) 489, 494 (1991); ע"א 1370/91 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 535 (1993); רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510 (2001); ראו גם אורי שנהר דיני לשון הרע 372 (1997)).

142. מאז פסק הדין בעניין אטינגר, נפסקו פיצויים עונשיים בערכאות הדיוניות במקרה של אונס קבוצתי אכזרי וקשה (ת"א (מחוזי-חיפה) 209/05 פלונית נ' מזרחי 3309/04 (1.5.2008)); תקיפה מכוונת וזדונית שגרמה לפגיעה פיזית חמורה (ע"א 3309/04 (מחוזי-ת"א) מדני נ' מטיקה (13.7.2006)); רצח אכזרי של אישה על-ידי בן זוגה (ת"א (פ"ת) 37449-11-10 פלוני נ' אלמוני (7.4.2015)), ומעשה רצח שבוצע כחלק מפיגוע טרור (ת"א (מחוזי י-ם) 4421/02 גביש נ' ארגון החמאס (22.1.2006)). אציין כי פסקי הדין בעניין האונס ובעניין פיגוע הטרור ניתנו בהעדר הגנה, מבלי שהנתבעים התייצבו למשפט. בפסק דין נוסף, שבו נדונו שני אירועי חטיפה ועינויים שבוצעו על-ידי הרשות הפלסטינאית כלפי ישראלי, לא נפסקו אמנם פיצויים עונשיים בשל הנזק הפיזי המועט יחסית שנגרם לנפגע, אך נפסקו פיצויים מוגברים בשיעור גבוה בשל הפגיעה בכבודו (ת"א (מחוזי י-ם) 4071-02 פלוני נ' הרשות הפלסטינית (20.9.2015)).

143. עינינו הרואות, כי פיצויים עונשיים נפסקים במשפטנו, אך זאת בזהירות ובמשורה. רק מקרים חמורים במיוחד ומעוררי סלידה, הן מבחינת המעשים עצמם, הן מבחינת היסוד הנפשי הנלווה לעשייתם, יצדיקו השתת פיצויים עונשיים. העדרו של הליך פלילי בעניינם, כאמור, מהווה שיקול נוסף לטובת פסיקת פיצויים עונשיים.

פיצויים עונשיים במשפט העברי

144. פיצויים עונשיים נתפסו כחריג היוצא מן הכלל גם במשפט העברי. כדברים הללו אמר השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין:

"מעטים הם הפיצויים העונשיים בהלכה, שככלל בה 'מי שהזיק ממונו יינזק בממונו באותו סכום ממש' (רמב"ם מורה נבוכים מהדורת מיכאל שוורץ, חלק ג' פרק מ"א, עמ' 578), קרי גישתה היא תשלום נזק בגובה הנזק. עם זאת, יש לחומרת המעשים מקום בקביעת הפיצויים (שם, עמ' 508). מטרתה של ההתייחסות לחומרה היא ההרתעה: 'להרתיע מזה ניתן רק בעונש כבד וחמור' (שם). ישנם מקרים של פיצויים קנסיים - שעה שישנם חומרה מיוחדת או לקח מיוחד: תשלומי כפל שמשלם גנב, תשלומי ארבעה וחמישה שמשלם גנב הטובח או מוכר שה או שור (ראו משה בר - ניב (ברונובסקי) 'היבטים כלכליים בדין כפל, ארבעה וחמישה', דיני ישראל י"ז, רי"א), וכן נושאים כמו אינוס, פיתוי ומוציא שם רע, שהצד השווה בהם הוא חומרתם. אלה היוצאים מן הכלל. הכלל היסודי הוא, שחכמים המירו את 'עין תחת עין' (שמות כ"א, כ"ד) על משמעותו הפשוטה, הפיסית, הקשה - בתשלומי ממון, דווקא מהיבט הצורך בהלימה, שכן תשלום בממון ניתן באופן ברור יותר לכימות; ראו בבלי בבא קמא קמ"א פ"ג ע"ב - פ"ד ע"א. מסביד רש"י (שמות כ"א, כ"ד) 'סימא עין חברו נותן לו דמי עינו כמה שפחתו דמיו למכור בשוק ולא נטילת אבר ממש'; כן ראו

בזק הענישה הפלילית, 44-45, המצביע על הגישה ההלכתית הקובעת הלימה בין הנזק לעונש. **ובאשר לחריגים, אלה באים ככלל לצורך שעה** (עניין עזבון מרציאנו, פסקה לד(4); ראו בהרחבה גם יובל סיני, קווי מדיניות בקביעת פיצויים עונשיים לפי המשפט העברי, המרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) (2005) (להלן: "סיני"); רע"פ 228/05 יאגודייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 518, 526 (2005)).

