האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור
(חלק ראשון)*

ישראל גלעד**

א. מבוא: 1. סוגיה השונים של פעילות הרשות הציבורית; 2. עקרון השוואת המעמד ומגבלותיו. ב. הטלת אחריות בנזיקין כהרחבת הביקורת השיפוטית על המינהל: 1. הרתבת תחומי ההתערבות; 2. תרופת הפיצויים ומשמעותה מבחינת תוצאות ההתערבות; 3. הערכאה המתערבת וטיב הבירור. ג. שיקולים בעד ונגד הטלת אחריות על פעילותן השלטונית של הרשויות: 1. הרתעת יתר; 2. שיבוש פעולת המינהל; 3. עיוות שיקול הדעת המינהלי; 4. עומס יתר ומניעת הצפה; 5. טיעון אי־ההתערבות – כבוד הדדי בין רשויות ושאלת ההתאמה המוסדית; 6. חלוקת סיכונים צודקת; 7. מסקנות. ד. מבנה האחריות – עובד ציבור ורשות ציבורית. ה. אחריות רשויות ציבור ועובדי ציבור במשפט האנגלי: 1. כללי; 2. הגנת הפעולה מכות חיקוק; 3. הגבלת האחריות בגין מחדלים; 4. היקף החובה ודרישת הזיקה המיוחדת בין המזיק לניזוק; 5. "חריגה מסמכות" כתנאי לאחריות בנזיקין; 6. הגבלת סוגי הנזק בר הפיצוי – נזק בלבלי ולא־ממוני; 7. שיקולי מדיניות; 8. חובה ציבורית וחובה פרטית – הפרת חובה חקוקה; 9. הפעלת הכללים המצמצמים הלכה למעשה; 10. אחריותם של עובדי הציבור. ו. המשפט הישראלי – הסדרי החסינות הסטטוטורית: 1. פעולה בסמכות – סעיף 7 לפקודת הנזיקין וסעיף 3 לחוק אחריות המדינה; 2. פעולה לפי חיקוק – סעיף 6 לפקודת הנזיקין; 3. פסק־הדין בעניין בני עטרות; 4. הגנות חקוקות אחרות; 5. היקף החסינות הסטטוטורית – סיכום. ז. המשפט הישראלי – התפתחות ההלכה הפסוקה עד להחלטה בעניין לוי: 1. ההלכה עד להחלטה בעניין גרובנר; 2. מבשרי השינוי – ההחלטות בעניין גרובנר ואייל נ' פוקסמן; 3. הרחבת בסיס האחריות – פסקי־הדין ועקנין, זוהר וגורדון; 4. על פרשת דרכים – הפסיקה בין זוהר ללוי.

---

* חלקו השני של המאמר יפורסם בחוברת הבאה של משפט וממשל.

** מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי לאיל בנבנשתי, אריאל בנדור ובועז שנור על הערותיהם המועילות.

א. מבוא

מעורבותן העמוקה של הרשויות הציבוריות בחיי היום־יום של כל פרט בחברה היא מן המפורסמות. היבטים רבים ומגוונים של הפעילות הכלכלית, החברתית והפרטית נשלטים או מושפעים על־ידי רשויות אלה. רשויות הציבור עוסקות ברישוי פעילויות, הסדרתן, פיקוח עליהן ומיסויין. הן אוכפות ומיישמות את הרשת הצפופה של החיקוקים המשמשת כבסיס וכשלד למבנה הכלכלי והחברתי, ומספקות שורה ארוכה של שירותים כביטחון פנים וחוץ, תשתיות, חינוך, בריאות, שירותי תירום, בטיחות ועוד. מטבע הדברים יש למעורבות עמוקה זו השפעה גדולה על רווחתם של פרטים בחברה. כאשר פרט ניזוק עקב מעשיה או מחדליה של רשות ציבורית, מתעוררת שאלת אחריותן בנזיקין של רשויות הציבור ועובדיהן. שאלה זו היתה ועודנה אחת השאלות המרכזיות בתחום דיני הנזיקין בארצות המשפט האנגלו־אמריקני ובישראל, ונראה שחשיבותה הולכת וגדלה. בעבר זכתה סוגיה זו לדיון מעמיק,[1] אך נוכח התפתחויות במשפט האנגלו־אמריקני והישראלי, ובעיקר עקב פסק־דינו של בית־המשפט העליון בענין מדינת ישראל נ' לוי ואח',[2] נראה כי הגיעה העת לשוב ולדון בה.

בשל קוצר המצע לא תעסוק רשימה זו אלא בקצרה בשאלה החשובה של עוולות חוקתיות שוכתה לאחרונה לדיון רחב.[3] כמו כן יתמקד הדיון ברשות המבצעת, להבדיל מן הרשות השופטת והמחוקקת.

---

1. א' רובינשטיין, ד' פרידמן, "אחריות עובדי ציבור בנזיקין" הפרקליט כא (תשכ"ה) 61; א' ברק, החלקים "נושאי תפקידים ציבוריים" ו"מדינת ישראל" בספר **דיני הנזיקין בעריכת** נ' סדסקי (מהדורה שנייה, 1977) 381-432; י' דותן, "האחריות הנזיקית של עובד־ציבור המפעיל סמכויות של שיקול דעת" **משפטים** טו (תשמ"ו) 245. ראו גם א' פורת, **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א**, 256-264.

2. ע"א 915/91 וערעור שכנגד (להלן, עניין לוי). ההחלטה מיום 17.5.1994 (טרם פורסמה). ההפניות להלן יהיו אל הסעיפים בהחלטתו של הנשיא שמגר, שהסכימו לה השופטים מצא ואור.

3. לעוולות חוקתיות ול"מהפכה החוקתית" שמאחוריהן ראו להלן פרק י; ד' ברק־ארז, **עולות חוקתיות** (1994); א' ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 9; א' ברק "זכויות אדם מוגנות: היקף וההגבלות" **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 253; א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" **ספר קליגהופר על המשפט הציבורי** (1993) 163; א' ברק, "חוק־יסוד: חופש העיסוק" **משפט וממשל** ב (תשנ"ד) 195. השאלות שתוכרענה בעתיד בהקשר זה הן שלוש. האחת, שאלת תחולתם של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד: חופש העיסוק על זכויות וחובות במשפט הפרטי. השנייה, שאלת האכסניה הראויה להיבט הנזיקי של חוק־היסוד – מערכת דינים עצמאית הנשענת במישרין על חוקי־היסוד או שילוב הזכויות החוקתיות במסגרות הקיימות של עוולת הרשלנות, העוולה של הפרת חובה חקוקה והעוולות האחרות. שלישית, שאלת היחס בין דיני הנזיקין החוקתיים לדיני הנזיקין המסורתיים – היקף היצירה של זכויות ראשוניות שאינן מוכרות כיום, ולגבי הזכויות הראשוניות שהוכרו

1. סוגיה השונים של פעילות הרשות הציבורית

הבעייתיות שמעוררת סוגיית האחריות בנזיקין של רשויות הציבור ועובדיהן, נובעת במידת רבה מן האופי המיוחד והרבגוני של פעילות הרשויות האלה. בהקשר זה מקובלת ההבחנה בין פעילות "מינהלית" או שלטונית לפעילות פרטית. כאשר רשות ציבורית מפעילה, כשלות או כנאמן של הציבור, סמכויות וכוחות שהופקדו בידה לצורך הגשמת מטרותיה, פעילותה היא פעילות שלטונית וחל עליה המשפט הציבורי. ניתן להבחין בין שני טוגים של פעילות שלטונית: **פעילות שלטונית מובהקת** (uniquely governmental) **ופעילות שלטונית שיש לה מקבילה בפעילות פרטית.** רישוי פעילויות כלכליות ואחרות, הסדרתן, פיקוח עליהן, מיטויין, אכיפת חוקים, ביטחון חוץ, הפקעה והספקת מוצרים ושירותים ציבוריים (מוצרים ושירותים שלא ניתן לייחד את השימוש בהם לפרט מסוים כנגד תמורה) הן דוגמות לפעילויות שלטוניות מובהקות. לעומת זאת שירותי אבטחה, חינוך, תקשורת, רפואה, תחבורה, פינוי אשפה, תִקנון וכיוצא באלה יכולים להינתן וניתנים גם על־ידי גורמים פרטיים.

אופי "מעורב" זה של הפעילות השלטונית אינו גורע מאופיה כפעילות שלטונית, כל עוד היא מבוססת על סמכויות וכוחות שהוענקו לרשות ציבורית לצורך זה. לכן חל המשפט הציבורי גם על פעילות זו. לצד פעילותה השלטונית מקיימת הרשות גם פעילות פרטית במהותה, שצמודות לה זכויות וחובות מתחום המשפט הפרטי. הזכויות והחובות המוקנות לרשות בתחום התקשרות בעסקות ובעלות ושימוש בנכסים הן דוגמות מובהקות לסוג זה של פעילות פרטית או קניינית (proprietry).[4] גם בהיבט זה ניתן להבחין בין פעילות פרטית מובהקת שאינה שונה כלל מפעילות של גורמים פרטיים, כמו נהיגה ברכב הרשות לצרכים פרטיים, לבין פעילות פרטית שמוקנה לה גוון ציבורי או שלטוני, אם בשל היותה כרוכה בפעילות שלטונית ואם בשל מעמדה המיוחד של הרשות. מנקודת מבטו של המשפט הפרטי יתבטא גוון ציבורי זה במתן משמעות ותוכן מיוחדים לכללי המשפט הפרטי המוחלים על פעילות זו. מנקודת מבטו של המשפט הציבורי יתבטא המעמד המיוחד בהחלת כללים מתחום המשפט הציבורי על הפעילות.[5]

בעבר בעוולות כמו תקיפה, כליאת שווא ולשון הרע סוגיית תחולתן של הגנות פקודת הנזיקין על הזכויות החוקתיות והמידה והאופן, שבהם תורחב ההגנה על זכויות אלה. השוו ע"א 558/84 **כרמלי נ' מדינת ישראל ואח'**, פ"ד מא (3) 757.

4. "ניתן להבחין באופן ברור בין חובת זהירות אותה חב השלטון כבעלים או כאחראי על רכוש ובין חובת זהירות אותה חייב השלטון כמבצע פעולות שלטוניות" – עניין לוי (לעיל, הערה 2) סעיף 14.

5. לתחולתו של המשפט הציבורי על פעולות פרטיות של הרשות ולעיצובו של דין מיוחד בהקשר זה ראו בג"צ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד לד (3) 729 והאסמכתות שם; ד' פרידמן, "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" **משפטים** ה (תשל"ד) 598; ג' טדסקי, "הסכמי המינהל הציבורי עם הפרט", **משפטים** יב (תשמ"ב-תשמ"ג) 227; ג' שלו, **חתי רשות בישראל** (1985); ד' ברק, **האחריות התחיית של רשויות המינהל** (1991). ראו גם להלן, הערה 19.

סיווג פעילות הרשות לשתי קבוצות עיקריות – שלטונית ופרטית – תוך הבחנה בין הפעילויות המובהקות לאלה ה"מעורבות" אינו מתיימר להיות מדויק או ממצה. לאמיתו של דבר, מדובר בקשת רחבה של סוגי פעילויות, כאשר בקצה האחד מצויה הפעולה השלטונית המובהקת ובקצה האחר הפעולה הפרטית המובהקת. בתווך מצויות הפעילויות בעלות האופי המעורב, כאשר היחס בין הרכיב הפרטי לרכיב הציבורי משתנה מפעילות זו לאחרת. התשובה לשאלה מתי הרכיב הציבורי או הפרטי הוא השולט תלויה במידה לא מעטה בהשקפתו של המחליט ובהקשר שבו נשאלת שאלה זו,[6] עם זאת, על אף קשיי הסיווג, חשיבותו רבה כפי שיובהר מיד.

2. עיקרון השוואת המעמד ומגבלותיו

עיקרון המוצג לעתים תכופות כחולש על הסדרי אחריותן בנזיקין של רשויות הציבור בישראל, הוא עיקרון "השוואת המעמד".[7] דינה של הרשות הציבורית על־פי עיקרון זה הוא כדין המזיק הפרטי. על פני הדברים עיקרון זה, התופס מקום של כבוד בחקיקה המסדירה אחריות זו,[8] מושך את הלב. אין זה ראוי, ואין זה הוגן, שרשות ציבורית תהא פטורה מאחריות בנזיקין בגין פעילות מסוימת, כאשר פרט המבצע פעילות דומה חב בנזיקין. אפליה זו עומדת בניגוד מובהק לעיקרון הבסיסי של שוויון בפני החוק, מסכלת את

---

6. *חשוב להבחין בין שאלת תחולתו של המשפט הציבורי על פעילות פרטית של הרשות, לבין שאלת תחולתו של המשפט הפרטי על פעילות שלטונית של הרשות. בשני ההקשרים מתעוררת בעיית ההבחנה בין פעולות פרטיות לבין פעולות שלטוניות של הרשות, אך בשל השוני בהקשר ובמטרות הדינים אין להקיש מסוגיה זו על אחרת. כך, לדוגמה, כאשר בית־המשפט מחיל את כללי המשפט הציבורי על פעילות בעלת אופי פרטי שמקיימת הרשות, הוא מטשטש אמנם את ההבחנה בין פעילות פרטית לשלטונית (מרכז הקבלנים והבונים בישראל, לעיל, העדה 5, 474), אלא שהוא עושה כן לצורך מטוים – לרוב כדי למנוע מן הרשות להתנהג באופן שאינו הולם את מעמדה. טכך לא עולה שגם דיני הנזיקין צריכים לראות את פעילותה של אותה הרשות כמכלול אחד ולהחיל דין זהה על ההיבט הפרטי ועל ההיבט השלטוני. לדיון נוסף בהבחנה בין פעילות שלטונית לפרטית מההיבט הנזיקי ראו להלן, סעיף ח.9(ב). כן ראו את המיון שמציע פרידמן לפעולות משפטיות של רשות ציבורית (לעיל, הערה 5, 599-600).*

7. *עיקרון זה, the idea of equality, מזוהה עם A.V. Dicey אשר טען כי במשפט האנגלי כל נושא תפקיד ציבורי, החל בראש הממשלה וכלה בשוטר ובגובה המס, נושא באחריות למעשה שנעשה ללא הצדקה חוקית ככל אזרח אחר: The Law of the Constitution (10th ed., 1959) 193.*

8. *סעיף 2 לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 (להלן, חוק אחריות המדינה) קובע: "דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקין, כדין כל גוף מאוגד, פרט לאמור להלן בחוק זה". להשוואת המעמד במשפט האנגלו־אמריקני ראו גם סעיפים 1346 (b) ו-2674 ל-U.S.C. (להלן, סעיף ח.2); סעיף 2 ל-Crown Proceedings Act 1947 האנגלי (להלן, סעיף ח.1) וכן P.W. Hogg, Liability of the Crown (1971) 77-80.*

הגשמת מטרות דיני הנזיקין – הגנה על זכויות, צדק חלוקתי ויעילות, ומקנה לרשות הציבורית יתרון בלתי מוצדק על פני פרטים העוסקים באותה פעילות.[9] לא ייפלא איפוא שעיקרון זה אומץ בשעתו גם בפסיקה הישראלית כעיקרון דומיננטי.[10] אלא שבחינה מעמיקה יותר מראה כי כוחו של עיקרון זה מוגבל וכי יש לנהוג בו זהירות רבה.

מקורה של מגבלה זו הוא בשוני הקיים בין הסוגים השונים של פעילות הרשות. השוואת מעמד אמיתית תיתכן רק לגבי פעילות פרטית מובהקת של הרשויות. כאן דינה של הרשות הציבורית לא צריך להיות שונה מדינו של כל פרט אחר המבצע אותה הפעילות או פעילות דומה. קושי ביישומו של עיקרון השוואת המעמד מתעורר כבר כאשר הפעילות היא פרטית במהותה אך בעלת גוון ציבורי. החלה "מכנית" של הדין החל על פרטים מחייבת התעלמות בלתי רצויה מן הממד הציבורי של הפעילות. כאשר הפעילות היא שלטונית במהותה, ובעיקר כאשר היא שלטונית מובהקת, הופך עקרון השוואת המעמד לעיקרון בעייתי ומלאכותי. העיקרון הוא בעייתי משום דיני הנזיקין, שעוצבו והוכשרו לטיפול בסכסוכים שבין אדם לחברו על בסיס העיקרון "ואהבת לרעך כמוך",[11] ואינם מספקים תשובה מן המוכן לסכסוך המתגלה בין פרט לבין רשות ציבורית הפועלת כשלוחו או כנאמנו של הציבור בכללותו. קשת השיקולים כאן שונה מזו החלה ביחסים בין פרטים. העיקרון הוא מלאכותי, משום שכאשר מדובר בפעילות שלטונית מובהקת – לא קיים כלל בסיס להשוואה. לאיזה גורם פרטי יושווה מעמדה של המדינה הגובה מס או המעניקה רשיונות? בצדק נמתחה איפוא ביקורת חריפה על יישום פשטני של עקרון השוואת המעמד בכל תחומי פעילותה של הרשות.[12] ואכן, בחינה מקפת של שיטות משפט

9. ראו עניין לוי (לעיל, הערה 2) סעיף 17. מהיבט זה צדק השופט ברק באומרו כי מועד ביטול חסינותה של המדינה והשוואת מעמדה בנזיקין למעמד המזיק הפרטי היה שעתו היפה של המשפט הישראלי – ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדין, פ"ד לט (1) 113, 134.

10. ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר ואח', פ"ד לז (3) 757, 770. לתמיכה בעיקרון זה ראו דותן (לעיל, הערה 1) 246-250. עמדה דומה נקט בית המשפט העליון הקנדי בקבעו: "in those general circumstances the duty of care (in tort) owed by the government agency would be the same as that owed by one private person to another" (Just v. British Columbia and Hughes and Hughes 1 W.W.R. (1990) 385, 405).

11. כדברי הלורד אטקין ב-Donoghue v. Stevenson (1932) A.C. 562, 580.

12. לביקורת נוקבת על עיקרון זה ראו: D. Cohen, "Tort Law and the Crown: Administrative Compensation and the Modern State" in **Tort Theory** (edited by K. Cooper-Stephenson & E. Gibson) (North York, 1993) 361. על הייחוד של דיני הנזיקין הציבוריים ובעייתיות עקרון השוואת המעמד ראו R.A. Epstein, "Private-law Models for Official Immunity" 42 **L. & Contemp. Probs** (1978) 53. בכרך זה פורסמו ההרצאות והדיונים שנערכו בסימפוזיון מיוחד שהתקיים בשנת 1977 באוניברסיטת מיאמי (להלן, סימפוזיון) ועסק בסוגיית אחריותם של עובדי ציבור במשפט האמריקני.

שונות הראתה כי עקרון השוואת המעמד אינו מיושם כפשוטו, וכי דין אחריותן בנזיקין של רשויות הציבור בגין פעילות שלטונית הוא דין מיוחד השונה בהיבטים רבים מדין הנזיקין "הפרטי".[13]

זוהי הדעה הרווחת בספרות האנגלית,[14] ויש לכך סימוכין גם בדברי ההסבר להוראת השוואת המעמד בחוק האנגלי.[15] גם במשפט האמריקני שורת החריגים והסייגים לעקרון השוואת המעמד היא כה ארוכה עד כי הכלל הפך ליוצא מן הכלל.[16] המשפט הצרפתי הקדים להכיר בייחודה של אחריות רשויות הציבור וכבר לפני 120 שנה קבע דין נזיקין נפרד לרשויות הציבור המופעל על ידי בתי־המשפט המינהליים.[17] גם המשפט הגרמני מבחין היטב בין ההיבט הפרטי להיבט השלטוני של פעילות הרשות.[18] צדק איפוא

13. למסקנה זו הגיעו J. Bell ו־A.W. Bradley שערכו את אסופת הסקירות ההשוואתיות (להלן, בל וברדלי). על Governmental Liability: A Comparative Study (1991, London) רקע סקירות הדינים של אנגליה, סקוטלנד, קנדה, ניו־זילנד ואוסטרליה, ארצות־הברית, אירלנד, בלגיה, צרפת, איטליה גרמניה והקהיליה האירופית בעניין אחריות הרשויות בנזיקין מסקנת המחברים היא (בעמ' 2): "in no legal system today is such liability the same as that of private individuals or corporations".

14. ראו סקירתו של בל על המשפט האנגלי אצל בל וברדלי (לעיל, הערה 13) 17-44, בעמ' 17 הערה 2 ובעמ' 33; לביקורת על יישום עקרון השוויון על אחריות רשויות הציבור ראו גם הוג (לעיל, הערה 8) 1-2.

15. "But in regard to certain matters...the analogy breaks down, for in these spheres the function of the Crown involve responsibilities of a kind which no subject undertakes". מופיע אצל H. Street, Governmental Liability (1953) 26.

16. ראו להלן, בפרק ח, וכן סקירת המשפט האמריקני על־ידי R.A. Cass (בל וברדלי, לעיל, הערה 13, 110-144), שם עומד המחבר על הקשיים ביישום עקרון השוואת המעמד (בעמ' 121-123).

17. ראו ההחלטה בעניין BLANCO מ־1873, להחלטה ולמשפט הצרפתי בסוגיה זו ראו J. Bell & N. Brown, French Administrative Law (4th ed., Oxford, 1993) 172-192, וכן סקירת המשפט הצרפתי על־ידי M.A. de Latournerie אצל בל וברדלי (לעיל, הערה 13) 200-227. ראו גם ברק־ארז (לעיל, הערה 3) 66-75.

18. סעיף 839 ל־BGB עוסק באחריות הרשות ועובדיה בגין פעילות פרטית בעוד שסעיף 34 ל־GG עוסק בפעילות השלטונית של הרשות. ראו B. Markesinis, German Law of Torts (2nd ed., 1990); "What is decisive, however, for the entire law on governmental non-contractual liability is the distinction between private and public law, a distinction which dominates the legal system" (W. Rufner, "Basic Elements of German Law on State Liability" אצל בל וברדלי (לעיל, הערה 13) 251-252.

בית־המשפט העליון כאשר סייג לאחרונה בעניין לוי את תחולתו של עקרון השוואת המעמד בהקשר הפעילות השלטונית של הרשות.[18א]

במה מתבטא ייחודה של סוגיית אחריותן בנזיקין של רשויות הציבור בשל פעילותן השלטונית? לרוב מתבטא ייחוד זה בהצרת אחריותן של הרשויות בהשוואה לאחריות הנגזרת מדין הנזיקין החל על פרטים. הצרה זו נעשית באמצעות חסינויות, הגנות או הסדרי אחריות מיוחדים לרשות. עם זאת קיימים מצבים, שבהם ייחוד זה מצדיק דווקא אחריות רחבה יותר מזו המוטלת על פרטים, אם בדרך של הטלת אחריות חמורה ואם בדרך אחרת.[19]

מהם השיקולים המיוחדים בסוגיה זו בעד צמצום האחריות או הרחבתה? האם וכיצד מצאו שיקולים אלה ביטוי הולם במארג הכולל של הדין החקוק וההלכה הפסוקה? לשאלות אלה יוקדש הדיון שלהלן. נקדים לכך דיון במשמעות המיוחדת שיש להטלת אחריות בנזיקין על רשויות הציבור ועובדיהן מנקודת מבטו של המשפט הציבורי המופקד על רשויות אלה.[20]

18א. ראו לעיל, הערה 2, סעיף 17. להבחנה בין חובות פרטיות ושלטוניות ראו גם סעיפים 22, 23. בכך סייג למעשה את הקביעה בעניין זוהר (לעיל, הערה 10) באשר לדומיננטיות של עיקרון זה. יצוין כי דווקא בעניין זוהר הכיר בית־המשפט בייחודה של אחריות הרשות. נקבע שם כי ההכרעה בשאלת רשלנותה של הרשות תלויה במידה רבה במערך הסמכויות הסטטוטוריות, וסמכויות אלה הן הדי ייחודיות לרשות (שם 763, 765).

19. ראו להלן, פרק יא. כך, לדוגמה, סעיף 839 בקודקס האזרחי הגרמני (BGB) מצר בהיבטים מסוימים את אחריות הרשויות, אך מרחיב אותה בהשוואה לאחריות "הפרטית" בהכירו באחריות ברשלנות בגין נזקים כלכליים טהורים. ראו מרקסיניס (לעיל, הערה 18) 665; רופנר (לעיל, הערה 18), 250. בדומה לכך גם דין החוזים המיוחד החל על הרשויות, מחמיר עמן בעניינים מסוימים (חובה מוגברת של תום־לב) ומקל עמן בעניינים אחרים (הלכת ההשתחררות). ראו שלו ודי ברק (לעיל, הערה 5).

20. מהי "רשות ציבורית" ומיהו "עובד־ציבור" לצורך האחריות בנזיקין? ראו א' ברק (לעיל, הערה 1) 384, 408-409. פקודת הפרשנות, בסעיף 1, מגדירה "משרד ציבורי" כמי שהוטלו עליו תפקידים בעלי אופי רשמי, או הממלא תפקידים כאלה, בין שהוא נתון לפיקוח ישיר של הממשלה ובין אם לאו. "עובד־ציבור" מוגדר באותו אופן. ההגדרה היא איפוא פונקציונלית, וזוהי אכן ההגדרה הראויה. כל גוף המפעיל כוחות וסמכויות שלטוניים צריך להיחשב כרשות ציבורית יהא אשר יהא מעמדו בעולם המשפט. הגדרה זו כוללת את המדינה ושלוחותיה, תאגידים סטטוטוריים ורשויות מקומיות, וכן כל תאגיד או אדם המפעילים סמכויות או כוחות שלטוניים. בעלות המדינה כשלעצמה אינה הופכת תאגיד שבבעלותה לרשות ציבורית, ולכן חברה ממשלתית שאינה מפעילה כוחות וסמכויות שלטוניים אינה צריכה להיחשב כרשות ציבורית. כעובד־ציבור ייחשב בהתאם כל מי שבינו לבין הרשות הציבורית מתקיימים יחסים של עבודה או שליחות כהגדרתם בסעיפים 13 ו-14 לפקודת הנזיקין, או מי שהוא אורגן של רשות, בין שמדובר בתאגיד ובין שמדובר באדם פרטי. "עבודה" תתפרש בהתאם. במשפט האנגלי אין הגדרה למונח public

ב. הטלת אחריות בנזיקין כהרחבת הביקורת השיפוטית על המינהל

דיני הנזיקין בוחנים את המעשה המינהלי ובודקים אם נפל בו פגם העולה כדי עוולה בנזיקין, דהיינו, אם הפרה הרשות חובה ראשונית המוטלת עליה כלפי הניזוק. תפקידם העיקרי של דינים אלה הוא לפצות את הניזוק הזכאי לכך, אך בעשותם כן הם מגדירים מערכת נוספת של חובות וזכויות של המינהל וכלפיו, לצד זו של המשפט המינהלי, ויוצרים מנגנון נוסף של ביקורת שיפוטית על המינהל.

מהו היחס בין הביקורת הנזיקית לביקורת שמקיים המשפט המינהלי (להלן, הביקורת המינהלית)? הניתוח מראה כי בביקורת הנזיקית יש כדי להרחיב ולהעמיק במידה ניכרת את הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי הן דרך הרחבת תחומי ההתערבות, הן דרך הרחבת קשת העיצומים והן דרך הגדלת מספר הערכאות העוסקות בביקורת ובשינוי אופיה של הביקורת.

1. הרחבת תחומי ההתערבות

דיני הנזיקין מרחיבים את תחום הביקורת השיפוטית על המינהל, כל אימת שהם מקנים לתובע זכות לסעד שאינה מוקנית לו במשפט המינהלי.

תחום רחב ורב חשיבות, שהיה נתון עד כה לשליטה כמעט בלעדית של דיני הנזיקין, מקיף את כל המצבים שבהם מעשה המינהל נעשה ואין להשיבו (*fait accompli*). במקרים אלה לא יועילו תרופות האכיפה המינהליות – הצווים למיניהם, ודיני הנזיקין, ותרופת הפיצויים שעמם, ששימשו עד עתה כמקור הכמעט יחיד של התערבות ופיקוח שיפוטיים. לאחרונה, בעניין מליבו, הוכרה זכאות לפיצויים בבתי־משפט אזרחיים גם בעילה מינהלית.[21] אך גם אם התפתחות דיני הפיצויים המינהליים תשלול את הדומיננטיות של דיני הנזיקין בתחום הפיצויים עדיין יישמר להם תפקיד מרכזי בתחום זה.

גם במצבים, שבהם קיימת עילת התערבות אפקטיבית של המשפט המינהלי, מציעים דיני הנזיקין "עילות התערבות" נוזיקיות שאינן מוכרות על־ידי המשפט המינהלי. עילות ההתערבות בנזיקין הן משלושה סוגים, בהתאם לבסיסי האחריות השונים. העילה המרכזית

---

authority (בל, לעיל, הערה 14, 17). בארצות־הברית מוגדר המונח "federal agency" בסעיף 2671 ל-U.S.C. ככולל את מחלקות הדרשות המבצעת, הזרוע המחוקקת והזרוע השיפוטית, הצבא, מוסדות עצמאיים (independant establishments) של המדינה, ותאגידים הפועלים בעיקר במכשיר או כשלוח של המדינה הפדרלית, אך למעט קבלנים עצמאיים. גם בגרמניה נוהג מבחן פונקציונלי – עובד־ציבור הוא כל מי שמפעיל כוחות וסמכויות של המשפט הציבורי (רופנר, לעיל, הערה 18, 253-254; מרקסיניס, לעיל, הערה 18, 666).

21. ע"א 700/89 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ ואח', פ"ד מז (1) 667. להתפתחות הלכת הפיצויים במשפט המינהלי ראו ד' ברק־ארז, "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 35; י' דותן, "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 97.

היא נזק שנגרם בשל התנהגות בלתי סבירה של המזיק (אחריות על בסיס הרשלנות). כן עומדות לניזוק, במקרים מסוימים, עילות בשל התנהגות סבירה היוצרת סיכון בלתי סביר (אחריות חמורה כמו זו המוטלת בעוולות המטרד או בהפרת חובה חקוקה), או בשל עצם גרימת הנזק ללא תלות בטיב הסיכון או בטיב ההתנהגות שמאתוריו (אחריות מוחלטת כמו זו המוטלת בעוולה של הפרת חובה חקוקה).

האם מביד המשפט המינהלי בעילת התערבות כללית, מקבילה לרשלנות, בשל התנהגות בלתי סבירה של הרשות? עילות ההתערבות המסורתיות של המשפט המינהלי, המבוססות על עקרון החוקיות של המעשה המינהלי, הגבילו את הביקורת השיפוטית למשבצות מוגדרות של חריגה פונקציונלית מהרשאה ספסיפורית או לפגמים מסוימים, כגון: שיקולים זרים, אפליה, פגיעה בכללי הצדק הטבעי, אי־התייעצות, חריגה מהנחיות, שרירותיות. התנהגות בלתי סבירה של הרשות הוכרה כעילת התערבות רק אם נכנסה לאחת ממשבצות אלה. אימוצה של עילת אי־הסבירות על־ידי המשפט המינהלי הרחיב את תחומי הביקורת על התנהגות בלתי סבירה של הרשות,[22] אך על אף הדמיון או המקור

22. יסודותיה של עילת אי־הסבירות כעילת פסלות עצמאית הונחו בפסקי־הדין בג"צ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד לד (3) 729, ובג"צ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח'**, פ"ד לה (1) 421. בעניין דפי זהב נחלקו דעות השופטים הן באשר לחדשנותה של עילה זו ובמידה שיש בה כדי להרחיב את היקפה של הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל, והן באשר לרציותה של הרחבה זו. גם בספרות המשפטית נחלקו הדעות בשאלות אלו. ראו מ' שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים** יב (תשמ"ב) 102; א' זמיר, "עילת אי־הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים** יב (תשמ"ב) 291; ד' קרצ'מר וי' זמיר, "ארבעים שנה למשפט הישראלי – משפט ציבורי" **משפטים** יט (תש"ן) 551, 563, בעמ' 553 ו-565-566; מ' לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי" **עיוני משפט** יד (תשמ"ט) 5.

