

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1354/97

בפני: כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד השופט א' ריבלין  
כבוד השופטת א' חיות

המערער: עכאשה מחמוד

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
בת.א. 152/95 מיום 12.1.97 שניתן על ידי כבוד השופט  
ד"ר א"צ בן-זמרה

בשם המערער: עו"ד דרויש נאסר, עו"ד דניאל מור

בשם המשיבה: עו"ד איל ינון

### פסק-דין

הנשיא א' ברק:

המערער הגיש בשנת 1995 תביעת נזיקין נגד מדינת ישראל. הוא תבע פיצויים  
בגין פציעתו מירי חיילי צה"ל במהלך הפרות סדר והתפרעויות בשכם. המדינה לא  
חלקה על העובדה כי המערער נפגע מירי החיילים, אך כפרה באחריות כלפיו.

1. בתחילת חודש פברואר 1988 התרחשו בעיר שכם הפרות סדר, התפרעויות וחסימות של צירי תנועה. אל העיר נשלח (ביום 7.2.1988) גדוד שריון של כוח מילואים. משימתו הייתה לשמור על הסדר והביטחון בעיר ולמנוע, בין היתר, חסימה של צירי התנועה. בתדרוך שעבר הצוות הפיקודי של הגדוד לעניין פיזור הפגנות ומידי אבנים, הומלץ על שימוש בגז מדמיע ובכדורי גומי למרחקים קצרים וברובה טוטו (קליעי אש חיה בקוטר 0.22 אינץ') למרחקים ארוכים.

2. ביום 10.2.1988 הוסר העוצר בו הייתה נתונה העיר שכם במשך יומיים. כוח חיילים שסייר אותו יום בשעות הצהריים ב"קאסבה" בעיר ניתקל במחסום של אבנים וצמיגים בוערים לרוחבו של כביש אלבאשה. מחסום זה חסם את ציר הכניסה מה"קאסבה" לעבר שכונת יסמין. חיילי הסיור ניסו לפנות את המחסום. הם נתקלו בזריקות אבנים. זורקי האבנים יצאו מסמטאות ה"קאסבה", חזרו להתחבא בהן וחוזר חלילה. בשלב מסויים החל ידוי אבנים גם מן הגגות השולטים על הצומת לעבר החיילים העוסקים בפינוי המחסום. כדי לאפשר את פינוי המחסום, ירו חיילי הכוח שני רימוני גז מדמיע באמצעות מטול לעבר סמטת מדרגות ממנה יצאו מידי האבנים. בשל כיוון הרוח, חזר העשן ופגע בחיילים עצמם. משנמשך ידוי האבנים, הוזעק סיור נוסף. מטרתו הייתה לבצע הטעייה שתאפשר ירי של רימוני גז וכדורי גומי לעבר המתפרעים. מהלך זה לא צלח וידוי האבנים נמשך. בשלב זה עזבו הכוחות את הצומת, כדי להפחית את העימות עם המתפרעים ולאפשר להם להתפנות מן הצומת ומן הגגות מרצון. עזיבת החיילים נוצלה לעיבויי החסימה ולהבערת צמיגים נוספים. חיילי הסיור שבו עם רכבם לצומת החסום. הם התחילו לפנותו מחדש. מטר האבנים מן הגגות והסמטאות נמשך. החיילים נאלצו לתפוס מחסה מאחורי רכבם.

3. המערער, תושב שכונת יסמין, יליד 22.9.1970, היה בין קבוצה של מידי האבנים שעמדו על גג בית בן 2-3 קומות בקרבת הצומת החסום. המערער זוהה כמוקד החבורה. הוא היה משליך אבן, מתחבא מאחורי מסתור וחוזר חלילה. במהלך האירוע הגיעו לאיזור ההתרחשות שני מפקדי פלוגות וסגן מפקד הגדוד (להלן - הסמג"ד). המפקדים התמקמו בעמדה גבוהה, השולטת על הגג בו שהה המערער, במרחק של כ- 50 עד 100 מטר מן הגג. בנסיבות שנוצרו, אישר הסמג"ד למפקדי הפלוגות לירות ברובה טוטו. בוצע ירי אזהרה ומשהדבר לא הועיל, בוצע ירי לעבר רגלו של בחור שעמד על הגג ונצפה כמנהיג החבורה. הבחור נפגע ברגלו ונוצרה הפוגה קצרה בידי