145. מעבר לכך, הסמכות לקצוב פיצויים עונשיים מסורה היתה לבית דין, במסגרת סמכותו לענוש בכל דור ודור לפי צורך השעה. לעניין זה מקובל בהלכה כי "אע"פ שאין דנין בחוצה לארץ דיני נפשות ולא קנסות, אם רואים בית דין שצריך לדון לצורך שעה שהעם פרוצים בעבירות דנין בין מיתה בין ממון בין כל מיני עונש" (ארבעה טורים, חושן משפט, סימן ב). כך גם קבע הרשב"א – ר' שלמה בן אדרת (ספרד, המאה הי"ג) – בתשובותיו:

"ורואה אני: שאם העדים נאמנים אצל הברורים, ושאים הן לקנוס קנס ממון או עונש הגוף, הכל לפי מה שיראה להם, וזה מקיים העולם. שאם אתם מעמידין הכל על הדינין הקצובים בתורה, ושלא לענוש אלא כמו שענשה התורה: בחבלות, וכיוצא בזה, נמצא העולם חרב..." (שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן שצג).

בהמשך התשובה הביא הרשב"א דוגמאות לקנסות ממון שונים שהטילו חכמים כשהשעה היתה צריכה לכך, למיגדר מילתא, להרחיק מדבר. ואולם, סיים את דבריו בכך שעל הדברים להעשות בזהירות, לאחר שנמלכו הדיינים בדעתם והתייעצו ביניהם, מתוך ישוב דעת וכוונה לשם שמיים:

"ומכל מקום, הברורים צריכין להתיישב בדברים, ולעשות מעשיהן אחר המלכה, ולהיות כוונתם בכל עת לשמים".

146. באופן דומה קבע גם הרמב"ם, ביחס לסמכויות הענישה החריגות המסורות לבית דין שלא על-פי דין תורה:

"כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו שהרי הוא דוחה את לא תעשה של דבריהם... שיהיה זהיר שלא יהרס כבודם אלא להוסיף בכבוד המקום בלבד" (משנה תורה, סנהדרין כד, י).

147. הגישה הבסיסית היא אפוא, כי "חיובו של המזיק, בין שהזיק בגופו בין שהזיק בממונו הוא להשלים לניזק את הנזק, ולא עונש למזיק שלא יחטא עוד" (ש' אלבק, פשר דיני הנזיקין בתלמוד, 40 (תש"ן)). עקרון זה בא לידי ביטוי במספר אופנים, כגון

בשיטות לשומת הנזק לסוגיו השונים (נזק, צער, ריפוי, שבת ובושת), אשר הכלל היסודי שבהם הוא הליכה לקולא; וכך גם בהגבלות הרבות שהוטלו על בית הדין בדונו דיני קנסות, שהם מעין "יצור כלאיים" המערב יסודות עונשיים וממוניים (ראו אהרן קירשנבאום, בית דין מכין ועונשין: הענישה הפלילית בעם ישראל – תורתה ותולדותיה, 475-477 (תשע"ג)). יחד עם זאת, במצבים מסוימים הוכרה האפשרות לחייב אדם לשלם פיצויים המזכירים במהותם פיצויים מוגברים. כך למשל מציין הרמב"ם (משנה תורה, הלכות חובל ומזיק ג, ח) קיומם של פיצויים אשר חורגים במהותם מן העקרון הבסיסי של השבת מצב הניזוק לקדמותו: "יש הכאות רבות שיש בהן ביזוי וצער מעט, ואין בהן נזק; וכבר פסקו להם חכמים דמים קצובים. וכל המכה חברו הכאה מהן, משלם אותו הממון הקצוב". כמו כן, במקרים שכיחים בהם קיים חסרון כיס, וכן בעניינים בעלי חשיבות לאומית וחברתית, כגון גירות וכפיית גט, נאלצו חכמים לדון למרות הקושי ולפסוק פיצויים מוגברים, קנסות, על מנת לפעול לתיקון החברה (סיני, 4-7 והאסמכתאות שם).

148. עינינו הרואות, כי גישת המשפט העברי עולה בקנה אחד עם התפיסה לפיה מחד גיסא, פסיקת פיצויים עונשיים אפשרית; ומאידך גיסא, כך יעשה כחריג היוצא מן הכלל, על-פי צרכי השעה, בזהירות, במתינות ובשום שכל.

