האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור
(חלק שני)

ישראל גלעד*

ח. אחריות רשויות הציבור בארצות־הברית – חריג שיקול הדעת; 1. כללי; 2. חריגי האחריות בחוק הפדרלי; 3. חריג שיקול הדעת בפסיקה; 4. התמונה הכוללת של האחריות והחסינות בארצות־הברית. ט. ההחלטה בעניין לוי; 1. משמעות ההחלטה; 2. שינוי הגישה העקרונית לאחריות רשויות הציבור; 3. סיוגה של "חזקת הרשלנות" ויצירת דגם מושגי חדש לעוולה; 4. ההבחנה בין מעשה למחדל; 5. קליטת חריג שיקול הדעת מן המשפט האנגלי והאמריקני; 6. הסתמכות ושיקולים נוספים בקביעת קיומה של "קרבה"; 7. חובה פסוקה אינה חובה חקוקה; 8. יישום מבחני האחריות על המקרה הנדון; 9. הערכה ביקורתית. י. אחריותן בנזיקין של רשויות ציבור – סיכום ומסקנות; 1. רשלנות והפרת חובה חקוקה; 2. עוולות והסדרי אחריות פרטיקולריים; 3. החסינויות הסטטוטוריות; 4. השפעת חוקי־היסוד החדשים. יא. האם להטיל אחריות חמורה מיוחדת על רשויות ציבור? יב. אחריותו האישית של עובד הציבור; 1. השאלה; 2. אחריות וחסינות עובדי הרשות במשפט האמריקני; 3. שיקולי מדיניות – הרחבת חסינות העובדים; 4. הסדר החסינות המוצע; 5. הסדרים משלימים.

ח. אחריות רשויות הציבור בארצות־הברית – חריג שיקול הדעת

1. כללי

המשפט האמריקני קלט מן המשפט האנגלי את עקרון חסינות הריבון (sovereign immunity). עיקרון זה תורגם לחסינות השלטון מפני תביעות בנזיקין בכל שלוש הרמות: הרמה הפדרלית, רמת המדינה והרמה המוניציפלית מקומית (governmental immunity).[249] לרוב נקלט עיקרון זה על־ידי בתי־המשפט ככלל של המשפט המקובל, אך לעתים מצא ביטוי גם בחוקות המדינות. עקב כך, הנפגע ממעשה הרשות מצא עצמו ללא מגן ותרופה,

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

249. ראו סטריט (לעיל, הערה 15) 7-13.

נבו nevo.co.il

כשלכל היותר עומדת לו תרופה חלקית ביותר – תביעה אישית נגד עובד הציבור. כדי לפצות את הציבור בגין עוולות השלטון היה צורך בחקיקה מיוחדת של הקונגרס (private claims bill). מספרן של הצעות חוק מסוג זה הגיע לאלפים.[250]

עיקרון ארכאי זה, הזר לרעיון הדמוקרטי, בוקר והותקף קשות. בשנת 1946 התקבל ברמה הפדרלית הסדר סטטוטורי, שפרץ פרצה רחבה בחומת החסינות של המדינה והרשויות הפדרליות. זהו ה-Federal Tort Claims Act (FTCA) שהוראותיו המתוקנות מצויות כיום בעיקר בסעיפים 1346(b), ו-2671-2680 לכרך 28 של ה-.U.S.C. בדבר חקיקה זה ויתרה המדינה הפדרלית באיפן חלקי על חסינותה ועל חסינות רשויותיה מפני אחריות בנזיקין. בעקבות חקיקה זו נפרצו פרצות דומות בחומת חסינות המדינות והרשויות המקומיות, הן באמצעות חקיקת המדינות והן באמצעות בתי־המשפט שביטלו או הגבילו חסינויות אלה.[251]

נקודת המוצא של ההסדר הפדרלי, המצויה בסעיפים 1346(b) ו-2674 לקוד הפדרלי, היא העיקרון של השוואת המעמד: הרשות הפדרלית תחוב באותו אופן ובאותו ההיקף שאדם פרטי חב באותן נסיבות (in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances – סעיף 2674). ההתאמה בין דין הנזיקין החל על כמה וכמה פרטים לבין הדין המיוחד החל על הרשות נעשתה בחוק באמצעות כמה וכמה חריגים סטטוטוריים לאחריות, שיידונו להלן. אחריותה של הרשות, מכוח סעיף 1346(b), היא בעיקרה אחריות שילוחית למעשה או למחדל רשלני או עוולתי (negligent or wrongful act or omission) שבוצעו על־ידי עובד הרשות, בעת שפעל בתחום תפקידו או עבודתו (while acting within the scope of his office or employment).[252] אין בכך כדי לשלול הטלת אחריות אישית על הרשות. דין האחריות בנזיקין הוא דינה של המדינה שבה בוצעה העוולה (סעיף 1346(b)). מכוח סעיף 2675 מותנית הגשת תביעה משפטית נגד הרשות בהגשת תביעה מינהלית מוקדמת נגד הרשות המתאימה ובדחייתה על־ידי הרשות. בסעיף 2672 הוסמכו הרשויות להיענות לתביעות מינהליות אלה.

מלשון החוק עולה בבירור כי הטלת האחריות מכוח עקרון השוואת המעמד אינה חלה על אחריות חמורה. האחריות המוטלת מכוח החוק מוגבלת למעשים או למחדלים מכוונים (wrongful) או העולים כדי רשלנות (negligent). אכן, כך פורש החוק בפסיקה.[253] החוק גם קובע במפורש כי האחריות המוטלת מכוחו, והתרופות שהוא מעניק, הם ייחודיים ואין לניזוק עילה אחרת זולתו (סעיף 2679(a)).

250. גולדמן (לעיל, הערה 41) 837-838; קרנט (לעיל, הערה 40) 875-876.

251. חומר כללי על סוגיה זו ראו S.M. Speiser, C.F. Krause, A.W. Gans, **The American Law of Torts** (New York, 1988), כרך 5; הריסטייטמנט השני על נזיקין, סעיפים 895A, 895B, 895C וההערות להם, וכרך 57 של ה-**American Jurisprudence** 2nd.

252. סטריט (לעיל, הערה 15) 37-38.

253. ראו עניין דלהייט (להלן, הערה 261); **Laird** v. **Nelms** (1972) 406 U.S 797. ראו ספיזר (לעיל, הערה 251) 44-45, 82; **American Jurisprudence** (לעיל, הערה 251) 148-149.

2. תריגי האחריות בחוק הפדרלי

החריגים הסטטוטוריים לאחריות הרשויות הפדרליות מצויים בהוראותיו של סעיף 2680 לקוד. הוראות ספיציפיות מקנות חסינות לרשויות פדרליות מסוימות. הוראות אחרות מקנות חסינות בגין סוגי פעילויות מסוימים כמו פעילות פיסקלית ומוניטרית, מיסוי, פעילות קרבית בזמן מלחמה או פעילות במדינה זרה.

ברישא לסעיף קטן (a) מצויה חסינות כללית בגין מעשה או מחדל שנעשו בעת ביצועה של הוראת חיקוק. בדומה להגנה המקבילה במשפט האנגלי, אין הוראה זו חלה אלא אם המעשה או המחדל נעשו על־ידי עובדי הציבור בזהירות סבירה (exercising due care), ולכן אינה מסייעת בעיצובו של דין מיוחד לרשות באחריות על בסיס אשמה.

בסעיף קטן (h) נקבעה חסינות כללית לרשות בגין קבוצת עוולות פרטיקולריות. קבוצה זו כוללת את עוולות המשפט המקובל המגינות על זכויות חוקתיות: תקיפה, כליאת שווא, מעצר שווא (false arrest), נגישה, שימוש לרעה בהליכי משפט (abuse of process) ולשון הרע. הוצאו ממסגרתה רק הזכויות החוקתיות המוגנות באמצעות עוולות הקניין, כגון עוולת הסגת הגבול. בתחום זה הקפידו בתי־המשפט על הגנת זכויות הפרט.[254] התפתחות דיני העוולות החוקתיות לא פרצה את חומת "החסינות החוקתית" של הרשויות הפדרליות, שכן דינים אלה התמקדו באחריותו האישית של עובד הרשות.[255] חסינות בעייתית זו של הרשות מפני פגיעה, ולו גם מכוונת, בזכויות חוקתיות צומצמה באורח חלקי בתיקון משנת 1974, שבו הוצאו ממסגרתה פעולותיהם של עובדי רשויות החקירה ואכיפת החוק העוולות כדי תקיפה, כליאת שווא, מעצר שווא, נגישה ושימוש לרעה בהליכי משפט. עוולות פרטיקולריות אחרות שבהן חוסנה הרשות בסעיף קטן (h) הן מצג שווא (misrepresentation), תרמית, והתערבות בזכויות חוזיות (interference with contract rights).

את החסינות הרחבה הקבועה בסעיף 2680(h) היה ניתן לצמצם באורח ניכר אילו התירו בתי־המשפט את עקיפתה באמצעות עוולת הרשלנות. יש והעובדות, שעליהן מבוססת התביעה בעוולה פרטיקולרית המופיעה ברשימת החסינויות, מקימות בו בזמן גם עילת תביעה ברשלנות שאינה כלולה ברשימה זו.[256] על־ידי שינוי הלבוש המשפטי של התביעה לרשלנות היה ניתן לעקוף את החסינות הסטטוטורית. מהחלטה בעניין תקיפה,[257] ומשתי החלטות שעניינן מצג שווא,[258] עולה מגמה ברורה שלא להתיר את עקיפת החסינויות הסטטוטוריות בדרך זו. במקרה התקיפה סירב בית־המשפט להטיל על הרשות אחריות ברשלנות בגין מחדלה למנוע את מעשה התקיפה. החסינות, כך הסביר, מתרחבת על כל

254. ראו ספיזר (שם) 82-83. ראו סעיף ה.4(ו) למשפט האנגלי וסעיף ז.1 למשפט הישראלי.

255. שם, 122-123.

256. לעקיפת הסדרים שליליים בעוולות פרטיקולריות באמצעות עוולת הרשלנות ראו גורדון (לעיל, הערה 9) 122-128.

257. **United States** v. **Shearer** (1985) 473 U.S 52.

258. **United States** v. **Neustadt** (1961) 366 U.S. 696; **Block** v. **Neal** (1983) 460 U.S. 289. ראו גם ספיזר (לעיל, הערה 251) 104-108.

nevo.co.il

עילת תביעה הצומחת מן העוולה נשוא החסינות.[259] אף החסינות בגין מצגי השווא פורשה באורח רחב כחלה כל אימת שלתובע נגרם נזק כלכלי עקב החלטה עסקית שהסתמכה על מצג השווא של הרשות, תהא עילת תביעתו אשר תהא. להרחבה זו של החסינות בגין מצגי שווא יש חשיבות מיוחדת. ראינו כי המשבצת העיקרית, שבמסגרתה מכירים המשפט האנגלי והישראלי באחריות ברשלנות בגין נזקים כלכליים טהורים, היא זו של המצג או ההודעה הרשלניים שהביאו את הניזוק להסתמך עליהם. בהוצאת משבצת זו, ולו גם באופן חלקי, מתחומי האחריות, בשל החסינות המוענקת בסעיף 2680(h), יש כדי להצר באורח ניכר את תחומי אחריותה של הרשות.[260]

הוראת החסינות המרכזית מצויה בסיפא של סעיף 2680(a). הוראה זו מוציאה מתחומי האחריות הפעלה או אי־הפעלה של שיקול דעת בביצוע תפקיד או חובה (the exercise or performance or the failure to excercise or preform a discretinary function or duty). הוראה זו חלה גם על שימוש לרעה בשיקול הדעת, שכן היא חלה – wether or not the discretion involved be abused, בלומר גם על גרימת נזק מודעת ואף מכוונת.[261]

3. חריג שיקול הדעת בפסיקה

שאלת תוכנו והיקפו של "חריג שיקול הדעת" (discretinary function exception) היא אחת מן השאלות המורכבות ביותר הנוגעות לאחריות רשויות הציבור. מאחר שכמעט כל החלטה, בכל רמה, כרוכה בהפעלת שיקול דעת מסוים,[262] יש בהוראה זו, אם תפורש בהרחבה, כדי ליצור חסינות כמעט כללית בהיקפה. האם זו היתה כוונת המחוקק? מהם סוגי שיקול הדעת החסינים והלא־חסינים? והיכן קו הגבול ביניהם? יקצר המצע מלדון בפסקי־הדין הרבים והרשימות שעסקו בסוגיה זו.[262א] נסתפק כאן בהצגת פסקי־דין מרכזיים של בית־המשפט העליון, שבהם נדונה שאלה זו.

א. עניין דלהייט. בהחלטה משנת 1953 בעניין דלהייט[263] נדונה שאלת אחריות הרשות לנזקי התפוצצות שאירעה בעת הטענת דשן כימי על אוניות בעיר טקסס. בהתפוצצות זו

259. אלא אם כן בוצעה התקיפה שלא במהלך העבודה – Sheridan v. United States 108 S. Ct. 2449.

260. למצג השווא ראו גם U.S. v. Fowler 913 F. 2d 1382 (1990). לעומת זאת, נקבע כי חריג מצג השווא אינו חל על תביעות רשלנות רפואית. ראו Keir v. U.S. 853 F. 2d 398 (1988). גם תביעה המבוססת על הסכמה שלא מדעת לטיפול רפואי (עילת ה־informed consent) מסווגת בארצות־הברית כעילת רשלנות ולכן לא יחולו עליה חריג מצג השווא או התקיפה – Franklin v. U.S. 992 F. 2d 1492 (1993).

261. Dalehite v. United States, 346 U.S. 15 (1953), 39.

262. ספיזר (לעיל, הערה 251) 45-82, 170-182; גולדמן (לעיל, הערה 41); ההערות לסעיף 2680(a) בכרך 28 של ה־U.S.C.A.

262א. ראו לעיל, הערה 73.

263. לעיל, הערה 261.

nevo.co.il

נהרגו 560 בני אדם ונפצעו 3,000. שיעור התביעות הגיע ל-200 מיליון דולר. את החומר ייצרו מפעלים ממשלתיים על־פי הזמנת הממשלה, לצורך סיוע חוץ. נטען כי לא נחקרו די הצורך סיכוני החומר הכימי הנפיץ שבדשן, וכי הדשן נארז בטמפרטורות גבוהות, באריזה לא מתאימה וללא סימון מתאים. בית־המשפט קבע את תחומי שיקול הדעת החסינים מאחריות באמצעות ההבחנה המפורסמת בין החלטות מדיניות ברמת התכנון (planning level) לבין החלטות ביצוע. החסינות הסטטוטורית, כך נקבע, חלה רק על החלטות מדיניות ברמת התכנון. בית־המשפט לא הבהיר היכן בדיוק עובר קו הגבול בין תכנון ומדיניות לבין ביצוע, אך גישתו היתה מרחיבת חסינות. לא רק ההחלטה מה לעשות, אלא גם החלטה כיצד לעשות את מה שהוחלט עליו ומתי, יכולה להיחשב כהחלטת מדיניות ברמת התכנון, בהתחשב בדרג שבו התקבלה ובסוג השיקולים שנשקלו בגינה. יישום מבחן זה על עובדות המקרה הביא את בית־המשפט למסקנה, ברוב של ארבעה נגד שלושה, כי החסינות חלה במקרה הנדון. ההחלטה על ייצור המוצר ועל דרך ייצורו והטיפול בו התקבלה ברמת התכנון והיתה החלטת מדיניות policy judgement, שכן נשקלו במסגרתה שיקולים שהיו חיוניים להצלחת הפרוייקט.

השוואת החלטה זו לכללים שהכרנו במשפט האנגלי והישראלי מבליטה את רוחב החסינות שנקבעה בה. ראשית, דובר כאן לא במחדל של הרשות למנוע סיכונים שיצרו אחרים אלא בסיכון אקטיבי שיצרה הרשות. שנית, הסיכון שנוצר היה סיכון חמור לגוף ולרכוש ולא נזק כלכלי טהור או נזק לא־ממוני. שלישית, במקרה זה לא נטענה חובה כללית כלפי הציבור בכללותו אלא חובה מסוימת כלפי כל מי שנמצאו בקרבה פיסית לאיזור ההתפוצצות. כמו כן, הפעילות יוצרת הנזק לא היתה פעילות ציבורית מובהקת אלא פעילות של ייצור מוצר ושיווקו הדומה מהותית לזה של יצרנים פרטיים, נקודה שהדגישו שופטי המיעוט. גם הגבול בין רמת התכנון לרמת הביצוע שמתחתיה הוצב על קו נמוך. למונחים "תכנון" ו"מדיניות" ניתנה משמעות מרחיבה. לא ייפלא איפוא כי ההחלטה התקבלה על חודו של קול, וכי בסופו של דבר פוצו נפגעי האסון מכוח הסדר חוקי מיוחד.

