

## הסתכנות מרצון: הלכה ומציאות\*

מאת

בועז שנור\*\*

מבוא. א. הסתכנות מרצון ועולת הרשלנות – נקודת מבט פנימית; 1. יסודות הגנת ההסתכנות מרצון; 2. הסתכנות מרצון כהגנה מפני עולת הרשלנות; 3. פסקי-הדין וניתוח הגנת ההסתכנות מרצון בהם; 4. סיכום. ב. יישום הגנת ההסתכנות מרצון – נקודת מבט חיצונית; 1. מבוא; 2. דרך העבודה; 3. ניתוח המדגם; 4. מסקנות; סיכום.

### מבוא

הסתכנות מרצון<sup>1</sup> היא טענת הגנה אשר מיועדת למצבים שבהם התובע חשף את עצמו מרצונו לסיכון שהתממש. הפסיקה בישראל, בעקבות הפסיקה באנגליה, נתנה פירוש מצמצם ביותר לטענה זו<sup>2</sup>. לפיכך בשנים האחרונות הטענה נדונה רק במספר קטן ביותר של מקרים. עם זאת בתביעות אחדות שהוגשו בשנים האחרונות בגין רשלנות התקבלה טענת ההסתכנות מרצון כמעט ללא דיון. בחלק ניכר מן המקרים היה מדובר בתביעות שהגישו פלסטינאים שהשתתפו (או יצרו רושם של השתתפות) בפעילות לא חוקית במסגרת האינתיפאדה וניזוקו מירי של כוחות הביטחון או מפגיעות שגרם להם המון זועם.

\* תודתי נתונה לפרופ' ישראל גלעד על הערותיו המועילות לטיוטה קודמת של המאמר ולנעמי בקון שנור על עזרתה הרבה בכתיבת מאמר זה.

\*\* תלמיד מחקר בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.

1 סעיף 5 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, דמ"י 266 (להלן – פקודת הנזיקין).  
2 ראה למשל ע"א 897/75 ווסצ'סטר פייר אינשורנס קומפני נ' קורן ואח', פ"ד לא (1) 660 (להלן – עניין קורן); – (Hereinafter – J.G. Fleming *The Law of Torts* (9<sup>th</sup> ed., 1998, Sydney) 334 (Fleming)).

מצב זה מצדיק לדעתי דיון מחודש בטענת ההסתכנות מרצון כדי לבחון את גבולותיה. לאור זאת אדון במאמר זה בטענת ההסתכנות מרצון משני היבטים: בחלק א' של המאמר אדון בהסתכנות מרצון מנקודת מבט פנימית, מבחינת התנאים הנדרשים לתחולת ההגנה, ואראה כי כאשר ההגנה נטענת כלפי תביעה ברשלנות, הרי שבמרבית המקרים היא לא תוכל לחול, ולפיכך קיים ספק רב ביחס לנכונות פסקי-הדין שקיבלו את טענת ההסתכנות מרצון<sup>3</sup>.

בחלק ב' של המאמר אדון בטענת ההסתכנות מרצון מנקודת מבט חיצונית, ואבדוק אם עשוי להיות קשר בין זהותם של התובע ושל הנתבע לבין נכונות בתי-המשפט לקבל את טענת ההגנה. יודגש כבר עתה כי לאור המספר הקטן של המקרים שבהם הועלתה הטענה בשנים האחרונות לא ניתן להסיק מסקנות חד-משמעיות לגבי האפשרות כי זהותם של התובע ושל הנתבע משפיעה על בתי-המשפט האזרחיים, אולם מספרם הקטן של המקרים מתאים למחקר ראשוני מסוג זה שמטרתו לעודד מחקר נוסף ומעמיק יותר בנושא.

## חלק א: הסתכנות מרצון ועולת הרשלנות – נקודת מבט פנימית

### 1. יסודות הגנת ההסתכנות מרצון

הגנת ההסתכנות מרצון מופיעה בסעיף 5 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]:

- "הסתכנות 5 (א) בתובענה שהוגשה על עוולה תהא הגנה שהתובע ידע והעריך, או יש מרצון 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.
- (ג) ילד למטה מגיל שתים עשרה לא ייחשב כמסוגל לדעת או להעריך את מצב הדברים שגרמו לנזק או כמסוגל מרצונו לחשוף עצמו או רכשו למצב זה."

3 מן הראוי לציין כי בכל המקרים שבהם התקבלה טענת ההסתכנות מרצון (פרט לאחד) הייתה דחיית התביעה מעוגנת בנימוקים נוספים לבד מהסתכנות מרצון, ולפיכך לא היה בדחיית הטענה כדי לשנות את התוצאה הסופית של פסק-הדין.

- הסעיף פורש כמכיל שתי דרישות מצטברות:  
 I. ידיעת הניזוק על מצב הדברים שגרם לנזק;  
 II. הסכמת הניזוק לקבל על עצמו את הסיכון ואת ההפסד הכרוך בנזק, אם יארע.<sup>4</sup>

### א. ידיעת הניזוק על מצב הדברים שגרם לנזק

התנאי הראשון שנדרש כדי שנתבע יוכל ליהנות מהגנת ההסתכנות מרצון הוא שהתובע ידע על הסכנה שממנה נפגע והעריך אותה נכונה<sup>5</sup>. נדרשת ידיעה מפורטת הן של העובדות אשר מגדילות את הסכנה במקרה הספציפי<sup>6</sup> והן של היקף הסיכונים הכרוכים בסכנה זו והנשקפים לתובע<sup>7</sup>.

הידיעה הנדרשת היא ידיעה אישית – סובייקטיבית<sup>8</sup>. אמנם היו מקרים שבהם הכירו בתי-המשפט בכך שקיימים סיכונים שכל אדם יודע ומכיר, כמו הסיכונים הכרוכים במשחק ספורט<sup>9</sup>, ולגביהם לא דרשו הוכחת ידיעה אישית. אולם, לדעתי, גם מקרים אלה אינם מהווים חריג לדרישת הידיעה האישית, שכן מה שנקבע בהם הוא שניתן להוכיח

- 4 ע"א 3684/98 מ"י נ' זאורד באדר אחלייל ואח', תק-על 99 (1) 1332, 1336 (להלן – עניין אחלייל).  
 5 ע"א 60/57; 72/57 דויטש נ' פרנקו ואח', וערעור שכנגד פ"ד יא 1529, 1531 (להלן – עניין דויטש).  
 6 עניין קורן (לעיל, הערה 2), עמ' 666-667, 668.  
 7 ראה לדוגמה ע"א (ח"י) 4219/97 אבו ג'זאלה אליאס נ' המועדון הישראלי לגלישה אורית ואח', תק-מח 97 (3) 1224, שם נדון עניינו של אדם שניזוק במהלך שימוש במצנח רחיפה, לאחר שחתם על טופס "התנדבות והסתכנות מרצון" שבו לקח על עצמו את כל האחריות לכל מקרה שיקרה לו תוך כדי העיסוק בספורט. בית-המשפט, בדונו בהגנת ההסתכנות מרצון, קבע: "נראה לי כי בנסיבות שלפנינו, לא התמלאו כל יסודות הגנה זו. הידיעה וההערכה צריכות להתייחס לטיב הסיכון והנזק הצפוי לו, ולחייב. דבר זה לא ניתן ללמוד מהטופס עליו חתם. ראוי היה לפרט בטופס את טיב הסכנות הצפויות והיקפן, על מנת שהמעצור יהא מודע להן בבירור. אין בחתימה על טופס זה כדי הסכמה להסתכנות מרצון" (סעיף 5 לפסק-הדין; ההדגשות שלי – ב' ש'). נראה שבנסיבות העניין היה יכול דווקא בית-המשפט להניח כי המעצור, כמו כל אדם, יודע את היקפם ואת טיבם של הסיכונים הכרוכים בנפילתו של מצנח רחיפה מן השמים. אולם לענייננו חשובה ההנמקה הכללית, ולא יישומה במקרה הספציפי.  
 8 ראה למשל ע"א 753/75 בלגה נ' עזבון טפט ואח', פ"ד לב(1) 757, 765; ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102, 110 שבהם דחה בית-המשפט את טענת ההסתכנות מרצון בהיעדר הוכחה על ידיעתו הפוזיטיבית של התובע הספציפי.  
 9 ע"א 485/60 ברמן ואח' נ' מרזיוף, פ"ד טו 1913, 1919-1920; ת"א (טב') 3002/96 אלוני נ' עירית טבריה ואח', תק-של 98 (3) 129, בסעיף 3 לפסק-הדין (להלן – עניין אלוני).

את הידיעה הסובייקטיבית גם על-ידי ראיות נסיבתיות, במידה שאלה מוכיחות את קיומה של הידיעה האישית<sup>10</sup>.

דעה זו נתמכת גם בלשון הסעיף. סעיף 5(א) מתייחס לשני סוגי ידיעה: **"התובע ידע והעריך, או יש להניח שידע והעריך"**. מלשון הסעיף עולה ששני סוגי הידיעה צריכים להתקיים אצל התובע הספציפי. ההבדל ביניהם הוא שהסוג הראשון מתייחס למקרים שבהם הוכחה הידיעה הסובייקטיבית בראיות ישירות, בעוד שהסוג השני מתייחס למקרים שבהם הוכחה הידיעה הסובייקטיבית מראיות נסיבתיות. לעומת זאת כאשר פקודת הנזיקין מתכוונת לידיעה אובייקטיבית היא משתמשת בלשון **"אדם סכיר ונכון"**, כפי שנעשה בסעיף 35 אשר מגדיר את עוללת הרשלנות.

מקובל בספרות כי הידיעה צריכה להתקיים בשעת גרימת הנזק<sup>11</sup>. אולם למעשה אין די בכך. הידיעה צריכה להתקיים מספיק זמן לפני מועד גרימת הנזק, כך שהתובע יוכל לגבש את רצונו בהסתמך על הידיעה ולפעול למימוש רצון זה עוד בטרם יתממש הסיכון.

ההיגיון הנעוץ בהרחבת מועד הידיעה הוא שתנאי הידיעה בהגנת הסתכנות מרצון הוא בסיס לגיבוש רצון חופשי לגבי לקיחת הסיכון. גיבושו של רצון אמיתי מותנה בידיעת העובדות הרלוונטיות לרצון – העובדות המקימות את הסיכון. כך, העובדה שאני מבחין באבן המושלכת לעברי אינה בגדר ידיעה מספקת לשם גיבוש הגנת ההסתכנות מרצון כלפי עוללת התקיפה, אם הזמן שיחלוף בין מועד הידיעה על הסיכון לבין מועד מימוש הסיכון קצר מכדי לאפשר לי להחליט אם אני מסכים לקבל את התקיפה, או שמא ברצוני לחמוק ממנה, וקצר אף מכדי לאפשר לי לממש את רצוני לחמוק מהסיכון אם כך החלטתי.

### ב. הסכמת הנזוק לקבל על עצמו את הסיכון ואת ההפסד הכרוך בנזק, אם יארע

תנאי זה כולל שתי דרישות: הדרישה הראשונה היא שההסכמה צריכה לנבוע מרצון חופשי<sup>12</sup>. כדי שאדם ייחשב כפועל מתוך רצון חופשי על הנתבע להוכיח כי בזמן גיבוש ההחלטה היה התובע במצב נפשי אשר איפשר לו לקבל החלטות<sup>13</sup>. כך, על הנתבע

10 ראה למשל ת"א (טב') 3002/96 (לעיל, הערה 9), שם.

11 "אנגלרד, א' ברק, מ' חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (ג' טדסקי עורך, מהד' שנייה, תשל"ז) (להלן – טדסקי), 314.

12 עניין קורן (לעיל, הערה 2), עמ' 664-663, 667-668. הרצון צריך גם להיות מיועד, אולם בהנחה שהתנאי הראשון לעיל התקיים, הרי שממילא הרצון מיועד, ואין צורך לבדוק יסוד זה שוב.