מן הכלל אל הפרט

האם יש לפסוק פיצויים עונשיים בנסיבות העניין דנן?

149. הארכת די בתיאור התשתית העובדתית בדיון בערעורה הנ"ל של הרש"פ. אסתפק כאן, לצורך ערעורה של משפחת המנוח, בהפניה לעיל. הוכח היטב (פסקאות 67-93) הקשר הסיבתי בין "אימוני גוף ונשק" שעבר הנער המחבל במחנה האימונים מטעם הרש"פ ביריחו, לבין רציחתו של המנוח. 50 ימי אימון בנשק והסתה לטרור הביאו את המחבל בחלוף 10 ימים לרצוח את המנוח, באשר הוא יהודי. על סמך חוות דעת מומחה, תא"ל קופרווסר, סקירות חטיבת המחקר באמ"ן, מסמכי שלל ושאר ראיות, הוכחה כדבעי תמיכתה של הרש"פ בטרור במהלך האינתיפאדה השנייה – במימד האידיאולוגי (פסקאות 76-77) הכספי (פסקאות 78-82) והמעשי (פסקאות 83-88). הנהגת הרש"פ עודדה בקול גדול את האינתיפאדה והביעה הערכה למחבלים מבצעי פיגועים. הרש"פ מימנה את הטרור על דרך הענקת משכורות לפעילי ארגוני טרור, הקצאת סכומי כסף לפעולות טרור ולמחבלים, וכן גם הספקת כלי נשק לביצוע פיגועי טרור. היה זה יו"ר הרש"פ עצמו, יאסר ערפאת, שאשר בכתב-ידו "נא לאשר מן המשלוח החדש" על גבי בקשת ארגון "חזית המאבק העממי" לקבל 30 רובי קלאצ'ניקוב ו-15 אקדחים (פסקה 82). כאמור שם, על אותו מסמך כתב אדם אחר: "הפרטים

המבוקשים אינם בנמצא אצלנו כעת, ואנו עודנו מחכים לקבלם מן הצד הישראלי". הרש"פ לא הסתפקה בהסתה, עידוד ומימון. מנגנוני הבטחון של הרש"פ שיתפו פעולה, ארגונית ומבצעית, עם תשתיות הטרור, והיו שותפים להוצאתם לפועל של פיגועים, מהחל ועד פלה. דומני, על סמך התשתית העובדתית שנפרשה בהרחבה לעיל, כי ענייננו נמנה על אותם חריגים המצדיקים פסיקת פיצויים עונשיים.

150. על האינתיפאדה השנייה, במסגרתה בוצע גם הרצח הנדון, נאמרו בפסיקה דברים אלו (ע"א 7957/04 מרעאבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד (2) 477, 484 (2005)):

"בספטמבר 2000 פרצה האינתיפאדה השנייה. מתקפת טרור עזה נחתה על ישראל ועל הישראלים שבאזור יהודה והשומרון ובחבל עזה (להלן – האזור). מרבית פיגועי הטרור הופנו כלפי אזרחים. הם פגעו בגברים ובנשים, בזקנים ובטף. משפחות שלמות איבדו את יקיריהן. הפיגועים נועדו לפגוע בחיי אדם. הם כיוונו לזרוע פחד ובהלה. הם ביקשו לשבש את אורח החיים של אזרחי ישראל. הטרור הפך להיות איום אסטרטגי. פיגועי הטרור מבוצעים בתוככי ישראל ובאזור. הם מתרחשים בכל אתר ואתר, ובכלל זה בתחבורה הציבורית, במרכזי קניות ובשווקים, בבתי קפה ובתוככי בתים ויישובים. היעד העיקרי של הפיגועים הוא מרכזי הערים בישראל. כן מכוונים הפיגועים כלפי היישובים הישראליים באזור וכלפי צירי התנועה. ארגוני הטרור עושים שימוש במגוון אמצעים, ובהם פיגועי התאבדות ('פצצות אדם מונחות'), מכוניות תופת, הנחת מטעני חבלה, השלכת בקבוקי תבערה ורימונים, פיגועי ירי, ירי פצצות מרגמה וירי רקטות. כמה ניסיונות לפיגועים ביעדים אסטרטגיים ('מגה פיגוע') נכשלו. כך למשל סוכלה כוונה למוטט את אחד ממגדלי עזריאלי בתל-אביב באמצעות מכונית תופת בחניון (אפריל 2002). ניסיון אחר שנכשל היה לפוצץ משאית בחוות מכלי הגז בפי גלילות (מאי 2003). מאז תחילת פעולות הטרור הללו ועד לאמצע יולי 2005 בוצעו בתחומי מדינת ישראל קרוב לאלף פיגועים. בתחומי יהודה והשומרון בוצעו כ- 9,000 פיגועים. אלפי פיגועים בוצעו בחבל עזה. למעלה מאלף ישראלים קיפחו את חייהם. כמאתיים מהם באזור יהודה והשומרון. כשבעת אלפים ישראלים נפצעו. כשמונה מאות מהם באזור יהודה והשומרון. רבים מהפצועים הפכו

