

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים**

ע"א 5604/94

בפני :  
כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד המשנה לנשיא ת' אור  
כבוד השופט א' מצא  
כבוד השופט מ' חשין  
כבוד השופטת ד' דורנר  
כבוד השופט י' טירקל  
כבוד השופט א' ריבלין  
כבוד השופט א' גרוניס  
כבוד השופטת א' חיות

המערערים :  
1. אוסמה חמד  
2. איברהים חמד

נ ג ד

המשיבה :  
מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה  
בת.א. 1032/90, מיום 3.8.94, שניתן על ידי כבוד  
השופטת טובה שטרסברג-כהן

תאריך הישיבה :  
ז' בתמוז התשנ"ח (01.07.1998)

בשם המערערים :  
עו"ד חוסין אבו חוסין

בשם המשיבה :  
עו"ד טליה ששון, עו"ד איל ינון

## פסק-דין

הנשיא א' ברק:

העובדות

1. במחנה הפליטים בג'נין אשר באיזור יהודה והשומרון - הנתון לתפישה לוחמתית - התרחשו (ביום 30.7.1990) מהומות והתפרעויות. המתפרעים רגמו באבנים את מחנה המפקדה הצבאית המצוי בקרבת מחנה הפליטים, את מגדל השמירה ואת אוהל העצורים, הנמצא בקרבת שער הכניסה. צוות של שוטרי משמר הגבול הממונע בג'יפ, שהיה בסיור בג'נין, קיבל בשעות הערב הודעה על ההתפרעויות. הצוות הממונע נסע למחנה הפליטים על מנת לטפל בהפרות הסדר. כאשר הגיע הצוות לכביש הראשי של מחנה הפליטים, הוא נתקל במחסומי אבנים ובברזלים שהונחו על הכביש. הג'יפ וצוותו נרגמו באבנים. הג'יפ המשיך בתנועתו על הכביש הראשי, תוך פינוי המחסומים. מידי האבנים החלו לסגת לאחור. שני שוטרים שהיו על הג'יפ ירדו וביצעו פעולת איגוף רגלית, על מנת להרחיק את מידי האבנים מציר התנועה וללכוד אותם. כשהבחינו הצעירים בשוטרים הנעים רגלית החלו לזרוק לעברם אבנים. השוטרים רדפו אחרי קבוצת מידי האבנים, שמנתה כ-25 צעירים, וקראו להם לעצור. במהלך המרדף, תוך כדי ריצה, ירה אחד השוטרים לעבר קבוצת מידי האבנים "רומה" גומי אחד (שלושה כדורי גומי המועפים בעת ובעונה אחת ממתקן הקרוי רומה והמורכב על גבי הנשק), דהיינו שלושה כדורי גומי. במהלך המרדף תפסו השוטרים שניים ממפירי הסדר. עם לכידתם, חזרו השוטרים לציר הראשי, לנקודת המפגש עם השוטרים שבג'יפ. השוטרים לא הבחינו בכך שמישהו נפגע מירי כדורי הגומי.

2. המערער מס' 1 (קטיץ יליד 12.2.79; להלן - המערער) הוא תושב מחנה הפליטים שבג'נין. הוא היה מצוי בזירת האירוע. הוא נפגע בראשו מקליע גומי. הוא ואביו (המערער מס' 2) תבעו את המדינה בנזיקין. בית המשפט המחוזי (השופט ט' שטרסברג-כהן) קבע "במידה גבוהה של סבירות", שהמערער השתתף יחד עם צעירים אחרים בידוי האבנים. עם זאת הוסיפה השופטת כי "אינני קובעת זאת כעובדה מוכחת", וכי היא בוחנת את האחריות של שוטרי משמר הגבול גם על יסוד ההנחה כי המערער היה עובר אורח תמים.

3. על רקע תשתית עובדתית זו, קבע בית המשפט המחוזי כי השימוש בירי של כדורי גומי היה בגדר הסמכות שהוקנתה לשוטרים של משמר הגבול על פי ההוראות בדבר ההתנהגות בשטחים וההוראות בדבר פתיחה באש. נקבע כי הוראות אלה אינן לקויות וכי הן לא הופרו. נקבע עוד כי "אין סטנדרט הזהירות בעת פעילות שלווה ושקטה זהה לסטנדרט הזהירות בעת פעילות מבצעית תחת לחץ אירועים בשטח ותחת התפרעויות ההמון". על רקע זה הוחלט כי שוטרי משמר הגבול נקטו באמצעי זהירות סבירים בנסיבות העניין. השופטת ציינה כי "אינני סבורה שהאמצעים שנקטו כאן היו מוגזמים וחסרי יחס אל מה שאירע בשטח ואל המטרה שהיה על אנשי המג"ב להשיג" (עמ' 6). מטעמים אלה נדחתה התובענה.

הערעור

4. המערער טוען בפנינו כי קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי אינן מבוססות. כך, למשל, נטען על ידו כי בעת הפגיעה בו לא היו כלל הפרות סדר במקום, וכי בלכתו לתומו חיילים ירו לעברו ופגעו בו. ממילא היה מקום - על בסיס התשתית העובדתית שהמערער טוען לה - להכיר באחריותה של המדינה לירי שבוצע על ידי שוטרי משמר הגבול. המערער ממשיך וטוען, כי גם על פי התשתית העובדתית שנקבעה על ידי בית המשפט המחוזי היה מקום להטיל אחריות על מדינת ישראל. הבסיס לאחריות זו הוא בעולות התקיפה, הרשלנות והפר חובה חקוקה.

5. המדינה מבקשת כי לא נתערב בפסק דינה של הערכאה הראשונה. לטענתה, בית המשפט המחוזי לא נתן אמון במערער ובעדיו, ואין יסוד להתערבותה של ערכאת הערעור. אשר לאחריות על פי פקודת הנזיקין, נטען כי לא מתקיימים היסודות של עוולת התקיפה, ועל כל פנים שוטרי משמר הגבול נהנים מההגנה של "הגנה עצמית". לעניין הרשלנות, נטען, כי שוטרי משמר הגבול לא חרגו מסטנדרט הזהירות הראוי. לבסוף, נטען כי לא נתמלאו בענייננו היסודות של אחריות בנזיקין בגין היפר חובה חקוקה.

## התשתית העובדתית

6. קביעותיה העובדתיות של הערכאה הראשונה מעוגנות יפה בחומר הראיות שהונח בפניה. בית המשפט המחוזי ציין במפורש כי אינו נותן אמון בעדי התביעה. לעומת זאת, "עדי ההגנה העידו בכנות ובהגינות". במצב דברים זה, תשמש התשתית העובדתית שנקבעה על ידי בית המשפט המחוזי כתשתית העובדתית שבגדריה ייבחן ערעור זה. במסגרת תשתית זו, אצא מתוך ההנחה - כפי שעשתה הערכאה הראשונה - כי המערער היה עובר אורח תמים, ולא היה אחד ממשתתפי ההפגנה האלימה.