13 ע"א 1892/95 מ' קאסם אבו סעדה ואח' נ' שירות בתי הסוהר – משטרת ישראל ואח', פ"ד נא(2) 704, 720 (להלן – עניין אבו סעדה). סעיף 5(ג) לחוק שולל את ההגנה במקרים שבהם התובע היה בן

להוכיח כי התובע היה שפוי<sup>14</sup>, וכי הוא לא היה תחת השפעת חומרים אשר שללו את כושרו לקבל החלטות<sup>15</sup>. כמו כן ברור כי "רצון" שהושג בכפייה אינו רצון, ורצון שהושג במרמה אינו רצון חופשי (למעשה הסתכנות שכזו אינה מקיימת את תנאי ה"מודעות").

בנוסף, על הנתבע להראות כי התובע לא פעל מתוך לחצים אשר מנעו ממנו את האפשרות לקבל החלטה חופשית. אם התובע פעל מתוך חובה משפטית הרי שלא ניתן לומר כי רצונו היה חופשי<sup>16</sup>, שכן פעולתו הושפעה מהסנקציות המשפטיות שהחברה תנקוט נגדו, ולא דווקא מתוך רצונו לחשוף עצמו לסיכון. גם תובע שפועל מתוך חובה מוסרית לא ייחשב כמי שפועל מתוך רצון חופשי. כך, אדם שרואה בית נשרף, ולאחר שקרא למכבי האש<sup>17</sup> הוא נכנס לבית כדי להציל אדם שזועק לעזרה, לא ייחשב כמסתכן, שכן רצונו לא היה חופשי, אלא נבע מלחץ חיצוני<sup>18</sup>.

גם לחץ חברתי עשוי לשלול את הרצון החופשי<sup>19</sup>. עם זאת, לדעתי, יש מקום להתייחס לשלילת הרצון החופשי בגלל לחצים חברתיים בצמצום, שכן במקרים רבים המדובר הוא בסוג של לחץ חברתי שאין אנו מעוניינים לעודדו, ובנוסף המזיק אינו יוצר הלחץ החברתי. אין סיבה בעיניי להגיד למשל שאדם אשר קפץ קפיצת בנגי בלא עידודם של חבריו ייחשב למסתכן מרצון כלפי הסיכונים הרגילים הכרוכים בקפיצה כזו, בעוד שאדם אשר קפץ בעקבות לחצים של חבריו יוכל לתבוע את מפעיל האתר בהסתכן

פחות מ-12 ביום ביצוע העוולה. לא ברור אם מדובר בשלילה הנובעת מחזקה חלוטה לגבי מצבו הנפשי של קטיין או אם מדובר בשלילת כשירותו של הקטיין (טדסקי, בעמ' 330-332). הדיון במחלוקת זו חורג מתחומי רשימה זו.

14 עניין **אבו סעדה** (לעיל, הערה 13), עמ' 720. מן הראוי להדגיש כי במקרה זה קבע בית-המשפט כי יש חובה אקטיבית לנתבע להראות כי התובע היה שפוי בעת לקיחת הסיכון, ואין זה מספיק להישען על ההנחה הכללית כי כל אדם הוא שפוי. עם זאת באותו מקרה ניסה התובע להתאבד פעמיים מיד לפני ההתרשלות נושא הדיון, דבר שוודאי תרם לנכונות בית-המשפט לשלול את הנחת השפיות הכללית, ולכן ספק אם ניתן להסיק מקביעה זו מסקנה כללית.

15 *Morris v. Murray* [1990] 3 All E. R. 801, 807-8.

16 R.F.V. Heuston and R.A. Buckley *Salmond & Heuston on the Law of Torts* (21<sup>st</sup> ed., 1996, London) 478 (Hereinafter – Salmond).

17 ראה סעיף 1(ב) לחוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998, ס"ח 245.

18 ע"א 380/74 אל אכרס נ' קלמן ואח', פ"ד ל(1) 611, 613; ע"א 608/61 שפירא נ' שחברי ואח', פ"ד טז 1073, 1077; *Salmond* at p. 480; והאסמכתאות המוזכרות שם. ההלכה אשר קובעת כי מי שפועל מתוך לחץ מוסרי אינו בגדר "מסתכן מרצון" נובעת גם משיקולי מדיניות של עידוד מצילים אשר משפיעים על המשפט באופן כללי. ראה למשל: חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998; סעיף 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, ס"ח 42.

19 עניין **קורן** (לעיל, הערה 2), עמ' 663, 668.

על כך שרצונו לא היה חופשי. במקרים מסוג זה, הכרה בשלילת הרצון החופשי תביא לכך שהלחץ החברתי השלילי יוביל להגדלת יכולת התביעה של המושפעים מהלחץ החברתי, וזאת כלפי צדדים שלישיים שלא היו מודעים כלל ללחץ החברתי<sup>20</sup>. הדרישה השנייה במסגרת תנאי ההסכמה היא שעל הניזוק להסכים לא רק לעצם הסיכון הפיזי, אלא עליו לקבל על עצמו גם את הסיכון המשפטי שלא יקבל פיצוי על נזקיו<sup>21</sup>. כלומר, לא די בכך שהתובע יקבל על עצמו את האפשרות כי ייזוק, אלא שמוטל על הנתבע להוכיח כי התובע גם הסכים להישאר חסר פיצויים בגין אותו נזק<sup>22</sup>. דרישה זו, שהוספה על-ידי הפסיקה<sup>23</sup>, נועדה לצמצם את ההגנה מתוך רצון להגן על עובדים מפני ויתור על זכויותיהם, אך הוחלה גם במערכות יחסים אחרות מאחר שבתי-המשפט העדיפו את טענת האשם התורם על פני טענת ההסתכנות מרצון<sup>24</sup>. קיימת מחלוקת בנוגע לשאלה אם די להוכיח חזות חיצונית שמצביעה אובייקטיבית על הרצון החופשי של התובע, או שמא יש להוכיח רצון חופשי אישי-סובייקטיבי. בתי-המשפט לא הכריעו בשאלה זו<sup>25</sup>. לדעתי, ניתן לתלות את חוסר ההכרעה במתח בין הרצון לתת תוקף מלא לרצונו האישי של האדם לבין הצורך להבטיח כי אנשים יוכלו להסתמך על הסכמתם המשתמעת של מסתכנים<sup>26</sup>. מחד, תהיה זו תוצאה קשה אם

20 ראה גם ד' מור "הסתכנות מרצון, התרשלות הניזוק ונסיעה עם נהג שתוי" **הפרקליט לב (תשל"ח)** 16, 19 אשר מתייחס להיעדר ההבדל בחוק בין לחץ חברתי שנגרם על-ידי המזיק ללחץ חברתי שנגרם על-ידי צד שלישי. מהמשך המאמר עולה שמסקנתו של מור היא דווקא שיש להכיר בשני סוגי הלחץ כשוללים את טענת ההגנה (ראה **שם**, עמ' 20).

21 עניין **קורן (לעיל, הערה 2)**, עמ' 664.

22 ע"א 246/60 **צברי נ' "עמידר" חברה לאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ ואח'** פ"ד טו 281, 287 (להלן – עניין צברי); עניין **קורן (לעיל, הערה 2)**, בעמ' 665-666.

23 *Fleming*, at p. 333.

24 דיון נרחב בסיבות להעדפה זו של בתי-המשפט חורג מגבולות מאמר זה. עם זאת, לדעתי, סיבה מרכזית להעדפה זו היא גמישותה של דוקטרינת האשם התורם, שמאפשרת לבתי-המשפט לחלק את הנזק בין הצדדים בצורה הצודקת ביותר בעיניהם. זאת, בניגוד להגנת ההסתכנות מרצון שמאפשרת רק את קבלת התביעה או דחייתה.

25 ראה למשל ע"א 145/80 **ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח'** פ"ד (1) 113, 148, שם נבדק הן רצון סובייקטיבי והן רצון אובייקטיבי. ראה גם עניין **אחיליל (לעיל, הערה 4)**, שם אוזכרה בהסכמה (על-ידי שופט המיעוט) הדעה שלפיה ההסכמה הנדרשת היא אובייקטיבית (**שם**, עמ' 1337), אך מנגד בנייתו המקרה לגופו התייחס השופט דווקא להסכמה הסובייקטיבית של הניזוק כפי שהיא עולה מהנסיבות (**שם**, עמ' 1336).

26 מתח דומה קיים בדיני החוזים לגבי שאלת הרצון להיקשר בחוזה. שם הועדף הפתרון האובייקטיבי לאור הצורך לשמור על ודאות מסחרית (ג' שלו **דיני החוזים** (מהד' שנייה, תשנ"ה), עמ' 86-88). במקרה שלנו שיקול זה חזק פחות, במיוחד משום שמולו עשוי לעמוד אינטרס שלמות הגוף.

תביעתו של תובע שיוכיח כי הוא עצמו לא הסכים לסיכון, תידחה משום שהאדם הסביר היה נחשב כמסכים לסיכון באותן נסיבות. מאידך, יש מקום להגן על מזיק אשר הסיק מסקנה סבירה מהתנהגות הניזוק כי האחרון הסכים לקחת על עצמו סיכון משפטי, מפני אמירות מאוחרות של הניזוק שלפיהן התנהגותו לא שיקפה את רצונו האמיתי. הגנה זו דרושה משום שבתיה המשפט דחו את הגישה שלפיה נדרש חוזה פורמלי כשר בין המסתכן לבין המזיק והסתפקו בהסכמה משתמעת לסיכון<sup>27</sup>. לדעתו, הפתרון הראוי לבעיה זו הוא לקבוע כי על המזיק להוכיח הסכמה סובייקטיבית של הניזוק לסיכון. הדרך לעשות זאת היא או על-ידי הוכחת הבעת הסכמה אישית של הניזוק הספציפי, או על-ידי הוכחת התנהגות שהאדם הסביר היה מסיק ממנה על הסכמה. אם בחר המזיק בדרך השנייה, יעבור נטל השכנוע לניזוק להראות כי ההסכמה האובייקטיבית שהוכחה אינה משקפת הסכמה אישית סובייקטיבית<sup>28</sup>. אולם גם אם הניזוק יוכיח כי הרושם שיצרה התנהגותו לא שיקף את רצונו האמיתי, הרי אם המזיק הסתמך הסתמכות סבירה על התנהגותו של הניזוק, הוא יוכל לצאת פטור לאור העובדה כי שינה את מצבו לרעה על סמך מצג שהציג לו הניזוק. פטור זה של המזיק לא יעוגן בהגנת הסתכנות מרצון, שכן זו דורשת כאמור הסכמה אישית, אלא במקורות אחרים. אפשרות אחת היא להשתמש בעולות מצג שווא רשלני, שהרי הניזוק יצר למעשה מצג שווא רשלני כלפי המזיק, והאחרון סבל נזק כלכלי טהור (הפיצוי שהיה אמור לשלם לניזוק) בעקבות זאת. אפשרות שנייה היא להסתמך על תורת ההשתק הכללית לצורך השתקת התובע מלטעון כי לא חשף עצמו לסיכון מרצונו. יצוין כי לאחרונה, בדונו בתביעה שהגישה משפחתו של חולה שהתאבד עקב התרשלות בית חולים בשמירה עליו, דחה בית-המשפט את טענת ההסתכנות מרצון משני נימוקים:

”האחד, כי אדם, הפועל מתוך דיכאון, אינו בבחינת volens. האחר, כאשר חובתו של אדם היא למנוע את המעשה הרצוני של הזולת, אין

27 עניין קורן (לעיל, הערה 2), עמ' 666-667; *Salmond*, at p. 473. אחד הנימוקים להסתפקות זו הוא שבחלק ניכר מהמקרים אין משא ומתן או מגע אחר כלשהו בין המזיק לניזוק בטרם קרות הנזק. לפיכך לא ניתן לדבר על יצירת חוזה תקף ביניהם. ראה למשל את עובדות עניין **אחלייל** (לעיל, הערה 4).

