

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3684/98

בפני: כבוד המשנה לנשיא ש. לוין
כבוד השופטת ד. דורנר
כבוד השופט מ. אילן

המערערת: מדינת ישראל

נגד

המשיבים: זאוויד באדר אחלייל ואח'

ערעור על פסק דין בית המשפט
המחוזי בירושלים מיום 28.4.98
בתיק 1330/96 שניתן על ידי כבוד
הנשיא ו' זיילר

בשם המערערת: עו"ד טליה ששון, עו"ד אייל ינון

בשם המשיבים: עו"ד חביליו

פסק דין

המשנה לנשיא ש' לוין:

1. המדינה מערערת לפנינו על חיובה בנוזקיו של המשיב הראשון עקב פציעתו על ידי ירי בו נפגע על ידי כוח של "מסתערבים" ועל שיעור הנזקים. אלה הן העובדות, שכמעט ואינן שנויות במחלוקת עוד בין בעלי הדין:

א. המשיב הראשון (להלן-המשיב) מתגורר בכפר ספא, שהינו חלק מהכפר בית עומר שליד חברון. כפר זה היה ידוע בריבוי הפרות הסדר שבו, וגם בריבוי תופעות של הופעת רעולי פנים, ולפיכך נעשו על ידי צה"ל פעילויות אינטנסיביות במקום למניעת הפרות סדר וגרימת חבלות;

ב. ביום 6.10.94 בשעות הערב, שעה שכבר החשיך, נסעו שמונה "מסתערבים", שהם חיילים המחופשים כערבים במכונית פגיו, הנושאת מספר מקומי, לאורך כביש בכפר, המוביל ממזרח למערב, ובהתקרבה לצומת נתקלו החיילים במחסומי אבנים ובצמיגים בוערים. מבעד לעשן ולמחסום הופיעה לפתע דמות רעולת פנים "עם תחפושת של נינג'יה" ובידה אלה, שנתברר לאחר מכן שמדובר במשיב. זה סבר תחילה שבמכונית נוסעים תושבים מקומיים, והוא ניגש לחלון הנהג של המכונית. בשלב זה יצאו חיילי הכוח מן המכונית במטרה ללכוד את המשיב;

ג. כשנוכח המשיב שמדובר בחיילי צה"ל, הוא החל לברוח מערבה לכיוון הכפר. החיילים החלו לדלוק אחריו, אולם כעבור כמה מטרים, בין חמישה לעשרה, (ראה עדות החייל יריב בעמ' 11), נוכחו החיילים לדעת כי המשיב עלול להיעלם להם בין בתי הכפר. הם קראו לעברו בערבית "עצור", ירו באוויר ולאחר מכן ירו לעברו בחשיכה. בסך הכל נורו לעברו של המשיב כעשרה כדורים, אך ארבעה או חמישה מהם בלבד פגעו במשיב מאחור, ובין השאר: בעמוד השדרה המותני, בגובה חוליה 4 לבטן באזור הכליה, בשוק ובירך. היריות נורו על ידי שניים (אחד מהם מפקד הכוח), ואולי שלשה חיילים, וכוונו לעבר החלק התחתון של גופו של המשיב.

ד. כשהמשיב נפל נפסק הירי ואנשי הכוח הגישו לו עזרה רפואית.

2. המדינה לא עוררה בפני בית המשפט המחוזי, וגם לא לפנינו, את הטענה שמדובר ב"פעולה מלחמתית" של צה"ל לפי סעיף 5 [לחוק הניזקין האזרחיים](#) (אחריות המדינה), תשי"ב 1952 - ומוסכם על הכל שעניינו של ערעור זה יוכרע בגדר דיני הניזקין הרגילים. לענין זה נזקקו הפרקליטים המלומדים לפני בית המשפט המחוזי וגם לפנינו להוראות פתיחת האש לחיילים, המצויות ב"פנקס כיס לחייל המשרת באיו"ש ואזר"ע, המוצג ת.2/.

3. הנשיא המלומד קבע מבחינה עובדתית - ואין לנו כל עילה להתערב בממצאיו - שדי היה במטרים ספורים של מרדף כדי להביא את החיילים למסקנה שנוכח החשיכה לא יעלה בידיהם לתפוס את המשיב; אשר על כן הברירה היחידה שעמדה לפנייהם היתה לאבד את החשוד או להפעיל נוהל מעצר, והחיילים בחרו בדרך השניה. כמו כן קבל הנשיא המלומד את גירסת החיילים שהם ירו לחלקו התחתון של גוף המשיב, וכי כל אחד מן היורים ירה כלפי המשיב יריות בודדות באקדח ולא צרור. הנשיא גם קבע שאמצעי הפתיחה באש היה "אמצעי אחרון למעצר החשוד", לאחר שזה לא נענה לקריאת "עצור" ולירי באוויר. עוד קבע הנשיא שהתקיים במשיב "חשד סביר שהחשוד ביצע, מבצע או עומד לבצע פשע מסוכן". בממצאים