## המסגרת הנורמטיבית

7. אחריותה של המדינה נקבעת במקרה שלפנינו על פי הוראותיה של פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן – הפקודה). המדינה אמנם טענה בשפה רפה, כטענה חלופית, לפטור מאחריות בגין "פעולה מלחמתית" (סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952) אך לא הובאה שום ראיה לביסוס טענה זו בנסיבות המקרה הנדון. "במתן תשובה לשאלה אם פעולה היא 'מלחמתית' יש לבחון את כל נסיבות האירוע. יש לבדוק את מטרת הפעולה, את מקום האירוע, את משך הפעילות, את זהות הכוח הצבאי הפועל, את האיום שקדם לה וניצפה ממנה, את עוצמת הכוח הצבאי הפועל והיקפו ואת משך האירוע" (ע"א 5964/92 ג'מאל קאסם בני עודה ו-3 אח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1, 8; להלן – פרשת עודה). במקרה שלפנינו המערער נפגע מכדור גומי במהלך מרדף של שני שוטרים במטרה ללכוד מידי אבנים. על רקע מכלול הנסיבות, יש לראות את פעילות השוטרים כפעילות שיטור על סיכונים רגילים ולא כפעולה בעלת אופי לחימתי הכרוכה בסיכון מיוחד. במצב דברים זה לא עומד למדינה פטור מאחריות, שכן "כל עוד [יחידה צבאית] מבצעת תפקידי שיטור רגילים, ובגדר סיכונים רגילים של פעולת משטרה, אין לראות בפעולותיה "פעולות לחימה" (פרשת עודה, עמ' 8). הסיכון שירי כדורי הגומי יצר בנסיבות המקרה הוא, אם כן, סיכון רגיל שדיני הנזיקין מטפלים בו.

## רשלנות

8. אין מחלוקת בין הצדדים כי במקרה שלפנינו חבה המדינה חובת זהירות כלפי המערער. גדר הספיקות הוא בשאלה, אם הפרה המדינה את חובתה כלפי המערער. נמצא, כי מבין שלושת היסודות המרכזיים של עוולת הרשלנות - החובה (סעיף 36

לפקודה), ההפרה והנזק (סעיף 35 לפקודה) - ענייננו שלנו הוא ביסוד ההפרה. השאלה הינה אם עובדי המדינה (השוטרים) סטו, בנסיבות המקרה שלפנינו, מרמת (או סטנדרט) ההתנהגות הראויה? אם התשובה היא חיובית, כי אז ניתן להטיל אחריות על המדינה מכוח אחריותה (האישית או השילוחית).

טבירות

9. רמת הזהירות הנדרשת על פי עוולת הרשלנות קבועה בסעיף 35 לפקודה:

”רשלנות

35. עשה אדם מעשה שאדם סביר ונכון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונכון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונכון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות - הרי זו התרשלנות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה.”

הוראה זו קובעת רמת זהירות אחת ויחידה. אין “סטנדרטים” שונים של התנהגות סבירה. רמת הזהירות הקבועה היא זו של האדם הסביר. זו אינה אלא פרסוניפיקציה של מושג הסבירות. אמת מידה זו משקפת איזון ראוי בין הערכים והאינטרסים שיש להביאם בחשבון (ראו דנ”א 1740/91 בנק ברקליס דיסקונט בע”מ נ’ פרוסט קוסטמן, יורשו של המנוח ד”ר א’ כחולי, פ”ד מז(5) 31, 84; להלן - פרשת פרוסט). אכן, סבירות אינה מושג פיסי או מטאפיסי. סבירות היא מושג נורמטיבי. זהו תהליך הערכתי ולא תיאורי. הסבירות אינה נתחמת על ידי היגיון דדוקטיבי. היא נקבעת על ידי איתור השיקולים הרלבנטיים ואיזון ביניהם על פי משקלם (ראו MacCormick, “On Reasonableness”, Les Notions A Contenu Variable En Droit 131, 136 (H. (Perlman and Vander Last (ed.), 1984).

טבירות כמושג אובייקטיבי

10. מושג הסבירות (או ההתרשלנות) בעוולת הרשלנות הוא מושג אובייקטיבי. “סבירותם של אמצעי הזהירות נקבעת על פי אמות מידה אובייקטיביות, המגולמות באמירה כי על המזיק לנהוג, כפי שאדם סביר היה נוהג בנסיבות העניין” (ע”א 145/80

ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 131; להלן - פרשת ועקנין). השאלה אינה אם המזיק סטה מרמת ההתנהגות שהוא מסוגל לה ("התרשלות סובייקטיבית"). השאלה הינה אם המזיק סטה מרמת ההתנהגות הנתפסת כראויה בחברה ("התרשלות אובייקטיבית"). אכן, הסבירות בעוולת הרשלנות אינה מבוססת על "אשמה" אישית. המזיק עשוי לעשות כמיטב יכולתו, ועדיין לפעול שלא בסבירות, וזאת במקום שיכולתו של המזיק נופלת מהיכולת המצופה מהאדם הסביר. היטיב להביע זאת השופט דנינג (Lord Denning) בציינו כי "his incompetent best is not good enough" (בפרשת Netleship v. Weston [1971] 2 Q.B. 691, 699). ביסוד הסבירות מונחת "אשמה חברתית" (social fault). התפישה הינה כי המזיק סטה מרמת ההתנהגות הנדרשת על ידי החברה (ראו טדסקי (עורך), דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית 129 (1969); י' גלעד, "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי", עיוני משפט יד 319, 321 (התשמ"ט), וכן Restatement, Second, Torts, p. 11).

11. סבירות ההתנהגות בעוולת הרשלנות ("ההתרשלות") אינה נבחנת בחלל ריק. היא תמיד פונקציה של הנסיבות ("באותן נסיבות": סעיף 35 לפקודה). אכן, "מי שנשען על מקל הליכה חייב לנקוט אמצעים שונים ממי שנשען על מקל דינמיט" (פרשת פרוסט הנ"ל, בעמ' 85). נסיבות אלו עשויות להיות "פנימיות" למזיק. כך, למשל, כאשר המזיק הוא קטין, מתחשבים - בקביעת אמת המידה האובייקטיבית - בגילו של המזיק. כן מתחשבים, בידיעותיו המיוחדות של המזיק (ראו ע"א 61/89 מדינת ישראל נ' אייגר, פ"ד מה(1) 580; ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי על שם חיים שיבא, פ"ד נו(2) 936). במרבית המקרים, נסיבות אלה הן חיצוניות למזיק, ומשקפות את הנתונים (החיצוניים) שבמסגרתן התרחש האירוע המזיק. אכן, מושג הסבירות ממקם את האדם הסביר באירוע המזיק, והוא שואל באלו אמצעי זהירות יש לנקוט במצב דברים זה. לפנינו, איפוא, מעין סובייקטיביזציה של המבחן האובייקטיבי, או ליתר דיוק מבחן אובייקטיבי המתחשב בנסיבות המיוחדות של האירוע. השאלה אינה, כיצד היה אדם סביר שאינו חשוף לנסיבות המיוחדות של המקרה מתנהג; השאלה הינה, כיצד היה האדם הסביר, הנתון במצבו של המזיק מתנהג. גם אם בחינת סבירות ההתנהגות נעשית, מטבע הדברים לאחר זמן, המטרה הינה לבחון את סבירות ההתנהגות בעת התרחשותה, על פי הידוע אותה עת. הבדיקה אינה בראיה של חוכמה לאחר מעשה (ע"א 491/73 גידולי החולה בע"מ נ' עזרה מחרוז, פ"ד כט(2) 32, 37; ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497, 513; ע"א 323/89 קוהרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 142, 151). הבדיקה היא בראיה של חוכמה בעת המעשה.