ניתוח עילת אי־הסבירות, המבוססת על איזון נכון של אינטרסים, והימס בינה לבין עילות הפסלות האחרות מוביל למסקנה כי עילה זו מרחיבה באורח משמעותי את היקף תחומי התערבותו של המשפט המינהלי בפעולת רשויות הציבור, כשם שעילת הרשלנות בנזיקין "בולעת" עוולות פרטיקולריות אחרות ומרחיבה את תחומי האחריות (עניין גורדון, להלן, הערה 128) כך בולעת עילת אי־הסבירות המינהלית עילות התערבות מסורתיות. תוצאתו של המעשה המינהלי יכולה ללקות באי־סבירות בשל כל אחד מן הטעמים הבאים: האינטרסים שאוזנו בפועל אינם אלה שהיה ראוי לאזנם, אם משום שנכללו בהם אינטרסים זרים ואם משום שלא נכללו בהם אינטרסים ראויים (פגם בבחירה); המשקל היחסי שניתן לאינטרסים המאוזנים אינו המשקל הראוי (פגם בשקלול); האמצעים שננקטו בפועל בעקבות תהליך האיזון כדי להגשימו הלכה למעשה אינם מותאמים להשגת המטרה המבוקשת (פגם בהתאמה). עילות הפסלות המסורתיות מכסות חלק מפגמי הבחירה והשקלול, וכמעט שאין עוסקות בפגם בהתאמה. ייחודה של עילת אי־הסבירות הוא הן בכך שהיא מכסה את כל פגמי הבחירה והשקלול שאינם מכוסים על־ידי העילות האחרות, והן בהכנסת פגמי ההתאמה אל תחומי הביקורת השיפוטית.

המשותף[23] לא כל אי־סבירות נזיקית עולה כדי אי־סבירות מינהלית.[24] ראשית, בכמה וכמה פסקי־דין נקבע כי אי־הסבירות המינהלית חייבת להיות "קיצונית", "מהותית", "מפליגה" או "יורדת לשורש העניין" כדי לשלול את תוקיותו של המעשה המינהלי. זאת להבדיל מאי־הסבירות הנזיקית שלגביה "כל סטייה מסטנדרד הסבירות גוררת אחריה אחריות ברשלנות".[25]

עילת ההתערבות של "הערך מידתיות" המתגבשת לאחרונה (ראו ז' סגל, "עילת הערך היחסיות (disporportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט (תשנ"א) 507; בג"צ 5667/91 ג'אבדין נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד מו (1) 858; בג"צ 5510/92 תודקמן נ' שר הביטחון, תקדין־עליון 93 (1) 668) היא על־פי ניתוח זה שלוחה של עילת אי־הסבירות. עניינה הוא או בהעדר התאמה בין המטרה לדרך השגתה או בשקלול לא ראוי, שבו לא ניתן משקל מספיק לפגיעה באינטרס רלוונטי. לניתוח היחס בין עילת אי־הסבירות לעילות האחרות, לרבות עילת "העדר המידתיות", ראו לאחרונה I. Zamir, "Unreasonableness, Balance of Interests and Proportionality" 11 T.A.U. Stud. L. (1992) 131.

התפתחות ההלכה מאו הונחו יסודותיה של עילת אי־הסבירות מאששת את המסקנה שלעיל ומעידה כי עילה זו, שהפכה לרכיב חשוב במשפט המינהלי, אכן הרחיבה במידה ניכרת את תחומי ההתערבות המוכרת של בית־המשפט בהחלטת רשויות המינהל: ראו לאחרונה בג"צ 4267/93 אמיתי ואח' נ' רבין ואח', תקדין־עליון 93(3) 1427; בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תקדין־עליון 93(3) 571 (להלן, בג"צ דרעי); בג"צ 4769/90 זיידאן נ' שר העבודה והרווחה, תקדין־עליון 93(2) 1828; בג"צ 6163/92 אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד מו (2) 229; בג"צ 935/89 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 485.

23. "תורת הסבירות המינהלית עשויה להיראות כנסיון לאמץ למשפט המינהלי את עוולת הרשלנות הנזיקית": שקר (לעיל, הערה 22) 111, 117, 123.

24. "ניתן לחשוב על מצבים, בהם אין זהות בין חוסר סבירות מינהלית לבין רשלנות אזרחית" – דברי השופט ברק (זוהר, לעיל, הערה 10, 770). לדעה, שלפיה קיים הבדל איכותי עקרוני בין מבחני הסבירות המינהליים לנזיקיים ראו א' זמיר (לעיל, הערה 22) 296-297. ברעה זו מחזיקה גם שקד (לעיל, הערה 22, 123-124) אלא שלטענתה אי־הסבירות המינהלית רחבה ומופשטת מזו הנזיקית, שכן מספר האינטרסים העומדים בה לאיזון גדול יותר ומוגדר פחות מאשר באי־הסבירות הנזיקית הנדרשת בעוולת הרשלנות. ניתן לחלוק על דעה זו. שיקולי תבונה, יושר, הגינות ויעילות, ששקד מציינת כייחודיים לסבירות המינהלית, הם דווקא שיקולים מובהקים של רשלנות. קשה גם לומר כי עוולת הרשלנות נהנית מ"בהירות, ודאות והכמה". בתחומי רשלנות רבים ההיפך הוא הנכון.

25. הבחנה זו בין המבחן המחמיר של אי־הסבירות המינהלית למבחן המקל שלה מצויה בפסק־הדין המנחה בעניין דפי זהב (לעיל, הערה 22, 443-444); דרישת ה"מהותיות" ה"קיצוניות" או ה"שורשיות" של אי־הסבירות המינהלית מופיעה בבג"צ 653/79 עוריאל ואח' נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה ואח', פ"ד לה (2) 85, 99-100; בג"צ 376/81

ניתן אמנם לטעון כי המבחן המחמיר לאי־הסבירות המינהלית אינו אלא מס שפתיים, וכי בפועל בית־המשפט מסתפק גם כאן בסבירות "רגילה",[26] אך אין להתעלם מכך שהכרה באי־סבירות נזיקית היא עניין של יום־יום בעוד פסילת מעשה המינהל בעילה המינהלית הייחודית של אי־סבירות היא המקרה החריג.[27] טיכומו של דבר – מתחם הסבירות המינהלי רחב יותר מזה הנזיקי. סף האחריות בו גבוה יותר. שנית, גם אם נניח ששני ענפי המשפט דורשים אותה מידה של אי־סבירות, עדיין ייתכן שוני במשמעות מושג זה בשני ההקשרים בשל שוני באינטרסים המאוזנים או במשקלם היחסי.[28]

לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו (2) 449; בג"צ 323/84 רשף נ' רשות השידור, פ"ד לח (2) 586; בג"צ 44/85 יובל גד ואח' נ' מפקח עבודה ראשי, משרד העבודה והרווחה, שידות המיקוח על העבודה, פ"ד לט (3) 48, 51; בג"צ 477/85 גבאי ואח' נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מ (1) 314, 316; בג"צ גנור (לעיל, הערה 22) 513, 515; בג"צ 3627/90 בראשי נ' נגיד בנק ישראל ואח', פ"ד מז (1) 109, 122; אייזנברג (לעיל, הערה 22) 273; בג"צ 5688/92 ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מו (2) 812, 831 (השופט ברק); בג"צ זיידאן (לעיל, הערה 22) 1843; בג"צ דרעי (לעיל, הערה 22), 581; בג"צ אמיתי (לעיל, הערה 22) 1442. במשפט האנגלי התנאים לאי־סבירות הם כה מחמירים עד כי רק לעתים נדירות תוכר עילה זו. ראו Wednesbury Corp v. Ministry of Housing and local government (1965) 1 W.L.R. 261; P. Cane, An Introduction to Administrative Law (2nd ed., Oxford, 1992) 242.

26. ראו, לדוגמה, בג"צ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב (4) 529. גם לגבי עילת הערר מידתיות, שניתן לראותה כשלוחה של עילת אי־הסבירות (לעיל, הערה 22) לא נדרשה עדיין חריגה מהותית מן המידה הראויה.

27. ראו סגל (לעיל, הערה 22) 511. התוצאה, שלפיה אי־סבירות נזיקית אינה שוללת את תוקפו של המעשה המינהלי, עולה בבירור מסעיף 7 לפקודת הנזיקין ומסעיף 3 לחוק אחריות המדינה – אלה מכירים בכך שמעשה רשלנות יכול להתבצע בתוך הסמכות. ראו להלן, סעיף 1.1.

28. אי־הסבירות המינהלית נגזרת מעקרון החוקיות, ולפיכך האינטרסים הטעונים איזון, כמו גם המשקל היחסי שיש לתת לכל אחד מהם, נגזרים ממטרות החוק המסמיך ויכולים להשתנות מחוק אחד למשנהו. האינטרסים המאוזנים במצב הנזיקי באמצעות מוסד הסבירות, כמו גם המשקל המוקנה לכל אחד מהם, משקפים את מטרות דיני הנזיקין. ספק אם ניתן להניח זהות קבועה בין מטרות החיקוק המסמיך והסבירות המינהלית לבין מטרות דיני הנזיקין והסבירות הנזיקית. גם כאשר הסבירות המינהלית אינה נגזרת הלכה למעשה ממטרות החוק המסמיך אלא מעקרונות יסוד של השיטה המשפטית, מראיית הרשות כנאמן הציבור, או מן הצורך לתקן ליקויים הנופלים בהחלטת הרשות עקב פעילותן של קבוצות לחץ אינטרסנטיות, ספק אם קיימת בהכרח זהות בינה לבין אחיתה הנזיקית. להבחנה בין אי־סבירות במובן של חריגה ממטרות החוק המסמיך לבין אי־סבירות מהותית המבוססת על עקרונות משפט כלליים ראו א' זמיר (לעיל, הערה 22) 307-310. לפעולת קבוצות לחץ ראו א' בנבנשתי, "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 11, 24-28.

עילות התערבות ייחודיות נוצרות על־ידי דיני הנזיקין בתחומי האתריות החמורה והמוחלטת. אי־הסבירות המינהלית, כעילה עצמאית, היא אי־סבירות במובן של התנהגות סבירה. כאשר הרשות פעלה בסבירות אך יצרה בפעולתה זו סיכון בלתי סביר (אתריות חמורה בנזיקין) או סיכון סביר (אתריות מוחלטת בנזיקין), אין עומדת לעותר עילת אי־הסבירות,[29] לעומת זאת, דיני הנזיקין מעמידים לניזוק עילות באתריות חמורה ובאתריות מוחלטת גם כאשר התנהגות המזיק סבירה. אמנם גם המשפט המינהלי מכיר ב"אתריות חמורה" המוטלת על רשות שפעלה בסבירות, אך זו מוגבלת לעילות ההתערבות המסורתיות של חריגה מהרשאה או מסמכות פונקציונלית (בטעות סבירה בפרשנות החוק המסמיך) ושל פגמים מסוימים שנפלו בהחלטה (כשקילה בתום־לב ובסבירות של שיקולים זרים).

2. תרופת הפיצויים ומשמעותה מבחינת תוצאת ההתערבות

הסעד העיקרי שנותן המשפט המינהלי הוא אכיפת הזכות המינהלית על־ידי ביטול המעשה המינהלי או הצהרה על בטלותו, מניעת הישנותו או חיוב הרשות לבצעו. דיני הנזיקין, לעומת זאת, מתמקדים יותר בסעד השניוני של פיצוי הנפגע בגין הנזק שנגרם לו, מאשר באכיפת זכותו.[30] איזה מן הסעדים הוא בעל השפעה גדולה יותר על הרשות? בפסיקה ובספרות הובעה דעה, שלפיה ההתערבות הנזיקית "רכה" יותר מן ההתערבות המינהלית.[31] הערכה זו נכונה במקצת המצבים אך לא בכולם. אחריות נזיקית יכולה להטיל על הרשות עומס כלכלי כבד, לחייב אותה לקיים מספר רב של התדיינויות, ולגרום לביטול המעשה המינהלי, אם בשל נטל הפיצויים או ההתדיינות הכרוך בו,[32] ואם משום שאין זה יאה מבחינה ציבורית להמשיך ולעוול. מכאן שתשיפת המינהל לאתריות בנזיקין יכולה להגדיל לא רק את היקף ההתערבות השיפוטית אלא גם את עוצמתה. מנקודת מבטו של המינהל, הביקורת הנזיקית עלולה להיות כואבת ומכבידה יותר מזו המינהלית.

29. כך עולה מן האמור בעניין **דמי זהב** – "חזקה הסבירות של רשות מינהלית פירושו סטייה של הרשות המינהלית מסטנדרד ההתנהגות המקובל של רשות מינהלית סבירה בנסיבות הענין" (לעיל, הערה 22, 443).

30. אכיפת הזכות הראשונית בדרך של ציווי הוצאה במפורש מתחום סמכותם של בתי־המשפט האזרחיים בסעיף 5 לחוק סדר הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), אך הגבלה זו יפה רק כלפי המדינה ועושי דברה (לקביעה כי לא ניתן לקבל צו מניעה נגד עושי דברה של המדינה הפועלים מכותה ראו המ' 342/75 **הכט ואח' נ' קורץ ואח'**, פ"ד ל (1) 277. להוצאת צווים נגד רשויות ציבור שאינן המדינה ראו ע"א 256/70 **פרידמן ואח' נ' עיריית חיפה**, פ"ד כד (2) 577, שבו הוכרה סמכות בית־משפט אזרחי להוציא נגד עיריה צו מניעה בנין מטרד). אלא שגם כלפי המדינה ניתן לעקוף מגבלה זו באמצעות סעד הצהרתי – ראו ע"א 404/80 **בני עטרות מרשב עובדים להתיישבות הקלאית בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'**, פ"ד לח (4) 30, 33-34, 49.

31. **דמי זהב** (לעיל, הערה 22) 443. ראו גם דותן (לעיל, הערה 1) 279-281, ופורת (לעיל, הערה 1) 264.

32. ראו בל (לעיל, הערה 14) 39.

3. הערכאה המתערבת וטיב הבירור

ההתערבות המינהלית נעשית בעיקרה על־ידי בית־המשפט העליון בשבתו כבג"ץ ורק במידה מוגבלת, אם כי גדלה והולכת, על־ידי בתי־המשפט האזרחיים.[33] ההתערבות הנזיקית נעשית בעיקר על־ידי בתי־משפט השלום ובתי־המשפט המחוזיים. קביעת הערכאה המתערבת נעשית בדיני הנזיקין לא על־פי חשיבותו של העניין מבחינה מינהלית או על־פי עוצמת הפגם שנפל בו, אלא על־פי שיעור הנזק הנתבע בתביעה המסוימת. השוני בערכאות משליך גם על מספר מקרי ההתערבות, משך ההתדיינות והעומס שהיא מטילה. לבתי־המשפט האזרחיים אין סמכות לדחות תביעות לפיצויים על־פי שיקול דעתם. גם הליך הבירור העובדתי מורכב וממושך יותר – ראיות של ממש וחקירת עדים, ולא דיון על סמך תצהירים.

ג. שיקולים בעד ונגד הטלת אחריות על פעילותן השלטונית של הרשויות

בהינתן הייחוד של הפעילות השלטונית של הרשות, מהם השיקולים המצדיקים, מחד גיסא, את הגבלת האחריות המוטלת על הרשות ועובדיה בהשוואה לאחריות הנזיקית "הרגילה", ומאידך גיסא את הרחבתה?

1. הרתעת יתר

שיקול כללי להגבלת האחריות בנזיקין, המקבל משמעות ומשקל מיוחדים בהקשר הנדון, הוא שיקול הרתעת היתר (overkilling). הטלת אחריות על הרשות הציבורית עלולה להביא לפגיעה קשה בתפקודה של הרשות. החשש הוא שהחרב המתהפכת על כל צעד ושעל של האחריות בנזיקין תפגע במוטיבציה ובמורל של עובדי השירות הציבורי, אימת האחריות תהפוך אותם להססנים ולנטולי יוזמה, לעובדים הפועלים באטיות ובסרבול תוך הקפדה יתרה ומופרזת על נהלים. את עיקר מרצם הם ישקיעו לא בהגשמת מטרות הרשות, תוך נטילת יוזמה ואחריות ותיפוש אחר דרכים לשיפור פעילות הרשות, אלא לנקיטת אמצעי מגן נגד איום האחריות הרובץ לפתח, הפעלת "מקדמי ביטחון" והבטחת "כיסוי" לכל פעולה הנגקטת על־ידם. גישה מתגוננת זאת, defensive frame of mind, עלולה להביא לקפיאה על השמרים ולהסתיידות של המערכת הציבורית. קיים גם החשש כי עקב כך יהפוך השירות הציבורי לאסרקטיבי פחות, ויקטן מספר האנשים הטובים המוכנים להתגייס לשורותיו.[34]

---

33. ראו י' זמיר, "ענייני תכנון ובנייה – לבית־המשפט האזרחי" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 257; "מכרזים ציבוריים בבתי־משפט אזרחיים" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 197.

34. "ביקורת מאיימת, לא רק שאינה משפרת את המערכת, היא משתקת אותה. ... הפחדה טוטאלית של כ־300 אלף עובדי המינהל הציבורי... הורסת יותר ממה שהיא בונה... המינהל הציבורי נעשה מסורבל, אטום ועוין לאזרח" – א' כספי, מוסף הארץ מיום 3.6.1994, עמ' 13. הדברים נאמרו בהקשר של ביקורת המדינה. לטיעון נגד הטלת "אימת התביעה" על נציגי השלטון ראו לוי (לעיל, הערה 2) סעיף 25.

נגד שיקול הרתעת היתר נטען שלא זו בלבד שלא הוכח כי הטלת אחריות תגרום לדמורליזציה ורפיון בשירות הציבורי, אלא להיפך: הטלת אחריות בנזיקין "תעמיד את עובד הציבור על המשמר ותמריץ אותו לנהוג כראוי".[35] לרשויות הציבוריות ועובדיהן מטור כות רב. כות זה טעון ריסון ופיקוח כדי להגן על האזרחים החשופים לו. יכולתו של המשפט המינהלי לרסן כות זה מוגבלת מהטעמים שנדונו לעיל. גם אמצעי ההרתעה החליפיים: דין משמעתי, ביקורת המדינה, בקרה פוליטית ועוד אינם נותנים תשובה ראויה בהיותם חלקיים, נעדרי שיטתיות או בשל נטיית המערכת להגן על עצמה.[36] דיני הנזיקין מאפשרים את הרתבת הביקורת השיפוטית אל תחומים שאלמלא הם היו חסינים מביקורת, ובכך משרתים את אינטרס הציבור והרשות כאחד.[37]

הוויכוח בשאלה אם ההשפעה הכוללת של ההרתעה הנזיקית עולה כדי הרתעת יתר, או שמא מדובר בהרתעה רצויה וחשובה, אינו ניתן להכרעה אמפירית בשל קשיי הבדיקה. נראה כי הדעות השונות משקפות הערכות שונות באשר לאמינותו, אופן תפקודו ויעילותו של השירות הציבורי. השאלה היא כיצד לצמצם את ההרתעה השלילית ולהגביר ולחזק את ההרתעה החיובית.[38]

2. שיבוש פעולת המינהל

טיעון אחר נגד הטלת אחריות נזיקית רחבת היקף על רשויות הציבור הוא שאחריות ממין זה תביא לשיבוש תפקודי של השירות הציבור. פתיחת שערי ההתדיינות תביא לריבוי תביעות סרק בין בתום־לב ובין כמניעים נקמניים, קנטרניים או קטנוניים. גם אם תביעות אלה יידחו בסופו של דבר, הרי שעצם הצורך להתדיין יחייב את הרשות להשקיע זמן ומשאבים בהתדיינות. במקום למלא את תפקידיהם הציבורים יעסקו עובדי הרשות בתכנון קווי הגנה, איסוף ראיות, התייעצויות משפטיות והופעה בבתי־משפט.[39]

3. עיוות שיקול הדעת המינהלי

אחריות בנזיקין עלולה לעוות את שיקול הדעת של הרשויות באופן הבא. בהיותה שלות הציבור ונאמנו אין הרשות אמורה ליהנות באופן ישיר מהערך החברתי של פעילותה

35. זוהר (לעיל, הערה 10) 767; גרדזון (לעיל, הערה 9) 135.
36. J. L. Mashaw, "Civil Liability of Government Officers: Property Rights and Official Accountability" סימפחיזן (לעיל, הערה 12) 8, 22-26.
37. לטיעונים בעד ונגד הרתעה נזיקית ראו משו (לעיל, הערה 36) 26-28; כרך 57 של ה- American Jurisprudence 2nd 123-128; A. Burris," Qualifying Immunity in Section 1983 & Bivens Actions" 71 Tex. L. Rev (1992) 123, 174-179; דותן (לעיל, הערה 1) 249-255.
38. על כך ראו להלן, בסעיף יב.3.
39. ראו עניין לוי (לעיל, הערה 2) סעיף 25; ראו גם משו (לעיל, הערה 36) 28-29; סימפחיזן (לעיל, הערה 12) 97, 101.

או לשאת במישרין בעלויותיה. גם כאשר היא מקנה משקל יתר או חסר לאינטרס מסוים, התייחסותה לתוצאות פעילותה היא אחידה במובן זה שאין היא "צד אישי" לתוצאות אלה. הטלת אחריות בנזיקין הופכת פגיעה באינטרס המוגן על־ידי דיני הנזיקין, לפגיעה אישית ברשות, אשר תידרש לשלם בעצמה את מחיר הפגיעה. בכך הופכת הרשות ל"צד מעוניין" המזדהה עם האינטרס של הניזוק ונותן לו משקל גדול יותר מהמשקל הניתן לאינטרסים אחרים, שאינם מוגנים על־ידי דיני הנזיקין ואינם "מאיימים" על הרשות. כך נוצר עיוות בשיקול הדעת של הרשות הגורר עיוותים בהקצאת המקורות.[40] לדוגמה, רשות המופקדת על אישורי תרופות, החוששת מתביעותיהם של המשתמשים בתרופה שתאושר אם תגרום נזקים, אך לא מתביעת היצרנים או מתביעת הציבור הזקוק לתרופה אם זו לא תאושר, תיטה שלא לאשר תרופות. זאת על אף שבראייה חברתית כוללת ערך התרופה לציבור הנזקקים לה וליצרנים גדול מנזקיה. בדרך זו עלולה הטלת אחריות בנזיקין לגרום להקטנת הרווחה החברתית הכוללת. אלמלא האחריות היו שיקולי הרשות המאשרת נקיים מ"עניין אישי", והציבור בכללותו היה יוצא נשכר.[41]

40. לטיעון בדבר עיוות שיקול הדעת המינהלי, עקב הטלת אחריות ראו משו (לעיל, הערה 36) 28-29; K. Shepsle, Official Errors and Official Liability" סימפוזיון (לעיל, הערה 12) 35, 42; W.F. Baxter, "Enterprise Liability, Public and Private" סימפוזיון (לעיל, הערה 12), 45, 50; סימפוזיון (לעיל, הערה 12) 100-101; H. J. Krent, "Preserving Discretion without Sacrifcing Deterrence: Federal Governmental Liability in Tort" 38 UCLA L.R. (1991) 871, 897-898.

עמד על כך לאחרונה גם בית־המשפט בעניין לוי (לעיל, הערה 2, סעיף 25) באומרו: "במקום לשקול שיקולים חברתיים, כלכליים ופוליטיים להם נדרש בהחלטה, מתווסף להחלטות גם השיקול של חשש מתביעה אזרחית – אשר עשוי, שלא בצדק, להטות את הכף לצד זה או אחר."

41. במונחי הניתוח הכלכלי של המשפט עיוות שיקול הדעת של המינהל שתואר לעיל, הוא תולדה של השפעה חיצונית (externality) שלילית שיוצרים דיני הנזיקין. עניין זה טעון הבהרה. הגישה הכלכלית למשפט תופסת את המצב הנזיקי כמצב, שבו פרט הנהנה מפעילות מסוימת מתעלם מכך שהיא גורמת נזק לאדם אחר. התעלמות זו, המכונה השפעה חיצונית, יוצרת פער בין הצלות הפרטית של פעילות המזיק לבין עלותה החברתית. פער זה גורם לעיוות בהקצאת המקורות. תפקידם של דיני הנזיקין על־פי גישה זו הוא להפנים (internalize) אצל המזיק את הנזק שגרם על־ידי הטלת אחריות עליו. הנזק הופך להיות לעלות פרטית של המזיק, ובדרך זו נסגר הפער בין עלות זו לעלות החברתית. לעניין זה ראו בהרחבה י' גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני נזיקין" משפטים כב (תשנ"ג) 42. לכאורה, כוחו של רציונל זה יפה גם כשמדובר ברשות ציבורית, שהרי גם כאן תביא הטלת האחריות להפנמת הנזקים שגורמת הרשות. לטיעון ברוח זו ראו B.R Goldman, "Can the King Do No Wrong? A New Look at the Discretionary Function Exception to the Federal Tort Claims Act" 26 Ga. L.

4. עומס יתר ומניעת הצפה

שני שיקולים מרכזיים אחרים המובאים בנימוק נגד הטלת אחריות רחבה בנזיקין, הם שיקול עומס היתר ושיקול מניעת ההצפה (floodgate). בשל העומק וההיקף של מעורבות הרשויות הציבוריות וההשפעה העצומה שיש להן על רווחתם של הפרטים בחברה, עלולה חשיפתן לאחריות נזיקית להטיל עומס כבד על הקופה הציבורית, וזה בעת להציף את בתי־המשפט בגל תביעות שיגרום לשיתוקם או שיטיל עליהם ועל הצדדים עלויות כבדות.[42] מנגד, יש הטוענים כי קיימת הפרזה רבה בטיעוני עומס היתר וההצפה וכי אלה עדיין לא הוכחו באופן מעשי.[43] נהפוך הוא, הטלת אחריות על הרשות היא אמצעי לפיזור הנזק באמצעות הקופה הציבורית.[44] אלא שהגיסיון האמריקני הראה כי יש ממש בטיעון עומס היתר, וכי אחריות נזיקית רחבת היקף עלולה להטיל נטל כלכלי כבד מנשוא ולמוסד לא רק חברות ענק אלא גם גופים ציבוריים – עד כדי יצידת משבר בהיקף לאומי (crashing liability).[45]

Rev. (1992) 837, 856-857. אלא שאף בהקשר זה "השוואת מעמד" מכנית היא מקור לטעות. הרשות הציבורית, להבדיל ממזיק פרטי, אמורה להביא בחשבון את הנזק שגורמת פעילותה ולא להתעלם ממנו. אמנם נכון כי במקרים מסוימים תבקש הרשות לקדם אינטרס ציבורי צר שעליו היא מופקדת או אינטרסים של קבוצות לחץ, על חשבון אינטרסים ראויים אחרים. אפשר גם ששיקוליו של הפקיד יהיו שיקולים אישיים הנוגעים למעמדו ולקידומו, ולא לטובת הכלל. אך גם בהתחשב באלה ברור כי ההשפעה החיצונית הנוצרת אצל מזיק ציבורי, אם בכלל היא נוצרת, שונה באורח מהותי מזו המאפיינת מזיקים פרטיים, ולכן אינה טעונה הפנמה במובן הרגיל. נהפוך הוא, הטלת אחריות בנזיקין גורמת לרשות להחצין את האינטרס שאינו מוגן על־ידי דיני הנזיקין, ולתת משקל יתר לאינטרס מוגן. ואת ועוד, מלבתחילה קיים קושי רב ביישום רעיון ההפנמה על מזיקים ציבוריים נוכח העדר היכולת להשוות בין התועלת החברתית לעלות החברתית של פעילותם. הרשות הציבורית מייצרת מוצרים ציבוריים (public goods) שאינם ניתנים לרוב למדידה. ראו שפסל (לעיל, הערה 40) 36, 44; בקסטר (לעיל, הערה 40) 51-52; M. Olson, "Official Liability and Its Less Legalistic Alternatives" סימפחיון (לעיל, הערה 12) 67, 71-75; עניין לוי (לעיל, הערה 2) סעיפים 24, 26. עוד יצוין כי השפעת ההפנמה או ההרתעה תלויה בשאלה אם החבות הנזיקית מוטלת על הרשות שגרמה לנזק או על הקופה הכללית. במקרה האחרון תיקטן ההשפעה של האחריות בנזיקין. ראו בקסטר (לעיל, הערה 40) 52, 105.

42. למיעון עומס היתר וההצפה, כנימוקים להגבלת האחריות, ראו לוי (לעיל, הערה 2) סעיף 25.

43. ראו זוהר וגודדון (לעיל, הערה 35).

44. גולדמן (לעיל, הערה 41) 857. ראו גם דותן (לעיל, הערה 1) 247-249.

45. לתיאור המצב ראו W.K. Viscusi, **Reforming Liability Product** (1991); י' גלעד, "אחריות תמורה למוצרים: חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980", מחקרי משפט

גם הטוענים נגד שיקולי עומס היתר וההצפה יודו כי בהעדר כל מחסום ורסן יש בכוחה של אחריות בנזיקין להטיל עומס כבד אפילו על קופת המדינה, ולנתב אלפי ועשרות אלפי תביעות אל בתי־המשפט. הטלת אחריות על הרשויות המפקחות על הבנקים בגין פרשת מניות וימות הבנקים, הטלת אחריות בגין התבטאות של עובד רשות שהביאה לנפילת הבורסה, או הטלת אחריות על הרשות המפקחת על הביטוח בשל התמוטטות חברת ביטוח גדולה, הן דוגמות הממחישות היטב את כובדה והיקפה של האחריות בנזיקין.[46] משאביה של קופת המדינה מספיקים בקושי לצרכיה השונים, והקצאת נתח גדול מתקציבה לסיפוק תביעות נזיקין הייבת לבוא על חשבון שימושים אחרים בכספים אלה, שערכם החברתי יכול שיהיה גבוה יותר.[47]

5. טיעון אי־ההתערבות – כבוד הדדי בין רשויות ושאלת ההתאמה המוסדית

טיעון השגור והשזור בפסיקה האמריקנית והאנגלית שתובא להלן, הוא שאין זה רצוי כי בתי־המשפט האזרחיים יהפכו, באמצעות תביעת הנזיקין, לערכאת ערעור על האופן שבו מפעילה הרשות הציבורית שיקול דעת – שהוקנה לה בחוק. זהו טיעון אי־ההתערבות. לטיעון זה שני ראשים. הראש האחד הוא הפרדת רשויות או כבוד הדדי בין רשויות. משהקנה המחוקק שיקול דעת לרשות המינהלית הביע בכך את דעתו ורצונו כי שיקול דעת זה יופעל על־ידה ולא על־ידי בית־משפט.[48] הראש האחר הוא טענת

ח (תש"ן) 179, 191-192. הוכח בהקשר זה כי מנגנוני הביטוח והפיזור הפרטיים אינם יכולים לעמוד בפרץ. כבר בשנות השבעים דווח על רשות מקומית נבחרת שהתפרקה מרצון לאחר שהתברר כי הפרמיה הנדרשת לביטוח אחריותה בנזיקין גדולה מתקציבה – ראו סימפוזיון (לעיל, הערה 12) 81.