28 ראה עניין **צברי** (לעיל, הערה 22), שם נאמר ביחס לשאלת ההסכמה כך: **”אם ההסכמה היא ברורה ומפורשת – מה טוב, הריהי ניתנת להוכחה וסוף לדבר. בהעדר הסכמה מפורשת – ובמקרה זה אין חולקין שלא היתה הסכמה כזאת – יש להסיקה כשאלה של עובדה מכל נסיבות המקרה”** (עמ' 287). מהדברים עולה כי נדרשת הסכמה אישית סובייקטיבית, וכי נסיבות המקרה יכולות לשמש רק כראיה להוכחת אותה הסכמה אישית, אך אינן יכולות להחליף אותה דרך הסכמה אובייקטיבית.

לשלול את האחריות כלפי הזולת כאשר המעשה הרצוני המסוים מתבצע"<sup>29</sup>.

נימוקו השני של בית-המשפט מהווה למעשה הוספת מגבלה חדשה לדרישות ההסתכנות מרצון, מעבר לדרישות שנמנו לעיל. מגבלה זו נראית על פניה כהגיונית בכל הקשור למקרי התאבדות, שהם המקרים שאליהם התייחס בית-המשפט. לכאורה, ללא מגבלה זו, היינו מאפשרים לבית החולים להתחמק מאחריות למניעת התאבדויות בקרב החולים (השפויים) המאושפזים אצלו, באופן גורף. יתר-על-כן, קשה לדבר על הסכמת החולה לקבל על עצמו את עולת בית החולים, כשכל שאיפתו של החולה הייתה למעשה שבית החולים יבצע את העוולה שתאפשר לו להזיק לעצמו, וחובתו של בית החולים הייתה למנוע נזק זה<sup>30</sup>. יש לציין כי מגבלה דומה למגבלה זו, אף קיימת במסגרת הדיון על הקשר הסיבתי ואשמו המכריע של הניזוק<sup>31</sup>, ששם היא בגדר הלכה ידועה ומקובלת<sup>32</sup>.

עם זאת לא ברור כי מגבלה זו תהיה מוצדקת גם במקרים שאינם מקרי התאבדות. כך למשל במקרה שבו אדם שיודע על קלקול במעצורי הרכבת, מחליט להיעזר בה כדי להשמיד את מכוניתו הישנה ומשאיר אותה על פסי הרכבת, נראה שיש הצדקה לשלילת אחריות הרכבת כלפיו, אף שחובת הרכבת היא למנוע פגיעה במי ובמה שנמצא על הפסים. מעבר לזאת למגבלה חדשה זו אין כל ביסוס בלשון סעיף 5 לפקודה. לפיכך נראה לי כי אין מקום להוסיף מגבלה זו לתנאים הכלליים של הגנת ההסתכנות מרצון, רק כדי לפתור את בעיית המתאבדים.

הפתרון הראוי בעיניי למקרי ההתאבדות הוא לאמץ את נימוקו הראשון של בית-המשפט ולקבוע שהסכמתם לסיכון של מתאבדים אינה בגדר הסכמה חופשית, שכן ניתן להניח כי הלחצים שהביאו אותם להתאבד הם לחצים כה כבדים עד שדי בהם לשלול

29 ע"א 6649/96 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד ואח', פ"ד נג(3) 529 (להלן – עניין גלעד), סעיף 24 לפסק-הדין.

30 כפי שציין בית-המשפט, הרי שבאנגליה הועלתה האפשרות להחיל מגבלה דומה לגבי מתאבדים, בעניין *Kirkham v. Chief Constable of the Greater Manchester Police* [1990] 2 Q. B. 283, 295. אפשרות זו אף הפכה להלכה בכל הקשור למתאבדים, בעניין *Reeves v. Commissioner of Police of the metropolis* [1998] 2 W. L. R. 401, 425; *Reeves v. Commissioner of Police of the metropolis* [1999] 3 All E. R. 897, (H.L.) 902-903, 909, 914. עם זאת יצוין שבשני המקרים צומצמה ההלכה אך ורק למקרי התאבדות.

31 סעיף 64(2) לפקודה. יצוין כי בעניין *Reeves* שהוזכר לעיל, לא הקפידו בתי-המשפט האנגליים על ההבחנה בין סוגיית ההסתכנות מרצון של הניזוק, לבין שאלת האשם המכריע שלו.

32 ע"א 92/71 בן אריה ואח' נ' עוזבון ברום ואח', פ"ד כה(2) 598, 602.

את הרצון החופשי. פתרון זה נראה עדיף בעיניי שכן הוא שומר על המסגרת הכללית של ההגנה, ולא משנה אותה רק בכדי לפתור בעיה קונקרטית. לאחר סקירת יסודות הגנת ההסתכנות מרצון כפי שפורשו בפסיקה ובספרות אעבור לבחון כיצד מיושמת ההגנה במקרים שבהם התביעה מוגשת בעוולת הרשלנות.

## 2. הסתכנות מרצון כהגנה מפני עוולת הרשלנות

הגנת ההסתכנות מרצון חלה בישראל על כל העוולות שבפקודת הנזיקין<sup>33</sup>, למעט הפרת חובה חקוקה<sup>34</sup>. עם זאת קיימים הבדלים בדרך שבה יש ליישם את ההגנה כנגד העוולות השונות. כך, יישום ההגנה בעוולת הרשלנות מעורר בעיות בכל אחד משני היסודות שתוארו<sup>35</sup>.

### א. ידיעת הנזוק על מצב הדברים שגרם לנזק

כאמור, הנזיק צריך להיות מודע לעובדות אשר גרמו להגברת הסכנה במקרה המסוים. במקרה של רשלנות ייתכנו שני מצבים עובדתיים: **האחד**, שבו בוצעה התרשלנות כנגד הנזוק, והוא, בידעו על התרשלנות זו ועל הסכנה שהיא יוצרת, מסכים לקחת על עצמו סכנה זו תוך ויתור על האפשרות לתבוע בגין נזקים שינבעו מהתרשלנות זו<sup>36</sup>; **השני**, שבו הנזוק מודע לסיכוי מסוים שהנתבע יתרשל בעתיד ומוותר מראש על האפשרות לתבוע בגין התרשלנות זו<sup>37</sup>.

המצב הראשון אינו מעורר כל בעיה מבחינת ידיעת הנזוק, שכן במצב כזה כל העובדות שיוצרות את הסכנה אכן ידועות לנזוק זמן מספיק לפני קרות הנזק. הבעיה

33 טרסקי, עמ' 336-337.

34 סעיף 5(ב) לפקודה שולל את תחולת ההגנה במצבים של הפרת חיקוק, ומכאן שאין תחולה להגנה לגבי עוולת הפרת חובה חקוקה. כמו כן יהיו עוולות שבהן הסכמת הנפגע תשלול את עצם קיום העוולה לאור דרישת אי-ההסכמה בעוולה עצמה (ראה סעיף 23(א) לגבי תקיפה), אך עשוי להיות הבדל בין אי-ההסכמה במסגרת העוולה לבין תחולת ההגנה מבחינת נטל השכנוע (**טרסקי**, עמ' 336).

35 בעבר הייתה מחלוקת במשפט האנגלי לגבי תחולת הגנת ההסתכנות מרצון בעוולת הרשלנות. אולם במשפט הישראלי לא הייתה מחלוקת זו קיימת מעולם. יתר-על-כן, כיום גם במשפט האנגלי יש תחולה להגנה בעוולת הרשלנות, אם כי יישומה שונה R. A. Percy and Salmond, at p. 472-473; C.T. Walton Charlesworth & Percy on Negligence (9<sup>th</sup> ed., London, 1997) 225.

36 למשל, מקרה שבו א. מתקין ברשלנות מערכת חשמלית בצורה מסוכנת. ב. בידעו על ההתקנה המסוכנת, מסכים לתקן את המערכת תמורת סכום מתאים תוך לקיחת הסיכון הכרוך בהתרשלנות על עצמו.

37 למשל, מקרה שבו א. מסכים להיכנס למכונית שבה נוהג ב המבוסס קלות. במצב כזה ההתרשלנות הספציפית שתביא לנזק טרם קרתה בשעת הכניסה לרכב, שהיא הזמן הרלוונטי, ואין ודאות כי תהיה התרשלנות כזו במהלך הנסיעה (Fleming, at p. 335). לניחוח ההבחנה בין המקרים ראה Morris v. Dann v. Hamilton [1939] 1 Murray, Supra note 15, at pp. 805-806. האבחנה עצמה נוצרה ב- All E. R. 59, 63.

מתעוררת במצב השני, שבו למעשה אין הניזוק מודע לכל העובדות המקימות את הסיכון, לפני קרות הנזק. את ההתרשלות, שגם היא עובדה רלוונטית לסיכון, הניזוק צופה ברמה מסוימת של הסתברות, אך אינו יודע בוודאות כי תקרה. יתר-על-כן, ייתכן שהניזוק יצפה אפשרות להתרשלות, אך לא יצפה את סוגה, את מידת החריגה מהתנהגותו של האדם הסביר, או את היקף הסיכונים שייגרמו מהתרשלות כזו ואת טיבם<sup>38</sup>.

הבעיה במקרים מן הסוג השני התעוררה במשפט האנגלי במקרים שבהם אנשים שנסעו עם נהג שיכור נפגעו בתאונת דרכים שנגרמה עקב נהיגה לא זהירה שנבעה מהשתייה. במקרים אלה לא היה המשפט האנגלי מוכן להכיר בהגנת ההסתכנות מרצון<sup>39</sup>, שכן הכניסה לרכב קדמה להתרשלות שגרמה לתאונה, ולפיכך ההתרשלות לא הייתה ידועה לניזוק זמן מספיק לפני קרות הנזק.

היוצא מן הכלל הוא מקרים חריגים וקיצוניים שבהם העובדות היו כה קיצוניות, עד שלא הייתה בררה אלא להסיק כי הניזוק ידע שהמזיק לא יוכל לנהוג בצורה סבירה בשום אופן, ולו למרחק קצר. במקרים אלה הסכנה לתאונה כבר קיימת וגלויה על פני הדברים בעת הכניסה לרכב, ולכן הניזוק יודע את כל העובדות המקימות את הסיכון – הוא יודע כמעט בוודאות כי ההתרשלות בוא תבוא – והוא חופשי לשקול אם ברצונו לקבל על עצמו את הסיכון שכרוך בהתרשלות שכזו, כאשר תהיה. אם החליט להמשיך בנסיעה, כאשר הוא יודע כי הנהג אינו מסוגל לנהוג בצורה סבירה, הוא יחשב כמי שפעל מתוך ידיעת כל העובדות שגרמו לנזק, אם נגרם נזק בגלל השכרות<sup>40</sup>.

במקרה היחיד שבו התעוררה טענת ההסתכנות מרצון בקשר לנסיעה עם נהג שיכור במשפט הישראלי, קבע בית-המשפט העליון כי הגנת ההסתכנות מרצון אינה חלה<sup>41</sup>. עם זאת, מאחר שקיימת אי-בהירות לגבי מידת שכרותו של הנהג במקרה זה, לאור ההתייחסויות השונות של השופטים לעובדות, קשה להסיק מפסק-דין זה מסקנות כלליות לגבי ההלכה במקרים של שכרות קיצונית של הנהג.

יישום ההלכה האנגלית בכלל המקרים שבהם מועלית טענת ההסתכנות מרצון כנגד תביעה ברשלנות, כאשר הרשלנות קודמת לידיעה, יביא למסקנה שעל-מנת שהניזוק יחשב כמי שמקיים את תנאי הידיעה שבהגנה צריכים להתקיים שני תנאים מצטברים: ראשית, על הסיכון שגורם לרשלנות להיות קיים זמן מספיק לפני קרות הנזק כדי לאפשר לניזוק להימנע מהנזק. שנית, נדרש כי הסיכוי לכך שאכן תהיה התרשלות, יהיה כה גבוה

38 עניין אחלייל (לעיל, הערה 4), עמ' 1334.

39 .. at p. 6337 *Dann v. Hamilton*, Supra note

40 ראה למשל 15 *Morris v. Murray*, Supra note

41 עניין קורן (לעיל, הערה 2).

עד כי לניזוק לא תהיה בררה אלא להניח שהתרשלות בוא תבוא. אם אחד משני תנאים אלה אינו מתקיים, לא תוכל ההגנה לחול.