12. נסיבות חיצוניות חשובות, שיש לקחתן בחשבון, במסגרת המבחן האובייקטיבי של הסבירות, הן נסיבות החורגות מהתנאים הנורמליים. כאשר נסיבות כאלה קיימות, דיני ההתרשלות אינם דורשים מהמזיק לנקוט באמצעי זהירות מעבר למתבקש בתנאים החריגים. אכן, יש להתחשב בצורך של המזיק לקבל החלטה מהירה, בלא שיוכל לבחון לעומק את החלופות השונות העומדות לפניו ובלא שיוכל להתכונן לכך מראש. עצם העובדה שנבחרה על ידו חלופה מזיקה - חלופה שבבחינה רגועה לא היתה נבחרת - אין בה כדי להצביע על התרשלות (ראו רסטייטמנט, שם, עמ' 64, וכן Prosser and Keeton, The Law of Torts 196 (5<sup>th</sup>. Ed., 1984). עמדתי על כך באחת הפרשות, שעסקה בסבירות הנהיגה בכביש, בצייני:

"מכיוון שהרשלנות היא תמיד פונקציה של הנסיבות, הרי מידת הזהירות לוקחת בחשבון, כאחד הגורמים הרלוונטיים את תנאי הדוחק בהם פעל הנהג. לא הרי רמת הזהירות הנדרשת מנהג הנתון בתנאי דוחק, שלא הוא גרמם, כהרי רמת הזהירות הנדרשת מנהג שזמנו בידו לקבוע באופן מחושב את דרכי התנהגותו. אך גם בתנאי דוחק חייב נהג לפעול באופן שבו נהג סביר היה פועל במקומו" (ע"א 732/77 יוסף נ' אדלר, פ"ד לד(2) 414, 415).

דברים אלה חלים גם מקום שכוחות הבטחון מבצעים פעילות מבצעית של דיכוי התפרעויות אלימות וטיפול בהפרות סדר. לעיתים אף נאלצים כוחות הבטחון לפעול בתנאי לחץ וחירום. באחת הפרשות התרחשה מהומה באחד הישובים. שוטרים שנקראו להשליט סדר השתמשו בנשק חם. אחד הניזוקים תבע את המדינה בנוזיקין בגין רשלנות השוטרים. בפסק דינו ציין הנשיא אגרנט:

"יש לזכור כי השוטרים פעלו כל הזמן בתנאי חירום (emergency) כאשר מוטל עליהם התפקיד לדכא מהומה של המון אנשים, שהיו רוגמים אותם באבנים אף תוך נסיגתם... מן הנמנע שנמדוד את התנהגותם בעת שירו לעבר חורשת הזיתים, לפי אותה רמת זהירות, שניתן לדרוש מהאדם שגרם לתאונה בהיותו נתון במצב 'נורמלי'... מחובתנו להביא בחשבון את אווירת-המתח, שבה היו נתונים בעת מעשה, ולא לקבוע את הערכתנו רק על סמך העובדות היבשות, שנודעו לאחר המעשה, כאשר בידינו לשקול אותן באווירה שקטה" (ע"א 751/68 חמאמה רעד נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1) 19, 214).

אכן, כאשר שוטרים או חיילים פועלים בתנאי לחץ וחירום שלא הם גרמו, המונעים מהם שקילה ובחינה רגילים של החלופות והמחייבים החלטה מהירה שלא ניתן להתכונן אליה מראש, יש לבחון את סבירות פעולתם במסגרת תנאים מיוחדים אלה. אין לנתק את ההתנהגות מהתנאים שסבבו אותה. אין להעתיק את ההתנהגות ל"תנאי מעבדה" (ראו ע"א 3684/98 מדינת ישראל נ' זאויד באדר אחליל (לא פורסם); להלן - פרשת זאויד). כן יש להתחשב בטעויות בשיקול דעת שאינן מגיעות כדי התרשלות. ודוק: מצב החירום אינו קובע אמת מידה מיוחדת של סבירות. מצב החירום הוא אחת הנסיבות הקובעות את דרכי ההתנהגות הסבירה. גם במצבי חירום יש ואדם מתנהג באופן לא סביר, ועליו לשאת בתוצאות התרשלותו.

13. על רקע זה, קמה ועומדת השאלה כיצד נקבעת ההתרשלות בעולת הרשלנות? על פי אלו אמות מידה יש לבחון את סבירות התנהגותם של שוטרים או חיילים הפועלים לדיכוי התפרעות אלימה? כיצד להתחשב בנסיבות חריגות של מצבי לחץ וחירום? אמת, במסגרת המבחן האובייקטיבי של הסבירות יש להתחשב בנסיבות החריגות בהן נגרם הנזק. עם זאת, תנאי הלחץ והחירום, כשלעצמם, אינם שוללים אפשרות של התרשלות. כיצד איפוא, נקבעת הסבירות במצבים אלה? מהם הגורמים שיש לקחתם בחשבון? מקובל על הכל כי הסבירות אינה דורשת נקיטה בכל האמצעים האפשריים כדי להסיר את הסיכון. הסבירות דורשת נקיטה באמצעי זהירות סבירים להסרת הסיכון (הצפוי או שצריך היה לצפותו). השאלה אינה מהם האמצעים שמבחינה פיזית מונעים נזק. השאלה הינה, מהם האמצעים שיש לדרוש כי יינקטו לשם מניעת הנזק. מהם אמצעי זהירות אלה ובאלו נסיבות יש לנקוט בהם? שכן זאת יש לזכור: האחריות ברשלנות אינה אחריות מוחלטת. זוהי אחריות המטילה על המזיק את החובה לנקוט באמצעי זהירות סבירים לשם מניעת הנזק (ראו ע"א 4025/91 צבי נ' קרול, פ"ד נ(3) 784, 790; להלן - פרשת צבי).