האבנים. באישור הסמג"ד, בוצע שוב ירי אזהרה באוויר ולאחריו ירי על מכוונות כביסה, פחים ותנורים ישנים שהיו על הגג, כדי שישמע הרעש של הכדורים על הפח. חרף זאת, נמשך ידווי האבנים מצד המערער וחבריו. אלה השליכו לעבר החיילים אבנים בגודל אשכוליות, שטמנו סכנה של חבלה חמורה לחיילים. במצב דברים זה, החליט מפקד הפלוגה לירות ברובה הטוטו לעבר רגליו של המערער, אך זה הסתובב אותו רגע כדי לחזור למחבואו ונפגע בגבו. עם הפגיעה במערער נפסקה זריקת האבנים והמחסום פונה.

4. על רקע תשתית עובדתית זו קבע בית המשפט המחוזי (השופט א"צ בן-זמרה) כי אין להטיל אחריות על המשיבה. נפסק כי אין לקבל את גרסת המערער כי שהה על הגג עם נשים וילדים, ובמקום לא התבצע כלל ידווי אבנים לעבר כוחות הצבא. מנגד, נדחתה טענת המדינה כי המדובר ב"פעולה מלחמתית" המקימה פטור מאחריות לפי סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) תשי"ב-1952. נקבע כי החיילים עסקו בפעילות שיטור של הבטחת הסדר והשלום בעיר שכם. התביעה הנזיקית נדונה איפוא לגופה. נקבע, כי במקרה דנן אין תחולה לסעיף 41 לפקודה בעניין העברת נטלי ראייה, שכן לא מתקיימים כל תנאי הסעיף. בית המשפט דחה את התביעה.

5. לעניין ההתרשלות הנטענת, הבחין בית המשפט בין התרשלות אישית של החיילים בביצוע הירי לבין התרשלות הצבא באופן ההתארגנות להתמודדות עם הפרות הסדר. נפסק כי הירי מרובה הטוטו, ממנו נפגע המערער, לא הייתה בו משום התרשלות של החיילים. נוכח הסכנה בה היו נתונים חיילי הסיור ממטר האבנים הניתך עליהם מלמעלה ועלול לפגוע בפניהם החשופות, היה מקום להגן עליהם באמצעות הירי, כאשר תחילה נורה ירי אזהרה ורק לאחריו ירי שכוון לרגלי המערער. הירי היה מבוקר, ונועד להסיר את הסכנה המאיימת על חיילי הסיור. עוד נפסק כי החיילים לא חרגו מהוראות הפתיחה באש לעניין שימוש בנשק. הם פעלו בהתאם לכללים המתייחסים ל"שימוש בנשק במקרה סכנת חיים": החיילים שעסקו בפינוי המחסום היו נתונים בסכנה ממשית ומיידית; בוצע ירי אזהרה; נעשה שימוש ברובה טוטו, שפגיעתו בדרך כלל קלה יותר; הירי כוון לרגליו של המערער שסיכן את חיי החיילים.

6. כן נדחתה הטענה בדבר התרשלותה של המשיבה, בכך שנשלחה יחידה שאינה מיומנת בפעילות שיטור ואינה מצויידת בציוד הדרוש והמתאים להתמודדות עם התפרעויות, חסימות וזריקות אבנים, או בכך שלא הוצבו כוחות שיטור גדולים יותר למשימה. בית המשפט ציין כי האירוע התרחש בתחילת האינתיפאדה, כאשר צה"ל עדיין לא היה ערוך להתמודד עם ההתפרעויות. לכן לא הועמדו לרשות הגדוד רובי