**ב. הסכמת הניזוק לקבל על עצמו את הסיכון ואת ההפסד הכרוך בנוק, אם יארע**

התנאי השני לקיום ההגנה הוא הסכמתו המודעת והחופשית של הניזוק לקבל על עצמו את הסיכון לכך שייפגע ואת ההפסד הכרוך בכך. גם לגבי תנאי זה אין במקרה שבו ההתרשלות קדמה להסכמה לקבל את הסיכון בעיות מיוחדות. המקרה הבעייתי הוא המקרה שבו ההסכמה לסיכון קודמת להתרשלות. הבעיה במצב זה היא שההסכמה לסיכון צריכה להינתן מתוך מודעות לפרטי הסיכון. לכאורה, נדון עניין זה בסעיף הקודם, בשלב המודעות לסיכון, אולם למעשה העובדה שהניזוק יודע כי הוא נמצא במצב שבו עומדת להיות התרשלות, ואף שהוא מסכים להתרשלות מסוימת שנובעת מהמצב, אין פירושה שהוא מסכים להתרשלות הספציפית שגרמה לנוק. בהחלט ייתכן שההתרשלות שגרמה לנוק חרגה ממתחם ההתרשלויות שנבעו באופן הכרחי מהמצב, ושלגביהן ויתר הניזוק על זכותו לתבוע<sup>42</sup>. כלומר, אין די בכך שהמזיק יוכיח כי הניזוק היה במצב שבו הוא הסכים לקחת על עצמו התרשלות מסוימת שנובעת מסיכון קיים, אלא עליו להוכיח כי הניזוק צפה (ברמה גבוהה של הסתברות) את אותה התרשלות מסוימת שהתגשמה, והסכים לקחת אותה על עצמו<sup>43</sup>. לאחר הצגת הגנת ההסתכנות מרצון ברצוני לבחון בקצרה את אותם פסקי-הדין שבהם התקבלה טענת הגנה זו בשנים האחרונות ולבחון אם קבלת ההגנה הייתה מוצדקת לאור הניתוח דלעיל.

**3. פסקי-הדין וניתוח הגנת ההסתכנות מרצון בהם**

ארבעה מבין פסקי-הדין<sup>44</sup> שבהם קיבלו שופטים את טענת הסתכנות מרצון נוגעים למקרים שבהם הנפגעים נפגעו מירי של כוחות הביטחון בעקבות מעורבות בפעילות לא חוקית במסגרת האינתיפאדה, או שהתנהגותם יצרה רושם כזה. במקרים אלה קבעו השופטים שהנפגעים הסתכנו מרצון, אך קביעה זו נעשתה בהערת אגב משום שהקביעה העיקרית של אותם שופטים הייתה שהיורים לא התרשלו, מה שמצדיק ממילא את דחיית התביעה.

42 Fleming, at pp. 336-337

43 עניין אבו סעדה (לעיל, הערה 13), עמ' 720.

44 עניין אחלייל (לעיל, הערה 4); ת"א (חי') 66/94 עזבון ח'דיר ואח' נ' מ"י / משרד הביטחון, תק-מח

3085 (2)99; ת"א (חי') 1110/94 שעת נ' מ"י, תק-מח 98(3) 1833; ות"א (י-ם) 529/90 מוחתסב נ'

משה ואח', תק-מח 92(3) 1166 (להלן – עניין מוחתסב).

במקרה נוסף<sup>45</sup> אשר הדמיון בינו לבין המקרים הקודמים מצדיק את ניתוחם המשותף, נדון עניינו של אדם שדקר שתי חיילות. בעת בריחתו הוא נלכד בידי חיילים שניסו להגן עליו מההמון הזועם. שוטרים שהגיעו למקום באקראי חילצו את הדוקר מידי ההמון והעבירו אותו לידי שוטרים מתחנת המשטרה המקומית. אלה לקחו אותו לתחנת המשטרה לחקירה, אך כשראו כי הוא אינו מגיב ומצבו קשה, הזעיקו אמבולנס מגן דוד אדום וזה פינה אותו לבית חולים, שם הוא מת. התביעה נדחתה בגין היעדר התרשלות, הסתכנות מרצון ואשם תורם של 100%<sup>46</sup>.

לצורך הדיון ביישום הגנת ההסתכנות מרצון אצא מתוך הנחה כי התובעים הוכיחו את עוולת הרשלנות של הנתבעים. הנחה זו דרושה לצורך הדיון, שכן אם אניח כי לא הייתה התרשלות מצד הנתבעים, ממילא אין טעם לדון בהגנת ההסתכנות מרצון, שכן בהיעדר עוולה, אין טעם לדבר על הגנות<sup>47</sup>.

הצד הדומה בחמשת מקרים אלה הוא שלא הייתה הסכמה מפורשת של התובע להתרשלות הנתבעים, ושהמעשים שמהם הוסקה הסכמתו של התובע לסיכון באו לפני ההתרשלות.

לאור זאת, הרי שבמקרים כגון אלו, כדי שהתובע ייחשב למסכים לסיכון, על הנתבעים היה להוכיח כי התובע ידע עובדות שלא הותירו לו בררה אלא להסיק כי הנתבעים עומדים להתרשל כלפיו. בנוסף, על הנתבעים היה להוכיח כי התובע הסכים הסכמה חופשית שהנתבעים יתרשלו כנגדו, בהיקף ההתרשלות שאכן הוכחה וכן שהוא לא יקבל פיצוי בגין התרשלותם זאת. אבחן דרישות אלה אחת לאחת.

ראשית, ספק גדול בעיניי אם אכן ניתן להסיק מעובדות המקרים שהתובעים ידעו כי הנתבעים עומדים להתרשל כלפיהם. הסקת מסקנה כזו מעובדות המקרים יכולה להתבסס אך ורק על הנחה שלפיה בכל מקרה שבו ערבי מבצע פשע ביטחוני, הוא יהיה חשוף לשימוש בכוח לא סביר (או לרשלנות בשמירה עליו) מצד כוחות הביטחון בזמן לכידתו. נראה לי כי אין מקום למסקנה כזו הן מבחינה עובדתית והן מבחינת שיקולי המדיניות המעורבים בה. זאת במיוחד אם בזמן קביעת רף הזהירות הסבירה של כוחות הביטחון בתי-המשפט מביאים בחשבון את נסיבות הלחץ והקושי שבהן כוחות הביטחון נמצאים בשעת פעולה מבצעית, כפי שאכן נעשה.

עוד היה על הנתבעים להוכיח כי התובע הסכים לקחת על עצמו את הסיכונים הכרוכים בהתרשלות שאכן בוצעה כנגדו. כדי להגיע למסקנה שאכן הייתה הסכמה

45 ת"א (חי') 457/91 שוואנה ואח' נ' תורג'מן ואח', תק-מח 95 (1) 797.

46 שם, סעיפים 9-10 לפסק-הדין.

47 יודגש שאין בכוונתי לשלול את המסקנה שאליה הגיעו בתי-המשפט ושלפיה לא הייתה התרשלות במקרים הנדונים. ההנחה בדבר התרשלות הנתבעים מיועדת אך ורק לאפשר את הדיון בהגנת ההסתכנות מרצון.

שכזו, יש להניח שהתובע היה יכול לאמוד מראש את היקף ההתרשלות שתבוצע כלפיו בסופו של דבר. האבסורד שבהנחה זו הוא שהניע את השופט לזיין לדחות את הטענה בעניין אחילייל<sup>48</sup>, באמרו:

”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?”<sup>49</sup>.

לבסוף, על הנתבעים היה להוכיח גם שהתובעים היו שפויים בדעתם, וכי פעלו מתוך רצון חופשי<sup>50</sup>. על-אף העובדה שבחלק מהמקרים הועלו בפסק-הדין תמיהות גדולות לגבי מניעיהם של התובעים לאור העובדה שמעשיהם היו מוזרים וחסרי הסבר<sup>51</sup>, הרי שאף באחד מפסקי-הדין לא נבדקו שפיות התובעים או הלחצים שהביאו אותם למעשיהם, וממילא גם לא הוכח כי הם פעלו בהיותם שפויים ומתוך רצון חופשי. העולה מן הדברים הוא כי בחמשת המקרים האמורים לא היה מקום לקבל את טענת ההסתכנות מרצון.

שלושה מקרים נוספים שבהם התקבלה טענת ההסתכנות מרצון נגעו להתרשלות מחזיקי מקרקעין שגרמה לנזק לתובע ששהה על המקרקעין. בשניים מהמקרים<sup>52</sup> השתתפו התובעים במשחק כדור על מגרש שהיה מוחזק בידי המשיבים, ונפגעו בעת שנפלו למהמורות במגרש. בשלישי<sup>53</sup> נפל התובע לתהום באתר בנייה בעת שהתגנב למקום לשחק כדורגל עם חבריו על-אף קיומם של שלטי אזהרה. התובע טיפס על גדר שגובהה 60 ס"מ ואז החליק לתהום שעומקה שמונה מטרים שהייתה בצדה השני של הגדר. בכל המקרים קבע בית-המשפט כי לא הוכחה עוולת הרשלנות כלפי הנתבעים, ובנוסף קבע כי הוכחה הסתכנות מרצון.

48 לעיל, הערה 4.

49 שם, עמ' 1334 (סעיף 6 לפסק-דינו של השופט לזיין).

50 ראה למשל עניין אבו סעדה (לעיל, הערה 13), שם הועבר נטל הראיה על הנתבעים להוכיח את שפיותו של התובע כדי שיוכלו ליהנות מהגנת ההסתכנות מרצון.

51 כך, בסעיף 8(ח) לפסק-הדין בעניין מוחתסב (לעיל, הערה 44) אמר בית-המשפט: ”אין בידי לדעת ולא אוכל גם לשער איזו רוח אחזה בתובע ודחפה אותו לעשות את מה שעשה”.

52 עניין אלוני (לעיל, הערה 9); ת"א (טב') 1976/95 הישאם איברהים נ' המועצה המקומית מגאר ואח', תק-של 98(2) 551.

53 ת"א (ח"י) 1615/94 מחאג'נה איאר עבד סלים נ' תופיק מוחמד עבד אלפתאח ואח', תק-מח 98(3) 667.

לצורך ניתוח ההסתכנות מרצון אניח, כפי שציינתי לעיל, כי התובעים הצליחו להוכיח את עוולת הרשלנות. ההתרשלות שנטענה בכל המקרים היא התרשלות בתחזוקת המקרקעין, התרשלות שקרתה לפני קרות הנזק. לאור הנחות אלה אבדוק את התקיימות ההגנה.

מבחינת תנאי הידיעה נראה כי הסיכון היה ידוע לתובעים בטרם קרות הנזק. עם זאת נראה כי תנאי ההסכמה אינו מתקיים לפחות לגבי שני המקרים הראשונים. אכן, הלכה ידועה היא כי אדם המשתתף במשחק מסכים לקחת על עצמו את הסיכונים הרגילים הכרוכים באותו סוג משחק<sup>54</sup>, אולם הלכה זו חלה רק על סיכונים שהם חלק בלתי נפרד מהמשחק, ולא לסיכונים שנובעים מתנאים חיצוניים שאותם אפשר לשנות בלי לפגוע במשחק, כמו במקרים אלו<sup>55</sup>. יתר-על-כן, נראה כי בחירת התובעים לשחק נבעה מלחץ חברתי שהופעל עליהם. באחד המקרים היה התובע שחקן בנבחרת מקום העבודה שלו במסגרת הליגה למקומות עבודה, ולא ברור אם קבוצתו הייתה יכולה לשחק בלעדיו. במקרה השני ניזוק התובע במהלך השתתפות בחוג לכדורסל של המועצה המקומית, ונראה כי פרישה מהחוג עד לתיקון המגרש הייתה מובילה רק להפסקת השתתפותו של התובע במשחקי הכדורסל, ולא לתיקון המגרש<sup>56</sup>.