ב. התפתחות ההלכה עד להחלטה בעניין גאוברט. בעניין אינדיאן טאוניג[264] נטען כי בשל רשלנות של משמר החופים בתחזוק מגדלור ימי כבה אורו של המגדלור וספינה על מטענה ירדו למצולות. התביעה נגד משמר החופים התקבלה. להבדיל מן ההחלטות אם להציב או לא להציב מגדלור ואיזה סוג של מגדלור להציב, שהן החלטות מדיניות ברמת התכנון, תפעולו התקין של המגדלור לאחר שהוקם הוא ברמת הביצוע שעליה לא חל חריג שיקול הדעת שבחוק. לכאורה יש באינדיאן טאוניג משום צמצום היקף החסינות כפי שנקבע בדלהייט. בעוד ששם ההחלטה על שיטת האריזה ודרך ביצועה סווגו כהחלטות ברמת התכנון, הרי שכאן החלטות על שיטת תחזוקת המגדלור סווגו כהחלטות ביצוע שאינן חסינות. בכך הוסט לכאורה כלפי מעלה קו הגבול בין תכנון לביצוע. אלא שלהחלטה באינדיאן טאוניג יש הסבר אחר, התולה את הטלת האחריות בקיומם של מצג

264. Indian Towing Co. v. U.S., 350 U.S. 61 (1955).

nevo.co.il

והסתמכות. הרשות יצרה מצג, שעל־פיו יופעל במקום מגדלור שינחה את שייטי הספינות. ואמנם, השייטים הסתמכו על מצג זה ונפגעו עקב כך. הרשות חויבה איפוא לא בשל מחדל טהור אלא בשל מצג אקטיבי שיצר סיכון עצמאי. במקרה זה הרשות לא טענה כלל לחסינות מכוח חריג שיקול הדעת אלא שאחריותה בנזיקין מוגבלת לפעילותה הפרטית בלבד. מכאן הדעה שאין לראות בהחלטה זו משום הרחבה של תחום הביצוע החשוף לאחריות בהשוואה לדלהייט.[265]

בעניין וריג[266] נדונה השאלה אם רשות התעופה הפדרלית (FAA) חייבת בשל רשלנות באישור מטוסים לשימוש מסחרי. הרשות החליטה לפקח על התאמתם של מטוסים לרמת הבטיחות הנדרשת לא בדרך של בדיקת כל מטוס לפני אישור השימוש בו, אלא בדרך של בדיקה נקודתית (spot-cheking). יישומה בפועל של תוכנית בדיקה זו נמסר לעובדי הרשות, שהחליטו אילו יצרני מטוסים יבדקו וכיצד. נטען כי מחדל רשלני בביצוע הבדיקה גרם למותם ולפציעתם של נוסעים, שנפגעו עקב התרסקות מטוס אחד ושריפה במטוס אחר. התביעה נדחתה פה אחד על בסיס חריג שיקול הדעת. בית־המשפט הגדיר את שיקול הדעת החסין מאחריות כשיקול המבוסס על שיקולים של מדיניות חברתית, כלכלית ופוליטית, והבליט את שיקול אי־ההתערבות שמאחורי הענקת החסינות. "Congress wished to prevent judicial 'second-guessing' of legislative and administrative decisions grounded in social, economic and political policy through the medium of an action in tort law".[267] בית־המשפט הבהיר כי הקובע בעניין החסינות הוא סוג ההחלטה ולא דרגת הדרג המחליט. גם הדרג הביצועי יחוסן מאחריות בגין החלטות מדיניות שהוסמך לקבל, וכזה היה המקרה הנדון. בית־המשפט הדגיש את החשש מהרתעת יתר,[268] ואת העובדה שמדובר במקרה זה במחדל של הרשות וכי האחריות העיקרית רובצת לפתחם של יוצרי הסיכון – יצרני המטוסים. גם החלטה זו נתנה איפוא פירוש מרחיב לשיקול הדעת החסין מאחריות.

המגמה מרחיבת החסינות באה לידי ביטוי נוסף בעניין ברקוביץ.[269] התובע לקה בשיתוק ילדים לאחר שנטל תרכיב חיסון נגד המחלה. תביעתו הוגשה נגד הרשות, שאישרה את ייצור התרופה על־ידי היצרן, ונגד מינהל המזון והתרופות שאישר את שיווק המשלוח הפגום של התרופות. אמנם בית־המשפט סירב לאשר את ההחלטת בית־המשפט לערעורים לדחות את התביעה על הסף על בסיס חריג שיקול הדעת, אך בנימוקי החלטתו

265. United States v. Sandra & Dennis Fishing Corp. 372 F. 2d 189, 195 (1967). למרכזיותו של שיקול ההסתמכות בהחלטה ראו גם Brown v. United States 790 F. 2d 199 (1986) שבו נפטרה הרשות מאחריות בשל כישלונם של חזאי מזג אוויר לצפות סופה.

266. United States v. S.A. Empresa de Viacao Aera Rio Grandense (Varig Airlines), 467 U.S. 797 (1984).

267. שם, 814. לניתוח פסק־הדין ראו D.S. Barash, "The Discretionary Function Exception and Mandatory Regulations" 54 U.Chi.L.R. 1300 (1987).

268. שם, שם.

269. Berkovitz v. U.S. 108 S. Ct. 1954 (1988).

nevo.co.il

שימר את הגישה המרחיבה לחריג שיקול הדעת. האחריות הוטלה, כך הודגש, משום שהרשות חרגה מסטנדרטים מחייבים שנקבעו בחיקוק ובנהלים פנימיים. עובדי הרשות לא הפעילו כאן שיקול דעת ולא הוסמכו להפעילו. בית־המשפט הדגיש כי אילו הוסמכו עובדי הרשות לקבוע את הדרך והשיטה של בדיקות ההתאמה לסטנדרטים המחייבים היה רואה בכך החלטת מדיניות חסינה מאחריות.[270] בהסתמכו על וריג, שב בית־המשפט והבהיר כי גם עובדי הרשות ברמת היישום (implementing officials) חסינים מאחריות אם הוסמכו על־ידי רמת התכנון להפעיל שיקול דעת עצמאי.[271]

ג. עניין גאוברט. בעניין גאוברט[272] נדונה השאלה אם מעורבותה האינטנסיבית של רשות פדרלית בניהול היום־יומי של אגודה לחיסכון ולהלוואה, מכוח סמכויות שהוענקו לה בחיקוק עקב התמוטטות ענף זה, נתפסת בחריג שיקול הדעת. את התביעה הגיש בעל מניות, שטען כי נגרם לו נזק כלכלי עקב הניהול הרשלני. בית־המשפט לערעורים סבר כי מעורבות זו היא ברמת הביצוע ולא ברמת המדיניות וסירב להחיל עליה את החריג. בית־המשפט העליון, ברוב מוחץ, הפך את ההחלטה, תוך הרחבה משמעותית נוספת של היקף החסינות. החידוש בפסק־דין זה כפול. ראשית, בעקבות וריג וברקוביץ, שהרחיבו את חריג שיקול הדעת אל התחום הביצועי, ביטל בית־המשפט בגאוברט את ההבחנה רבת השנים בין תכנון לבין ביצוע; הוא הסביר כי להבחנה זו אין בסיס בחוק, וכי בעניין דלהייט שבו נוצרה לא התכוון בית־המשפט להעניק לה משמעות נורמטיבית אלא רק לתאר את הדרגים שבהם התקבלו ההחלטות השונות. אפיונה של החלטה כהחלטת ביצוע אינו שולל כשלעצמו את חסינותה. שנית, בית־המשפט הרחיב עוד יותר את משמעות המונח "שיקול דעת" הפטור מאחריות. מתי ייחשב שיקול דעת כמעוגן בשיקולים של מדיניות חברתית, כלכלית ופוליטית? ראינו כי בוריג ובברקוביץ ניתנה לכך תשובה מרחיבה עת נקבע כי גם החלטות אופרטיביות לעניין דרך הביצוע של בדיקות בטיחות יחשבו כשיקול דעת פטור מאחריות. בגאוברט הורחבה היריעה עוד יותר. נקבע בו כי כאשר חוק, תקנה או הנחיות מינהליות מסמיכים עובד רשות להפעיל שיקול דעת ברמת הביצוע, קמה חזקה מן הדין, שלפיה הפעלת שיקול דעת זו מבוססת על אותם שיקולי מדיניות חברתית, כלכלית ופוליטית העומדים מאחורי החיקוק או ההנחיה המסמיכים. במלים אחרות, חסינות הדרג הבכיר ברמת התכנון מתרחבת אל הדרג הזוטר ברמת הביצוע גם אם שיקול הדעת המופעל ברמת הביצוע שונה באופיו ובטיבו מזה שברמת התכנון. כדי להצליח בתביעתו על התובע להראות כי שיקול הדעת שהופעל ברמת הביצוע חרג מן המסגרת שהותוותה ברמת התכנון, דהיינו שהוא מנוגד לשיקולים החברתיים, הכלכליים והפוליטיים שמאחורי ההחלטה המבוצעת.[273]

270. שם, 1963.
271. שם, 1964.
272. U.S. v. Gaubert, 111 S. Ct. 1267 (1991).
273. כאמור, הרחבת החסינות בעניין גאוברט מוסברת בחשש מפני הנטל הכלכלי הכבד שהיה כרוך בהטלת אחריות בגין הפעילות השלטונית שנדונה שם (לעיל, הערה 46). לפסק־הדין

nevo.co.il

4. התמונה הכוללת של האחריות והחסינות בארצות־הברית

הדיון לעיל התמקד בהסדרי החסינות בחוק הפדרלי. בית־המשפט העליון יצר חסינות מיוחדת נוספת במישור הפדרלי – חסינות הממשלה מפני תביעות של אנשי צבא בגין נזק גוף או מוות שנגרמו להם במהלך שירותם הצבאי ועקב שירות זה. חסינות זו, הידועה כדוקטרינת פרס,[274] הוסברה לא רק בקיומה של מערכת חלופית לפיצויים לאנשי צבא, אלא בעיקר על רקע הרתיעה מפני מעורבות שיפוטית בהחלטות צבאיות.[275]

גם ברמת המדינות ניתן משקל מרכזי לחריג שיקול הדעת לאחריות.[276] מקצת ההסדרים הולכים בעקבות ההסדר הפדרלי שנדון לעיל, תוך הסתמכות על הפסיקה הפדרלית המקבילה.[277] אחרים מצמצמים בדרכים שונות את החסינות ברמת המדינה בהשוואה לזו הפדרלית, כמו על־ידי הגבלת חריג שיקול הדעת למצבים של fundumental governmental policy.[278] ניתן להצביע על נטייה כללית לבטל לחלוטין או לצמצם במידה ניכרת את תחומי החסינות ברמת השלטון המקומי.[279] אך חשוב לזכור כי צמצום, הגבלה

ומשמעויותיו ראו גולדמן (לעיל, הערה 41) וכן J.A. Brown & J.C. Anjier, "Recent developments affecting Louisiana's discretionary function exception: Will Louisiana follow Gaubert?", 53 **La L. Rev.** (1993) 1487. להשפעה מרחיבת החסינות של גאוברט ראו לדוגמה Powers v. U.S. 996 F. 2d 1121 (1993).

274. Feres v. United States 71 S. Ct. 153 (1950). ראו גם את ההחלטה בעניין United States v. Stanley 107 S. Ct. 3054 (1987), וספיזר (לעיל, הערה 251) 27-44.

275. ספיזר, שם 31. השוו לחסינות המקבילה במשפט הישראלי (לעיל, הטקסט ליד הערות 157, 158).

276. לסקירה כללית של האחריות והחסינות ברמת המדינות ראו ספיזר, שם 132-186; סעיפים 895B ו-895C לריסטייטמנט (לעיל, הערה 251). לרשימת חוקי המדינות ראו ה-**American Jurisprudence** (לעיל, הערה 251) 141-145. מקצת ההסדרים הם הסדרים "פתוחים" – מטילים אחריות כללית תוך ציון תחומי החסינות. הסדרים אחרים הם "סגורים" – קובעים חסינות כללית ומציינים את תחומי האחריות.

277. ספיזר (לעיל, הערה 251) 135, 170. לדיון בהבחנה בין תכנון לביצוע ברמת המדינות ראו ספיזר שם, 170-182.

278. ריסטייטמנט (לעיל, הערה 251) (B) 895B(3).

279. תחום מרכזי שבו הוטלה אחריות על המדינות או רשויות מקומיות הוא הקמתן ותחזוקתן של דרכים ציבוריות. קבוצת החלטות קבעה וביססה את העיקרון, שלפיו נושאת הרשות הציבורית באחריות בגין תכנון, בנייה ותחזוקה לקויים של דרכים ציבוריות, אם מעשיה או מחדליה של הרשות יוצרים סיכון בטיחותי בשימוש שדרכים ציבוריות יועדו לו. אחריות זו מתרחבת גם על חובה להזהיר מפני סיכוני דרך (לסקירת ההלכות ראו ספיזר (לעיל, הערה 251) 187-373, 409-410). באשר למשטרה, הוטלה עליה אחריות בגין הפעלה שלא כדין של כוח, אך בתי־המשפט נמנעו בדרך כלל לחייב את המשטרה בשל מחדל למנוע עבירות. אחריות בגין מחדל כזה הוגבלה למקרים מיוחדים ככישלון להגן על מי שהמשטרה ידעה כי היה נתון בסיכון (אסירים או עדים) או מתן חופש פעולה לעבריין (שיכור שהורשה לנהוג).

nevo.co.il

ואף ביטול חסינויות, שמהם נהנו רשויות הציבור, אינם מובילים בהכרח להרחבה משמעותית של אחריות רשויות אלה. גם בארצות־הברית, כמו באנגליה, תישלל במקרים רבים האחריות ברשלנות או בהפרת חובה חקוקה בשל העדר קרבה (proximity) או יחסים מיוחדים (special relationship) בין הניזוק לרשות הציבורית, או בשל אפיונה של חובה מסוימת המוטלת על הרשות כחובה ציבורית (public duty doctrine).[279א] כך נשללה אחריותן של רשויות מקומיות בגין מחדלן לאכוף חיקוקים, בגין סירוב לתת רשיונות או היתרים, ובגין פיקוח רשלני על בנייה.[280]

לסיכום, ההסדר הסטטוטורי ב-FTCA ומקביליו במדינות השונות פרצו אמנם פרצה רחבה בחומת החסינות שיצר המשפט המקובל, אך עדיין נותרו על כנם קטעים גדולים בחומה זו המגוננים על קשת רחבה ביותר של מעשים ומחדלים. לצד הנטייה שלא להטיל אחריות חמורה על הרשויות[281] מוגנות רשויות הציבור בארצות־הברית גם מפני מחדלים רשלניים בתחומים המרכזיים של פעילותן: הפעלת חובות פיקוח,[282] הסדרה של פעילויות פיסקליות, בנקאיות ועסקות בניירות ערך, ומחדלים של רשויות החקירה והתביעה בהגנת הציבור.[283] חסינות זו מתרחבת גם על גרימת נזק אקטיבי על־ידי הרשות, כפי שמוכיחות ההחלטה בעניין דלהייט,[284] והחסינות המוענקת לרשות בגין מצגי שווא רשלניים.[285] המשפט האמריקני מרחיק לכת מן המשפט האנגלי בהגנה על רשויות הציבור, כאשר חריג

אחריות המשטרה בגין תאונות דרכים שנגרמו במהלך ביצוע פעולות שיטור בכבישים, לרבות מרדפים, הוכרה במדינות אחדות ונשללה באחרות. לדיון באחריות המשטרה ראו ספיזר (לעיל, הערה 251) 404-373; Notes - "Police Liability for Negligent Failure to Prevent Crime", 94 **Harv. L. Rev.** (1981) 821; K.M. Tullier, "Governmental Liability for Negligent Failure to Detain Drunk Drivers", 77 **Cor. L. Rev.** (1992) 873. גישות שונות קיימות גם לעניין אחריותן של רשויות ציבור בגין מעשים או מחדלים בקשר עם מניעת נזקי אש (ספיזר, לעיל, הערה 251 408-405). כן הוטלה אחריות על מוסדות הוראה מורים ומפקחים בשל נזקים שנגרמו לתלמידים בשל העדר פיקוח נאות, מצב הבניינים ותחזוקתם וכיו"ב (שם, 445-418). לאחריות רשויות אחרות ראו שם, 451-446.

279א. להפעלת הדוקטרינה לצורך שלילת אחריותה של המשטרה בשל אי מניעת עבירות ראו C.Z. Mackinnon, "Negligence of Municipal Employees: Re-Defining the Scope of Police Liability" 35 **Florida L. Rev.** (1983) 720; **טוליר** (לעיל, הערה 279).

280. ספיזר (לעיל, הערה 251) 415-409. ראו גם **American Jurisprudence** (לעיל, הערה 251) 227-226, 235-234.

281. לעיל, הטקסט ליד הערה 253; ספיזר, שם, 184; **American Jurisprudence** (שם) 148-149. גם במשפט האנגלי רווחת גישה דומה - ראו לעיל, סעיף ה.2.

282. ספיזר, שם, 17-19.

283. שם, 72-79.

284. לעיל, הערה 261.