לנכים קשים. גם בצד הפלסטיני גרם העימות המזוין להרוגים ולפצועים רבים. השכול והכאב שוטפים אותנו”.

151. דומה כי אין ולא יכול שיהיו עוררין על כך שהפעלת מחנה אימונים המשלב אימוני נשק עם עידוד כזה או אחר לביצוע מעשי טרור הריהי התנהגות “ראויה לגינוי” (עניין אטינגר, פסקה 78); “חמורה במיוחד”. בהסתה לנטילת חיי אזרחים חפים מפשע, אף אילו נעשתה באופן מרומז, יש “פגיעה קשה בזכויות חוקתיות” (שם, בפסקה 75). זו התנהגות מקוממת ומעוררת סלידה, שחומרתה זועקת מאליה.

152. העברת המסר לחניך במחנה אימונים כנ”ל, כי “מצופה ממנו לעשות מעשה ולממש את ידיעותיו בתחום תפעול כלי נשק” (פסקה 57 לפסק הדין) מעידה כי הפיגוע אינו תוצאת לוואי של מחנה האימונים, אלא התגשמות רצון יוזמיו ומפעיליו. נראה כי הרש”פ לא רק הבינה את משמעותו של האימון בנשק תחת אווירת ההסתה הכללית, ואת העובדה כי חניכי המחנה עלולים ליישם את לימודיהם ולבצע פיגועי טרור, אלא גם חפצה בהתגשמות תוצאה זו. מסקנה זו נלמדת מעצם הפעלת המחנה וההחלטה להעביר בו תכנים מעודדי טרור, וכן מתמיכתה של הרש”פ בטרור בתקופה הרלוונטית – בכסף, בלוגיסטיקה, בדיבור ובמעשה.

153. העובדה כי הרש”פ אינה חשופה להעמדה לדין פלילי מחזקת את המסקנה כי מן הראוי להשית עליה פיצויים עונשיים. כפי שנאמר לעיל, נקבע בפסיקה, כי – “פיצוי עונשי יוצדק במקרים חמורים במיוחד או של פגיעה קשה בזכויות חוקתיות, ויש בו כדי לחזק הרתעה יעילה בשעה שאין המשפט הפלילי חל” (עניין פלונית, פסקה כג לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א’ רובינשטיין). אי-תחולת המשפט הפלילי מסירה את החשש שהובע בפסיקה מפני ענישה כפולה על אותה עבירה. יתרה מכך, בהתחשב במעשיה הנפשעים של הרש”פ, העדרו של הליך פלילי, מעלה ביתר שאת את הצורך להטיל עליה סנקציה אזרחית שתמלא אחר התכליות העונשיות שלא מומשו.

154. למעלה מן הצורך אציין כי גם אמירותיו ה’מתונות’ יותר של בית המשפט המחוזי, עליהן מסתמכת הרש”פ, אף הן מצדיקות הטלת פיצויים עונשיים. לימוד נערים צעירים לעשות שימוש בנשק בתקופה רגישה ומסוכנת כל-כך, כעולה במובהק מסקירות אמ”ן הנ”ל, בלא אזהרתם וחינוכם לבל ישתמשו בנשק לצרכי טרור – מעידה, לכל הפחות, על אדישות רבתי כלפי התוצאה הקשה של ביצוע פיגועי טרור. נראה כי אף בנסיבות אלו אין כל מניעה מהטלת פיצויים עונשיים.