46. יצוין כי פסק־הדין של בית־המשפט העליון בארצות־הברית בעניין גאוברט, שהרחיב את גדרי חסינותה של הרשות הפדרלית וצמצם באופן ניכר את אחריותה בנזיקין, ניתן על רקע פעילות הרשות בהקשר המשבר העמוק שפקד את ענף החיסכון וההלוואה במשק האמריקני. בפעילותן זו הופקדו הרשויות על מיליארדי דולרים ואחריות בנזיקין היתה יכולה להטיל עליהן נטל תקציבי בלתי נסבל בתקופה של גרעון תקציבי עמוק וממושך. נראה כי צמצום האחריות הושפע במישרין משיקולי העומס הכלכלי הכרוך באחריות. ראו גולדמן (לעיל, הערה 41) 850-852.

47. ראו בג"צ 35/78 י.ש.י.-ם.א.ב. חברה קבלנית לעבודות בניין בע"מ נ' עיריית ירושלים ואח', פ"ד לב (2) 581, 586.

48. "בית־המשפט אינו יושב בערכאת ערעור על החלטות מדיניות של הרשות השלטונית" – עניין לוי (לעיל, הערה 2) סעיף 29. בית־המשפט הביא שם בהסכמה (בסעיף 18) את האמור בפסק־דינו של בית־המשפט העליון בארצות־הברית בעניין דלהייט (להלן, הערה 261): "it is not a tort for the government to govern". ראו אמירה דומה בבית־המשפט העליון בקנדה: Just v. British Columbia – "[the crown] must be free to govern" [1989] 2 S.C.R. 1228, 1239.

אי־ההתאמה המוסדית. הרשות המינהלית ולא בית־המשפט, היא הגורם המתאים יותר לקבל סוג מסוים של החלטות, שכן החלטותיה יגשימו טוב יותר את המטרות שהופקדה עליהן. עדיפותה של הרשות נובעת מניסיון, ידע ומיומנות שרכשו מקבלי ההחלטות ומהכרת טובה יותר של המציאות שבה הם פועלים ואילוציה.[49]

מטעמים אלה גם בית־משפט מינהלי יגביל לעתים את התערבותו בהחלטות בענייני מדיניות כלכלית, חברתית או ביטחונית, תוך שימוש בדוקטרינת השפיטות המוסדית. עם זאת, טיעון אי־ההתערבות מאבד מכוחו כאשר הוא נטען נגד בית־המשפט המינהלי. תפקידו של זה הוא לבקר את פעולת הרשות הציבורית ולפקח עליה, ובעשותו כן אין הוא פולש לתחומה אלא ממלא את תובתו. במהלך עבודתו רוכש בית־המשפט המינהלי מיומנות, ניסיון וידע המאפשרים לו לבצע כהלכה את מלאכת הבקרה והפיקוח. הדברים אמורים מקל וחומר במשפט הישראלי, שבו הערכאה המינהלית הדומיננטית היא בית־המשפט העליון.

על אף האמור לעיל נמתחה בשעתו ביקורת חריפה על החלטתו של בית־המשפט העליון להרחיב את מידת התערבותו בשיקול הדעת של הרשויות באמצעות עילת אי־הסבירות.[50] נטען כי תורת הסבירות היא תורה מסוכנת, שמהותה מטושטשת ומעורפלת, המנותקת מנורמות ומטבע משפטיים, והמאפשרת התערבות שיפוטית חסרת הגבלה במעשה מינהל, לרבות בתבונה וביעילות של מדיניותו. עילה זו עלולה להטיל את בית־המשפט אל זירת הפוליטיקה, הממשל והמינהל, כאשר השאלות שבמחלוקת יוכרעו לא על־פי אמות־מידה משפטיות אובייקטיביות, אלא על־פי הדעות ותחושות הצדק של שופטי כל הרכב, ובכפוף לחוש הריסון העצמי של כל שופט. התערבות בית־משפט בדרך לא שיטתית ולא עקבית בענייני כלכלה, תכנון וכדומה, שבהם אין הוא יכול להועיל הרבה – עקב טיבם של התחומים וטבעם של בישוריו – עלולה להביא לאובדן אמון הציבור בשיקול דעתו, תוך פגיעה במטרות ובערכים החשובים שבית־המשפט מופקד על שמירתם.[51] יש בה כדי "להביא לידי אותו ריכוז־יתר של כוח בידי הרשות השופטת ... תוך חדירה עמוקה אל התחום החייב להיות שמור לרשויות המבצעיות המינהליות במדינה ... חולשתן של רשויות אחרות במדינה אינה יכולה להתרפא על־ידי הטלת מטלות על בית־המשפט שלא נועד ואינו מסוגל לשאתן."[52]

---

49. "נראה שמרכז הכובד נעוץ בשאלת ההשקפה לגבי הגוף המתאים לקבלת ההחלטה" – עניין לוי (לעיל, הערה 2) סעיף 30. להבחנה בין שפיטות מוסדית לשפיטות נורמטיבית ראו בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441; בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה (1) 749. לשיקול אי־ההתערבות ראו בהרחבה P.P. Craig, Administrative Law, (2nd ed., 1989) 449-458; G.J. Flemming, The Law of Torts (8th ed., 1992) 156.

50. ראו לעיל, הערה 22.

51. אלה הם עיקרי הטיעונים המופיעים במאמרה של שקד (לעיל, הערה 22).

52. מאמרו של הנשיא לשעבר לנדוי (לעיל, הערה 22) 13. הוסיף על כך השופט אלון בעניין ז'רז'בסקי: "עצם עקרון הסבירות, וצאצאו 'מיתחם הסבירות', כמבחן כללי ועצמאי

גם מי שסבור כי היתה מידה רבה של הפרזה בביקורת זו וכי הניסיון הראה שלא היתה מוצדקת, יסכים כי טיעון אי־ההתערבות הוא בעל משקל בהקשר של ביקורת נזיקית על פעולת הרשויות. ראשית, בעוד שאי־הסבירות הנדרשת במשפט המינהלי לצורך התערבות היא קיצונית או מהותית,[53] דיני הנזיקין מסתפקים באי־סבירות רגילה. לפיכך יכולת ההתערבות שלהם גדולה במידה ניכרת. שנית, ספק גדול הוא אם נקודת המבט והכלים של המשפט הפרטי יוצרים את התשתית הראויה להכרעה בסכסוכים שבין פרט לציבור. ההטיה הטבעית לטובת הניזוק אינה תורמת לאיכות הביקורת. שלישית, אין להתעלם מכך שבתי־המשפט האזרחיים אינם מצוידים תמיד בידע, בניסיון ובעיקר ברוחב המבט הנדרשים לצורך ביקורת המינהל. עיקר הנטל, יש לזכור, מוטל על כתפיהם של בתי־משפט השלום.

המשפט הצרפתי הכיר בבעייתיות הכרוכה בביקורת נזיקית על המינהל באמצעות בתי־המשפט האזרחיים, והקנה לבתי־המשפט המינהליים את הסמכות הבלעדית לדון בתביעת נזיקין נגד המינהל.[54] כאמור, גם במשפט האנגלו־אמריקני טיעון אי־ההתערבות הוא שיקול מרכזי בצמצום ובהגבלת אחריותן בנזיקין של רשויות הציבור, בעיקר בהקשר של הפעלת שיקול דעת.[55] במשפט הישראלי, לעומת זאת, עד להחלטה בעניין לוי, לא הותיר שיקול אי־ההתערבות תותם של ממש. ההסבר לכך מצוי כנראה ברוח האקטיביסטית הנושבת מן המשפט המינהלי עם התבססותה של עילת אי־הסבירות המינהלית, ובתדמית הלא גבוהה שיש למינהל בעיני בית־המשפט.[56] בעניין לוי נהפכה הקערה על־פיה, ועל כך עוד נרחיב בהמשך.[57]

6. חלוקת סיכונים צודקת

הטיעון בעד הטלת אחריות בנזיקין על רשויות הציבור הוא, שאין זה הוגן שמחיר פעילותה של הרשות הציבורית יוסל על כתפיהם של פרטים מסוימים הנפגעים על־ידי פעילות זו. אם הרשות פועלת כשלוח של הציבור ולמען הציבור, הרי שהצדק וההגינות

לבדיקת פעולות השלטון, טומן בחובו קשיים ניכרים מבחינת יישומו (לעיל, הערה 49) 770. לביקורת מבחן הסבירות ראו גם א' בנדור, "המשפט המינהלי כתורת מינהל" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 145, 163.

53. לעיל, הטקסט ליד הערות 25-26.

54. זהו ה־faute de service. לעומת זאת, במקרים שבהם עומדת לניזוק תביעה אישית נגד עובד הציבור, אשר פעל מחוץ למסגרת תפקידו (faute personnelle) תתברר התביעה בפני בית־משפט אזרחי. כאשר לניזוק עומדת עילת תביעה הן נגד הרשות והן נגד העובד (cummul) יתבררו שתי התביעות בשתי ערכאות. לסקירה על המשפט הצרפתי ראו לעיל, הערה 17. ראו גם להלן, הערה 411.

55. ראו בקסטר (לעיל, הערה 40) 50-51, וקרנט (לעיל, הערה 40), 894-906, והשוו ברים (לעיל, הערה 41) 170-172.

56. ראו לעיל, הטקסט מול הערה 38.

57. להלן, סעיף ט.2.

מחייבים כי השולת הנהנה מפעולת הרשות – הציבור הרחב – הוא הצריך לשאת בעלות פעילותה ולא הפרטים הנפגעים ממנה.[58] עקרון ההלוקה השווה של עלויות הממשל הוא שיקול כבד משקל בעד הטלת אחריות בנזיקין על רשויות הציבור, לפחות לגבי מקצת הסיכונים הנוצרים על־ידה. ביטוי מובהק מצא רציון זה במשפט הצרפתי. סעיף 13 להצהרה משנת 1789 על זכויות האדם, הקובע את עקרון ה־egalite devant les charges publiques, תורגם במשפט הצרפתי לאחריות חמורה בנזיקין של המינהל כלפי פרטים בגין סיכונים מסוימים.[59] לעיקרון כללי של אחריות חמורה, המבוסס במישרין על רציון השוויון בחלוקת הנטלים, אין מקבילה במשפט האנגלו־אמריקני. במשפט הישראלי, בעניין לוי, נקט לאחרונה בית־המשפט עמדה דו־משמעית לגבי סוג זה של אחריות.[60]

7. מסקנות

בחינת שיקולי המדיניות מלמדת כי טעמים כבדי משקל מצדיקים את עיצובו של דין אחריות מיוחד לפעילות השלטונית של רשויות הציבור ועובדיהן. מעמדן המיוחד של הרשויות כשלוחי הציבור ונאמניו, השוני הקיים בין אופי פעילותן לבין פעילותם של מזיקים פרטיים, והמשמעות המיוחדת שיש להטלת אחריות עליהן – כל אלה מחייבים יצירת כללי אחריות מיוחדים ומותאמים למשבצת אחריות זו.[61] כללים אלה אמורים ליצור את האיזון הראוי בין השאיפה לפצות את מי שניזוק מפעולת הרשות: הרצון בשיפור תפקודו של המינהל ועקרון השוויון בחלוקת נטלים והשוויון בפני החוק מחד גיסא, ומגבלותיה המוסדיות של הביקורת הנזיקית וסכנות הרתעת היתר, שיבוש פעולת המינהל, עיוות שיקול דעתו, עומס יתר והתצפה מאידך גיסא. באיזון מורכב ועדין זה, ולא בעיקרון המלאכותי של השוואת הרשות למזיק הפרטי, מצוי הפתרון לבעיה הקשה של אחריות רשויות ציבור ועובדיהן. בעיצובו של דין מיוחד זה יש להפריד בין אחריות רשויות הציבור לאחריות עובדי־הציבור. אותם שיקולי מדיניות יכולים להצביע על הסדר אחד לרשות והסדר אחר לעובדיה.

לאחר תיאור קצר של מבנה האחריות בנזיקין במשולש – ניזוק עובד־ציבור ורשות ציבורית – נבחן אם וכיצד הצליחו המשפט האנגלי, המשפט האמריקני והמשפט הישראלי לעצב דין אחריות מיוחד ומותאם לרשויות הציבור ולעובדיהן.

58. ראו בג"צ 102/74, 101 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון ואח', פ"ד כח (2) 449.

59. בל ובראון (לעיל, הערה 17) 183-191.

60. ראו להלן, בפרק יא.

61. בעניין לוי (לעיל, הערה 2, סעיף 28) הכיר בית־המשפט בי־צורך לנקוט יתר והירות ביחס לתביעות רשלנות נגד המדינה, אם אלו עוסקות בהחלטות רשות שלטונית הכרוכות בהפעלת שיקול דעת רחב. המבחנים הנזיקיים הרגילים ... אינם עונים על הקשיים המיוחדים שמציבות סיטואציות אלו, ושיקולי מדיניות מחייבים ריסון בהטלת אחריות על המדינה."

ד. מבנה האחריות – עובד ציבור ורשות ציבורית

הרשות הציבורית היא מעצם טבעה תאגיד הפועל באמצעות עובדים, שלוחים או אורגנים. עובד ציבור הוא אדם בשר ודם שבינו לבין הרשות הציבורית קיים קשר של עבודה, שליחות או שהוא נחשב כאורגן של הרשות. גם תאגיד יכול להיחשב כעובד ציבור. העיקרון הכללי של המשפט הישראלי, שמקורו במשפט האנגלי, הוא ש"עובד ציבור אחראי לכל עוולה שעשה, ואם ייתבע לדין על כך ייתבע אישית" (סעיף 7(א) לפקודת הנזיקין). נקודת המוצא היא שהיותו של אדם עובד ציבור אינה פוטרת אותו מאחריות אישית בנזיקין. תוצאה זו מתיישבת עם הכלל בדיני תאגידים, שלפיו אדם אינו נפטר מאחריותו בנזיקין רק על שום שפעל כעובד, כשלוח או כאורגן של תאגיד.[62] כדי לפטור עובד מאחריותו יש להעניק לו במפורש הגנה או חסינות מפני אחריות בנזיקין. אלה יכולים להיות בעלי אופי דיוני – למנוע הגשת תביעה כנגדו, או בעלי אופי מהותי – לשלול את העוולתיות מהתנהגותו. הגנה או חסינות אלה אפשר שיינתנו לעובד במישרין, ואפשר שייגזרו מתוך הגנה או חסינות המוענקת לרשות הציבורית, אם בתי־המשפט מוכנים להרחיב את חסינות הרשות אל עובדיה.[63] עם זאת, אין מניעה ששיטת משפט מסוימת תראה בעוולת העובד, המבוצעת במהלך עבודתו, עוולת רשות שאינה מיוחסת לעובד באופן אישי.[64]

אחריותה של הרשות היא שילוחית, או אישית, או שילוחית ואישית גם יחד. אחריותה היא שילוחית כאשר אחריותו בנזיקין של העובד מתרחבת גם אליה מכוח קשר העבודה או השליחות שביניהם, וכאשר מתקיימים התנאים לאחריות השילוחית (סעיפים 13 ו־14 לפקודת הנזיקין). מכאן שאם העובד אינו אחראי בנזיקין, בין משום שלא ביצע עוולה ובין בשל חסינות מהותית, לא תחוב הרשות באחריות שילוחית. לעומת זאת, חסינות דיונית של העובד אינה שוללת את אחריותה השילוחית של הרשות. אחריותה של הרשות היא אישית, כאשר רואים את מעשהו או מחדלו של העובד או השלוח כמעשה או כמחדל של הרשות, וכאשר עקב ייחוס זה מתקיימים ברשות כל התנאים לאחריות בעוולה הרלוונטית. דאיית מעשהו או מחדלו של העובד כמעשה או מחדל של התאגיד היא תמציתה של תורת האורגנים.[65] במקרה זה אין אחריות הרשות מותנית בכך שהעובד או השלוח אתראים אישית בנזיקין, וניתן לחייב את הרשות גם כאשר העובר או השלוח לא ביצעו כלל עוולה

62. ראו ע"א 725/78 **בריטיש קנדיאן בילדרס בע"מ נ' אורן ואח'**, פ"ד לה (4) 253.

63. לאי־נכונות לעשות כן ראו ע"א 507/79 **ראתדנאף (קורן) נ' חכים**, פ"ד לו (2) 757.

64. במשפט הצרפתי, כאשר עוולת העובד היא בתחום עבודתו (faute de service), פטור העובד למעשה מאחריות גם ללא חסינות מפורשת, שכן התביעה היחידה המוכרת במקרה זה היא נגד הרשות בפני בית־משפט מינהלי. ראו לעיל, הערה 54 ובל ובראון (לעיל, הערה 17) 176–177.

65. להטלת אחריות אישית על המדינה מכוח תורת האורגנים ראו עניין לוי (לעיל, הערה 2) סעיף 17. ראו גם סעיף 17 לפקודת הנזיקין המאפשר ליחס למעביד או לעובד את ידיעת העובד או השלוח, ואת סעיף 67 לפקודה המייחס למעביד את אשמתו של העובד.

או שהם נהנים מחסינות מהותית בגין "עוולה" שביצעו. אחריותה של הרשות היא שילוחית ואישית גם יחד, כאשר מתקיימים בנפרד התנאים לכל סוג של אחריות. גם הרשות יכולה ליהנות מהגנה או מחסינות, מהותית או דיונית, אם על כל סוגי אחריותה ואם על מקצתם.

כאשר גם העובד וגם הרשות אחראים בנזיקין, ייחשבו השניים ל"מעוולים יחד" וחבותם כלפי הניזוק תהא "יחד ולחוד". הניזוק רשאי במקרה זה לתבוע את הרשות והעובד יחדיו או כל אחד מהם בנפרד למלוא נזקו. מי מביניהם ששילם לניזוק יותר מכפי חלקו, רשאי לתבוע את המזיק האחר להשתתפות. במקרה זה תוכל הרשות לתבוע השתתפות מן העובד גם אם עומדת לו חסינות דיונית נגד הניזוק ולהיפך, שכן לצורך תביעת השתתפות קובעת החבות המהותית.

ה. אחריות רשויות ציבור ועובדי ציבור במשפט האנגלי

1. כללי

עד לשנת 1947 נהנו רשויות השלטון באנגליה (הכתר) מחסינות רחבה מפני תביעות בנזיקין, בין באחריות אישית ובין באחריות שילוחית. מקורה של חסינות זו הוא בתפיסת המשפט המקובל, שלפיה מי שסמכותו היא המקור לחוק אינו יכול להיחשב כמפר החוק (the king can do no wrong). שורשיה של תפיסה זו נעוצים עמוק במסורת הפיאודלית.[66] רק לאחר מלחמת העולם השנייה בא הקץ על תפיסה ארכאית זו. בסעיף 2 של ה-Crown Proceedings Act 1947, נקבע כי הכתר, ככל אדם פרטי, יחוב באחריות שילוחית לעוולות עובדיו ושלוחיו, ויישא באחריות אישית כמעביד, כבעלים, כמשתמש, כמחזיק, כבעל השליטה בנכסים או כמפר חובה חקוקה.[67]

באילו אמצעים השתמשו בתי־המשפט כדי לעצב דין אחריות מיוחד לרשויות הציבור *עם הסרת החסינות הכללית? כיצד השתקפו שיקולי אי־ההתערבות, הרתעת היתר, עיוות* שיקול הדעת, שיבוש מערכות, עומס היתר, ההצפה וההגיונות בכללים המשפטיים שבאמצעותם הוסדרה שאלת אחריות זו בעוולות הרשלנות והפרת חובה חקוקה ובעוולות האחרות?[68] הסקירה להלן תראה כי בתי־המשפט באנגליה פיתחו כמה וכמה כללים וטכניקות משפטיות להתמודדות עם בעיה מורכבת זו. נוכח השפעתו העמוקה של המשפט האנגלי על המשפט הישראלי, יש חשיבות רבה להכרת כללים אלה.

66. לסקירת עיקרון החסינות הכללית של הכתר, מקורותיו והתפתחותו ראו סטריט (לעיל, הערה 15) 1-6. ראו גם הוג (לעיל, הערה 8) 62-64.

67. על האחריות השילוחית והאחריות האישית של הכתר ראו הוג שם, 64-72. על אף ההכרה בשני סוגי האחריות, אפשר שהכוונה המקורית היתה להשתית את האחריות בגין הפעילות השלטונית על התורה השילוחית, בעוד שהאחריות האישית יועדה לפעולות הפרטיות של הכתר. ראו סטריט (לעיל, הערה 15) 36-38.

68. בהקשר הנדון לא קיימת באנגליה הבחנה ברורה בין עוולת הרשלנות לעוולה של הפרת חובה חקוקה, ובתי־המשפט דנים בהן לעתים קרובות בכפיפה אחת – Salmond & Heuston on **The Law of Torts** (20th ed., London, 1992) 243. ראו גם להלן סעיף ה.8.

2. הגנת הפעולה מכוח חיקוק

כאשר רשות ציבורית מבצעת עוולה במהלך פעילותה השלטונית, עד כמה יכולה היא להתגונן בטענה שעוולה זו בוצעה במהלך קיום חובה שהטיל עליה חיקוק או במהלך הפעלת סמכויות שהקנה לה חיקוק?

תשובת המשפט האנגלי לשאלה זו היא שהגנת הפעולה מכוח חיקוק תעמוד לרשות הציבורית רק אם פעלה בסבירות. ההנחה היא שחיקוק אינו מטיל חובה על רשות לפעול באי־סבירות, ואינו מסמיך אותה לפעול באי־סבירות, אלא אם כן נקבע בו הדבר במפורש. לגבי קיום חובה חוקית הכלל הוא איפוא, שהגנת הפעולה מתוך חיקוק יפה רק אם לא היתה רשלנות בקיום החובה. לגבי הפעלת סמכות חוקית הכלל הוא, שרק אם ביצוע העוולה היה תוצאה בלתי נמנעת (inevitable) של הפעלת הסמכות תהנה הרשות מהגנת החיקוק המסמיך. חוסר היכולת למנוע את העוולה נבחן לא במונחים מוחלטים אלא באמת־מידה של סבירות.[69]

לעומת זאת, כאשר הרשות פועלת בסבירות בקיום חובותיה או בהפעלת סמכויותיה, הכלל במשפט האנגלי הוא שלא תוטל עליה אחריות חמורה. טעמה של הגבלת אחריות זו, הבאה לידי ביטוי בעוולת המטרד, הוא שאין היגיון בהוצאת צו מניעה נגד הרשות או בחיובה בפיצויים כאשר היא פועלת באורח סביר להגשמת המטרות שלשמן הוקמה. כאן בא לידי ביטוי האופי המיוחד של העוולות הציבוריות. האינטרס הפרטי של מי שנפגע על־ידי פעילות הרשות הציבורית נדחה מפני הערך החברתי של הפעילות, שהרשות מבצעת בהסמכת המחוקק. "The lesser private right must yield to the greater public interest".[70] דין מיוחד זה מוגבל לפעילותה השלטונית של הרשות. על פעילותה הפרטית של הרשות חל עקרון השוואת המעמד וחבותה, כמחזיקת מקרקעין למשל, היא כשל אדם פרטי.[71]

הגנת הפעולה מכוח חיקוק אינה נותנת מענה הולם לצורך לעצב דין נזיקין מיוחד לרשויות הציבור. מחד גיסא, אין להגנה זו תחולה בתחום המרכזי של אחריות על בסיס אשמה, שבו נדרשים כלים מיוחדים לבקרה על היקף האחריות. מאידך גיסא, היא מעניקה

---

69. ראו בל (לעיל, הערה 14) 22-23; הוג (לעיל, הערה 8) 72-77; סלמונד ויוסטון (לעיל, הערה 68) 496-497.

70. (דברי לורד דוסקיל ב-Allen v. Gulf Refinig Ltd [1981] A.C. 1001, 1023. ראו בל (לעיל, הערה 14) 23); C. Lewis, **Judicial Remedies in Public Law** (London, 1992) 387-390.

71. בל (לעיל, הערה 14) 33-32; לואיס (לעיל, הערה 70) 389-390. עם זאת, כאשר הפעילות נשוא התביעה מיועדת לטובת הכלל (פעילות פרטית בעלת גוון ציבורי – ראו לעיל, הטקסט ליד הערה 5) הנטייה היא להחמיר פחות עם הרשויות מאשר עם אדם פרטי. מכאן הספק באשר לתחולת כלל האחריות החמורה של **Rylands v. Fletcher** על רשויות ציבור (שם).

פטור רחב מאחריות חמורה.[72] עיקר מלאכת העיצוב של דין נזיקין מיוחד לרשויות נעשתה במשפט האנגלי בכלים אחרים.

3. הגבלת האחריות בגין מחדלים

א. מחדל מהו? מחדל הוא מונח רב־משמעי הטעון הגדרה. מחדל יוגדר כאן ככישלונו של הנתבע למנוע התממשות סיכון שיצרו כלפי הניזוק צד שלישי, הניזוק עצמו או כוח טבע. הדגש בהגדרה זו אינו בפעולה או באי־הפעולה, אלא במקור הסיכון שהתממש. זהו מחדל במשמעותו הטהורה (purestn on-feasance). כאשר הסיכון הוא חיצוני לנתבע, אי־מניעתו, בין באי־פעולה ובין בפעולה כלתי מתאימה, היא לגביו בבחינת מחדל. המעשה הנזיקי, להבדיל ממחדל, הוא אקט של יצירת סיכון שלא היה נוצר בלעדיו. כאשר התובע יוצר סיכון שלא היה קיים אחרת, יש לראותו כמי שעשה מעשה, ואין נפקא מינה אם הסיכון נוצר על־ידי פעילות או על־ידי אי־פעילות.

ב. ההבחנה בין סמכויות חובה לבין סמכויות רשות לעניין המחדל. בהלכת **איסט** ספולק נקבע כי רשות אחראית ברשלנות בגין מחדל, רק אם הפרה חובה (duty) שהחיקוק המסמיך מטיל עליה. לעומת זאת, אין היא חשופה ככלל לאחריות כאשר היא מפעילה סמכות רשות (power) שהוקנתה לה. במלים אחרות, כאשר מוקנה לרשות שיקול דעת אם להפעיל סמכות, להבדיל מחובה מסוימת לעשות או לחדול, הכלל היה שהרשות אינה אחראית בנזיקין.[73] לכלל זה נקבע יוצא מן הכלל. הרשות תישא באחריות בגין פגם בהפעלת סמכות רשות, רק אם עקב הפעלתה הורע מצבו של התובע בהשוואה למצבו אלמלא הופעלה סמכות זו, דהיינו, כאשר נגרם לו נזק נוסף (fresh or additional damage). במקרה הנדון נטען כי הרשות התרשלה בהפעלת סמכותה לסתום פרצה בחומה שהגנה על התובע מפני שיטפונות. עקב כך הוגדלו שטחי ההצפה ומשכה בהשוואה למצב שהיה נוצר אלמלא הרשלנות, אם כי היה ברור שללא הפעלת הסמכות היה הנזק גדול עוד יותר. התביעה נדחתה משום שהרשות הפעילה סמכות ולא פעלה תחת חובה, ומשום שלא התקיימה דרישת הנזק הנוסף.

הבחנה זו בין סמכויות רשות לבין סמכויות חובה בהקשר של מחדלי הרשויות הגבילה במידה ניכרת את היקף אחריותן. חלק נכבד מן הפעילות השלטונית של הרשות הציבורית קשור במניעת יצירה והתממשות של סיכונים שמקורם בצדדים שלישיים. כל

---

72. לביקורת על הגבלת אחריותן של הרשויות בפעילותן השלטונית לבסיס האשמה ראו בל (לעיל, הערה 14) 44.

73. **East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent** [1941] A.C. 74. ההבחנה בין סמכויות חובה לבין סמכויות רשות היא בעייתית. "מקובל לומר, כי בסמכות-חובה אין לרשות שיקול דעת אם לעשות את המעשה אותו הוסמכה לעשות, אלא חובה עליה לקום ולעשותו" – י' זמיר, "הסמכות המיגהלית", **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 81, 86. אלא שסמכויות חובה במובנן הטהור אינן שכיחות. לרוב גם ציווים פרטניים משאירים בידי הרשות שיקול דעת מסוים (שם). צודק איפוא זמיר במסקנתו כי "בסמכות-חובה הכוונה היא לסמכות שמעטים בה היסודות של שיקול הדעת." (שם, 88).

סמכויות הפיקוח הן ממין זה ובמידה רבה גם סמכויות הרישוי וההסדרה של פעילויות, אכיפת החוק ומניעת עבירות. מאחר שהחריג של "נזק נוסף" מתקיים רק לעתים רחוקות, התוצאה היתה שתחום שלם ומרכזי של הפעילות השלטונית הוצא מתחומי האחריות.

הלכת איסט ספולק משנת 1941 שונתה רק בהחלטת בית הלורדים בעניין אן משנת 1977.[74] נקבע שם, בניגוד לאיסט ספולק, כי גם מחדל טהור של אי־מניעת סיכון שיצר צד שלישי חשוף לאחריות ברשלנות, זאת בין שהמחדל מתבטא באי־פעולה (אי־הפעלה רשלנית של הסמכות לבדיקת בטיחותם של בניינים) ובין שהוא מתבטא בפעולה בלתי מספקת (הפעלה רשלנית של סמכות זו), אף שבוטלו מאז חלקים חשובים של הלכת אן, ההכרה העקרונית באחריות הרשות המפעילה שיקול דעת במקרה של מחדל טהור בעינה עומדת. דרישת הנזק הנוסף, שבה הותנתה האחריות בעניין איסט ספולק, עברה מן העולם.

בהכירה באחריות בגין מחדל טהור הגדילה הלכת אן במידה ניכרת את תחומי אחריותן בכוח של רשויות ציבור בגין פעילותן השלטונית. כיצד מתיישבת הרחבה זו עם הצורך בצמצום ובריסון האחריות משיקולים של אי־התערבות, הרתעת יתר, שיבוש מערכות, עיוות שיקול הדעת, עומס יתר והצפה? התשובה לכך היא משולשת. ראשית, בהלכת אן עצמה הושמו סייגים לאחריות זו של הרשות. שנית, המשפט האנגלי פיתח גדרים וסייגים רבים לאחריות, בטכניקות משפטיות שונות שייסקרו להלן, שבאמצעותן היה ניתן לשמר את האחריות בגבולות ראויים על אף החידוש שבעניין אן. שלישית, על אף כללי "הדיכוי" שצוינו לעיל, ביטול ההבחנה בין מעשה ומחדל אכן אינו מתיישב עם הצורך בצמצום אחריותה של הרשות. למרות שפן זה של הלכת אן טרם בוטל, מתחה פסיקה מאוחרת באנגליה ביקורת על ערפולה של ה־important distiction between misfeasance and "non-feasance", ובית־המשפט העליון באוסטרליה סירב לאמצה.[75]

ג. **ההבחנה בין מדיניות לבין ביצוע.** הרחבת האחריות באן על מחדלים רשלניים לוותה בד בבד בניסיון לצמצם את תחומי האחריות המורחבים באמצעות הבחנה, שמקורה במשפט האמריקני,[76] בין שני סוגים של הפעלת שיקול דעת: שיקול דעת שבמדיניות (policy) ושיקול דעת בביצוע (operational). בית־המשפט באן קבע כי החלטות שבמדיניות אינן משמשות כלל נושא לביקורת שיפוטית באמצעות עוולת הרשלנות. הדין,

74. Anns v. Merton London Borough Council [1978] A.C. 728.

75. לביקורת על ערפול ההבחנה ראו Curran v. Northern Ireland Co-ownership Housing Association [1987] A.C. 718, 724. לדחייה באוסטרליה ראו Southerland Shire Council v. Heyman (1985) 59 A.L.J.R. 564. לעומת זאת, נקלטה הלכת אן במשפט הקנדי והניו־זילנדי. להלכת אן במשפט הקנדי ראו בהרחבה M. Woodall, "Private Law Liability of Public Authorities" for Negligent Inspection and Regulation" 37 McGill, L.J., (1992) 83; לסקירת אחריותן של רשויות ציבור במשפט האוסטרלי והניו־זילנדי ראו G.D.S. Taylor אצל בל וברדלי (לעיל, הערה 13) 84-109.

