

האם נסתם הגולל על אחריות המדינה בנזיקין בגין עוולה שמקורה באקט מנהלי?

מאת

גיא אלון ועידו פורת*

מבוא. א. עיקרי פסק הדין. ב. המצב המשפטי – הממשק בין דיני נזיקין למשפט המנהלי;
1. האינטרסים המכוננים בבסיס אחריות המדינה בנזיקין; 2. התנודות בבסיס האחריות הנזיקית – סקירה היסטורית. ג. ביקורת על פסק הדין; 1. תחימת גבולות תרשים הזרימה של השופט עמית; 2. ביסוס העוולה ודרישת רשלנות חמורה; 3. מעשה עשוי ודוקטרינת הקטנת הנזק; 4. סיכום הביקורת. ד. הצעה למודל ראוי; 1. המודל הראשון: הרחבת סמכויות בתי המשפט המנהליים; 2. המודל השני: מודל הביניים. סיכום ומסקנות.

מבוא

ברע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל¹ נדונה שאלת היקף האחריות הנזיקית של המנהל לפעולותיו. הסוגיה המשפטית החשובה ביותר בפסק הדין, ובה תעסוק הארה זו, היא היחס בין הליכים מנהליים להליכים נזיקיים. דעת השופט עמית, שלעיקרה הצטרף השופט זילברטל, הציבה תנאים לקבלת סעד בגין עוולת הרשלנות כשזו חופפת את המשפט המנהלי. לדעתנו, פסיקה זו מעוררת חשש לצמצום ניכר של אחריות המדינה בנזיקין.

עובדות המקרה מורכבות כשלעצמן. על קצה המזלג נציין כי ההליכים המשפטיים נסבו על החלטת משטרת ישראל שלא לאפשר לרב יהודה גליק (לימים חבר כנסת) לעלות להר הבית. משטרת ישראל אף נמנעה מלעיין בהחלטה זו במשך שנתיים. לטענת גליק, אקט מנהלי זה הסב לו נזק – מפגיעה בחופש התנועה ועד פגיעה כלכלית, ולכן הוא הגיש תביעה לבית משפט השלום בירושלים בגין הנזקים האמורים. כבר בשלב זה ניתן אפוא לראות שמדובר בעוולה שאינה רגילה, אלא "עוולה היברידי", בלשונן של השופט עמית:² עוולה ששורשיה במשפט המנהלי (כלומר, מקורה באקט מנהלי), אך גזעה וענפיה בתחומי עוולות המסגרת – רשלנות או הפרת חובה חקוקה. על עוולה מסוג זה, אשר מעמדה המיוחד והמעורב העניק לה את השם "עוולה היברידי", ועל הקשיים האינהרנטיים הגלומים בהטלת אחריות נזיקית בגין אקט מנהלי, נעמוד להלן.

קריאה ראשונה של פסק דינו של השופט עמית, אשר דחה את טענות חבר הכנסת, מספיקה כדי להבחין שמדובר בפסיקה המבכרת את צמצום האחריות הנזיקית המוטלת על המדינה. היא עושה זאת על ידי הצבת לא פחות מ"מסלול מכשולים", ורק דילוג על כלל המשוכות יזכה את הנפגע מהעוולה בסעד. בחתימת פסק הדין הביע השופט זילברטל אמביוולנטיות מסוימת לפני שהצטרף לשופט עמית בהכרעה הספציפית (יחד הם יצרו רוב), אך הוא נזהר שלא לקבוע הלכה

* גיא אלון הוא מתמחה במשרד מ. פירון ושות'; בוגר תואר ראשון ושני במשפטים, תלמיד במסלול הישיר לדוקטורט, אוניברסיטת חיפה. עידו פורת הוא מתמחה במשרד ש. הורוביץ ושות'; בוגר תואר ראשון במשפטים ולימודי אסיה, אוניברסיטת חיפה.

1 רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל (פורסם בבנב, 19.1.2017) (להלן: עניין גליק או עניין גליק בעליון).

2 שם, פסי' 32 לפסק דינו של השופט עמית.

גיא אלון ועידו פורת, "האם נסתם הגולל על אחריות המדינה בנוזיקין בגין עוולה שמקורה באקט מנהלי?", **הארץ דין** יג 60 (תשע"ט)

וכן הסתייג מכמה אמירות של השופט עמית, ולכן נראה שפסק דינו של השופט עמית לא יצר הלכה חד-משמעית. עם זאת, הוא מעלה שאלות קשות.³

בהארה זו נטען כי בית המשפט צמצם יתר על המידה את האפשרות לקבל סעד בנוזיקין בשל "עוולה מנהלית". אנו מוצאים חשיבות רבה בפסק דין זה, שכן הוא עשוי להיתפס כתנודה נוספת ומשמעותית באותה "מטוטלת" של אחריות המדינה בנוזיקין, כפי שהוגדרה בעבר (הגדרה שנשתמש בה להלן).⁴ זאת ועוד, עיון מושכל בפסק הדין יגלה כי ניכרים חילוקי דעות של ממש בין השופט עמית למשנה לנשיאה רובינשטיין, והם חושפים לפנינו את הפערים הגדולים בסוגיה של אחריות המדינה בנוזיקין בנוגע למושכלות יסוד בדין החל, הן בהיבט המהותי הן בהיבט הפרוצדורלי. נוסף על חילוקי הדעות המובנים בנוגע למדיניות הרצויה, שני שופטי בית המשפט העליון, המתמחים בנוזיקין, חלוקים בדעתם בשאלות כגון מהות ההלכה הקובעת בכמה מן הסוגיות. מצב זה אינו רצוי בסוגיה כה חשובה להגנה על זכויות אדם.⁵

מבנה ההארה יהיה כדלקמן: הפרק הראשון יציג את עיקרי פסק הדין. הפרק השני יעסוק בממשק שבין דיני הנוזיקין למשפט המנהלי, לצורך השוואה בין הדין הקיים עובר למתן פסק הדין ובין הדין הצפוי לאחריו. בפרק השלישי נטען כי קביעות השופטים אינן רצויות, בעיקר בנוגע לדרישת הקטנת הנזק, "המעשה העשוי" ודרישת הרשלנות החמורה. הפרק הרביעי יציג את הצעתנו למודל רצוי בראי הכשלים שצוינו בפרק השלישי. הפרק החמישי יציג סיכום ומסקנות לעתיד העולות מהארה זו.

א. עיקרי פסק הדין

הרב יהודה גליק הוא חבר כנסת מטעם מפלגת הליכוד. לגישתו, הדרך להביא שלום היא לבצר את מעמד ירושלים ובמרכזה הר הבית כמרכז עולמי לשלום, ובמסגרת תפקידו כחבר כנסת הוא מקדם אג'נדה זו.⁶ פעילותו לקידום האג'נדה האמורה, אשר כללה בין היתר פעילות למען עליית יהודים להר הבית ונקיטת פעולות למען מימוש זכויותיהם בהר, גרמה לטענת המשטרה להפרות סדר.⁷ בעקבות הסכנה לציבור שנשקפה מעלייתו להר הבית ומנוכחותו בו, התנתה משטרת ישראל את עלייתו של גליק להר הבית בכך שלא יבצע בהר כל פעולה דתית או פולחנית שיש בה סממנים חיצוניים או מופגנים.⁸ לאחר שהפר את התנאים שהוצבו על ידי המשטרה, נאסר עליו לעלות להר הבית לחלוטין. האיסור נותר בעינו במשך שנתיים. איסור זה הוא שהביא להשתלשלות האירועים המשפטית שניציג להלן.

הצד ה"משפטי" של העלילה התחיל בבית משפט השלום בירושלים. גליק תבע פיצויים נזיקיים ממשטרת ישראל על עצם קביעת האיסור, ועל כך שלטענתו לא עיינה מחדש במשך שנתיים בהחלטה לאסור עליו לעלות להר הבית, ובכך פגעה בו, בשמו הטוב ובפרנסתו.⁹ בית המשפט קיבל את טענותיו של גליק, והדגיש שמדובר במקרה של שימוש בלתי ראוי בסמכות השלטונית.¹⁰ בית משפט השלום מצא לנכון לפסוק לגליק פיצויים כספיים גבוהים, וזאת בהתחשב בהתרשלות המשטרה

3 כד לדוגמה, כתב השופט זילברטל שם, פסי' 1 לפסק דינו: "אין זה רצוי לשלול מראש קיומו של מסלול אזרחי-נוזיקי במקרה שפגם בהליך המינהלי גרם נזק לפרט, וראוי להותיר מידה של גמישות שתאפשר ניהול תובענה אזרחית-נוזיקית במקרים המתאימים"; וכן שם, פסי' 6 לפסק דינו: "גם אני סבור שיש חשיבות להכיר באפשרות לצעוד, במקרה המתאים, גם במסלול של תביעה אזרחית כאשר מעשי הרשות מהווים עוולה כלפי האזרח".

4 חיה זנדברג "תביעות נזיקין נגד הרשות המבצעת – על תנועת המטוטלת" **הפרקליט** נב 3 (תשע"ג) (להלן: "זנדברג" על תנועת המטוטלת").

5 דפנה ברק-ארז **עוולות חוקתיות: ההגנה הכספית על הזכות החוקתית** (1993).

6 ראו על אודות חבר הכנסת גליק באתר **ירושלים של שלום**: www.he.jerusalemofpeace.com/PAGE1.asp.

7 הפרות הסדר המתוארות הן רק חלק מינורי מנוכחותו של גליק בהר הבית. לפירוט נוסף, ראו ניר חסון "המשטרה: עליית יהודה גליק להר הבית מסכנת את שלום הציבור" **הארץ** (30.11.2014) www.haaretz.co.il/news/politics/.premium-1.2500182.

8 עניין **גליק בעליון**, לעיל הי"ש 1, פסי' ב' לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

9 ת"א (שלום י-ם) 16009-03-11 **גליק נ' משטרת ישראל**, פסי' 1 לפסק דינה של השופטת מלכה (פורסם בנבו, 28.2.2015) (להלן: פרשת **גליק שלום**).

10 שם, פסי' 44–45 לפסק דינה של השופטת מלכה.

גיא אלון ועידו פורת, "האם נסתם הגולל על אחריות המדינה בנויקין בגין עוולה שמקורה באקט מנהלי?", הארת דין יג 60 (תשע"ט)

ובהתנהלותה הקלוקלת, לגישתו.¹¹ החלטת בית משפט השלום נהפכה חלקית בבית המשפט המחוזי אשר קבע שהמדינה התרשלה רק באי-העיון מחדש בהחלטתה,¹² ושלל את הפיצוי על כך משקבע כי גליק הפר את חובתו להקטין את נזק משמנע מלתקוף את ההחלטה במישרין בעתירה לבג"ץ.