בנוסף, ספק בעיניי אם הסכימו התובעים לקחת על עצמם גם את הסיכון המשפטי של היעדר פיצוי, שהרי לאור העובדה שפעילותם הייתה פעילות מאורגנת, ייתכן שסברו שהמארגנים והביטוח שלהם יישאו בנזקיהם אם יינזקו בשל תנאי המגרש<sup>57</sup>.

במקרה השלישי אשר מערב מסיג גבול קיים בסיס מוצק יותר לטענה כי התובע אכן הסכים לקחת על עצמו את הסיכון כשנכנס כמסיג גבול לאתר בנייה שאותו הכיר ועל כן ידע על הסיכונים הכרוכים בו. עם זאת גם כאן נותר בעיניי ספק לאור הדרישה שהועלתה בפסיקה לאחרונה שמונעת את קבלת הטענה במקרים שבהם הסיכון שהתממש הוא הסיכון שאותו המזיק היה אמור למנוע<sup>58</sup>.

שהרי בהנחה שחובתם של הנתבעים למנוע כניסת אנשים לאתר היא חובה שנועדה בין השאר למנוע סכנה מאנשים שייטו לקחת על עצמם סיכונים לא הגיוניים, הרי שהפרת חובה זו תמנע את שלילת האחזיות כלפי מי שנכנס לאתר ונפגע מלקיחת סיכונים כאלה.

54 ראה הטקסט ליד ה"ש 9.

55 Charlesworth & Percy, at p. 232.

56 אך ראה הטקסט ליד ה"ש 19 201 - לעיל, שבו הבעתי את דעתי שיש לצמצם את המקרים שבהם יוכר לחץ חברתי ששולל רצון חופשי, ולפיכך ייתכן שהיה מקום להכיר בחופשיות רצונם של התובעים.

57 ראה סעיפים 7 81 - לחוק הספורט, תשמ"ח 1988, - ס"ח 122.

58 עניין גלעד (לעיל, הערה 29), בסעיף 24 לפסק-הדין.

עוד מקרה<sup>59</sup> שקשור לפעילות ספורטיבית נוגע לתובע שניזוק מנפילה במהלך השתתפותו בטורניר "קרב תרנגולים" שאורגן במלון הנתבע על-ידי צוות הבידור של המלון. בית-המשפט קבע כי לא הייתה התרשלות מצד הנתבעים בארגון המשחק. כן הוסיף בית-המשפט כי אף אם היה קובע כי הייתה התרשלות מצד הנתבעות, הרי שהייתה עומדת להן הגנת ההסתכנות מרצון<sup>60</sup>. נראה כי בנסיבות אלה, שבהן אדם נפגע במהלך משחק בשל התממשות סיכון שהוא אינהרנטי לאותו משחק, אכן תקום הגנת ההסתכנות מרצון<sup>61</sup>.

במקרה נוסף<sup>62</sup> שבו התקבלה טענת ההסתכנות מרצון הייתה התובעת מסוכסכת עם קרוב משפחתה. כשהקרוב ניסה לנהוג בטרקטור ב"שטח המחלוקת", יידתה בו התובעת אבנים ונעמדה לפני הטרקטור כדי למנוע ממנו את המשך הנסיעה. בני משפחת הקרוב קראו לו לדרוס את התובעת, והטרקטור עלה על כף רגלה (לא ברור מפסק-הדין אם הדריסה הייתה מכוונת). בית-המשפט פסק כי אין מדובר בתאונת דרכים מסיבות שאינן נוגעות לנו<sup>63</sup>, וקבע כי דין התביעה לפי פקודת הנזיקין להידחות לאור התקיימות הגנת ההסתכנות מרצון<sup>64</sup>. במקרה זה נראה כי התובעת הייתה מודעת לאפשרות הממשית שהקרוב ידרוס אותה, ועל-אף זאת המשיכה לעמוד מול הטרקטור. בנסיבות אלה נראה כי התובעת הייתה מודעת לסיכון הפיזי והסכימה לו. עם זאת נראה כי היא פעלה מתוך רצון להגן על האינטרסים שלה בסכסוך עם קרוב משפחתה, ולכן ספק אם יש כאן רצון חופשי להסתכן. בנוסף, לאור העובדה שכרגיל מפוצים ניזוקי תאונות דרכים על-ידי חברות הביטוח בלי קשר לאשם הצדדים לפי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה<sup>1975</sup> - ספק אם אכן צפתה התובעת את האפשרות שלא תקבל פיצוי בגין נזק שייגרם לה, ואם הסכימה לסיכון המשפטי הכרוך באבדן הפיצויים<sup>65</sup>.

המקרה האחרון<sup>66</sup> שבו התקבלה טענת ההסתכנות מרצון נוגע לתאונת עבודה שבה היה מעורב התובע. התובע עבד באותו יום במחלקה שלא הייתה המחלקה הקבועה

59 ת"א (נצ'י) 123/93 עוזן נ' הראל ואח', תק-מח 95 (2) 363.

60 שם, סעיף 6.ח. לפסק-הדין.

61 עם זאת שמא ניתן לומר שעל התובע הופעל לחץ חברתי להשתתף במשחק על-ידי אשתו וחבריו, שעמם שהה בבית המלון, אך דבר זה לא ברור עובדתית מפסק-הדין. ראה גם ה"ש 55 לעיל.

62 ת"א (ק"ג) 229/97 יעקובוביץ נ' כלל חברה לביטוח בע"מ ואח', תק-של 98 (2) 1281 (להלן – עניין יעקובוביץ).

63 שם, סעיף 7 לפסק-הדין.

64 שם, סעיף 6 לפסק-הדין.

65 נראה כי במקרה זה היה אשם תורם גבוה ביותר מצד הנפגעת, ולכן נראה כי התוצאה הסופית שאליה הגיע בית-המשפט נכונה בכל מקרה.

66 ת"א (חי') 3044/93 איברהים עישאן נ' רמי – תעשיות קרמיקה (1991) בע"מ, תק-של 97 (2) 1363.

שלו, בסידור מוצרים על עגלה גדולה. על-אף קיומן של מדרגות לירידה מהעגלה, הרי שכשרצה התובע לרדת מהעגלה הוא בחר לקפוץ ממנה, החליק ונפל. הוכח במשפט כי חלק מהפועלים נהגו שלא לרדת במדרגות על-אף קיומן של הוראות להשתמש בהן. בית-המשפט פסק כי הנתבעת לא התרשלה<sup>67</sup> וכן קבע כי הפועלים הסתכנו מרצון<sup>68</sup>. אם לצורך הניתוח נניח כי הייתה התרשלות, הרי שהתרשלות זו נגעה לקביעת דרך עבודת הפועלים והייתה קיימת לפני הקפיצה, כך שהתובע פעל בידעו על ההתרשלות. יש להניח כי התובע גם ידע שהוא עלול להיפגע בנפילה, ולמרות זאת בחר לקפוץ. עם זאת ספק רב אם ניתן לומר שהתובע קיבל על עצמו את סיכון הפגיעה וההפסד מרצונו החופשי. זאת, הן לאור הפסיקה הברורה שמבקשת לא להחיל את הגנת ההסתכנות מרצון במקרה שבו עובד נפגע במהלך עבודתו עקב פעולה שנעשתה בדרך שהייתה רגילה במקום עבודתו<sup>69</sup>, הן משום שהתרשלות המעביד נוגעת לעצם כך שלא מנע מהעובד לקפוץ, ובנסיבות אלו תחול אימרתו של השופט אנגלרד ששוללת את תחולת ההגנה<sup>70</sup>, והן משום שיתכן שלחצים חיצוניים (אם מצד המעביד – לגמור מהר את העבודה, ואם מצד העובדים האחרים שנהגו לקפוץ) שללו את רצונו החופשי של התובע.

#### 4. סיכום

המסקנה העולה מן הדברים היא כי בחלק גדול מן המקרים שבהם קיבלו בתי-המשפט את טענת ההסתכנות מרצון, הרי שקבלתה לא הייתה מוצדקת, או לפחות מוטלת בספק.

הגנת ההסתכנות מרצון אינה מתאימה לתביעות רשלנות כשהסכמה לסיכון באה לפני ההתרשלות, אלא במקרים נדירים ביותר שבהם ידוע מראש ברמת הסתברות גבוהה שההתרשלות בוא תבוא. גם במקרים שבהם ההתרשלות הייתה לפני ההסכמה לסיכון, הרי שבחלק גדול מן המקרים קיים ספק גדול לגבי התקיימות תנאי ההסכמה על כל תנאיו הקפדניים כפי שהתפתחו בפסיקה בארץ ובאנגליה.

התוצאה שלפיה בחלק גדול מן המקרים קבלת טענת ההסתכנות מרצון מוטלת בספק, אינה מפתיעה. שכן, כפי שאמרנו לאורך המאמר, הגישה הכללית בפסיקה היא

67 שם, סעיף 10 לפסק-הדין.

68 שם, סעיפים 5 ו-11 לפסק-הדין.

69 עניין דויטש (לעיל, הערה 5), עמ' 1532; ע"א 240/66 הרשות לפיתוח החולה חברה בע"מ נ' אזולאי וערעור שכנגד, פ"ד כ(4) 857, 860-861.

70 ראה הטקסט ליד ה"ש 58 לעיל.

לצמצם את ההגנה למקרים נדירים יחסית, בעיקר כשההגנה מועלית במצב שבו ההסכמה קדמה להתרשלות.

כפי שכבר נרמז לעיל, הרי שכמעט בכל המקרים לא היה בדחיית הטענה כדי לשנות את תוצאת פסק־הדין, שכן כמעט כל השופטים שקיבלו את טענת ההסתכנות מרצון קיבלו אותה אך ורק כטענה חלופית. בכל המקרים (למעט אחד) השופטים שקיבלו את טענת ההסתכנות מרצון קבעו כקביעה עיקרית כי לא הייתה התרשלות מצד הנתבעים, ובחלק מן המקרים גם התקבלה טענת אשם תורם של 100%, כשדי ולו באחת משתי הטענות כדי להביא לדחיית התביעה. אולם מן הראוי היה כי בתי־המשפט לא ישתמשו בטענת ההסתכנות מרצון מחוץ למקומה הטבעי והמצומצם.

### חלק ב: יישום הגנת ההסתכנות מרצון – נקודת מבט חיצונית

#### 1. מבוא

המסקנה שאליה הגעתי בחלק הקודם הייתה שבמרבית המקרים שבהם קיבלו בתי־המשפט את טענת ההסתכנות מרצון, קיימים ספקות לגבי נכונות פסיקה זו, ושכל המקרים (פרט לאחד<sup>71</sup>) שבהם קיבלו את הטענה, היא לא הייתה הנימוק היחיד של בית־המשפט לדחיית התביעה.

מסקנה זו מעוררת תמיהה. ההנחה היא כי בתי־המשפט צדקו בשאר חלקי פסק־הדין, ולפיכך הם צדקו במסקנתם הסופית שלפיה יש לדחות את התביעה. אם כך, מדוע טרחו השופטים "לחזק" את מסקנתם (הנכונה לגופה) בנימוק נוסף, שמוטל בספק? תמיהה זו הובילה אותי לבדוק מאפיינים אחדים של הצדדים במשפטים שבהם התייחסו בתי־המשפט להגנת ההסתכנות מרצון, במטרה לנסות ולמצוא הסבר לרטוריקה שנקטו בתי־המשפט.

יודגש מיד, כי אף שבין הנתונים שנבדקו קיימים נתונים לגבי לאום התובעים, אין בכוננתי לטעון להטיה על רקע זה מצד בתי־המשפט, שכן הנתונים שנבדקו אינם מספיקים לצורך הוכחת הקשר בין מאפיינים דמוגרפיים של הצדדים לבין פסיקת בתי־המשפט<sup>72</sup>.

71 עניין יעקובוביץ (לעיל, הערה 62).