אלה אין אנו עומדים להתערב. עם זאת מצא הנשיא המלומד שלכאורה התרשלו החיילים ב"עודף ירי", ומשלא באה ראייה לסתירת ה"לכאוריות" הנובעת מפעילות זו, היא הפכה להיות חלוטה. וכך נימק הנשיא את מסקנותיו:

- א. המדובר במקרה שלפנינו במעצר חשוד ולא בנסיון למנוע סיכון מידי. בענין כזה האיזון בין הצורך לקיים סדר תקין על ידי מעצר חשודים או עבריינים לבין החובה להיזהר ככל האפשר מקיפוח חי אדם או מפגיעה חמורה בו, נוטה באופן ברור לכיוון ההקפדה על חייו של העבריין או החשוד ושלמותו.
- ב. זוהי הסיבה לדרישת נוהל מעצר חשוד לירי בודד, שבו מקובל הרעיון שלאחר כל יריה בודדת יבחנו הרודפים אם הושגה המטרה, בטרם ירו כדור נוסף. לו ירו הרודפים לעבר המשיב מאה יריות כי אז היה ברור שהירי נעשה ללא התחשבות במידת הסיכון שבו והוא הוכחה ניצחת לרשלנות.
- ג. בענייננו נורו לעברו של המשיב כ-10 יריות. במקרה זה "נחרצות" המסקנה היא פחותה אך עדיין חל על המקרה אותו הגיון הדברים. "לכאורה" - כך קבע הנשיא המלומד - "ובהעדר הסבר על הצורך בירי נוסף לאחר פגיעה בתובע, לא היתה סיבה לירי נוסף לאחר הפגיעה הראשונה. נוכח ה"לכאוריות" שבקיום רשלנות בנסיבות כאלו, עובר נטל ההוכחה להראות שהדברים אינם כצקתה על הנתבע, ואולם הוא לא הביא ראייה כלשהי בנושא זה". עוד ציין הנשיא המלומד שהיה מדובר במרדף צמוד יחסית, כ-10-20 מטרים מפרידים בין החיילים לבין המשיב. "במצב זה" - כך נקבע - "ניתן היה להתארגן כך שלא תיירה יריה נוספת בטרם יתברר, לפחות לכאורה, שקודמתה החטיאה את המטרה, אם מבחינת הפגיעה בחשוד, אם מבחינת האפקט המעכב שבפגיעה, אם היתה כזו". אליבא דבית המשפט המחוזי לא הוכח שננקטו צעדים כלשהם למניעת ירי ללא צורך במשיב. להלן המשיך הנשיא המלומד וכתב בפסק דינו:

"רשלנות הנתבעת הוכחה איפוא, ואולם יש לזכור שהרשלנות מבוססת על "עודף ירי" בתובע ולא על עצם הירי לעברו במטרה לפגוע בו. פגיעה בכדור אחד היתה מותרת באותן נסיבות בהן נורה הירי, וגם פגיעה כזו היתה הגורמת נזק כלשהו לתובע מבלי שהתובע היה זכאי לפיצוי עקב כך. אין אפשרות לקבוע במקרה זה מה היה הכדור הראשון שפגע, והיכן פגעו היריות העודפות. עם זאת, נראה לי שראוי ליתן ביטוי לנזק שבכל מקרה היה קורה.

בנסיבות בלתי ידועות אלו נראה לי שניכוי של 15% מהנזק שיוכח יבטא את מינימום הפגיעה וכן את "הממוצע המשוקלל" של נזקי "הכדור הראשון", וכך אני מחליט שיעשה."

לכסוף דחה הנשיא המלומד את טענות המדינה בדבר רשלנות תורמת והוא - "בנסיבות אלו של

"ירי עודף" ברור לכיוון (המשיב.)"