בקשת רשות הערעור לבית המשפט העליון

הסוגיה המשפטית החשובה שהצדיקה את מתן רשות הערעור לבית המשפט העליון עסקה בשאלת היקף אחריות המדינה בנויקין להחלטתה שהסבה נזק לפרט.¹³ השאלה המשפטית הכללית עוסקת בממשק שבין הליכים נזיקיים למנהליים, והדיון העיקרי שהיה בפסק הדין עסק בפרוצדורה המקדימה הנדרשת מבעל דין, לפני שיתאפשר לו להגיש תביעת נזיקין נגד הרשות בגין התרשלות מנהלית.

בית המשפט העליון, ברוב דעות, דחה את טענותיו של גליק מכול וכול. הטעם העיקרי היה שגליק לא הקטין את נזקו וזמן רב נמנע מלפנות לרשויות. סיבה נוספת הייתה העדפתו של חבר הכנסת לנקוט הליך נזיקי אף שידע כי הוא צריך להגיש עתירה מנהלית לבג"ץ. שלא לצורך ההכרעה בחן השופט עמית מעין "תרשים זרימה" הקובע גם את מידת האחריות ל"עוולות מנהליות" הנוצרות כאשר מוגשת תביעה בעילת עוולת הרשלנות הטוענת להפרה של המשפט המנהלי. לדעתו, יש לקבוע כי הרשות התרשלה רק כאשר יש התרשלות חמורה או חסרת תום לב, וזאת בהתבסס על מתחם הסבירות הרחב הנתון למדינה במשפט המנהלי.¹⁴

השופט זילברטל הצטרף לתוצאה שאליה הגיע השופט עמית, אלא שזילברטל ציין כי מרבית הסוגיות שהעלה השופט עמית, ובכללן גם תרשים הזרימה, אינן מחייבות הכרעה במקרה הנדון, משום חריגות המקרה, שבו ברור כי התביעה הנזיקית היא כסות לתקיפה ישירה של מעשה מנהלי בפנייה לבתי משפט אזרחיים.¹⁵

המשנה לנשיאה רובינשטיין, בדעת מיעוט, סבר כי יש לקבל חלקית את ערעורו של גליק. הוא סבר שאין לחייב את הנפגע לעתור לערכאה מנהלית טרם הגשת תביעה נזיקית, כל עוד אין מדובר בשימוש לרעה בהליכי משפט, ונקיטת ההליך נעשית בתום לב. לדידו, מספיק שהנפגע יפנה בפנייה מקדימה לרשות המנהלית ויתריע על מחדלה כדי שיעמוד בנטל הקטנת הנזק. עוד ציין כי אינו מסכים לרמת האחריות המיוחדת הנדרשת, לפי השופט עמית, לשם קביעת התרשלות של המדינה בתביעות רשלנות בעלות אופי מנהלי.¹⁶

נציין כי גליק הגיש בקשה לדיון נוסף, בטענה שנקבעו הלכות חדשות בפסק הדין. בקשה זו נדחתה בנימוק שלא נקבעה כל הלכה חדשה, שכן מרבית הסוגיות לא הוכרעו בפסק הדין משום שלא נדרשה הכרעה שכזו.¹⁷

להשקפתנו, קריאה מושכלת של פסק הדין חושפת את הבעיות המרכזיות בדיני אחריות המדינה. השתלשלות האירועים והמחלוקות בין שופטי העליון מעידות על כך שהדין סבוך, מעורפל ונתון לפרשנויות רבות. אמנם עיקר הביקורת שלנו נוגעת לחוות דעתו של השופט עמית, ובה נתמקד לרוב, אבל הביקורת המרכזית שלנו נוגעת גם להנחות יסוד ולקביעות שקבע המשנה לנשיאה רובינשטיין.

11 שם. הפיצוי היה על סך חצי מיליון ש"ח.

12 בבית המשפט המחוזי נשללו לחלוטין הפיצויים לגליק. נקבע גם, מעל לנדרש, כי אפילו היו נפסקים פיצויים, יש להפחיתם. ראו: ע"א 62946-03-15 **משטרת ישראל נ' גליק** (פורסם בנבו, 17.1.2016).

13 בענייננו, האם יש להטיל על המדינה אחריות אם נמנעה במשך שנתיים מלעייין מחדש בהחלטה למנוע מגליק לעלות להר הבית?

14 עניין **גליק בעליון**, לעיל ה"ש 1, פסי' 32-33 לפסק דינו של השופט עמית.

15 שם, פסי' 1 לפסק דינו של השופט זילברטל.

16 שם, פסי' מא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

17 דנ"א 1523/17 **הרב יהודה גליק נ' משטרת ישראל** (פורסם בנבו, 19.1.2017) (להלן: דיון נוסף **גליק**).

ב. המצב המשפטי – הממשק בין דיני נזיקין למשפט המנהלי

1. האינטרסים המכוננים שבבסיס אחריות המדינה בניזקין

אחריות המדינה בניזקין, ואם לדייק – אחריות המדינה בעוולת הרשלנות, הייתה אחת הסוגיות השנויות במחלוקת בדיני הנזיקין הישראליים בעשורים האחרונים. במרוצת השנים עסקו מלומדים ושופטים רבים בשאלה מה צריך להיות היקף האחריות של המדינה בעוולת הרשלנות.¹⁸ השאלה מקבלת משנה חשיבות בגלל ההעדפה במשפט המנהלי של סעד הציווי על פני סעד הפיצויים, שנחשב לנדיר מאוד במסגרת זו.¹⁹

הסוגיה מורכבת בעיקר בשל השיקולים המרכזיים שמביאים לצמצום חובת הזהירות של רשויות הציבור. ארבעה שיקולים עיקריים מיוחדים למקרים שרשויות המדינה מעורבות בהם. השיקול הראשון הוא החשש שביקורת שיפוטית תשפיע על ריבונות רשויות הציבור לקבל החלטות עצמאיות, ותהווה מעין ביקורת שיפוטית על הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, על ידי הערכאות האזרחיות, באצטלה של תביעה נזיקית.²⁰ נראה כי פסק דינו של השופט עמית מעלה על נס את השיקול האמור, בצינו כי המשפט המנהלי מספק מענה ראוי ל"ניזוק המנהלי", ולרוב ניתן להסתפק בסעד זה.

שיקול שני הוא קושי יישומי לתחום את גבולות עוולת הרשלנות בהקשר של רשויות הציבור. יישום זה קשה אנליטית משתי סיבות המיוחדות לפעילות המדינה. אחת מהן היא הקושי היישומי שבקביעת ההתרשלות וחובת הזהירות.²¹ זאת ועוד, בשל ההיקף הנרחב של ההתנהגויות שנכנסו תחת כנפי העוולה במרוצת השנים, קשה ליישם את כללי הצפיות בנוגע לכלל פעילותה של המדינה. במילים אחרות, כיצד ייקבע היקף חובת הזהירות של המדינה כלפי ניזוקים פוטנציאליים בכל אחת מצורות הפעילות של המדינה, ובייחוד בתפקידיה השלטוניים (כאשר בין השאר עולה השאלה אם נוצרה קרבה מספקת)?²² קושי נוסף הוא לקבוע את אשמתה של המדינה לאור מבחני עוולת הרשלנות, כגון נוסחת לרנד הנד, בפעולות המעברות שיקול דעת מנהלי, שבהן נתון לרשויות המנהל מתחם נרחב לקבלת מגוון החלטות.

שיקול שלישי הוא החשש מאפקט מצנן שישפיע על פעילות הרשות הציבורית, שתעדיף לפעול בצורות יעילות פחות ומתגוננות יותר. השיקול הרביעי, והפחות בחשיבותו, עוסק בעלויות המוסדיות של הגדלת מספר התביעות.²³

2. התנודות בבסיס האחריות הנזיקית – סקירה היסטורית

הסוגיות שעליהן עמדנו לעיל בקצרה ממחישות את הקושי במקרי הממשק שבין הטלת אחריות לרשלנות על רשות ציבורית ובין הימנעות מלהטיל אותה. הקושי מתעצם בהקשר "העוולה ההיברידי" כפי שהוסבר לעיל.²⁴

בעבר הגשת תביעות נזיקין נגד המדינה לא הייתה אפשרית, וזאת בשל חסינות המדינה שנבעה מהעיקרון הבריטי המפורסם – The King Can do no Wrong.²⁵ עיקרון זה בוטל במשפט הישראלי בשנת 1952, עם חקיקת חוק הנזיקים

18 זנדברג "על תנועת המטוטלת", לעיל ה"ש 4; ברק-ארז, לעיל ה"ש 5. ראו גם: תמר גדרון "אחריות המדינה, גופים ציבוריים וממלאי תפקידים ציבוריים לנוק שנגרם ברשלנות – מדרון חלקלק" הפרקליט נא 443 (תשע"ב) (להלן: גדרון "אחריות המדינה").

19 אליעד שרגא ורועי שחר **המשפט המינהלי – סעדים**, כרך V, 49 (2013) (להלן: שרגא ושחר **סעדים**).

20 ישראל גלעד **גבולות האחריות הנזיקית** 1029 (2013) (להלן: גלעד **גבולות האחריות**).

21 גדרון "אחריות המדינה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 453 ואילך.

22 שם, בעמ' 447.

23 גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 20, שם.

24 להגדרת העוולה ההיברידי על פי בית המשפט העליון, ראו: עניין **גליק בעליון**, לעיל ה"ש 1, פס' 17–23 לפסק דינו של השופט עמית. יודגש כי המונח "היברידי" נוגע לממשק שבין שני דינים.

25 גדרון "אחריות המדינה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 451.

גיא אלון ועידו פורת, "האם נסתם הגולל על אחריות המדינה בנויקין בגין עוולה שמקורה באקט מנהלי?", הארת דין יג 60 (תשע"ט)

האזרחיים,²⁶ אשר ביטל את חסינות המדינה מפני תביעות נזיקין.²⁷ מאותה עת, הטענה שמעשה נעשה בסמכות שבדין, או בסברה שיש סמכות כזו, לא תצמיח הגנה מפני תביעת רשלנות.