155. בנסיבות שתוארו, הטלת פיצויים עונשיים על הרש"פ תואמת גם מגמה שבאה לידי ביטוי בתקנה 3א לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007, אשר קובעת כי – "בתביעה בשל פעולת טרור או מעשה איבה לפיצוי לדוגמה בסכום שאינו עולה על עשרים מיליון שקלים חדשים לכל תובע, תשולם אגרה לפי פרט 3 או 10 שבתוספת, לפי העניין; עלה סכום התביעה כאמור על עשרים מיליון שקלים חדשים לכל תובע, תשולם האגרה לפי תקנה 6, בעד כל סכום הנתבע העולה על עשרים מיליון שקלים חדשים". התקנות קובעות כי על תביעה לתשלום פיצויים עונשיים תשולם אגרה מופחתת, וזאת במטרה – "להקל על משפחות של נפגעי טרור ונפגעי טרור, כאשר הם מגישים תביעה לפיצוי לדוגמה" (מתוך פרוטוקול ישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 10.1.2012). הרי לנו עמדה עקרונית לפיה בתביעות מהסוג הנדון, יהא זה מוצדק, בנסיבות מסויימות, להטיל פיצויים עונשיים על מי שנמצאו אחראים למעשי טרור.

156. הטלת פיצויים עונשיים על הרש"פ בנסיבות אלה מגשימה גם את תכליותיהם. ישום תכליותיו העונשיות של הפיצוי העונשי מעלה כי אלו מתקיימות בעניין דנן ביתר שאת. אשר ליעד הגמולי, בחירתה של הרש"פ להשתמש בטרור ככלי לגיטימי להשגת יעדים מטילה עליה אשם מוסרי שאין חולק על חומרתו, המצדיק סנקציה הולמת; הטלת הפיצויים העונשיים גם מעבירה מסר חברתי המוקיע את הטרור ואת תומכיו, ומחזק את ערך חיי האדם.

157. אשר לשיקולי ההרתעה, נראה כי אין די בפיצוי נזקי מותו של המנוח על מנת להביא להרתעה יעילה; נזקי מותו של המנוח אינם הנזקים היחידים שנגרמו כתוצאה מהפעלת מחנה אימוני נשק והסתה לטרור. תשלום נזקים אלו ותו לא, יוביל להפנמה חלקית בלבד של הנזק מצד הרש"פ וייצור הרתעת-חסר.

158. ראשית, קיימת אפשרות שהנער המחבל אינו החניך היחיד שהחליט לממש את לימודיו במחנה האימונים ולבצע פיגוע, אך בשל קשיי הוכחה, לא הובאו ארועים נוספים לפני בית המשפט. חזרתו-בו של הנער המחבל מתוכן הודעתו במשטרה בעניין שלפנינו מעידה על הקושי בשיתוף פעולה מצד המפגעים ועל רצונם לטשטש את מעורבותה של הרש"פ. יתכן מאוד שאחרים כלל לא מסרו מלכתחילה מידע על השתתפותם במחנה האימונים. בחירתה של הרש"פ שלא להגיש את רשימות המשתתפים במחנות האימונים מחזקת את ההשערה שחששה כי חשיפת השמות תוביל להעמקת הסתבכותה.

159. שנית, העובדה כי נפגעי הטרור מפוצים על-ידי מדינת ישראל על-פי חוק התגמולים, מביאה לכך שאף כאשר ידועה זהותם של מבצעי הפיגועים והתומכים בהם, נמנעים רבים מנפגעי הטרור מלתבוע את האחראים לפיגועים, בהתחשב בקיומו של המסלול החלופי האמור, ובשל עלויות התביעה, המשאבים הנפשיים שדורשת ההתדיינות, ועוד.

160. שלישית, נזקי פיגועי הטרור אינם מצומצמים לקורבנות הפיגוע הקונקרטי שנרצחו, או שסבלו מפגיעות פיזיות או נפשיות. היקפם גדול בהרבה. בתקופות אינתיפאדה, חיה אוכלוסיית ישראל כולה תחת חרדה קיומית תמידית, הטרור משבש את חיי החברה, נתיניה חוששים מפני עשיית פעולות יומיומיות פשוטות כגון נסיעה באוטובוס ויציאה לקניות. הטרור משבש גם את חיי המסחר ואת התיירות. השלכותיו רחבות ההיקף של הטרור תוארו על-ידי בית המשפט האמריקאי בעניין Flataw (לעיל):

“The malice associated with terrorist attacks transcends even that of premeditated murder. The intended audience of a terrorist attack is not limited to the families of those killed and wounded or even just Israelis, but in this case, the American public, for the purpose of affecting United States government support for Israel and the peace process. The terrorist’s intent is to strike fear not only for one’s own safety, but also for that of friends and family, and to manipulate that fear in order to achieve political objectives. Thus the character of the wrongful act itself increases the magnitude of the injury” (שם, בעמוד 30).