285. לעיל, סעיף ח.3.

nevo.co.il

שיקול הדעת מתבלט כמכשיר המרכזי להגבלת אחריותן של רשויות הציבור. חריג זה לא נשחק ברבות השנים אלא הלך והתעצם, כפי שמעידה ההחלטה בעניין גאוברט. זו היתה התמונה שראה לנגד עיניו בית־המשפט העליון בעניין לוי עת התבקש להצביע על הדרך שבה ילך הדין הישראלי.[286] כפי שנראה מיד, היתה לחריג שיקול הדעת של המשפט האמריקני השפעה חשובה על ההלכה שנקבעה בעניין לוי.

ט. ההחלטה בעניין לוי

1. משמעות ההחלטה

בדונו בערעור על החלטת בית־המשפט המחוזי בעניין לוי,[287] *שבה חויב המפקח* על הביטוח בשל הדרך שבה הפעיל את שיקול דעתו לצורך הגנה על מבוטחים,[288] ניצב כאמור בית־המשפט העליון על פרשת דרכים. דחיית הערעור היתה מעלה את הדין הישראלי על דרך הרחבת האחריות שהוכשרה בזוהר ובגורדון. אלא שבית־המשפט בחר בדרך אחרת. קבלת הערעור ושחרור המדינה מאחריותה, ויותר מכך ההנמקה המלווה החלטות אלה, מעידים בבירור כי בית־המשפט העליון, לפחות בשלב זה, העדיף להמשיך ולצעוד בנתיב הגישה המסורתית המסייגת את אחריותן של רשויות הציבור, כאשר המשפט האנגלי והאמריקני משמשים לו מורה דרך. ההחלטה עצמה אינה מתנגשת עם החלטות קודמות, ובית־המשפט מקפיד להדגיש זאת,[289] *אך ההנמקה המלווה אותה* עומדת בניגוד מובהק לרטוריקה ולהנמקה מרחיבת האחריות של פסקי־הדין בזוהר ובגורדון. ניתן איפוא לראות בהחלטה זו, שניתנה פה אחד,[290] כפותחת תקופה שלישית בתולדותיו של דין אחריות רשויות הציבור בישראל בתחום המרכזי של הפעלת שיקול דעת, שבה הגישה מגבילת האחריות הפכה למדיניות מוצהרת, והתשתית שהונחה לגישה מרחיבת האחריות נזנחה בעיקרה בשלב זה. נפנה עתה לניתוח ההחלטה.

286. לעיל, סעיף ז.4(ה).

287. לעיל, הערה 2.

288. ראו לעיל, סעיף ז.4(ד).

289. "מן הראוי להוסיף שתוצאה זו אינה מהווה חריגה מהחלטות קודמות של בית־משפט זה" - לוי (לעיל, הערה 2, תקדין-עליון 94(2) 570) סעיף 39. מסקנה זו עולה גם מן הדיון לעיל, ראו סעיף ז.4 (ה).

290. ההחלטה ניתנה על־ידי הנשיא שמגר, בהסכמת השופטים אור ומצא. ההחלטות בעניין זוהר וגורדון ניתנו על־ידי השופט ברק. מעניין לציין כי ההחלטה בעניין גרובנר, שבה התלבט בית־המשפט בין הגישה המסורתית לגישה מרחיבת האחריות (לעיל, סעיף ז.2(א)) ניתנה גם היא על־ידי השופט (דאז) שמגר, וכי הנשיא שמגר היה אחד מחמשת שופטי ההרכב בעניין גורדון.

nevo.co.il

2. שינוי הגישה העקרונית לאחריות רשויות הציבור

ראינו כי פסקי־הדין בפרשות זוהר וגורדון וההחלטות שהתקבלו בעקבותיהם הדגישו את עקרון השוואת המעמד של המדינה למזיק פרטי, והמעיטו ממשקלם של שיקולי הרתעת היתר, עומס היתר וההצפה.[291] בעניין לוי חל שינוי של ממש בגישה, לפחות לגבי רשות שלטונית המפעילה שיקול דעת רחב. נימוק השוואת המעמד, כך מבהיר בית־המשפט, "אינו מספק הצדקה להטלת אחריות על המדינה כאשר מדובר בפעולות שלטוניות, אשר להן אין מקבילה במישור הפרטי". בית־המשפט מכיר בכך כי כשמדובר באחריות המדינה "ישנם מעשים אשר לגביהם בדיקת האחריות בנזיקין שונה מזו שנוקטים במקרים 'הרגילים'."[292] לאחר קביעה זו, ותחת הכותרת של "נימוקים פרגמטיים", בית־המשפט שב ומחזיר ליושנה את עטרת שיקולי הרתעת היתר, עומס היתר וההצפה. מובע חשש מפני "נטל כבד על המדינה", הפיכת "המדינה למעין מבטחת משנה בכל התחומים בהם מוטלת על המדינה חובת פיקוח", "עומס כבד על מערכת המשפט", "דיון ארוך ויקר בשאלת קיומה או היעדרה של התרשלות בהחלטה שבשיקול דעת שלטוני" ו"מדיניות הססנית ואיטית" של נציגי השלטון. בית־המשפט מטיל ספק באפקט ההרתעתי החיובי של הטלת אחריות, מקנה לראשונה משקל של ממש לשיקול של שיבוש פעילות המינהל בשל נטל ההתדיינות, תוך הסתמכות על פסק־הדין האנגלי בעניין היל,[293] ואף רומז לשיקול של עיוות שיקול הדעת המינהלי באמרו כי החשש מתביעה אזרחית עלול להטות את הכף בעד החלטה שאינה ראויה. על רקע כל זאת מעריך בית־המשפט כי ייתכן ש"התועלת בשלילת אחריות המדינה בהחלטות מהסוג בו מדובר – עולה על הנזק שבכך".[294]

אלא שבית־המשפט אינו מסתפק בחיזוקם של "הנימוקים הפרגמטיים" כטעם מרכזי לצמצום אחריות המדינה. במקרים של הפעלת שיקול דעת רחב מובא שיקול "מערכתי", שדומה היה כי אבד עליו הכלח במשפט הישראלי.[295] זהו שיקול אי־ההתערבות מטעמים של אי־שפיטות. כאשר מדובר בפעולה שלטונית שאינה מוגבלת בסטנדרטים ברורים, וכאשר הרשות הציבורית היא הקובעת את הסטנדרטים על בסיס שיקולי מדיניות רחבים, "הקריטריון של דיני הנזיקין בעניין של התרשלות אינו מתאים לבדיקת החלטות מסוג זה". בית־המשפט מציין כי קריטריון הרשלנות בודק חריגה מסטנדרט אובייקטיבי קיים הקבוע בדין, ואינו מקור ליצירת סטנדרטים, מה גם שבשל קשיי מדידה והערכה אין אפשרות מעשית ליישמו. בהעלאת נימוק מערכתי זה[296] מסתמך בית־המשפט על פסקי־הדין שניתנו בהיל, קון־יה וגאוברט.[297]

291. לעיל, בסעיפים ז.3(ב).
292. לעיל, הערה 2, סעיף 17 להחלטה.
293. לעיל, הערה 108.
294. הציטוטים לעיל לקוחים מסעיפים 25-27, ו-40 להחלטה.
295. השוו לעיל, הטקסט מעל הערה 56.
296. בסעיפים 23, 24 לפסק־הדין.
297. לעיל, הערות 108, 114 ו-272.

nevo.co.il

3. סיוגה של "חזקת הרשלנות" ויצירת דגם מושגי חדש לעוולה

חוד החנית של המגמה מרחיבת האחריות היא "חזקת הרשלנות" של גורדון, דהיינו הקביעה כי יכולת פיסית לצפות את הנזק די בה כדי להקים חובת זהירות אלא אם כן קיימים שיקולים מיוחדים המצדיקים את צמצום החובה או שלילתה.[298] בית־המשפט המחוזי בעניין לוי התבסס על חזקה זו בחייבו את המדינה בגין מחדלי הפיקוח על הביטוח, וגם בפסקי־דין אחרים, מרחיבי אחריות, נעשה בה שימוש.[299] בעניין לוי מסתייג בית־המשפט העליון מחזקה זו. הוא פותח בקביעה כי "גזירתה של הצפיות הנורמטיבית מן הצפיות הטכנית לעולם אינה אוטומטית".[300] לאחר מכן הוא מצמצם למעשה את תחולתה של "חזקת הרשלנות" למצבים של מעשה אקטיבי של הנתבע שגרם לנזק גוף, כאשר גם אז קיומו של "ריחוק ענייני" בין הצדדים יכול שישלול חזקה זו.[301]

שינוי גישה זה הוא חלק מהגדרה מחודשת של מושגי עוולת הרשלנות. בפסקי־הדין שניתנו בפרשות גורדון וזוהר הפעיל בית־המשפט דגם מושגי תלת־שלבי, המבוסס על "חובה מושגית", "חובה קונקרטית" ו"רמת הזהירות". מבנה מושגי זה של עוולת הרשלנות תרם תרומה חשובה למגמה מרחיבת האחריות. ההכרה הכמעט אוטומטית בקיומה של חובה מושגית השפיעה בכיוון של הכרה בחובה הקונקרטית, ובכך ניטרלה במידה כלשהי את האפקט מצמצם האחריות של יסוד החובה.[302] בלוי הוצג דגם שונה המבוסס על פסק־הדין האנגלי בעניין קפרו.[303] לצד הדרישה הבסיסית של צפיות, כך נקבע, מותנית ההכרה בחובת זהירות בשני תנאים מצטברים: קיומה של "קרבה" (או "שכנות") בין התובע לנתבע, והעדרם של נימוקי מדיניות המצדיקים את שלילת חובת הזהירות מטעמים של צדק, הגינות וסבירות.[304] כמו כן משתמע ממנו בבירור ביטולה של ההבחנה בין חובה מושגית לחובה קונקרטית.[305] הדגם המושגי החדש, באמצעות תנאי ה"קרבה" ושיקולי המדיניות העשויים לשלול קיומה של חובה גם כאשר מתקיים קשר

298. ראו לעיל, סעיף ז.3(ג).
299. ראו לעיל, הערה 245.
300. בסעיף 10.
301. סעיפים 11 ו־12.
302. לניתוח הדגם המושגי ראו י' גלעד, "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי", עיוני משפט יד (תשמ"ט) 319. להערכת הדגם ראו שם, 348-356.
303. לעיל, הערה 94.
304. ראו סעיפים 10, 11, 16.
305. "חובת זהירות כללית קיימת תמיד...השאלה המובאת לבית־המשפט עוסקת תמיד ביחס בין מזיק ספיציפי לניזוק ספציפי, בגין פעולה ספציפית וכתוצאה מנזק ספציפי שנגרם לניזוק. בית־המשפט אינו דן בחובת זהירות בעלמא, אלא בחובת זהירות בגין אותם אירועים ספציפיים בהם מדובר" – סעיף 12 להחלטה. עם זאת, נזקק בית־המשפט למכשיר החובה המושגית כאשר קבע כי כי קיימת קרבה בין המפקח על הביטוח לבין נפגעים שאינם מבוטחים – ראו סעיף 32 להחלטה.

nevo.co.il

הקרבה, שב והפך את יסוד החובה למכשיר אפקטיבי לשליטה על האחריות ולצמצומה, שכן שבה ונוצרה אכסניה מתאימה לשיקולים מגבילי אחריות.[306]

4. ההבחנה בין מעשה למחדל

עמדנו לעיל בהרחבה על חשיבותה של ההבחנה בין מעשה למחדל במשפט האנגלי.[307] ראינו כי באמצעות הכלל, המגביל והמסייג את אחריות הרשויות במקרים של מחדל כדי למנוע התממשות סיכון שיצר צד שלישי, נשמרה האחריות בגבולות הרצויים לבית־המשפט, ונמנעה הטלת אחריות בעייתית על פעילויות הפיקוח של הרשויות. בעניין זוהר נדחתה הבחנה זו.[308] בלוי שב ואימץ בית־המשפט הבחנה דומה בין פעולות המתבטאות בפיקוח בלבד המופנה כלפי צד שלישי, לבין פעולות הכוללות בחובן גם "שליטה על מהלך האירועים ועל נקיטת האמצעים הדרושים". בית־המשפט אומר כי "בסיטואציות בהן הקשר בין השלטון לאזרח מתמצה בפיקוח בלבד, קשה יותר, אם כי אין זה בלתי אפשרי, למצוא את השלטון נושא בחובת זהירות".[309] בהקשר זה מסווג בית־המשפט את המקרים שנדונו בגרובנר, גורדון וסוהן כמצבים שבהם היתה לרשות שליטה על מהלך האירועים ועל נקיטת האמצעים הנדרשים.[310] את ההבחנה בין מעשה למחדל משבץ בית־המשפט בתנאי ה"קרבה".

5. קליטת חריג שיקול הדעת מן המשפט האנגלי והאמריקני

החידוש העיקרי בעניין לוי הוא ללא ספק הגבלת אחריותן של רשויות ציבור המפעילות שיקול דעת. לאחר סקירת ההלכות שהגדירו את תחומי חריג שיקול הדעת במשפט האנגלי, האמריקני והקנדי, ועל רקע שיקולי אי־שפיטות, הצפה, שיבוש פעולת המינהל, עלות ההתדיינות והרתעת יתר, מגיע בית־המשפט לדעה שיש צורך "לנקוט יתר זהירות ביחס לתביעות רשלנות נגד המדינה, אם אלה עוסקות בהחלטות רשות שלטונית הכרוכות בהפעלת שיקול דעת רחב". כאשר עניינה של הרשות הוא בהפעלת שיקול דעת, על בית־המשפט לצאת מנקודת מוצא כי המדינה לא תחויב בנזיקין, למעט מקרים חריגים. "בית המשפט אינו יושב כערכאת ערעור על החלטות מדיניות של הרשות השלטונית". אחריות תוטל על הרשות רק באותם "מקרים בהם הפעלת שיקול הדעת חרגה מכל אמת מידה סבירה, או היתה נעדרת כל אחיזה במציאות."[311]

מהם מאפייניה של הפעילות שחריג שיקול הדעת לאחריות חל עליה? ראשית, שיקול הדעת צריך להיות יסוד מרכזי של הפעילות. שנית, שיקול הדעת המוגן אינו מתוחם על־ידי אמות־מידה ספציפיות או סטנדרטים המורים למחליט כיצד עליו להחליט. שלישית,

306. על צמצום האחריות ברשלנות באמצעות יסוד הקרבה ראו לעיל, סעיף ה.4 (המשפט האנגלי) וסעיף ח.4 (המשפט האמריקני).
307. לעיל, סעיף ה.3.
308. לעיל, הערה 202 והטקסט לידה.
309. בסעיף 14.
310. להחלטות הנזכרות ראו סעיפים ז.2(א); ז.3(ג); ז.4(א).
311. סעיפים 28, 29.

nevo.co.il

הפעלת שיקול הדעת מחייבת הכרעה בין שיקולים חברתיים, פוליטיים וכלכליים מתחרים, דהיינו ביצוע איזון חברתי על־ידי מקבל ההחלטה.[312] לעומת זאת, אין החריג חל כאשר מדובר ביישום רשלני של החלטה שהתקבלה או בניהול רשלני של ההליך שקדם להחלטה, כמו איסוף רשלני של מידע.[313] עם זאת "גם החלטות בעלות השלכה מצומצמת וחשיבות מועטה יחסית יכול שיכללו בחריג שיקול הדעת. תחולת החריג נקבעת על־פי אופי שיקול הדעת ולא על־פי חשיבותו או השלכותיו".[314]

6. הסתמכות ושיקולים נוספים בקביעת קיומה של "קרבה"

כשיקול חשוב נוסף בקביעת ה"קרבה" מביא בית־המשפט את עובדת קיומה של ההסתמכות. "הסתמכות הופכת יחסים שאחרת היו מסווגים כרחוקים ל'קרובים' במובן המשפטי". אלא שלא כל הסתמכות יוצרת קרבה. רק הסתמכות צפויה או סבירה יוצרת את הקרבה המשפטית המיוחדת. האחריות בגין מצגי שווא רשלניים מובאת כדוגמה לפעולה זה של ההסתמכות.[315]

בית־המשפט מציין שם כי קיימות נסיבות אחרות היוצרות קרבה בין צדדים. מבין אלה הוא מציין מצבים שבהם מחדלה של הרשות הגדיל את הסיכון לניזוק,[316] וכאלה שבהם "הנתבע נוטל על עצמו במפורש את האחריות בגין נזקים מהסוג שאירעו".[317] בית־המשפט גם מבחין בין סיכונים המתפזרים במידה שווה על פני כל החברה – סיכוני רקע של השיטה המשפטית שאינם מצדיקים פיצוי, לבין "סיכון מיוחד" לאדם מסוים המצדיק פיצוי.[318] הבחנה אחרונה זו היא ביטוי נוסף לדרישת החובה המיוחדת והזיקה המיוחדת שהכרנו במשפט האנגלי.

7. חובה פסוקה אינה חובה חקוקה

בית־המשפט קטע באִבָּה בלוי את מגמת הפיכתן של חובות פסוקות לחובות חקוקות בעניין העוולה של הפרת חובה חקוקה.[319] "יש המציעים לראות את חובות המשפט

312. סעיף 30.