נתחיל מהסוף, מגמת ההרחבה וכן הצמצום של אחריות המדינה בנויקין ידעה "תנודות מטוטלת" רבות. כך, למרות החקיקה האמורה, שלכאורה הרחיבה את אחריות המדינה, האחריות נותרה מצומצמת שנים רבות. נקודת השינוי הגיעה אפוא רק בתחילת שנות השמונים. אז סימן עניין **גורדון** מגמת הרחבה של האחריות בכמה מישורים: בסוג הנזקים שהוכר, בפחות במעמד השיקולים המגבילים אחריות ובהיעדר חשש מביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות המערבות שיקול דעת.²⁸

המגמה ידעה תנודה נוספת בכיוון צמצום האחריות, אשר באה לידי ביטוי בשנות התשעים בעניין **לוי**,²⁹ שבו נקבע כי במקרים שבהם למדינה נתון שיקול דעת רחב לשקול שיקולים מסוגים שונים, נחוצה התרשלות ברורה וקיצונית כדי להטיל אחריות.³⁰ בעניין זה פסח בית המשפט על דיון בשאלת היקף חובת הזהירות, והעביר את כובד המשקל לשאלת ההתרשלות.³¹

הפסיקה שוב הרחיבה את האחריות בתחילת שנות האלפיים בפסק דינו של השופט לוי בעניין **שתיל**, אשר התייחס להלכת **לוי** ולחריג שיקול הדעת, ושינה שוב את מגמת הפסיקה.³² לדעת השופט לוי, אין לקבל את המצב שיצרה הלכת **לוי**, המייצג את הרחבת הביקורת השיפוטית במשפט המנהלי במהלך השנים, בתוך כך שהאחריות הנזיקית נותרת מצומצמת ביותר.³³ השופט לוי סבר שיש להשתמש במבחני המידתיות החוקתיים כדי לבחון את מידת אחריותה של המדינה. הגם שהצעה זו לכאורה לא התקבלה כהלכה, שכן שאר השופטים בהרכב לא אימצו אותה, תמר גדרון טוענת כי תפיסתו המרחיבה של השופט לוי בהלכת **שתיל** הכתה שורשים בפסיקה הישראלית, והיא אף הפכה לתפיסה מרחיבה יותר, בשל מגמת העברת נטל הראייה לכתפי המדינה.³⁴

מכל מקום, כיום מקובלת הסברה שחלה מגמת הרחבה של אחריות המדינה בנויקין בכלל ובעוולת הרשלנות בפרט, גם בהפעילה את שיקול הדעת המנהלי.³⁵ חריג שיקול הדעת נתפס כשיקול המובא בחשבון בעת בחינת שאלת התרשלותה של המדינה, אבל משקלו ירד עם השנים והטלת האחריות נחשבת למרחיבה יחסית בהשוואה לעבר, ומספר התביעות אכן הולך וגדל.³⁶

סוגיה קרובה אך לא זהה, שעולה גם בעניין **גליק בעליון** ונוגעת לממשק בין דיני הנזיקין למשפט המנהלי, היא השאלה אם עצם הפרת חובה מנהלית מקימה עלת רשלנות. יסודות דוקטרינה זו נטועים בפסק דינו השנוי במחלוקת של הנשיא

26 חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952.

27 מה שכונה על ידי השופט ברק: "שעתו היפה של המשפט הישראלי...". ראו: ע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' גורדון**, פ"ד לט(1) 113, 135 (1983) (להלן: פרשת **גורדון**).

28 ראו: פרשת **גורדון**, שם; ע"א 145/80 **ועקנין נ' המועצה המקומית בית-שמש**, פ"ד לז(1) 113 (1982); ע"א 862/80 **עיריית חדרה נ' זוהר**, פ"ד לז(3) 757 (1983) (להלן: פרשת **זוהר**). לסקירה מרחיבה של התקופה: גלעד, **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 64-78; זנדברג "על תנועת המטוטלת", לעיל ה"ש 4.

29 ע"א 915/91 **מדינת ישראל נ' לוי**, פ"ד מח(3) 45 (1994).

30 שם, פסי 29 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

31 בהקשר זה יש לציין כי לנוכח המודל החלופי שהציע השופט עמית בע"א 4486/11 **פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 15.7.2013), היה מקום לדון בשאלה זו. ראו גם: אריאל פורת **נזיקין א 215** (2013) (להלן: פורת **נזיקין**).

32 עמדת הרוב של השופט לוי. ראו: ע"א 10078/03 **שתיל נ' מקורות מים בע"מ**, פ"ד סב(1) 803, פסי 22-25 לפסק דינו של השופט לוי (2007).

33 שם, פסי 25 לפסק דינו של השופט לוי.

34 גדרון "אחריות המדינה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 500-510.

35 שם; זנדברג "על תנועת המטוטלת", לעיל ה"ש 4; גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 20, ובעיקר הפרק על אחריות המדינה, ובו סקירה מקיפה של הנשיא.

36 זנדברג "על תנועת המטוטלת", לעיל ה"ש 4, בעמ' 5 ואילך.

גיא אלון ועידו פורת, "האם נסתם הגולל על אחריות המדינה בנוזיקין בגין עוולה שמקורה באקט מנהלי?", **הארץ דין** יג 60 (תשע"ט)

ברק בעניין **אבנעל**.³⁷ פסיקת הנשיא קבעה כי עצם הפרת זכות מנהלית (זכות טיעון ומתן הנמקה שגויה במקרה ההוא) מקימה במישור האזרחי את יסודות עוולת הרשלנות, וזאת אף שהסירוב להעניק רישיון יבוא היה במתחם הסבירות. מדובר אפוא בפסק דין מרחיק לכת מבחינת פרשנותה של עוולת הרשלנות והיישום של המשפט המנהלי במשפט האזרחי, ונראה שפסק הדין אינו בגדר הלכה.³⁸

כעת עניין **גליק** הנדון בהארה זו מניע שוב את המטוטלת – והפעם בכיוון המצמצם שלה. ניתן אפוא להיווכח, כפי שהמחלוקת שתואר להלן בין המשנה לנשיאה רובינשטיין לשופט עמית ממחישה לנו, שהדין בנושא אחריות המדינה בכובעה הציבורי בעוולת הרשלנות אינו ברור או שלם. אימוץ דעתו של השופט עמית עשוי להביא לצמצום ולשינוי ניכר בתנועת המטוטלת. אימוץ דעתו של השופט רובינשטיין יותיר את המצב בשאלת אחריות המדינה בנוזיקין כפי שהוא כיום – עמום, בלתי יעיל וללא כללים ברורים. הדברים נהפכים לעמומים אף יותר כשמדובר בנוזקים הנגרמים מהפעלת שיקול הדעת של הרשות, שבמסגרתו מובאים בחשבון שיקולי מדיניות. על רקע זה יש לבחון את תרשים הזרימה של העוולה המנהלית שהציע השופט עמית, ושלדעתנו הופך את הקערה על פיה בכל הנוגע לאחריות המדינה בנוזיקין באמצעות מסנני אחריות המכבידים מדי, לטעמנו, על התובע.

ג. ביקורת על פסק הדין

כעת, לאחר שהצגנו את עובדות המקרה ואת המצב המשפטי הקיים, תוצג הביקורת שלנו על פסק הדין, תוך הדגשת פסק דינו של השופט עמית, שהיה פסק הדין העיקרי של דעת הרוב בהכרעה זו.

1. תחימת גבולות תרשים הזרימה של השופט עמית

השופט עמית הציע בפסק דינו תרשים זרימה שבית המשפט צריך לפעול על פיו כאשר מתבררת לפניו תביעה נזיקית. לפי השופט עמית, תרשים הזרימה יחול על "עוולות היברידיות",³⁹ קרי: עוולות רשלנות (או הפרת חובת חקוקה) שיסודן באקט מנהלי. כאמור, הקושי המרכזי בנוגע לתרשים הזרימה של השופט עמית עולה במקרים שבהם, בדומה לפרשת **גליק**, הרשות מפעילה שיקול דעת, וכדי להכריע בשאלת האשמה הנזיקית בית המשפט צריך להכריע בשאלה אם חרגה הרשות משיקול הדעת המסור לה, או שפעלה באופן בלתי סביר.

אם כן, הקושי בניתוח העוולות ההיברידיות, לגישת השופט עמית, הוא הצורך להתבסס על שני ענפי משפט ולברר אם קיימת "אחריות נזיקית" ואם קיימת עילה לביקורת מנהלית. מדובר אפוא בניתוח המבוסס על דיני הנזיקין ועל המשפט המנהלי. המצב האמור שונה ממצב שבו עומדת לפנינו עוולה נזיקית טהורה כגון החרמה שלא כדין של סחורה או הנחת צינור שלא כדין (המקבילות לעוולות הנזיקיות של עיכוב נכס שלא כדין והסגת גבול).⁴⁰ פסיקתו של השופט מבקשת להוציא את העוולה הנזיקית, שמקורה בהפרת נורמה מנהלית, מתחומי המשפט הנזיקי הקלסי. כעת אנו ניצבים בפני דין נזיקי-מנהלי-ציבורי, ומדובר בעוולה שמקורה במשפט הציבורי (כאמור, עוולה היברידיה).

37 ראו דבריו של השופט עמית בנוגע לפסיקה זו: יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי־וודאות במשפט" **דין ודברים** ו 17, 21 (2011) (להלן: "טשטוש תחומים").

38 רונן פוליאק "הזכות המנהלית והסעד הכספי במשפט המקובל המנהלי" **עיוני משפט** לח 271 (2016) (להלן: פוליאק "הזכות המנהלית"). ראו גם: פורת **נזיקין**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 219.

39 עניין **גליק בעליון**, לעיל ה"ש 1, פס' 32 לפסק דינו של השופט עמית.

40 גדרון "אחריות המדינה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 443. ראו גם עמוס הרמן "אחריות בנוזיקין של ועדה מקומית לפגמים פיזיים במבנים" **דין ודברים** ח 99 (תשע"ד).

גיא אלון ועידו פורת, "האם נסתם הגולל על אחריות המדינה בנזיקין בגין עוולה שמקורה באקט מנהלי?", הארת דין יג 60 (תשע"ט)

מפאת קוצר היריעה, בחרנו להתמקד בניתוח ובביקורת של שני היסודות המרכזיים והבעייתיים ביותר בתרשים הזרימה של השופט עמית – דרישת ההתרשלות החמורה ודרישת הפנייה המוקדמת כחלק מחובת הקטנת הנזק.

2. ביסוס העוולה ודרישת רשלנות חמורה

"האם נפל פגם בפעולות הרשות או בהליך המינהלי, האם יש בפגם אשם מצד הרשות ומהי עוצמת הפגם המינהלי ועוצמת האשם. לא כל פגם מינהלי מהווה אינדיקציה להתרשלות נזיקית", כתב השופט עמית.⁴¹

השופט עמית מקיש מן הסטנדרט לפסילת אקט מנהלי ("אי סבירות קיצונית או חמורה"),⁴² ולפיו גם בדיני הנזיקין, ב"עוולה היברידיית", אין להסתפק בפגם המנהלי כשלעצמו או בדרישה לסטייה מסטנדרט ההתנהגות של "האדם הסביר", אלא נדרוש התרשלות חמורה או חוסר תום לב של הרשות – המקבילה האזרחית לסטייה ממתחם הסבירות המנהלי.⁴³ האמור נובע מחששו של השופט עמית מפני הרחבת יתר של הסעד הנזיקי,⁴⁴ דבר העשוי להביא ל"תמחור" של זכויות חוקתיות, ואף עלול להביא בסופו של דבר לפגיעה בשלטון החוק.⁴⁵ לגישתנו, קביעת השופט עמית, כפי שתפורט כעת, אינה ראויה גם על רקע חששות אלו.