161. הנה כי כן, אף אילו נניח שבכל המקרים בהם גרמה הרש"פ לפיגועי טרור יוגשו תביעות על-ידי הנפגעים הישירים, עדיין לא תשלם הרשות על כל הנזק ההיקפי האמור, שאף אותו יצרה בעת הפעלת מחנה האימונים. הפנמה מלאה של הנזק מחייבת הטלת פיצויים עונשיים שישקפו אותם נזקים ישירים ועקיפים שאינם מגיעים לכדי תביעות. כפי שנאמר בעניין אחר, “במקרים בהם שילוב של מיעוט תביעות ופסיקת פיצוי מינימלי עשוי להביא למצב בו מזיקים אינם נדרשים ליתן את הדין על מלוא הנזק לו הם אחראים, יש לשקול פיצוי משמעותי יותר – אשר יחייב מזיקים פוטנציאליים להציב את הנתונים הנכונים, בבואם לשקול את ההצדקה הכלכלית להשקעה באמצעים המתחייבים מתוך חובת הזהירות” (רע"א 1700/10 דוביצקי נ' שפירא, פסקה יג (20.5.2010)).

162. רביעית, מטרתו הבלעדית של הטרור היא גרימת כאב וסבל לאוכלוסיה אזרחית חפה מפשע (במטרה להשיג הישגים פוליטיים, או לממש אידיאולוגיה דתית כלשהי). ה'תועלת' היחידה שמפיקים פעילי הטרור ותומכיו מהטרור טמונה בעצם סבלם של אחרים. כפי שראינו, הנאה שכזו אינה נחשבת כמוסיפה תועלת כלשהי לרווחה, ואילו הנזק הנגרם כתוצאה מהטרור, פוגע באופן משמעותי ברווחה החברתית. בהינתן ההרס הטמון בטרור, ללא כל תועלת לצידו, אין כל חשש מפני הרתעת-יתר; אדרבה, יש להטיל על תומכי הטרור פיצויים שירתיעו עד כדי הפסקת התמיכה בטרור לגמרי. הדברים נכונים גם בנוגע למחנה האימונים שבעניין דנן: מחנה שנועד לאמן צעירים, ביניהם בני נוער, לשימוש בנשק, תוך יצירת ההבנה אצלם כי ראוי להשתמש בו למטרות טרור – יוצר הרס וחורבן מחד גיסא ואין בו שמץ מן החיוב מאידך גיסא.

163. על יסוד כל האמור, ובהתחשב בנסיבותיו החריגות והחמורות של הפיגוע הרצחני הנדון, דעתי היא כי לפנינו אחד מאותם מקרים נדירים בהם ראוי לפסוק פיצויים עונשיים.

164. בקביעת שיעורם של הפיצויים העונשיים יש להתחשב, בין היתר, במידת האשם של הרש"פ ותרומתה לתוצאה הטראגית. אף שתרומתה של הרש"פ לרצח המנוח אינה דלה, יש לזכור כי הגם שעודדה את הנער המחבל לבצע מעשה טרור, אימנה אותו, ולימדה אותו את אופן השימוש בנשק, הרי שלא שלחה אותו לבצע את הפיגוע ולא סייעה בתכנונו באופן קונקרטי או בביצועו. היוזמה לרצוח את המנוח באה מצדו של הנער המחבל, כך גם הביצוע, לפי הידוע, מבלי שהרש"פ נטלה חלק בכך. בהתחשב בכלל נסיבות העניין, גם באופי התקדימי של חיוב בפיצויים עונשיים בכגון דא, סבורני כי נכון יהיה להטיל על הרש"פ לשלם למשפחת המנוח פיצויים עונשיים בסך של 3 מיליון ₪.

סוף דבר

165. עמית עמוס מנטין ז"ל, הגיע בימי אינתיפאדת אל-אקצא אל בקעה-אל-גרביה, לעשות מלאכת תיקון במסגרת עבודתו כטכנאי "בזק". מחבל – קטין כבן 15 וחצי – רצח אותו שם בירי מאקדח. אותו נער מחבל עשה את אשר עשה 10 ימים לאחר שובו ממחנה "אימוני גוף ונשק" מטעם הרשות הפלסטינאית ביריחו, מחנה שנמשך 50 ימים, בו אומנו בני נוער וצעירים, והרש"פ הנחילה להם את רזי השימוש בנשק, תוך העברת מסרים המעודדים שימוש בידע ובהכשרה לצורך ביצוע פעולות טרור. הנער המחבל יישם הלכה למעשה את אשר למד, וביצע את הרצח הנתעב.