76. אן (לעיל, הערה 74) 754-758. בפרק ח להלן תידון בהרחבה הגרסה האמריקנית של הבחנה זו.

באורח עקרוני, אינו מכיר בקיומה של חובת זהירות בין הרשות לבין מי שעלול להיפגע על־ידי החלטת מדיניות שלה, ולכן תביעה בגין החלטה שכזו תידחה על הסף. לעומתן, החלטות ביצוע משמשות נושא לביקורת שיפוטית, והשאלה אם קיימת חובת זהירות בקשר עם החלטה ביצועית זו או אחרת תוכרע בכל מקרה לגופו לאחר בחינת נסיבות המקרה. כאמור, על הפרק עמדה שאלת אחריותה של רשות מקומית בגין פיקוח רשלני על בטיחותם של בניינים. הוחלט כי אי־בדיקת יסודות הבניין במקרה זה, או בדיקתם הרשלנית, עולה כדי רשלנות בביצוע שאינה חסינה מפני אחריות. זאת להבדיל מן ההחלטה כמה מפקחי בנייה למנות או כמה בניינים לבדוק, שהיא החלטת מדיניות החסינה מאחריות.

חשוב להדגיש את הגורם המצמצם הקיים בהבחנה זו. מטרתה היתה לתוציא סוג מסוים של החלטות מתחום הביקורת השיפוטית של דיני הנזיקין, כמשקל נגד להרחבת האחריות אל מחדלים רשלניים של הרשות. ההבחנה בין מדיניות לביצוע לא באה לבסס או להרחיב את האחריות המוטלת על החלטות ביצועיות. הודגש באן כי הטלת אחריות על החלטות ביצוע בפופה לכל הסייגים והמגבלות שבדין הרשלנות. זאת ועוד, על אף שהבחנה זו יובאה למשפט האנגלי כדי להגביל את היקף אחריותן של הרשויות בגין מחדליהן, הרי שהן במקורה והן בתוכנה כוחה יפה לצמצום האחריות גם בגין יצירת סיכון אקטיבי.[77]

אולם החסינות שהוענקה באן לשיקול דעת שבמדיניות אינה מוחלטת. כוחה יפה לשיקול דעת המופעל בתחומי הסמכות (ambit of power). *החלטת מדיניות הנעשית מחוץ לסמכות* (ultra vires) אינה מוגנת, ואם יוכחו יסודותיה של עוולת נזיקין תוטל אחריות על הרשות גם בגין החלטת מדיניות,[78] אי־התקינות המינהלית שוללת את החסינות הן כאשר הפגם הוא בהחלטה עצמה, לרבות אי־סבירות קיצונית שלה, והן כאשר הפגם הוא בהליך המוביל אל ההחלטה.[79]

דוגמה מובהקת ליישומה של ההבחנה בין מדיניות לביצוע מצויה בעניין **ריגבי**.[80] המשטרה ירתה גז אל חנותו של התובע כדי להשתלט על פסיכופט שהשתולל בה. הירי גרם לשריפה בחנות. התובע העלה שתי טענות התרשלות. האחת שעל המשטרה היה לרכוש ציוד לירי גז שאינו גורם להתלקחות, והאחרת שלא היה מקום לירי בהעדר רכב כיבוי אש במקום. בית־המשפט סיווג את הטענה הראשונה כטענה התוקפת החלטת מדיניות חסינה ואת הטענה האחרת כתוקפת החלטת ביצוע בת אחריות.

---

77. אכן, במשפט האמריקני נוצרה הבחנה זו על רקע יצירה אקטיבית של סיכון, עניין **דלהייט** (להלן, הערה 261 והטקסט שלידה).

78. אן (לעיל, הערה 74) 758; קיין (לעיל, הערה 25) 242-243; לואיס (לעיל, הערה 70) 381-383.

79. להבחנה בין שני סוגי הפגם המזכים החלטת מדיניות ל-ultra vires בהקשר זה ראו קיין (לעיל, הערה 25) 250.

80. **Rigby v. Chief Constable of Northamptonshire** [1985] 2 All E.R. 985. לסקירת ההחלטות אשר יישמו את ההבחנה בין מדיניות לבין ביצוע ראו Clerk & Lindsell on **Torts** (Third Cumulative Supplement to the Sixteenth Edition, 1993) 64-68.

מהם מאפייניה של החלטת מדיניות (בתחום הסמכות) המוצאת אל מחוץ לתחום האחריות ברשלנות? היכן עובר קו הגבול בין מדיניות לבין ביצוע? התשובה לשאלה זו, שתוארה כ-a matter of very fine distictions,[81] אינה פשוטה ואינה ברורה. בהחלטת מועצת המלך בעניין דוילינג נאמר כי החלטות מדיניות הן החלטות שאינן מתאימות לבחינה שיפוטית (unsuitable for judicial resolution).[82] אך מה הופך החלטה או פעולה לבלתי מתאימים לבחינה שיפוטית? בית־המשפט מביא דוגמה לסוג זה של החלטות – החלטות שעניינן הקצאת משאבים במחסור או אופן חלוקת הסיכונים בחברה (allocation of scare resources or the distribution of risks within society). גם אפיון זה אינו ברור. אם הכוונה במבחן זה היא להחלטות תקציביות, המצריכות איזון בין אינטרסים שונים המתחרים זה בזה,[83] דוגמת ההחלטה בעניין ריגבי, הרי שהחסינות שמעניק מבחן זה היא אולי רחבה מדי. אין לפטור מאחריות רשות ציבורית היוצרת סיכון ממשי של פגיעה בגוף או ברכוש בשל אי־הקצאת כספים לבטיחות רק משום שמדובר בחלוקת תקציב, ובתי־המשפט אכן לא נהגו כך.[84] ברי, לדוגמה, כי לא כל החלטה שעניינה מידת ההשקעה בבטיחות דרכים ציבוריות היא החלטת מדיניות הנהנית מחסינות.[85] נראה איפוא שכוונת בית־המשפט היתה להחלטות מורכבות מבחינת איזון האינטרסים הנדרש בהן, או להחלטות בעלות גוון רעיוני פוליטי, המשקפות תפיסה כלכלית, חברתית או פוליטית של מקבל ההחלטה. החלטות ממין זה מתקבלות משבען בדרגים הבכירים של המינהל, אם כי הפסיקה באנגליה לא תלתה את סיווגה של החלטה כהחלטת מדיניות בדרגתו של מקבל ההחלטה.

גם בהבחנה זו בין מדיניות לבין ביצוע אין משום תשובה מספקת לצורך לעצב דין מיוחד לאחריות רשויות הציבור. לא רק אי־בהירותה של ההבחנה היא הגורם לכך. הדיון לעיל הראה כי במשפט האנגלי עומד מאחורי הבחנה זו בעיקר שיקול אי־ההתערבות. מטרתה היא להוציא מתחומי האחריות בנזיקין החלטות שאינן מתאימות לביקורת של דיני הנזיקין, אם בשל עקרון הפרדת הרשויות ואם בשל אי־התאמה מוסדית. הבחנה זו אינה נותנת מענה ראוי לשיקולי המדיניות האחרים של הרתעת יתר, עיוות שיקול הדעת המינהלי, שיבוש פעילות המינהל, עומס יתר וההצפה. כלומר, אין היא מספקת הכוונה כלשהי בעיצובו של דין מיוחד, מצמצם אחריות, בתחום החלטות הביצוע. אולם הקניית חסינות גורפת לרשות בגין החלטת מדיניות, חסינות המביאה לדחייה על הסף של תביעה

---

81. City of Kamloops v. Nielson [1984] 10 D.L.R. (4th) 641. ההבחנה בין מדיניות לבין ביצוע היא סוגיה מרכזית גם בתחום תורת המינהל הציבורי; ראו בנדור (לעיל, הערה 52), לדיון בחולשות ההבחנה ראו להלן, הערה 359.

82. Rowling v. Takaro Properties Ltd [1988] 1 All E.R. 163, 172.

83. כפי שעולה מהאמור ב-Lonrho plc v. Tebbit [1991] 4 All E.R. 973, 981 – אושר [1992] 4 All E.R. 280.

84. ראו קיין (לעיל, הערה 25) 247.

85. ראו, לדוגמה, ההחלטה של בית־המשפט העליון בקנדה ג'סם (לעיל, הערה 10) המנותחת בהרחבה אצל וודל (לעיל, הערה 75) 102-108. ראו גם קיין (לעיל, הערה 25) 245-246.

נגד הרשות מבלי לבתון את עובדות המקרה,[86] מצטיירת כמרחיקת לכת. חשיבות מיוחדת של האינטרס המוגן, כמו גם טיב פעיליתה של הרשות יכולים להצדיק הטלת אחריות אף בשל החלטות מדיניות. אין לשכוח כי ההבחנה בין מדיניות לבין ביצוע יובאה למשפט האנגלי כמשקל נגד להכרה באחריות הרשויות למחדלים טהורים. הגיונה וטעמה אינם יפים בהכרח לפעילות של יצירת סיכון אקטיבי ויזום על־ידי הרשות. מהם איפוא הכלים המשפטיים הנוספים המשמשים את המשפט האנגלי בעיצוב דין אחריותן של רשויות הציבור?

4. היקף החובה ודרישת הזיקה המיוחדת בין המזיק לניזוק

מכשיר משפטי מרכזי בהגבלת אחריותם של רשויות הציבור ועובדיהן הוא הכלל המשפטי, המבחין בין חובה מיוחדת ומוגבלת של הרשות כלפי ניזוקים מסוימים לבין חובה כללית כלפי ציבור גדול ולא מסוים. כלל זה שולל את האחריות בנזיקין במקרים של חובה כללית (general duty) ומכיר בה רק כאשר החובה היא מוגבלת ומיוחדת (special duty). כלל סצמצם זה חל הן על מחדלים הן על יצירת סיכון אקטיבית, הן על חובות והן על סמכויות. באמצעותו סויגה במשפט האנגלי אחריות רשויות הציבור לפני אן ולאחריו.

מדוע שוללת כלליות החובה את האחריות הנזיקית? התשובה לכך נעוצה בקשר ההדוק שבין סוגיית היקף החובה לבין תנאי האחריות בעוולת הרשלנות ובעוולה של הפרת חובת חקוקה. דרישה מרכזית של עוולת הרשלנות באנגליה היא דרישת הזיקה המיוחדת בין המזיק לניזוק. זיקה זו היא חלק מיסוד הקרבה (proximity) המקים את חובת הזהירות ברשלנות. זיקה זו מתוארת לעתים כ"יחסים מיוחדים" (special relationship) בין הניזוק למזיק. הרעיון המרכזי הוא של קשר מיוחד בין המזיק לניזוק, השונה מן הקשר בין המזיק לציבור הרחב. אם החובה היא כללית, גורם זה אינו מתקיים. Duty owed to anyone is duty owed to no one, כאשר כלליות החובה שוללת את גורם הקרבה, נשמט בסיסה של האחריות ברשלנות. בה בעת שוללת כלליות החובה גם את האחריות בגין הפרת חובה חקוקה. כידוע, התנאי הבסיסי בעוולה זו הוא שהחיקוק יוצר החובה נועד לטובתו או להגנתו של הניזוק, דהייגו כדי להקים לו זכות אזרחית לסעד. הלכה מושרשת היא במשפט האנגלי כי חובות המיועדות להגנת הציבור בכללותו אינן עונות על תנאי זה. חובות כלליות נתפסות כחובות ציבוריות (public duties) שאינן מכוונות להעניק סעד אזרחי לפרטים.[87]

הוצאת החובות הכלליות מתחום האחריות מצמצמת באורח ניכר את תחום אחריותן של רשויות הציבור, ובכך מקהה במידה רבה את עוקצם של שיקולי עומס היתר, התצפה, הרתעת היתר ושיבוש המערכות.

---

86. **Fellows v. Rother District Council** [1983] 1 All E.R. 513.

87. ראו **Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co. Ltd. (No. 2)** [1982] A.C. 173; לואיס (לעיל, הערה 70) 395-397. גם במשפט הגרמני מבחינים בין חובה כללית המופנית כלפי הציבור בכללותו, שאין מאחוריה תבות בנזיקין, לבין חובה כלפי קבוצה מסוימת של ניזוקים היכולה לשמש מקור לחבות כאמור. ראו מרקיסינים (לעיל, הערה 18) 667.

5. "חריגה מסמכות" כתנאי לאחריות בנזיקין

בפסקי־דין אחדים באנגליה הותנתה אחריותם של רשויות ציבור ועובדיהן בדרישה נוספת – שהמעשה המינהלי יעלה כדי חריגה מסמכות (ultra vires).[88] אכן חריגה מסמכות היא שיקול בעד הטלת אחריות על הרשות. בפועלה מחוץ לסמכותה חדלה הרשות לשמש כשלוח או כנאמן של הציבור, ואין היא זכאית למעמד מיוחד. אך מדוע להתנות את האחריות בחריגה מסמכות? מה עומד מאחורי תנאי מצמצם זה?

הנמקה אחת, שאינה עומדת במבחן הביקורת, היא שתקינותו של המעשה המינהלי אינה ניתנת לפיצול. אם המעשה תקין מן הבחינה המינהלית (intra vires), יש לראותו כתקין גם מן הבחינה הנזיקית. הנמקה זו מעוררת קושי כפול. ראשית, אם מבחן התקינות הוא אחד, הרי שניתן להפוך את הטיעון ולגרוס כי מעשה שאינו תקין מבחינה נזיקית אינו יכול להיחשב כתקין מבחינה מינהלית. בדרך זו הופך מבחן "התקינות הכפולה" לחרב פיפיות – במקום שהתקינות המינהלית תרפא את הפגם הנזיקי עלול הפגם הנזיקי לשלול את התקינות המינהלית. שנית ועיקר, הקושי הבולט בהנמקה זו הוא בהעמדת המשפט המינהלי ודיני הנזיקין על בסיס זהה. לכל ענף משפטי יש תשתית עצמאית של מטרות ושיקולים, כך שאין כל קושי או סתירה בכך שמעשה התקין מהבחינה המינהלית יהיה פגום מהחיבט הנזיקי וההיפך. כך, לדוגמה, טעות סבירה בפרשנות חיקוק מסמיך מוציאה את המעשה המינהלי מתחום הסמכות אך אינה הופכת אותו לרשלני,[89] מנגד, ברור כי עצם ביצועה של עוולה, תוך כדי הפעלת סמכות, אינו הופך את המעשה המינהלי ל־ultra vires.[90]

---

88. **Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.** [1970] A.C. 1004, 1031, 1067-1068; אן (לעיל, הערה 74) 758; לונרז (לעיל, הערה 83) 987; ראו לעיל הטקסט ליד הערות 78, 79.

89. ראו רולינג (לעיל, הערה 82); **Dunlop v. Woollahra Municipal Council** [1982] A.C. 158. להחלטות אלו ולכלל, שלפיו אי־תקינות המעשה מבחינה מינהלית איננה הופכת אותו לעוולת נזיקין ראו לואים (לעיל, הערה 70) 381-383; קיין (לעיל, הערה 25) 245-246. השוו לעיל, הערה 79 והטקסט המלווה. לעומת זאת במשפט הצרפתי, יכולה אי־תקינות מינהלית כשלעצמה להוות בסיס לאחריות בנזיקין של המינהל. ראו בל ובראון (לעיל, הערה 17) 181-182. ברק־ארז (לעיל, הערה 3) 70-71. תוצאה זו נובעת מכך שבצרפת מוסדרת אחריותן בנזיקין של הרשויות על־ידי דין מיוחד של נזיקין מינהליים, המופעל על־ידי בתי־המשפט המינהליים (לעיל, הערה 17). אלא שגם על־פי הדין הצרפתי לא כל אי־תקינות מינהלית יוצרת עילת נזיקין.

90. ראו לעיל, הערה 27. מסקנה זו ניתן לסמוך, בדרך ההיקש, גם על דיני האחריות השילוחית בנזיקין. אלה קובעים כי ביצוע בלתי נאות של תפקיד מותר אינו עולה כדי חריגה מתחומי התפקיד. ניתן לומר כי עוולה שמבצעת הרשות בתום־לב במהלך פעילותה הציבורית, היא בבחינת ביצוע בלתי נאות של תפקיד מותר, ביצוע שאינו שולל את קשר השליחות בינה לבין הציבור שממנו היא יונקת את סמכותה. ראו ע"א 751/68 **רעד ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד כה (1) 197, 207; עניין **בוסקילה** (להלן, הערה 128) 344-345; ברק (לעיל, הערה 1) 386. צדק איפוא השופט ברק **בוחר** (לעיל, הערה 10, 770) בשללו את

על הנמקה אחרת לדרישת התריגה מסמכות כבר עמדנו לעיל במהלך הדיון בהלכת אן.[91] דרישה זו לא באה לצמצם אחריות אלא דווקא להרחיבה על־ידי הגבלת החסינות בגין החלטות מדיניות. ללא מבחן החריגה מסמכות היתה כל החלטת מדיניות חסינה. מבחן זה מוציא מתחומי החסינות החלטות הלוקות באי־סבירות קיצונית או שהתקבלו בהליך פגום, ובכך מתאים את תריג המדיניות להגיונה של הגבלת האחריות.

הסבר אפשרי נוסף להתנאת האחריות בנזיקין בחריגה מסמכות הוא שיש להבין דרישה זו כדרישה להתנהגות זרונית או להתרשלות חמורה. במלים אחרות, דרישת החריגה מסמכות מצמצמת את האחריות בנזיקין רק למצבים שבהם אין העובר, בשל חומרת הפגם שנפל בהתנהגותו, יכול להישמע בטענה כי פעל במהלך ביצוע תפקידו.

6. הגבלת סוגי הנזק בר הפיצוי – נזק כלכלי ולא־ממוני

אחד המכשירים המרתיעים ביותר שיצר המשפט האנגלי לצמצום היקף האחריות ברשלנות בכלל ושל רשויות ציבור בפרט הוא הכלל, המוציא נזקים כלכליים טהורים ונזקים לא־ממוניים טהורים (צער, עגמת נפש) מתחום האחריות. נזקים אלה נחשבים כ"טהורים", כאשר אין הם נובעים מנזק לגוף או לרכוש (נזק פרזיטי) אלא עומדים בפני עצמם. הגבלה זו על היקף האחריות ברשלנות מוציאה מתחולתה פעילויות מזיקות ונזקים רבים, ובכך מקטינה במידה ניכרת את סיכוני הרתעת היתר, שיבוש המערכות, עומס היתר וההצפה.

מכשיר זה ניתן להפעלה ללא כל קושי גם בעוולה של הפרת חובה חקוקה. זו דורשת, כידוע, שהנזק הנגרם הוא זה שמפניו בא התיקוק להגן. בית־משפט לא יתקשה, בדרך כלל, לקבוע כי המחוקק לא התכוון להגן מפני נזקים כלכליים או לא־ממוניים.[92]

התריג המרכזי המוכר במשפט האנגלי לעיקרון מצמצם אחריות זה, הוא הכלל המכיר בזכות לפיצוי בגין נזק כלכלי הנגרם עקב הסתמכות (reliance) של הצד הנפגע על מצג או על הודעה רשלניים של הנתבע. זהו הכלל המפורסם של **הדלי ביירן**,[93] כאשר מוכחים הסתמכות כזאת ונזק שנגרם בעקבותיה, כאשר הנתבע היה יכול או שהיה צריך להיות ער להסתמכות זו, ובכפוף להתקיימותם של תנאים אחרים מצמצמי אחריות – אשר פורטו לאחרונה בהחלטת בית הלורדים בעניין קפרו[94] – תוטל אחריות על יוצר המצג או על נותן ההודעה גם בגין נזק כלכלי טהור. המרכזי בתנאים אלה הוא דרישת היחסים המיוחדים (special relationship) שנדונה לעיל. אל תוך מסגרת אחריות מיוחדת זו שובצה אחריותם של בעלי מקצוע ונותני שירותים.

התנאת האחריות ברשלנות בהיות הפעולה ultra vires מבחינה מינהלית. ראו גם לעיל, הטקסט ליד הערות 24-29 וכן דותן (לעיל, הערה 1) 268. יצוין כי בית־המשפט בעניין **לוצרו** (לעיל, הערות 83, 88) אימץ תנאי זה לאחריות, אף שלא הבין את טעמו.

91. לעיל, הטקסט ליד הערות 78-79.

92. לדיון בסוגיית ההכרה בנזק כלכלי במשפט האנגלי ראו סלמונד ויוספון (לעיל, הערה 68) 210-214; פלמינג (לעיל, הערה 49) 177-186.

93. **Hedley Byrne v. Heller** [1964] A.C. 465.

94. **Caparo Industries v. Dickman** [1990] 2 A.C. 605.

אמנם בתריג ההסתמכות יש כדי להרחיב במידה ניכרת את אחריותן של רשויות הציבור, אך מעמיה של הרחבה זו עמה. יצירת המצג על־ידי הנתבע היא במהותה מעשה אקטיבי של יצירת סיכון, להבדיל ממחדל טהור. כמו כן הטעיה על־ידי רשות ציבורית, גם אם מדובר בפעולה שלטונית, דומה במהותה להטעיה על־ידי מזיק פרטי. על־פי עיקרון השוואת המעמד אין ליהנות את הרשות בדין מיוחד, כאשר מהות פעילותה היא פרטית או דומה לה. זאת ועוד, התנאים מצמצמי אחריות המובנים אל תריג ההסתמכות מאפשרים שליטה ובקרה נאותות על היקף האחריות. מחוץ לתחומי ההסתמכות נדירה ביותר ההכרה במשפט האנגלי באחריות ברשלנות בגין נזק כלכלי טהור.

על עוצמתה וחשיבותה של מגבלת סוג הנזק תעיד הטלטלה שידע המשפט האנגלי בסוגיה זו. בעניין אן נפרץ מחסום אחריות זה.[95] בית הלורדים הכיר באחריותה של רשות ציבורית לנזק כלכלי טהור שנגרם עקב מחדלה. בתחילה גרם פסק־הדין בפרשת אן להתרת הרצועה ולהכרה מתרחבת באחריות לנזק כלכלי טהור במסגרת עוולת הרשלנות. אלא שעד מהרה החל תהליך הפוך של צמצום תחומי ההכרה בנזק כלכלי טהור.[96] בעניין מרפי[97] שבו נדון אירוע דומה לאן, נסגר המעגל: בית הלורדים חזר בו מהיבט זה של הלכת אן ושלל זכאות לפיצוי בגין נזק כלכלי טהור שגרמה הרשות במחדלה.

7. שיקולי מדיניות

עמדנו לעיל על הכללים השונים שאימץ המשפט האנגלי לצורך צמצום אחריותן של רשויות ציבור: יחס מיוחד למחדל, הבחנה בין מדיניות לביצוע, הכרה רק בחובות שהיקפן מוגבל, תנאי החריגה מסמכות והגבלת סוגי הנזק. אך יש ובית־המשפט נוקק במישרין לשיקולי המדיניות (public policy) המצדיקים את הגבלת האחריות, ולא לכללים המשפטיים המשקפים אותם. במקרים אלה בית־המשפט שולל את קיומה של חובת הזהירות, תוך שהוא מסתמך במישרין על כך שהכרה בחובה זו תגיב תוצאות בלתי רצויות, כהרתעת יתר, והתערבות בלתי רצויה בפעילות הרשות המבצעת.[98]

8. חובה ציבורית וחובה פרטית – הפרת חובה חקוקה

לעתים קרובות תישלל אחריותם של עובדי ציבור ורשויות ציבור באנגליה, מהטעם שהחובה המוטלת עליהם היא חובה ציבורית (public) ולא חובה פרטית (private). הבחנה זו מתמקדת בטיב האינטרס המוגן על־ידי חובה המוטלת על הרשות. אם האינטרס המוגן אינו אינטרס של הפרטים כפרטים אלא אינטרס ציבורי בלבד, תאופיין החובה כחובה ציבורית – duty owed to the public at large או public duty. כאשר חובה מאופיינת כציבורית בלבד נשללת מניה וביה האחריות בנזיקין, שכן דיני הנזיקין אינם עוסקים בזכויות ציבוריות אלא בהגנה על פרטים. היכולת לסווג חובות המוטלות על רשויות ציבור

---

95. לעיל, הערה 74.
96. ראו לעיל, הערה 92.
97. Murphy v. Brentwood D.C. [1990] 2 All E.R. 269.
98. ראו, לדוגמה, פסק־הדין בעניין היל (להלן, הערה 108).

כחובות ציבוריות, מקנה איפוא לבית־המשפט כלי חשוב נוסף לשליטה על היקף אחריותן של רשויות אלה בנזיקין.

השימוש במכשיר "החובה הציבורית" לצמצום גדרי האחריות תשוב במיוחד בהקשר של הפרת חובה חקוקה. כאשר התביעה היא בעוולת הרשלנות ממילא מסור לבית־המשפט שיקול דעת רחב – במסגרת יסוד החובה – להגביל את האחריות. כאשר התביעה היא בהפרת חובה חקוקה, השאלה המרכזית היא אם התכוון המחוקק להעניק לתובע עילת תביעה בגין הפרת החקוקה, דהיינו אם החובה היא פרטית או ציבורית בלבד.[99] בבואו להתחקות אחר כוונת המחוקק אין בית־המשפט נהנה לכאורה מאותו שיקול דעת רחב המסור לו בעוולת הרשלנות. תפקידו הוא להגשים את כוונת המחוקק. מכאן חשיבותו של מכשיר "החובה הציבורית". זוהי מסגרת לפרשנות כוונת המחוקק. לכאורה, מסגרת זו מתמלאת בתוכן על־ידי פרשנות החיקוק. הלכה למעשה, בית־המשפט הוא שיוצק לרוב תוכן למסגרת זו באמצעות השיקולים המשמשים אותו בקביעת גדרי עוולת הרשלנות. כך, לדוגמה, נקבע בדין האנגלי כי חובות בעלות תחולה כללית הן חובות ציבוריות שאינן מקנות טעד אזרחי בגין הפרתן.[100]

גם משהוכרה חובה מסוימת כחובה פרטית עדיין יכול בית־המשפט, באמצעות "פרשנות" כוונת המחוקק, להגביל ולסייג את האחריות בדרכים שהכרנו, בידו לקבוע כי החיקוק התכוון להגן על פרטים אך לא על הניזוק המסוים (בד בבד עם דרישת הקרבה ברשלנות), או כי החיקוק התכוון להגן מפני נזקים מסוימים אך לא מפני נזקים אחרים (ובכך להוציא, למשל, טוגי נזקים מתחומי האחריות).[101] חשיבות מיוחדת יש לפרשנות המונח "חובה". עמדתו הכללית של המשפט האנגלי היא, שמונח זה צריך להתפרש באורח צר. רק כאשר המחוקק קובע בעצמו, ובאורח קונקרטי ופרטני, איזו פעולה צריכה להיעשות או מאיזה פעולה יש להימנע – מדובר ב"חובה". כאשר המחוקק מעניק סמכות ומקנה לרשות שיקול דעת באשר לאופן הפעלת הסמכות, אין רואים בהפעלה בלתי ראויה של הסמכות משום הפרת חובה.[102]

9. הפעלת הכללים המצמצמים הלכה למעשה

פסקי־הדין שייבחנו להלן ממחישים הלכה למעשה את אופן פעולתם של הכללים מצמצמי האחריות שהוצגו לעיל ואת השיקולים העומדים מאחוריהם.

---

99. R. v. Deputy Governor of Parkhurst Prison, Ex p. Hauge [1992] 1 A.C. 58, 159.

100. ראו לעיל, הערה 87 והטקסט שלידה.

101. ראו כללית סלמונד ויוסטון (לעיל, הערה 68) 251-256; לואיס (לעיל, הערה 70) 377-378, 390-402.

102. ראו לואיס (לעיל, הערה 70) 397-400; סלמונד ויוסטון (לעיל, הערה 68) 254. עם זאת קיימים מקרים, שבהם ניתנה למונח חובה משמעות מרחיבה יותר (לואיס, שם). להבחנה בין סמכות חובה לסמכות רשות ראו לעיל, הערה 73.

א. נזק כלכלי – פסק־דין מרפי.[103] משסבר בית הלורדים כי ההחלטה בעניין אן[104] הרחיבה יתר על המידה את אחריותן של רשויות ציבור ותגרום לגידול בלתי רצוי במספר התביעות שיוביל להרתעת יתר,[105] גייס לעזרתו את מגבלת סוג הנזק, וצמצם את אחריות הרשויות על־ידי מתן תוקף מתודש לכלל השולל אחריות ברשלנות ובהפרת חובה חקוקה בגין נזקים כלכליים טהורים שגרם מחדלה של רשות.

ב. מניעת עבירות – פסקי־דין דורסט והיל. פסק־דינו של בית הלורדים משנת 1970 בעניין דורסט[106] נחשב כאחד מציוני הדרך החשובים בהתפתחות עוולת הרשלנות במשפט האנגלי. חבורה של נערים בעלי עבר עברייני הובאה לאי. בשל שמירה לקויה גמלטו הנערים בכלי שיט וגרמו נזק לרכוש של בעל יכטה שהתגורר באיזור. משרד הפנים נתבע וחויב ברשלנות. לכאורה, יש בפסק־הדין משום פריצת דרך חשובה בתחום אחריותן של רשויות ציבור: הוטלה על רשות ציבורית אחריות בגין מחדלה למנוע גרימת נזק על־ידי עבריינים. בחינה קפדנית יותר מעלה כי גדרי האחריות וסייגיה נשמרו היטב גם במקרה זה. לעניין כלליות החובה – בית הלורדים הקפיד להדגיש כי מדובר בחובת זהירות מוגדרת ומצומצמת בהיקפה ולא בחובה כללית. החובה הוכרה רק כלפי בעלי רכוש המצוי בקרבת מקום גיאוגרפית למקום ההימלטות. הודגש כי אין מדובר בחובה כללית כלפי כל מי שעלול להיפגע במהלך הימלטותם של עבריינים ממשטורת.

במלים אחרות, בית הלורדים מצא כי התקיימו זיקה מיוחדת ויחסים מיוחדים בין הניזוק לרשות. באשר להבחנה בין מעשה לבין מחדל – האחריות הוטלה בגין יצירת סיכון אקטיבית ולא בגין מחדל טהור. הבאת הנערים לאיזור יצרה, בלשון בית־המשפט, exceptional added risk,[107] באשר לסוג הפעילות – רשלנות השומרים היתה מקרה מובהק של אקט ביצועי, להבדיל מהחלטת מדיניות. בנוגע לתומרת ההתרשלות נאמר כי היה בה כדי להפוך את האקט הרשלני ל־ultra vires, מה שמעיד על חומרתה. ולעניין הנזק שנגרם – כאן נגרם נזק פיסי לרכוש להבדיל מנזק כלכלי או לא־ממוני טהור.