4. לפנינו השיגה גבי ששון מטעם המדינה על קביעת ההתרשלות של המדינה; הרי - כך נטען - בסך הכל נורו על ידי החיילים כעשר יריות ומיד כשהמשיב נפל נפסקו היריות (עדות יריב בעמ' 10); טענה זו אינה משכנעת כל עיקר: לו המשיכו החיילים לירות גם לאחר שראו את המשיב נופל יכול והיו מבצעים מעשה הגובל בהריגה או ברצח. עוד נטען לפנינו כי משקבע בית המשפט המחוזי כי הברירה שעמדה לפני החיילים היא לאבד את החשוד או להפעיל נוהל מעצר, שוב אין מקום להחייבם ברשלנות לכאורית; ואין בסיס מספיק לקביעה כי בנסיבות הענין "ניתן היה להתארגן כך שלא תיירה יריה נוספת בטרם יתברר, לפחות לכאורה, שקודמתה החטיאה את המטרה..." (ראה עמ' 5 לפסק הדין). גבי ששון טענה לפנינו בדין שאין להפוך את זירת האירוע לזירה סטרילית ו"לא ניתן לבודד ולבחון את נחיצותו של כל כדור וכדור ונחיצותה של כל פגיעה ופגיעה..."

גם אני סבור - כמו הפרקליטה המלומדת - כי לא היה בסיס, בנסיבות הענין, לקבוע כי החיילים היו אמורים להפסיק את הירי אחרי כל יריה ויריה, אולי להתארגן, לוודא שהיריה הקודמת החטיאה את המטרה ואז - אם המשיב לא היה נעצר - לירות שוב; גם לא ניתן היה לוודא בתנאי החשיכה אם המשיב נפגע או לא ואם המשיך לרוץ למרות שנפגע. לפיכך סברתי תחילה שדין הערעור להתקבל; שהרי בנסיבות המבצעיות שאירעו באותה עת, בתנאי החשיכה ששררו בשטח, לא היתה השיטה האמורה מעשית, ואין לבדוק את הדברים בדיעבד באמת המבחן של מעבדה. אך לאחר מחשבה נוספת הגעתי לכלל מסקנה שיש לקיים את מסקנתו הבסיסית של בית המשפט המחוזי, לא לגמרי מטעמו.

5. כמו שנקבע בע"פ 486/88 פ"ד מד(2) 353 קיים צידוק להפעלת כוח קטלני במהלך מעצר או בריחה ממעצר אם המעצר היה חוקי, התייחס לעבירה מסוג פשע ולא היתה קיימת דרך אחרת לממש את המעצר. אני מסכים עם הנשיא המלומד שבנסיבות המקרה שלפנינו נתמלאו שני התנאים הראשונים ולא היתה קיימת דרך אחרת ללכוד את המשיב; עם זאת נאמר גם בע"פ 486/86 הנ"ל (בעמ' 372) (כי יש למצוא - גם במקרה שבו נתקיים התנאי השלישי - את האיזון הדרוש בין האינטרס הציבורי בתפיסת עבריינים ומעצרים לבין השאיפה למנוע ככל האפשר קיפוח חיי אדם "כאשר הדבר איננו עומד ביחס סביר למידת הסכנה אותה מבקשים למנוע"). לענין זה מותר להביא בחשבון מחד, נסיבות מעצר שבהן קיים יסוד סביר להניח שאם החשוד יצליח להימלט מן המעצר הוא עשוי לסכן חיי אחרים או לפגוע פגיעה חמורה באחרים ומאידך, אין להפעיל נגד הנמלט כוח קטלני מעבר למידה הראויה הדרושה לתפיסתו. לענין זה - כך נראה לי - ראוי להותיר לחיילים מרווח סביר של טעות היכולה להיגרם כתוצאה מתנאי המקום, השטח והזמן

העומדים ברקע האירוע המבצעי שבמחלוקת והמחייבים החלטה מהירה ולא התייעצות משפטית על המותר והאסור באותו רגע .

על רקע זה יש לבחון את הוראות חלק ג' לנוהל המעצר ת2/ המחייב "במידת האפשר" פתיחה באש בשלבים : קריאת עצור, ירי באוויר כלפי מעלה ולאחר מכן ירי על מנת לפגוע ברגליים בלבד (ראה עמ' 15 ו16-); כמו שנאמר בנוהל המעצר:

"... השימוש בנשק יעשה בכל מקרה ב"בודדת", בזהירות מירבית...
הפתיחה באש תעשה עד כמה שהנסיבות מאפשרות בידי המפקד
בלבד."

לדעתי, היתה מטרתה של הדרישה שהשימוש בנשק יהיה בכל מקרה ב"בודדת" לתת לנמלט, שכבר קלט את הקריאה "עצור", ולא נעצר מיד, הזדמנות חוזרת לאחר כל יריה בודדת להיעצר ולהסגיר את עצמו לידי הרודפים.

מוכן אני להניח, מבלי לפסוק, כמו הנשיא המלומד כי בנסיבות שנוצרו מותר היה גם לחיילים ולא רק למפקד לירות לעבר המשיב שנמלט; עם זאת לא היה כל צידוק לירי "בו זמני" על ידי יותר מחייל אחד במשיב.