166. על יסוד כל האמור לעיל, ובהתחשב בתכליותיהם של הפיצויים העונשיים, דומני כי זהו אחד מאותם מקרים חריגים, המצדיקים פסיקת פיצויים אלה. אציע אפוא לחברי לקבל את ערעורה של משפחת המנוח (ע"א 2144/13) ולחייב את הרש"פ לשלם פיצויים עונשיים בסך של 3 מיליון ₪, לבד מסכום הפיצויים שנפסק בבית המשפט המחוזי.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט נ' סולברג בעניין חיובה של הרשות הפלסטינית בנזיקין בגין אחריותה לרצח עמוס מנטין המנוח, כמו גם לחיובה בפיצויים עונשיים.

אבקש להדגיש כי לטעמי אין הכרח להידרש למלוא היריעה שאותה פורש חברי בשאלת תמיכתה של הרשות הפלסטינית בטרור כדי להכריע בשאלת הקשר הסיבתי בין האימונים שעבר המחבל לבין הרצח שביצע, ודי ביישום כלל הידיעה המיוחדת שבו דן גם חברי (פסקה 92 לחוות דעתו) כדי להוביל למסקנה שלפיה במחנה האימונים שבו נטל חלק המחבל כ-10 ימים עובר לביצוע הפיגוע שבו נרצח המנוח – ממצא עובדתי שאין מקום לסטות ממנו – הועברו תכנים מעודדי טרור. אכן, משפחת המנוח לא הציגה ראיות בעניין תוכן מחנה האימונים. ברם נוכח שליטתה של הרשות במידע הקשור בהפעלת מחנה האימונים – זה שבו השתתף המחבל, או מחנות אימונים דומים, אחרים – היה מקום להעביר אליה את נטל הבאת הראיות (ראו ע"א 6205/98 אונגר נ' עופר, פ"ד נה(5) 71, 82-83 (2001); ע"א 210/88 החברה להפצת "פרי הארץ" בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר-סבא, פ"ד מו(4) 627, 644-645 (1992); ע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני-ברק, פ"ד מג(3) 343, 348 (1989); ע"א 86/58 פהום נ' רוזנפלד, פ"ד יג 477, 479-480 (1959). לעקרון דומה במשפט האמריקני ויישומו ראו: United States v. 194 Quaker Farms Rd., 85 F.3d 985, 990 (1996) ("Burden-shifting where one party has superior access to evidence on a Campbell v. United States, 365 U.S. 85, 90 (1961) "[...] the ordinary rule, based on considerations of fairness, does not place the burden upon a litigant of establishing facts peculiarly within the knowledge of his adversary" ראו

KENNETH S. BROUN ET AL., MCCORMICK ON EVIDENCE 650-51 (7th ed. בנוסף (2013). הרשות מצדה לא הביאה כל ראיה בעניין זה; ולעומתה, משפחת המנוח הצביעה על דבר קיומו של מחנה אימונים שבו אומן בירי נער בן 15.5 שנים, אשר 10 ימים מיום הסתיימו ביצע רצח נפשע ונטל נפש. בנסיבות העניין די בראיה מועטה זו – "ראיה כלשהי שיש בה כדי להוכיח לכאורה" את העובדה הנטענת על ידי המשפחה (ע"א 368/64 בית זיוה בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד יח(4) 561, 566 (1964)) – כדי לבסס את הקשר הסיבתי הנטען במקרה זה.

אשר לחיוב הרשות הפלסטינית בפיוציים עונשיים – בעניין זה שותף אני לדעת חברי השופט נ' סולברג כי היה מקום בנסיבות העניין להשיתם על הרשות הפלסטינית. לא כדי לייחס לרשות "אחריות גורפת למעשי האלימות שארעו במהלך האינתיפאדה" (כפי שטען בא כוחה כמצוטט על ידי בית המשפט המחוזי, בפסקה 58 לפסק הדין); אלא בנתון לנסיבות הקונקרטיות של מקרה זה – שבו אימנה הרשות מחבל רוצח בנשק, תוך שהיא מעבירה לו תכנים תומכי טרור.

הפיוצוי העונשי חריג במשפטנו, אך גם מקרה זה חריג הוא בחומרנותו.

בכפוף לאמור אני מצטרף אפוא לתוצאה שאליה הגיע חברי.