השופט עמית ביקש לפעול במהלך תלת-שלבי: בשלב הראשון על השופט לבחון את פעולות המדינה באספקלריה של המשפט המנהלי, כלומר לברר אם המדינה חרגה ממתחם הסבירות המנהלי, הפרה זכות מנהלית כלשהי וכדומה. בשלב השני עליו להגדיר את אי-הסבירות המנהלית במינוח נזיקי. מכיוון שבמשפט המנהלי נדרשת אי-סבירות קיצונית או חמורה כדי לקבוע כי פעולתה של הרשות הייתה בלתי חוקית, לפי משוואה זו בתביעת נזיקין נדרשת התרשלות חמורה או חסרת תום לב של הרשות. אם כן, בשלב זה יש לבחון אם המדינה התרשלה, תוך הפעלת מבחן הצפיות הטכנית (אם הייתה יכולה הרשות לצפות). השלב השלישי עניינו בחינת הקשר הסיבתי וקיומו של נזק.

נבקש לבקר את מהלכו של השופט הן במישור המוסדי הן במישור הדין. ראשית, במישור המוסדי, אם השופט אינו מרוצה מהביקורת השיפוטית של הערכאות האזרחיות על החלטות מנהליות,⁴⁶ לא ברור לנו מדוע הוא מבקש מהן לפעול לפי כללי המשפט המנהלי, ולא לפי כללי המשפט הנזיקי, המתאים למומחיותם. במילים אחרות, אם בתי המשפט האזרחיים אינם מתאימים לבקר את רשויות המדינה בשפה המנהלית, אזי עדיף לתת להם לבקר אותן בשפה הנזיקית כאחד האדם, או שלא לתת להם לבקר כלל.

שנית, במישור הדין, דרישת התרשלות חמורה או חוסר תום לב אינה כמובן דין מצוי.⁴⁷ יתרה מזו, לא ברור מהצעתו של עמית באילו מקרים תידרש אותה אחריות חמורה, אם בכל עוולה היברידיית, או רק כאשר שיקול הדעת של הרשות מהווה חלק מרכזי מהמעשה או מהמחדל.

41 עניין **גליק בעליון**, לעיל ה"ש 1, פס' 32 לפסק דינו של השופט עמית.

42 שם.

43 גלעד **גבולות האחריות הנזיקית**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1060, 1150.

44 יצוין שהשופט עמית ידוע בחששו מהרחבה יתרה של ראשי נזק נזיקיים. ראו לדוגמה יצחק עמית "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה" **ספר שטרסברג-כהן** 465 (2017). על הבעייתיות הגלומה בצמצום יתר של עוולות מסגרת, ראו תמר גדרון ורועי אילוז "עוולת הפרת חובה חקוקה – סוס הפרא שרוסן יתר על המידה" **ספר תיאודור אור** 141 (2013).

45 שרגא ושחר **סעדים**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 52.

46 עניין **גליק בעליון**, לעיל ה"ש 1, פס' 9–12 לפסק דינו של השופט עמית.

47 עם זאת, בעניין **לוי**, לעיל ה"ש 29, נקבע כי רשות לא תחויב בגין התרשלות שמקורה בשיקול דעת, אלא במקרים חריגים. אולם זו אינה הגישה הרווחת, וההלכה צומצמה באופן משמעותי. ראו לדוגמה ע"א 653/97 **חברת מרכז ברוך וציפורה בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נג(5) 817, 833–834 (1999) (שם נקבע כי רק ההחלטה המתקבלת חסינה מפני תביעה נזיקית, אולם הדרך שהובילה להחלטה – כמו בעניינו – נתונה לביקורת נזיקית רגילה). ראו גם עניין **שתיל**, לעיל ה"ש 32.

גיא אלון ועידו פורת, "האם נסתם הגולל על אחריות המדינה בנוזיקין בגין עוולה שמקורה באקט מנהלי?", **הארץ דין** יג 60 (תשע"ט)

שלישית, תרגום אשמה ומושגים מהמשפט המנהלי למשפט האזרחי, כפי שעשה השופט עמית בתרגומו את דרישת אי-הסבירות החמורה לדרישת התרשלות חמורה, יכול לעוות את הדין הקיים. השופט עמית עצמו כתב בעבר כי "משך שנים היה ברור כי יש להבחין בין הסבירות במשמעות הנוזיקית שלה לבין עילת הסבירות במשפט המנהלי".⁴⁸ אם כך, לא ברור לנו לגמרי מבחינה אנליטית מדוע צריך להשתמש בעילת הסבירות המנהלית, ובדרישה שהיא מעמידה לחוסר סבירות חמור, כדי לקבוע את רף ההתרשלות הנוזיקית הנדרש לצורך הטלת אחריות. להבנתנו, הטענה כי יש להסיק את התרשלות המדינה בנוזיקין מחריגתה ממתחם הסבירות היא טענה מרחיקת לכת. המשפט המנהלי שונה מן המשפט הנוזיקי הן באופי הסעדים שהוא מעניק הן בעיתוי שבו הוא מופעל. המשפט המנהלי צופה פני עתיד (ex ante), ולכן מניעת פעולה בעתיד איננה שוות ערך לפיצוי צופה פני עבר. ככלל, הפגיעה בחופש הפעולה של הרשות במניעת פעולה או בהוראה על ביצוע פעולה בעתיד, רבה יותר מהפגיעה ממתן הסעד הנוזיקי. המבחן הנוזיקי להערכת סבירות החלטה נעשה בדיעבד (ex post), ולכן לאורך השנים לא נוצרה זהות בין הסבירות המנהלית לנוזיקית,⁴⁹ גם אם ישנם קווי דמיון שיכולים לסייע בבחינת כל אחת מאמות המידה, כפי שפירט השופט עמית. בספרו, פרופ' אריאל פורת מתייחס לשאלת הזהות בין אי-הסבירות המנהלית לאי-סבירות נוזיקית, כלומר התרשלות. אליבא דפורת, ההבדלים בין הסעד המנהלי לסעד הנוזיקי-אזרחי במקרים של קביעת חריגה מאי-סבירות, מחייבים כי דווקא הסעד המנהלי יינתן במשורה יותר מהסעד הנוזיקי, שכן הסעד המנהלי מבטל את חוקיותו של מעשה המנהל ומתערב בליבת ההתנהגות, משום שהוא נותן סעד "פולשני" יותר, של ציווי, שמכריח את המנהל להפסיק או לשנות את פעילותו. ודוק, קביעה שהמדינה התרשלה תחייב את המדינה לשלם פיצויים, אך לא בהכרח תחייב אותה להפסיק את פעילותה.⁵⁰ לצורך כך נבקש להביא דוגמה רלוונטית למציאות הפוליטית בישראל והיא הפקעת קרקעות מפלסטינים. ייתכן שהמדינה תהא מוכנה לפצות ובלבד שתוכל להמשיך בפעילותה. לעומת זאת, קביעה שפעולה אינה חוקית במשפט המנהלי תיחשב לאקטיביסטית יותר, שכן היא תלווה בסעד ציווי שיפסיק את הפעילות שהמדינה מעוניינת בה מבחינה פוליטית. והנה, לגישתו של השופט עמית, המשפט המנהלי מציב רף דומה לרף הנוזיקי ואף נמוך ממנו, במובן זה שקל לנפגע לקבל את הסעד המנהלי יותר מאשר לקבל את הסעד הנוזיקי.

ולא זו אף זו, השופט עמית ביקש שבחינת התרשלות המדינה תיעשה כמובן רק במבט לאחור, בבחינת תיקון המעשה העשוי. במקרים כאלה, מידת האקטיביזם והיסוד המנהלי בפסיקה של בית המשפט מצטמצמים במידה ניכרת גם כן, ואם כך הדבר – מדוע שנציב רף דומה לרף המנהלי? לכן נראה שבשלב זה ההצדקות העיקריות לקביעת סטנדרט התנהגות מחמיר הן החשש מהכבדה על קופת הרשות והקושי לקבוע במושגים נוזיקיים שהמדינה אכן התרשלה במקרים שבהם יש שיקולי מדיניות מסוגים שונים, ולא הפחד מאקטיביזם של הערכאות הנמוכות. אלא מאי? לגישתנו, גם הטיעון באשר להכבדה על קופת הרשות אינו משכנע.

לדעתנו, אחריות נוזיקית שעשויה להביא לחסר בקופת הרשות (למשל במקרים של פסיקת פיצויים למספר רב של נפגעים) וכן לפגיעה בפועלה התקין של המדינה, היא אפשרות מעשית, אך לא נפוצה במיוחד. כדי להפיג חשש זה ניתן לנסח את כללי הדין באופן שיסננו מקרי מספר נפגעים רב במיוחד, למשל באמצעות חובת הזהירות. חשש זה אינו גובר, לגישתנו, על יתרונותיה של הטלת האחריות הנוזיקית, שכן האחריות הנוזיקית התיאורטית של הרשויות, המביאה לידי כך שכל רשות יודעת שהתרשלותה עשויה לחייבה בנוזיקין, יכולה לשמש במקרים רבים תמריץ חיובי לפעול כדין. זאת ועוד, הפנמת העלויות שבפגיעה בניזוקים, כחלק מהשיקולים שצריכים להישקל על ידי הרשות, אף עשויה להביא לתוצאה יעילה יותר מבחינה כלכלית,⁵¹ שכן לא תגרום להחצנת עלויות, ותביא לאפשרות תכנון מדויק יותר מראש של הוצאות אוצר המדינה.⁵²

48 עמית "טשטוש תחומים", לעיל ה"ש 37.

49 גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1037–1038.

50 פורת **נוזיקין**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 221–222.

51 ראו: החלטה 2118 של הממשלה ה-33 "הפחתת הנטל הרגולטורי" (22.10.2014) (להלן: החלטה 2118). החלטה זו קובעת כי לפני קביעת רגולציה על ידי המדינה, יש להעריך את כלל העלויות.

52 פוליאק "הזכות המנהלית", לעיל ה"ש 38, בעמ' 307–309; Daryl L. Levinson, *Making Governments Pay: Markets, Politics, and The Allocation of Constitutional Costs*, 67 U. Chi. L. Rev. 345, 385 (2000) (להלן: לוניסון).