פדרל (לירי גז מדמיע), רובי צלפים וצלפים, מגינים ומגיני פנים וכיוצא באלה. בית המשפט הוסיף וקבע כי גם אם היו עומדים לרשות הצבא משאבים אלה, וגם אם שיקול הדעת המבצעי—צבאי במשלוח הכוח להבטחת הסדר והתנועה בעיר היה מוטעה, אין לראות בכך התרשלות. בית המשפט הוסיף כי גם בהנחה שהייתה התרשלות, עומדות למשיבה ההגנות של הסתכנות מרצון (סעיף 5 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]) ואשם תורם של 100%. המערער חשף עצמו במכוון לסיכון הפגיעה בו, כאשר יצא ממקום מחבואו לזרוק אבנים למרות ששמע את הירי והיה עד לפגיעה בנער אחר זמן קצר לפני כן. הוא היה מודע לנזק האפשרי בו. הוא יכל להסתלק מהגג או להמשיך להסתתר, אך לא נהג כך.

הערעור

7. המערער אינו מבקש לחלוק על התשתית העובדתית שקבע בית המשפט המחוזי. ערעורו מופנה כנגד קביעותיו המשפטיות של בית המשפט. לשיטתו, גם על פי התשתית העובדתית שנקבעה ומתוך עדויות החיילים שהיו מהימנות על בית המשפט, יש מקום להכיר באחריות ישירה ושילוחית של המשיבה לנזקי המערער כתוצאה מן הירי, וזאת בהתבסס על עוולת הרשלנות ועל עוולת התקיפה. לטענתו, הירי לעבר המערער היה מיותר, בלתי מוצדק ורשלני. הירי לא נבע מסכנת חיים אלא מרצון שלא לסגת מן הצומת. הירי ברובה הטוטו התבצע מתוך הנחה שמדובר בנשק שפגיעתו קלה יחסית על ידי חיילים שלא הכירו דיים את כלי הנשק. אלה העידו כי לא הייתה כוונה לפצוע באופן כה חמור מי מהמתפרעים ובדיעבד הייתה זו טעות להשתמש ברובה הטוטו באירוע. התרשלות המשיבה התבטאה, לשיטת המערער, בכל אחד מאלה: ירי מוטעה באש חיה כלפי נער לא חמוש; תדרוך רשלני בשימוש בנשק; העדר ציוד הולם להתמודדות עם הפרות סדר ויידוי אבנים; שימוש בכוח בלתי מיומן לטפל בהפרות סדר; שימוש בלתי מקצועי בנשק (היורה לא עבר קורס צלפים ולא השתמש במשקפת); אי שמירה על נוהלי הפתיחה באש.

8. המערער מוסיף כי גם יסודות עוולת התקיפה מתקיימים בענייננו, וכי למשיבה לא עומדת הגנת הצורך או הגנה עצמית בנסיבות העניין. לא הוכח כי נשקפה סכנה ממשית לחיי החיילים, שכן אלה יכלו לסגת מן הצומת, והירי חרג ממידת הנחיצות הסבירה. לעניין הסתכנות מרצון, המערער טוען כי לא נטל סיכון פיסי או משפטי על עצמו. הוא לא צפה כי זריקת האבנים תיתקל בתגובה כה חמורה ותגרום לנזק גוף כה משמעותי. כן נטען כי לא הונחה תשתית עובדתית כלשהי לעניין רשלנות תורמת של המערער, לא כל שכן רשלנות תורמת בשיעור 100%.

9. המשיבה, מצידה, סומכת ידיה על פסק הדין המחוזי. לשיטתה, בצדק נפסק כי החיילים לא התרשלו בפעולתם באירוע. המדינה מוסיפה וטוענת כי החיילים פעלו על פי הוראות הפתיחה באש שהיו קיימות במועד האירוע לענין שימוש בנשק במקרה של סכנת חיים. אם הפר הכוח את הוראות הפתיחה באש, אין בכך כדי להוביל למסקנה כי החיילים התרשלו. אין זהות מוחלטת בין קיומן או הפרתן של הוראות הפתיחה באש על-ידי חייל לבין קיומה או הפרתה של חובת הזהירות המוטלת עליו, כשסבירות האמצעים נבחנת על פי נסיבותיו העובדתיות של כל מקרה. המדינה מאשרת כי הכוח שפעל בעת האירוע לא היה כוח מאומן ומיומן בטיפול בזריקות אבנים ובהתפרעויות אלימות. כן מאשרת המדינה בחלקה את הטענה שהחיילים שהשתתפו באירוע לא צוידו בציוד הולם למאבק מסוג זה, כאשר המחסור נגע בעיקר לציוד מגן. אך גם אם נכונה העובדה כי צה"ל לא נערך בזמן לפרוץ האינתיפאדה, היא אינה מקימה למערער עילה בנזיקין. לבסוף, המדינה דוחה מכל וכל את טענת המערער כי לו נסוגו החיילים מהצומת החסומה, הם לא היו נתונים בסכנת חיים. לשיטתה, ערעור על עצם חובתם של החיילים לפעול לדיכוי המהומות במקום להיכנע ולסגת לאחור אינו יכול להישמע במסגרת תביעת הנזיקין.