איזון בין האינטרסים והערכים

14. תוכנה של הסבירות (או ההתרשלות) נקבע על פי האיזון הראוי בין הערכים והאינטרסים הרלבנטיים להכרעה. מטרתו של האיזון הינה לקבוע את הערך החברתי של התנהגות המזיק (ראו גלעד, שם, עמ' 322). בכך בא לידי ביטוי עקרון "האשמה החברתית" המונח ביסוד האחריות ברשלנות. האינטרסים והערכים אותם יש לקחת בחשבון הם האינטרסים והערכים של הניזוק, המזיק והחברה (ע"א 285/73 טרמכולין וציווד ספורט ישראל בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63, 74; פרשת פרוטט, עמ' 84; פרשת ועקנין, עמ' 131; ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102, 107; להלן - פרשת



טבג; פרשת צבי, עמ' 790; א' פורת, "רשלנות ואינטרסים", עיוני משפט כד 275 (2000). מנקודת מבט הניזוק, יש לבחון את חומרת הפגיעה בחייו, בכבודו ובשלמות גופו ונפשו. כן יש להתחשב בהסתברות התממשותו של נזק זה. מנקודת מבט הניזוק, ככל שהנזק לניזוק הוא גדול יותר, והסיכוי להתממשותו הוא רב יותר, יש לנקוט ביותר אמצעים למניעת הסכנה. מנקודת מבט המזיק, יש לבדוק את ההוצאות שהוא נדרש להוציא למניעת הסיכון ואת עלות המשאבים והאמצעים הדרושים למניעת הנזק. מנקודת מבט המזיק, ככל שההוצאות הנדרשות ממנו הן כבדות יותר וההסתברות להתממשות הסיכון של הפגיעה בניזוק קטן יותר, כן נדרשים ממנו אמצעים פחותים למניעת הסכנה. מנקודת מבט הציבור, יש לעמוד על החשיבות החברתית במניעת הנזק מזה ובמניעת הפעילות היוצרת את הסיכון מזה. יש לתת את הדעת "לשיקול הציבורי, המאזן בין צרכי הכלל וחלוקת המשאבים שבידיו, לבין הדרישות העולות מעת לעת במסגרת האמצעים הנתבעים לשם יצירת בטיחות רבה יותר בתחום מוגדר" (השופט שמגר בע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד (1) 141, 162). מנקודת מבט הציבור, ככל שהפעילות המזיקה נעדרת חשיבות חברתית, כן יש לנקוט ביותר אמצעים כדי למנעה.

15. ערכים ואינטרסים אלה - של הניזוק, המזיק והחברה - מתנגשים אלה באלה. סבירות ההתנהגות היא התוצאה של התנגשות זו. היא ה"וקטור" של מקבילית הכוחות. עמדתי על כך באחת הפרשות, בצייני:

"על בית המשפט לאזן בין האינטרס של הפרט הניזוק לביטחונו האישי, לבין האינטרס של המזיק לחופש פעולה, וכל זה על רקע האינטרס הציבורי בהמשכה או בהפסקתה של אותה פעילות. על בית המשפט להתחשב בסכנה ובגודלה. עליו להתחשב בחשיבותה החברתית של הפעולה. עליו לשקול את האמצעים הדרושים למניעתה... נמצא, כי אמצעי הזהירות הנדרשים אינם גורם קבוע, אלא הם גורם, המשתנה על פי הנסיבות. הם חייבים לעמוד ביחס מתאים לסיכון שנוצר. הביטוי 'בטוח' כמו הביטוי 'מסוכן' הם ביטויים יחסיים, המשתנים בהתאם לאופיו של גורם הסכנה, של הניזוק ושל האמצעים למניעת הסכנה, ביצוע החובה, כמו קיומה, אינו עניין טכני, אלא מהווה 'שיקול משפטי' במקבילית הכוחות המורכבת מהאינטרסים של הצדדים הפוטנציאליים ומצורכי החברה" (פרשת ועקנין, עמ' 131, 132).

ברוח דומה ציינה השופטת דורנר:

“אמות המידה לקביעת המדיניות המשפטית הראויה בעניין זה מבוססות על שקלול רמת הסיכון כנגד עלות אמצעי הזהירות. בהתחשב בערך החברתי של הפעילות שבגינה נוצר הסיכון, כלומר, הגורמים שיש לשקול הם: ההסתברות להתממשות הסיכון; גובה הנזק הצפוי; עלות האמצעים בזמן ובמאמץ למניעת הנזק; האינטרס הציבורי בפעילות יוצרת הסיכון” (פרשת סבג, עמ' 107).

השאלה המתעוררת היא, איפוא, זו: הכיצד נעשה איזון מורכב זה?

16. התשובה לשאלה זו פשוטה היא, כאשר השיקולים כולם מוליכים לאותו כיוון. אכן, כאשר הנזק לניזוק הוא רב והסתברות התרחשותו היא ניכרת, וכאשר האמצעים הנדרשים למניעת הנזק הם פעוטים, ואין עניין לציבור בפעילות שגרמה לנזק - כאשר כל אלה מתקיימים, ייקל עלינו לקבוע כי ההתנהגות שגרמה לנזק היא בלתי סבירה. “אכן, ככל שההסתברות לקרות הנזק גבוהה יותר, הנזק חמור יותר, וההוצאות למניעתן נמוכות והאינטרס החברתי במתן השירות נמוך, כך תגבר הנטייה להטיל את האחריות על המזיק” (השופטת דורנר בפרשת סבג, עמ' 109; ראו גם ע"א 2061/90 מרצלי נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד מז(1) 802). אך לא כל המקרים הם מסוג זה. ישנם מצבים בהם קביעת הסבירות או ההתרשלות אינה פשוטה כלל ועיקר. ידועה “נוסחתו” של השופט לרנד האנד (Learned Hand), על פיה, על המזיק להתחשב בהסתברות לקרות הנזק (P), בשיעור הנזק (L) ובהוצאות למניעת הנזק (B). התנהגותו של המזיק אינה סבירה כאשר שיעור הנזק, בהתחשב בהסתברות התרחשותו, עולה על ההוצאות למניעתו (B < PL) (ראו United States v. Carroll Towing Co. 159 F. 2d 169, 173 (1947); Conway v. O'Brien, 111 F. 2d 611, 612 (1940)). נוסחה זו שימושית היא, אך אין בכוחה לתת פתרון כולל לכל בעיות הסבירות בעולות הרשלנות (ראו פורת, שם וכן (1993) The Philosophy of Tort Law 36 (I. England)). אכן, אין לקבוע את מושג הסבירות בנוסחה זו או אחרת (השוו ע"א 3901/96 הוועדה המחוזית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913). האדם הסביר אינו רק האדם היעיל. זהו גם האדם הצודק, ההוגן והמוסרי. זהו האדם הדואג לעצמו, לזולתו ולציבור, ואף כל אלה אינם משקפים את מלוא מורכבותו. עם זאת, האדם הסביר אינו האדם המושלם. זהו האדם המשקף את מורכבות חיינו, על מעלותיהם וחסרונותיהם. הסבירות מבטאת, על כן, את תגובתה הראויה של החברה. תגובה זו קשורה תמיד לנסיבות המקרה, והיא מבטאת את תפישתה של החברה באשר ל“אשמה החברתית”, המונחת ביסוד ההתרשלות. עניין לנו,

איפוא, בגישתה של החברה - כפי שהיא מבוטאת באמצעות שופטיה - באשר להתנהגות הראויה בנסיבות העניין (ראו פרשת ועקנין, עמ' 123 וכן פרוסר וקיטן, שם, עמ' 173). על רקע זה נפנה עתה לנסיבות המקרה שלפנינו.