גיא אלון ועידו פורת, "האם נסתם הגולל על אחריות המדינה בנזיקין בגין עוולה שמקורה באקט מנהלי?", הארת דין יג 60 (תשע"ט)

נוסף על כך, ברי שניתן לראות זאת גם כאמצעי משלים של אכיפת כללי המשפט הציבורי על הרשויות. לגישתנו, פיצוי פוטנציאלי גדול כמוהו כתמריץ חיובי לביקורת על השלטון מצד הניזוקים הפוטנציאליים.⁵³

טיעון נוסף שאפשר להעלות נגד הרחבת מספר המקרים שבהם יהיה ניתן לפסוק פיצויים בנזיקין לחובת המדינה, הוא החשש מפני הרתעת יתר. בהקשר זה כדאי להזכיר את הספרות בעולם כיום הגורסת כי המזיק הציבורי (המדינה ושלוחיה) אינו מתייחס לשיקולי הרתעה כלכליים כמו שהמזיק הפרטי מתייחס אליהם.⁵⁴ הסיבה לכך היא שמקבלי החלטות אינם פועלים משיקולים כלכליים. אנו סיווגנו זאת לשני מישורים: במישור הראשון, הנוגע לעובדי ציבור שאינם נבחרים, ניתן לראות כי הכסף אינו יוצא מכיסם של אותם עובדים (במקרה שבו התרשלותם הביאה לאחריות בנזיקין), בייחוד בשיטה הישראלית המעניקה חסינות רחבה מאוד לעובדי ציבור, ולפיכך אין מתקיימת הרתעה נזיקית בעניין זה.⁵⁵ במישור השני, הנוגע לעובדי ציבור שהם נבחרים, נראה שההרתעה הנזיקית אף רלוונטית פחות, שכן המניע העיקרי של נבחרים הציבור הוא שיקולים פוליטיים של הפסד או רווח של קולות הבוחרים.⁵⁶

לכן, על פי גישה זו (בשני מישורים), נוסחת לרנד הנד איננה רלוונטית להחלטות המערבות שיקול דעת; לא נראה שיש יסודות לסברה המקובלת של חשש גדול מהרתעת יתר של הרשות בשל אחריות נזיקית.⁵⁷ אדרבה, יש להכיר בהרתעת החסר האפשרית הנוצרת מהשילוב של הגנות נזיקיות רחבות מאוד וסטנדרט התנהגות של רשלנות חמורה, עם חסינות של הפקידים הזוטרים. במילים אחרות, צריך לשים את השיקול של הרתעת יתר בפרספקטיבה הנכונה: גם כיום ההרתעה של הרשות מצומצמת מאוד, בשל האחריות האישית הנמוכה של הפקידים ובשל ההתמקדות של הפוליטיקאים בפופולריות שלהם בקרב הבוחרים. נוסף על כך, הסעד הכספי הוא דווקא פולשני פחות מסעד הציווי המנהלי. לכן אין להפריז במשקל שניתן לחשש מפני הרתעת יתר של הרשות בשל חיובה בנזיקין. נהפוך הוא, דווקא סעד הפיצויים עשוי להיות במקרים רבים הסעד המרוכז מבחינת הרשות, והמיטבי מבחינת האזרח הניזוק.

3. מעשה עשוי ודוקטרינת הקטנת הנזק

"יש לבחון אם מדובר במעשה עשוי או בנזק שהתגבש, שאם לא כן, על התובע למצות את ההליך המינהלי תחילה", כתב השופט עמית.⁵⁸

לגישת השופט עמית, הגשת תביעה נזיקית במקרה שבו ניתן להגיש עתירה מנהלית באותו נושא, פוגעת בשלטון החוק.⁵⁹ הנימוק לכך הוא שבאמצעות הגשת תביעות נזיקיות-אזרחיות לערכאות הרגילות, הדיון בחוקיות מעשי המנהל יתרחב בערכאות אלו, וכך תהא הרחבה לא ראויה של הביקורת על המעשים המנהליים של הרשות,⁶⁰ משום שבית משפט אזרחי רגיל, שאינו מומחה במשפט המנהלי, הרגיש מבחינה ממשדית, ידון בהם הלכה למעשה.

יש לציין שלפי השופט עמית, דיון כאמור נעשה שלא במשקפיים הנכונות מבחינה משפטית, ולא רק מבחינה מוסדית. בית משפט השלום מעיין בחומר שלפניו במשקפיים "נזיקיות", במקרה שבו יש להשתמש במשקפיים ה"מינהליות".⁶¹ יתרה

53 דפנה ברק ארז, **משפט מינהלי** כרך ג – משפט מינהלי-כלכלי 390 (2013) (להלן: ברק-ארז **משפט מינהלי-כלכלי**).

54 לוינסון, לעיל ה"ש 52, בעמ' 355.

55 שם, שם.

56 שם.

57 נוסחת לרנד הנד עוסקת בחישוב תוחלת הנזק אל מול העלות למנעו כדי לקבוע אם האדם רשן אם לאו. תוחלת הנזק והעלות למנעו אינם השיקולים היחידים בנסיבות העניין. לפיכך חישוב לוגי מתמטי של פעילות המנהל, לפי הגישה הכלכלית לדיני הנזיקין – לא יצמיח פתרון בנסיבות העניין. ראו בהקשר זה: ברק-ארז **משפט מינהלי-כלכלי**, לעיל ה"ש 53, בעמ' 392–393.

58 עניין **גליק בעליון**, לעיל ה"ש 1, פס' 32 לפסק דינו של השופט עמית.

59 שם, פס' 38 לפסק דינו של השופט עמית. השופט מדגיש כי התקיפה הישירה היא שמקדמת את שלטון החוק.

60 שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית.

61 בלשונו של השופט, שם.

גיא אלון ועידו פורת, "האם נסתם הגולל על אחריות המדינה בניזקין בגין עוולה שמקורה באקט מנהלי?", **הארץ דין** יג 60 (תשע"ט)

מזו, מתן אפשרות להגיש תביעה הוא בעייתי גם במונח הפרוצדורלי, שכן יש בכך כדי להביא לריבוי תביעות מנהליות במסווה של תביעות כספיות וכן לריבוי הליכים (כל שכן שדחיית תביעה נזיקית בבית משפט אזרחי אינה מהווה מעשה בית דין בנוגע לאקט המנהלי כשלעצמו בבג"ץ או בבתי משפט לעניינים מנהליים, וכך ייווצרו שני הליכים במקום אחד).⁶² ניתן אפוא להיווכח כי במקרה כזה בית משפט השלום נכנס לתחום רגיש כגון החלטות משטרה, ובנוגע למקום רגיש מבחינה פוליטית וביטחונית, ובהחלטות כגון דא, לפי השופט עמית, ראוי שידון בג"ץ, ובג"ץ בלבד.⁶³

בשל חששות אלו הציב השופט עמית דרישת סף להגשת תביעה נזיקית בעוולה היברידית, והיא דרישת "המעשה העשוי". דרישה זו קובעת שתביעה נזיקית תתאפשר רק אם מעשה העוולה הסתיים. אם המעשה לא הסתיים, יש לפנות לרשות וכן לפנות לבג"ץ (או לבית המשפט לעניינים מנהליים) בעתירה למתן צו עשה נגד הרשות. המשמעות המעשית של החלטה זו היא שלא תתאפשר מעתה תביעה נזיקית שיסודותיה במשפט הציבורי, בלא פנייה מוקדמת לרשות והגשת עתירה לבג"ץ. אם לא יעשה התובע כן, הוא לא מילא את חובתו להקטין את נזקו לפי חובת הקטנת הנזק, ולפיכך יימצא נושא בחלק מהנזק, בשל אשם תורם. לפיכך הסעד הנזיקי הוא לעולם סעד המשלים את הסעד המנהלי, שהוא הראשון. יש בכך הטלת מעמסה על הניזוק בכוח, שיש בה כדי להרתיע מפני מיצוי זכויות.

לגישתנו, אין מקום לקבוע כלל כזה. הסיבה הראשונה לכך היא שמקרי הפרת החובה להקטין את הנזק באמצעים סבירים, או לחלופין מקרי אשם תורם, יש לבחון לפי דיני הנזיקין ושיקולי מדיניות. עם זאת, אין מקום להציב זאת כתנאי סף לתביעת נזיקין, ובוודאי לא לכל תביעת נזיקין נגד המדינה. במונח מסוים נראה כי התרשלות חמורה (סטנדרט ההתנהגות שהוצע על ידי השופט עמית) אפילו תהווה ברוב המקרים סוג של עלת השתק מבחינת המדינה.⁶⁴ לא ייתכן שהמדינה תימנע מלקיים חובותיה משיקולים פרוצדורליים כאשר התרשלותה חמורה, ולפיכך הייתה צריכה להיות ברורה לה. ניתן אף לטעון שיש בכך סטייה מחובת ההגינות המוגברת המוטלת עליה.⁶⁵

אחד מהנימוקים המרכזיים של השופט מתבסס על הלכה שקבעה כי אם היה ניתן להגיש עתירה מנהלית נגד מכרז ציבורי,⁶⁶ ומי שלכאורה נפגע, נמנע מלעשות כן, תישלל זכותו לפיצוי כספי. לשיטתנו, ישנו הבדל גדול בין מקרים של דיני נזיקין ובין עניין **קסם מילניום**,⁶⁷ אשר עסק בדיני מכרזים ובו הוטלה חובה להגיש עתירה מנהלית עובר להגשת התביעה הנזיקית. ניתן להצביע על שלושה שיקולים המצדיקים יחס נבדל: ראשית, בעניין **קסם מילניום** דובר במתקשרים רצוניים (דהיינו מתקשרים המקבלים עליהם סיכון שמא במהלך פעילותם העסקית יתרחשו מאורעות בלתי צפויים). שנית, לרוב במכרזים מדובר בחברות או בעסקים שיש להם כוח, אמצעים וידע רבים יותר מאלה של הנפגע הנזיקי הממוצע. שלישית, הפגם בדיני המכרזים, והזכאות לסעד מנהלי, לרוב ברורים יותר (גם בהתבסס על הידע של המשתתפים) מאשר המשפט המנהלי או החוקתי. במקרה שבו הזכאות לסעד ברורה יותר, סביר יותר להטיל על התובע נטל להגיש את תביעתו במהרה כדי להקטין את נזקו, שכן הוא אינו נזקק לכלים וידע משפטיים מורכבים כדי לעמוד על זכותו המשפטית, והוא נושא בסיכון נמוך יותר להיוותר בתום ההליך המשפטי ללא סעד ולשאת בעלויות הליך גבוהות. במקרה של עוולה נזיקית הצומחת מהמשפט המנהלי או החוקתי, לעיתים קרובות קשה לדעת אם תהיה זכאות לסעד שימנע את המשך הנזק, ולכן אין דין דרישת הפנייה המקדימה בדיני המכרזים כדרישת הפנייה המקדימה ב"עוולה ההיברידית".

62 כאמור שם.

63 שם, פסי' 12 לפסק דינו של השופט עמית.

64 בית המשפט העליון כבר הכיר בנימוקים אשר יצדיקו את החלת דוקטרינת ההשתק במשפט המנהלי, ראו בג"ץ 397/10 **אפללו נ' צבא ההגנה לישראל – מחלקת מופ"ת** (פורסם בנבו, 15.12.2011). ראו גם ע"מ 7275/10 **הועדה המיוחדת לפי חוק יישום ההתנתקות נ' שקד**, פסי' כד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 29.11.2011).