ש ו פ ט

הנשיאה (בדימ') מ' נאור:

1. אני מסכימה לתוצאה אליה הגיע חברי השופט נ' סולברג בפסק-דינו המקיף.
2. המחלוקת העיקרית בערעורה של הרשות הפלסטינית היא מחלוקת עובדתית, הנסבה על שאלת השתתפותו של הנער המחבל במחנה אימונים מטעמה והתכנים שהועברו בו. בעניין זה, לבשה הגנתה של הרשות הפלסטינית צורה של "משחק מחבואים": חרף שליטתה של הרשות הפלסטינית על המידע בעניין מחנות האימונים, התאפיינה אסטרטגיית ההגנה בעמימות עובדתית. מסמכים רלוונטיים לא הוגשו, עדים מתאימים לא הובאו ועיקר מאמציה של הרשות התמקד בניסיון להרחיק עצמה מאימוניו של המחבל בנשק. שקילת התנהלות דיונית זו יחד עם מכלול הראיות שהציגה התביעה, מובילה למסקנה כי בדין נקבע כי המחבל אומן על-ידי הרשות הפלסטינית,

וכי קיים קשר סיבתי בין אימונים אלה לבין הרצח שביצע. בסופו של דבר, המסקנה המשפטית נגזרת מעובדותיו הקונקרטיות של המקרה שלפנינו, בשים לב לדיני הראיות הרלוונטיים שעליהם עמדו חבריי.

3. אני מצטרפת למסקנתו של חברי השופט נ' סולברג גם לעניין טענת החסינות שהעלתה הרשות הפלסטינית. כפי שציין חברי, על יסוד פסיקה קודמת, ההכרעה בשאלה אם קמה זכאות לחסינות המוקנית ל"מדינה זרה" נעשית בכל מקרה לגופו, בהתאם לתעודת שר חוץ. כך היה גם במקרה הנוכחי. כן מקובלת עליי מסקנתו של חברי שלפיה הפגם שנפל בניסוחה של תעודת שר החוץ אינו מצדיק במקרה דנן את התערבותנו. למען השלמת התמונה אוסיף, כי לפי סעיף 20 לחוק חסינות מדינות זרות, התשס"ט-2008, רשאי שר החוץ, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה ובאישור הממשלה וועדת החוקה, חוק ומשפט, לקבוע בצו כי לישות מדינית עומדת חסינות ריבון, וזאת גם אם מעמדה המשפטי הבין-לאומי אינו עולה כדי מעמדה של מדינה. לפי דברי ההסבר להצעת חוק חסינות מדינות זרות, התשס"ח-2008, ה"ח 357, הוראה זו מבוססת על פרקטיקה של בתי משפט מדינתיים אחרים, אשר החילו את חסינות הריבון גם על ישויות זרות שמעמדן אינו כשל מדינה ריבונית. עם זאת, כפי שצוין בדברי ההסבר, כבמדינות אחרות החליט המחוקק הישראלי "להשאיר את העניין בתחום המדיני" (שם, בעמוד 344), בהתאם לצו של שר החוץ. לפי האמור בעמדה שהוגשה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בהליך שלפנינו, לא ניתן צו מתאים בעניין הרשות הפלסטינית. משכך, גם בהיבט זה היא אינה זכאית לחסינות במקרה דנן.

4. אשר לפיצויים העונשיים. משהוכח במאזן ההסתברויות כי הרשות הפלסטינית אימנה את המחבל בנשק ועודדה אותו לבצע מעשי טרור – מעשים נפשעים ומקוממים בכל קנה מידה – יש הצדקה להשית עליה במקרה חריג זה פיצויים עונשיים (להרחבה בעניין שאלת חיובה של הרשות הפלסטינית בפיצויים עונשיים, אם כי בנסיבות שונות ומבלי לקבוע מסמרות בנכונות ההכרעה שם ונימוקיה, ראו והשוו לפסק הדין שניתן לאחרונה בת"א (מחוזי י-ם) 3361/09 יורשי שרון בן שלום נ' הרשות הפלסטינית ((17.11.2017)).

ה נ ש י א ה (בדימ')

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' סולברג.

ערעורה של 'בזק' (ע"א 3049/13) נקבע להשלמת טיעון לפני השופט נ'
סולברג ליום 28.12.2017 בשעה 10:00.

ניתן היום, י"ח בכסלו התשע"ח (6.12.2017).

שופט

שופט

הנשיא (בדימ')