313. שם.

314. בסעיף 37.

315. בסעיף 13.

316. השווו לעניין דורסט, שבו היה קיומו של של exceptional added risk אחד השיקולים להטלת אחריות (לעיל, הערה 88).

317. בעניין הדלי ביירן (לעיל, הערה 93), שבו הונחה באנגליה התשתית לאחריות בגין הודעות רשלניות, צוין כי נטילת אחריות (assumption of responsibility) על־ידי הנתבע היא אחד הטעמים לחיובו בנזיקין.

318. סעיף 26.

319. ראו, עניין קני (לעיל, הערה 228 וכן הטקסט שלידה, הערות 233, 234) עניין עיני (לעיל, הערה 231 וכן הטקסט שלידה, הערה 240) עניין לוי (לעיל, הערה 242 וכן הטקסט שלידה, הערה 244) ועניין כהן (לעיל, הערה 245). כן ראו לעיל, הערה 73 לגבי ההבחנה בין סמכויות חובה לסמכויות רשות.

nevo.co.il

המינהלי כחובות חקוקות ולאפשר תביעה בנזיקין בגין הפרתן...גישה זו אינה מקובלת עלי...די בחובות הזהירות הנגזרות מעוולת הרשלנות...יש בה (בהלכה זו) כדי להרחיב עד בלי סוף את האחריות הנזיקית ללא כל הצדקה."[320]

8. יישום מבחני האחריות על המקרה הנדון

בבחינת השאלה אם החלטות המפקח על הביטוח במקרה הנדון מקימות עוולת רשלנות, פותח בית־המשפט בקביעה כי אין זה מקרה שבו חלה חזקת הרשלנות (לעיל, סעיף 3).[321] לאחר מכן הוא בוחן אם מתקיימים הרכיבים השונים היוצרים את יסוד ה"קרבה". לעניין ההסתמכות (ראו לעיל, סעיף 6) נקבע כי גם אם היתה כאן הסתמכות כללית של האזרח על רשות פיקוח, הרי שלא די בה כדי ליצור קרבה. עצם העובדה שהמדינה מפקחת על פעילות מסוימת אינו יוצר קרבה וחובת זהירות בינה לבין הפרטים המצויים בה.[322] גם החוק המקנה סמכויות פיקוח אינו יוצר כשלעצמו קרבה (ראו לעיל, סעיף 2). עם זאת בית־המשפט מעדיף שלא להכריע בשאלת קיומה של קרבה.[323] על־פי המבנה המושגי שיצר בית־המשפט לעוולת הרשלנות (ראו לעיל, סעיף 3) תישלל חובת הזהירות על אף קיומה של קרבה אם שיקולי מדיניות ציבורית מצדיקים זאת. בית־המשפט ממקם את חריג שיקול הדעת (ראו לעיל, סעיף 5) ביסוד זה של חובת הזהירות. הוא מוצא כי בנסיבות המקרה הנדון מתקיים תנאי חריג זה. המפקח על הביטוח הפעיל שיקול דעת "חזק" שהתבסס על שיקולים חברתיים, כלכליים ופוליטיים.[324] החלטתו של המפקח שלא לשלול את רשיון חברת הביטוח או להודיע לציבור המבוטחים על קשייה נומקה בניסיונות למצוא מבטח חלופי, בתקווה להסדר נושים בחו"ל, ובחששות מבהלה וערעור שוק הביטוח בארץ ויצירת מונופול של החברות הגדולות. בית־המשפט קבע כי "כל אלה שיקולי מדיניות לגיטימיים, בין אם הם מקובלים על כולי עלמא (כלומר, על בית־המשפט – י"ג) ובין אם לאו." התביעה נדחתה איפוא בשל שיקולי מדיניות ציבורית השוללים הכרה בחובת זהירות בתחום חריג שיקול הדעת. "מסקנה זו נתמכת גם על־ידי הקושי להכיר בקיומה של קרבה בין הצדדים."[325] בית־המשפט הצביע על סוגי החלטות נוספות המצויות בתחום חריג שיקול הדעת: סגירת בנק, קביעת שיעורי ריבית, הקפאת הלוואות, ואף מדיניות משטרתית באשר ללכידת פושע.[326]

---

320. בסעיף 40. מעניין לציין כי הנשיא שמגר, השולל כאן את הפיכתן של חובות פסוקות לחובות חקוקות, הוא שהניח, בעניין גרובנר, את הבסיס לטענה זו. ראו לעיל, הטקסט ליד הערה 187.

321. סעיף 32.

322. שם.

323. סעיף 33.

324. סעיפים 34-38.

325. סעיף 38 ו-36.

326. סעיף 37.

nevo.co.il

העילה בהפרת חובה חקוקה נדחית מן הטעם שחובות המוטלות על המפקח בתחום המשפט הציבורי אינן חובות חקוקות.

9. הערכה ביקורתית

א. עקרון השוואת המעמד והגישה העקרונית לאחריות רשויות הציבור. צדק בית־המשפט בעניין לוי בקובעו כי עקרון השוואת מעמד הרשות הציבורית לזה של מזיק פרטי אינו מספק הצדקה להטלת אחריות על הרשות בגין פעולותיה השלטוניות שאין להן מקבילה פרטית. זאת להבדיל מן האמירה בזוהר השוללת קטגוריות מיוחדות לאחריות הרשות.[327]

בפרק המבוא ראינו כי כמעט כל שיטות המשפט שנבחנו מגבילות את תחולתו של עקרון השוואת המעמד לפעילות פרטית של רשויות הציבור, ומעצבות דין אחריות מיוחד לפעילות השלטונית של רשויות הציבור.[328] המעמד המיוחד של רשויות הציבור כשלוחי הציבור, שיקולי אי־ההתאמה המוסדית והכבוד ההדדי בין רשויות, הרתעת היתר, שיבוש פעולת הרשות, עיוות שיקול הדעת, עומס היתר וההצפה אכן מצדיקים טיפול מיוחד בשאלת אחריותן בנזיקין של רשויות הציבור בגין פעולות שלטוניות, לקולא ואף לחומרה. בית־המשפט שב והקנה בעניין לוי, ובצדק, מעמד מרכזי לשיקולים אלה. עם זאת הוגבלה השפעתם של שיקולים אלה לפעילות שלטונית שיש עמה הפעלת שיקול דעת רחב. מכוחם יצר בית־המשפט את "חריג שיקול הדעת", אך הדגיש כי "הלכה זו היא היוצאת מן הכלל, ומרבית פעולות השלטון כפופות לכללים הרגילים בדבר אחריות בנזיקין".[329] הגבלה זו אינה מוצדקת. כוחם וטעמם של שיקולים אלה יפה גם לפעולות שלטוניות מחוץ לחריג שיקול הדעת. ואמנם, ראינו כי במשפט האנגלו־אמריקני חריג זה הוא רק אחד ההיבטים של הדין המיוחד החל על הרשויות.

ב. ההבחנה בין פעילות פרטית לשלטונית. היכן עובר קו הגבול בין פעילות פרטית, שעליה יוחל עקרון השוואת המעמד, לפעילות שלטונית? בפרק המבוא הבחנו בין פעולות פרטיות ושלטוניות טהורות לבין פעולות שיש להן גוון מעורב – פרטי ושלטוני כאחד. ראינו כי מדובר בקשת שלמה של פעילויות שבה היחס בין הרכיב הפרטי לציבורי משתנה מפעילות אחת לאחרת. האם יוחל עקרון השוואת המעמד על פעילויות "מעורבות" אלה ומתי? במשפט האמריקני הוצעו מבחנים שונים להבחנה בין פעולה שלטונית (governmental) לבין פעולה בעלת אופי פרטי או קנייני (proprietary). מבחן אחד מגדיר כשלטונית כל פעילות שהיא ייחודית לרשות. מבחן אחר מגדיר כפעילות שלטונית כל פעילות המכוונת לטובת הציבור בכללותו.[330] ריבוי המבחנים והעדר עקביות ביישומם עוררו ביקורת על ההבחנה והסתייגות ממנה.

327. לעיל, הערה 10.

328. לעיל, סעיף א.2. להבחנה זו במשפט הגרמני ראו רופנר (לעיל, הערה 18) 249, 271. ראו גם לואיס (לעיל, הערה 70) 391; אפשטיין (לעיל, הערה 12) 59-60, 65-66.

329. סעיף 30.

330. לסקירה ראו American Jurisprudence (לעיל, הערה 251) 124-126.

nevo.co.il

ואכן, גם בית־המשפט אינו קובע מבחן ברור בלוי. טיפול המדינה "בעניינו האישי־פרטי של אדם פלוני" מוצג כסוג של מקרים שיש לו מקבילה פרטית, ומכאן סיווגם של הליכים פליליים נגד האזרח (עניין גורדון) ואי מניעת יציאה מן הארץ (עניין סוהן) כעניינים שעקרון השוואת המעמד יפה להם. גם תחזוקת מערכת ביוב עירונית נתפסת כך (עניין שטרנברג).[331] סיווג זה מוקשה. הן על־פי מבחן ייחודיות הפעולה, והן על־פי מבחן מסרת הפעולה, כל הפעולות האלה הן פעולות שלטוניות ולא פרטיות. מתקבל הרושם שבית־המשפט הרחיב יתר על המידה את מושג הפעילות הפרטית כדי להסביר את הטלת האחריות במקרים קודמים. אין זו הדרך הראויה. כדי להטיל אחריות על פעילות שלטונית אין צורך לסווגה באורח מלאכותי כפעילות בעלת אופי פרטי, וכבר עמדנו על ההצדקה להטלת אחריות במקרים שנדונו בגורדון, סוהן ושטרנברג על אף היותם פעולות שלטוניות.[332]

סיווגה של פעילות כפעילות פרטית לצורך החלת עקרון השוואת המעמד ומניעת אפליה בין הפרט לרשות צריך להיעשות על־פי מבחן מעורב של ייחודיות הפעולה, מטרתה, והצורך להתחשב במעמדה המיוחד של הרשות הציבורית גם כאשר היא פועלת בתחומי המשפט הפרטי. כך לדוגמה, הסעת כלי רכב תיחשב לרוב כפעילות פרטית,[333] אלא אם כן מדובר ברכב חירום.[334] מטרדים הנוצרים בשל הסדרי המראה ונחיתה משדה תעופה ציבורי,[335] או עקב שינוי בהסדרי תנועה,[336] הם בעיקרם תולדה של פעילות שלטונית. לעומת זאת, מטרדים הנוצרים על־ידי מערכות ביוב[337] או עקב הצבת מתקני אשפה בקרבת בתי מגורים[338] ייחשבו כפעילות שלטונית כאשר מדובר במתן שירות לציבור, וכפעילות פרטית כאשר מדובר בביוב או באשפה של מוסדות ציבוריים. במציאות של ימינו נראה ששירותי הטלקומינקציה הניתנים על־יד הרשות שייכים יותר למשבצת הפרטית מאשר לשלטונית.

---

331. סעיף 22.
332. לעיל, סעיפים ז.3(ג), ז.4(א) והערה 215.
333. טלו לדוגמה את מקרה השוטר שהוביל עגלה לתחנת משטרה במהלך מילוי תפקידו מבלי לדאוג לתאורה הולמת – קופר (לעיל, הערה 140). נראה שכאן ההיבט הפרטי הוא המרכזי, שכן אין דינו של השוטר צריך להיות שונה מדינו של כל אדם אחר האחראי על הסעת עגלות בכביש (שם, 249).
334. ראו עניין אסולין (לעיל, הערה 139).
335. ראו בג"צ 195/70 כנוביץ ואח' נ' מנהל התעופה האזרחית, פ"ד כו (1) 589; בני עטרות (לעיל, הערה 30).
336. בר"ע (ת"א) 14547/89 שרון ואח' נ' עיריית גבעתיים, פ"מ תש"ן (ג) 52.
337. בג"צ 266/69 פרמן נ' המועצה המקומית באר יעקב, פ"ד כג (2) 310; עניין שטרנברג (לעיל, הערה 215).
338. ת"א (ת"א) 8688/86 קורין ואח' נ' המועצה המקומית רמת השרון, פ"מ תשמ"ט (א) 353. ראו גם ע"א 256/70 פרידמן ואח' נ' עיריית חיפה, פ"ד כד (2) 577.

nevo.co.il

לצורך הסיווג ניתן לפצל פעילות של רשות ציבורית לרכיב של פעילות שלטונית ולרכיב של פעילות פרטית, אם כי יש להיזהר מפיצול מלאכותי.[339] גם כאשר פעילות מסוימת מסווגת כפעילות פרטית אין להחיל את עקרון השוואת המעמד באורח מכני. בדומה לדין חוזי הרשות,[340] מעמדה המיוחד של הרשות הציבורית יכול להצדיק החמרה עמה בהשוואה למזיק פרטי, כמו בקביעת רמת בטיחות גבוהה יותר במפעלי הרשות בהתאם לציפיות העובדים, או הקלה יחסית, כמו במקרה שבו נמנעה הרשות מלפנות בהקדם פולשים שגרמו למטרד "פרטי" לצד שלישי בשל זהותם האתנית ורגישות העניין מבחינה פוליטית.[341]

ג. חזקת הרשלנות ומבנה עוולת הרשלנות. יפה עשה בית־המשפט בלוי בסייגו את "חזקת הרשלנות" של גורדון. כבר עם פרסום פסק־הדין בעניין גורדון מתח כותב שורות אלה ביקורת על הקביעה, שלפיה היכולת הפיסית לצפות נזק יוצרת חזקה של צורך נורמטיבי לצפות.[342] דין זה מצמצם במידה רבה, וללא הצדקה, את היכולת לשלוט על היקף האחריות ברשלנות באמצעות יסוד החובה, והוא מבוסס על פרשנות בעייתית של מבחן הרשלנות שנקבע בפסק־דין אן האנגלי, שממנה הסתייג אפילו אביה מולידה של הלכת אן (שבוטלה בינתיים).[343] לביקורת זו, שעליה חזר המחבר,[344] שותפים אחרים,[345] ויש איפוא לקדם בברכה את סיוג "חזקת הרשלנות". מוטב היה לבטלה כליל.

באשר למבנה החדש־ישן של עוולת הרשלנות כפי שהוצג בלוי, נראה כי הוא עדיף על המבנה של "חובה מושגית" ו"חובה קונקרטית" ו"רמת הזהירות" של זוהר וגורדון, ולו רק מן הטעם שהוא שב ומקנה לבית־המשפט יכולת טובה יותר לשלוט על היקף האחריות ברשלנות. תנאי ה"קרבה", ו"שיקולי המדיניות הציבורית" המבוססים על צדק, סבירות

---

339. דוגמת זה שנעשה בעניין מאורר (לעיל, הערה 140).

340. לעיל, הערות 5 ו-19.

341. Page Motors Ltd. v. Epsom and Ewell BC (1982) 80 LGR 337 הנדון אצל קיין (לעיל, הערה 25) 248-249. לעומת זאת מכיר המשפט הצרפתי בזכות לפיצויים של מי שנפגע עקב סירוב הרשות לפנות פולשים מאדמתו, כאשר עילת הסירוב היא חשש ממהומות (בל ובראון, לעיל, הערה 17, 188). אחריות זו אינה על בסיס אשמה אלא אחריות חמורה הנגזרת מעקרון השוויון בחלוקת הנטלים (להלן, פרק יא). לאחריות המדינה כמעביד ראו ע"א 559/77 למפרט נ' מדינת ישראל, פ"ד לג (3) 649.

342. י' גלעד, "על היחס בין ההיבט הפיזי להיבט הנורמטיבי של עוולת הרשלנות", משפטים טו (תשמ"ו) 446.

343. בעניין McLoughlin v. O'Brian [1982] 2 All E.R. 298, 303, אומר הלורד וילברפורס שיצר את מבחן הרשלנות באן: "That forseeability alone does not of itself, and automatically, lead to a duty of care is, I think, clear".

344. גלעד (לעיל, הערה 302) 363.