מן הכלל אל הפרט

17. על פי קביעתה של הערכאה הראשונה, התרחשו מהומות והפרות סדר במחנה הפליטים ג'נין. המתפרעים חסמו את הכביש באבנים ובברזלים. צוות סיור של שוטרי משמר הגבול הגיע למחנה כדי לשכך את המהומות, לפנות את המחסומים שבציר התנועה ולהחזיר את הסדר על כנו. כ-25 צעירים התכתשו עם השוטרים ויידו אבנים לעבר הג'יפ. שני שוטרים יצאו למרדף רגלי ללכידתם. תוך כדי המרדף אחר המתפרעים ירה אחד השוטרים מספר כדורי גומי. המערער - עובר אורח תושב המקום - נפגע. האם ירי כדורי הגומי בנסיבות העניין, וכלפי הנפגע שהיה עובר אורח, היה רשלני?

18. האינטרס הציבורי במניעת התפרעויות, זריקות אבנים וחסמת 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 לקחת בחשבון. אין למנוע את הפעילות הבטחונית שנועדה לקיים סדר וחוק אך ורק בשל החשש של פגיעה למי שמצוי בזירת האירוע. בצדק ציין השופט ויתקון כי:

“עלינו לזכור שהרבה פעולות, שהן חיוניות או רצויות לאדם כפרט או כחלק מהחברה, יוצרות סכנות הידועות לנו היטב, ואף-על-פי-כן אין אנו גורסים שלמען שלמות הגוף והנפש צריך או אפשר לוותר עליהן... כנגד גודל הסיכון הכרוך בפעולה מסויימת יש להביא בחשבון, בין היתר, גם את חשיבות הפעולה מבחינה חברתית, כדי לקבוע, אם סביר היה לדרוש הימנעות מהפעולה, מקום שאין דרך לבצע את הפעולה ללא סכנה” (ע”פ 363/78 צור נ’ מדינת ישראל, פ”ד לג(3) 626, 632).

אכן, לאור הסיכונים והסכנות הבטחוניות שהתפרעויות אלימות, חסימת 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 שמפיעה על אמצעי הזהירות שסביר לנקוט בהם בנסיבות העניין. האם פעלו השוטרים בסבירות על פי מבחנים אלה?

19. בכתב התביעה שהוגש לבית המשפט המחוזי טענו המערערים כי השוטרים התרשלו בעת ביצוע הירי. כך, שכן לא היתה כל הצדקה לירי והוא נעשה, לטענתם, בניגוד להוראות הפתיחה באש. בסיכומיהם הוסיפו, כי ההתרשלות באה לידי ביטוי בירי בעת החשכה, ובירי לעבר ילד בן 11. זאת, כאשר הוראות הפתיחה באש אוסרות על ירי בחושך ועל ירי לעבר ילדים מתחת לגיל 14. בית המשפט המחוזי (השופט ט' שטרסברג-כהן) דחה טענות אלה. הוא קבע, כי אין הוא סבור שהוראות הפתיחה באש שהובאו בפניו, הופרו. הוא הוסיף, כי "אינני סבורה שהאמצעים שננקטו כאן היו מוגזמים וחסרי יחס אל מה שארע בשטח ואל המטרה שהיה על אנשי מג"ב להשיג".

20. בערעור שבפנינו שבו המערערים וטענו להתרשלות שמקורה בהפרת הוראות הפתיחה באש. הם הפנו להוראות הפתיחה באש בעת סכנת חיים (נ1) ולסעיפים שונים בהן. בעיקר נטען, כי השימוש באש כלפי מידיי אבנים מותר רק שעה שיש בידיי האבנים סיכון ממשי ומידיי ואף סכנת חיים וגם אז, אין לפתוח באש לעבר ילדים מתחת לגיל 14. במקרה שבפנינו, כך נטען, לא הייתה בידיי האבנים סכנת חיים והירי בוצע לעבר המערער מס' 1, שהיה בן 11 בעת האירוע. זאת ועוד: על פי הנוהל האמור הירי אמור היה להתבצע בשלבים: קריאת אזהרה בערבית, לאחר ירי אזהרה באוויר ולבסוף ירי לעבר הרגליים. המדינה, בתשובתה, טענה כי המערערים הסתמכו על הוראות פתיחה באש שאינן רלבנטיות למקרה שבפנינו. כך, שכן אין חולק כי הירי שבוצע - וממנו נפגע המערער - היה ירי של כדורי גומי ("רומה גומי") ולא של אש חיה.

21. מקובלת עלי עמדת המדינה, לפיה המערערים נסמכו בטענותיהם - על פניו - על נוהל פתיחה באש שאינו רלבנטי לנסיבות המקרה. אולם בכך אין עדיין בכדי להשיב על השאלה אם התרשלו השוטרים בביצוע הירי. כך, שכן טענת המערערים היא למעשה כי בעצם הירי בשעות החשכה, לעבר קטין, וללא שנשקף לכוח סיכון - היה משום התרשלות. האמנם כך הדבר? תשובתי לשאלה זו היא בחיוב. צוות השוטרים הגיע בג'יפ למחנה הפליטים כדי לפזר התפרעות וכדי להסיר מחסומים מציר התנועה הראשי, הסמוך למפקדה הצבאית. הג'יפ עסק בפינוי המחסומים והמתפרעים נסוגו

מפניו. שניים מהשוטרים ירדו מן הג'יפ וביצעו פעולת איגוף רגלית, על מנת להרחיק את מידי האבנים מציר התנועה וללכוד אותם. התפתח מרדף של השוטרים אחר המתפרעים, במהלכו נקראו המתפרעים לעצור. משלא עצרו, ירה אחד השוטרים לעבר הקבוצה ירי אחד של שלושה כדורי גומי. הירי בוצע בשעות החשיכה, תוך כדי ריצה, במצב של ראות לקויה. נסיבות אלה הקשו, ככל הנראה, על היורה לזהות כנדרש את מקור הסיכון, לבצע ירי מכוון ולהימנע מפגיעה בעוברי אורח. השוטר ירה ישירות לעבר המתפרעים, ללא ירי אזהרה באויר של כדורי גומי, שהוא אמצעי פחות בחומרתו, אשר עשוי היה למנוע את הנזק הכרוך בירי הישיר. יצוין, כי העובדה שהמדינה לא הציגה בפני בית המשפט נוהל ירי כדורי גומי נזקפת לחובתה.