65 בג"ץ 492/79 **חברה פלונית נ' משרד הביטחון**, פ"ד לד(3) 706 (1981).

66 מכוח התוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, הדבר יוגש לערכאות מיוחדות אלו, ולא לבג"ץ.

67 ע"מ 7401/14 **קסם מילניום בע"מ נ' רשות שדות התעופה** (פורסם בנבו, 9.9.2015).

גיא אלון ועידו פורת, "האם נסתם הגולל על אחריות המדינה בניזקין בגין עוולה שמקורה באקט מנהלי?", הארת דין יג 60 (תשע"ט)

הסיבה השנייה להתנגדותנו, העולה מהדברים שנאמרו על ידינו לעיל, היא שהדרישה לפנייה מוקדמת לרשות, בין באמצעות בג"ץ ובין בפנייה ישירה לרשות בלבד (המופיעה בקביעת השופט עמית ובצורה מרוככת גם בקביעת השופט רובינשטיין),⁶⁸ מתעלמת מכך שאין זהות מוחלטת בין הזכות לפיצויים ובין הפסקת הפעילות המזיקה. במקרים רבים הגשת התביעה או הפנייה לרשות לא תחייב את הרשות להפסיק את הפעילות המזיקה. במקרים כאלה מטבע הדברים אי-אפשר להחיל את דוקטרינת הקטנת הנזק. כך למשל הדבר במקרים שבהם הייתה מופעלת דוקטרינת הבטלות היחסית, אך לא רק בהם. לכן, ולנוכח מורכבות המשפט המנהלי ומגוון הסעדים האפשריים בו, אי-אפשר לקבוע מראש שחובת הקטנת הנזק מחייבת את הניזוק לפנות לרשות או להגיש עתירה מנהלית.⁶⁹

הסיבה השלישית להתנגדותנו טמונה במודל השיפוטי הריכוזי שיצר השופט עמית. כיום, המודל הישראלי של ביקורת שיפוטית אינו ריכוזי עלי ספר, אך בפועל, ולאחר קביעת השופט עמית, הוא נהפך לכה.⁷⁰ לדעתנו, דרישת המעשה העשוי מחריפה את ריכוזיות המערכת הישראלית, ובכך גישה השופט עמית מונעת התדיינות דמוקרטית בערכאות הנמוכות, הנגישות יותר לאזרח הפשוט. וביחוד נכונים הדברים בנוגע לבית משפט השלום, שכן זו הערכאה הנגישה ביותר לאזרח, ואינה נתפסת כמאיימת כפי שפנייה לבג"ץ עשויה להיתפס.⁷¹ אכן, עקרון שלטון החוק, והרצון למנוע פעולות לא-חוקיות של המנהל, עשויים להביא לידי כך שנבכר תקיפה ישירה כשהדבר אפשרי. אולם אין בכך כדי ליצור תנאי בלי-עבור המעביר את הנטל לתובע, ושולל ממנו סעד במקרה שלא עשה כן. לגישתנו, קביעת השופט מונעת במידה מסוימת את הגישה לערכאות,⁷² ופוגעת בערכי המודל הביזורי המתבסס על קידום שלטון החוק על ידי התדיינות דמוקרטיות ונגישות בכלל הערכאות,⁷³ גם אם המדינה מעורבת בהליך.⁷⁴ לזכות זו חשיבות מיוחדת כאשר המזיק הוא גוף שלטוני, שכן בתי המשפט עשויים להיות

68 בשולי הדברים יצוין כי גם קביעתו של השופט רובינשטיין אינה חפה מטעויות. אף שקביעתו אינה מצמצמת את האחריות הניזקית כפסק דינו של השופט עמית, יש בה כשל אינהרנטי. הצעתו המתונה של השופט, הדרושת פנייה מוקדמת לרשות בלבד, חותרת תחת התועלת שהשופט מוצא בהטלת אחריות ניזקית על המדינה. למרות הליגיטימיות שבדרישה זו, קבע השופט רובינשטיין כי יש ערך בהטלת אחריות ובחובת פיצוי, שכן זו מסייעת בהרתעת גורמי השלטון מפני התנהלות רשלנית. דרישת הפנייה המוקדמת לרשויות פוגעת בתכלית זו, ולפיכך גם הקביעה המקלה בפסק הדין אינה חפה מטעויות. לדיון רחב בסוגיה, ראו עניין גליק, לעיל ה"ש 1, פסי' כה לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ויודגש, אין כוונתנו שלא תוטל חובה כזאת על הנפגע בשום שלב, אלא שהצבת דרישה זו כתנאי מקדים או כמקדמה חזקה שהתובע לא הקטין את נזקו, אינה ראויה, בעיקר בשל פערי הכוחות והבדלי המידע בין המדינה לתובע. ודוק, עסקינן בפנייה מוקדמת שלא לצורכי התראה לפני תביעה, אלא להפסקת הפעולה המזיקה או בבקשה לפיצוי בגין הפגיעה. לדידנו, כברירת מחדל, יש להטיל על התובע את אותן חובות המוטלות על נפגע בהליך אזרחי רגיל. כפי שנציין בפרק "המשפט הראוי", אנו סבורים שיהיו מקרים שבהם אי-פנייה לרשות תהיה עשויה להקטין את פיצויי הנפגע.

69 בקשת האגודה לזכויות האזרח בישראל להצטרף לדיון כ"ידידת בית המשפט" ברע"א 2063/16 גליק נ' מדינת ישראל, זמינה באתר: www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2016/07/amicus2063-16Yehuda-Glick-compensations.pdf. בשולי הדברים יצוין כי קבלת דרישת השופט עמית אף אינה מדויקת מבחינה אנליטית בהקשר של דוקטרינת הקטנת הנזק, אשר תחולתה נובעת מהתרשלות התובע בהקטנת הנזק שלו. בענייננו, ובהינתן העובדה שהתובע לא התרשל, לא ראוי לדרוש ממנו לצאת מגדרו, וקביעת השופט עמית חורגת מהמצב הקיים. ראו לעניין זה פסי' 24–28 לעמדת האגודה לזכויות האזרח, שם.

70 אורי אהרונוסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" משפט וממשל טז 9, 33 (2014) (להלן: אהרונוסון).

71 שם, שם.

72 לדיון בחשיבות זכות הגישה לערכאות ומעמדה בדין הישראלי, ראו לדוגמה: יורם רבין **זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית** (1998).

73 מודל ביזורי המטיל חובות דיוניות ומשפטיות מהותיות פחותות על הנפגע מפעולות המדינה, חשוב כדי לממש את זכות הגישה לערכאות. היכולת להגיש תביעה בבית משפט הקרוב לבית חשובה רעיונית ומבחינת העלויות. לא הרי תביעה קטנה כעתירה לבג"ץ, הן מבחינת אגרה הן מבחינת משאבים קוגניטיביים שהנפגע צריך להשקיע. להרחבה בנוגע למחסומים המתוארים, העשויים למנוע מימוש הגישה לערכאות, ראו יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" **עלי משפט** ג 493, 500–501 (התשס"ד) (להלן: אלבשן "נגישות למשפט"). בשולי הדברים יצוין כי הכרעה זו אף מנוגדת לעקרונות הניזקיים של צדק חלוקתי. לדיון בעקרונות אלו בהרחבה, ראו Ronen Perry, *The Role of Retributive Justice*, 73 TENN. L. REV. 177, 183–186 (2006).

74 בשולי הדברים יצוין כי לעקרון העדפת בג"ץ ניתן למצוא חריג בהוראת ס' 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, שלפיו בית משפט ידון בנושא שנדרש לשם הכרעה בעניין המובא לפניו. משהכרעה בית משפט שלום שהמדינה התרשלה בביצוע פעולה כלשהי, אין פירוש הדבר שהוא החליט שהמעשה בלתי חוקי, והדבר אינו פוגע בחוקיותו כלפי כלמי, אלא הוא מחייב את המדינה בניזקין כלפי הנפגע הספציפי על פי דיני הניזקין המתאמים לאחריות המדינה.

גיא אלון ועידו פורת, "האם נסתם הגולל על אחריות המדינה בניזקין בגין עוולה שמקורה באקט מנהלי?", **הארץ דין** יג 60 (תשע"ט)

המוסד הדמוקרטי הנגיש ביותר לאזרח הפשוט, ולכן יש להישמר מלפגוע בגישה לערכאות, בייחוד כשהאזרח מחפש תרופה לעוולה שלטונית שהוא סבור שפגעה בו.⁷⁵

הסיבה הרביעית להתנגדותנו נובעת מהיתרונות הכלליים של הסעד הכספי כחלק (חיצוני או פנימי) מהמשפט המנהלי, שמהם התעלם השופט עמית בהכרעתו. יתרון זה יבוא לידי ביטוי במצבים שבהם סעד הציווי שבג"ץ יכול לתת, אינו מתאים בנסיבות העניין. הסעד הכספי הוא אפוא מרוכך, ואף פולשני פחות, כלפי הרשות (בייחוד במקרים שבהם הרשות מעדיפה להיפגע כספית ובלבד שלא תצמצם את פעילותה בתחום מסוים).⁷⁶ זאת ועוד, פיצויים כספיים הם מפזר הנזק המיטבי, שכן הם נוטלים את הסיכון מן הנפגע הספציפי, ומעבירים אותו לקופת המדינה, הממומנת על ידי כל משלמי המיסים.⁷⁷

לסיכום ביקורת זו, נראה לנו שאין מקום להטיל דרישות פרוצדורליות כבדות על ניזוקים המבקשים להגיש תביעת ניזקין נגד הרשות.⁷⁸ לפי המסורת, הדרישות הכבדות הוטלו על המדינה בשל היותה "שחקנית חוזרת" בעלת כוח וידע עודפים,⁷⁹ וכך יש לנהוג גם כאן. טענת רשלנות התובע בכך שלא הקטין את נזקו צריכה להיבחן בנסיבות המקרה, ולהתקבל רק במקרים שבהם התובע התנהג שלא כשורה.

4. סיכום הביקורת

להשקפתנו, מגמת פסק הדין ברורה: צמצום האחריות בניזקין והעברת הביקורת השיפוטית לשדה המנהלי. לגישתנו, המהלך שנקט השופט עמית, בהסכמת השופט זילברטל, אינו יכול להתקבל.