345. וודל (לעיל, הערה 75) 111-119.

nevo.co.il

והגינות, יוצרים מסגרות רחבות דיין לקליטת כללים והבחנות החיוניים לעיצוב דין מיוחד לאחריות הרשויות.[345א] עם זאת החלוקה הפנימית בתוך יסוד החובה בין רכיב "הקרבה" לרכיב שיקולי המדיניות הציבורית מעוררת סימני שאלה. בית־המשפט מבחין בין השניים באומרו שמקורם של שיקולי "הקרבה" בדיני הנזיקין, בעוד ששיקולי המדיניות הציבורית חורגים מתחום דיני הנזיקין, ו"נובעים מן הקשר הקיים בין דיני הנזיקין לדינים אחרים במשפט הפרטי והציבורי".[345ב]

תוכנה וטעמה של הבחנה זו אינם ברורים. מה הטעם לפצל את השיקולים בעד ונגד הטלת אחריות לשתי מסגרות נורמטיביות נפרדות? האם לא מן הראוי שכל השיקולים הרלוונטיים יאוזנו יחדיו ובו־זמנית, ולא בקבוצות נפרדות ובמבנה דו־שלבי?[345ג] וכיצד זה שיקולים לשלילת אחריות בנזיקין הם שיקולים חוץ נזקיים? הדיון בשאלות אלה, שעניינן המבנה הכללי של עוולת הרשלנות, חורג מגדר רשימה זו. אציין רק כי שורש הבעיה הוא בנטייה לאמץ שוב ושוב את נפתוליו של המשפט האנגלי המנסה ללא הצלחה להעניק משמעות לנוסחת דונויו, וזאת תוך הכנסת "שיפורים" מקומיים.[346]

ד. ההבחנה בין מעשה למחדל. לזהירות ולאיפוק, שבהם נוהג המשפט האנגלי בהטלת אחריות על הרשות בגין מחדלים טהורים, דהיינו בשל אי־מניעת סיכון שיצרו אחרים,[347]

345א. השאלה היא אם הדגם המושגי של לוי ייקלט בפסיקה לאחר השנים הארוכות, שבהן השתרש בה דגם החובה המושגית והקונקרטית. יצוין כי בע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 94 (2) 1105, מיום 30 יוני 1994, נעשה שימוש בדגם החובה המושגית והקונקרטית ללא כל אזכור של פסק־דין לוי שניתן כחודש וחצי קודם לכן. נוכח השוני בהרכבים בשני המקרים אין כל ודאות כי במועד כתיבת פסק־דין לורנס היו השופטים מודעים להחלטה בלוי.

345ב. סעיפים 10, 16.

345ג. בעניין White v. Jones [1993] 3 All E.R. 481 אומר השופט Nicholls V-C כי גורמי הקרבה מצד אחד, והמדיניות המבוססת על צדק וסבירות מצד אחר, "are no more than two labels under which the court examines the pros and cons of imposing liability in negligence in a particular type of case" (בעמ' 488). לדברי לורד Oliver בקפרו (לעיל, הערה 94, 633) השניים "are facets of the same thing".

346. כבר בשלב זה ניתן להצביע על סתירות באופן הפעלתו של דגם לוי. מחד גיסא אומר בית־המשפט כי שלילת אחריותו של המפקח על הביטוח נעשית שלא על דרך שלילת חובת הזהירות (בסיפא לסעיף 33). מאידך גיסא הוא שולל אחריות זו על רקע קיומם של שיקולי מדיניות ציבורית השוללים את חובת הזהירות. על הבעייתיות שבפיצול שיקולי המדיניות לשתי מסגרות נורמטיביות שונות ראו להלן, הטקסט ליד הערות 358-359.

347. ראו לעיל, סעיף ה.3 וכן וודל (לעיל, הערה 75) 116-119. ראו גם דברי הלורד Goff ב-**Smith v. Littlewoods Organisation Ltd.** [1987] 1 All E.R. 710, 728-9 "It is well Recognized that there is no general duty of care to prevent third parties from causing such damage".

nevo.co.il

יש הצדקה מלאה. במקרים רבים הפעילות של מניעת הנזק, לרוב באמצעות הפעלת סמכויות רישוי ופיקוח, היא בבחינת שירות שמגישה הרשות לאזרחיה, הממומן מן הקופה הציבורית. מאחר שסוג זה של פעילות מקיף כיום תחומים נרחבים של הפעילות העיסקית והמסחרית, יכולה הטלת אחריות בגין מחדלים לחשוף את הרשות לסיכונים כספיים בהיקף אדיר. פיצוי נפגעי פרשת ויסות מניות הבנקים בשל פיקוח לקוי על הבנקים ימחיש את היקף האחריות האפשרי. אהרויות זו, יש להזכיר, מוטלת על הרשות אף שהגורם העיקרי לנזק הוא אחר. הטלת אחריות גורפת על הרשות בגין מחדלים היא בעייתית מעצם טיבה. יש בה כדי לגרום לרשות לצמצם את שירותי הפיקוח על מניעת הסיכונים. דחייתה של הבחנה בין מעשה למחדל בגורדון לא היתה מוצדקת, וטוב עשה בית־המשפט בלוי כשהשיב לשיקול זה את כוחו המצומצם.

עם זאת ראינו כי בית־המשפט אינו מאמץ את ההבחנה בין מעשה למחדל כמשמעותה לעיל, אלא מבחין בין פעולות פיקוח בלבד, שבהן הטלת אחריות היא המקרה החריג, לבין פעולות אחרות שיש עמן גם פיקוח וגם "שליטה על מהלך האירועים ועל נקיטת האמצעים הנדרשים", שבהן קל יותר להכיר בקרבה ובחובה. אי־אכיפת הוראות ביטחון בגן ציבורי (גרובנר), הפעלת רשויות התביעה (גורדון) ואי קיום צו עיכוב יציאה (סוהן) מסווגים בקטגוריית השליטה על מהלך האירועים. בכך עירב בית־המשפט מין בשאינו מינו וטשטש שלא לצורך את ההבחנה בין מעשה למחדל.

הדרך הראויה היא להבחין בשלב ראשון בין יצירת סיכון אקטיבי לבין מחדל למנוע סיכון שיצר אחר, ובשלב שני להבחין בין סוגים שונים של מחדלים על־פי מידת האפקטיביות והייחודיות של סמכויות המניעה שהוקנו לרשות, סוג הסיכון שהרשות אמורה למנוע (אין דינו של נזק גוף כנזק של אובדן רווחים), שיקול הדעת שהוקנה לרשות – אם הוקנה – וטיבו, לשון החוק המסמיך, מספר הנפגעים וההיקף הכולל של הפגיעה, חומרת ההתרשלות, קיומה של הסתמכות וסיבה ועוד. קריטריון "השליטה על מהלך האירועים" הוא צירוף מעורפל של מקצת משיקולים אלה. עניין גורדון אינו נוגע לכאן, שכן היה זה מקרה של גרימת נזק אקטיבית ולא של מחדל, ואילו בעניין סוהן הוטלה אחריות בגין כמה וכמה טעמים כגון אי קיום צו שיפוטי, העדר שיקול דעת, ואפקטיביות וייחודיות של סמכויות המניעה.[348]

ה. הסתמכות (reliance). גישתו של בית־המשפט למשמעות ולנפקות שיש לקיומה של הסתמכות הניזוק על המזיק היא הגישה הראויה. צדק בית־המשפט בקובעו כי יש בהסתמכות כדי ל"קרב בין רחוקים", וכי לשם כך אין די בעצם קיומה של הסתמכות כללית אלא נדרשת הסתמכות סבירה או הסתמכות צפויה בין צדדים שביניהם מתקיים קשר של יחסים מיוחדים כמקובל בדיני מצג השווא הרשלני. ראינו כי כאשר הרשות מודעת להסתמכותו של האזרח על פעולות הפיקוח והמניעה שלה יש בכך כדי לשוות

348. לעיל, סעיפים 3.ז (ג); 4.ז(א).

nevo.co.il

למחדליה אופי של גרימת נזק אקטיבית, וכי זוהי המשבצת העיקרית שבה מוטלת אחריות בגין נזקים כלכליים טהורים בהתקיים התנאי של "יחסים מיוחדים".[349]

היה אף מי שהציע את מבחן ההסתמכות כמבחן העיקרי להטלת אחריות על רשויות ציבוריות בגין מחדלי פיקוח ומניעה. על־פי הצעה זו תוטל אחריות על רשות ציבורית כל אימת שזו גורמת לאדם לשנות את התנהגותו עקב הסתמכותו על פעולות פיקוח ומניעה שלה, כלומר כאשר הוא נמנע מלהגן על עצמו (specific detrimental reliance) עקב ההסתמכות.[350] חסרונה של גישה זו הוא ההתמקדות בגורם ההסתמכות וההתעלמות משיקולים רלוונטיים אחרים.

ו. חריג שיקול הדעת. החידוש הבולט ביותר בהחלטה בעניין לוי הוא חריג שיקול הדעת. אלא שקיימות בפסק־הדין אמירות סותרות באשר לטעמו ולהיקפו של חריג מרכזי זה לאחריות.

טעמו של החריג: במקום אחד נאמר למעשה כי מאחורי החריג עומדת אי־שפיטות נורמטיבית: "הקריטריון של דיני הנזיקין בעניין התרשלות אינו מתאים לבחינת החלטות מסוג זה". מדוע? "בדיקת התרשלות כרוכה, בדרך כלל, בבדיקת מעשים על רקע סטנדרטים אובייקטיביים הקבועים בדין". כאשר הרשות מפעילה שיקול דעת רחב לא קיים סטנדרט חיצוני, ולפיכך לא ניתן להחיל את אמת־המידה הנזיקית. "החלטות מעין אלו אינן מתאימות לבדיקה בקריטריון של רשלנות".[351] הנמקה זו מפתיעה בחדשנותה ובהשלכותיה. התרשלות היא כידוע "מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות" (סעיף 35 לפקודת הנזיקין). מן המושכלות הראשונים הוא ש"אדם סביר זה אינו אלא בית־המשפט אשר צריך לקבוע את רמת הזהירות הראויה".[352]

הרשלנות מעצם מהותה אינה נשענת על סטנדרטים חיצוניים הקבועים בדין. היא עצמה קובעת את הסטנדרט הראוי על־ידי איזון נורמטיבי בין השיקולים והאינטרסים המתחרים זה בזה. זוהי הרי תמציתו של מושג הסבירות. התנאת האחריות על הרשלנות בקיומם שם סטנדרטים חיצוניים לה מרוקנת למעשה את העוולה מתוכנה. יתרה מזאת, מושג הסבירות המינהלי דומה במהותו לסבירות הנזיקית וכנראה אף צמח מתוכה.[353] האם עולה מהנמקה זו כי גם עילת אי־הסבירות המינהלית אינה בת החלה על החלטות שיש עמן שיקול דעת רחב? האם מסתמנת כאן תפנית בגישתו האקטיביסטית של בית־המשפט העליון לביקורת המינהל בכלל? קשה להניח כי זו היתה הכוונה אך תוצאה זו עולה

349. ליסוד ההסתמכות ראו לעיל, סעיף ה.6 (המשפט האנגלי); ההחלטה בעניין אינדיאן טואינג (לעיל, סעיף ח.3(ב)) המשפט האמריקני; חיוב רשויות התכנון והבנייה בישראל בשל מצגי שווא (לעיל, סעיף ז.4(ב)). כאמור, גם חיוב הרשויות בגין סיכוני דרכים מבוסס במידה רבה על יסוד ההסתמכות (לעיל, סעיף ז.1).

350. וודל (לעיל, הערה 75) 119-129.

351. סעיף 24.

352. עניין ועקנין (לעיל, הערה 194) 131. ראו גם גלעד (לעיל, הערה 302) 331-332.

353. ראו לעיל, סעיף ב.1.

nevo.co.il

לכאורה מן ההחלטה. ממקום אחר בהחלטה משתמע טעם אחר לחריג שיקול הדעת. "מרכז הכובד נעוץ בשאלה לגבי הגוף המתאים לקבלת ההחלטה."[354] נראה שכאן מובלט שיקול אי־ההתאמה המוסדית, להבדיל מאי השפיטות הנורמטיבית. בית־המשפט מתאים פחות מאשר הרשות המינהלית לקבל החלטות המצויות בתחום חריג שיקול הדעת. האם הנמקה זו מוגבלת לבית־המשפט האזרחי או שמא יפה כוחה גם לבית־המשפט המינהלי?

היקפו של החריג: מהם סוגי שיקול הדעת הנתפסים כ"חריג שיקול הדעת"? בית־המשפט הסתמך במשולב על הפסיקה האנגלית והאמריקנית, אך לא נתן דעתו על כך שתחומי החריג שונים בשתי המדינות. המשפט האנגלי מחיל את החריג על החלטות מדיניות, אך לא על החלטות ביצוע. בית־המשפט אימץ עמדה זו בהוציאו יישום רשלני של ההחלטה שהתקבלה מתחומי החריג, אלא שבה בעת מאמץ את עמדת המשפט האמריקני בעניין גאוברט, שבו בוטלה למעשה ההבחנה בין תכנון מדיניות לביצוע ונקבעה חזקה שלפיה גם הדרג הביצועי יהנה מחסינות, אם פעל בתחום שיקול הדעת הביצועי המצומצם שהוקנה לו.[355] זאת גם אם שיקול הדעת הביצועי אינו מחייב איזון בין שיקולים חברתיים, פוליטיים או כלכליים. בעקבות גאוברט אומר בית־המשפט כי גם החלטות בעלות השלכה מצומצמת והשיבות מועטה נכללות בחריג. את הקושי הנוצר מאימוץ הגישה האנגלית והאמריקנית גם יחד ימחיש מקרה מפקד כוח המשטרה המחליט על אופן פריסת כוחותיו בהפגנה. על־פי המבחן האנגלי זוהי החלטת ביצוע.[356] ההחלטה כאן אינה מבוססת על שיקולים חברתיים, כלכליים או פוליטיים ולכן לכאורה אינה נתפסת בחריג שיקול הדעת. לעומת זאת, על־פי מבחן גאוברט נראה שהחלטה מבצעית זו תהא חסינה. מהו איפוא הדין בישראל?

הדין הראוי: *חריג שיקול הדעת, שיצר בית־המשפט בלוי, טעון הגמשה והבהרה.* ראשית, יש לשלול את טענת אי־השפיטות הנורמטיבית. מבחן הסבירות של עוולת הרשלנות, כמבחן הסבירות המינהלית, יוצר אמות־מידה להערכה ולביקורת של האופן שבו הרשות המינהלית מפעילה את שיקול דעתה. את חריג שיקול הדעת יש להשתית לא על אי־שפיטות מהותית אלא על שיקול השפיטות המוסדית,[357] ועל שיקולי הרתעת

354. סעיף 30. ההדגשה הוספה.

355. לעיל, סעיף ח.3(ג). ראו סעיף 20, שבו מציין בית־המשפט כי החריג האמריקני אינו מתבסס על ההבחנה בין מדיניות לביצוע, וכי עמדת המשפט האמריקני עדיפה על עמדת המשפט האנגלי או הקנדי.

356. ראו עניין הג'ס (לעיל, הערה 111).

357. להבחנה בין שפיטות מוסדית לנורמטיבית ראו לעיל, הערה 49. לקביעת תחומי ההתערבות הוצע מבחן המבוסס על אמינותו של ההליך המינהלי המוביל להחלטה המינהלית. כאשר נראה לבית־המשפט כי ההליך והאופן שבו התקבלה ההחלטה הם טובים וראויים – לא יתערב בהחלטת הרשות. ל־process approach ראו קרנט (לעיל, הערה 40) 907-914. מבחן דומה הוצע בתחום אחר, שבו גורם קיים מתאים יותר מבית־המשפט לקבל החלטות - תחום תכנון המוצרים. ראו י' גלעד, "אחריות חמורה למוצרים: חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"מ-1980", מחקרי משפט ח (תש"ן) 179, 212-213. גם ה־business judgement rule בתחום התערבות בתי־המשפט בהחלטות הנהלת חברה משקף תפיסה דומה.

nevo.co.il

היתר, שיבוש פעילות המינהל והשיקולים הפרגמטיים האחרים. שנית, יש לצמצם את תחולתו של החריג. בית־המשפט הרחיק לכת בקובעו, כי רק במקרים חריגים תחויב הרשות בגין הפעלת שיקול דעת רחב. הפעלת שיקול דעת היא רק גורם אחד מני רבים שיש להתחשב בו. יש להבחין בין שיקול דעת שמאחורי מחדל למנוע סיכון שיצר אחר לבין שיקול דעת שמאחורי יצירת סיכון אקטיבי. במקרה של סיכון אקטיבי אין מקום לחריג במתכונתו הרחבה. כן יש להבחין בין נזקי גוף ורכוש לבין נזקים כלכליים ולא־ממוניים טהורים. במקרה הראשון יש להגביל את תחומי החריג. החריג טעון צמצום וסיוג גם כאשר פעילות הרשות היא ultra vires, כבמשפט האנגלי, וכן כאשר כרוכה בה התרשלות חמורה. גם קיומם של הסתמכות או יחסים מיוחדים מסוג אחר בין הרשות לניזוק, היקף הקבוצה עליה נועד שיקול הדעת להגן ולשון החיקוק המסמיך ומטרתו הם שיקולים השובים בהגבלת תחומי החריג.