22. מן העדויות השונות שנשמעו כלל לא ברור לשם מה ירו השוטרים ירי ישיר של כדורי גומי במהלך המרדף אחר המתפרעים וכיצד אמור היה הירי לסייע בלכידתם. מכל מקום, העדויות אינן מצביעות על כך שבעת ביצוע הירי נשקפה סכנה לחייהם של השוטרים או כי נאלצו לפעול בתנאים של חירום. הגם שהשוטרים נדרשו לפעול במהירות תחת לחץ, אין לומר כי היו במצב חירום או דחק. יש להניח כי השוטרים היו מאומנים בביצוע סוג זה של פעולות. השוטרים ביצעו מרדף יזום, במטרה ללכוד את המתפרעים ולהשיב על כנו את החוק והסדר במחנה הפליטים. פעולת השוטרים הייתה פעולה מבצעית יזומה, בתוך אזור מגורים, שמטרתה ללכוד מתפרעים. אלה היו נתונים אותה עת במנוסה מפני השוטרים. השימוש באמצעי של ירי כדורי הגומי, בנסיבות אלה, עולה כדי התרשלות. יש לזכור כי כדורי הגומי הם תחמושת בלתי מדויקת, בעלת פוטנציאל קטלני (במיוחד בטווחים קצרים). השימוש בה במסגרת פעילות שיטור יזומה של השלטת סדר, פיזור התפרעויות ומעצר חשודים, כאשר אין סיכון לשוטרים, אינו סביר, במיוחד כאשר ניתן להשתמש באמצעים אחרים, פחותים בחומרתם, להגשמת יעדים אלה. כמובן שהכל תלוי בנסיבות המיוחדות של כל מקרה. הוא שאמרנו: הסבירות היא לעולם פונקציה של הנסיבות. אין סבירות "סתם".

23. בנסיבות המקרה שלפנינו, האמצעי בו נקטו השוטרים לא היה סביר. הירי בוצע במהלך מרדף יזום, בחשיכה, תוך כדי ריצה, במצב של ראות לקויה, מה גם שעצם מטרתו של הירי לא הובררה עד תום. גם בהעמידנו לנגד עינינו את הצורך החברתי להשליט חוק וסדר באיזור הנתון לשליטתו של מושל צבאי, נראה לנו כי ירי כדורי גומי בנסיבות בהן הראות לקויה והיכולת לבצע ירי מכוון ומדויק היא מוגבלת, כאשר הירי נועד לסייע בלכידת חשודים ביידוי אבנים שאינם מסכנים את השוטרים או את הציבור, אינו סביר. ירי כדורי גומי בנסיבות אלה יוצר גם סיכון רב לפגיעה חמורה בעוברי אורח תמימים, הנקלעים לזירת האירוע. אמנם הפגיעה במערער - כעובר אורח - לא היתה

מכוונת, אך היא תוצאה של ירי כדורי גומי הנעשה בלא אפשרות של כיוון מדוייק. חוסר הדיוק בירי נובע גם ממגבלות פיסיקליות של התחמושת (סטייה ופיזור של שלישיית הכדורים הנורים בכת אחת). בנסיבות העניין, הסיכון שיצרו השוטרים בנקיטתם באמצעי של ירי כדורי גומי לא היה סביר. ירי כדורי גומי היה רשלני.

תקיפה והפרת חובה חקוקה

24. לאור מסקנתנו בדבר אחריות שילוחית של המדינה בגין רשלנות השוטרים, אין לנו צורך לדון באחריות בגין תקיפה ובגין הפרת חובה חקוקה.

התוצאה היא כי הערעור מתקבל. התיק מוחזר לבית המשפט המחוזי בחיפה, לדיון בסוגיית הנזק והיקף הפיצויים. המשיבה תשלם למערערים הוצאות משפט ושכר טירחת עורך דין בסך כולל של 15,000 ₪.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא ת' אור:

אני מסכים לפסק דינו של הנשיא.

המשנה לנשיא

השופט א' מצא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט מ' חשין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' דורנר:

מקובל כי רכיב ההתרשלות בעוולת הרשלנות נאמד באופן אובייקטיבי, וכי מזיק אחראי בנזיקין אם סטה מסטנדרט ההתנהגות הנורמטיבי הנקבע לפי מבחן "האדם הסביר". עם זאת, כפי שתיאר בהרחבה חברי, הנשיא אהרן ברק, נסיבותיו של המקרה הקונקרטי, לרבות היות המקרה מצב חירום, עשויות להשפיע על סטנדרט הזהירות הנדרש ואף לרככו.

השאלה המתעוררת בערעור זה הינה מהו רף הזהירות הנדרש משוטרים או חיילים (להלן יחד: השוטרים) בביצוע פעילות שיטור במקרים של הפרות סדר חמורות, שעל-פני הדברים הינם בגדר מצבי חירום.

התשובה לשאלה אם נסיבות מסוימות נכנסות לגדר אותו מצב חירום המביא לריכוך הסטנדרט, תלויה במקצוע שתוך פעולה במסגרתו נגרם הנזק. שכן, במקצועות מסוימים, כגון רפואה או כיבוי-אש, המיומנות הנדרשת היא יכולת לטיפול במצבים שלגבי כלל האוכלוסייה הם בגדר מצבי חירום.

ואכן, סעיף 35 לפקודת הנזיקין, המגדיר עוולת רשלנות, מתייחס בנפרד לסטנדרט הזהירות הנדרש מבעל-מקצוע. וכך נקבע בסעיף:

...במשלח-יד פלוני לא השתמש [אדם] במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח-יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלות.

לדעתי, פעולות שיטור הן פעולות שבמומחיות. שיטור הוא מקצוע הדורש מידה רבה של אימונים, יכולת ומיומנות. יש לבחון פעילות שיטור על-פי סטנדרט המומחה הסביר בנסיבות העניין. השו"ע"א 2694/90 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' אטי, פ"ד מו(5) 628 ; ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי על שם חיים שיבא, פ"ד נו(2) 936 ; כן ראו Note: "Police Liability for Negligent Failure to Prevent Crime", "in police cases, the analysis is in effect not ,94 *Harv. L. Rev.* 821 (1981) addressed in light of a 'reasonable person' standard, but instead a 'reasonable police officer' standard, because police officers can be expected to behave differently than the rest of the population (Seth D. DuCharme, "Note: The Search For Reasonableness In Use-Of-Force Cases: Understanding The Effects Of Stress On .Perception And Performance", 70 *Fordham L. Rev.* 2515, at p. 2534 (2002).

בגדר המיומנויות הנדרשות לפעילות שיטור נמנית השתלטות על הפרות-סדר בקרב אוכלוסייה אזרחית במצבים העשויים לחייב שימוש באמצעים המסכנים את המתפרעים ואף את חייהם של עוברי-אורח. ממילא, חובה על המדינה, מעסיקתם של השוטרים, לדאוג לכך שתיתן להם הכשרה מתאימה. הכשרה זו היא המעניקה לשוטרים את מומחיותם ומבדילה בינם לבין אזרחים מן השורה. הכשרה זו צריכה להכין את השוטרים למכלול המצבים האפשריים שאליהם הם צפויים להיקלע במסגרת תפקידם. במסגרת זאת יש להדריכם ולתרגלם בנהלים לירי בנשק.

וכפי שנאמר:

Setting the professional standard of care expected of the "reasonable police officer" should present no undue problems for courts...increasing numbers of professional groups, such as lawyers, doctors, engineers, and architects, are judged by a higher standard of care due to the special skills of their professions, police officers, too, bring superior knowledge, equipment, training, experience, and skill to their profession of protecting the public from harm. These professional qualities thus define a professional standard of care for the duty to rescue.