התשתית העובדתית

10. התשתית הראייתית שעמדה בפני בית המשפט המחוזי כללה, בין היתר, עדויות של המערער, עדי ראיה מטעמו ועדותם של ארבעה חיילי מילואים שנטלו חלק באירוע. גרסת המערער, לפיה לא נטל חלק בהתפרעויות, לא הייתה מהימנה על בית המשפט. בית המשפט המחוזי קבע ממצאים עובדתיים מפורטים באשר לנסיבות האירוע בהתבסס על עדויות החיילים, אשר זכו לאמונו המלא. על ממצאים אלה לא חולקים עוד בעלי הדין בערעור לפנינו. נקודת המוצא לבחינת הערעור היא, איפוא, התשתית העובדתית שנקבעה על-ידי בית המשפט המחוזי.

המסגרת הנורמטיבית

11. אחריותה של המדינה נקבעת במקרה שלפנינו על פי פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן – הפקודה). המדינה אינה עומדת בערעור על הטענה כי עומד לה פטור מאחריות בגין "פעולה מלחמתית" (סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952). הנחתנו הינה איפוא כי עניין לנו בפעילות שיטור על סיכוניה הרגילים ולא בפעולה בעלת אופי לחימתי הכרוכה בסיכון מיוחד (ראו, ע"א

5964/92 ג'מאל קאטס בני עודה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1. במסגרת הפקודה הועלו בפנינו שני בסיסים חילופיים לאחריות המדינה: תקיפה ורשלנות. נעמוד על כל אחד מהם.

תקיפה

12. אין לנו צורך להיכנס לפרטי הטענה בעניין התקיפה. הטעם לכך הוא, שבפרשה שלפנינו לא נתבע החייל היורה עצמו. התביעה היא כנגד המדינה. על פי הוראות פקודת הנזיקין - הוראות שאבד עליהן הכלח - אין לאחריות שילוחית בגין תקיפה (סעיף 25 לפקודה). נמצא, כי דין עילת התביעה בגין תקיפה להידחות. עם זאת, ההתנהגות המכוונת של החיילים עשויה לבסס לאחריות אישית (ולא שילוחית) של המשיבה בגין רשלנות. לבחינתה של זו נעבור עתה.

רשלנות

13. המשיבה אינה מתכחשת לקיומה של חובת זהירות כלפי המערער. המחלוקת בין בעלי הדין היא בשאלה האם הופרה אותה חובת זהירות. השאלה היא האם חיילי הכוח סטו, בנסיבות המקרה שלפנינו, מרמת ההתנהגות הראויה. שאלה נוספת היא האם סטתה המשיבה, באופן בו נערכה להתמודד עם הפרות הסדר בשכם, מן הסטנדרט הראוי בנסיבות העניין. אם התשובה לאחת השאלות היא בחיוב, אזי ניתן להטיל על המשיבה לאחריות אישית או שילוחית כלפי הנפגע.

14. אמות המידה לפיהן תבחן סבירות התנהגותם של שוטרים וחיילים, הפועלים לדיכוי התפרעות אלימה בשטחי יהודה ושומרון, נדונו לאחרונה בהרחבה בע"א 5604/94 חמד ואח' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) (להלן – פרשת חמד). וכך כתבתי שם:

“האינטרס הציבורי במניעת התפרעויות, זריקות אבנים וחסימת כבישים באיזור הוא רב. המפקד הצבאי, השולט באיזור, חייב לנקוט באמצעים כדי להבטיח את שלום הציבור. תוך כדי נקיטה באמצעים שכאלה עלולים חיילים, שוטרים ותושבים באיזור להיפגע. זוהי מציאות חיים שיש לקחתה בחשבון. אין למנוע את הפעילות הבטחונית שנועדה לקיים סדר וחוק אך ורק בשל החשש של פגיעה למי שמצוי בזירת האירוע...”