הלכה למעשה, בית־המשפט הלך בדרך זו ובחן חלק מגורמים אלה לפני שהחליט לפטור את הרשות מאחריות, אך מאחר שחריג שיקול הדעת שייך לשיטתו לרכיב "שיקולי המדיניות הציבורית" העומד בפני עצמו, בעוד שחלק גדול מן הגורמים האחרים שייך לרכיב העצמאי של "הקרבה", נוצר נתק לא ראוי בין השיקולים השונים והתוצאה היא, כאמור, חריג רחב ונוקשה. אמנם בית־המשפט מדגיש כי אין מדובר בחסינות השוללת את חובת הזהירות על הסף, כמקובל במשפט האנגלי והאמריקני,[358] אך אין בכך כדי לרכך די הצורך את נוקשות החריג. שלישית, ההתחשבות בהפעלת שיקול דעת כשיקול לריסון האחריות אינה צריכה להיות מוגבלת להחלטות מדיניות. גם בהחלטות ביצועיות יש לתת לכך את המשקל הראוי המתבקש משיקולי הרתעת היתר, שיבוש פעילות הרשות ושאר השיקולים הפרגמטיים. הביקורת הנוקבת שנמתחה על ההבחנה בין מדיניות לביצוע במשפט האנגלו־אמריקני מקורה בכך שהבחנה זו לא הצליחה לשקף באופן מלא את מגוון השיקולים בעד ונגד הטלת אחריות על רשויות הציבור.[359] יש להימנע מחזרה על טעות זו.

על אף כל האמור לעיל, אין ספק כי הכיוון שבו הלך בית־המשפט – הרחבת מתחם הסבירות הנזיקי – הוא הכיוון הנכון.[359א] בלימת הניסיון להרחיב את תחומי העוולה של

---

358. סעיף 28.

359. לביקורת ראו כהן (לעיל, הערה 12) 363-364; וודל (לעיל, הערה 75) 90-95; קיין (לעיל, הערה 25) 245-249; דותן (לעיל, הערה 1) 273-274. תמצית הביקורת היא, שבהעדר הגדרה ברורה ומוסכמת של מאפייני המדיניות מול מאפייני הביצוע קו הגבול התוחם בין השניים הוא מעורפל ולכאורה שרירותי. מכאן הטענה כי אין כל היגיון פנימי, שיטה ועקביות בהחלטות השיפוטיות המסווגות את פעילות המינהל בין תחומי המדיניות לביצוע, וכי הכלל השולל אחריות בגין פעילות שבמדיניות אינו בעל תוכן פנימי אלא מסגרת ריקה שלתוכה מוכנסים כל המקרים שבהם הוחלט, משיקולים אחרים, שלא להטיל אחריות על הרשות. ראו לעיל, סעיף ה.3.(ג).

359א."מיתחם הסבירות הנזיקי בעניינים מסוג העניין הנדון בפנינו הוא רחב. רק מקרים מוגדרים ייחשבו כמצבים בהם הרשות נקטה באמצעים שאינם אמצעים סבירים" – סעיף 29.

nevo.co.il

הפרת חובה חקוקה על־ידי הפיכת חובות פסוקות באשר לאופן הפעלת סמכויות שבשיקול דעת לחובות חקוקות, משתלבת כראוי במגמה זו.

י. אחריותן בנזיקין של רשויות ציבור – סיכום ומסקנות

1. רשלנות והפרת חובה חקוקה

מבחינת השפעת האחריות הנזיקית על המינהל (פרק ב), מניתוח השיקולים בעד ונגד הטלת אחריות על המינהל (פרק ג), מסקירת הסדרי האחריות במשפט האנגלי (פרק ה) והאמריקני (פרק ח), ומבחינה וניתוח של התנודות השונות בדין הישראלי (פרקים ו, ז ו־ט), מתבקשות המסקנות הבאות:

ההשפעה הגדולה שיש לאחריות בנזיקין על המינהל, ושיקולי ההתאמה המוסדית, הרתעת היתר, שיבוש פעילות מינהל, עיוות שיקול הדעת המינהלי, עומס יתר, הצפה ועלות ההתדיינות מצדיקים הגבלה וסיוג של אחריותן בנזיקין של רשויות הציבור גם בהתחשב בחוקי־היסוד החדשים.

מכאן שעקרון השוואת המעמד של המזיק הציבורי למזיק הפרטי יפה רק לפעילותן הפרטית של הרשויות וגם אז אין להפעילו באורח מכני אלא תוך התחשבות, לקולא ולחומרה, במעמדה המיוחד של הרשות הציבורית. זוהי הגישה המקובלת בעולם הרחב ובצדק שבה ואומצה – אם כי באורח חלקי – בעניין לוי.

יש לעצב דין נזיקין מיוחד לרשויות ציבור, אשר ישקף כהלכה את האיזון הראוי בין השיקולים הנזכרים לבין זכותו של הפרט לפיצוי בגין נזקים שגרמה לו הרשות. כאמור, הצורך בעיצובו של דין מיוחד קיים בעיקר בעוולת הרשלנות, המשמשת כיום מכשיר עיקרי להטלת אחריות בנזיקין על רשויות הציבור.

הדרך הראויה ליצור דין רשלנות מיוחד לרשויות הציבור היא דרכו של המשפט האנגלי. את השיקולים השונים להגבלת האחריות וצמצומה יש לתרגם לכמה הבחנות וכללים המשקפים שיקולים אלה. השיקולים כוללים את ההבחנה בין מעשה לבין מחדל, בין העדר הסתמכות לבין מצבי הסתמכות שונים על־פי טיב ההסתמכות ומידתה, בין סמכויות חובה לסמכויות רשות שבשיקול דעת (תוך הבחנה בין סוגיו השונים של שיקול הדעת),[360] בין סוגים שונים של אינטרסים מוגנים (גוף, רכוש, אינטרסים כלכליים ונוחות), בין סוגים שונים של פעילות שלטונית, בין קבוצות ניזוקים שונות לפי סוג והיקף הנזק שנגרם להן ולמערכת יחסיהן עם הרשות, בין סוגים שונים של התרשלות (התרשלות גרידא, התרשלות חמורה, מעשה מכוון),[361] בין פעולות בסמכות לפעולות שאינן בסמכות (בהתחשב בטיב ובעוצמת החריגה מסמכות), ובין חיקוקים שונים לפי מטרותיהם.

360. *הבחנה זו אינה ייחודית למשפט האנגלו־אמריקני.* גם המשפט הגרמני מסייג את האחריות כאשר מופעל שיקול דעת. ראו מרקסיניס (לעיל, הערה 18) 667.

361. התנאת האחריות בקיומה של התרשלות חמורה מקהה במידה רבה את עוקצם של שיקולי השפיטות, עומס היתר, הרתעת היתר וההצפה. היא יכולה לשמש תחליף לחריג שיקול

nevo.co.il

כל הגורמים האלה טעונים איזון ראוי, והמסגרת המתאימה לכך היא יסוד החובה שבעוולת הרשלנות. נוסחת האיזון חייבת להיות גמישה – אין לתת משקל חותך לשיקול מסוים או לקבוצת שיקולים במנותק מן השיקולים האחרים. לכן אין מקום לחסינות המבוססת בלעדית על שיקול מסוים, חשוב ככל שיהיה, וראוי לדחות את חסינויות המשפט האמריקני והאנגלי. אין להירתע גם מהפעלה ישירה של השיקולים להגבלת האחריות וצמצומה.

דחיית הבחנות המשפט האנגלי בזוהר ובגורדון, כמו גם המעטה במשקלם של שיקולי המדיניות מגבילי האחריות, הרחבת העיקרון של השוואת הממד ויצירת "חזקת הרשלנות" מרחיבת האחריות, לא היו מוצדקים. תגובת הנגד בפסק־דין לוי, שהביאה לסיוג חזקת הרשלנות, הגבלת תחומי עקרון השוואת המעמד, קליטה מחודשת של מקצת הבחנות המשפט האנגלי, והתחשבות בשיקולים מגבילי האחריות – כמעט שהתבקשה. בגרסה הראשונה של רשימה זו, שנכתבה לפני ההחלטה בענין לוי, הוצע להגביל את אחריות הרשויות באמצעות הוראת חוק מיוחד, שתצמצם את תחומי חובת הזהירות של הרשות.[362] בעקבות לוי אין עוד צורך בכך. עם זאת, לוקה גם הלכת לוי בכל אלה: ההבחנה בין פעילות פרטית לשלטונית אינה ברורה וחדה דיה; כך גם ההבחנה בין מעשה לבין מחדל; נוצרה הפרדה לא רצויה בין שני רכיבי יסוד החובה הפוגעת בגמישות נוסחת האיזון; הוגדר חריג רחב ונוקשה של שיקול דעת, הגובל בחסינות, והנשען על טיעון של העדר שפיטות נורמטיבית. חריג זה טעון ריכוך וצמצום, ומוטב להשתיתו על מכלול השיקולים מגבילי האחריות ולא על אי־שפיטות נורמטיבית.

הגישה הזהירה לאחריות צריכה למצוא את ביטויה גם בעוולת המסגרת של הפרת חובה חקוקה. נוכח רוחבו של שיקול הדעת המוקנה לבית־המשפט בקביעת גדרי האחריות בעוולה זו ניתן וראוי גם כאן להפעיל את מרבית השיקולים, הכלים וההבחנות של עוולת הרשלנות. אלה ימצאו את ביטוים המושגי בתנאי האחריות הסטטוטוריים של עוולה זו. בעניין לוי תרם בית־המשפט תרומה חשובה להפעלה הנכונה של עוולה זו, כאשר קטע באיבה את המגמה להפוך חובות פסוקות לחובות חקוקות.

הדעת. את אי־הסבירות הקיצונית או המהותית, הנדרשת במשפט המינהלי, ניתן לראות כסוג של התרשלות חמורה. המשפט הצרפתי מפעיל הבחנה זו בהתנותו את אחריות הרשות בתחומים בעייתיים ורגישים כפעילות משטרתית, מיסוי ושירותים רפואיים בקיומה של התרשלות חמורה (faute lourde). ראו בל ובראון (לעיל, הערה 17) 182; לטורנר (לעיל, הערה 17) 207, 224.

362. בטיוטה ראשונית של הצעה להוראה מעין זו נאמר:

"הוגשה תובענה נגד רשות ציבורית בשל האופן שבו פעלה לשם מילוי תפקידיה הציבוריים, תיחתך שאלת קיומה של חובת זהירות, כאמור בסעיף 36, בהתחשב במידה שבה הפעילה הרשות שיקול דעת ובטיבו ובאופן הפעלתו של שיקול דעת זה; באופי פעילות הרשות ומטרות פעילותה; בהוראות החיקוק המסמיך; בחומרת התרשלותה; בסוג הנזק שנגרם, חומרתו והיקפו; במידה שבה נגרם הנזק כתוצאה מהסתמכות ראויה של הניזוק על הרשות; ובתוצאותיה של הטלת אחריות."

nevo.co.il

2. עוולות והסדרי אחריות פרטיקולריים

האם יש מקום לעצב דין מיוחד לרשויות הציבור בעוולות ובהסדרי אחריות פרטיקולריים? על כך יש להשיב עקרונית בשלילה. עוולות התקיפה, כליאת השווא, הסגות הגבול, שליחת היד, לשון הרע והפגיעה בפרטיות מגינות על זכויות יסוד של האדם. חשיבות אינטרסים אלה היא כה גדולה עד כי הם דוחים מפניהם את כל השיקולים להגבלת אחריות וסיוגה, *מה* גם שבמרבית המקרים מדובר בהפעלת כוח כפייה שלטוני ולא במחדל טהור. ואכן, ראינו כי הן המשפט האנגלי[363] והן המשפט הישראלי[364] שוללים יחס מיוחד ומקל לרשויות הציבור באשר לעוולות אלה. זוהי הגישה הראויה. בהעדר הגנה ספציפית המצדיקה את מעשה הפגיעה יש להטיל בעוולות אלה אחריות מלאה על הרשויות, כשלכל היותר ניתן לעשות שימוש בגמישויות הפנימיות המוגבלות שלהן (יסוד ה"שלא כדין").

בעוולות הכוונה והזדון של הטעיה ונגישה ודאי שאין מקום ליחס מיוחד לרשות. שאלת הצורך בדין מיוחד לרשות הציבורית מתעוררת בעוולות המטרד וגרם הפרת חוזה. הבעיה בעוולת המטרד היא של אחריות המורה. הטלת אחריות על רשות היוצרת מטרד בהתנהגות סבירה, התואמת את טובת הציבור, יוצרת קושי, כפי שהראה הדיון בפרשת בני עטרות.[365] הפתרון מצוי בעיקרו בהוראת סעיף 48ב לפקודת הנזיקין הפוטר מאחריות בגין "שימוש במקרקעין הדרוש לטובת הציבור" כל עוד ננקטו אמצעים סבירים להקטנת הנזק ככל האפשר ו"הנזק שנגרם אינו חורג מתחום הנסבל". הוראה זו, יחד עם הגמישויות הפנימיות של עוולות המטרד, עונה על צורכי הדין המיוחד. גם בעוולת גרם הפרת חוזה עלולים להתעורר קשיים, כמו במקרה של מדיניות כלכלית שמתוויה יודעים כי תביא להפרת חוזים. ברי שאין זה מקרה מתאים להטלת אחריות. בכל זאת נראה שאין צורך בדין מיוחד, שכן יסוד "הצידוק המספיק" מספק את המסגרת הנאותה לשלילת אחריותה של הרשות הציבורית במקרה זה ובדומיו.

3. החסינויות הסטטוטוריות

האם קיימת הצדקה לחסינויות הסטטוטוריות שבסעיפים 6 ו-7 לפקודת הנזיקין ובסעיף 3 לחוק אחריות המדינה, המגינות על רשויות הציבור מפני אחריות חמורה? את סעיף 6 לפקודה ניתן להשאיר על כנו נוכח המשמעות הצרה שניתנה לו.[366] אם חיקוק מתיר במפורש את הפגיעה בניזוק, או שהפגיעה היא תוצאה בלתי נמנעת של הפעולה על-פי החיקוק, קיימת הצדקה לשלילת האחריות (אם לא ישלל תוקפו של החיקוק...) בהתחשב בכך שמדובר בהתנהגות סבירה של הרשות.[367] לעומת זאת, אין הצדקה להגנה הניתנת לרשות בסעיפים 7 ו-3 הנזכרים מעבר להגנת סעיף 6. כאשר הפעילות היא פרטית חל

363. לעיל, סעיף ה.9 (ה).
364. ראו לעיל, הטקסט ליד הערות 175-185.
365. לעיל, סעיף ו.3.
366. לעיל, סעיף ו.2.
367. לעניין זה ראו גם Department of transport v. North West Water Authority [1984] AC 336.

nevo.co.il

עיקרון השוואת המעמד, ואין הצדקה לפטור את הרשות מאחריות חמורה. אמנם, כאשר הפעילות היא שלטונית, קיימת הצדקה במקרים אלה ואחרים לפטור את הרשות הפועלת בסבירות, אך אין מקום לפטור סטטוטורי גורף.

כאשר מדובר בהפרת חובה חקוקה, ניתן להשאיר בידי בית־המשפט את ההחלטה מתי להטיל על המדינה חובת פיצויים על אף סבירות התנהגותה. כך עשה המחוקק בסעיף 48ב לגבי המטרד הציבורי. גם הוראת סעיף 42 לפקודת הפרשנות, הפוטרת את המדינה מאחריותה בגין הפרת חובה חקוקה שלא הוטלה עליה במפורש, טעונה ביטול בהקשר הנזיקי. כאשר החובה המוטלת בחיקוק היא פרטית באופיה, מחייב עקרון השוואת המעמד דין אחד לפרט ולרשות הציבורית.[367א] כן ראוי לשקול את ביטול חסינותה הגורפת של המדינה מאחריות בשל הוצאת לשון הרע, חסינות המצויה בסעיף 4 לחוק אחריות המדינה.

חסינות גורפת זו אינה מתיישבת עם פרק ג לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, הקובע הסדר מפורט של פרסומים מותרים; הגנות והקלות, והפוטר מאחריות רק סוגים מסוימים של פרסומי מדינה. אם החסינות וההגנה הניתנת לפרסומי המדינה בפרק ג אינה מספקת, הדרך להרחיבה היא באמצעות הסדרים ספציפיים בחוק איסור לשון הרע, ולא באמצעות פטור גורף מאחריות. זאת ועוד, הוראת סעיף 4 הנזכר, להבדיל מחוק איסור לשון הרע, פוטרת מאחריות אך ורק את המדינה אך לא את עובד הציבור. אין כל צדק והיגיון בתוצאה זו. כמו כן לא למותר יהיה לשוב ולבחון את טעמן והיקפן הראוי של הוראות החסינות שבסעיף 8 לחוק ואלה המאוזכרות בסעיף 9 שלו.

4. השפעת חוקי־היסוד החדשים

כיצד ישפיעו חוקי־היסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק על אחריותן בנזיקין של רשויות ציבור בפעילותן השלטונית?[367ב]

עמדתו של השופט ברק בשאלה הכללית של תחולת חוקי־היסוד על המשפט הפרטי היא כי "זכויות אדם בסיסיות חלות גם במשפט הפרטי".[367ג] "פקודת הנזיקין צריכה להתאים את עצמה לחוקי־היסוד".[367ד] לדעתו דגם התחולה הראוי הוא זה של התחולה העקיפה, דהיינו חלחול ופעפוע זכויות האדם החוקתיות שבחוקי־היסוד אל המשפט הפרטי באמצעות דוקטרינות קיימות של המשפט הפרטי או דוקטרינות שיווצרו במיוחד לצורך קליטתן.[367ה] בהקשר הנזיקי הוא מייחד תפקיד מרכזי לעוולת הרשלנות ולעוולת הפרת

367א. סעיף 2(2) לחוק האנגלי מ-1947 קובע דין אחד לכתר ואחר לפרט כאשר חלה חובה חקוקה על השניים. ראו גם בג"צ 56/194 ון מירופ נ' מנהל אגף השיכון, פ"ד יא 659, 665; וכן מ' מזרחי, "הפריבילגיה הנתונה למדינה בסעיף 42 לפקודת הפרשנות", משפטים ה (תשל"ג) 135 (חלק ראשון) 383 (חלק שני), בעמ' 147-148, 408-409.