72 למיטב ידיעתי לא בוצע עד היום בישראל מחקר שבדק את הקשר בין לאום הצדדים במשפט אזרחי לבין תוצאת הצדדים, אף שכמה מחקרים בדקו תופעה זו במשפט הפלילי. ראה למשל: מ' ס' חג' יחיא, ג' רהב, מ' טייכמן "בית משפט השלום ותיפקודו עם המיעוטים בישראל" פלילים ד (תשנ"ד) 157; מ' חג' יחיא, ג' רהב, מ' טייכמן הבחנה בין יהודים וערבים בתהליכי הפללה וענישה של

מספר המקרים שבהם התייחסו בתי-המשפט לטענה ואשר נמצאים במאגרים שנבדקו, הוא קטן ביותר (שלושים ושלושה מקרים). ממדגם כה קטן של מקרים אין אפשרות להסיק מסקנות סטטיסטיות תקפות לגבי כלל המערכת השיפוטית האזרחית, או אפילו לגבי כלל תיקי הנזיקין. נוסף על כך, אין בידי נתונים לגבי השאלה, אם הדרך שבה נבחרים פסקי-הדין אשר מוכנסים למאגרים השונים היא רנדומלית אם לאו. כוונתי בחלק זה של המאמר היא רק להצביע על כמה נתונים שייתכן שעשויים לתת הסבר להתנהגות בית-המשפט. ההנחה שלי היא שקבלת טענת ההגנה של הסתכנות מרצון, במקרים שבהם אין בה צורך לשם דחיית התביעה, עשויה לשקף הסתייגות של בית-המשפט מהתנהגות התובע, חוסר ביטחון עצמי של השופטים שמביא לרצון לספק כמה קווי הגנה לפסיקתם, ואולי אף חוסר בקיאות מספקת בהלכות הקשורות להגנה נדירה זו.

## 2. דרך העבודה

לצורך בדיקת הסיבות לקבלת טענת ההסתכנות מרצון נבדקה אוכלוסיית פסקי-הדין שפורסמו בעשר השנים האחרונות בשלושה קובצי פרסומים: פסקי-הדין של בית-המשפט העליון (פ"ד)<sup>73</sup>, פסקי-הדין של בתי-המשפט המחוזיים (פס"מ)<sup>74</sup> ותקליטור התקדין<sup>75</sup>.

נמצא שבעשר השנים האחרונות פורסמו בקבצים האמורים שלושים ושלושה פסקי-דין שבהם קבע בית-המשפט עמדה ביחס לשאלת ההסתכנות מרצון במקרה שעמד לפניו<sup>76</sup>, בין שעמדו הייתה מנומקת ובין שלא<sup>77</sup>. שמונה מפסקי-הדין היו של בית-

**צעירים** (1978); ש' פלמור **לאום הנאשם בהמלצות קציני המבחן ובהחלטות שופטים** (עבודה לקבלת תואר מוסמך – אוניברסיטת חיפה, בית הספר לעבודה סוציאלית, 1982). יצוין כי לאחרונה יצא מחקר מקיף שבדק את נושא הפליית הנשים בבתי-המשפט בישראל. ראה ר' בוגוש, ר' דון יחייא **מגדר ומשפט – אפליית נשים בבתי המשפט בישראל** (1999). גם מחקר זה מתרכז בהפליה במשפט הפלילי. במסגרת המחקר בדקו החוקרות גם את הקשר בין הלאום של הנאשם ושל הקורבן לבין גזר-הדין. מסקנתן הייתה כי קיים קשר בין לאום הקורבן לבין גזר-הדין (עמ' 72-73), אך אין קשר בין לאום הנאשם לבין העונש (עמ' 64-65, 126-127).

73 פ"ד מג(1) עד נב(5)

74 כרכי הפס"מ לשנים תשמ"ח עד תשנ"ז. במסגרת זו נבדקו גם כרכי הפס"מ אשר מתייחסים לפסקי-דין של בתי-משפט השלום באותה תקופה.

75 נבדקו פסקי-דין של בתי-המשפט האזרחיים החל מכרכי התקדין של שנת 1990 עד כרכי התקדין של שנת 1999. הבדיקה נערכה בשתי גרסאות של תקליטור התקדין (7/99 3/001), עקב הורדת חלק מפסקי-הדין של בתי-משפט השלום שהיו קיימים בגרסת 7/99 מגרסת 3/00.

76 רשימת פסקי-הדין נמצאת בנספח להלן.

המשפט העליון, שישה-עשר של בתי-המשפט המחוזיים, ותשעה של בתי-משפט השלום.

בכל אחד מפסקי-הדין נבדקה השתייכותם הלאומית של התובע והנתבע (לפי הצד בערכאה המקורית). מאחר שהשתייכות זו אינה מופיעה כמובן בפסק-הדין, נקבעה השתייכותם של הצדדים לפי שמותיהם, על-אף חוסר הדיוק הטמון בשיטה זו<sup>78</sup>. לאור חוסר הדיוק קובצו הצדדים לשתי קבוצות בלבד: יהודים ואחרים, תוך התעלמות מהבדלים אשר עשויים להיות בתוך הקבוצות. קבוצה שלישית היא המקרים שבהם חלק מהנתבעים היו רשויות המדינה או רשויות מקומיות. ההנחה היא כי רשויות אלה עשויות לזכות ליחס מיוחד (לשני הצדדים) מבתי-המשפט, ולכן הן סווגו בנפרד. במקרים שבהם היו כמה נתבעים, הרי שאף אם רק חלק מהנתבעים היו רשויות, סווגו הנתבעים כרשויות; אם לא היו רשויות בין הנתבעים, הרי שאם חלק מהתובעים (או הנתבעים) היו יהודים וחלק לא, סווג הצד כלא יהודי. שיוך זה בוצע לאור ההנחה שאם יש הטיה ביחס בית-המשפט כלפי חלק מהתובעים (או הנתבעים) הוא ישפיע ממילא גם על חלקם האחר.

מאפיין נוסף שאליו התייחסתי הוא אם התובע (או הנפגע, במקרה שהוא מת) נפגע במהלך אירוע שבו הוא נחשד על-ידי כוחות הביטחון כמבצע מעשים לא חוקיים במסגרת האינתיפאדה. זאת, מתוך הנחה שתובעים כאלה יזכו לפחות אהדה מתובעים אחרים.

בכל אחד מפסקי-הדין שנכנסו למאגר נבדקה עמדת השופט (או כל אחד מן השופטים, במקרה ששלושה שופטים ישבו בדין) לגבי סוגיית ההסתכנות מרצון. במקרים שבהם התקבלה טענת ההגנה נבדק אם קבלת ההגנה הייתה דרושה לצורך הכרעה בתביעה, או שמא היא הייתה רק טעם חלופי לדחיית התביעה, כאשר התביעה נדחתה גם מסיבות אחרות.

מן הראוי לציין כי בחלק זה לא התייחסתי לשאלה אם קבלת (או דחיית) טענת ההסתכנות מרצון הייתה נכונה מבחינה משפטית לאור הניתוח שנעשה בחלק א' לעיל. שכן, נכונות הניתוח היא דבר שיכול להיות נתון לוויכוח, בעיקר כשתיק בית-המשפט המלא היה רק לפני בית-המשפט.

### 3. ניתוח המדגם

77 מהמדגם הוצאו פסקי-דין שבהם בית-המשפט הזכיר את ההגנה אך לא קבע עמדה לגבי התקיימותה במקרה הנדון.

78 השתייכותם הלאומית של תאגידיים נקבעה לפי זהות בעליהם, עד כמה שניתן היה לקבעה מתוך פסק-הדין.

בשלושים ושלושה פסקי-הדין שבמאגר ניתנו חמישים ושלוש חוות-דעת שהייתה בהן התייחסות להגנת הסתכנות מרצון<sup>79</sup>. לצורך הניתוח אתיחס לחוות-הדעת הבודדות של השופטים, ולא לפסקי-הדין המלאים, שכן ברצוני לבחון את עמדות השופטים, ולא את התוצאה המקרית שנבעה מהרכב מקרי זה או אחר. כדי לקבל תמונת מצב ראשונית על חוות-הדעת, מתוארת (בטבלה 1 להלן) חלוקת חוות-הדעת בין הערכאות השונות לפי עמדת בית-המשפט לגבי טענת ההסתכנות מרצון. לצורך שלמות התמונה יש הפרדה בין עניינים שנדונו במוטב יחיד, לבין עניינים שנדונו במוטב שלוש. כאמור לעיל, הנתונים בטבלה מתייחסים למספר חוות-הדעת הרלוונטיות ולא למספר פסקי-הדין הרלוונטיים.

טבלה 1. סיווג חוות-הדעת לפי ערכאה ולפי תוצאת הדיון

הערכאה	הטענה נדחתה	הטענה התקבלה באוביטר	הטענה התקבלה לגופה	סך הכול
עליון (מוטב שלוש)	23	1	0	24
מחוזי (מוטב שלוש) <sup>80</sup>	7	0	0	7
מחוזי (מוטב יחיד)	7	6	0	13
שלום (מוטב יחיד)	5	3	1	9
סך הכול	42	10	1	53

מטבלה זו בולטת העובדה שבאופן כללי, רק בכ-21% מן המקרים התקבלה הטענה, ולו באוביטר. יתר-על-כן, רק במקרה אחד התקבלה הטענה לגופו של עניין. לאור עובדה אחרונה זו, הרי שלהלן אתיחס לכל המקרים שבהם התקבלה הטענה כקבוצה אחת, בלא להפריד בין המקרים שבהם היא התקבלה באוביטר, לבין המקרים שבהם היא התקבלה לגופו של עניין.

79 במקרים שבהם ישבו שלושה שופטים בדיון, הרי שאם שניים מהם הסכימו לחוות-דעתו של השופט השלישי, הם נחשבו לשלוש חוות-דעת באותו כיוון, מאחר שמהותית גם דעתם הייתה זהה בנושא ההסתכנות מרצון. במקרים שרק חלק מהשופטים הביעו את דעתם לגבי ההגנה, והשופטים האחרים חלקו עליהם בנושאים אחרים ששינו את תוצאת המשפט, ולא הביעו דעתם בנושא ההסתכנות מרצון, נספרו רק חוות-הדעת של השופטים שהביעו את דעתם.

80 באחד מפסקי-הדין (ע"א (חי) 4161/98 צ'זיק נ' עיריית חיפה ואח', תק-מח 99 (1) 148) התייחס לנושא ההסתכנות מרצון רק שופט אחד.

מסקנה נוספת שניתן להסיק מן הטבלה היא כי הנטייה לקבל את טענת ההסתכנות מרצון גדלה ככל שמדובר בערכאה נמוכה יותר. 44% מחוות הדעת של בית-משפט השלום תמכו בקבלת הטענה; בבית-המשפט המחוזי רק 30% מחוות הדעת תמכו בקבלת הטענה ובבית-המשפט העליון רק כ-4% בלבד מחוות-הדעת תמכו בקבלתה. מן הראוי לציין גם את ההבדל הבולט בין מקרים שנדונו במותב יחיד (כ-45% מחוות-הדעת תמכו בקבלת הטענה) לבין מקרים שנדונו במותב שלושה (רק כ-3.2% מחוות-הדעת תמכו בקבלת הטענה).

הצעד הבא היה למיין את המקרים לפי זהותם הלאומית של התובעים. בחרתי להתמקד דווקא בתובעים, ולא בנתבעים, משתי סיבות. ראשית, הסתכנות מרצון היא טענה שמתמקדת בתובע ולא בנתבע, ולכן מוצדק לבחון דווקא אותו. שנית, בפועל רק במקרה אחד מכלל המקרים שבמאגר היה נתבע לא יהודי, מה שכמובן אינו מאפשר לבצע השוואות.

טבלה 2. סיווג חוות הדעת לפי לאום התובע, לפי התוצאה ולפי הערכאה

הערכאה	תובע יהודי		תובע לא יהודי	
	הטענה נדחתה	הטענה התקבלה	הטענה נדחתה	הטענה התקבלה
עליון	18	0	5	1
מחוזי	8	1	6	5
שלום	4	2	1	2
סך הכול	30	3	12	8

בממצאי טבלה 2 ניתן למצוא הבדל בין המקרים שבהם התובעים היו יהודים לבין מקרים שבהם התובעים היו לא יהודים. כאשר התובע יהודי, הרי שהסיכוי שתתקבל טענת ההסתכנות מרצון הוא רק כ-9%. מנגד, כאשר מדובר בתובע לא יהודי, הרי שהסיכוי שתתקבל טענת ההסתכנות מרצון הוא כ-40%. כלומר, הסיכוי של טענת ההסתכנות מרצון להתקבל גבוה פי 4.4 בתביעות שהוגשו על-ידי לא יהודים. לאור מספר המקרים הקטן בכל ערכאה, ולאור כך שבבית-המשפט העליון לא התקבלה טענת ההסתכנות מרצון בשום תביעה שהוגשה על-ידי יהודים, לא ניתחתי את התוצאות לפי הערכאות השונות.