ביטוי מובהק לגישה המצמצמת לאחריות בהקשר עם אי־מניעת עבירות מצוי בהחלטתו של בית הלורדים משנת 1988 בעניין היל.[108] התביעה ייחסה למשטרה רשלנות בניהול חקירה של סדרת מעשי רצח של נשים צעירות, רשלנות שבגינה לא נלכד הרוצח, ואף אפשרה לו לבצע מעשה רצח נוסף בבתה של התובעת. התביעה נדחתה על הסף בקביעה כי המשטרה אינה חבה לציבור חובת זהירות כללית למנוע עבירות. הן בית־המשפט לערעורים והן בית הלורדים אישרו קביעה זו. שיקול מרכזי בדחיית התביעה היתה דרישת

103. לעיל, הערה 97.

104. לעיל, הערה 74.

105. יצוין כי כבר בעניין רוליגג בוקרה ההחלטה באן בסתנה שהטלת אחריות על פקחי בנייה עלולה לגרום להחטרת בלתי מוצדקת בדרישות הפקחים, שתטיל עומס כלכלי כבד ומיותר על הציבור. ראו לעיל, הערה 82, 173.

106. ראו לעיל, הערה 88.

107. שם, 1070.

108. Hill v. Chief Constable of West Yorkshire [1988] 2 W.L.R. 1049.

ייחודיות התובה. בית הלורדים הדגיש כי להבדיל מדורסט, ששם חבה הרשות תובה מיוחדת ומוגבלת כלפי בעלי רכוש באיזור הבריחה, נדונה במקרה היל תובה כללית של המשטרה כלפי ציבור הנשים הצעירות בכללותו. כלליות התובה מנעה את היווצרותם של היקה המיוחדת או היחסים המיוחדים בין הרשות לניזוק, ואת על אף חומרתו המיוחדת של הנזק במקרה זה וחשיבותו של האינטרס המוגן. כן הודגש השוני בין האופי האקטיבי של הסיכון שיצרה הרשות בדורסט לבין המחדל בהיל למנוע סיכונים שיצר צד שלישי.

בשל חשיבות העניין ראה בית הלורדים לנכון לפרט את שיקולי המדיניות ותקנת הציבור המצדיקים את דחיית התביעה.[109] בהניחו כי המשטרה פועלת ועושה כמיטב יכולתה כדי למנוע עבירות, גם אם מדי פעם נופלות טעויות בדרך פעולתה, העריך בית הלורדים כי הטלת אחריות על המשטרה תגרום לשוטרים לפעול בהססנות ובזהירות יתר, תטיל עליה עומס התדיינות כבד שישבש את פעילותה, ותביא למעורבות יתר של בית־המשפט בעבודת המשטרה.

הגישה המצמצמת שננקטה בהיל הטביעה את חותמה על כמה וכמה החלטות בעניין אחריות המשטרה. בעניין אוסמן נדחתה על הסף תביעה נגד המשטרה בגין מחדל למנוע רצח ופגיעה גופנית, על אף שהמשטרה ידעה כי העבריין איים בעבר על הקורבנות ופגע בהם.[110] בעניין יוגי נדחתה תביעתו של שוטר שנפגע בהפגנה וטען לרשלנות בפריסת הכוחות. בית־המשפט העריך כי הטלת אחריות בגין החלטת ביצועית הנעשית בלחץ הנסיבות, תפגע קשה בשמירת הסדר הציבורי.[111] במקרה אנסל החליק רכב התובעים על כתם דיזל, שהתגלה קודם לכן על־ידי נוסעי ניידת משטרה, ונוסעיו נפגעו. בית־המשפט לערעורים, בהחלטה משנת 1993, סירב להטיל על המשטרה אחריות חובה כללית להגן על המשתמשים בדרכים ציבוריות מפני סיכוני דרך. כלליות התובה, כך קבע, אינה מתיישבת עם הדרישה ליחסי קרבה מיוחדים בין הצדדים ועם שיקולי המדיניות שהוזכרו בהיל.[112] בעניין אלקסנדרו נפטרה המשטרה מאחריות בגין מחדל שוטריה לאתר את מיקום הפריצה בתנות, שהפעילה מערכת אזעקה במוקד המשטרה.[113]

ג. פיקוח על מוסדות פיננסיים – ההחלטה בעניין קון יה.[114] מפקידי כספים

---

109. שם, 1055-1058.

110. Osman v. Ferguson [1993] 4 All.E.R. 344.

111. Hughes v. National Union of Mineworkers [1991] 4 All E.R. 278.

112. Ancell v. McDermott [1993] 4 All E.R. 355.

113. Alexandrou v. Oxford [1993] 4 All E.R. 328. לעומת זאת חויבה המשטרה בעניין קירקהם, כאשר לא מנעה מקלוא, שנטיות ההתאבדות שלו היו ידועות, לבצע את מעשה ההתאבדות בכלא. בית־המשפט הבהיר כי בנסיבות המקרה כליאתו ללא השגחה של המתאבד לא היתה בבחינת מחדל אלא בבחינת יצירת סיכון אקטיבי. כמו כן, לא היה זה מקרה של הפעלת שיקול דעת, מה גם שנגרם נזק של מוות; Kirkham v. Chief Constable of the Greater Manchester Police [1990] 2 W.L.R. 987.

114. Yuen Kun-yeu v. A-G of Hong Kong [1987] 1 All E.R. 705. להחלטה דומה ראו גם Davis v. Radcliffe [1990] 1 W.L.R. 821 (P.C.).

במוסד פיננסי בהונג קונג איבדו את כספם עם פירוקו. הנציב הממונה על מוסדות פיננסיים נתבע בטענה כי התרשל ברישוי החברה ובפיקוח עליה, שכן זו נוהלה במרמה ובאורח ספקולטיבי. מאחר שתביעתם היתה לנזק כלכלי טהור שזכאות בגינו מוכרת בעיקר במצבי הסתמכות (reliance), טענו התובעים כי הסתמכו על איכות הבקרה והפיקוח של הנתבע כאשר השקיעו מכספם בחברה. מועצת המלך, בהחלטה משנת 1987, אישרה את דחיית התביעה על הסף. שוב ניתן משקל מרכזי למבחן היקף החובה. מעמדו של הנציב, כך נקבע, כמוהו כמעמד המשטרה בעניין היל. חובתו היא חובה כללית כלפי ציבור המשקיעים, ואין הוא חב חובה מיוחדת כלפי המשקיעים המסוימים שניזוקו. טענת ההסתמכות נדחתה אף היא. הסמכויות שהוקנו לנציב לא אפשרו פיקוח כה הדוק וצמוד שימנע כל סיכון, ולפיכך ההסתמכות לה טענו התובעים היתה בלתי סבירה ובלתי מוצדקת. שוב הודגשו שיקולי הרתעת היתר ואי־ההתערבות, אם כי דחיית התביעה במקרה זה לא הושתתה במישרין על נימוקי תקנת הציבור.

ד. טעות הרשות בפרשנות חוק. בפסק־דינה של מועצת המלך משנת 1988 בעניין רולינג[115] נדונה החלטתו של שר האוצר הניו־זילנדי, שלא לאפשר למשקיעים זרים לקנות אדמות מדינה. השר סמך את החלטתו על חיקוק ולטענת התובע, בעל המקרקעין שביקש למוכרם, התרשל בפירוש התיקוק. תביעתו של בעל המקרקעין לפיצויים בגין הנזק הכלכלי שנגרם לו התקבלה על־ידי בית־המשפט לערעורים של ניו־זילנד, אך נדחתה על־ידי מועצת המלך. על אף שטעות בפרשנות חיקוק הופכת את המהלך המינהלי במקרים רבים ל-ultra vires, נקבע כי רק לעתים רחוקות תחויב הרשות בגין טעות רשלנית בפירוש חיקוק. חיוב הרשות במקרים אלה יגרום לה לעכב החלטות עד לקבלת ייעוץ משפטי, ובסופו של דבר שכרה של הטלת האחריות ייצא בהפסדה.[116]

ה. הפעלה רשלנית של כוח שלטוני הפוגע בפרטים. ניתוח פסקי־הדין לעיל מלמד כי בתי־המשפט באנגליה נוטים שלא להטיל אחריות בגין מחדל שלטוני, בעיקר כאשר האינטרס הנפגע הוא כלכלי טהור. הגישה עשויה להשתנות כאשר מדובר במעשה אקטיבי של גרימת נזק, וכאשר נפגע אינטרס שאינו כלכלי גרידא. בעניין רולינג, שבו נדונה הפעלה אקטיבית של כוח שלטוני שפגעה באינטרסים כלכליים, היתה שלילת האחריות פחות חד־משמעית, כפי שמעידה המחלוקת בין הפרכאות בעניין זה. בעניין **לונרו**[117] הגביל הממונה על ההגבלים העסקיים את יכולתו של התובע לדכוש מניות בחברה. בדיקה העלתה כי היה ניתן לבטל מגבלה זו, אך הממונה איחר להודיע לתובע על כך. עקב כך, נרכשה החברה על־ידי צד שלישי ונגרם נזק כלכלי לתובע. בית־המשפט החליט שלא לאשר דחייה על הסף של התביעה והחלטתו אושרה על־ידי בית־המשפט לערעורים, על אף שהנזק הנתבע במקרה זה היה כלכלי טהור. ברי שניתן כאן משקל לכך שלא היה כאן מתדל למנוע סיכונים שיצרו אחרים, אלא גרימת נזק אקטיבית על־ידי רשות שלטונית המפעילה סמכות כופה, הפוגעת בחופש ההתקשרות של האזרח. כאשר פעילות אקטיבית

115. לעיל, הערה 82.

116. שם, 172-174.

117. לעיל, הערה 83.

של הרשות פוגעת באינטרס מוגן בעל אופי חוקתי, כגון אינטרסים המוגנים על־ידי עוולות התקיפה, כליאת שווא והסגת גבול, המגמה היא לתת להם הגנה מלאה, ולהטיל אחריות על הרשות בגין פגיעה בהם, אלא אם כן עומדת לה הגנת חיקוק או הגנה מיוחדת אחרת, ופעולתה נעשתה בסמכות.[118] בעניין ריגבי, לדוגמה, שבו ירתה המשטרה גז אל חנותו של התובע, שהתבצר בה פסיכופט מסוכן,[119] היה על בית־המשפט להשתמש בהגנת הצורך (necessity) כדי לפטור את המשטרה מאחריות בעוולת הסגת גבול. בעניין וולש חויבה התביעה בגין מעצרו של התובע, שנגרם בשל מחדלה להודיע לבית־המשפט כי הלה כבר נדון בבית־משפט אחר.[120]

10. אחריותם של עובדי הציבור

הכלל, שלפיו "המלך אינו יכול לבצע עוולה", לא הורחב באנגליה על עובדיו ושלוחיו של הכתר. נהפוך הוא – ביצוע מעשה עוולה על־ידי נציג הכתר, ולו גם במעמד הבכיר ביותר, נתפס כמעשה שנעשה מחוץ לתחום הסמכתו של הנציג, ולפיכך הוטלה עליו אחריות אישית.[121] עד לביטולה של חסינות הכתר ב־1946 שימשה איפוא אחריותו האישית של עובד המדינה תחליף לאחריותו של הכתר מבחינתו של הניזוק, אם כי בפועל עמדה הרשות מאחורי העובד שלה ושילמה את הפיצויים שחויב בהם.[122] יש לזכור, כי אחריותו של עובד ציבור כאותה עת היתה צרה כהיקפה והושתתה בעיקרה על עוולות פרטיקולריות, כמו הסגת גבול ותקיפה, להבדיל מעוולת המסגרת של רשלנות שהיתה באותה עת בשלבי התהוות.

החוק מ־1947, שביטל את חסינותו הגורפת של הכתר, השתית כאמור את חבות הכתר בנזיקין בעיקר על אחריותו השילוחית למעשי עובדיו ושלוחיו. אחריות הרשות הציבודית ואחריות עובד הציבור במשפט האנגלי כרוכים איפוא זה בזה. האחריות בנזיקין מוטלת על עובד הציבור, וממנו היא מתרחבת אל הרשות הציבורית. מאחר שבפועל התביעות מוגשות לרוב נגד הרשות ומבוצעות נגדה, ומאחר שהרשות נוהגת לעמוד מאחורי עובדיה המחויבים אישית, אין מעמד מיוחד לשאלת אחריותו האישית של עובד הציבור ורואים בה חלק מן השאלה של אחריות רשויות ציבור.

הדינים החלים במישרין על עובדי הציבור הם משני סוגים. האחד מקנה חסינויות מיוחדות לעובדי ציבור מסוימים או לפעילויות מסוימות, לדוגמה, החסינות המוחלטת

---

118. ראו בל (לעיל, הערה 14) 31; לואיס (לעיל, הערה 70) 402-404. השוו לעיל, הערה 89 והטקסט המלווה. ראו גם ברק־ארז (לעיל, הערה 3) 83-84.

119. ראו לעיל, הערה 80.

120. Welsh v. Chief Constable of the Merseyside Police [1993] 1 All E.R. 692.

121. סטריט (לעיל, הערה 15) 1-6; הוג (לעיל, הערה 8), 1; סימפוזיון (לעיל, הערה 12) 83-84.

122. סטריט (לעיל, הערה 15) 5. זה לא היה תחליף מלא, שכן הניזוק נותר ללא סעד, כאשר היה ניתן לבסס עילת תביעה, רק על אחריותה האישית של המדינה כבעלת נכסים או כמחויקת מקרקעין. ראו הוג (לעיל, הערה 8) 62-63.

המוקנית לשופטים,[123] או החסינויות הספציפיות המוקנות לשוטרים הפועלים לביצוע תפקידם.[124] דין מיוחד מטוג אחר יוצר עוולת נזיקין של שימוש לרעה בתפקיד שלטוני (misfeasance in public office). אחריות בעוולה זו קמה כאשר עובד ציבור, המשתמש בכוחות שהקנה לו תפקידו, גורם לאחר נזק בזדון, או כאשר הנזק נגרם עקב פעולה שהעובד ידע כי היא חורגת מסמכות.[125]

ו. המשפט הישראלי – הסדרי החסינות הסטטוטורית

1. פעולה בסמכות – סעיף 7 לפקודת הנזיקין וסעיף 3 לחוק אחריות המדינה

לצד הענקת חסינות רחבה לרשויות השלטון, בדומה למצב באנגליה באותה עת,[126] יצר המחוקק המנדטורי גם חסינות סטטוטורית מוגבלת לעובדי הרשויות הציבוריות. לצורך זה נתקקה ההוראה המצויה כיום בסעיף 7(א) לפקודת הנזיקין, המקימה הגנה לעובד הציבור "בכל תובענה שאינה על רשלנות", כאשר מעשה הנזיקין היה בתחום סמכותו או שעשהו בתום־לב בסברו שהוא פועל בתחום סמכותו כדין,[127] עם ביטול חסינותו הכללית של הריבון בתוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, החיל המחוקק הישראלי על המדינה הסדר חסינות מוגבל הדומה לזה שבסעיף 7(א). סעיף 3 לחוק אחריות המדינה פוטר אותה מאחריות על מעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, או בתום־לב בתוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית, אך למעט רשלנות שבמעשה.

התפתחויות בפסיקה בפרשנות החסינויות הסטטוטוריות שבסעיפים 7(א) ו-3 ובקביעת גדריה של עוולת הרשלנות, הגבילו את כוחן של חסינויות אלה למקרים שבהם נתבעים העובד או המדינה על אף שפעלו בסבירות: דהיינו, כאשר מבקשים להטיל עליהם אחריות המורה או מוחלטת. לעומת זאת, כל אימת שמוגשת נגד העובד או המדינה תביעת

123. שופטי הערכאות הגבוהות נהנים מחסינות מוחלטת רחבת היקף בביצוע פעילות שיפוטית. כותה של זו יפה גם כאשר נטען כי פעלו בזדון. רק במקרים של ביצוע עוולה מוכרת, תוך כדי תריגה מסמכות ייחשפו לאחריות אישית. אלא שהמונח תריגה מסמכות מתפרש בהקשר זה באורח מצמצם ורק במצבים קיצוניים ייחשב שופט בערכאה גבוהה כחורג מסמכות. חסינות השופטים בבתי־המשפט הנמוכים היתה מוגבלת יותר, אך תיקון משנת 1990 לסעיף 44 של ה-Justices of the Peace Act 1979 הרחיבה לכל פעילות שיפוטית שאינה נגועה בהערר תום־לב. ראו לואיס (לעיל, הערה 70) 410-413.

124. לואיס (לעיל, הערה 70) 413.

125. פסקי־הדין המרכזיים בעוולה זו הם דנלופ (לעיל, הערה 89); Bourgoin S.A. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food [1986] Q.B. 716; Jones v. Swansea City Council [1990] 1 W.L.R. 1453. לסקירת התפתחות העוולה ראו לואיס (לעיל, הערה 70) 406-410; ברק־ארז (לעיל, הערה 3) 84-96.

126. סעיף 1(4) לפקודת הנזיקין האזרחיים, 1944.

127. למידת תום־הלב הנדרשת מעובד־ציבור כדי שיוכל להסתייע בהגנה, ראו ע"א 82/59 זק נ' קריניצי ואח', פ"ד טו 237.

בגין התנהגות בלתי סבירה, בין במעשה ובין במחדל, בעוולת הרשלנות, בעוולות כוונה וידיעה או בעוולות אחריות חמודה ומוחלטת, לא יעמדו להם כיום חסינויות אלה.[128]

128. מנין שחריג הרשלנות להגנה חל על כל התנהגות בלתי סבירה בכל עוולה, ולא רק על עוולת הרשלנות? סעיף 3 לחוק אחריות המדינה מוציא במפורש מתחולת ההגנה "רשלנות שבמעשה". לשון זו מעידה שכוונת המחוקק היתה לאקט הרשלנות ולא לעוולת הרשלנות. ראו ע"א 667/77 דדון ואח' נ' אטיאס ואח', פ"ד לב (2) 169, 174-175; ע"א 337/81 בוסקילה נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד לח (3) 337, 344. לעומת זאת, סעיף 7 מוציא מתחולת ההגנה "תובענה על רשלנות". ביטוי זה יבול להתפרש כחל רק על עוולת הרשלנות ולא על אקט רשלני בעוולה אחרת. בעניין זה שרדה תקופה ארוכה אי־בהירות בפסיקה. להתלבטות בשאלה זו ראו רובינשטיין ופרידמן (לעיל, הערה 1) 74-76; ברק (לעיל, הערה 1) 389-390; דותן (לעיל, הערה 1) 276-277. בסופו של דבר הכריעה הפסיקה בעד הגישה המרחיבה את תחולת חריג הרשלנות להגנה לכל אקט רשלני בכל עוולה. ראו בוסקילה, לעיל, 345; ע"א 211/82 ננס נ' פלורו, פ"ד מ (1) 210, 218; ע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מא (3) 757, 782-783 (השופטת נתניהו).

מנין שחריג הרשלנות חל גם על עוולות הכוונה? בשעתו נחלקו הדעות בשאלה, אם רשלנות כוללת בתובה גם גרימת נזק ביודעין או בכוונה. הוצאת מעשים מכוונים מתחולת הרשלנות היא מלכתחילה בעייתית. התוצאה, שלפיה מחייבים מדיק שהזיק בתום־לב אך פוטרים אותו מאחריות אם אותו מעשה ממש נעשה בכוונה, גובלת באבסורד. ברוח זו העיר בית־המשפט כי אין היגיון במתן חסינות למעשים מכוונים של עובד ציבור על־ידי הוצאתם מתחומי חריג הרשלנות להגנה. ראו ע"א 312/63 אלון נ' פלד, פ"ד יז 2572, 2574; ע"א 413/64 אברהמי נ' ראש העיריה, חברי המועצה ובני העיר תל־אביב יפו, פ"ד יט (1) 114. ראו גם ת"א (ת"א) 2283/86 כהנא, עו"ד נ' עיריית תל־אביב־יפו ואח', פ"מ תשמז (ג) 79. עם זאת קיימות התבטאויות מנוגדות בפסיקה ויש הסוברים כי גם כיום השאלה עודנה פתוחה – ראו ברק־ארז (לעיל, הערה 3) 197-201. נראה כי מאז ההחלטה בעניין גורדון (לעיל, הערה 9) אין עוד ספק כי עוולת הרשלנות מתרחבת גם על מעשים מכוונים. אם לפני גורדון היה ניתן לטעון כי עוולות הכוונה שבפקודה הן הסדר ממצה השולל אחריות בגין מעשים מכוונים שאין לגביהם דין מיוחד בפקודה, הרי שטענה זו אינה יכולה עוד לעמוד לאחר שנקבע בגורדון כי העוולות אינן יוצרות סביבן הגורת הסדרים שליליים (שם, 122-127). מתחולת הרשלנות על מעשים מכוונים עולה כי עובד ציבור הגורם נזק בזדון בתחום סמכותו, לא יהנה מהגנת סעיף 7. השאלה התעוררה בשעתו, הואיל וסעיף 7 מגן על עובד הפועל בסמכות ללא התנאת הגנה בקיום תום־לב. דרישת תום־לב מועלית רק לגבי עובד הפועל מחוץ לסמכות. הדעה הרווחת היא שקיומו של הזדון שולל לרוב את הסמכות. ראו אלון נ' פלד, לעיל, 2574; ברק (לעיל, הערה 1) 386-387, 391-392; רובינשטיין ופרידמן (לעיל, הערה 1) 73 וכן הטקסט ליד הערה 392 להלן. עם זאת, אין לשלול את האפשרות של פעולה זדונית שתיחשב, לצורך חסינות, כמצויה בתחום הסמכות. ראו, למשל, את החסינות השיפוטית במשפט האנגלו־אמריקני (לעיל, הערה 123; השוו להלן, הערה 150), ובעיקר את החסינות

כוחה של ההגנה המוקנית בסעיפים הנזכרים, 7(א) ו-3, מפני אחריות חמורה ומוחלטת יפה כאשר המעשה נעשה בסמכות או באמונה בתום־לב בקיומה של סמכות. שאלה שעדיין לא הוכרעה בפסיקה היא, האם תחול ההגנה גם כאשר האמונה בתום־לב בקיומה של סמכות היא רשלנית?[129] תשובה חיובית לשאלה זו, המתבקשת לכאורה מלשון הסעיפים האלה, יוצרת קושי לוגי: אם תום־הלב אינו מגן על העובד הרשלן כאשר העובד מבצע עוולה, מדוע יגן תום־הלב על העובד הרשלן כאשר רשלנותו מתבטאת בחריגה מסמכות? תשובה חלקית לשאלה זו היא שלא תמיד קיים קשר סיבתי בין הרשלנות שהביאה לחריגה מסמכות לבין הנזק שנגרם בעקבות חריגה זו. ייתכנו מצבים, שבהם הנזק היה נגרם גם אלמלא חרג העובד מסמכותו. במקרה זה באות ההוראות להשמיענו כי עצם החריגה מסמכות אינה עילה להטלת אחריות חמורה.[130] כאשר החריגה הרשלנית מסמכות היא הגורם לנזק, עומד הקושי הזה בעינו.

הן הגנת עובד הציבור בסעיף 7 והן הגנת המדינה בסעיף 3 הנזכרים לעיל פורשו בפסיקה כהגנות מהותיות.[131] כאשר חלה הגנת סעיף 7, אין נוצרת כלל אחריות בנזיקין של עובד הציבור וממילא לא קמה גם אחריותה השילוחית של הרשות הציבורית.[132] לעומת זאת, אין בהוראת סעיף 7 כדי לשלול אחריות אישית של הרשות הציבורית. לשם

המוחלטת של עובדי הציבור במשפט האמריקני (להלן, סעיף יב.2).

נראה כי הן לצורך תחולת ההגנות הללו, והן לצורך חריג הרשלנות להגנות, יש לפרש "מעשה" ככולל גם מחדל. זאת על אף שסעיף 6 לפקודה וסעיף 3 לחוק אחריות המדינה מבחינים בין מעשה לבין מחדל, ועל אף שבענין מאורר (להלן, הערה 131) נאמר כי הסינוג המוענקת בגין מעשה אינה חלה על מחדל. נראה כי סעיף 7 התייחס למעשה בלבד ולא למחדל, משום שבאותה עת רווחה הדעה כי עובדי ציבור אינם חשופים לאחריות בגין מחדלים במילוי תפקידם. שלילת ההגנה דווקא כשמדובר במחדל היא חסרת היגיון פנימי, שכן מטבע הדברים האחריות בגין מחדלים מצומצמת בהיקפה בהשוואה לאחריות בגין יצירת סיכונים אקטיביים (ראו לעיל, סעיף ה.3). ובאשר לאמירה במאורר, ראו את ההסבר לה להלן, בהערה 140.

129. נגט נ' סלורו (לעיל, הערה 128) 217. ראו דותן (לעיל, הערה 1) 277-279.

130. על כך ראו לעיל, הערה 89.

131. לסיווג הגנת סעיף 7 כמהותית ראו ע"א 437/65, 440 **מאורר נ' מועצה אזורית גליל עליון ואח'**, פ"ד כ (3) 645, 657 (השופט ויתקון). זאת להבדיל מן ההגנה המיותרת שנדונה שם שסווגה כדיונית (כדי לאפשר תביעה נגד המדינה באחריות שילוחית). לגימוקים בעד סיווג הגנת סעיף 7 כדיונית ראו ברק (לעיל, הערה 1) 399-400. מלשון הוראות החסינות בחוק אחריות המדינה – "אין המדינה אחראית" – עולה כי כל הוראות החסינות שבו מקנות חסינות מהותית. ראו ע"א 523/63, 525 **גלפנד נ' כהן ואח'**, פ"ד יח (2) 197. לגישה אחרת ראו ברק (לעיל, הערה 1) 411-412. נטל השכנוע בדבר יסודות החסינות רובץ על המדינה – ע"א 784/79 **לאלו נ' דוד ואח'**, פ"ד לה (4) 597.

132. במקרה זה תהא המדינה פטורה מאחריות שילוחית גם ללא הוראת סעיף 3 לחוק אחריות המדינה.

כך יש צורך בהוראה מפורשת כהוראת סעיף 3 לחוק אחריות המדינה, הפוטר את המדינה מאחריות אישית. פטור דומה אינו ניתן לרשויות ציבור אחרות אלא עד כמה שהוחל עליהן חוק אחריות המדינה.[133]

2. פעולה לפי חיקוק – סעיף 6 לפקודת הנזיקין

סעיף 6 לפקודת הנזיקין קובע כי בתובענה שהוגשה על עוולה, חוץ מרשלנות, תהא הגנה שהמעשה או המחדל שמתלוננים עליו היה לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן. הגנה זו חלה על כל אדם ולא רק על עובד ציבור.[134] האם גם הגנה זו, בדומה לסעיפים 7 ו-3 הנזכרים לעיל, מוגבלת לאחריות המורה ומוחלטת, או שמא מתרחבת תחולתה גם להתנהגויות בלתי סבירות? מתד גיסא, להבדיל מהוראת סעיף 7, סעיף 6 מדבר ב"עוולת" רשלנות ולא ב"תובענה" על רשלנות. מילולית מוצאת מתחומי ההגנה רק עוולת הרשלנות. מאידך גיסא, מגמתה והגיונה של הפסיקה שהגבילה את הגנת סעיף 7 לאחריות המורה חלים גם כאן, וניתן להניח כי גם הגנת סעיף 6 תתפרש כך. ואכן, באמרת אגב נאמר, כי ההגנה לא תחול "בתובענה בשל רשלנות" גם אם החיקוק המסוים מתיר את עשיית המעשה הרשלני.[135] נראה איפוא שהגנת סעיף 6, בדומה להגנת הפעולה מכוח חיקוק של המשפט האנגלי, ובדומה להגנה בסעיפים 7 ו-3 לפקודה, פועלת רק בתחומי האחריות החמורה והמוחלטת.

זאת ועוד, לשון סעיף 6 מגבילה את ההגנה למעשה או למחדל שנעשו "לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן". כפל לשון זה מאפשר פרשנות צרה, שלפיה תחול הגנת הסעיף רק כאשר החיקוק מתיר למעשה את ביצוע העוולה, או כאשר ביצוע העוולה הוא תוצאה בלתי נמנעת של ההיתר שניתן בחיקוק.[136] זאת להבדיל מסעיפים 3 ו-7 הנזכרים לעיל, ומההגנה המקבילה במשפט האנגלי, המגינים מפני אחריות חמורה במקרים שבהם הופעלה סמכות בסבירות מבלי לדרוש כי החיקוק המסמיך יתיר במפורש או במשתמע את ביצוע העוולה.[137] על־פי פרשנות זו הגנת סעיף 6 צרה יותר מהגנת סעיפים 3 ו-7 הנזכרים ואין

---

133. חוק אחריות המדינה הוחל בשלמותו או באורח חלקי גם על הרשויות הבאות: נמלים, שידור, שדות התעופה, שיקום האסיר, דואר, מלחמה בסמים, פיקוח הקלאי, עתיקות, שמורות טבע, גנים לאומיים וכן האפוטרופוס הכללי. ראו החוקים העוסקים ברשויות אלה. טענה אחרת היא שרשות ציבורית שאינה המדינה, המבצעת פונקציה של המדינה, נהנית מהגנה אם וכאשר ניתן לראות בה עצמה "עובד מדינה". במקרה זה יהנה הגוף במישרין מהגנת סעיף 7(א) ולא יחוב באחריות שילוחית למעשי עובדיו מכוח סעיף 7(ב). ראו ברק (לעיל, הערה 1) 405, 408.

134. בני עטרות (לעיל, הערה 31) 46.

135. ע"א 363/59, 364 גשר הזיד נ' אסתר פייביש ואח', פ"ד טו 469, 473.

136. בעניין אברהמי (לעיל, הערה 128) ניתנה אכן לדרישה מצטברת זו משמעות המצמצמת את תחומי ההגנה. נקבע שם כי באשר ביצוע צו הריסה גורם באקראי נזק לבניין סמוך, יש לראות נזק זה כנעשה בהתאם לחיקוק אך לא לפי חיקוק.

137. אמנם הדרישה, שלפיה העוולה תהא תוצאה בלתי נמנעת של הפעלת הסמכות מופיעה גם

היא תורמת מאום לעובד הציבור, לרשות ציבורית הנתבעת באחריות שילוחית או למדינה הנתבעת באחריות אישית,[138] תהנה ממנה, בגבולותיה הצרים, רק רשות ציבורית, שאינה המדינה, הנתבעת באחריות אישית, ושאין עומדת לה הגנה סטטוטורית אחרת.

יש שחיקוק מסוים מקנה במפורש הגנה בנזיקין בנפרד מן ההגנה שבסעיפים 6 ו-7 לפקודה או בחוק אחריות המדינה. מהו הדין, כאשר הגנת החיקוק המסוים רחבה יותר או צרה יותר מן ההגנות האלו ואין הוראה המתאמת ביניהן?[139] דרך אחת היא להתיר לעובד הציבור להתבסס על ההוראה המקנה לו את ההגנה הרחבה יותר. דרך אחרת היא לבחון, אם קיימת הצדקה עניינית להרחבה או לצמצום ההגנה בחיקוק המסוים בהינתן הקשרו ומטרותיו. אם קיימת הצדקה שכזו, יש לראות בחיקוק זה דין מיוחד, הגובר על הדין הכללי שבפקודת הנזיקין או בחוק אחריות המדינה. בהעדר טעם כזה יש לאפשר לנתבע להסתמך במקרה של הגנה צרה יותר על ההגנה הרחבה יותר שבדין הכללי: בעוד שבמקרה של הגנה רחבה יותר ניתן להצר את תחומיה בדרך הפרשנות. ואכן, קיימת בפסיקה מגמה ברורה לתת פרשנות מצמצמת להגנות מיוחדות, שלפי פשוטן חלות גם על

במשפט האנגלי, אך שם הכוונה היא לאי־יכולת סבירה להימנע מגרימת נזק ולא לאי־יכולת מוחלטת – ראו לעיל, הערה 69.