במקרה שלפנינו הוכח לכאורה ששנים או שלשה ירו במשיב במקביל, מבלי לוודא שהירות נורו ב"בודדת", כאמור במוצג ת2/ ויש יסוד להנחה שהוא נורה בו זמנית על ידי החיילים. בהעדר ראיה על קיומן של נסיבות שהצדיקו את הדבר, יכול היה בית המשפט המחוזי לקבוע איפוא - שהחיילים התרשלו, אפילו אם מדובר בנמלט עוטה מסיכה, ושהמדינה חבה.

6. חברי הנכבד השופט אילן סבור שעומדת לזכות המשיב טענה של "הסתכנות מרצון", כאמור בסעיף 5(א) [לפקודת הנוזיקין](#). אין דעתי כדעתו. ראשית, כמו שהוא עצמו מציין בחוות דעתו, לא נטענה הטענה בסכומי המערערת; שנית, שאלה זו יכולה להתעורר רק לו הסכים המשיב, במפורש או מכללא, לתוצאותיו של ירי בניגוד להוראות הפתיחה באש, וכזאת לא הוכח; אכן אם מקבלים את התיזה בה דוגל חברי הנכבד, היה מקום לדחות את התובענה גם לו היה נפגע מירי בו זמני של מאות כדורים בכוונה להרגו. האם במקרה כזה אפשר לקבוע שהמשיב "ידע והעריך את מצב הדברים שגרמו לנזק וכי חשף עצמו או רכשו למצב זה

מרצונו?"

7. הפגיעה החמורה ביותר שנגרמה למשיב עקב הירי היתה הפגיעה בעמוד השדרה המותני שגרמה לו לשיתוק בשוקיים. הנשיא המלומד קבע כי פגיעה במשיב בכדור אחד היתה בוודאי מותרת ואין אני חולק עליו בענין זה. באין אפשרות לקבוע במקרה זה מה היה הכדור הראשון שפגע והיכן פגעו היריות הנותרות, ניכה הנשיא המלומד 15% מהנזק האמור ניכוי הבא לבטא כדבריו, "את מינימום הפגיעה וכן את הממוצע המשוקלל" של נזקי ה"כדור הראשון". לפנינו בקשה המדינה להגדיל את שיעור הניכוי על יסוד ההנחה שהיה צידוק לירות במשיב יותר מכדור אחד, ולחלופין לחייב את המשיב ברשלנות תורמת. אין לקבל טענות אלו לאחר שלפי העדויות קיימת הסתברות (ולא הוכח ההיפך) ששתי היריות הראשונות נורו במשיב בו זמנית. ממילא מחייבת התיזה הבסיסית של הנשיא המלומד בענין זה בדיקה מעמיקה יותר בשאלות קשות של סיבתיות, ובהעדר טיעון מפורט בענין זה לא סברתי שעלינו לערוך מחקר מפורט בענין זה מיוזמתנו. גם לא שמענו טיעון משפטי מפורט בשאלת הרשלנות התורמת ורכיביה האפשריים בנסיבות דומות, ולפיכך אפשר להשאיר שאלות אלו להזדמנות אחרת; יהא הדבר אשר יהיה, הרי בהעדר ערעור שכנגד ישאר הניכוי מהנזק בשיעור של 15% על כנו.

8. עיקר פגיעתו של המשיב, יליד 1978, עקב האירוע נשוא הערעור, הוא בשיתוק החלקי ממנו הוא סובל ברגליו, אך הוא סובל גם מפגיעות נוספות. נכותו המשוקללת נעה סביב 65%, כשמגבלתו העיקרית היא מגבלה מוטורית בהליכה ובעמידה. הנשיא המלומד קבע שהמשיב אינו מסוגל לעבוד בעבודות פיסיות, ולא יוכל להיות פועל בנין או פועל חקלאי. בממצא זה אין בדעתנו להתערב. המערער לא הביא ראיות אמינות על רמת ההשתכרות באיזורי הרשות הפלשתיאית, שבה הוא מתגורר, והנשיא המלומד בחר לקבוע את נזקיו על דרך של אומדן. הוא פסק לו 70,000 - ש"ח בעד הפסדי שכר בעבר ו- 400,000 - ש"ח בעד הפסדי שכר בעתיד; סכום של 250,000 - ש"ח בפריט הניידות, 300,000 - ש"ח בעד הנזק הלא ממוני ו- 75,000 - ש"ח בעד עזרת צד ג'. מסכומים אלה נוכו 15%, כאמור לעיל.