[Lisa McCabe, "Police Officers' Duty to Rescue or Aid: Are They Only Good Samaritans?", 72 *Calif. L. Rev.* 661, 681 (1984)]

נסיבות שניתן להיערך ולהתאמן לקראתן לא יכולות איפוא, ככלל, להביא לריכוך של סטנדרט האחריות של בעלי מקצוע בתחום הטיפול במצבי חירום. על-כן, אין לראות במכלול פעולותיהם של גופים אזרחיים או צבאיים, הנדרשים להיות אמונים על שמירת הביטחון והסדר, פעולות "בתנאי לחץ וחירום ... המונעים מהם שקילה ובחינה רגילים של החלופות והמחייבים החלטה מהירה שלא ניתן להתכונן אליה מראש" (בסעיף 13 לפסק-דינו של הנשיא). מובן הוא כי לא ניתן להתכונן לכל. ישנם ודאי מצבים שייחשבו מצבי חירום, אף לפי הסטנדרט של השוטר המקצוען. אלא שאין גם להתעלם מכך שמטרת האימונים היא הקניית היכולת לשוטר לטפל במצבים, שעבור האדם הממוצע הם בגדר מצב חירום, בדרך שגרה.

סטנדרט ההתנהגות הסביר נקבע איפוא על-פי רמת הביצוע שניתן לצפות כי תופגן בנסיבות המקרה על-ידי שוטרים מיומנים, שעברו הכשרה מתאימה. כפי שהראה חברי הנשיא, במקרה שלפנינו היה מדובר בפעולה שגרתית, שלא עלתה לכדי מצב חירום או דחק, אף לפי הסטנדרט של האדם הבלתי מקצועי. משכך, אין ספק כי השוטרים התרשלו, ובכך קמה אחריות המדינה מכוח אחריותה השילווחית על מעשיהם.

אשר על-כן, מסכימה אני לקבלת הערעור, כאמור בפסק-דינו של הנשיא.

ש ו פ ט ת

השופט א' ריבלין:

1. מסכים אני לפסק דינו המנומק היטב של חברי הנשיא א' ברק. ברצוני להוסיף שתי הערות קצרות לעניין יסוד ההתרשלות בעוולת הרשלנות. חברי הנשיא דן בכך בהרחבה בפסק דינו וחברתי השופטת ד' דורנר הוסיפה הערות משלה באותה סוגייה.

ההערה הראשונה נוגעת לטיבה של אמת המידה אשר לאורה נבחנת התנהגותו של המזיק. חברתי השופטת ד' דורנר, סבורה כי יש מקום לבחון את התנהגותם של אנשי המשטרה בעת שהם פועלים לפיזור הפרות סדר על פי סטנדרט מוגבר של זהירות. בפועל, סבורה היא כי ראוי להגביה במקרה כזה את הרף בו נתון סטנדרט האדם הסביר,

וזאת - בהתאם למאפיינים האישיים – הסובייקטיביים של המעוול, ובמקרה זה – מידת המיומנות המיוחדת של אנשי המשטרה.

2. אמת המידה בה נבחנת התנהגות האדם הסביר היא אמת מידה אובייקטיבית. ההלכה המסורתית במשפט האנגלו-אמריקאי, כפי שעומד עליה חברי הנשיא, מורה כי אין מנמיכים סטנדרט זה בהתאם למאפיינים אישיים של המעוול, אלא במקרים חריגים. אכן, כמאמר השופט הולמס, למעוול, אשר אינו מסוגל לעמוד בסטנדרט ההתנהגות הנדרש, אולי תמצא מחילה בבית דין של מעלה, אולם שכניו עלי אדמות יתקשו לסלוח לו. זאת בשל שלחברה האנושית, עניין לא רק באשם המוסרי, כי אם גם באשם החברתי. ובלשונו:

If, for instance, a man is born hasty and awkward, is always having accidents and hurting himself or his neighbors, no doubt his congenital defects will be allowed for in the courts of Heaven, but his slips are no less troublesome to his neighbors than if they sprang from guilty neglect. His neighbors accordingly require him, at his proper peril, to come up to their standard, and the courts which they establish decline to take his personal equation into account (O. W. Holmes *The Common Law* (Boston, MA, 1881) 108).

מנגד, קבע כבר בית משפט זה, בע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי ע"ש שיבא, פ"ד נו(2) 936, כי רף הסבירות עשוי לעלות – בהתאם למאפיינים סובייקטיביים של המזיק. הטלת אחריות במקרים שכאלה נתפסת כמוצדקת, כיוון שבמעשיו של המזיק נפל פגם מוסרי – בשל שלא פעל כפי שיכול ומסוגל היה לפעול. אכן, יש לבחון, לגבי כל מעוול ומעוול, ולעניין כל מערכת נסיבתית, האם ראוי להפעיל סטנדרט מוגבה שכזה, שכן ייתכנו מקרים בהם קביעה שכזו תביא לתוצאות חברתיות לא רצויות.

ואשר לענייננו: בין כך - ובין כך, בין אם נחיל על המקרה שבפנינו אמת מידה אובייקטיבית, ובין אם נחיל עליו אמת מידה סובייקטיבית, תהא התוצאה זהה. אין אני מוצא צורך, לפיכך, להכריע כאן בשאלה הנכבדה, אותה מעוררת חברתי השופט ד' דורנר, בדבר מידת הסובייקטיביזציה לה צריכה להיות נתונה אמת המבחן של האדם הסביר בנסיבות המיוחדות של המקרה הזה. כאמור, הגבהת הרף המוצעת על ידה אפשרית לאור ההלכה.

3. עניינה של הערתי השנייה הוא באיזון המעצב את תוכנה של הסבירות – איזון של ערכים ושל אינטרסים. הנשיא עומד בפסק דינו על נוסחת הנד אשר מקובלת בארצות הברית כמבחן להתקיימותה של התרשלות (ראו: Restatement Second, Torts §291). השופט הנד הסביר את המבחן כך:

Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P: i.e., whether  $B < PL$  (*United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169, at p. 173 (2<sup>nd</sup> Cir., 1947)).

שקלולם של שלושת הגורמים המובאים בחשבון הנוסחה, לאמור – הסתברות התרחשותו של הנזק, שיעורו, וההוצאות הנדרשות למניעתו – שימש כלי לעיצוב אמת המידה של ההתרשלות גם באנגליה (ראו למשל: *The Wagon Mound (No. 2)*, [1966] 2 All E. R. 709, 718-719 [P.C.]; *Overseas Tankship (U.K.) v. The Miller Steamship Co. Pty. Ltd.* [1953] 2 All E. R. 449, 455-; *Latimer v. A.E.C., Ltd.* [1953] 2 All E. R. 709, 718-719 [P.C.]; וגם בישראל (ראו למשל: ע"א 434/94 ברמן נ' מור, פ"ד נא(4) 205, 211-212, 217).