138. כל פעולה של עובד ציבור לפי הוראות חיקוק ובהתאם לו (סעיף 6) היא מעצם טבעה פעולה בתחום סמכות (סעיף 7) או בתחום הרשאה חוקית (סעיף 3). ראו בני עטרות (לעיל, הערה 30) 46. לא כן היפוכו של דבר – פעולה בתוך סמכות אינה בהכרח פעולה לפי חיקוק ובהתאם לו, והדברים אמורים מקל וחומר כאשר הפעולה נעשית מחוץ לסמכות אך באמונה בתום־לב בקיומה. דוגמה לפעולה הנעשית על־פי סמכות אך לא מכוח חיקוק, היא ביצועו של פסק־דין. בע"א 541/89 **סרנה קולנוע ושעשועים בע"מ נ' אלקלעי**, פ"ד מה (2) 506 נקבע כי פעולה הנעשית מכוח צו בית־משפט אינה נושא לאחריות בנזיקין גם אם הצו בוטל בערעור. במקרה הזה פעל אדם פרטי מכוח פסק־דין. בית־המשפט עיגן את חסינותו לא בפקודת הנזיקין אלא בהלכה הפסוקה (ראו גם גורדון, לעיל, הערה 9, 144-145). כאשר הנתבע הוא עובד ציבור הפועל בסמכות אך לא מכוח חיקוק, יהיה ניתן לעגן את חסינותו בסעיף 7(א) לפקודה אך לא בסעיף 6. ביצוע צו בית־משפט הוא ביצוע פעולה על־פי חיקוק. ראו ע"א 193/59 **קריניצי ואח' נ' תיק**, פ"ד יג 1569; אברהמי (לעיל, הערה 128).

139. כך, לדוגמה, הגנות מיוחדות נגד תקיפה זכליאת שווא מצויות בסעיפים 24(4)(6) ו-27 (1א2)(4)(5) בפקודת הנזיקין או בחיקוקים, בפקודת המשטרה, המסמיכים את רשויות אביפת התוק לבצע מאסר או חיפוש. ראו בג"צ 465/75 **דגני נ' שר המשטרה ואח'**, פ"ד ל (1) 337 לעניין סמכויות המעצר של שוטרים לפי סעיף 44 לפקודת המשטרה. הגנות אלו רחבות יותר מן ההגנות הכלליות בכך שאינן מוציאות מתחולתן התנהגות בלתי סבירה, וחלקן צר יותר בכך שאין הן חלות על אמונה בתום־לב בקיומה של סמכות. להגנה אחרת ראו סעיפים 20 ו-21 לחוק שירותי כבאות, תשי"ט-1959 הנדונים ות"א (חי') 15233/83 **אסולין ואח' נ' איגוד ערים איזור טבריה (שירותי כבאות)**, פ"מ תשמ"ז (ג) 278.

התנהגות רשלנית.[140] זוהי ודאי הגישה הראויה באשר מדובר בהגנות בעוולות תקיפה, כליאת שווא ועוולות קניין, המגינות על זכויות חוקתיות.[141]

3. פסק־הדין בעניין בני עטרות

הגנת סעיף 3 לחוק אחריות המדינה נדונה בעניין בני עטרות.[142] התובעים, שהתגוררו בסמוך למסלול נחיתה והמראה של מטוסים, תבעו את הרשויות המופקדות על הפעלת המסלול בטענה כי המסלול מופעל על־ידן באופן העולה כדי מטרד. בית־המשפט הנית, לצורך הדיון, כי הרשויות לא התרשלו, דהיינו שעילת התביעה נגדן היא באחריות חמורה. על רקע זה התעוררה השאלה אם חלה על הרשויות הגנת סעיף 3 לחוק אחריות המדינה, כלומר אם המעשה נעשה "בתחום הרשאה חוקית". מהו המבחן לקיומה של הרשאה חוקית? על כך השיב בית־המשפט כי נדרשת הרשאה מהותית ולא הרשאה טכנית. לא די בכך שהמחוקק הסמיך את הרשות לבצע פעולה מסוימת (הרשאה טכנית), אלא צריך שמעשה זה יעמוד באמות־המידה של המשפט הציבורי (הרשאה מהותית). "צריך שיוכח, שננקטו על־ידי הרשות כל הצעדים, שניתן היה לנקוט בנסיבות העניין ומתוך

---

140. ראו, לדוגמה, עניין מאורר (לעיל, הערה 131). במקרה זה הגן סעיף 21 לפקודת מחלות בעלי־חיים, 1945, על שלוח ממשלה שפעל בתום־לב לפי החוק. הנתבע חיסן עדר בקר מבלי שהזהיר את התובע, שסייע לו במלאכתו, מפני סיכוני ההידבקות. השופט ויתקון שלל את תחולת ההגנה בטענה שזו חלה רק על פעולות המיועדות במישרין לקיום מטרות החוק ולא על פעולות לוואי. השופט זוסמן עשה כן בטענה שההגנה חלה על מעשים אך לא על **מחדלים**. הנמקות אלה אינן נקיות מקשיים: האם הסתייעות הכרחית בעובד נוסף לצורך ביצוע פעולת התיסון אינה חלק בלתי נפרד מפעולת התיסון? האם הכנסתו של עובד נוסף למעגל סיכוני ההדבקה אינה מעשה מובהק של יצירת סיכון? הרושם הנוצר הוא שבית־המשפט ביקש לצמצם את תחולת ההגנה שבחיקוק, משום שזו חלה גם על רשלנות. להחלה של חריג הרשלנות על סמכויות השוטרים בפקודת המשטרה ובחוק סדר הדין הפלילי ראו ע"א 603/73 **קומר ואח' נ' עמר ואח'**, פ"ד כט (2) 244, 248-249. ראו גם ע"א 751/68 **רעד ואח' נ' מדינת ישראל** (לעיל, הערה 90), שבו נקבע כי הסינוות המוענקת לשוטר בסעיף 83 לפקודת המשטרה אינה חלה על הפעלה רשלנית של נשק. באותה רוח נקבע כי הסדרי פיצויים בחוקים ספציפיים אינם מוציאים מפניהם בהכרח את הוכות לתבוע את המדינה ברשלנות – ראו ע"א 101/81 **דג נ' מדינת ישראל**, פ"ד לת (1) 32. על היחס בין ההגנות הכלליות להגנות מיוחדות ראו ברק (לעיל, הערה 1) 389, 400.

141. לגישה מצמצמת להגנה המוקנית למדינה כמעביד מכוח סעיף 25 לפקודת הנזיקין, ראו ע"א 800/89 **ביטון נ' קרסל ואח'**, פ"ד מו (2) 651. הוראה זו שוללת אחריות שילוחית של מעביד לעוולת תקיפה אלא אם התיר את התקיפה או אישרר אותה במפורש. המונח "אישרור" התפרש באופן רחב כחל גם על מתן ייצוג משפטי לעובד ותמיכה בגרסתו (שם, 657-659).

142. לעיל, הערה 31.

התחשבות בנושא ההרשאה, תוך מילוי חובותיה הציבוריות של הרשות בעניין זה".[143] בית־המשפט לא קבע אם תנאים אלה התקיימו אם לאו במקרה הנדון, אך הטיל על הרשות את הנטל להוכיח את התקיימותם, ולא לא תוכל להישען על הגנת סעיף 3.[144]

ההחלטה בעניין **בני עטרות מעוררת קושי**. מחד גיסא הניח בית־המשפט כי הרשות לא התרשלה, דהיינו כי פעלה בסבירות. מאידך גיסא הטיל עליה את הנטל להוכיח כי פעולתה היתה תקינה מהיבט המשפט הציבורי כתנאי להחלת ההגנה בנזיקין. אך מהי בדיוק אותה אי־תקינות מינהלית, המצדיקה את שלילת ההגנה במקרה זה? האם כיוון בית־המשפט לאי־סבירות מינהלית הרחבה יותר מאי־סבירות נזיקית? קשה להניח שזו היתה כוונתו נוכח קביעתו שלעניין הפעלת שיקול הדעת "המשפט הוא אחד, ואין הוא ניתן לפיצול מלאכותי בין הסקטור המיוחד למשפט הציבורי לבין סקטור המיוחד למשפט הפרטי".[145]

אמנם ראינו כי לא תמיד קיימת זהות בין הסבירות הנזיקית למינהלית, אך במקרה זה, שבו נדונה שאלת סבירותם של הסדרי המראה ונחיתה, קשה לראות מה ההבדל בין השתיים, מה גם שלרוב אי־הסבירות הנזיקית רחבה יותר מזו המינהלית.[146] אם כיוון בית־המשפט לפגם אחר שנפל בהליך קבלת ההחלטות ושאינו עולה כדי אי־סבירות, לא ברור מדוע פגם "טכני" כזה מצדיק את שלילת ההסינות והטלת אחריות תמורה על הרשות הפועלת בסבירות לצורך מילוי תפקידיה. כבר עמדנו על המלאכותיות שבכריכה אוטומטית של האחריות בנזיקין עם כל אי־תקינות מינהלית.[147]

4. הגנות חקוקות אחרות

סעיף 8 לפקודת הנזיקין קובע כי לא תוגש תובענה על עוולה שעשה אדם המבצע פעולות שיפוט במילוי תפקידו השיפוטי, בשעתו התעורר ספק אם הגנה זו מוקנית רק לגופים שיפוטיים ממש, כבית־משפט, בית־דין או בורד המצוינים במפורש בסעיף, או שמא מתרחבת תחולתה גם על עובד ציבור המפעיל סמכויות של שיקול דעת.[148] לא מכבר

143. שם, 48.

144. שם, 50.

145. שם, 48.

146. לעיל, סעיף ב.1.

147. לעיל, סעיף ה.5. חידוש אחר המשתמע מהלכת **בני עטרות** הוא הפיכת נטל ההוכחה לעניין סבירותו של מעשה הרשות הגורם למטרד. לפי הכללים הרגילים, המוען כי המדינה יצרה מטרד רשלני נושא בנטל להוכיח את טענת הרשלנות. **מבני עטרות** עולה, לעומת זאת, כי די בכך שהתובע יוכיח קיומו של מטרד כדי להעביר לרשות את הנטל להראות כי פעלה בסבירות (שם, 48). עוד יצוין כי הלכת **בני עטרות**, על־פי טעמה והגיונה, חלה על סעיף 7 לפקודת הנזיקין, כשם שהיא חלה על סעיף 3 לחוק אחריות המדינה. מכוחה יהא על עובד ציבור המוען להגנת סעיף 7 להראות כי מעשהו היה בתחום הסמכות המהותית ולא רק בתחום הסמכות הטכנית.

148. ראו דותן (לעיל, הערה 1) 261־265, הדן בשאלה בעקבות הערת אגב של השופטת בן פורת

נפסק כי ההגנה אכן מוגבלת לטריבונלים המכריעים בסכסוך בין צדדים על־פי הליך דמוי משפט, וכי אין היא חלה על גופים מעין שיפוטיים כוועדות תכנון ובנייה.[149] כאמור, אין רשימה זו עוסקת באחריות הרשות השופטת.[150]

סעיף 4 לחוק אחריות המדינה פוטר אותה מאחריות בנזיקין בשל הוצאת שם הרע. הפיכת רשות השידור לתאגיד עצמאי, שאינו נהנה מהגנה זו, צמצמה את תחומי ההגנה.[151] כמו כן אין היא חלה על הוצאה רשלנית של שם רע.[152] לאחר חקיקת ההסדר המפורט של חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, הטעם להענקת חסינות זו למדינה, להבדיל מעובדיה, אינו ברור.[153]

סעיף 5 לחוק אחריות המדינה פוטר את המדינה מאחריות על מעשה שנעשה עקב פעולה מלחמתית של צבא־הגנה־לישראל. חסינות זו פורשה בפסיקה באורח מצמצם כחלה רק על פעולות לחימה ממש, ולא על פעולות הנעשות בזמן לחימה או על פעולות עזר

בע"א 219/79 ירמלוביץ נ' חובב, פ"ד לה (3) 766, 770. ראו גם כרמלי (לעיל, הערה 3) 782, ות"א (ת"א) 1690/81 המגדר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ג (א) 177, 189-190.

149. ע"א 324/84 **עיריית בני ברק ואח' נ' דוטברד ואח'**, פ"ד מה (4) 102, 125-126. ראו גם ת"א (ת"א) 1427/82 לוביאניקר נ' עיזבון המנוח בר ז"ל, פ"מ תשמ"ז (ג) 55, ות"א (ת"י) 500/85 **עיני חברה לבניין בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריות ואח'**, פ"מ תשנ"א (ב) 397.

150. לשם ההשוואה יצוין כי ההגנה המוענקת בסעיף היא רחבת היקף. אין היא מוציאה במפורש מתחולתה רשלנות, ואף לא מעשים שנעשו בחוסר תום־לב. כמו כן אין נדרשת פעולה בסמכות. שתיקה זו בולטת על רקע ההתייחסות ליסודות אלה בהגנת סעיף 7. בדרך הפרשנות ניתן לכל היותר לומר, כי עוולה הנעשית שלא בתום־לב אינה עוולה שאדם מבצע "במילוי תפקידו השיפוטי" (ברק, לעיל, הערה 1, 395). אולם בהגבה זו נקט המחוקק לשון דיונית – "לא תוגש תובענה" – ומכאן שתיתכן אחריות שילוחית של הרשות הציבורית המעסיקה את בעל התפקיד השיפוטי, לרוב המדינה, אם זה פעל ברשלנות או שחרג מהרשאתו החוקית שלא בתום־לב. אם זהו הדין, תוכל המדינה לחזור אל השופט במקרים אלה בתביעת השתתפות (שם, 413). חסינות מוחלטת ורחבת היקף זו מקובלת גם באנגליה (לעיל, הערה 123) ובארצות־הברית (להלן, הערה 382). להשוואה בין החסינות האזרחית לחסינות הפלילית בעניין זה ראו ע"פ 26/66 **טאהר אבו מחמד חמאד נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד כ (3) 57. שאלה אחרת היא אם חלה חסינות על פעולות מינהליות של שופטים. הביטוי "מילוי תפקיד שיפוטי" אינו תד־משמעי ויש לו, כדברי ברק (שם, 394, הערה 24), לא רק משמעות פונקציונלית אלא גם גוון ארגוני, שיש בו כדי להרחיב את תחומי החסינות גם לפעולות מינהליות. ניתן להבין את הסעיף כפוטר את השופטים מאחריות, כל עוד מדובר בפעולה שהיא חלק בלתי נפרד ממילוי תפקיד שיפוטי, גם אם היא מינהלית באופיה.

151. **חוק רשות השידור, תשכ"ה-1965**, סעיף 37.

152. **נגס נ' פלורו** (לעיל, הערה 128).

153. ראו ברק (לעיל, הערה 1) 413-414.

לפעולות לחימה.[154] סעיף 27, שהוסף לחוק בתשמ"ט, הרחיב פטור זה גם על עובדי המדינה ושלוחיה.[155] ניתן להסביר חסינות זו הן בנימוק אי־ההתערבות, דהיינו הוצאת פעולות מלחמתיות מתחומי הביקורת השיפוטית הנזיקית, והן בכך שבמקצת המקרים עומדת לניזוק מערכת פיצויים חלופית בחוקים מיוחדים.[156]

סעיפים 6 ו־7 לחוק אחריות המדינה פוטרים את המדינה מאחריות בנזיקין בגין חבלה, מחלה, החמרת מחלה או מוות שנגרם על־ידיהם, ואשר נגרמו לאדם בתקופת שירותו הצבאי ועקב שירות זה. סעיף 27 הרחיב חסינות זו גם על שלוח המדינה, שבגללו היתה המדינה אחראית בנזיקין אלמלא הוראת הפטור האמורה.[157] הוראות חסינות אלו לא באו לפטור את המדינה מחובתה לפצות את הנפגע אלא להמיר וכאות בנזיקין בוכאות חלופית על־פי חוקי התגמולים.[158] חסינות זו ניתן להסביר גם ברצון למנוע התערבות שיפוטית אזרחית בפעילות צבאית.

סעיף 8 לחוק אחריות המדינה פוטר אותה מאחריותה בתורת בעלת נכס שהוקנה לה מכות חוק בלבד, כל עוד לא קנתה אחיזה בנכס. חיקוקים מיוחדים, המפורטים בסעיף 9 לחוק אחריות המדינה, פוטרים את המדינה מאחריותה בהקשרים מסוימים. כאמור, במסגרת זו לא נעסוק בחסינויות המיוחדות של הרשות המתוקקת ונשיא המדינה.[159]

5. היקף החסינות הסטטוטורית – סיכום

היקף החסינות הסטטוטורית של רשויות הציבור ועובדיהן במשפט הישראלי הוא מצומצם, ואין בו תשובה ראויה לצורך בעיצובו של דין אחריות מיוחד לרשויות ציבוריות

154. ע"א 311/59 **מפעל תחנת טרקטורים בע"מ נ' חייט ואח'**, פ"ד יד 1609 (שמירה ביישוב ספר אינה פעולה מלחמתית); ע"א 542/75 **עטאללה נ' מדינת ישראל ואח'**, פ"ד לא (2) 552 (למאזן נגד פעילות טרור יש אופי של פעולה מלחמתית); ע"א 623/83 **לוי ואח' נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון**, פ"ד מ (1) 477 (ריכוז רכב בעורף בעת מלחמה אינו פעילות מלחמתית); ע"א 345/85 **מדינת ישראל נ' אוחנה**, פ"ד מב (3) 11 (יחידת משמר המופקדת על שלומם של אזרחים המשתמשים בכביש הסמוך לאזור לחימה אינה מבצעת בכך פעולה מלחמתית). ראו גם ת"א (ב"ש) 566/74 **מרב"י נ' מקורות**, פ"מ תשל"ט (ב) 309, וכן ברק, (לעיל, הערה 1) 414.

155. לפני התיקון קבעה ההלכה הפסוקה כי חסינות המדינה בחוק אחריות המדינה אינה משתרעת על עובדיה ושלוחיה. ראו **ראונדנאף** (לעיל, הערה 63).

156. ראו **פסק־דין דג** (לעיל, הערה 140) 36.

157. חסינות מהותית זו הורחבה מכות סעיף 22(ב) לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, גם על חבותה של המדינה כבעלת הרכב או כמבטחת עצמית במקרה של תאונת דרכים שבה נפגע חייל.

158. לדיון נרחב בסוגיה ראו **ראונדנאף** (לעיל, הערה 63). מטעם זה הורחבו חסינויות אלה גם גם על סוהרים ושוטרים הנהנים מזכאות חלופית בחיקוקים ספציפיים. ראו ע"א 308/60 **ייגר נ' מדינת ישראל ואח'**, פ"ד טו 330 וע"א 5164/91 **מדינת ישראל נ' עזרא**, תקדין־עליון 94 (1), 614.

159. ראו ברק (לעיל, הערה 1) 396-398.

בפעילותן השלטונית.[160] בתחום האחריות המרכזי, תחום המעשים והמחדלים הדשלניים, הכולל גם עוולות מכוונות, אין כיום לרשויות הציבור ולעובדיהן הגנה סטטוטורית, למעט חריגים מיוחדים כפעולות שיפוט ופטור המדינה ועובדיה מאחריות בשל פעולות מלחמתיות. לעומת זאת, מוענקת חסינות רחבה לעובדי ציבור ולמדינה מפני אחריות חמורה ומוחלטת. בעניין בני עטרות הוגבלה חסינות זו, אך טיב ההגבלה והגיונה אינם ברורים. משימת עיצובו של דין אחריות מיוחד הוטלה איפוא גם בישראל, כמו באנגליה, על כתפי הרשות השופטת.[161]

ז. המשפט הישראלי – התפתחות ההלכה הפסוקה עד להחלטה בעניין לוי

עד להחלטה בעניין לוי[162] ניתן לחלק את התפתחות ההלכה הפסוקה בעניין אחריותן בנזיקין של רשויות ציבור ועובדיהן לשתי תקופות: התקופה שעד להחלטה בעניין **גרוסבר**,[163] והתקופה שמגרוסבר ועד להחלטה בעניין לוי.

1. ההלכה עד להחלטה בעניין גרוסבר

עד להחלטה בעניין **גרוסבר** ניתן להכליל ולומר כי הדין בישראל בסוגיית אחריותן של רשויות ציבור הלך בעקבות הגישה הזוהירה של הדין האנגלי, והשתמש בהבחנות בין מעשה למחדל, בין חובה לסמכות שבשיקול דעת, בין חובה כללית לחובה מסוימת, ובין נזק פיסי לנזק שאינו פיסי לצורך צמצום אחריות רשויות הציבור ועובדיהן. זאת על רקע טיעוני הרתעת היתר, עומס היתר ואי־ההתערבות. ימחישו זאת הדוגמות הבאות.

---

160. אם כי ריבוי ההגנות עלול ליצור את הרושם שמדובר ב"הגנה מרחיקת לכת", כמאמר השופט ברנזון בבינוי ופיתוח (לעיל, הערה 58) 456. יש לזכור כי הדברים נאמרו לפני צמצום ההגנות שעמדנו עליו לעיל.

161. השוו לעיל, סעיף ה.2. מעמד מיוחד ניזקנה למדינה גם מכוח סעיף 42 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], הקובע כי אין תיקוק בא להטיל חובה על המדינה אלא אם נאמר בו במפורש. עד לחקיקתו של חוק אחריות המדינה נהנתה איפוא המדינה מחסינות כפולה מאחריות – הן מכוח סעיף 4(1) לפקודת הנזיקין מ־1944 והן מכוח סעיף 42 הנזכר. ראו ע"א 405/61 **בן־קאשי ואח' נ' עיריית תל־אביב־יפו ואח'**, פ"ד טו 248; ע"א 166/59 **אפריאט ואח' נ' היועץ המשפטי**, פ"ד טו 1134 1149; וכן בג"צ 22/49 **סבו נ' המושל הצבאי, יפו**, פ"ד ב 701. לפי פשטה פוטרת הזדאה זו את המדינה מאחריות בעוולה של הפרת חובה חקוקה כל עוד החובה החקוקה אינה מוטלת עליה במפורש, כלומר, כאשר מדובר בחובה חקוקה המופנית אל פרטים. נראה איפוא שאין להוראה זו חשיבות גדולה, כאשר מדובר בחובות שלטוניות המוטלות על המדינה. כאשר הפרת החובה החקוקה מסילה על המדינה אחריות חמורה או מוחלטת על פעילותה הפרטית נבלעת הגנת זו בהגנת סעיף 3 לחוק אחריות המדינה. כאשר האחריות המוטלת היא על בסיס התנהגות בלתי סבירה יוצר סעיף 42 הנזכר הגנה בלעדית לו.

162. לעיל, הערה 2.

163. ע"א 343/74 **גרוסבר ואח' נ' עיריית חיפה ואח'**, פ"ד ל (1) 141.

על אף שסעיף 63 לפקודת הנזיקין קובע במפורש כי החובה החקוקה שהפרתה מקנה זכות לפיצויים יכול שתהיה חובה כלפי הציבור בכללותו, נטה בית־המשפט בעניין פריצקר נ' פרידמן[164] לעמדת המשפט האנגלי השוללת זכאות לפיצויים בגין הפרת חובה חקוקה המגינה על הציבור כולו.

בעניין סרג עדין[165] נגרם נזק לסחורה עקב הצפת מרתף במי גשמים. נטען כי העיריה לא סיפקה תעלת ניקוז אחרת במקום זו שנהרסה, ובכך הפרה חובה חקוקה והתרשלה. התביעה נדחתה על בסיס טיעוני המחדל ושיקול הדעת. בית־המשפט אימץ את הלכת איסט ספולק[166] וקבע כי מדובר במקרה זה במחדל למנוע סיכון שיצרו איתני הטבע, ולא בסיכון שיצרה העיריה. עוד ציין בית־המשפט כי על הרשות הציבורית, במסגרת שיקול הדעת שהוקנה לה, לקבוע בעצמה סדר עדיפויות לקיום התובות שהוטלו עליה במגבלות התקציב. בית־המשפט גם הזכיר את הנטייה בפריצקר נ' פרידמן לא להטיל אחריות בנזיקין בגין חובות שתחולתן היא כללית. על סמך טעמים אלה הוא סיווג את חובת הרשות במקרה זה כחובה ציבורית, ושלל את אחריותה בנזיקין.

בעניין שתארה[167] נתבעה רשות הרישוי ברשלנות ובהפרת חובה חקוקה בטענה, שפקיד הרישוי לא קיים חובה שהטילו עליו תקנות התעבורה לדרוש תעודת ביטוח בעת העברת רכב לקונה. התובע, שנפגע בתאונה, נותר עקב כך ללא תביעה נגד מבטח. התביעה נדחתה ברוב דעות בערעור ופה אחד בדיון הנוסף. טעמי הדחייה היו אלה: ראשית, הודגש שמדובר כאן במחדל טהור. הסיכון של העדר ביטוח נוצר כאן על־ידי הצד השלישי, הקונה שלא ביטח את רכבו, ואילו חובתה של הרשות היתה למנוע את התממשות הסיכון שיצר הצד השלישי. עובדה זו יצרה ריחוק בין המחדל לבין הנזק שנגרם בעקבותיו. שנית, בית־המשפט מסתמך במישרין על שיקולי הרתעת היתר ועומס היתר, ומגיע למסקנה כי "אין להעלות על הדעת שהמדינה תהיה אחראית בנזיקין על כל מעשה רשלנות או הזנחה של אחד מפקידיה". הטלת אחריות תלויה במגוון שיקולים, כמו הומדת ההזנחה ושיעור הנזק, אך אין היא עניין שבשגרה. גם כאן השתמש בית־המשפט בטכניקה של סיווג חובת הפקיד כחובה ציבורית או מינהלית כדי לשלול את קיומה של האחריות האזרחית בשתי העוולות, אם כי הסתייג משיקול כלליות החובה כגורם המצדיק את שלילת האחריות. גם לאחר שבית־המשפט העליון שינה את עמדתו הוסיפה "גישת שתאדה" להשפיע במשך תקופה ארוכה על פסיקת בתי־המשפט שמתחתיו.[168]

---

164. ע"א 224/51 פריצקר ואח' נ' פרידמן, פ"ד ו 674, 689-690.

165. ע"א 247/55 סרג עדין בע"מ בפירוק מרצון נ' ראש העיר תל אביב-יפו ואח', פ"ד יא 1110, ובעקבותיו ע"א 544/59 פוחצר נ' נוימן ואח', פ"ד טו 502.

166. לעיל, הערה 73.

167. ע"א 110/65 שתאדה נ' חילו ואח', פ"ד כ (1) 163; ד"נ 6/66, פ"ד כ (4) 617. ראו בעיקר עמ' 621-624 בדיון הנוסף. ראו גם ע"א 452/72 בחן, חברה לביטוח בע"מ נ' אייזנברג ואח', פ"ד כז (2) 720.

168. ראו לדוגמה ת"א (נצ') 445/83 חסיד בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ג (ג) 114 (תביעה נגד המכס בשל שחרור מאוחר של סחורה); ת"א (ת"א) 478/78 יעיש ואח' נ' מדינת

העילה העיקרית להטלת אחריות על רשויות ציבור בתקופה זו היתה תחזוקה לקויה של דרכים ציבוריות. כבר בעניין טרג עדין[169] הכיר בית־המשפט באמירת אגב, באחריותה של רשות ציבורית בגין התזקה לקויה של דרך שסללה, תוך שהוא שולל בהקשר זה את ההבחנה בין עשייה עוולתית (misfeasance) לאי־עשייה (nonfeasance). בעניין חואטי הפכה אמירת אגב זו להלכה,[170] לתובע נגרם נזק גוף, כאשר אוטובוס שבו נסע נכנס לתוך שקע עמוק בכביש. התברר כי השקע נוצר שבועות רבים לפני האירוע וכי המדינה לא עשתה דבר לתיקונו. בית־המשפט חייב את המדינה ברשלנות, תוך שלילת ההבחנה בין אי־עשייה לעשייה בעוולה.

על אף הטלת האחריות ודחיית ההלכה האנגלית באותה עת, אין לראות בהחלטה זו סטייה מן הגישה המצמצמת לאחריות רשויות ציבור. ראשית, תחזוקה לקויה של כבישים ודרכים, היוצרת סיכוני בטיחות, אינה בבחינת מחדל טהור. כאשר הרשות סוללת כביש או דרך ומזמינה את הציבור להשתמש בה, יש בכך משום יצירת מצג כי הדרכים הציבוריות ראויות לשימוש. מי שהסתמך על מצג זה ונפגע בשל כישלונה של הרשות לתחזק כראוי את הדרך, תובע את הרשות בשל סיכון שיצר מצגה ולא בשל מחדל למנוע סיכון שיצרו אחרים. לעתים שקול מצג זה ליצירת "מלכודת".[171] במלים אחרות, הרשות הפרה התחייבות מכללא שנטלה על עצמה לתחזק כהלכה את הדרך הציבורית, ומכאן אחריותה. שנית, ניתן לראות את הרשות בהקשר זה כיוצרת סיכון ברשות הרבים. סיכון ממין זה מקים אחריות מיוחדת ומוגברת[172] או אחריות תמורה ממש.[173] שלישית, הנזק הצפוי במקרים אלה הוא נזק גוף ואף מוות, ומכאן חשיבות מניעתו.[174]

ישראל ואח', פ"מ תשמ"ד (ג) 415 (תביעה נגד המדינה בקשר עם הוצאת נשק על־ידי חייל נפקד); ת"א (ב"ש) 151/80 קפלן ואח' נ' גבאי ואח', פ"מ תשמ"ד (ג) 22 (אי־אכיפת שילום האוסר על רחצה).

169. לעיל, הערה 165.

170. ע"א 144/60 מדינת ישראל נ' חואטי ואח', פ"ד טז 209.

171. ע"א 586/84, 587, 588 מקלף ואח' נ' זילברברג ואח', פ"ד מג (1) 137. במקרה זה נקבע כי האחראים לתכנון, להתקנה או לתחזוקה של רמזורים שפעלו בניגוד לתוכנית הפעולה שלהם, תוך יצירת מלכודת לנהגים נושאים באחריות כלפיהם (147-148). ראו גם ע"א 20/80, 21 פליישר ואח' נ' לקטרש ואח', פ"ד לו (3) 617, 624.

172. ע"א 316/75 שור ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (1) 299, 304.

173. ע"א 74/82 עיריית תל אביב נ' מורד, פ"ד מ (3) 74.

174. לאחריות בגין התזקת דרכים ציבוריות ראו גם ע"א 188/59, 176 עיריית תל-אביב-יפו נ' ראש חדש, פ"ד טז 301; ע"א 129/62 מדינת ישראל נ' עיריית חיפה, פ"ד יז 729; ע"א 20/64 הפניקס הישראלי, חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד יח (3) 426; ע"א 170/65 המועצה המקומית כפר אתא נ' סלמה ואח', פ"ד כ (1) 632; ע"א 541/67 חברת מקורות בע"מ נ' שאלתיאל ואח', פ"ד כב (1) 625; ע"א 646/69 הכטר נ' המועצה המקומית רעננה, פ"ד כד (1) 611; ע"א 194/63 נתנסון נ' עיריית חולון, פ"ד יז 2169.