בדיקה נוספת שערכתי היא השוואה בין מקרים שבהם הנתבעים היו רשויות ציבור (המדינה או רשויות מקומיות) לבין מקרים שבהם הנתבעים היו אנשים או חברות פרטיות. בדיקה זו נערכה מתוך הנחה שייטכן שהרשויות יזכו ליחס שונה מבית-המשפט, וייתכן כי יחס זה יושפע גם מזהות התובעים.

טבלה 3. סיווג חוות-הדעת לפי מיהות הצדדים, לפי התוצאה ולפי הערכאה

הערכאה	רשות נתבעת				נתבע פרטי			
	הטענה התקבלה		הטענה נדחתה		הטענה התקבלה		הטענה נדחתה	
	תובע לא יהודי	תובע יהודי	תובע לא יהודי	תובע יהודי	תובע לא יהודי	תובע יהודי	תובע לא יהודי	תובע יהודי
עליון	1	0	5	15	0	0	0	3
מחוזי	5	0	3	4	0	1	3	4
שלום	1	1	0	1	1	1	1	3
סך הכול	7	1	8	20	1	2	4	10
סך הכול	8		28		3		14	

גם בטבלה 3 ניתן למצוא ממצאים מעניינים. כאשר מסתכלים על כלל האוכלוסיה ניתן לראות, כי כמעט אין הבדל בין הסיכוי של טענת ההסתכנות מרצון להתקבל כאשר מדובר על נתבע פרטי (כ-18%) לבין הסיכוי שלה להתקבל כאשר מדובר על נתבע שהוא רשות (כ-22%).

אולם ניתוח שמתחשב גם בזוהות התובעים מגלה תמונה שונה: כך, בעוד שהסיכוי של טענת ההסתכנות מרצון להתקבל כאשר תובע לא יהודי עומד מול נתבע פרטי היה 20%, הרי שכאשר מדובר על תובע לא יהודי שעומד מול רשות עלה הסיכוי לכ-47%. מנגד, כשמדובר על תובעים יהודים המצב הפוך. במקרה שהתובע הוא יהודי הרי שבעוד שסיכויי הטענה להתקבל כשמדובר על נתבע שהוא רשות היו רק כ-5%, הרי שכשמדובר על תובע יהודי שעומד מול אדם פרטי, עלו הסיכויים לכ-17%. עולה מן הדברים כי בעוד שהסיכויים של נתבע פרטי להצליח בטענת ההסתכנות מרצון כנגד תובע יהודי דומים לאלה שיש לו כנגד תובע לא יהודי, הרי שכאשר הנתבע הוא רשות, סיכויי הטענה להצליח מול תובע לא יהודי גדולים פי 9.4 מאשר מול תובע יהודי. ניתוח נוסף שערכתי לאור מסקנות חלק א של המאמר הוא השוואה בין המקרים שבהם התקבלה טענת הסתכנות מרצון כאשר מדובר היה על מקרים שבהם התובעים (או הנפגעים שנפטרו) היו מעורבים בפעילות עוינת במסגרת האינתיפאדה (או שנחשדו במעורבות כזו) לבין המקרים האחרים.

טבלה 4. סיווג חוות-הדעת לפי סוג הפעילות, לפי התוצאה ולפי הערכאה

הערכאה	מקרים שבהם הייתה פעילות לא חוקית במסגרת האינתיפאדה		מקרים שבהם לא הייתה פעילות לא חוקית במסגרת האינתיפאדה	
	הטענה נדחתה	הטענה התקבלה	הטענה נדחתה	הטענה התקבלה

עליון	2	1	21	0
מחוזי	0	4	14	2
שלום	0	0	5	4
סך הכול	2	5	40	6

טבלה 4 מלמדת כי במקרים שבהם התובע היה מעורב בפעילות לא חוקית במסגרת האינתיפאדה, או שנחשד בפעילות כזאת על-ידי כוחות הביטחון בעת שנפגע, היה הסיכוי לקבלת טענת ההסתכנות מרצון גבוה מאוד יחסית למקרים אחרים: במקרים מן הסוג הראשון היה הסיכוי לקבלת טענת ההגנה כ-71%, בעוד שבמקרים מן הסוג השני היה הסיכוי לקבלת הטענה רק כ-13%.

אפשר להסביר ממצא זה בכמה הסברים. ראשית, מקרים אלה מערבים כמה הגנות נדירות יחסית, שחלקן אכן מתקיימות, וייתכן כי במצב זה יש נטייה לבתי-המשפט לקבל את כל טענות ההגנה בלי לבחון את יסודותיהן לעומק. שנית, ייתכן כי במקרים אלה קיימת הסתייגות אצל בית-המשפט מהתנהגות התובע. אמנם, תביעת התובעים נדחתה לגופה בכל המקרים מחמת היעדר התרשלות, אולם מאחר שבית-המשפט שאף להביע את הסתייגותו מהתנהגות התובעים, הוא הוסיף עוד נימוקים לדחייה בלי לדקדק בנונותם. שלישיית, ייתכן כי מדובר בממצא מקרי לאור המספר המועט של מקרים שבהם הייתה פעילות לא חוקית במסגרת האינתיפאדה (שבעה מקרים בלבד).

לאור ממצאי טבלה 4 ערכתי השוואה בין המקרים שבהם הועלתה טענת ההסתכנות מרצון כתביעות של יהודים לבין המקרים שבהם הועלתה הטענה בתביעות של תובעים לא יהודים, תוך הוצאת המקרים שבהם היה התובע מעורב בפעילות לא חוקית במסגרת האינתיפאדה מתוך הסטטיסטיקה.

טבלה 5. סיווג חוות-הדעת לפי לאום התובע, לפי התוצאה ולפי הערכאה

הערכאה	תובע יהודי		תובע לא יהודי	
	הטענה נדחתה	הטענה התקבלה	הטענה נדחתה	הטענה התקבלה
עליון	18	0	2	0
מחוזי	8	1	6	1
שלום	4	2	1	2
סך הכול	30	3	9	3

תוצאות טבלה 5 מראות כי כאשר מוציאים מתוך המדגם את המקרים שבהם היה מעורב התובע בפעילות לא חוקית במסגרת האינתיפאדה, קטן הפער שבין קבלת הטענה אצל תובעים יהודים לבין קבלת הטענה אצל תובעים לא יהודים. במדגם המלא, ב-40%

מתביעות הלא יהודים התקבלה הטענה, ורק בכ-9% מתביעות היהודים התקבלה הטענה (יחס של כ-4.4:1). לעומת זאת במדגם המצומצם, ירד שיעור תביעות הלא יהודים שבהם התקבלה הטענה ל-25% ושיעור קבלת הטענה אצל יהודים לא השתנה ונשאר על כ-9% (יחס של כ-2.8:1).

מן הראוי לציין כי כאשר מדובר על המדגם המצומצם, הרי שלמעשה הפער בין סוגי התובעים נובע כולו מפסיקת בית-משפט השלום. לעומת זאת בפסיקת בתי-המשפט המחוזיים והעליון לא נותר כמעט פער בין תביעות היהודים לבין תביעות הלא יהודים במדגם המצומצם.

#### 4. מסקנות

הממצאים שהוצגו בפרק הקודם עשויים להוביל לשתי מסקנות שונות. המסקנה הראשונית העולה מעיון בממצאים עשויה להיות שקיימת הטיה כנגד לא יהודים בתביעות אזרחיות בבתי-המשפט. הטיה זו אף מתחזקת כאשר מדובר על תביעות של אזרחים פרטיים מול רשויות: בתי-המשפט יעדיפו את "האזרח הקטן" היהודי בסכסוך שלו עם הרשות, אך ייטו לתמוך ברשות מול תובע ערבי. אולם צריך לציין, כי גם אם מסקנה זו נכונה הרי שיש לזכור שכל מה שהמחקר הצביע עליו הוא מתאם סטטיסטי מסוים, ואין להסיק ממתאם סטטיסטי על כך שיש קשר סיבתי בין משתנה אחד (לאום התובע) לבין משתנה אחר (תוצאת הדיון). לצורך קביעת קשר סיבתי נדרשים מחקרים נוספים.

יתר-על-כן, כפי שכבר הדגשתי בראשית המאמר, מסקנות אפשריות אלה אינן ההסברים האפשריים היחידים שניתן למצוא לממצאי המחקר, שכן ניתן לתת לממצאים הסבר חלופי.

הסבר חלופי אפשרי הוא שטענת ההסתכנות מרצון היא טענה נדירה יחסית, כך שכל שופט נתקל בה רק מספר פעמים מועט יחסית. במצב זה ייתכן שחלק מהשופטים אינם בקיאים בגבולותיה המדויקים של הטענה. במקרים שבהם היה התובע מעורב בפעילות לא חוקית במסגרת האינתיפאדה, הועלו על-ידי הנתבעים שלוש טענות הגנה, מעבר לטענה של היעדר התרשלות: הסתכנות מרצון ושתי טענות דומות לה (אשם תורם של 100% ו"מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה"). מאחר שבתי-המשפט קבעו בכל המקרים שלא הייתה התרשלות, הרי שההכרעה לגבי גורל שלוש הטענות נעשתה בהערת אגב. לאור זאת, ייתכן שהשופטים לא טרחו לבדוק את ההבדל בין הטענות, ומתוך מחשבה שממילא התביעה נדחתה בגלל היעדר התרשלות קיבלו את כל שלוש טענות ההגנה בלי לבחון לעומק את התנאים לקיומה של כל אחת מההגנות, תנאים אשר היו מחייבים את דחיית טענת ההסתכנות מרצון.

הסבר אפשרי זה מקבל חיזוק ממצאי הטבלאות 4 ו-5 המראים כי ההבדל בין מקרים שבהם הייתה פעילות לא חוקית במסגרת האינתיפאדה ובין המקרים האחרים

גדול ביותר, וכי ניכוי המקרים שבהם הייתה פעילות לא חוקית במסגרת האינתיפאדה מצמצם בהרבה את ההבדל בין תובעים יהודים ללא יהודים. שכן, במרבית המקרים שבהם לא הייתה פעילות לא חוקית במסגרת האינתיפאדה לא הועלו הטענות של אשם תורם של 100% ו"מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה", ולפיכך לא הייתה לשופטים סיבה לבלבל בין טענת ההסתכנות מרצון לבין טענות ההגנה האחרות.

חיזוק נוסף להסבר זה ניתן למצוא בממצא שלפיו, כאשר מדובר על מקרים שבהם לא הייתה פעילות לא חוקית במסגרת האינתיפאדה, קיים הפרש בין הסיכוי לקבלת הטענה אצל תובעים יהודים לבין סיכוי זה אצל לא יהודים רק בבית-משפט השלום. לו אכן הייתה הפליה בין יהודים ללא יהודים, הרי סביר להניח שהיינו מוצאים הבדלים ביחסם של בתי-המשפט בכל הערכאות. העובדה שהפרש כזה נמצא רק בבית-משפט השלום אינה מלמדת בהכרח על הפליה בבתי-משפט השלום, אלא על הסיכון הגדול יותר לטעות שופט בבתי-משפט השלום באשר לטענת הגנה נדירה יחסית כמו הסתכנות מרצון. מסקנה זו מתחזקת לאור זאת שבאופן כללי הסיכוי של טענת ההסתכנות מרצון להתקבל בבתי-משפט השלום היה גדול בהרבה מזה שבבתי-המשפט המחוזיים או בבית-המשפט העליון.