367ב. ראו א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" (לעיל, הערה 3); וא' ברק, פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית (1994) 785-792.

367ג. א' ברק, זכויות אדם מוגנות, שם 193.

367ד. א' ברק, פרשנות חוקתית (לעיל, הערה 367ב) 786.

367ה. שם, 680; ברק, "זכויות אדם מוגנות" (לעיל, הערה 367ב) 169, 205.

nevo.co.il

חובה חקוקה כביטויים מרכזיים של הדוקטרינה הנזיקית.[367ו] עם זאת, אם יתברר כי הדוקטרינות הנזקיות אינן מגינות כראוי על זכויות היסוד, יש מקום, לדעתו, לפתח מחוץ לפקודת הנזיקין תרופות להגנה על זכויות היסוד על בסיס הלכת אדמה נ' לוי.[367ז]

נראה כי תפיסה זו מובילה להרחבה משמעותית של אחריותן בנזיקין של רשויות ציבור להבדיל ממזיקים פרטיים.

במערכת היחסים שבין מזיקים פרטיים לניזוקים פרטיים אין לצפות למהפכות עם הפעלת חוקי־היסוד. לנוכח רוחבן של זכויות היסוד החוקתיות והפרשנות המרחיבה המוצעת להן,[367ח] נראה כי אלה משתרעות על חלק נכבד – אם לא על כל האינטרסים המאוזנים כיום באמצעות דיני הנזיקין. במלים אחרות, חוקי היסוד מגינים על המזיק ועל הניזוק כאחד.[367ט] חיזוקה של הזכות לשם טוב על־ידי הפיכתה לזכות חוקתית לא יגדיל בהכרח את היקף זכויותיו של הנפגע מלשון הרע, שהרי מולה עומדת זכותו של המזיק לחופש הביטוי, שהפכה גם היא לזכות חוקתית מחוזקת. כך גם זכותו של אדם לשלווה ופרטיות בדל"ת אמותיו, שהפכה לזכות חוקתית בהיותה חלק בלתי נפרד מכבוד האדם, לא תבצר בהכרח את זכויותיו בעוולת המטרד אם זכותו של המטריד לעסוק בפעילות המטרידה היא חלק בלתי נפרד מזכותו החוקתית (והמשוריינת) לחופש העיסוק. אם כל האינטרסים המאוזנים במסגרת דיני הנזיקין יועלו בדרגה עקב הלחץ האוסמוטי של חוקי־היסוד "המפעפעים" אל תוך דיני הנזיקין, יווצר מצב "אינפלציוני" שבו יעלה מחירן של זכויות הפרטים מבלי שערכה של זכות אחת יגדל ריאלית ביחס לאחרות. תרומתה של הקונסטיטוציונליזציה של דיני הנזיקין תתבטא איפוא בעיקר בהגנה על זכויות שטרם הוכרו עד כה כמקנות זכות לתרופות נזקיות, כגון: זכות להפגין, הזכות לשוויון, הזכות שלא להיחשף להטרדה ולהצקה על רקע מיני, דתי או אתני, הזכות שלא לסבול מתחרות בלתי הוגנת וכיוצא בזה.

לעומת זאת, במערכת היחסים שבין הפרט כניזוק לבין הרשות הציבורית כמזיק ניתן לטעון לשינוי מהותי. חוקי־היסוד מגינים על הפרט כפרט אך לא על הרשות הציבורית. אמנם האינטרס הציבורי המיוצג על־ידי הרשות הציבורית הוא בסופו של דבר האינטרס של כלל הפרטים המרכיבים אותו,[367י] אך הזיקה בין השניים אינה ישירה, ולכאורה יהיה זה מלאכותי לטעון כי חוקי־היסוד מגינים על פרטים באמצעות הגנה על הרשות הציבורית הפועלת למענם. אם כך, הרי שבסכסוך בין הרשות הציבורית לפרט יפעלו חוקי־היסוד להגדלת המשקל הניתן לזכויותיו של הפרט הניזוק, שזכו להגנה חוקתית, אך לא להגדלה

367ו. ברק, פרשנות חוקתית (לעיל, הערה 367ב) 786-788.

367ז. שם, 791-792. הלכת אדמה נ' לוי (ע"א 140/53, פ"ד ט 1666) הכירה בחבות מחוץ לפקודת הנזיקין, בגין נזק כספי, פגיעה בנוחיות או בהנאה מרכוש, שהיו תוצאה ישירה וטבעית של מעשה לא־חוקי שביצע הנתבע. ראו ברק, פרשנות חוקתית (שם, 789-790).

367ח. לשיטתו של ברק, גם חופש ההתקשרות, חופש החוזים והזכות לשוויון ולאי אפליה הן מזכויות היסוד. "זכויות אדם מוגנות" (לעיל, הערה 367ב) 198-205.

367ט. שם, 173, 193, 194.

367י. ראו עניין ועקנין (לעיל, הערה 194) 141.

nevo.co.il

מקבילה במשקל האינטרס הציבורי. עקב כך יקטן כוחו של האינטרס הציבורי,[367יא] וכפות מאזני האיזון בעוולות הנזיקין השונות יוטו יותר מבעבר אל עבר הניזוק, תוך הרחבת היקף האחריות המוטלת על רשויות הציבור. כך, לדוגמה, אפשר שתוטל אחריות על המשטרה בגין אי־מניעת עבירות נגד הגוף, מן הטעם שזכותו של הקורבן לשלמות גופו היא זכות חוקתית ממעלה ראשונה הגוברת על שיקולים לא־חוקתיים כמו שיקולי תקציב, הרתעת יתר, הצפה והטרדה. והאם לא היתה התוצאה בפסק־דין לוי שונה אילו זכותו של הניזוק שם היתה נתפסת כזכות חוקתית?

יתרה מזאת, על־פי המוצע תמלא העוולה של הפרת חובה חקוקה שבסעיף 63 לפקודת הנזיקין תפקיד מרכזי בקליטת הזכויות שבחוקי־היסוד אל תוך דיני הנזיקין.[367יב] הצעה זו פותחת פתח גדול ממדים להרחבה משמעותית של מעגלי האחריות הקיימים. להבדיל מרשלנות, הפרת חובה חקוקה היא אכסניה נאותה לאחריות חמורה ומוחלטת שאינה מותנית בהתנהגות בלתי סבירה של הנתבע.

לדעת השופט ברק "רוב החובות המוטלות בחוקי־היסוד הן מוחלטות, ועל כן ניתן להטיל בגינן אחריות בהיקף רחב יותר מזו המתקבלת על־פי עוולת הרשלנות".[367יג] השימוש בעוולה זו יכול איפוא להוביל על נקלה להטלת אחריות חמורה ומוחלטת על הרשות הציבורית במצבים שבהם מותנית כיום אחריות זו בקיומה של אשמה – בהתנהגות בלתי סבירה. מה ימנע בעתיד מבית־המשפט להטיל על הרשות אחריות מוחלטת בגין כל פגיעה בגופו, בכבודו או בקניינו של אדם, גם אם הרשות פעלה בסבירות ובדרך הראויה? השופט ברק "מרכך" תוצאה זו בקובעו כי תוכן החובה החקוקה ייקבע לאחר ביצוע איזון פנימי בין זכויות האדם השונות, כך ש"איזון זה עשוי לגרור אחריו חובה מוגבלת המבוססת על אשם",[367יד] אלא שכאמור האיזון "המרכך" יעשה בין זכויות האדם, ואם האינטרס הציבורי אינו חלק מזכויות האדם – לא תיהנה הרשות הציבורית מ"ריכוך" זה.

דעתי היא כי חוקי־היסוד האלה אינם צריכים לגרום לפיחות משמעותי במעמדו ובמשקלו של האינטרס הציבורי, כאשר זה מעומת עם אינטרסים פרטיים במישור הנזיקי. שיקולי ההתאמה המוסדית, שיבוש פעילות המינהל, הרתעת היתר, עומס היתר, עיוות שיקול הדעת המינהלי וההצפה אינם חייבים בכל מקרה לסגת ולצמצם עצמם מפני חוקי־היסוד. אמנם, פשוטה של לשון חוקי־היסוד מלמדת על כוונה להרחיב את ההגנה הניתנת לפרטים אל מול רשויות המדינה, אך בהקשר הנזיקי, כאשר על הפרק עומדים תקינות תפקודו של המינהל הציבורי ואופן חלוקת המשאבים הציבוריים, הופך האינטרס הציבורי לאינטרס אישי, ל"זכות", של כל פרט מן הפרטים המרכיבים את הציבור. מהיבט זה,

367יא. ראו ברק, "זכויות אדם מוגנות" (לעיל, הערה 367ב) 197.

367יב. ראו ברק, פרשנות חוקתית (לעיל, הערה 367ב) 787-788. "העוולה בדבר היפר חובה חקוקה מתאימה במיוחד לכך" (שם, 788).

367יג. שם, שם.

367יד. שם, שם.

nevo.co.il

הכרה באחריות חמורה וגורפת של רשויות הציבור כלפי קבוצות פרטים מסוימות כמוה כפגיעה בזכות הקניין של הפרטים האחרים המממנים את הקופה הציבורית, ובזכותם למינהל תקין ויעיל המגן על זכויות היסוד שלהם. כך, לדוגמה, הטלת אחריות נזיקית רחבה על המשטרה, אם זו תשבש את פעולתה, תפגע בזכויות הפרטים להגנה על חייהם, גופם וקניינם. ניתן לומר כי תקינות פעילותו של המינהל וחלוקה ראויה של המשאבים הציבוריים הם בבחינת "תכלית ראויה", שלפי חוקי־היסוד עצמם מצדיקה את סיוגן של הזכויות המוקנות בחוקי־היסוד.[367טו] מערכת האיזונים הקיימת בין האינטרס הציבורי לזכויות הפרטים, הן בעוולת הרשלנות והן בעוולת הפרת חובה חקוקה, אינה צריכה להשתנות באורח מהותי רק משום שחוקי־היסוד אינם מתייחסים במישרין לאינטרס הציבורי.

בשולי הדברים יצוין, כי קיים קושי בשימוש בעוולת הפרת חובה חקוקה לצורך "קליטת" חוקי־היסוד. חוקי־היסוד אינם מטילים חובות חקוקות קונקרטיות על רשויות השלטון. הקביעה הכללית כי "אין פוגעים בקניינו של אדם" (סעיף 3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו) או כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" (סעיף 4 לחוק־היסוד הנזכר) היא קביעת עיקרון חוקתי הטעון קונקרטיזציה שיפוטית לאחר ביצוע "...איזון בין זכויות האדם לבין עצמן, ובינן לבין האינטרס הציבורי".[367טז] במלים אחרות, החובה הקונקרטית שתיגזר מחוקי־היסוד תהא במהותה חובה פסוקה ולא חובה חקוקה. ראינו כי עד כה לא הכיר בית־המשפט העליון בהפיכת חובות פסוקות לחובות חקוקות לצורך סעיף 63, וכי בעניין לוי נדחתה מגמה זו באורח ברור.[367יז]

באשר לפעילות הפרטית במהותה של רשויות הציבור – כאן ניתן לדמות את הרשות הציבורית לתאגיד פרטי ולהחיל עליה את חוקי־היסוד באותה מידה שבה הם חלים על תאגידים פרטיים. אין כל סיבה לעביר בהקשר זה ממשטר אחריות, שמטרתו "השוואת מעמד" של הרשות הציבורית בנזיקין לזו של מזיק פרטי, למשטר של "הרעת מעמד" שבו הסדרי האחריות בנזיקין מחמירים יותר עם הרשות הציבורית הפועלת כפרט מאשר עם פרטים אחרים. עם זאת, ראינו כי מעמדה הציבורי המיוחד של רשות ציבורית, גם כשהיא פועלת כפרט ולא כשלטון, יכול כשלעצמו להצדיק יחס מיוחד כלפיה, לחומרא ואף לקולא, בהשוואה למזיק פרטי.[367יח]

367טו. סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

367טז. ברק, "זכויות אדם מוגנות" (לעיל, הערה 367ב) 196, הערה 165.

367יז. ראו לעיל, הערות 232 ו־240 והטקסט לידן, וסעיף ט.7.

367יח. ראו לעיל, הערות 340 ו־341 והטקסט לידן. השופט ברק מעלה את השאלה האם ראוי להטיל אחריות על רשות שלטונית הפועלת במסגרת המשפט הפרטי רק משום שהמזיקה היא רשות שלטונית, ומגדיר מקרה זה כ"קשה יותר": פרשנות חוקתית (לעיל, הערה 367ב) 787. ראו גם ברק, "זכויות אדם מוגנות" (לעיל, הערה 367ב) 176.

nevo.co.il

יא. האם להטיל אחריות חמורה מיוחדת על רשויות ציבור?

עד כה התמקד הדיון בהגבלת אחריותה של הרשות הפועלת בכשירותה השלטונית. בדיון בשיקולי המדיניות הוצג נימוק בעד הרחבת אחריותה של הרשות.[368] כאשר אדם ניזוק באורח מיוחד עקב פעילות הבאה לקדם את טובת הכלל, הצדק וההגינות מחייבים כי הכלל הוא שיישא בנטל זה ולא קורבן הפעילות. רעיון זה של שוויון בחלוקת הנטלים החברתיים תורגם במשפט הצרפתי לאחריות בנזיקין המבוססת על עקרון הסיכון החברתי (risque social). מכוח עיקרון זה הוטלה על הרשות אחריות בנזיקין, או חובת פיצויים, גם כאשר פעלה בסבירות. אחריות חמורה זו הוטלה על הרשות כלפי מי שנפגע בפועלו למען עניין ציבורי, לרבות מצילים; כלפי מי שנפגע מפעילות היוצרת סיכונים מיוחדים, כגון פעילות צבאית או משטרתית, או מורה הנחשפת למחלה מידבקת; וכן כלפי מי שסובל נזק מיוחד עקב ההלטה של הרשות שלא להפעיל את סמכויותיה משיקולים של טובת הכלל – כמו החלטה שלא להפעיל כוח נגד מפירי חוק.[369]

גם במשפט הגרמני קיימת אחריות על בסיס דומה. כאשר אדם נדרש להקריב קורבן אישי מיוחד, בשל פעילות המתבצעת עבור טובת הכלל, רואים את הפגיעה בו כ"מעין הפקעה" של זכויותיו. מכוח היקש שהקישו בתי־המשפט מדין ההפקעה הוטלה על הרשות הפוגעת חובת פיצויים. לחובה זו, החלה על נזקי רכוש וגוף, אופי של אחריות חמורה. גדריה של חובה זו צומצמו בדרכים שונות, לרבות באמצעות הדרישה של נזק אישי המיוחד לתובע ושאינו נחלת הרבים, והגבלת הזכות לפיצוי לנזק המיידי שגרמה פעילות הרשות, לא כולל אובדן רווחים.[370] ניסיון להעביר חוק כללי המטיל, ככלל, אחריות חמורה על רשויות השלטון הוכשל בשנת 1981 על־ידי בית־המשפט בטענה של אי־חוקתיות.[371]

ועדת השרים של מועצת אירופה המליצה בשנת 1984 על אימוץ עיקרון כללי של אחריות חמורה בתנאים הבאים:

> reparation should be ensured if it would be manifestly unjust to allow the injured person alone to bear the damage, having regard to the following circumstances: the act is in the general interest, only one person or a limited number of persons have suffered the damage and the act was exceptional or the damage was an exceptional result of the act.[372]

---

368. לעיל, סעיף ג.6.
369. בראון ובל (לעיל, הערה 17) 183-192. הדגם הצרפתי שימש כבסיס להמלצת דותן (לעיל, הערה 1, 250) להטיל אחריות חמורה על הרשויות גם במשפט הישראלי. גם הצעת רובינשטיין ופרידמן דומה לדגם זה (לעיל, הערה 1, 77).
370. רופנר (לעיל, הערה 328) 259-269.
371. שם, 272. עם זאת התקבל לאחרונה הסדר אחריות חמורה הדומה לחוק שבוטל בחלק המזרחי של גרמניה (על־פי מידע שמסר פרופסור Rolland).
372. מובא אצל בל וברדלי (לעיל, הערה 13) 8-9.

nevo.co.il

המשפט האנגלי אינו מכיר באחריות חמורה ממין זה ועל כך נמתחה ביקורת.[373] עם זאת, קיימים בו הסדרים מיוחדים לפיצוי נפגעי חיסונים (Vaccine Damage Act 1979) נפגעי מהומות (Riot Damages Act 1886) וקורבנות עבירות פליליות (Crimminal Justice Act 1988).