ייתכן שניתן לקבל כל טיעון של השופט עמית כשלעצמו, שכן טיעונו מנומקים ומבוססים. אולם בשל הסתייגותו מביקורת שיפוטית של ערכאות אזרחיות על מעשי המנהל, בחר השופט ליצור מודל שמחמיר מאוד עם התובעים. השילוב של דרישת "המעשה העשוי", חובת הקטנת נזק נרחבת מאוד, אשמה חמורה והתייחסות מיוחדת למדינה (עילות סף מיוחדות למשפט הניזקי) – יוצר חשש לצמצום ניכר של אחריות המדינה. צמצום זה הוא בגדר נסיגה, ואין לקבל זאת בעידן הזכויות החוקתיות, שכן הנפגעים עלולים להישאר ללא סעד מתאים. אמנם ראוי כי דיני הניזקין יתאימו עצמם לפעילותה הציבורית של המדינה, אך אין לקבל צמצום כה נרחב – צמצום שמנוגד למגמת הפסיקה בשנים האחרונות. צמצום כזה אף חוטא לעקרונות המידתיות והסעד ההולם בגין פגיעה בזכויות חוקתיות, בעיקר משום שהסעד הכספי עשוי לשמש אמצעי שפגיעתו פחותה – אמצעי מידתי יותר במקרי פגיעה בזכות חוקתית.

הבלבול וההבדלים בין השופטים מחזקים אף יותר את העמדה שיש ליצור דין ראוי, ובלשונו של פרופ' ברק: "מן הראוי הוא לפתח – בדומה למשפט הצרפתי – דינים מיוחדים בדבר האחריות האזרחית של רשויות הציבור".⁸⁰

75 ראו: אלבשן "נגישות למשפט" לעיל ה"ש 73, בעמ' 500–501; יורם רבין **זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית** 109–120 (1998). במאמרו אורי אהרונוסון כותב כי יש להדגיש את הערכאה התחתונה. ראו: אהרונוסון, לעיל ה"ש 70, בעמ' 33.
76 כך, לדוגמה, תעדיף רשות עירונית לפצות את הנפגעים מרעש בלתי סביר בגין חידוש כבישים, ושלא להימנע מחידוש כבישים לצמיתות.
77 שרגא ושחר, סעדים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 52–54.
78 ראו: ע"א 252/86 גולפדרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(4) 45, פס' 10 לפסק דינו של השופט ברק (1991).
79 עניין גליק בעליון, לעיל ה"ש 1, פסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.
80 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית 793 (תשנ"ד).

ד. הצעה למודל ראוי

בפרקים הקודמים טענו כי פסק הדין (ובעיקר תרשים הזרימה של השופט עמית), המתיימר לטפל בסוגיה הסבוכה של דיני הנזיקין המנהליים, עשוי לגרום נזקים שונים לערכים ולעקרונות, ובין היתר להביא לאי-פיצוי נאות בגין פגיעה בזכויות אדם, פגיעה בעקרון שלטון החוק, והפרת השוויון בפני החוק. עם זאת, שתי קביעות שלו יוצרות את מרב הבעיות שמצאנו: רמת האחריות הגבוהה שהוא דורש והדרישה לתקיפה ישירה. לכן נבקש להציע שני מודלים שיקבעו לטעמנו דין ברור וראוי יותר, אשר יפתור את הבעיות שבדין המצוי. אחד המודלים דורש רפורמה מוסדית, אך מסתמך על הערות פסיקה והצעות חקיקה עדכניות, ומכוון לפתור את הדרישה הבעייתית לתקיפה ישירה ואת השלכותיה לעניין חובת הקטנת הנזק. המודל השני מנסה ליצור במסגרת הדין הקיים גישת ביניים, שתתמודד עם הקשיים העולים מחוות דעתו של השופט עמית. נדגיש כי המודלים אינם חלופיים, אלא פועלים במישורים שונים לפתרון הבעיות, וקבלת חלק מכל אחד מהם או קבלת מודל אחד, די בהם לסייע בפתרון חלק מבעיות פסק הדין.

1. המודל הראשון: הרחבת סמכויות בתי המשפט המנהליים

אחת הבעיות המרכזיות שדורשות פתרון היא הפיצול לערכאות הקובעות את הסעד המנהלי/החוקתי ולערכאות האזרחיות שבהן ניתן הסעד האזרחי. לדעתנו, בשל החשיבות שבמניעת סרבול, הגשמת עקרון הקטנת הנזק ומניעת המגמה של "ערכאות קמא כבג"ץ זוטא"⁸¹, יש לאחד את תביעות הפיצויים בגין פעולות מנהל מובהקות ולבררן בבתי המשפט לעניינים מנהליים. במקרים שבהם עילת התביעה מבוססת על אשמה רגילה בפעילות של המדינה, שאינה דורשת שיקול דעת, אין צורך להפעיל את הטריבונל המיוחד, אך אם עולה טענה התוקפת את הפעלת שיקול דעתה של הרשות, יש לבחון את המקרה בבית המשפט לעניינים מנהליים.

בתי המשפט לעניינים מנהליים

חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, שנחקק בשנת 2000,⁸² יצר ערכאה מיוחדת לשפיטה בעניינים מנהליים. הטעם לחקיקה היה העומס הרב בבג"ץ, שבגינו החל בית המשפט העליון, באמצעות חקיקה שיפוטית, להאציל סמכויות מנהליות שלו לערכאות נמוכות יותר. למעשה, בחוק בתי משפט לעניינים מנהליים שלל המחוקק מהערכאות האזרחיות את הסמכות לדון בעניינים מנהליים.⁸³ לעניות דעתנו, מהלך דומה ראוי לעשות גם בתחום דיני הנזיקין. הרציונל העיקרי להעברה זו, בהתחשב בחוות דעתו של השופט עמית, הוא הצורך במומחיות של בתי המשפט כאשר הם דנים בסוגיות מתחום המשפט הציבורי.

ניתן למצוא חיזוק לכך בפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, אשר קורא לשקול את האפשרות "להרחיב את סמכויותיו של בית המשפט לעניינים מנהליים, והעברת הסמכות לדון בתביעות נזיקיות כנגד הרשות בהקשר פעולתה המנהלית מבתי המשפט האזרחיים לבתי המשפט לעניינים מנהליים".⁸⁴

הוסיף השופט רובינשטיין וציין כי הענקת הסמכות לבתי המשפט לעניינים מנהליים יכולה לפתור את הקושי של מומחיות הערכאה השופטת ולמנוע פיצול דיונים כשמתבקש סעד ציווי לצד סעד של פיצויים.⁸⁵ יצירת סמכות כזו תהא אפוא יעילה יותר לכל הצדדים, ותאפשר יצירת כללים ברורים יותר מבחינה פרוצדורלית לנפגע, וכן תאפשר את פיתוח

81 עניין גליק בעליון, לעיל ה"ש 1, פס' 9 לפסק דינו של השופט עמית.

82 חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000.

83 מני מזוז "רפורמה בשיפוט המנהלי בישראל – חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000" משפט וממשל ו 233, 247 (2001).

84 עניין גליק בעליון, לעיל ה"ש 1, פס' לח לפסק דינו של רובינשטיין.

85 שם.

גיא אלון ועידו פורת, "האם נסתם הגולל על אחריות המדינה בניזקין בגין עוולה שמקורה באקט מנהלי?", **הארץ** דין יג 60 (תשע"ט)

המשפט בנושא באמצעות חקיקה שיפוטית סדורה יותר. נדגיש כי פעולות מנהל רבות אינן נתונות לסמכות בית המשפט לעניינים מנהליים, ולכן כיום אי אפשר לתקוף אותן בערכאות אלו בתקיפה ישירה, אך לפי הצעתנו הם יהיו מוסמכים לתת פיצויים כספיים, ובמקרים שבהם יעלה עניין בעל רגישות או חשיבות מיוחדת, יהיה ניתן להעבירו לבית המשפט העליון, כמצוות סעיף 6 לחוק.⁸⁶ ברי כי שינוי זה אינו פותר לחלוטין את בעיית הפיצול בערכאות, אבל הוא פותר את שאלת המומחיות של בית המשפט. כמו כן, בראייה מוסדית נראה טבעי ונוח יותר להעניק לערכאה המנהלית את האפשרות לנהל את ההליך בצורה יעילה יותר, ואף להעניק לה את האפשרות להעניק סעדים זמניים, או להפנות נושאים מסוימים לבית המשפט העליון.

הצורך בשינוי זה מתחדד על רקע חוסר הקוהרנטיות בהסדר של חוק בתי משפט לעניינים מינהליים. דווקא הנושאים המהותיים נותרים מחוץ לסמכות בתי משפט מיוחדים אלו, והעניינים הטכניים או האזרחיים יותר נתונים לסמכותו. למשל, תובענות ייצוגיות נגד רשויות המדינה, אשר אינן דורשות מומחיות מנהלית מיוחדת, כלולות בתוספת השלישית, ואילו תביעות המאגרות את שיקול הדעת המנהלי, אינן נתונות לסמכות בית משפט מיוחד.

נראה לנו כי מהלך של העברת סמכויות נרחבת אינו יכול להיות מוסדר בדרך של הלכה שיפוטית, שכן מדובר בשינוי שעתיד להביא להתדיינות רבות בבתי המשפט לעניינים מנהליים ולשנות מהותית את מספר התיקים שיונחו לפתחם. שינוי זה אף ידרוש התאמה של סדרי הדין הנהוגים בדרך כלל בעתירות מנהליות, משום שיהיה מקום להכרעות עובדתיות רבות יותר בדיני הנזיקין. משום כך מוצע לשקול ביתר שאת את האפשרות להקים בתי משפט מנהליים כערכאה של בית משפט השלום, ולהפחית את העומס בבתי המשפט המנהליים שנמצאים כיום בבית המשפט המחוזי.⁸⁷ בתי משפט אלו יוסמכו לדון בתביעות נזיקין בסכומים נמוכים, וכאמור תהיה להם הסמכות להעביר את הדיון בסוגיות מורכבות או רגישות לבתי דין בכירים יותר.

מבחינת שינוי החוק הקיים, ראוי להוסיף לסעיף 5 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים סעיף קטן המקנה סמכות בלעדית לבתי המשפט המנהליים בתביעות נזיקין נגד רשויות המדינה. זאת, בדומה לסעיף 5(3), המפנה לתובענה המנהלית שבתוספת השלישית לחוק – תוספת העוסקת בדיני מכרזים ובחוק תובענות ייצוגיות.⁸⁸ כדי לשמור את הכלל הדיוני פשוט ככל הניתן, ובה בעת להוציא מגדרו את מקרי הנזיקין הפשוטים, כגון התרשלות בירוקרטית או פקידותית, אפשר לנסחו כך:

5. בית המשפט לעניינים מינהליים ידון באלה –

[...]

(5) (א). תובענה בגין נזק שנגרם לפרט מפעולה או ממחדל של הרשות בהפעילה שיקול דעת.

(ב). תובענה כאמור בסעיף (א) איננה כוללת נזק שנגרם מהתקשרות רצונית.⁸⁹

86 ס' 6 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים.

87 הצעת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים (תיקון מס' 75) (בתי משפט שלום לעניינים מינהליים), התשע"ב–2011, ה"ח הממשלה 1243.