המערערת השיגה לפנינו על פרטי הנזק השונים. חלק מטענותיה אינן נטולות ממש ובסך הכל, נראה הדבר, שפסיקת הפיצויים נעשתה על הצד הגבוה. עם זאת נחה דעתנו שהסכום הכולל שנפסק למשיב - על דרך של אומדן - אינו גבוה עד שהוא מצדיק את התערבותנו.

לפיכך יש לדעתי לדחות את הערעור. המערערת תשלם למשיב שכ"ט עו"ד 10,000 - ש"ח.

המשנה לנשיא

השופטת ד. דורנר:

אני מסכימה

שופטת

השופט מ' אילן:

המאבק בטרור הוא נחלתה של המדינה, אשר מאז הקמתה ועד היום לא שבת. יש תקופות של רגיעה יחסית ויש תקופות של התפרצות מוגברת כמו בתקופת ה"אינתיפאדה". יש מקומות רגועים יותר ויש מקומות המועדים לפורענות. המקום בו אירע המקרה שלפנינו, הוא דוגמא למקום הידוע בריבוי הפרות סדר, כפי שכותב חברי, המשנה לנשיא, והפעלת יחידת ה"מסתערבים" היא אחד הפתרונות של המדינה המנסה לסכל את פעולות הטרור במקומות הבעייתיים במיוחד.

משימתם של המסתערבים, על פי "פנקס כיס לחייל המשרת באיו"ש ואזח"ע" (להלן:

ה"פנקס"), ("היא:

1. להוריד את רמת האלימות, למנוע הפרות סדר ולשמור על שלטון החוק באיו"ש ואזח"ע.
2. למנוע ולסכל פח"ע.
3. לסייע למינהל האזרחי במשימותיו.
4. לשמור על ביטחונם של תושבי איו"ש ואזח"ע - יהודים וערבים.

כדי למלא משימה זו רשאים המסתערבים להשתמש גם ב"נשק חם". ברם, הם חייבים לפעול על פי הנוהל המצוי בפנקס. התנאי הראשון והיסודי המתיר פתיחה באש כחלק מנוהל מעצר חשוד הוא לגבי, מי שקיים לגביו יסוד סביר להניח כי ביצע או שהוא עומד לבצע פשע מסוכן. במשיב שבעניינינו, קבע בית משפט קמא כי התקיים תנאי זה.

"הפתיחה באש תעשה עד כמה שהנסיבות מאפשרות זאת על ידי המפקד בלבד... תחילה יש לנסות ללכוד את החשוד תוך הימנעות משימוש בכח. התנגד החשוד למעצר, ניתן להשתמש בכוח סביר, כדי להתגבר על ההתנגדות למעצר. "כוח סביר" משמעו אותה מידה

**של כוח שהיה נוקט בה, בנסיבות העניין, אדם סביר, על מנת
להבטיח את ביצוע המעצר, נוכח התנגדות או ניסיון להתחמק מצד
החשוד. "...**

אחזור ואסקור בקצרה את "נסיבות העניין" שלפנינו: בשעת ערב, נוסעת מכונית הנחזית מקומית ונסיעתה מופרעת על ידי מחסום אבנים וצמיגים בוערים. מתוך העלטה והעשן המיתמר פורצת דמות רעולת פנים לבושה "בגדי נינג'ה" ובידה אלה. הדמות ניגשת לחלון הנהג של המכונית, מזהה שמדובר בחיילי צה"ל ומתחילה לברוח לכיוון הכפר כדי למצוא שם מחסה.

החיילים מצדם, פועלים בדיוק "לפי הספר" (הפנקס), בנסיבות עניין זה. עת ניגש המשיב אל המכונית בה נסעו, הם יצאו במטרה ללכוד אותו. עת ברח, דלקו אחריו עד שנוכחו לדעת כי סמטאות הכפר וחסות החשיכה יסכלו את משימתם. הם קראו לעברו, בשפתו, "הועוד-מקנא" (עצור), הוא מאן. הם ירו באוויר, אך גם זה לא הואיל. אז, ורק אז, הם ירו לעברו **בחשכה**.

בירי השתתפו שניים או שלשה חיילים. נורו כעשרה קליעים אך רק ארבעה או חמשה פגעו במשיב, היתר החטיאו.