בעניין מנטל הוכרה אחריותה בנזיקין של הרשות בגין הפרת חובה חקוקה להציג ולשלוח במועד הודעה על הפקעת מקרקעין.[175] הנזק שנגרם לתובעים היה נזק כלכלי של הפחתת סכום הפיצויים, שהיו זכאים לו עקב ההפקעה. גם החלטה זו מתיישבת היטב עם הגישה המצמצמת לאחריות. בהפקיעה רכוש פרטי מפעילה הרשות הציבורית סמכות שלטונית כופה הפוגעת בזכות היסוד של הפרט לקניינו. עוצמתו של הכוח השלטוני והצורך בריסונו, כמו גם חשיבותו העליונה של האינטרס המוגן וחומרת הפגיעה בו, מצדיקים בקרה ופיקוח צמוד על פעולת הרשות, לרבות באמצעות דיני הנזיקין. על רקע זה יש להבין החלטות אחרות, בתקופה הנדונה וגם לאחרונה, שבהן חויבה רשות ציבורית בשל הפעלת סמכות שלטונית כופה הפוגעת בקניינו של אדם. נקבע כי שוטר הנכנס לחצרים פרטיים מבצע הסגת גבול אלא אם כן קיימת לכך הצדקה;[176] כי בהעדר סמכות פעולה חדירת מבנה על־ידי עובדי עיריה היא עוולה;[177] כי עיכוב נכס של אזרח שלא כדין על־ידי הרשות טעון הוראה מפורשת מטעם המתוקק;[178] והוטלה אחריות על רשויות התביעה בשל אי־השקעת כסף שהוחזק כמוצג במשפט.[179]

בדומה למשפט האנגלי, הוטלה ומוטלת גם במשפט הישראלי אחריות "רגילה" על פעילותה הפרטית של הרשות הציבורית – פעילות הזהה או הדומה לזו של מזיק פרטי או פעילות "מעורבת", שההיבט הפרטי הוא השולט בה. בהקשר זה לא ניתן ככלל משקל מיוחד למעמדה המיוחד של הרשות הציבורית, ובית־המשפט התייחס אליה כאל מזיק פרטי בנסיבות דומות. אחריות מסוג זה הוטלה על המדינה ורשויות ציבור אחרות כממונה על נכס מסוכן,[180] במעבירה של נכס מסוכן,[181] כמחזיקת מקרקעין,[182] כיוצרת סיכון במקרקעין,[183] כמבעירת אש,[184] וכמפעילת רכבת.[185]

175. ע"א 457/64 מנטל לבית וינשטרן ואח' נ' עיריית פתח־תקוה, פ"ד יט (1) 540. ראו גם ע"א 672/66 דג'בי נ' רשות הפיתוח, פ"ד כא (1) 365 וע"א 57/73 יוסף ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כט (2) 486.

176. ע"פ 229/57 אל-נקיב נ' היועץ המשפטי, פ"ד יב 850, 852.

177. תיק נ' קריציצי (לעיל, הערה 127).

178. ע"א 464/60 מרכוס נ' מדינת ישראל, פ"ד טו 1114 (המדינה חויבה מטעם אחר).

179. ע"א (חי') 93/84 ויצמן נ' מדינת ישראל ואח', פ"מ תשמ"ה (ב) 39. להטלת אחריות בשל הפעלת סמכות שלטונית כופה ראו גם עניין יעקובוביץ (להלן, הערה 222).

180. צופר אוצקה בלתי מגודר על גג בית־מלון – ע"א 405/60 מדינת ישראל נ' רבינוביץ ואח', פ"ד טו 2381; אמצעי לחימה – ע"א 61/89 מדינת ישראל נ' אייגר ואח', פ"ד מה (1) 580; כלי רכב צבאיים – ע"א 557/82 מדינת ישראל נ' אביטן ואח', פ"ד מא (1) 563 (במקרה זה לא נמצאה התרשלות).

181. ע"א 230/62 מורד נ' פרוסט ואח', פ"ד יז 36.

182. ע"א 98/62 מדינת ישראל נ' ניטר ואח', פ"ד יז 2073; ע"א 158/84 צביח נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (3) 834.

183. ת"א (ב"ש) 464/82 חסן נ' מדינת ישראל ואח', פ"מ תשנ"ג (א) 94.

184. ע"א 9/86 ויין ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (4) 713.

185. ע"א 9/67 קבע ואח' נ' קורלי ואח', פ"ד כא (2) 51.

2. מבשרי השינוי – ההחלטות בעניין גרובנר ואייל נ' פוקסמן

א. עניין גרובנר. על קו התפר בין הגישה המצמצמת שנסקרה לעיל לבין ההתפתחות העתידה של הדין מצוי פסק־הדין בעניין גרובנר,[186] התובעת, הולכת רגל, נפגעה על־ידי רוכב אופניים בגן ציבורי. נטען כי העירייה היתה צריכה להציב פקחים כדי שיאכפו את האיסור על רכיבת האופניים, שנקבע בתמרורים שהוצבו במקום. מכיוון שלא עשתה כך, מחדלה, כך נטען, מהווה עוולה של הפרת חובה חקוקה ועוולת הרשלנות.

את טענת הפרת חובה חקוקה דוחה בית־המשפט, תוך שימוש בהבחנות המסורתיות בין סמכות חובה לבין סמכות רשות ובין חובה ציבורית לחובה פרטית. נקבע כי החיקוקים המסמיכים, תקנות התעבורה ופקודת העיריות, יוצרים סמכות רשות אך אינם מטילים חובה, וגם אם יצרו חובה היתה זו חובה ציבורית. אלא שלצד ניתוח "שמרני" זה וזרק בית־המשפט לחלל עולם המשפט רעיונות חדשניים. "יכול ותעלה הטענה כי הפעלתה של סמכות, הלכה למעשה, יוצרת פיקוח ופיקוח, המעוגן בחוק, הוא גם שמוליד חובה."[187] בכך נשתל הזרע שיצמיח בעתיד את האפשרות לראות בהפעלה בלתי נאותה של סמכות שבשיקול דעת משום הפרת חובה חקוקה – את הפיכתה של הפרת חובה פסוקה להפרת חובה חקוקה. בן משאיר בית־המשפט ב"צריך עיון" את השאלה, אם ביצוע רשלני של חובת ביקורת בטיחותית הוא מקור לאחריות בנזיקין.[188] ההשראה להרהורים מרחיבי אחריות לקוחה מפסק־הדין האנגלי בעניין דטון.[189] כמו כן, בית־המשפט מטיל ספק בכלל השולל הטלת אחריות בגין תובות בעלות תמולה כללית.

בדיון בעוולת הרשלנות עולות שאלות היסוד של אחריות רשויות הציבור בנזיקין. התביעה הוגשה נגד הרשות בשל מחדל טהור – מניעת עבריינות, והיא מעוררת שאלה טיפוסית של הפעלת שיקול דעת על־ידי הרשות הציבורית בתחום שנמסר להכרעתה – חלוקת תקציב מוגבל למטרות שונות. לעומת זאת מדובר בנוקי גוף, וניתן להקביל את חובת הרשות במקרה זה לחובה המוטלת על אדם פרטי למנוע סיכונים מן המוזמנים למקרקעיו. בית־המשפט מתלבט בין הגישה המסורתית מצמצמת האחריות לבין גישה מרחיבה יותר.[190] הוא מכיר בצורך לדרבן את הרשויות לאכוף את החוק, אך עם זאת מציין כי אמת־המידה הנזיקית אינה מכשיר מתאים לכך. הוא מצטט בהרחבה טיעונים של אי־שפיטות ושל הרתעת יתר המובאים נגד ביקורת נזיקית, אך בה בעת מעריך כי יש מקום לביקורת שיפוטית נזיקית, אם זו תרע לתת את הדעת גם לשיקול הציבורי, לפחות

186. ראו לעיל, הערה 163.

187. שם, 151.

188. שם, 153.

189. Dutton v. Bognor Regis United Building Co., Ltd. [1972] 1 All E.R. 462. פסק־דין זה הוא המבשר של הלכת אן (לעיל, הערה 74).

190. להתלבטות דומה בקו התפר שבין שתי הגישות ראו ת"א (חי') 772/77 עהדי ואח' נ' עזבון כאמל ואח', פ"מ תשמ"ה (ב) 177 (תביעה נגד רשויות בגין התהפכות סירה בעת סיור שיט סביב חומת עכו).

כדי לקבוע אם נקטו אמצעים מזעריים.[191] בסופו של דבר הוא מחליט שלא להתערב בהחלטת הרשות, אך מבלי להבהיר אם הסיבה לכך היא מתן אישור לאופן הפעלת שיקול הדעת במקרה זה או אי־נכונות להתערב בשיקול הדעת.

ב. אייל נ' פוקסמן,[192] בפרשה זו נדונה שאלת אחריותם של מהנדס עיר ושל העיריה מעבידתו, בשל התמוטטות בניין שגרם לנזקי גוף. הבניין התמוטט עקב חפירה במגרש סמוך ללא אמצעי בטיחות נאותים. מהנדס העיר הסתפק במכתבי אזהרה, אך לא נקט פעולות למניעת הסיכון על אף שהדבר היה בסמכותו. בית־המשפט דחה את התביעה בהפרת חובה חקוקה על בסיס פקודת העיריות, ושב והותיר ב"צריך עיון" את השאלה אם ביצוע רשלני של חובת ביקורת בטיחותית כמוהו כהפרת החובה. לעומת זאת, התקבלה התביעה ברשלנות.

החידוש בהחלטה הוא בהכרה באחריות בגין אי־הפעלת סמכויות פיקוח, על אף שאינן סמכויות חובה,[192א] ועל אף שמדובר במחדל טהור ולא ביצירת סיכון אקטיבית. נקבע כאן כלל שהשלכותיו האפשריות מרחיקות לכת: "סמכות הפיקוח על עבודה נושאת בחובה אחריות בקשר לביצוע העבודה."[193] בית־המשפט אף טדת להדגיש כי האחריות אינה נובעת רק משיקול ההסתמכות, דהיינו מכך שאלה שנפגעו סמכו למעשה על המהנדס, אלא מעצם מחדלו של המהנדס למנוע נזק צפוי שגרם צד שלישי. עם זאת, יש לזכור את הנסיבות המיוחדות של המקרה: המהנדס היה מודע לסיכון של גרימת נזק גופני חמור ואף מוות, ומחדלו גבל בהתרשלות חמורה.

3. הרחבת בסיס האחריות – פסקי־הדין ועקנין, זוהר וגורדון

א. עניין ועקנין – חובות כלליות וחובות ציבוריות. בפסק־דין ועקנין,[194] שלא עסק למעשה באחריות רשויות ציבור בגין פעילות שלטונית (אחריות העיריה היתה "פרטית" – בעלים של בריכה), הכשיר בית־המשפט את פריצת הדרך להרחבת משמעותית של אחריות עובדי ציבור ורשויות ציבור. נדונו בו יסודות העוולה של הפרת חובה חקוקה. כאמור, הוגבלה ומוגבלת האחריות בעוולה זו במשפט האנגלי באמצעות הכלל המוציא חובות כלליות מתחום העוולה. להגבלה זו יש חשיבות גדולה בצמצום אחריות רשויות הציבור, והיא משקפת באורח מובהק את החשש מהרתעת יתר, עומס יתר והצפה.

הבחנה זו יובאה למשפט הישראלי בפריצקר נ' פרידמן. אם בעניין שחאדה וגרובנר הוטל ספק בהצדקה שיש להגבלה זו, בא בית־המשפט בועקנין והוריד עליה את הכורת. "מספרם של הפרטים, אשר על האינטרסים האינדיווידואליים שלהם בא החוק להגן, אינו

---

191. בעמ' 162.

192. ע"א 684/76, 692, 697 אייל נ' פוקסמן ואח', פ"ד לא (3) 349.

192א. להבחנה בין סמכויות חובה לסמכויות רשות ראו לעיל, הערה 73.

193. שם, 360.

194. ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית־שמש, פ"ד לז (1) 113.

מעלה ואינו מוריד."[195] בית־המשפט גם מצביע על כך כי ההבחנה בין "תובה ציבורית" ל"חובה פרטית", המשמשת באנגליה ובארצות־הברית כמכשיר משפטי מרכזי לשלילת אחריותן של רשויות ציבור, היא למעשה ריקה מתוכן שכן חובה כלפי הציבור היא חובה כלפי הפרטים היוצרים אותו. כן משתמעת מפסק־הדין גישה מצמצמת לתנאי המרכזי של עוולת הפרת חובה חקוקה – הדרישה שהחיקוק נועד לטובתו ולהגנתו של הפרט הניזוק.

מדברי בית־המשפט עולה כי כנקודת מוצא יש לראות את מדבית החיקוקים כבאים להגן על פרטים, וכי מכלל זה יוצאים רק חיקוקים מיוחדים "שבאו להגן על האינטרסים של המדינה, של הממשלה, ושל מירקם החיים הקולקטיביים ואורחות חיי האומה,"[196] את מגמת ההרחבה של ועקנין ממשיך פסק־דין טולטאן,[197] שבו צומצם עד מאוד התנאי השולל אחריות, כאשר קיומה של סנקציה אחרת בגין הפרת החובה מעיד על כוונה לשלול את סעד הפיצויים. להבדיל מן המשפט האנגלי, שבו מופעל תנאי זה לצמצום האחריות,[198] נקבע בטולטאן כי אם החיקוק נועד לטובתו או להגנתו של הניזוק, קמה חזקה נגד שלילת הפיצויים בשל הסנקציה האחרת. העובדה שהחיקוק קובע סנקציה מינהלית או פלילית נגד הרשות במקרה של הפרה, להבדיל מסעד אזרחי, איבדה מחשיבותה כתנאי המגביל אחריות.

ב. **עניין זוהר – פריצת גדרי האחריות.** בפסק־הדין בעניין זוהר[199] נסללה הדרך להטלת אחריות רחבה על רשויות הציבור ועובדיהן, תוך תריגה משמעותית מן הגישה הזהירה והמסויגת של המשפט האנגלי והאמריקני לאחריות זו. התובע ניזוק עקב נפילת סככה על מכוניתו בעת שתנה מתותיה באיזור חוף הים. הקרקע שהוצבה עליה הסככה היתה חלקה בבעלות פרטית וחלקה בבעלות המדינה. התברר כי במשך עשרות שנים לא טיפלה העיריה בסיכון שיצרה הסככה ולא הזהירה מפניו. בית־המשפט הטיל על העיריה אחריות ברשלנות בגין הפרת חובתה הסטטוטורית לשמור על ביטחון הציבור בתחום העיריה, ובשל מחדלה להפעיל את סמכותה לצווות על הריסת בניין מסוכן.

בעצם ההחלטה להטיל אחריות בנסיבות אלה אין לראות סטייה מן הקו המסורתי הזהיר, שנקטה הפסיקה עד לאותה עת. ראשית, הסיכון היה סיכון לגוף ולחיים. שנית, ועיקר, תלקת המדינה, שעליה הוצבה הסככה, היתה אמורה לשמש כדרך ציבורית, לאחר שתימסר לעיריה, ובפועל שימשה ככזו. ניתן היה איפוא לשבץ מקרה זה במכלול אחריותה המוברת של הרשות לפקח על הבטיחות בדרכים ציבוריות, תובה שהוכרה כבר בעניין חואטי,[200] וכך אכן ראה את הדברים בית־המשפט המחוזי.

החידוש בפסק־הדין הוא בהנמקת ההחלטה, וכן ב"הערות סיום" כלליות שהעיר בית־המשפט לעניין חובת ההזירות של גופים שלטוניים. בית־המשפט מאמץ ומחזק את

---

195. שם, 142.

196. שם, 141.

197. ע"א 245/81 **טולטאן נ' טולטאן**, פ"ד לח (3) 169.

198. לואיס (לעיל, הערה 70) 392-395.

199. לעיל, הערה 10.

200. לעיל, הערה 170.

האמירות באייל נ' פוקסמן, שלפיהן עצם קיומה של סמכות פיקוח סטטוטורית על סיכונים שיוצרים צדדים שלישיים מהווה מקור להטלת אחריות בגין מחדל למנוע סיכונים אלה. כוחו של כלל זה יפה לא רק כאשר הניזוק מסתמך על הפעלת סמכות זו, אלא גם בהעדר הסתמכות. ואכן לא נטען כלל כי הניזוק בעניין זוהר הסתמך על פעולות העיריה. להבדיל מ אייל נ' פוקסמן, שם היה מהנדס העיר מודע היטב לסיכון הבטיחותי, נראה שבעניין זוהר לא ידעה העיריה על קיום הסכנה. הרחבת האחריות ממצבי הידיעה בפועל למצבי הצורך לדעת היא בעלת משמעות ברורה.

חשובה במיוחד התייחסותו של בית־המשפט לשיקולי אי־ההתערבות, עומס היתר, ההצפה והרתעת היתר המונחים בבסיס הגישה המצמצמת. הוא מעריך כי הטלת אחריות על רשות שלטונית בשל מחדלים בהפעלת סמכויות פיקוח שעניינן בטיחות, לא תפגע קשה בגופים אלה, כי אין חשש להצפת בתי־המשפט עקב כך, וכי תפקוד השירות הציבורי לא ייפגע אלא ישתפר עקב הטלת האחריות. ובאשר לטיעון כי אין להתערב באופן שבו הפעילה הרשות את שיקול דעתה, טיעון זה נדחה מכללא על הסף, כאשר בית־המשפט מביע נכונות לבדוק את תוכנית העבודה וסדרי העדיפויות של העיריה אילו הובאו בפניו.[201] ב"הערות הסיום"[202] נאמרים הדברים במפורש: בית־המשפט דוחה למעשה את כל ההבחנות שהמשפט האנגלי משתמש בהן לוויסות האחריות: ההבחנה בין פעולות "פרטיות" ל"מינהליות", בין מעשה לבין מחדל, בין חובה סטטוטורית לבין סמכות שלטונית שבשיקול דעת, בין סמכות שלטונית שעניינה שיקול דעת לבין סמכות שלטונית שעניינה ביצוע, ובין פעילות התורגת מסמכות לפעילות בתחום הסמכות. לדבריו "יש להימנע מקטגוריזציה מיותרת ומיצירתן של הבחנות שקשה להצדיקן ולהפעילן".

גישתו מרחיבה האחריות של בית־המשפט בזוהר נסמכת במידה רבה על תהליך דומה שעבר בית־המשפט האנגלי בשנות השבעים, שביטויו בפסקי־הדין דטן[203] ואן,[204] ואשר הגיע לשיאו בתקופה שבה ניתן פסק־דין זוהר.

ג. **עניין גודדון – חזקת הרשלנות.** מגמת ההרחבה של אחריות הרשות הבשילה בעניין גודדון.[205] הנתבעת, עיריית ירושלים, המשיכה להוציא דו"חות חנייה נגד התובע על אף שהיתה מודעת לכך כי מכר את רכבו וכי העבירות מושא הדו"חות לא בוצעו על־ידו. הסיבה לתקלה היתה איחור בעדכון רישומי הבעלות במשרד הרישוי. התובע התריע בפני הנתבעת כי הוא עלול להיאסר בשל דו"חות שווא אלה, והנתבעת ניסתה אכן למנוע את ביצוע פקודת המאסר נגדו, אך ללא הצלחה. התובע טען לנזקי הטרדה, אובדן זמן וכסף, סבל נפשי ופגיעה בשמו הטוב. השאלה שעמדה לערעור היתה, אם צדק בית־משפט השלום בדחותו את התביעה על הסף. נפסק כי היה מקום לדון בעניין לגופו.

201. בעמ' 768.

202. שם, 769-770.

203. לעיל הערה 189. פסק־דין זה שימש מקור השראה גם לאמור ב**גרוזבר**.

204. לעיל, הערה 74. ראו לעיל, סעיפים ה.3 ו-ה.5.

205. לעיל, הערה 9.

חידושי ההלכה בפסק־דין גורדון, הנובעים במישרין מן ההחלטה, הם למעשה שניים: הכרה בנגישה רשלנית, דהיינו באחריות בגין פתיחה רשלנית של הליך נפל בפלילים, וזהדה באחריות ברשלנות בגין נזק לא־ממוני טהור.[206] שני חידושים אלה אינם ייחודיים לאחריות עובדי ציבור. ואמנם, בהחלטה לגופה אין משום חידוש עקרוני בסוגיית אחריות רשויות ציבור. להבדיל מזוהר לא נדונה כאן אחריות בגין מחדל טהור של הרשות במניעת סיכונים שיצרו אחרים, אלא מעשה אקטיבי של גרימת נזק על־ידי שימוש לקוי בסמכות שלטונית, תוך פגיעה בחירות היסוד של חופש התנועה. לא נקבע כל ממצא לגבי התרשלותה של הרשות, וממילא לא היתה התערבות כלשהי בשיקול דעתה – אם בכלל הופעל במקרה זה. חשוב להדגיש כי במקרה זה ידעה הרשות בפועל על סכנת המאסר הנשקפת לתובע. על רקע כל זאת ניתן להעריך כי אחריות במקרה זה היתה מוטלת על הרשות גם על־פי הגישה המצמצמת המסורתית. ואכן, במקרה דומה בדין האנגלי הנוקט כיום גישה שמרנית, הוטלה לאחרונה אחריות.[207]

לעומת זאת, בית־המשפט בחר להרחיב את יריעת הדיון אל השאלה הכללית של אחריותם ברשלנות של גורמי התביעה הפלילית, המשתרעת גם על אופן ניהול ההליך והפעלת שיקול דעת. בהמשך לזוהר בית־המשפט שב ומעריך כי קיימת הפרזה במשקל הניתן לסיכוני עומס היתר, הרתעת היתר וההצפה. לכך הוא מוסיף הפעם את דחיית הטענה בדבר ההשפעה השלילית שתהא להטלת אחריות בגין ניהול רשלני של התביעה על עקרון סופיות ההליך הפלילי. עמדה זו היא ללא ספק חדשנית ומרחיבה הן בהשוואה לאי־הנכונות בעבר להטיל אחריות על עך בגין עדות מטעה,[208] והן בהשוואה לעמדת המשפט האנגלו־אמריקני הנוטה לראות בגורמי התביעה שלותה של הרשות השיפוטית לעניין החסינות מפני אחריות.[209] אך נראה כי החידוש הגדול בפסק־דין גורדון הוא בביסוסה של "חזקת הרשלנות". נאמר בו כי כל אימת שנזק צפוי כעניין פיסי יש חובה לצפותו כעניין נורמטיבי, אלא אם כן קיימים שיקולים מיוחדים המצדיקים צמצום החובה או שלילתה למרות יכולת הצפייה.[210] במלים אחרות, כל אימת שקיימת התרשלות (יכולת צפייה פיסית) יש להניח קיומה של חובת זהירות (צורך נורמטיבי לצפות) ותוסל אחריות על המתרשל אלא אם כן קיימים נימוקים מיוחדים נגד הטלת אחריות.[211]

אף שבית־המשפט הסתמך לצורך יצירתה של חזקה זו על החלטת בית הלורדים בעניין אן, הרי שהלכה למעשה יצר דין רשלנות מקורי, השונה באורח מהותי מן הגישה הבסיסית

206. האחריות בראש נזק זה הוגבלה למעגל הסיכון הפנימי, דהיינו כלפי מי שכלפיו כוונה הפעולה המזיקה (שם, 142).

207. עניין ולש (לעיל, הערה 120).

208. ע"א 572/74 רויטמן, ערד נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד כט (2) 57.

209. להלן, הערה 382.

210. בעמ' 129.

211. אפיונה של חובת הצפיות הנורמטיבית, הנגזרת מן הצפיות המכנית, כ"בת לחובת הזהירות המושגית" אינו תורם לבהירות – ראו ע"א 2061/90 **מרצל נ' מדינת ישראל, משרד התיגוך והתרבות ואח'**, פ"ד מז (1) 802, 809.

של המשפט האנגלו-אמריקני. שם נקודת המוצא היא שהתרשלות היא תנאי ראשוני בלבד לאחריות, וכי נדרשים תנאים מיוחדים כקרבה או יחסים מיוחדים כדי שתוכר תובת זהירות ותוטל אחריות בגינה. גם הלכת אן, שבוטלה בינתיים, דרשה קיום קרבה כתנאי להפעלת חזקת הרשלנות.[212] להבדיל מגישה זו, הרואה את משבצות האחריות ברשלנות כאיים בים של העדר אחריות, "חזקת הרשלנות" רואה ים של אחריות ובתוכו איים של העדר אחריות. ל"חזקת הרשלנות" שבגורדון משמעות מרחיבה מיוחדת, כאשר היא מוחלת על אחריותם של עובדי ציבור ורשויות ציבור, ונדרשים בה ריסון וזהירות. ואכן, בית־המשפט שולל מתן יחס מיוחד לרשות. נהפוך הוא. דווקא מהוראות חוק אחריות המדינה המבטלות את החסינות בנזיקין שממנה נהנתה בשעתו, הוא למד כי המחוקק התכוון, ככלל, להכיר בחובות זהירות של הרשות ולשלול הכרה זו רק מטעמים מיוחדים.[213]

4. על פרשת דרכים – הפסיקה בין זוהר ללוי

פסקי־הדין ועקנין, זוהר וגורדון הניחו את הבסיס ופרצו את הדרך להרחבה משמעותית של אחריות רשויות הציבור ועובדיהן. עם זאת, ראינו כי האחריות שהוטלה בפועל בהחלטות אלה אינה חורגת חריגה של ממש מן הגישה המסורתית לאחריות. נראה כי האמירות מרחיבות האחריות, יותר משנדרשו לגוף ההחלטות,[214] נועדו להכשיר את הלבבות לקראת התפתחות בעתיד. האם חלה התפתחות שכזו? סקירת החלטותיו של בית־המשפט העליון בין גורדון ללוי מראה כי על אף שהמסר מרחיב האחריות הטביע את חותמו, לא ניתן לומר כי פוטנציאל ההרחבה המשמעותית של האחריות אכן ממומש. בעיקרו של דבר, אם מתעלמים מן הרטוריקה, נשמרו גדרי האחריות של הגישה המסורתית.[215]

---

212. להשוואת חזקת הרשלנות של גורדון לזו של אן ראו להלן, סעיף ט.9. ג.

213. שם, 134.

214. בזוהר נקט בית־המשפט בטכניקה של "הערות סיום" (לעיל, הערה 202).

215. הטלת אחריות על רשויות ציבור בגין תחווקה לקויה של דרכים ציבוריות משתלבת כאמור באחריות המסורתית. ראו לעיל, הערות 170-174 והטקסט שלידן. בע"א 73/86 **שטורנברג נ' עירייית כני־ברק**, פ"ד מג (3) 345 חויבה עירייית בני ברק ברשלנות, בשל טיפול לקוי במערכת הביוב שגרמה להצפות חוזרות ונשנות ולסכנה בטיחותית ברחוב. נסיבות המקרה היו כאלה שהנטל הועבר אל העיריה להראות כי לא התרשלה. נטל זה לא הורם. החלטה זו מצטיירת כחוליה נוספת בשרשרת פסקי־הדין, שעניינם אחריות הרשות הציבורית לתקינות ולבטיחות הדרכים הציבוריות ולא כביטוי של הגישה המרחיבה. כאמור, אחריות זו מבוססת על שיקולים של יצירת מצג והפרת התחייבות מכללא, ועל הגישה המחמירה לסיכון הנוצר ברשות הרבים. לדעה אחרת, הרואה בהחלטה זו התערבות תקדימית בשיקולי מדיניות תקציבית, ראו פורת (לעיל, הערה 1). בעניין **פליישר נ' לקטוש** (לעיל, הערה 171) נקבע כי אי־התקנת מעבר חצייה לא עלתה כדי רשלנות הן משום שמומחה שיעץ לעיריה סבר כי תועלת המעבר קטנה מסיכוניו, והן

א. **אחריות המשטרה.** שאלת אחריותה בנזיקין של המשטרה בגין תפקוד לקוי היא שאלה טיפוסית של אחריות רשויות ציבור, שכן היא מבטאת נאמנה את המשקל המיוחד של שיקולי אי־ההתערבות, הרתעת יתר, שיבוש מערכות, עיוות שיקול הדעת, עומס היתר והנצפה בהקשר זה. ראינו כי באנגליה נהגו בתי־המשפט ריסון רב בהטלת אחריות על המשטרה.[216] בצרפת נדרשת לרוב התרשלות חמורה כתנאי להטלת אחריות.[217] מה עמדת המשפט הישראלי? האם וכיצד השפיעה הגישה המרחיבה בתחום רגיש זה?

בעניין בוסקילה,[218] שנפסק בין זוהר לגורדון, הוגשה תלונה למשטרה נגד התובע בטענה שהוא מפר צו שיפוטי, האוסר עליו לקטוף עגבניות מחלקתו. על אף שהתובע טען, ובצדק, כי הצו אינו חל עליו, מנעה ממנו המשטרה לקטוף עגבניות, הוציאה נגדו צו מעצר לפני שהוזמן לחקירה ואף עצרה אותו. לתובע נגרם עקב כל זאת נזק של אובדן יבול העגבניות. המשטרה, שחויבה בבית־משפט השלום וזכתה בערעור בבית־המשפט המחוזי, נמצאה חייבת על־ידי בית־המשפט העליון. תוצאה זו ניתן ליישב עם הגישה המסורתית. ראשית, אין מדובר כאן במחדל טהור אלא בגרימת נזק אקטיבית על־ידי הפעלת סמכות שלטונית כופה הפוגעת בזכויות חוקתיות. שנית, ההתרשלות כאן היתה בביצוע צו שיפוטי ולא בהפעלת שיקול דעת. שלישית, התרשלות המשטרה היתה במקרה זה חמורה ואולי למעלה מכך – המשטרה היתה "להוטה" לאכוף את הצו.[219] התוצאה בפסק־דין בוסקילה אינה מבטאת איפוא, בהכרה, מגמה מרחיבת אחריות.[219א]

בעניין סוהן[220] לא ביצעה משטרת הגבולות צו עיכוב יציאה, שהוצא נגד בעלה של התובעת. התביעה נגד המשטרה הוגשה בגין הצער ועוגמת הנפש שנגרמו לתובעת עקב עגינותה. השאלה שעמדה לדיון, ושלגביה נחלקו השופטים בערכאות דלמטה, היתה אם יש לדחות את התביעה על הסף. נקבע כי על התביעה להתברר לגופה. התלטה זו יכולה

משום שרשלנות העיריה תוארה כ"עובדת רקע" להבדיל מגורם משפטי. הודגש גם ההבדל בין מצב זה למחדל של שקע או בור, המהווים "מלכודת" למי שמסתמך על תקינות הדרך הציבורית. בית־המשפט לא התערב בשיקול דעתו של המומחה.

216. לעיל, סעיף ה.9. ג.

217. בל ובראון (לעיל, הערה 17) 182.

218. (לעיל, הערה 128).

219. שם, 343, 353.

219א. אך ראו בג"צ 64/91 א – חילף נ' משטרת ישראל, תקדין־עליון 93 (3) 1150, שבו הסתמכה השופטת דורנר על בוסקילה, וכן על גורדון וזוהר, בקובעה כי עצם ניהול חקירה על־פי מידע לא נכון מהווה ראייה לכאורה כי המשטרה התרשלה בפתיחת החקירה, וכי לנחקר קמה נגדה עילת רשלנות בגין כך. ספק אם השופטת דורנר והשופט מצא, שנקט עמדה דומה, נתנו את המשקל הראוי להשפעה האפשרית השלילית הקשה של כלל ממין זה על חקירות המשטרה. יצוין, עם זאת, כי הדברים נאמרו לא כדי לחייב את המשטרה בתביעת נזיקין (שלא הוגשה כלל) אלא כדי לפטור את המשטרה מן הצורך למסור לעותר את שם המתלונן.