אכן, לאור הסיכונים והסכנות הבטחוניות שהתפרעויות אלימות, חסימות כבישים וזריקות אבנים באיזור גורמות, אינטרס הציבור הוא כי יינקטו אמצעים למניעתם, גם אם משמעות הדבר הינה פגיעה אפשרית ברכוש או בגוף. אין להימנע מפעולות לאכיפת החוק והסדר באיזור רק משום שיש בהן סכנה אפשרית לפגיעה (ראו ע"א 559/77 למפרט נ' מדינת ישראל פ"ד לג(3) 649, 651). עם זאת, לא כל התנהגות של שוטרים, בנסיבות אלה, היא סבירה. השוטרים אינם רשאים לעשות הכל על מנת לשכך מהומות ולהשליט סדר. יש לנקוט רק באותם אמצעים שהם סבירים בנסיבות העניין. הפרעה או סיכון ביטחוני אינם יוצרים היתר לפעול שלא בסבירות. סיכון ביטחוני הוא נסיבה חשובה שמשיעה על אמצעי הזהירות שסביר לנקוט בהם בנסיבות העניין.

האם פעלו החיילים בסבירות על פי מבחנים אלה? האם הירי מרובה הטוטו לעבר המערער, בנסיבות העניין, היה רשלני?

15. על פי קביעותיו של בית המשפט קמא, כוח סיור שפעל בשכם, במסגרת נסיון להחזיר את הסדר הציבורי בעיר, נתקל בחסימת צומת ובידוי אבנים. החלה התנגשות בין החיילים לבין קבוצת מתפרעים, אשר נמשכה כמה שעות. ההתנגשות לבשה פנים שונים במהלך האירוע ועוצמתה גברה ופחתה לסירוגין. במהלך האירוע נקטו החיילים שורה של אמצעים כדי לסלק את מידי האבנים ולפנות את החסימה. הם ירו גז מדמיע; ירו כדורי גומי; ביצעו פעולת הטעייה באמצעות כוח סיור נוסף שהוזעק למקום; נסוגו זמנית מהצומת כדי להפחית את העימות עם המתפרעים ולתת להם הזדמנות לפנות את החסימה מרצון. בשלב מסוים הגיעו למקום שני מפקדי פלוגות והסמג"ד. אלה פתחו בירי מרובה הטוטו. תחילה בוצע ירי באוויר וירי לעבר פחים ותנורים ישנים. משנמשך ידוי האבנים, ירו הקצינים מרובה הטוטו ישירות לעבר מידי האבנים, ירי ממנו נפגע המערער בגבו.

16. אכן, אינטרס הציבור הוא כי הצבא ינקוט אמצעים להשבת הסדר הציבורי על כנו ולפתיחת צירי תנועה. אך, כפי שציינתי בפרשת חמד, לא כל הפעולות בנסיבות אלה הן סבירות. הגורמים הפועלים לאכיפת החוק אינם רשאים להשליט סדר "בכל מחיר". מבלי להמעיט מחשיבות האינטרס שבשמירה על הסדר הציבורי, יש לזכור כי כוחות הביטחון אינם רשאים לעשות הכל כדי לדכא התפרעות או לפתוח ציר תנועה. עליהם לנקוט רק באמצעים שהם סבירים בנסיבות העניין. לא בכל הנסיבות קיימת הצדקה לדכא התפרעות במחיר של סיכון חיי אדם. גם במצבי סכנה אין היתר לעשות הכל כדי

למנוע הסכנה. גם תחת סכנה יש לנקוט רק באותם אמצעים שהם סבירים בנסיבות העניין. האם ירי ישיר מרובה הטוטו היה סביר בנסיבות העניין?