אלו העובדות שנקבעו על ידי הערכאה הראשונה, ובשלב זה כבר אין חולק עליהן. אלא מאי, שלדעת הנשיא המלומד של ערכאה קמא, התרשלו החיילים ב"ירי עודף". לדעת חברי, המשנה לנשיא, "... לא היה בסיס, בנסיבות העניין, לקבוע כי החיילים היו אמורים להפסיק את הירי אחרי כל יריה ויריה" "...כדי שלא להגיע למצב של "עודף ירי" כאמור בפסק דינה של ערכאה קמא. אך בכל זאת סבור המשנה לנשיא כי דין הערעור לדחייה. הוא שקל את האינטרס הציבורי בתפיסת עבריינים ומעצרים מול השאיפה למנוע, ככל האפשר, קיפוח חיי אדם 'כאשר הדבר איננו עומד ביחס סביר למידת הסכנה אותה מבקשים למנוע'. בנסיבות העניין הוא מגיע למסקנה כי, יד האחרונה על העליונה, ומנמק זאת בכך שקיימת ההסתברות ששתי היריות הראשונות נורו במשיב בו זמנית כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר. לדעת המשנה לנשיא לא היתה הצדקה לירי "בו זמני" של שני חיילים, ויכול היה בית המשפט המחוזי לקבוע איפא - שהחיילים התרשלו, אפילו אם מדובר בנמלט עוטה מסכה.

בכל הענווה הראויה אני חולק על מסקנתו של חברי המשנה לנשיא.

לו דעתי היתה נשמעת, היינו מקבלים את הערעור. אני מסכים עם בא כוח המדינה שאל לנו לבחון את התנהגות החיילים ב"תנאי מעבדה" או בתנאים הרגועים של אולם המשפט. אנו צריכים לשוות לנגד עינינו את "התנאים שבשטח". שעת לילה קבוצה של מסתערבים שזהותם כחיילים ישראלים נתגלתה ל"נינג'יה" הבורח. אם יצליח להמלט אל בין סמטאות הכפר אין שום בטחון שבזה יסתיים הענין. יתכן שהיה מזעיק תגבורת והיו עומדים במצב של מעטים מול רבים. היתה חשיבות לעצור את הנמלט מיד. ובתנאים אלו אין פנאי לדון ולתאם מי יורה ראשון וגם כלל אינני בטוח שאסור לירות שני קליעים, שמא אחד יחטיא. עובדה היא שמחצית היריות החטיאו.

המשנה לנשיא מבסס את הרשלנות בכך שנורו שתי יריות ראשונות בו-זמנית בניגוד להוראות הפתיחה באש כחלק מנוהל מעצר חשוד. לא מצאתי בהוראות הוראה מפורשת האוסרת זאת. כל מה שנאמר הוא שהשימוש בנשק יעשה בכל מקרה "כבודדת" בזהירות מירבית לעבר רגלי התוקף בלבד. מכל מקום אין לבוא לחיילים בדרישות שאינן סבירות בנסיבות של לחץ זמן ונסיבות כפי שהיו כאן. בנסיבות המקרה כפי שתואר כאן אין זה מעיד על רשלנות, גם אם שני חיילים לחצו על ההדק, בו זמנית, או כמעט באותו זמן.

מעבר לכל מה שאמרתי, נראה לי, שלמשיב לא היתה עילת תביעה, בנסיבות המקרה, כי הכניס את עצמו למצב של "הסתכנות מרצון", כאמור בסעיף 5(א) [לפקודת הנזיקין](#) [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין"), (וכנטען בסעיף 8 יח' לכתב הגנתה של המדינה בבית משפט קמא. הנשיא של בית המשפט המחוזי בירושלים לא התעלם מכך והוא כותב:

"מי שעומד רעול פנים ליד מחסום כזה, ועל אחת כמה וכמה כשבידו אלה (ואני מאמין שהיתה כזו, (כמוהו כתולה על עצמו שלט שהוא או חוד החנית, או לפחות חלק מהתכנון הסובב את הקמת המחסום והפעלתו המזיקה... בנסיבות אלו המעט שניתן לאמר הוא שהיה מקום ל'חשד סביר שהחשוד... עומד לבצע פשע מסוכן... נראה לי שבנסיבות אלו לא יכול להיות ספק שהסמכות לעצור את התובע, אם לא החובה לעצרו, היתה מסורה לחייבים, בתנאי שלא יתרשלו בירי)." ההדגשה אינה במקור; עמ' 4 להחלטת הנשיא ו' זילר מיום. 3.11.97

השופט הנכבד בבית משפט קמא כמו גם חברי הנכבד המשנה לנשיא לא דן בנושא ההסתכנות מרצון, אלא בשאלת עוולת הרשלנות בלבד. אני, כאמור, עם כל הכבוד, אינני מסכים גם לגבי קביעת הרשלנות. אבל אפילו היתה רשלנות כלשהי, עומדת למדינה ההגנה בסעיף 5 [לפקודת הנזיקין](#).