חברי, הנשיא א' ברק, סבור כי אין לקבוע, כלשונו, את מושג הסבירות באותה נוסחה. הוא מסביר כי בעת שבית המשפט נדרש לקיומה של התרשלות, עליו להתחשב גם בכך שהאדם הסביר אינו רק האדם היעיל, כי אם אף האדם הצודק, ההוגן והמוסרי. על כך אין חולק. אלא שגורמים אלה כולם, יכולים לבוא בחשבון נוסחת הנד. אין כל סתירה בינם לבינה. הנוסחה, כך סבור אני, אינה חייבת לצמצם עצמה אך ורק לשיקולי היעילות הכלכלית. אכן, אין זו "נוסחה" במובנו המקובל, המתמטי, של הביטוי. זוהי מסגרת רעיונית, אשר משמשת את בית המשפט ככלי של היגיון. בית המשפט הוא זה שיוצק בה תוכן. הסתברות התרחשותו של הנזק, עוצמת הנזק ועלות מניעתו – כל אלה אינם ערכים מתמטיים שבית המשפט שם אותם על מנת לקבל, בסופו של חישוב, תוצאה מספרית. אלו ערכים חברתיים, ובית המשפט הוא שנדרש ליתן להם משמעות. בעשותו כן, עשוי בית המשפט להציב בנוסחה כל ערך הנראה לו כראוי – יכול הוא לערוך איזונים שונים בין סיכונים שונים הנגרמים לגורמים שונים – המזיק, הניזוק, אדם שלישי והציבור (A. Porat "The Many Faces of Negligence" 4 *Theoretical Inquiries in Law* (2003) 105), ויכול הוא גם להתחשב בשיקולים הנוגעים להתנהגות הצודקת, ההוגנת והמוסרית. בית המשפט הוא המחליט מהי עלות ומהי תועלת. פגיעה בצדק – היא עלות, צדק מתקן – הוא תועלת. המושגים עלות ותועלת עשוי שיתייחסו

לשיקולים שונים מתחום "הצדק" – כך למשל, לשיקולים של "צדק מחלק" (ראו: T. Keren-Paz "Egalitarianism as Justification: Why and How Should Egalitarian Considerations Reshape the Standard of Care in Negligence Law?" 4 *Theoretical Inquiries in Law* (2003) 275, at pp. 328-329).

4. תפיסות שונות של יעילות ושל צדק, יכולות, אם כן, להשתלב במסגרת הרעיונית אותה יוצרת נוסחת הנד. הנד עצמו לא ייחד את הנוסחה ככלי לניתוח כלכלי של דיני הנזיקין. הוא עשה בה שימוש גם לצורך איזון בין שיקולים ערכיים מתחרים בתחום המשפט החוקתי וזכויות האדם. כך הוא פסק, כאשר נדרש באחת הפרשות, לאפשרות להגביל את חופש הביטוי לאור התיקון הראשון לחוקה האמריקאית:

In each case [the courts] must ask whether the gravity of the "evil", discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger (*United States v. Dennis* 183 F. 2d 201, 212 (2<sup>nd</sup> Cir., 1950)).

אכן, חוקתיותן של פגיעות בחופש הביטוי נבחנת פעמים רבות על ידי השוואה בין הנזק שבפגיעה בחופש הביטוי, לבין חומרת הפגיעה (קרי – היקף הנזק) שפוגע הביטוי הנדון באינטרסים אחרים, בהתחשב בהסתברות התממשותה של פגיעה זו (ראו למשל: בג"צ *Universal City Studios Inc.* 806/88 נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 36). אם מסגרת רעיונית זו יכולה לשמש את בית המשפט לצורך הצבת אמת המידה החוקתית – תוך שהיא מכילה בגדר השקלול שיקולים "ערכיים" לצד שיקולים "כלכליים" – אין סיבה שלא תשמש אותו לצורך הצבת אמת המידה הנזיקית ברשלנות.

5. שיטה חלופית לשיטה המגולמת בנוסחת הנד, מוצעת על ידי שיטת הצדק המתקן - בצורתה הטהורה של שיטה זו. אכן, שיטה אחת מוציאה את השנייה. זאת, בשל שגישת הצדק המתקן, המתמקדת בניזוק, דורשת לכאורה התעלמות מגורם משמעותי בנוסחת הנד – הלא הוא גורם העלות של מניעת הנזק, והתחשבות רק בהיקף הנזק ובהסתברות התרחשותו; כך, אכן סבור נביא התפיסה של הצדק המתקן, פרופ' א' וינריב:

The role of B in controlling the legitimacy of PL renders the [Learned Hand] test problematic from the standpoint of corrective justice. The test centers on whether the defendant who does not

take precautions gains more ex ante than those exposed to the risk lose. It thus pivots not on the equality of the parties to the transaction but on the surplus that one party realizes at the expense of others. As its role in economic analysis shows, the Learned Hand test aims not at achieving corrective justice between the plaintiff and the defendant, but at maximizing the aggregate wealth of those affected by the risk-creating act...From a corrective justice standpoint, disregard of B makes sense, because it is the risk, not the cost of eliminating it, that connects the parties to an accident as doer and sufferer (E. J. Weinrib *The Idea of Private Law* (Cambridge, MA, 1995) 148).

אלא שהפער בין התפיסה הכלכלית לבין תפיסת הצדק המתקן הוא תכופות צר יותר. אליבא דגישת הצדק המתקן, אדם התרשל מקום בו גרם נזק כתוצאה מסיכון אשר הסתברות התממשותו היא סבירה – תהא עלות מניעת הנזק אשר תהא. אלא שלכלל זה עצמו חריג, המתקיים מקום בו הסתברות התרחשות הנזק היא נמוכה במיוחד. התעלמות מוחלטת מהנטל שמטילה מניעתו של הנזק, תקשה על הערכת סבירותו של הסיכון. בפועל, לא התעלמה הפסיקה, גם זו המוצגת כמדגימה את עקרון הצדק המתקן, מגורם עלות מניעתו של הנזק (*Ibid.*, at pp. 148-151).

6. נוסחת הנד עשויה איפוא לשמש כמסגרת רעיונית להערכת סבירותה של התנהגות, גם מחוץ לגדרי התפיסה המתמקדת בבחינת התוצאות באספקלריה של יעילות. בבוחרו בין הערכים השונים אותם ניתן להציב באותה הנוסחה, עשוי בית המשפט להידרש לשיקולים השונים הנבחנים לצורך הגשמת התכליות השונות המיוחסות לדיני הנזיקין. כך בכלל וכך גם לעניין התנהגות השוטרים במקרה שלפנינו. כפי שציין חברי הנשיא האדם הסביר אינו אך האדם היעיל, כי אם גם האדם הצודק, ההוגן והמוסרי. כאמור, גם הגשמתם של ערכים של צדק אפשרית במסגרת הרעיונית אותה מציעה משוואת השקלול.

כאמור, מצטרף אני לפסק דינו של חברי הנשיא.

השופט י' טירקל:

אני מסכים לפסק דינו של חברי הנכבד הנשיא א' ברק ולהערותיו של חברי  
הנכבד השופט א' ריבלין.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, י"ח בטבת התשס"ד (12.1.2004).

שופט

המשנה לנשיא

הנשיא

שופט

שופט

שופט

שופט

שופט

שופט