88 התוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים.

89 ההחרגה המפורשת של התקשרות רצונית נועדה לכך שתובענות שעילתן עוולה חוזית, לא יטופלו במסגרת זו, אלא עולות נזיקיות בלבד. למהלך זה כמה הצדקות, ובהן היותו של התובע מתקשר מרצון, המסגרת הנורמטיבית הייחודית פחות לתביעות חוזיות נגד רשויות המדינה וחשש מופחת לאקטיביזם שיפוטי.

2. המודל השני: מודל הביניים

המודל הפרוצדורלי דורש יוזמות חקיקה שעשויות לפתור חלק מהבעיות המוסדיות ואת בעיית הקטנת הנזק. במודל הביניים ננסה לאזן בין תרשים הזרימה של השופט עמית והבעיות שהעלינו לעיל, ובין עמדות אחרות בפסיקה, כדי ליצור דין מאוזן, ברור ויעיל.

דרישת האשמה (רמת האחריות)

ראשית, בדומה לקווים המנחים של הפסיקה לאורך השנים ולרעיון שבבסיס דוקטרינת "הנטל החריג"⁹⁰, ניטה להעניק פיצוי כספי בגין פגיעה בשל עוולה מינהלית רק במקרים שבהם ניתן לתחום את מעגל הנפגעים, ויש במעגל זה ייחוד מסוים היוצר קרבה ביניהם ובין המזיק, כלומר הרשות הציבורית. במילים אחרות, דרישת הסף לתביעת ניזקין נגד הרשות בהפעילה את שיקול דעתה היא שיש מעגל ניזוקים ברור, ובכך יוחרגו מגדר העוולה פיצויים רחבים לקבוצת נפגעים בלתי מוגדרת – חשש שמלווה את טיעון הרתעת היתר.

לדעתנו, אם בוחרים להיצמד למודל האשמה, אין מקום ליצור רף אשמה מסוג שונה מן הרף הנהוג במשפט המנהלי, ובוודאי לא רף מחמיר יותר מבחינת הנפגע. ראשית, עולת הרשלנות ודיני הניזקין התפתחו במהלך השנים במשפט הישראלי באופן שיש מסנני אחריות שימנעו פיצוי בהיעדר קרבה וחובת זהירות בין המזיק לניזוק. על כך יש להוסיף את המסננים שאנו מציעים במודל שלנו. שנית, כפי שצוין לעיל, הסעד הכספי פולשני פחות מסעד הציווי, ולכן ניתן להסתפק בהשוואת מידת האשמה לאשמה האזרחית. נעיר כי היינו מעדיפים כי דיני אחריות המדינה יתבססו על "אשמה" מסוג אחר, שתנטרל את הקשיים של החלת נוסחת לרנד הנד על פעולות המנהל, אבל בהתחשב במהפכנות הצעה זו, סביר להניח שהמודל המוצע ריאלי יותר וקל לעיכול.⁹¹

לפי המודל המוצע, משנקבע כי קמה חובת זהירות מושגית וקונקרטית, יש לבחון כמה מהנזק ניתן למנוע ולרפא באמצעות סעד ציווי שיינתן על ידי ערכאה מנהלית. בחינה זו תואמת את העיקרון של המשפט המנהלי, המעדיף את סעד הציווי, בשל יעילותו מבחינת אכיפת שלטון החוק ותוצאתו האופרטיבית שלעיתים היא חזקה יותר. אם הנזק נרפא לאחר סעד של ציווי, אין מקום לדון בניזקים אלו; הפיצוי הכספי יינתן רק בגין מעשה עשוי שאי-אפשר לרפא.⁹² בחינת המעשה העשוי תיעשה אפוא לשם ההחלטה אם יש להעדיף את סעד הציווי או שהאפשרות היחידה היא הענקת פיצויים. לדעתנו, השאלה שצריכה להנחות את בית המשפט היא אם בתקיפה ישירה היה ניתן לקבל צו שירפא את הנזק, ולכן גם העובדה שהוגשה בעבר עתירה מנהלית אינה מעלה ואינה מורידה בשלב הראשון, אלא שיקולים הנוגעים לתובע והמצויינים להלן. כך למשל, יש להכיר בסעד הפיצויים במקרים שבהם התוצאה שבית המשפט מגיע אליה היא מסוג של בטלות יחסית, מהסיבה הפשוטה שנגרם נזק שלא נרפא, בשל עוולה ניזקית שמקורה באקט מנהלי.

פנייה מוקדמת וחובת הקטנת הנזק

אשר להגנות ולחסינויות ניזקיות, כאן יש לבחון אם התובע היה יכול להגיש תביעה לבג"ץ או לערכאה מנהלית. עם זאת, חשוב לחזור ולומר כי יש לנקוט משנה זהירות, ויש ליצור מערכת כללים שתנחה את השופט. לדעתנו, ניתן להיעזר ברשימה

90 ראו בעיקר ע"א 6269/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 14, פס" 12 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004). ובנוגע לדוקטרינת העוולה החוקתית: ע"א 7703/10 ישועה נ' מדינת ישראל – מנהלת סל"ע, פס" 20 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 18.6.2014); בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז ירושלים, פ"ד מח(4) 237, 250 (1994).

91 כך למשל, מודלים המתבססים על תורת הסיכון ומתמקדים בנפגע ובעוצמת הפגיעה בו יותר מאשר במידת האשמה של המדינה. ראו רונן פוליאק פיצויים בגין פגיעה בזכויות חוקתיות (2017).

92 זאת, בשונה מדרישת המעשה העשוי שציין השופט עמית, ושעליה עמדנו לעיל, הקושרת בין המעשה העשוי ובין הקטנת הנזק או האשם התורם. לדעתנו יש להעדיף את הסעד המנהלי כאשר הדבר אפשרי, אבל אם אינו אפשרי, יש להעניק פיצויים כספיים לנפגע מעוולה ניזקית שהסבה נזק.

לא סגורה של אינדיקציות לכך שהיה על התובע להגיש את תביעתו לערכאה מנהלית כדלקמן: **מעמדו של הניזוק והידע המשפטי שלו** – אם הניזוק הוא בעל כוח וידע משמעותי, ואולי אף "שחקן חוזר" בבתי המשפט בכלל ובנושא התביעה הנוזיקית בפרט, בדומה ליהודה גליק בפסק הדין הנדון בהארה זו, הדבר יחזק את ההנחה שהיה ניתן למנוע את הניזוק. **מובהקות הפגם המנהלי** – אין להתכחש לכך שעתירות מנהליות אינן מתקבלות בקלות, ואולי טוב שכך. לכן אין מקום לבקש מניזוק להקטין את נזקו בכך שיגיש עתירה הדורשת ממנו זמן ומשאבים, כאשר סביר להניח שתביעתו תידחה. ניטה אפוא לקבל טענה שהניזוק לא הקטין את נזקו בכך שלא הגיש עתירה מנהלית רק במקרים שבהם היה ברור לו, או היה צריך להיות ברור לו, שעתירה כזו עשויה בסבירות גבוהה להתקבל, ואכן להקטין את נזקו. **אופי הפגיעה** – הזכרנו לעיל כי בשלב הראשון צריך לאמץ את נקודת המבט של הנפגע, ולבחון כיצד מצופה ממנו לפעול. לשם כך אפשר, למשל, להבדיל בין פגיעה פיזית באדם, שעשויה להביא אותו למצב שבו הוא נזקק לפיצוי כספי ואף נמצא במעין חוסר אונים, לפגיעה בזכות חוקתית "בורגנית" יותר כגון חופש הביטוי או לפגיעה רכושית זניחה יחסית באדם בעל ממון רב, שניתן לצפות כי יוכל להגיש עתירה בזמן אמת לערכאה מנהלית למתן צו להפסקת הפגיעה בו.

סיכום ומסקנות

בהארה זו ביקשנו לעיין בתביעת הנוזיקין שהגיש גליק נגד משטרת ישראל, תביעה שהעסיקה שלוש ערכאות שיפוט והביאה לפסיקת פסקי דין המאירים את הקשר בין דיני הנוזיקין למשפט המנהלי. טענו כי פסק דינו של השופט עמית, שאמנם לא התקבל כהלכה מחייבת,⁹³ אבל בהחלט עשוי להדריך את שופטי הערכאות הנמוכות ואת בית המשפט העליון בעתיד, מבטא ידע רב, וניכר שהושקעה בתרשים הזרימה לבחינת העוולה המנהלית מחשבה רבה, אבל אימוצו יעביר אל כתפיהם של אזרחים הנפגעים מפעולת המדינה, נטל כבד מאוד להקטין את הנזק ולהוכיח אשמה מסוג מיוחד שנראה כי יהיה קשה מאוד להוכיחה.

מצב זה חמור במיוחד, שכן במקרי פגיעה בזכויות חוקתיות של אזרחים, הם עלולים להישאר ללא סעד שיוכל לשכך את הפגיעה בהם. בשל כך טענו כי ניתן להתמודד עם הבעיות, או לפחות עם רובן, בשתי דרכים עיקריות: הסמכת ערכאות מנהליות שידעו להתמודד עם תביעות מסוג זה, ולחלופין פשרה המבוססת על הדין הקיים, והמציעה תרשים זרימה חלופי להצעתו של השופט עמית.

במסגרת מצומצמת זו קצרה היריעה מלפרט את כל הביקורת שביקשנו להביע בנוגע לכל אחד מהשלבים בתרשים הזרימה של השופט עמית, ולכן הסתפקנו בעיקרי הדברים. אנו מציעים לפתח מודל ראוי שיחול על כל המצבים ויביא סוף סוף לעידן ברור יותר בדיני אחריות המדינה. לדעתנו, הארה זו חשובה ומשמעותית משום שהיא זורקת אור על ההשלכות הבעייתיות של פסק דינו של השופט עמית וגם של חלק מהנחות המוצא של השופט רובינשטיין. דווקא משום שפסיקות השופטים ידעניות כל כך, נשקפת לדעתנו סכנה כי שופטים יאמצו מבלי לתת את הדעת במידה מספקת לכלל ההשלכות, וזו הייתה מטרתנו הצנועה בהארה זו.

הארה זו ביקשה להראות כי על אף מספר רב של הלכות שיפוטיות ודיונים בפסיקה ובספרות המשפטית, בהקשר של אחריות המדינה דיני הנוזיקין עדיין אינם שלמים, ויש מקום ליצור כללים שיאזנו בין זכויותיהם החוקתיות של האזרחים בעידן חוקי היסוד במדינת ישראל, ובין השיקולים המיוחדים הנוגעים לאחריות המדינה בנוזיקין. הגיעה העת לבחון אם כל השיקולים הללו עדיין תקפים בעוצמתם המקורית.

93 ראו דיון נוסף גליק, לעיל ה"ש 17.