אדם שעומד מחופש בלבוש נינגיה, רעול פנים, ליד מחסום צמיגים בוערים שאמור לעכב רכב צבאי והוא בעצמו חמוש באלה אין לו לצפות אלא לכך שיפתחו עליו באש.

בהגנה של הסתכנות מרצון יש להוכיח כי קיימים שני יסודות. הראשון הוא, שהתובע העמיד את עצמו ברצון ובפזיזות בסכנת פגיעה, דהיינו מודעות לסכנה; והשני הוא, שהתובע הסכים שאם יאונה לו נזק יפול ההפסד עליו ולא על הנתבע (ע"א 145/80 ועקניו נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פ"ד לז' (1) 110, 147 וע"א 987/75 וסציטר פייר אינשורנס נ' אברהם קורן פ"ד לא' (1) 665, 660).

אשר ליסוד הראשון אין ספק שהוא הוכח מתוך נסיבות העניין. אשר ליסוד ההסכמה, נראה לי שניתן להוכיח אותו כמו כל עובדה אחרת על ידי ראיות נסיבתיות - חרף האמור בע"א 987/75 הנ"ל בדבר "מעין עסקה" בין הנזוק לבין המזיק בה הנזוק מסכים מראש לשאת באחריות לתוצאה המזיקה (דברי השופט ח' כהן שם בעמ' 665), גם למי שגורס כך - לא צריכה להיות הכרזה של הנפגע שהוא מסכים שהאחריות חלה עליו. במקרה דנן, מאותן נסיבות שניתן להסיק שהתובע היה מודע לסכנה ואף על פי כן חשף את עצמו ניתן להסיק את הסכמתו או את ידיעתו שאם יארע לו נזק האחריות עליו. די בכך שהוא עושה את המעשה, שאין שום הגבלה על רצונו החופשי וכשהוא מבין את מהות הסכנה. דברים מאלפים בנושא זה נאמרו על ידי מ"מ הנשיא לנדוי (כתוארו אז רע"א 897/75 הנ"ל (שם בעמ' 667, 668):

"אני מסכים לדעת חברי הנכבד השופט ח' כהן שטענת ההסתכנות מרצון נדחתה בצדק בבית המשפט המחוזי ושגם טענת הרשלנות התורמת צריכה היתה להידחות. אין אני סבור שיש תועלת רבה במבחן של גלנוויל ויליאמס בספרו. Join Torts. Negligence, And Contributory p. 308 ff - volenti ההסתכנות מרצון תתקבל רק כאשר "היתה עסקה, מפורשת או מכללא, בין הצדדים שלפיה ויתר התובע על זכות תביעתו מחמת רשלנות". המחבר בעצמו מסייג את המבחן שלו באמרו (שם, בע' 312) ש"העסקה אינה חייבת להיעשות בהתאם לדיני החוזים דוקא". אבל המבחן כולו נראה לי חסר משמעות, כי בעצם הרעיון של "עסקה מכללא" טמון יסוד של פיקציה המחזירה אותנו אל נקודת המוצא של בירור השאלה: מתי ייראה התובע כמקבל על עצמו סיכון מרצון עד כדי כך שתביעתו תידחה? כמו שמעיר Fleming, בספרו על דיני נזיקין, מהדורה רביעית, ע' 244, הדרישה שתיעשה עסקה היא בלתי-מציאותית מבחינה פסיכולוגית (וכן ראה הבקורת המפורטת על מבחנו של ג' ויליאמס במאמרו של Drivers and Willing Passengers, D M. Gordon, Law Quarterly Review, Vol. 82, pp. 62, Drunken. 71ff.

כרגיל בבעיות שבדיני נזיקין, ההסתמכות על נוסחאות מעין אלה היא משענת קנה רצוף והמבנים הנכונים אינם יכולים להיות אלא מבחנים גמישים כדי שיוכלו לענות על שלל הנסיבות המשתנות

ממקרה למקרה. מה שניתן לומר הוא שהגנת ה **volenti** -תוכר רק כאשר התנהגות התובע מגלה נכונות להסתכן ברצון תוך ידיעה מלאה של הסכנה.

ובנסיבות שאין בהן שום הגבלה על רצונו החפשי, ולו אך הגבלה הנובעת מלחצים "חברתיים", לפי הנוהג בין הבריות (ראה ע"א [608/61](#), בראש ע' 1077, פלמינג, שם בע' 248; טדסקי ואחרים, דיני הנזיקין, סעיף 318, המביאים את דברי הלורד פירס (Pearce) בענין, v. Shatwell, (1964) 2 All, chemical Industries, Ltd. V. Shatwell (1964) 2 All E.R. 999, (1965). (I.C.I. E.R. 999, 1012 a.c. 656; (1964) 3 W.L.R. 329` 108 Sol. Jo. 578 (H.L.). (1012;".