17. מעדויות הקצינים עולה כי הירי נועד להבריא את מידי האבנים מהגג על מנת לאפשר את פתיחת הציר. האירוע לא נתפס בעיני הקצינים כמצב חירום בו מתחייב ירי חי כדי לחלץ חיילים מסכנה ממשית ומיידית לחייהם. הם לא העלו על דעתם לירות על המתפרעים אש חיה מנשקם האישי (עמ' 37 לפרוט'). אמת, חיילי הסיור בצומת מצאו עצמם תחת "גשם של אבנים" והיו נתונים בסכנה לשלומם כאשר ניסו לפנות את החסימה בכביש. כמובן שלא ניתן לנתק בין ההתפרעות לבין הסכנה לחיילים החשופים לזריקת אבנים. אך עצם הסכנה לחיילים לא הייתה הסיבה לירי. את שלומם של החיילים ניתן היה להבטיח בדרך אחרת של נסיגה זמנית מן הצומת או תפיסת מחסה בסמוך. הדברים עולים מפורשות מעדותו של הקצין עדי במצ"ח (ביום 18.2.88):

"עלי להדגיש כי בארוע ספציפי זה יתכן והירי בטוטו היה מוגזם כי יכלנו לעזוב את השטח וכוחותנו לא היו ממש בסכנת חיים... אני כמפקד השכונה ראיתי לי כמשימה חשובה ביותר לדאוג שהצומת תהיה פתוחה בכל מחיר מתוך דביקות במשימה, זה שהביא ליציאה מפרופורציות. רק לאחר הארוע הזה, הוספנו להוראות לחיילים 'לא בכל מחיר'. דהינו שבמבט לאחור יתכן והיינו צריכים לעזוב את הצומת שתשאר סגורה ולחזור מאוחר יותר או בכוחות גדולים מה 12-15 חיילים שהיו במקום, לחזור ולנסות לפתוח את הציר ללא ירי... אנחנו עשינו לאחר הארוע תחקיר מג"ד ואז אנחנו העלנו על הדעת את הרעיון שאולי טעינו בנשוא הפעלת הנשק והכרתי בכך ברגע שראיתי והבנתי ששימוש בטוטו היה בעצם שימוש בנשק חם".

ברוח זו העיד גם הקצין רענן בפני מצ"ח (ביום 21.2.88):

"אנחנו ציפינו לפגיעה קלה, פתאום ראינו פגיעה ממשית במתפרעים, מכאן נובעת גישתנו שלי ושל שאר הקצינים שהיו שותפים לארוע זה שאנחנו לא צריכים לציין כי היינו בסכנת חיים, אלא רצינו שתהיה תוצאה מסויימת לירי בטוטו, ועקב הירי נתקבלה תוצאה אחרת חמורה יותר מזו שהתכוונו לה מלכתחילה – ולכן אני מבין שזו היתה טעות להשתמש בטוטו בארוע זה. עלי לציין שלאחר האירוע הזה נערך דיון אצל המג"ד, שהבנו שהיתה טעות בהפעלת רובה הטוטו בארוע המסויים הנ"ל והופקו הלקחים".



18. "טעות" זו של הקצינים נבעה בין היתר מתדרוך לקוי לגבי רובה הטוטו. הדבר הביא לחוסר מודעות למלוא העוצמה של הנשק ולסיכון הטמון בו (עמ' 45 לפרוט'). מפקדי הפלוגות צוידו ברובי טוטו כחלק מהציוד לפיזור התפרעויות. הם תודרכו לגביו במסגרת תדרוך על אמצעים שונים לפיזור התפרעויות, כגון רימוני גז וכדורי גומי. נמסר להם כי זהו אמצעי יעיל לפיזור הפגנות ממרחק גדול, מתוך הנחה שלא נגרם נזק רב לאדם הנפגע מכדור קטן כזה ממרחק רב (עדות המ"פ עדי בעמ' 28 לפרוט' ובעמ' 34 לפרוט'). הנשק לא הוזכר בהקשר להוראות הפתיחה בנשק חם. מכאן הנחתם של הקצינים כי הירי לא יפגע בצורה קטלנית או חמורה במידי האבנים, אלא רק יכאיב להם בדומה לכדורי גומי (עדות הסמג"ד בעמ' 37 לפרוט' ועדות המ"פ רענן בעמ' 47 לפרוט'). וכך מציין אחד הקצינים, עדי, בהודעתו למצ"ח:

---בכל התדריכים וגם במהלך החפיפה עם היחידה הקודמת הוזכר רובה הטוטו כאמצעי יעיל לפינוי מתפרעים ממרחק גדול ולא הוזכר בנשימה אחת עם הוראות הפתיחה בנשק חם. מתוך כך השתמע כי שימוש בטוטו מקובל בסדר גודל של השימוש בגז ובגומי ובעת השימוש ברובה הטוטו לא התיחסו לכך כאל נשק בירי חם... ויתכן ובאופן רטרואקטיבי היתה הסיבה שהשתמשו ברובה הטוטו בארוע זה."

קצין זה, בעדותו בבית המשפט, השיב בחיוב לשאלה האם "השימוש היה ברובה הטוטו מתוך הנחה שזה יגרום לצביטה או מכה, כמו כדור גומי ממרחק כזה?" (עמ' 34 לפרוטוקול). הקצינים לא היו מודעים, איפוא, לחומרות והסכנות של הנשק בו השתמשו. חוסר מודעות זה הביא לשימוש בנשק קטלני בנסיבות שלא נועד להן. וכך העיד הסמג"ד שאישר את הירי:

"אני סברתי שכדורי טוטו לא יפגעו בצורה קטלנית או בפגיעה חמורה" (עמ' 37 לפרוטוקול).

19. לאמיתו של דבר, רובה הטוטו הוא "נשק חם" לכל דבר. ככל ירי של קליעי אש חיה, הירי עלול לגרום לפגיעה של ממש. אמנם, מדובר בכדורים בעלי קוטר קטן יחסית (0.22 מ"מ), אך עדיין טמון בהם סיכון של פגיעה קטלנית. כמו כן, רובה טוטו הוא נשק ללא משקפות, דבר המפחית את יכולת הדיוק בירי. שימוש בנשק הטוטו לשם פיזור התפרעויות יוצר, איפוא, סיכון של ממש לחייהם ולשלמות גופם של המתפרעים ואף של עוברי אורח הנמצאים בסמוך. על רקע זה נראה כי השימוש בו במסגרת

פעולות שיטור שעניינן פעילות של פיזור התפרעות ופתיחת כביש חסום מותר רק בנסיבות מיוחדות, בהן קיים סיכון ממשי לחיי החיילים בלא שיהיה אמצעי מזיק פחות למנוע אותו סיכון. אכן, סבירות האמצעי תקבע בכל מקרה ומקרה תוך עריכת איזון ראוי בין הערכים והאינטרסים הנוגעים לעניין. האינטרסים והערכים שילקחו בחשבון הם האינטרסים והערכים של הניזוק, המזיק והחברה.

20. בנסיבות המקרה הנדון, הירי הישיר לעבר מידי האבנים באמצעות רובה הטוטו לא היה סביר. כפי העולה מעדויות הקצינים שהיו במקום, הכביש החסום היה כביש פנימי בשכם המשרת את תושבי העיר; פתיחת הציר היתה פעולה יזומה של הצבא, שהתנהלה במשך מספר שעות והיא נועדה בעיקרה לאפשר לתושבי אותו האזור להצטייד במוצרים לאחר שהוסר העוצר בו היו נתונים; עוד עולה מהעדויות כי לא היה זה מצב חירום פתאומי שיצר צורך מבצעי לפתיחת הציר וזו לא היתה חיונית מעבר לאינטרס הכללי בשמירת הסדר הציבורי; ההתפרעות לא היתה בהיקף גדול ומספרם של מידי האבנים לא היה רב; לא היתה כל אינדיקציה כי האירוע עלול לגלוש להתפרעות המונית ולאובדן שליטה והירי לא היה חיוני לשם הבטחת שלומם של החיילים. זאת ועוד, הקצינים אישרו כי לא היו מודעים לסכנות שבנשק הטוטו בשל תדרכם הלקוי וכי אילו היו מודעים לסכנות אלה לא היו מבצעים את הירי. נוכח מכלול הנסיבות, כפי שהן עולות מעדויות הקצינים במקרה דנן, נראה כי הירי מתוך כוונה לפזר את המתפרעים ולפתוח את הכביש לא היה סביר והסיכון שיצרו החיילים בנקיטתם באמצעי של אש חיה לא היה סביר. הירי מרובה הטוטו היה איפוא רשלני.