220. ע"א 429/82 מדינת ישראל נ' סוהן, פ"ד מב (3) 733.

להתפרש בשני אופנים. ניתן לראות בה ביטוי לגישה מרחיבת אחריות שאינה מתיישבת עם הגישה המסורתית. על המשטרה הוטלה אחריות בגין מחדל טהור של אי־מניעת עבירה, וזאת על אף שהנזק שנגרם לתובעת היה לא־ממוני. ואכן, בית־המשפט מודע היטב למשמעות המרחיבה של פסיקתו בהשוואה למקובל באנגליה ובארצות־הברית. בשנת 1988, שבה ניתן פסק הדין, כבר התרחש המהפך בפסיקה האנגלית והגישה מצמצמת האחריות שבה לשלוט בכיפה.

בית־המשפט, שבזוהר ובגורדון הסתמך על המשפט האנגלי בבואו להרחיב את האחריות, מסרב עתה לצעוד עמו בנתיב הצמצום.[221] אולם ניתן ליישב גם החלטה זו עם הגישה המסורתית. ראשית ועיקר, מדובר בהפרת חובה קונקרטית שהוטלה על המשטרה בצו בית־משפט, ולא בהפעלת סמכויות שבשיקול דעת. שנית, אין זה מקרה רגיל של מחדל למנוע עבירה. כאן הוקנו למשטרה, באורח ייחודי, אמצעים מתאימים ויכולת אפקטיבית למנוע את ביצוע העבירה, כשהצד הנפגע נוטה להסתמך על יכולת זו ואינו פועל להגן על עצמו.[222] ניתן לכן לומר, כי מחדלה של המשטרה בעניין זה אינו פחות בחומרתו מן המעשה האקטיבי של המעוכב שהפר את הצו.

בעניין ר.ג.מ. מרט[223] חויבה המשטרה ברשלנות בשל טיפול לקוי במערכת אזעקה, שחיברה מפעל יהלומים למוקד משטרתי. התקנת האזעקה היתה מתנאי רשיון העסק. בשל רשלנות זו לא נקלטה בתחנת המשטרה האזעקה המודיעה על הפריצה, והשוטרים לא הגיעו למקום הפריצה. בית־המשפט דחה תביעה בהפרת חובה חקוקה, אך קיבל את התביעה ברשלנות. הטעם העיקרי לכך היה שהתובע הסתמך על מערכת האזעקה ונמנע עקב כך להתקשר עם חברה פרטית. החלטה זו מתיישבת עם הגישה המסורתית המצמצמת. פעילות המשטרה כאן היתה כפעילות חברות האבטחה הפרטיות, האחריות התבססה על מצג שווא ולא על מחדל טהור, והיתה התרשלות בסיסית בהפעלת מערכת ללא כל גורם של שיקול דעת.[224]

---

221. שם, 742.

222. השופט בך, שהסתייג עקרונית מהכרה גורפת באחריות המשטרה בגין מניעת עבירות, הצטרף להחלטה מן הטעם שבהקשר זה מדובר במונופול של המשטרה, כאשר הקורבן אינו יכול להגן על עצמו (שם, 857). ראו גם ע"א (ת"א) 175/84 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ו (א) 177, שבו חויבה המדינה ברשלנות בגין נזק שנגרם למי שיציאתו מן הארץ עוכבה בטעות. החלטה זו מוצדקת, שכן הרשות השתמשה שלא כדין בסמכות שלטונית כופה. לעומת זאת, סירב בית־המשפט לקבל את תביעת בן הזוג, שהחליט עקב העיכוב להישאר בארץ בשל העדר חובת זהירות או ריחוק נזקו.

223. ע"א 126/85 ר.ג.מ. מרט ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (4) 272.

224. השוו לפסק־הדין האנגלי בעניין אלקסנדרו (לעיל, הערה 113), שבו נמנע בית־המשפט מלהטיל אחריות. השוני בתוצאה, הקיים בין המקרים, ניתן להסבר בכך ששם האזעקה הופעלה ורשלנות המשטרה היתה נבדקת אתר הפריצה. טיעוני ההסתמכות והאופי הפרטי של פעילות המשטרה, ששימשו בסיס להסלת האחריות בר.ג.מ. מרט, לא היו יפים שם.

ב. מצגי שווא רשלניים של הרשות. ארבעה פסקי־דין מן השנים האחרונות עוסקים במצג רשלני של הרשות בהקשר חוקי התכנון והבנייה: אילנקו,[225] רוטברד,[226] זלסקי[227] וקני.[228] במקרים אלה מסרה הרשות, לרוב ועדה לתכנון ולבנייה, לרוכשי מקרקעין או ליזמים מידע מטעה על זכויות הבנייה או השימושים המותרים במקרקעין אלה. בית־המשפט העליון הכיר עקרונית בחבותן של רשויות אלה ברשלנות בגין נזקים כלכליים שנגרמו לתובעים, רוכשי המקרקעין או היזמים, שהסתמכו על מצגים אלה.

עסדתו העקרונית של בית־המשפט היא שבעניין מצגי השווא הרשלניים דין הרשות כדין כל פרט אחר,[229] עמדה זו מתיישבת עם הגישה המסורתית. אמנם קיימים הבדלים של ממש בין מצג השווא הפרטי לבין מצג השווא המינהלי. בעוד שהמקרה הטיפוסי של המצג הפרטי חל בין בעל מקצוע ללקוחו במסגרת עסקית, המצג המינהלי נעשה לעתים קרובות במסגרת שירות שהרשות נותנת לאזרח, ולעתים הוא חלק בלתי נפרד של הפעלת סמכות, כמו למשל מצג הכרוך במתן רשיון או היתר. כמו כן, הסיכונים של הרתעת יתר ועומס יתר מוחשיים יותר לגבי מצג השווא המינהלי. על אף כל זאת השיקול הבסיסי, שעליו מושתתת האחריות במצג שווא רשלני – שיקול ההסתמכות – יפה למצג שווא רשלני של המדינה כמו לכל מצג שווא אחר. זאת ועוד, בדיני מצג השווא הרשלני כבר מצויים הכלים לצמצום וסיוג של האחריות משיקולים של הרתעת יתר, עומס יתר והצפה. דינים אלה דורשים הסתמכות מוצדקת של התובע על מצג הנתבע, ומגבילים לרוב את האחריות לעניין המסוים שלשמו נעשה המצג, לבני אדם שכלפיהם נעשה המצג, ולנזק שהיה צפוי בעת עשיית המצג לאותם בני אדם בקשר לאותו עניין. במגבלות אלה ניתן להחיל את דיני המצג הרשלני גם על רשויות הציבור. יש לזכור כי המצג הרשלני הוא מעשה אקטיבי של יצירת סיכון ולא מחדל טהור, וכי לרוב אין המצג הרשלני תוצאה של הפעלת שיקול דעת.

ג. התערבות בהחלטות רשויות תכנון ובנייה. אם הטלת אחריות על רשויות תכנון ובנייה בשל מצגי שווא רשלניים אינה מעוררת בעיות מיוחדות, לא כן הטלת אחריות שיש בה משום התערבות באופן שבו הפעילו רשויות אלה את שיקול רעתן. התפתחות מרתיבת אחריות בכיוון זה הסתמנה בפסקי־הדין קני[230] ועיני,[231] אך גם כאן הדברים אינם חד־משמעיים.

225. ע"א 204/85 עיריית קריית-אתא ואח' נ' אילנקו, פ"ד מב (1) 190.

226. לעיל, הערה 149.

227. ע"א 80/87 זלסקי ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון לציון, פ"ד מה (4) 604.

228. ע"א 119/86 קני בתים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, נתניה, ואח', פ"ד מו (5) 727. קדם להם ע"א 86/76 "עמידר" החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרן, פ"ד לב (2) 337, שבו הוטלה על חברה ממשלתית אחריות בגין הודעת שווא.

229. אילנקו (לעיל, הערה 225) 197-198.

230. לעיל, הערה 228.

231. ע"א 196/90 ירמיהו עיני חברה לבניין בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, קריות ואח', פ"ד מז (2) 111.

בעניין קני נתנה הוועדה המקומית היתר בנייה שאפשר לקבלן לבנות מעבר למה שמתירים חיקוקי התכנון והבנייה, הן מבחינת גובה הבניין והן מבחינת אחוזי הבנייה. הקבלן היה מודע לחריגה באחוזי הבנייה. הוועדה המחוזית לא מנעה את הוצאת ההיתר החריג. לאחר שהוקטנו אחוזי הבנייה וגובה הבניין בעקבות ביטול ההיתר הראשוני, תבע הקבלן את הוועדות בהפרת חובה חקוקה וברשלנות בגין נזק כלכלי טהור שנגרם לו.

שופט אחד לפחות היה מוכן עקרונית להכיר באחריות הוועדות בהפרת חובה חקוקה בקשר עם ההיתר שבוטל.[232] בהכרה זו חידוש כפול: ראשית, נאמר כי חיקוקי התכנון והבנייה נועדו להגן גם על מבקשי ההיתר ולא רק על צדדים שלישיים. שנית ועיקר, בעוד שעל הוועדה המקומית ניתן לומר כי הפרה חובה חקוקה בכך שנתנה ביודעין היתר המנוגד לדין (סעיף 145(ב) לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965), הרי שהחובה החקוקה שהפרתה יוחסה לוועדה המחוזית היתה חובתה הכללית לקיים פיקוח שוטף, עקבי ואפקטיבי על הוועדה המקומית (סעיף 28(ב) לחוק). ספק גדול הוא אם ניתן לראות בסמכות פיקוח כללית זו, שאופן הפעלתה הוא עניין של שיקול דעת רחב, משום "חובה חקוקה" במשמעותה המסורתית הדורשת כי תוכן החובה ייקבע במפורש בחיקוק,[233] הזרע שנשתל בעניין גרובנר נבט כאן: אי־הפעלת סמכות פיקוח או הפעלה רשלנית שלה הופכים ל"הפרת חובה חקוקה".[234] בית־המשפט קובע כיצד יש להפעיל סמכות, והופך את קביעתו לחובה חקוקה.

באשר לרשלנות, הרוב סבר כי חובת הזהירות של הוועדות קיימת לא רק לגבי מצג השווא הרשלני בעניין הגובה המותר של הבניין, אלא אף לגבי אחוזי הבנייה שהותרו בניגוד לדין, וזאת למרות שהקבלן היה מודע לאי־תקינות ההיתר.[235] כבסיס להטלת חובת זהירות זו על הוועדות, התורגת מתחומי המצג הרשלני, הוצעה קטגוריה מיוחדת של אחריות שהוגדרה כ"ביצוע רשלני של חובה ותפקיד ציבוריים",[236] זאת על אף שהקבלן היה מודע לחריגה זו ושותף לה. הוועדה המחוזית תחוב במסגרת קטגוריה בשל הוצאה רשלנית של היתר, והוועדה המחוזית בשל פיקוח רשלני.

לכאורה, פסק־דין זה משקף גישה מרחיבה לאחריות, אך יש לזכור כי בסופו של דבר לא חויבו הרשויות בהפרת חובת חקוקה, כי הוכרה חובת זהירות כרשלנות אך לא נקבע כי זו הופרה, כי הדברים נאמרו על רקע נוהג פסול של מתן היתרים לא־חוקיים כנגד

---

232. השופט בן־יאיר (742-752). השופט ש' לוין הביע ספק באשר לתחולתה של עוולת הפרת חובה חקוקה על המקרה אך ציין, מבלי לפרט, כי ניתן אולי לבסס עליה תביעה בגין ההיתר שניתן לגובה הבניין (757). השופט ברק העדיף להשאיר את שאלת תחולתה של העוולה במקרים מעין אלה ב"צריך עיון" (757).

233. כפי שמקובל לדרוש במשפט האנגלי - ראו לעיל, הערה 102 והטקסט שלידה. על ההבחנה בין סמכויות חובה לסמכויות רשות שבשיקול דעת ראו לעיל, הערה 73.

234. לעיל, הטקסט ליד הערה 188.

235. בן־יאיר, 752-755; ברק, 757. השופט ש' לוין סבר כי יש להגביל את האחריות ברשלנות למצג הרשלני (757).

236. שם, 754.

תשלומים המשתלמים לרשות במסווה של היטלים פיקטיביים, וכי הושאר פתח לשלילת זכאות התובע באמצעות הגנות האשם התורם ועילה בת עוולה.

בעניין עיני[237] נגרם נזק כלכלי טהור לתובעת, חברה קבלנית, בשל איחור במתן היתר בנייה להקמת בנין מסחרי בתוך שכונת מגורים. העיכוב נגרם בשל החלטת הוועדה המחוזית לדון בהתליית תוכנית הבנייה שכבר אושרה קודם לכן. הוועדה המחוזית הביאה את דבר החלטתה לוועדה המקומית כדי שתעכב את הוצאת היתר הבנייה, וזו עשתה כן. בסופו של דבר ניתן ההיתר לאחר התערבות בג"ץ. לא היה זה מקרה של מצג שווא רשלני, שכן הנזקים שנגרמו לתובעת, הפסד דמי שכירות בשטחים המסחריים, לא נבעו מהסתמכות על כך שההיתר יינתן במועד. בית־המשפט העליון אישר את הטלת האחריות ברשלנות על הוועדות.

העילה לחיוב הוועדה המחוזית היתה הפעלה לא ראויה של שיקול הדעת שהקנה המחוקק לוועדה בהפעלת סמכותה להתלות תוכנית שכבר אושרה. לכאורה, זהו מקרה מובהק של ביקורת נויקית על אופן הפעלת שיקול הדעת המינהלי וביטוי מוחשי לגישה המרחיבה. ואכן, בית־המשפט שב ודחה בהקשר זה את סיעון הרתעת היתר, תוך הסתמכות על חזקת הרשלנות של גורדון. עם זאת, הביקורת הנזיקית במקרה זה התבססה במידה רבה על כך שבדיון קודם בעניין כבר קבע הבג"ץ כי החלטת הוועדה היתה בלתי סבירה באופן קיצוני. כמו כן, כוונה עיקר הביקורת כנגד האופן שבו התקבלה ההחלטה לדון בהתליית התוכנית – באקראי במהלך דיון בתוכנית אחרת, והודגש כי מדובר במקרה מיוחד של שינוי החלטה קיימת.[238] הביקורת הנזיקית לא חרגה איפוא מתחום הביקורת המינהלית ואף נשענה עליה. זאת ועוד, היה זה מקרה של שימוש לא תקין בסמכות שלטונית בדרך הפוגעת באורח אקטיבי בזכויות רכושיות, להבדיל ממתרל טהור.

העילה המודגשת לחיוב הוועדה המקומית היתה, שעל הוועדה היה להפעיל שיקול דעת עצמאי לגבי מתן ההיתר ולא לפעול ברוח החלטות הוועדה המחוזית והמלצותיה. רשלנות הוועדה המקומית לא התבטאה באופן הפעלת שיקול הדעת אלא באי־הפעלתו,[239] הנמקה זו לאחריות מחמירה עם הוועדה המקומית ומרחיבה את גבולות האחריות. חיוב הוועדה המקומית לפעול בניגוד להחלטות הוועדה הממונה עליה, המפקחת על פעולתה והדנה בערעורה מכנים אותה למלכוד ויוצר מתח בלתי רצוי בין הוועדות. האם סביר לדרוש מן הוועדה המקומית, הנתונה לפיקוחה ולביקורתה של הוועדה המחוזית, לשים עצמה שופטת על החלטות הוועדה המחוזית, ולהעריך את טיב החלטותיה כדי לקבוע אם ללכת בעקבותיהן? גם כאן קיים הסבר אחר להטלת האחריות, המקהה את עוקצה, והוא שהוועדה לא היתה רשאית כלל על־פי החוק לעכב מתן היתר התואם תוכנית קיימת. במלים אחרות, הוועדה המקומית חויבה למעשה לא בשל הפעלה לקויה או אי־הפעלה של שיקול דעת, אלא משום שהפרה חובת חוקית לתת היתר. טעם זה להטלת האחריות, שעמד

237. לעיל, הערה 231.

238. שם, 131-132.

239. שם, 132-133.

גם בבסיס החלטת בג"ץ בדיון קודם לצוות על הוועדה לתת את ההיתר, מיישב גם חלק זה של פסק־דין עיני עם הגישה המסורתית לאחריות.

גם בעניין עיני הובעה הצעה בעקבות האמור בקני ובהמשך לו, כי הפעלה לא ראויה של סמכות הפיקוח של הוועדה המחוזית עולה כדי הפרת חובה חקוקה.[240] אלא שגם כאן לא אימץ הרוב עמדה זו ההופכת חובות פסוקות לחובות חקוקות.

ד. **פסיקת בתי־משפט המחוזי והשלום.** המסר מרחיב האחריות של בית־המשפט העליון נקלט על־ידי בתי־המשפט שמתחתיו ואומץ על־ידם. בהחלטות אחדות, בדומה להחלטות בעניין זוהר וגורדון, שימש מסר זה כרטוריקה המלווה החלטות שהיו מתקבלות גם על־פי הגישה המסורתית המצמצמת.[241] לעומת זאת ניתנו כמה פסקי־דין, שמסר זה תורגם בהן להחלטות קונקרטיות שהרחיבו את האחריות אל מעבר לגבולות בפועל שהכיר בית־המשפט העליון. בעוד שבית־המשפט העליון יצר את הכלים והתשתית להרחבת האחריות אך לא עלה בבירור על דרך זו, לא היססו כמה שופטים בערכאות שמתחתיו ליטול את הובלת מגמת ההרחבה.

הבולט בהחלטות אלה הוא פסק־הדין בעניין לוי,[242] המפקח על הביטוח חויב ברשלנות ובהפרת חובה חקוקה, מכיוון שלא הודיע למבוטחי חברת ביטוח שפעלה בשטחים על כך שהחברה נקלעה לקשיים ולא פעל לביטול רשיונה. עקב כך לא פעלו המבוטחים להשגת ביטוח חלופי, ותלויו של נפגע בתאונה נותרו ללא כיסוי (לפני תחולת חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים). מדוע פעל המפקח כפי שפעל? למעשה ביקש להעביר את כל תיקי הביטוח לחברות ביטוח אחרות מבלי לעורר בעיה פוליטית וציבורית על־ידי הצהרות פומביות. בד בבד אסר על החברה למכור פוליסות חדשות. החלטה זו

240. השופטת נתניהו, שם, 145. ראו לעיל הערות 233, 234.

241. ראו, לדוגמה, את ההחלטות הבאות: ע"א (ת"א) 975/84 **רותם נ' מדינת ישראל ואח'**, פ"מ תשמ"ה (ג) 374 (המדינה חויבה בגין נזקי תאונה שגרם חייל שהוציא, ללא רשות, רכב צבאי ממחסן חירום. בית־המשפט מפעיל כאן את "חוקת הרשלנות". נראה כי אותה תוצאה היתה מתקבלת בגישה המצמצמת. אמנם מדובר בחוכת פיקוח, אך ניתן לדמות את המדינה למויק פרטי שאינו שומר על רכבו שהוא "דבר מסוכן" – ראו עניין **אביטן**, לעיל, הערה 180); ת"א (ת"א) 975/77 **נגר ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"מ תשמ"ה (א) 490 (המדינה חויבה בשל אי־שמירה נאותה על אסיר שנורצח. בית־המשפט הסתמך על **זוהר** ודחה טענה של שיקולים תקציביים. זהו מקרה מובהק של התרשלות פשוטה, חובה מוגבלת בהיקפה כלפי מי שתלותו ברשות מוחלטת וסיכון גבוה לנזק גופני שלא היה נפסק אחרת בגישה המצמצמת – השוו למקרה האנגלי של התאבדות במעצר – **עניין קירקהם**, לעיל, הערה 113); ת"א (נצ') 273/89, 334 **עודה נ' מדינת ישראל**, פ"מ תשנ"ג (ב) 3 (המדינה חויבה בתשלום פיצויים לתושבי שטחים שנפגעו מירי של חיילי צה"ל. במקרה זה לא פעלו החיילים בהתאם לנוהל הפתיחה באש או לנוהל מעצר חשוד. זהו מקרה טיפוסי, שבו היתה מוטלת אחריות גם על־פי הגישה המצמצמת).

242. ת"א (חי') 635/84 **לוי ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"מ תשנ"א (א) 453.

היא מקרה טיפוסי של הפעלת שיקול דעת במסגרת סמכויות פיקוח, שנועדו להגן על הציבור מפני סיכונים שיוצרים אחרים. בית־המשפט המחוזי מצא רשלנות בכך שלא נמסרה הודעה למכוסחים גם לאחר שהתברר כי קיים קושי בהעברת הביטוחים למבטח אחר. אלא שבית־המשפט לא הסתפק בכך וראה לנכון לקבוע אמות־מידה מזעריות, שעל־פיהן חייב המפקח לפעול: איזה מידע לאסוף, היכן לאסוף אותו, כיצד להתייחס למקורות המידע השונים ובקיצור, כיצד להפעיל את שיקול דעתו.[243]

לביסוס האחריות ברשלנות נשען בית־המשפט גם על טיעון ההסתמכות – האמון שנותן הציבור במפקח וההסתמכות על הבקרה שהוא מפעיל, וזאת על אף שלא הוברר אם ועד כמה המנוח אכן הסתמך בפועל על שיב הפיקוח של המבטח. את האחריות בהפרת חובה חקוקה השתית בית־המשפט על הסמכות שיש למפקח בפקודת ביטוח רכב מנועי להפקיע הרשאה שניתנה למבטח אף שמדובר בסמכות שבשיקול דעת – וכן על סמכויות הפיקוח שיש למפקח מכוח חוק הפיקוח על עסקי הביטוח. גם כאן, בדומה לאמירות בקני ועיני,[244] הפך בית־המשפט חובה פסוקה בעניין אופן הפעלת הסמכות לחובה חקוקה שהפרתה מקנה זכות לפיצוי במסגרת סעיף 63 לפקודת הנזיקין. הרקע לגישה מרחיבת אחריות זו ברור – בית־המשפט מבחין בין הגישה המצמצמת בעבר לבין הגישה המרחיבה של זוהר וגורדון, מאמץ את הגישה המרחיבה, דוחה את שיקולי עומס היתר, ההרתעה וההצפה, ומפעיל את "חזקת הרשלנות". לצד ההחלטה בעניין לוי ניתן להצביע על כמה וכמה החלטות נוספות מרחיבות אחריות.[245]

---

243. שם, 477-478.

244. לעיל, הערות 233, 234, 240 והטקסט שלידן.

245. בת"א (י-ם) 1726/88 יצחקוב נ' עיריית ירושלים, פ"מ תשנ"א (ב) 192 נדון מקרה, שבו מפקח מטעם העיריה, שחורה לסנדל רכב חונה והודה במשתמע כי הסנדול היה מוטעה, סירב להסיר את הסנדול בטענה כי נוהל הסנדול שקבעה העיריה אינו מאפשר לו לחזור בו מהחלטת הסנדול, אלא רק לממונה עליו. נוהל זה נקבע כדי למנוע הפעלת לחצים או פיתויים על המפקחים כשטח, ונטען כי הוא הכרחי כדי להבטיח מינהל תקין ומבוקר. בית־משפט השלום בירושלים לא הסתפק כמקרה זה בהטלת אחריות על הרשות בשל רשלנות בביצוע סנדול, אלא מצא לנכון להעמיד למבחן שיפוטי את נוהל השחרור שקבעה העיריה. לאחר איזונם של האינטרסים הדלוונטיים קבע בית־המשפט, כי הנוהל שקבעה העיריה הוא בלתי סביר ומקים תביעת רשלנות נגדה. זוהי דוגמה מובהקת להמדת שיקול הדעת המינהלי בשיקול דעת שיפוטי. בעניין לוביאניקר (לעיל, הערה 149) תויבו פקידים באגף מס רכוש בגין הנזק הכלכלי, שגרמה דחייה רשלנית של השגות שומה שהגיש המנוח. השגות אלה התקבלו בסופו של דבר על־ידי ועדת ערר. בית־המשפט ראה את הרשלנות בכך שלא נימקו את החלטתם, וזאת ללא קשר לקיומה או להעדרה של חובת הנמקה מכוח החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958. אי־הנמקה כשלעצמה זו יצרה "הנחת רשלנות" שלא נסתרה. בית־המשפט הודרך על־ידי זוהר וגורדון. החלטה זו משקפת גישה מרחיבה. יצירת המשוואה, שלפיה אי־הנמקה שווה רשלנות, מכלי לבתון את משמעויות הטלתה של חובת ההנמקה, ולימוד על רשלנות

ה. סיכום – על פרשת דרכים. המשפט האנגלי הגביל את אחריותן של רשויות ציבור באמצעות מערכת מורכבת של כללים מצמצמי אחריות, שהקנו לבתי־המשפט שליטה על היקפה. דרישת הזיקה המיוחדת או החובה המיוחדת, הוצאת סוגים מסוימים של שיקול דעת מתחום האחריות, הגבלת האחריות בגין מחדלים טהורים, הגבלת סוגי הנזק בני הפיצוי, דרישת החריגה מסמכות – כל אלה משמשים בידיו כלים לצורך זה ומשקפים את שיקולי אי־ההתערבות, שיבוש פעולת המינהל, הרתעת היתר, עומס היתר והשיקולים האחרים נגד התרחבות משמעותית של האחריות.

המשפט הישראלי הלך תחילה בדרכו הזהירה של המשפט האנגלי, תוך הרחבה מבוקרת וזהירה של האחריות ושימוש בכלים מצמצמי אחריות. בתחילת שנות השמונים חל שינוי בגישה. בועקנין וזוהר נפסלו אחד לאחד הכללים מצמצמי האחריות של המשפט האנגלי. בגורדון נוספה לכך "חוקת הרשלנות" המעבירה אל הרשות את הנטל להראות כי אין היא חבה חובת זהירות ברשלנות. לצד ההכרה הרחבה שבמשפט הישראלי בזכאות לפיצוי בגין נזק כלכלי טהור,[246] הוכרה בגורדון אחריות בגין נזק לא־ממוני טהור. גם טיעוני הרתעת היתר, עומס היתר וההצפה זכו לקיתון של צוננים. בסוהן הסתייג בית־המשפט משיבת המגמה מצמצמת האחריות למשפט האנגלי, ובקני ועיני הסתמנה ראשית המגמה להפוך חובות פסוקות לחובות חקוקות ולהתערבות נמרצת יותר בשיקול דעתן של רשויות ציבור.

מעצם העובדה שוועדת ערר שינתה החלטה מינהלית קודמת, פותחות פתח רחב להתערבות נוסיקית בשיקול דעת מינהלי. בת"א (חי') 1142/82 כהן נ' החכרה להגנת הטבע ואח', פ"מ תש"ן (א) 400 חויבו המדינה והרשות המוסמכת בגולן, המקבילה לרשות שמורות הסבע, ברשלנות ובהפרת חובה חקוקה בשל כישלונה של הרשות לאכוף על החברה להגנת הטבע איסור הליכה בשביל מסוכן. החובה החקוקה שהופרה היתה חובתו של המבקר בשמורה להימצא בשבילים מסומנים ולהישמע להוראות הפקחים. בהפיכת חובות המוסלות על המבקר בשמורה לחובות חקוקות המוטלות על הרשות, והמחייבות אותה לפעול למניעת סיכונים בדרך סבירה, יש משום הרחבה ניכרת של מושג החובה החקוקה עד כדי ריקונו מכל תוכן. בע"א 711/87, 702, 703 מדינת ישראל נ' כהן ואח' (ההלטה מיום 8.5.1994) בוטל חיוב הרשות והמדינה הן משום שהרשות פעלה בסבירות והן משום שלא הוכח קשר סיבתי בין פעילותה לנזקי התובע.

246. כאמור, במשפט האנגלי מוגבלת ההכרה בנזק כלכלי טהור בעיקר למשבצת של ההסתמכות (reliance) של הדלי ביירן. בעניין אן הורחבו תחומי ההכרה בנזק כלכלי טהור, שגרמה רשות ציבורית במחדלה, אל מחוץ לתחומי ההסתמכות, אך בעניין מרפי ובהתלטות שקדמו לו שבה והוגבלה אחריות הרשויות בגין נזקים כלכליים, כמו גם הוכאות הכללית לפיצוי בגין נזקים כלכליים טהורים. ראו לעיל, סעיף ה.6. המשפט הישראלי נדיב יותר בהכרה בנזקים כלכליים טהורים. בהמ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה, אגודה שיתופית בע"מ ואח', פ"ד ח 1317, הקדים בית־המשפט את הדלי ביירן בהכירו באחריות לנזק כלכלי טהור במצבי הסתמכות. בע"א 451/66 קורנפלד נ' שמואלוב, פ"ד כא (1) 311, הוכרה אחריות לנזק כלכלי טהור גם מחוץ לגבולות ההסתמכות. מאז ניתנו

עם זאת, ראינו כי הביטוי הממשי של הרטוריקה מרחיבת האחריות בהחלטות בית־המשפט העליון הוא מוגבל, וכי ניתן ליישב החלטות אלה עם הגישה המסורתית והזהירה לאחריות. ניתן אף לגרוס כי בית־המשפט בועקנין זהר וגורדון לא התכוון "לשבור את הכלים" של המשפט האנגלי. הביקורת על הבחנות המשפט האנגלי לא באה למנוע את השימוש בהן כאמצעי סיוג ובקרה, אלא רק לומר שאין הן יוצרות חסינות מוחלטת. כך, לדוגמה, אפשר שבית־המשפט בזוהר לא התכוון לומר שההבחנה בין מעשה למחדל או בין שיקול דעת שבמדיניות לשיקול דעת אופרטיבי היא בלתי רלוונטית, אלא רק שאין לשלול על הסף אחריות בגין מחדלים או במקרים של הפעלת שיקול דעת.[247]

אי־הבהירות בעמדתו של בית־המשפט העליון הציבה את ההלכה בעניין זה על פרשת דרכים: הדרך החדשנית, מרחיבת האחריות, מול הדרך הזהירה המסורתית – דרכו של המשפט האנגלי. "רגע האמת" הגיע עת נדרש בית־המשפט העליון להחלטה מרחיבת האחריות של בית־המשפט המחוזי בעניין לוי,[248] אך קודם לדיון בהחלטה חשובה זו מן הראוי להציג את עמדת המשפט האמריקני בסוגיה, שהשפיעה על החלטת בית־המשפט העליון בעניין זה.

החלטות נוספות המכירות בנזק כלכלי טהור מחוץ לתחומי ההסתמכות. ראו, למשל, ע"א 593/81 **מפעלי רכב אשדוד כע"מ אח' נ' ציזיק ז"ל ו אח'**, פ"ד מא (3) 169; רע"א 196/88 **טומשבסקי נ' אופנהיימר ואח'**, פ"ד מב (4) 365. בעניין עיני חויבה המדינה בגין נזק כלכלי טהור של אובדן רווחים שגרם העיכוב במתן היתר הבנייה (לעיל, הערה 231, 142-141).

247. עניין **זוהר** (לעיל, הערה 10) 769-770. עוד יצוין כי שלוש ההחלטות האלו ניתנו נגד רשויות מקומיות ולא נגד המדינה. האם נוח יותר לבית המשפט לבקר את הרשות המקומית מאשר את השלטון המרכזי?

248. ראו לעיל, הערה 242.