גם למי שגורס שצריכה להיות הסכמה לגבי הסיכון הרי ש"המבחן להסכמה" לקבלת הסיכון המשפטי הוא אובייקטיבי. השאלה היא אם האדם הסביר במצבו של הניזוק, היה מקבל על עצמו, לא רק את הסיכון של פגיעה אלא גם את הסיכון של פגיעה ללא פיצוי. (ראה: דיני נזיקין בעריכת טדסקי עמ' 328).

השאלה היחידה שאני שואל את עצמי היא האם חל הכלל של סעיף 5 [לפקודת הנזיקין](#) או שמא

חל החריג שבס"ק ב' לו. וזה לשון הכלל והחריג:

(א) בתובענה שהוגשה על עוולה תהא הגנה שהתובע ידע והעריך, או יש להניח שידע והעריך, את מצב הדברים שגרמו לנזק וכי חשף עצמו או רכשו למצב זה מרצונו.

(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו על תובענה שהוגשה על עוולה הנובעת מאי מילוי חובה שהיתה מוטלת על הנתבע מכוח חיקוק.

השאלה הנשאלת היא האם יש להוראות אלו, המופיעות בתוך פנקס כיס לחייל, משום "חיקוק" ומשום כך חל החריג. אני סבור שהחריג לא חל משתי סיבות:

א. יש לי ספק רב אם לפנקס האמור יש מעמד של "חיקוק", חיקוק מוגדר [בחוק הפרשנות](#) כ: "חוק או תקנה". ו"תקנה" מוגדרת כ: "הוראה שניתנה מכח חוק והיא בת-פעל תחיקתי": ספק בעיני אם ההוראות שבפנקס נכנסות בגדרה של הגדרה זו.

אפילו אם תשיב חיוב לגבי חלקים מסוימים של הפנקס הרי שעל המקרה דנן חל החלק

הדן בנושא המוגדר "ירי למעצר חשוד של עוטה מסכות הדגשים לתדרוך כוחות". קטע זה של

הפנקס מתחיל בהקדמה ולאחר מכן מציין "רצ"ב מספר דוגמאות שניתן להעבירן כתדריך והמבהירות את תוכן ההדגש האמור, "לאחר מכן באותה שורה של הוראות.

ב. התובע לא ביסס את תביעתו על העוולה של הפרת חובה חקוקה (סעיף 63 לפקודת הניקיון). עילת התביעה, והעילה שקבל בית המשפט המחוזי ואשר גם חברי הנכבד, המשנה לנשיא מבקש לאשר, אם כי לא לגמרי מטעמו של בית המשפט המחוזי, היא עילת הרשלנות (ראה סעיף 18 לכתב התביעה) ולגבי עולת הרשלנות אין היום עוררים שעומדת ההגנה שבסעיף 5 לפקודת הניקיון.

לא נעלם מעיני שבסכומיה של המדינה אין פרק שנושא את הכותרת "הסתכנות מרצון", אך אינני חושב שזה מונע בעדנו להחליט על יסוד הטענה האמורה. שכן היא מופיעה בסעיף 7 לנמוקי הערעור, והמדינה לא הודיעה שהיא חוזרת בה מנמוק זה.

בסוף הסכומים בפרק הדין במסקנות המשפטיות לענין האחריות בפסקה ב' מופיעות כל הטענות הנוגעות להסתכנות מרצון ובין היתר נאמר שם כי אנו דנים

"בסיטואציה הפוכה בה הניזוק הכניס את עצמו, את סביבתו ואת חיילי צה"ל לסיטואציה מסוכנת ביותר."

העובדה שהמסקנה שמבקש בא כוח המדינה להסיק היא שהיה כאן אשם תורם של 100% לא צריכה למנוע מאתנו לישים את ההגנה של "הסתכנות מרצון".

סכומו של דבר לדעתי, לא הוכחה רשלנות ואפילו למאן דאמר שיש רשלנות עומדת למדינה הגנת סעיף 5 שבפקודת הניקיון.

כל אחד משני נמוקים אלו דיו כדי לדחות את התביעה.

אילו דעתי היתה נשמעת, היינו מקבלים את הערעור, מבטלים את פסק הדין של הערכאה

הראשונה ודוחים את התביעה.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות, כנגד דעתו החולקת של השופט אילן, לדחות את הערעור. המערערת תשלם

למשיב שכ"ט עו"ד 10,000 - ש"ח.

ניתן היום יט באדר תשנ"ט (7.3.99).

ש. לוי 54678313-3684/98

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
דו/

98036840.B04

98036840.B04

**נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה**

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)