#### הסתכנות מרצון

21. גם הטענה כי התנהגותו של המערער מקימה למשיבה הגנה של "הסתכנות מרצון" אינה יכולה לעמוד. ההגנה של "הסתכנות מרצון" חלה אם הניזוק "ידע והעריך או יש להניח שידע והעריך, את מצב הדברים שגרמו לנזק וכי חשף עצמו או רכשו למצב זה מרצונו" (סעיף 5 לפקודת הנזיקין). קיומה של ההגנה של הסתכנות מרצון מותנית בשלושה תנאים מצטברים: ידיעתו של התובע אודות הסיכון, לרבות הערכת אופיו המסוכן; חשיפת הניזוק למצב זה; רצון הניזוק לחשוף עצמו לסיכון. הרצון להסתכן חייב להתבסס, איפוא, על ידיעת מצב הדברים שגרמו לנזק. ידיעה זו אינה רק ידיעה של העובדות היוצרות את הסכנה כי אם הערכת מהותה של הסכנה (Presser & Keeton *On the Law of Torts* (5<sup>th</sup> Ed., 1984) 487). באשר לדרישת ה"חשיפה", אין עניינה אך ידיעה על דבר התרחשות הנזק, אלא חשיפה לתוצאותיו המשפטיות של הנזק (ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פ"ד לז(1), 113, 147). הגנת

ההסתכנות מרצון תעמוד לנתבע רק בנסיבות בהן הסכים התובע לקבל על עצמו את הסיכון של פגיעה ללא פיצוי (ע"א 119/86 קני בתים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ובניה נתניה, פ"ד מו(5), 727).

22. בעניין שלפנינו, אין כל תשתית ראייתית ממנה ניתן להסיק כי המערער היה מודע למלוא הסיכון לו נחשף ולטיבו. לא הוכח כי המערער העריך שההתפרעות תגרור תגובה חריפה של ירי חי ישירות לעבר מידי האבנים. כמו כן, לא הוכח כי ידע והעריך את הסכנה הכרוכה בירי. וכיצד ניתן לומר כי ידע אודות הסכנה כאשר אפילו הקצינים היורים לא היו מודעים לחומרות והסכנות של הנשק בו השתמשו? זאת ועוד, אמנם המערער חשף עצמו לסיכון של פגיעה מצד החיילים, אך הוא לא הסכים לשחרר את המשיבה ושלוחיה מחובתה לנהוג כלפיו בסבירות (ראו, Presser & Keeton, p. 485). גם אם הסכים לסיכון של פגיעה קלה מאמצעים לפיזור הפגנות, הוא לא הסכים לשאת בתוצאות של ירי מנשק חם (ראו, J.G. Fleming, *The Law of Torts* (9<sup>th</sup> Ed. 1998) 336). הוא לא הסכים לשאת בתוצאות של ירי בלתי סביר (השוו, ע"א 3684/98 מדינת ישראל נ' זאיד באדר אחלייל ואח' (לא פורסם)). גם התנאי של חשיפה מרצון לתוצאות המשפטיות של הנזק אינו מתקיים במקרה דנן. לא הוכח כי המערער הסכים שאם ייפגע מידי החיילים, הנזק ייפול עליו. אין כל ראייה לכך שהייתה לו כוונה לקבל על עצמו סיכון של פגיעה ללא פיצוי. גם מבחינה אובייקטיבית אין לומר כי אדם סביר במקומו של הניזוק היה מקבל על עצמו את הסיכון של פגיעה ללא פיצוי.

אי לכך, הערעור מתקבל והדיון מוחזר לבית המשפט המחוזי בירושלים לדיון בסוגיית הנזק, האשם התורם והיקף הפיצויים.

ה נ ש י א

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, כ"ג בכסלו התשס"ה (6.12.2004).

שופטת

שופט

הנשיא