שיטת ביצוע המחקר טומנת בחובה בעיות אחדות אשר מונעות ממני לקבוע איזה מההסברים דלעיל הוא הנכון. מחקר זה נערך על מספר קטן ביותר של פסקי-דין, כך שהסקת מסקנות ממנו על כלל מערכת בתי-המשפט היא בעייתית מבחינה סטטיסטית. בשל מספרם הקטן של פסקי-הדין גם לא הייתה אפשרות מעשית לערוך מבחנים סטטיסטיים שונים אשר היו מבהירים עד כמה הממצאים שנמצאו הם חד-משמעיים. בנוסף, אין בידי מידע על הדרך שבה נבחרים פסקי-הדין שנכנסים למאגרים השונים שמהם נדגמו פסקי-הדין שבמחקר. ייתכן בהחלט שמדובר בדגימה מוטה.

אולם אף לו היו נפתרות הבעיות השונות אשר קשורות לשיטת המחקר, לא הייתי מסתכן לקבוע לפי הממצאים שבידי שיש הפליה בין יהודים ללא יהודים במערכת בתי-המשפט, שכן הוכחת טענה של הפליה בבתי-המשפט צריכה להתבסס על מחקר שיתמקד בתוצאת פסקי-הדין, ולא בהנמקתו. זאת, מאחר שהנמקת פסקי-הדין אינה משפיעה על עתידם של הצדדים, ואילו תוצאת פסקי-הדין כן. אולם בכל המקרים שנדונו במחקר, ובהם התקבלה טענת ההסתכנות מרצון בתביעות של לא יהודים, הרי שקבלת הטענה נעשתה באמרת אגב פסקי-הדין, כאשר לגופו של עניין נדחו התביעות מטעמים אחרים, כך שקבלת הטענה לא השפיעה על עתיד הצדדים.

לפיכך מחקר זה יכול לשמש רק לשם העלאת המודעות לתופעה שיתכן שקיימת בבתי-המשפט תוך ניסיון למשוך חוקרים נוספים לביצוע מחקרים שיאששו או יפריכו את השערת ההפליה.

בדיקת הגנת ההסתכנות מרצון מעלה כי יישום ההגנה בבת־המשפט הוא בעייתי, הן מנקודת מבט פנימית והן מנקודת מבט חיצונית. מנקודת המבט הפנימית, מעלים ממצאי חלק א של המאמר כי בחלק מהמקרים, בעיקר בערכאות הנמוכות, אין הקפדה על עמידה בכל דרישות ההגנה כתנאי לקבלתה, מה שמאפשר שימוש בהגנה במקרים שבהם אין הצדקה עניינית לעשות כן.

ניסיון לבדוק אם ממצא זה נובע מהפליה, כפי שנעשה בחלק ב, העלה ממצאים מטרידים, אולם ממצאים אלה לא היו ברורים ולא ניתן היה להסיק מהם מסקנות חד־משמעיות. עם זאת לאור חשיבות סוגיית ההפליה בבת־המשפט, תקוותי היא שמאמר זה יפתח פתח לעריכת מחקרים מעמיקים יותר בסוגייה זו בעתיד. מחקרים כאלה יאפשרו לקבוע ממצאים חד־משמעיים יותר לגבי טענת ההפליה בבת־המשפט האזרחיים. אם תימצא במחקרים אלה הטיה כזו, ותקוותי שלא כך יקרה, הרי שממצאיהם יקלו על הטיפול בה.

**נספח – המקרים שבהם הועלתה טענת ההסתכנות מרצון<sup>81</sup>**

מס'	פסק-הדין <sup>82</sup>	תוצאת הטענה <sup>83</sup>	זהות הצדדים <sup>84</sup>
1.	ע"א 6649/96 הסדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד פ"ד נג(3) 529	נדחתה	י. נ. י.
2.	ע"א 3684/98 מ"י נ' זאיד באדר אחלייל ואח' תק-על 1332 (1)99 <sup>85</sup>	נדחתה ברוב דעות	ר. א. נ. ר.
3.	ע"א 1892/95 מ' קאסם אבו סעדה ואח' נ' שירות בתי הסוהר – משטרת ישראל ואח' פ"ד נא(2) 704	נדחתה	א. נ. ר.
4.	ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם ואח' פ"ד מט(1) 102	נדחתה	י. נ. ר.
5.	ע"א 119/86 קני בתים בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה נתניה ואח' פ"ד מו(5) 727	נדחתה	י. נ. ר.
6.	ע"א 80/87 זלסקי ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ראש"צ פ"ד מה(4) 604	נדחתה	י. נ. ר.
7.	ע"א 324/82 עירית בני ברק ואח' נ' רוטברד ואח' פ"ד	נדחתה	י. נ. ר.

81 המקורות למקרים הם כרכי הפ"ד מג(1) עד נב(5); כרכי הפס"מ לשנים תשמ"ח עד תשנ"ז; תקדין (גרסאות 7/99 3/001-) החל מכרכי התקדין של שנת 1990 ואילך. הרשימה מורכבת מפסקי-הדין שבהם קבע בית-המשפט עמדה ביחס לשאלת ההסתכנות מרצון של התובע.

82 פסקי-הדין מסודרים לפי סדר הערכאות: עליון, מחוזי ושלום. בכל ערכאה סידור פסקי-הדין הוא כרונולוגי מהמאוחר למוקדם.

83 בטור זה מוצגת החלטת בית-המשפט לגבי טענת ההסתכנות מרצון: התקבלה – טענת ההגנה התקבלה; נדחתה – הטענה נדחתה; מקרים שבהם קביעת בית-המשפט לגבי טענה זו לא הייתה חיונית לתוצאת המשפט סומנו בכוכבית. מקרים שבהם ישבו שלושה שופטים בדין הודגשו.

84 בעמודה זו התייחסתי לכמה משתנים: זהותו הלאומית (יהודי או אחר) של התובע בערכאה הראשונה, עד כמה שניתן לנחשה מתוך שמו. אם התובעים יהודים – הסימון הוא י', אם התובעים (או חלקם) אינם יהודים – הסימון הוא א'; זהותו של הנתבע בערכאה הראשונה, עד כמה שניתן לנחשה מתוך שמו. בפריט זה קיימות שלוש אפשרויות: אם הנתבעים (או חלקם) יהודים – הסימון הוא י', אם הנתבעים לא יהודים – הסימון הוא א'; אם הנתבעים (או חלקם) הם רשויות ציבור – הסימון יהיה ר'. מקרים שבהם התובע (או הנפגע באותם מקרים שבהם התובעים הם יורשים ותלויים) נפגע בנסיבות שהיה בהן כדי להצביע על מעורבותו בפעילות לא חוקית במסגרת האינתיפאדה הודגשו.

85 עתירה לקיום דיון נוסף בהלכה שנקבעה בעניין זה נדחתה ללא התייחסות לסוגיית ההסתכנות מרצון (דנ"א 1965/99 מ"י נ' זאיד באדיר אחלייל ואח', תק-על 99(2) 753).

מס'	מס' פסק-הדין	מה(4) 102	תוצאת הטענה	זהות הצדדים
.8	ע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני ברק פ"ד מג(3) 343		נדחתה	י.נ.ר.
.9	ת"א (נצ" 496/95 סכן נ' להב ואח' תק-מח 99(3) 914		נדחתה	י.נ.י.
.10	ת"א (חי') 66/94 עזבון ח'דיר ואח' נ' מ"י / משרד הביטחון תק-מח 99(2) 3085		התקבלה*	א.נ.ר.
.11	ת"א (י-ם) 1375/96 מנאל נ' מ"י תק-מח 99(1) 3197		נדחתה	א.נ.ר.
.12	ע"א (חי') 4161/98 עיריית חיפה ואח' תק-מח 99(1) 148		נדחתה בדעת יחיד* 86	י.נ.ר.
.13	ת"א (חי') 1110/94 שעת נ' מ"י תק-מח 98(3) 1833		התקבלה*	א.נ.ר.
.14	ת"א (חי') 339/94 נתיב נ' ריטר ואח' תק-מח 98(2) 1199		נדחתה	י.נ.י.
.15	ע"א (חי') 4219/97 אבו ג'זאלה אליאס נ' המועדון הישראלי לגלישה אורית ואח' תק-מח 97(3) 1224		נדחתה	א.נ.י.
.16	ת"א (חי') 1615/94 מחאג'נה איאד עבד סלים נ' תופיק מוחמד עבד אלפתאח ואח' תק-מח 98(3) 667		התקבלה*	א.נ.ר.
.17	ת"א (י-ם) 214/95 ד"ר יריב מלימובקה נ' ידיעות אחרונות תקשורת בע"מ תק-מח 98(1) 2832		נדחתה	י.נ.י.
.18	ת"א (י-ם) 1200/95 בשאראת נ' מ"י – משרד הביטחון תק-מח 98(1) 1598		נדחתה	א.נ.ר.
.19	ע"א (חי') 807/95 עזבון זינו ז"ל נ' מ"י תק-מח 97(1) 867		נדחתה	י.נ.ר.
.20	ת"א (י-ם) 194/94 לוי נ' פלטיין ואח' תק-מח 96(4) 829		נדחתה	י.נ.י.

86 בעניין זה התייחס לנושא ההסתכנות מרצון רק אב"ד (כבוד השופט גריל), שקיבל את התביעה (בכפוף להחזרתה לבית-משפט קמא לשמיעת ראיות לעניין הנזק). שני השופטים האחרים נחלקו בדעותיהם: כבוד השופט נאמן חשב שיש להחזיר את הדיון מתחילתו להרכב אחר של בית-משפט השלום, לאור כך שהסדר הדיוני שהיה בבית-משפט קמא מנע מבית-המשפט להגיע לחקר האמת, כבוד השופטת חווה חשבה שיש לדחות את התביעה בגלל היעדר התרשלות של המשיבים, וכלי קשר לשאלת ההסתכנות מרצון. בנסיבות אלה הכריעה דעתו של אב"בית-הדין, לפי סעיף 80(ב) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד1984-.

21.	ת"א (נצ') 123/93 עזרן נ' הראל ואח' תק-מח 95(2)	התקבלה*	י.נ.י.
	363		
מס'	פסק-הדין	תוצאת הטענה	זהות הצדדים
22.	ת"א (חי') 457/91 שוואנה ואח' נ' תורג'מן ואח' תק-מח 95(1) 797	התקבלה*	א.נ.ר.
23.	ת"א (י-ם) 529/90 מוחתסב נ' משה ואח' תק-מח 92(3) 1166	התקבלה*	א.נ.ר.
24.	ת"א (ב-ש) 464/82 אבו האני חסן נ' מ"י תק-מח 92(3) 947	נדחתה	א.נ.ר.
25.	ת"א (חי') 9023/97 סלמנדר נ' הר החרמון – שירותי ספורט ונופש בע"מ תק-של 99(3) 20	נדחתה	י.נ.י.
26.	ת"א (טב') 2518/98 מלכה נ' שקיר תק-של 99(1) 27	נדחתה	י.נ.י.
27.	ת"א (טב') 3002/96 אלוני נ' עירית טבריה ואח' תק-של 98(3) 129	התקבלה*	י.נ.ר.
28.	ת"א (ק"ג) 229/97 יעקובוביץ נ' כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' תק-של 98(2) 1281	התקבלה	י.נ.י.
29.	ת"א (טב') 1976/95 הישאם איברהים נ' המועצה המקומית מגאר ואח' תק-של 98(2) 551	התקבלה*	א.נ.ר.
30.	ת"א (חי') 21528/95 זיזוב נ' גבאי ואח' תק-של 98(1) 1423	נדחתה	י.נ.י.
31.	ת"א (חי') 3891/91 אסרף נ' מועצה מקומית שלומי ואח' תק-של 97(2) 3515	נדחתה	י.נ.ר.
32.	ת"א (חי') 3044/93 איברהים עישאן נ' רמי – תעשיות קרמיקה (1991) בע"מ תק-של 97(2) 1363	התקבלה*	ל.נ.י.
33.	ת"א (נצ') 1/92 זקוק נ' יונס תק-של 96(3) 4023	נדחתה	א.נ.א.