בעניין לוי נאמרו אמירות שונות בנושא זה. תחילה מבחין בית־המשפט בין סיכונים הנובעים מפעילות שלטונית של המדינה המתפזרים לאורך זמן ובאורח שווה על כל האוכלוסייה, לבין "סיכון מיוחד" המגדיל את הסיכון שאדם מסוים מצוי בו. במקרה הראשון מדובר בסיכוני רקע של השיטה המשפטית, שאינם מצדיקים פיצוי ואשר ניתן להשוותם לאסון טבע. רק במקרה השני הפיצוי מוצדק.[374] נוכח ההגדרה הרחבה שנותן בית־המשפט לסיכוני רקע כאלה הנמדדים לאורך זמן ותוך התייחסות שווה לסיכונים שונים, קשה לראות מתי סיכון מסוים יוכר כ"מיוחד" לצורך זה. ואכן, המקרה המסוים שנדון בלוי לא הוכנס לקטגוריית הסיכונים המיוחדים היוצרים זכאות בנזיקין. לעומת זאת, נאמר בסוף ההחלטה כי "בידי המדינה הכוח לראוג לכך שנפגעים מסוימים או אפילו סוג מסוים של נפגעים בתחום מסיים, אשר המדינה סוברת שנשאו בסיכון הגדול מהסיכונים 'הרגילים' אותם נדרשים הפרטים בחברה לשאת, יזכו בפיצוי גם אם לא קיימת חובת זהירות כלפיהם."[375]

בית־המשפט מציע לשקול במקרה הנדון פיצוי על־ידי קרנית. נראה איפוא שבית־המשפט מבחין בין ה"ייחוד" הצר יותר הנדרש לצורך זכאות ברשלנות כחלק מדרישת הקרבה, לבין זה הנדרש לצורך תשלומי ex gratia או במסגרת הסדרים מיוחדים. במקום אחר בית־המשפט רואה הצדקה להסדרים סטטוטוריים של אחריות חמורה בתחומי פעילות שונים של המדינה, בדומה להסדרים החלים על נפגעי פעולות איבה ותאונות דרכים.[375א]

אין ספק כי קיימים מצבים, שבהם אי־פיצוים של הנפגעים מפעילות שנועדה לטובת הכלל הוא לא־צודק בעליל. אזרח שמכוניתו נפגעה במהלך מרדף משטרתי, בעל חנות שחלונותיה נופצו במהלך פיזור הפגנה או אדם שלקה במחלה עקב חיסון המוני אינם צריכים לשאת בעצמם בנזקים אלה. הקושי הוא בתחימת גבולותיה של אחריות זו ובקביעת המסגרת והשיטה לפיצוי. האם יש לקבוע בעניין זה עיקרון אחריות כללי בפקודת הנזיקין? האם רצוי לעגן אחריות זו בחוקי־היסוד החדשים, שכאמור מאפשרים הטלתה של אחריות חמורה?[375ב] או שמא עדיפה חקיקה ספציפית בתחומים השונים, שבהם נחשף הפרט לנזקים מסוג זה? ואולי הדרך הראויה היא הסדר מינהלי?

קביעת עיקרון אחריות כללי או גזירתו מחוקי־היסוד הן בעייתיות בשל הקושי לצמצם תחומי זכאות. הכרה רחבה בזכות לפיצוי לכל מי שנפגע מפעילות השלטון המיועדת לטובת הכלל עומדת בניגוד מובהק לכל השיקולים כבדי המשקל המגבילים את אחריות

373. בל (לעיל, הערה 14) 44.

374. בסעיף 26.

375. בסעיף 40.

375א. בסעיף 29.

375ב. לעיל, סעיף י.4.

nevo.co.il

הרשות בנזיקין. אולם הגבלת הזכאות לפרטים אחדים שסבלו נזק חריג או נפגעו מפעילות חריגה במקרים של אי־צדק בולט, כמו בהצעת ועדת השרים הנזכרת, מצמצמת מאוד את היקף הזכאות ובה בעת יוצרת מידה רבה של אי־ודאות באשר למצבי הזכאות. מה יחשב כאי צדק בולט? ומהו הגודל המרבי של קבוצת הזכאים? ומתי יחשבו נזק או פעילות כחריגים?

להסדרים ספציפיים יש יתרון הן בהגדרה ברורה של תחומי הזכאות והן בהתאמת היקף הזכאות ודרכי מימושה לפעילות המזיקה. כמה הסדרי זכאות ספציפיים מסוג זה קיימים כבר היום. סעיף 48ב לפקודת הנזיקין מסמיך את בית־המשפט לפסוק פיצויים בגין נזק ממון שגרם מטרד ציבורי. חוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989, והתקנות מכוחו, קובעים הסדר ביטוח באמצעות המדינה לנפגעי חיסון.[375ג] חוקים מיוחדים מסדירים את הפיצוי בגין נזקים שמקורם בפעולות איבה. סעיף 80 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, מסמיך את בית־המשפט לפצות נאשם שזוכה מאשמה חסרת יסוד. ניתן וראוי להרחיב סוג זה של הסדרים שלא על בסיס אחריות בנזיקין. יש מקום להסדר פיצוי נפגעי עבירות פליליות ונפגעי מהומות בדומה להסדרי המשפט האנגלי, כמו גם להסדר שיפצה את מי שנפגע על־ידי עובד ציבור שגרם נזק בזדון תוך ניצול לרעה של מעמדו כעובד ציבור, ונמצא חייב בשל כך. הטעם לחיוב הרשות במקרה זה הוא שגם אם העובד חרג מתחומי עבודתו בגרמו נזק בזדון, הרשות הציבורית היא שנתנה לו את הכלים להזיק. היא שהעניקה לו, בפועל או בכוח, את הסמכויות והכוחות ואת המעמד שבאמצעותם גרם לנזק. יש לזכור כי הביטול המוצע של חסינות הרשויות מאחריות חמורה ושל סעיף 42 לפקודת הפרשנות ירחיב אף הוא את פוטנציאל האחריות החמורה של המדינה ורשויות הציבור.

עם זאת, ברי כי גם הרחבת רשת ההסדרים הספציפיים, ב"תגבור" עוולת הפרת חובה חקוקה, לא תצליח לכסות את כל קשת המצבים שבהם ראוי לפצות פרט שנשא, שלא בצדק, במחיר הגדלת טובת הכלל. מוצע איפוא לקבוע לצד ההסדרים הספציפיים עיקרון נזיקי כללי שיכיר בזכאות לפיצוי במקרים שבהם נגרמו לפרט או לקבוצת פרטים מוגבלת בהיקפה נזקי גוף או נזקי רכוש, עקב פעילות שלטונית שנועדה להיטיב עם הכלל, אם בנסיבות המקרה אי פיצוי יהיה לא־צודק בעליל. הוראה זו תחול רק על גרימת נזק אקטיבית, להבדיל ממחדל, והזכאות לפיצוי תיקבע לפי מה שבית־המשפט ימצא לנכון ולצודק בנסיבות העניין. בהשוואה להמלצת ועדת השרים הנזכרת מוגבלת הצעה זו ליצירת סיכון אקטיבית שגרמה לנזק פיסי. אולם אין בה את הדרישות המגבילות של נזק חריג או פעילות חריגה. לאלה אין הצדקה עניינית. הניסיון שיצטבר עם הפעלת עיקרון מוצע זה יאפשר את צמצומו או את הרחבתו בהמשך. באמצעותו יימצא פתרון הולם למקרה הפגיעה ברכוש במהלך נסיעת רכב חירום ולמקרים דומים.

את ההסדרים הספציפיים והעיקרון הכללי הזה ניתן להשלים באמצעות הסדר שיקנה לגורם מתאים במינהל שיקול דעת לפצות את מי שסבל נזק ממשי עקב שיבוש שנפל

375ג. לצורך בהגנה מיוחדת לנפגעי חיסון, במצבים שבהם המדינה אינה חבה ברשלנות לנזק אדיר שגרם חיסון ראו ע"א 470/87 אלטורי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד מז (4) 146, 154.

בפעילות המינהל, גם אם זה אינו עולה כדי אחריות בנזיקין. דוגמה לכך היא מי שסבל נזק כלכלי בשל איחור רב באישור בקשתו לרשיון, כאשר האיחור נובע ממחלת פקיד או התפטרותו, נסיעה חיונית לחו"ל, שינויים מבניים, חילופי שלטון וכיוצא באלה. ההכרעה בשאלת הזכאות לפיצויים תימסר על־פי הצעה זו למינהל עצמו, שיוקנה לו שיקול דעת רחב להכריע בבקשות מסוג זה ללא זכות ערעור לבית־משפט (אך בכפוף לביקורת המשפט המינהלי). בהפעלת שיקול דעתה תוכל הרשות להתחשב בגודל הנזק שנגרם, במספר הנפגעים, בעלות הכוללת של הפיצוי, ובטיב השיבוש שנפל בפעולת המינהל. הרעיון המרכזי הוא של הסדר תשלומי ex gratia, כהסדר משלים להסדרים המיוחדים של האחריות החמורה.

יב. אחריותו האישית של עובד הציבור

1. השאלה

עד כה התמקד הדיון בשאלת אחריותן בנזיקין של רשויות הציבור ללא הבחנה של ממש בין הרשות הציבורית מזה לבין עובד הציבור מזה. לכאורה, כריכה זו של אחריות הרשות ואחריות עובדה מתבקשת מאליה: לרוב אחריותה של הרשות היא שילוחית ומבוססת על אחריותו האישית של העובד לעוולה שביצע תוך כדי עבודתו.[376] אכן זוהי הגישה הרווחת במשפט האנגלי,[377] ובעקבותיו במשפט הישראלי. אחריות אישית של הרשות קיימת רק כאשר העובד גורם הנזק הוא אורגן של הרשות או כאשר החובה שהופרה מוטלת במישרין על הרשות.

הדעה הרווחת היא שרק בעל תפקיד בכיר נחשב כאורגן של הרשות הציבורית.[378] כל עוד לא אומץ מבחן מרחיב יותר, תחוב הרשות אישית מכוח תורת האורגנים רק אם המעוול הוא בעל תפקיד בכיר בה, כפי שהיה בעניין לוי.[379] אחריות אישית ישירה מזוהה לרוב עם פעילותה הפרטית של הרשות כבעלת נכסים.[380] מחוץ לתחומיה המוגבלים של האחריות האישית שלובים איפוא זה בזה אחריות העובד ואחריות הרשות. בחינת הוראות החסינות הסטטוטוריות במשפט הישראלי הראתה הקבלה גם בין חסינויות העובד לחסינויות הרשות.[381]

---

376. ראו לעיל, פרק ד.
377. לעיל, סעיף ה.10.
378. ע"א 358/63, 362 מדינת ישראל נ' שוורץ ואח', פ"ד יז 2894, 2900.
379. ראו בסעיף 17 להחלטה. לתורת האורגנים ולהבחנה בין מבחן ההירככיה הנזכר למבחן פונקציונלי, שלפיו יחשב כאורגן כל מי ש"על־פי מסמכי התאגיד או על־פי מקור נורמטיבי אחר רואים את פעולתם ומהשבתם כפעולת התאגיד עצמו"; ראו ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה (4) 364, 380-382.
380. לעיל, סעיף ה.1.
381. ראו לעיל, פרק ו, סעיפים 1-4.

nevo.co.il

האם קיימת הצדקה עניינית להשתית את אחריות הרשות על אחריותו האישית של עובד הרשות? היש מקום להחיל על העובד הסדר אחריות שונה מזה המוחל על הרשות? כרקע לדיון בשאלות אלה מן הראוי להציג את עמדתו של המשפט האמריקני בסוגיה זו.

2. אחריות וחסינות עובדי הרשות במשפט האמריקני

עד לסוף שנות הארבעים היתה עמדתו הכללית של המשפט האמריקני בסוגיית אחריותם בנזיקין של עובדי הציבור כעמדת המשפט האנגלי. בתחומיה הצרים של האחריות בנזיקין באותה עת לא נהנו, בדרך כלל, עובדי הציבור מן החסינות שהוענקה לרשות ונחשפו לחבות אישית, אלא אם בחרה הרשות להתייצב מאחוריהם.[382] מסוף שנות הארבעים ואילך, לאחר שנבעו פרצות רחבות בחומת החסינות של רשויות הציבור, החל בארצות־הברית תהליך מעניין שלא היתה לו מקבילה באנגליה. פריצת חומות החסינות של רשויות הציבור לוותה ביצירת חומות חסינות סביב אחריותם בנזיקין של עובדי הרשויות.

בפסק־הדין המרכזי בסוגיה, בר נ' מתיאו, בשנת 1959, אישר בית־המשפט העליון כי עובדי הרשות הפדרלית, הן בדרג הבכיר והן בדרג הזוטר, נהנים מחסינות בנזיקין בגין עוולות שביצעו במהלך מילוי תפקידם. הסיטואציה היתה של הפעלת שיקול דעת, אך החסינות לא הוגבלה במפורש למצבים שבהם מופעל שיקול דעת. החסינות שהוענקה לעובדים היתה מוחלטת (absolute) – כוחה היה יפה גם לעוולות שבוצעו בכוונה ואף בזדון. חסינות מרחיקת לכת זו הוסברה בצורך להגן על תפקודם התקין והיעיל של הרשויות ועובדיהן מפני ההשפעה ההרסנית שתהיה להגשת תביעות נגד עובדי הרשות.[383]

---

382. יש המסבירים זאת בכך שעובדי הרשות נהנו באופן אישי מן הסמכויות שהוענקו להם ולכן נשאו גם בסיכוני התפקיד, או בכך שעד לשנות השלושים היתה פעילות הרשויות בעלת אופי פרטי בעיקרה וללא הסממנים השלטוניים המיוחדים להן של הסדרה ופיקוח המאפיינים אותן מאז מלחמת העולם השנייה – ראו סימפוזיון (לעיל, הערה 12) 86. חריג לאחריות זו היתה ועודנה חסינותם המוחלטת של מחוקקים ושופטים, חסינות בעלי תפקיד אחרים שפעילותם היא מעין שיפוטית, לרבות רשויות התביעה הפלילית, וחסינויות הנשיא והקבינט. לסקירה מפורטת של הסדרי חסינות אלה ראו C.J. Antieau & M. Mecham, **Tort Liability of Government Officers and Employees** (N.Y., 1990). למוחלטותה ולרוחבה של חסינות הרשות השופטת ראו J.M. Shaman, "Judicial Immunity From Civil and Criminal Liability", 27 **San Diego L.R.** 1 (1990), וכן משו (לעיל, הערה 36) 14-15. כוחה של חסינות זו יפה גם לעוולות זדון וכוונה. אמנם חסינות זו אינה חלה על מעשים הנעשים בעליל ללא סמכות כלשהי, אלא שחריג הסמכות לחסינות פורש בצורה מצמצמת. מחסינות השופטים והמחוקקים נהנית גם הרשות הפדרלית המעסיקה אותם. אמנם תיקון לסעיף 2671 משנת 1988 הכניס להגדרת "הרשות הפדרלית" הכפופה לאחריות בנזיקין גם את הרשות המחוקקת והשופטת, אך בה בעת תוקן גם סעיף 2674 ונקבע בו כי מחסינות שיפוטית או חקיקתית העומדת לעובד הציבור תיהנה גם הרשות הנתבעת. לחסינות השיפוטית במשפט האנגלי והישראלי ראו לעיל, הערות 123, 150.

383. **Barr** v. **Matteo** 360 U.S. 564 (1959).

nevo.co.il

פסיקה מאוחרת יותר הרחיבה את תחומי החסינות על־ידי החלתה על פעילויות שיש להן אופי ביצועי ועל פעילויות שאינן בעלות אופי שלטוני. גם התנאי שהגביל את החסינות לפעולה במהלך מילוי תפקיד פורש באורח מצמצם - כל פעילות המצויה "טכנית" בתחומי הסמכות, ולו גם בתחומיה החיצוניים (outer perimeter), נחשבה כנעשית במסגרת תפקיד.[384]

עם זאת, התבלט חריג בחסינות מוחלטת זו בתחום הזכויות החוקתיות civil rights או constitutional rights. תביעות אלה מבוססות על החלטת בית־המשפט העליון בעניין ביונס.[385] כאשר פגע עובד הציבור בזכויות ממין זה, הומרה החסינות האישית המוחלטת בחסינות אישית מסויגת (qualified) שהותנתה במקורה בתנאי כפול: קיום תום־לב אצל עובד הציבור ואמונה סבירה כי מעשהו היה בתחומי סמכות, דהיינו לא עלה כדי פגיעה בזכות חוקתית.[386] ברבות הימים, כפי שנראה להלן, הלך חריג זה והצטמק והחסינות המסויגת התרחבה והתקרבה אל החסינות המוחלטת גם בתחום זה.

בהחלטה משנת 1988 הסתמנה בבית־המשפט העליון גישה מצמצמת יותר לחסינות עובדי הציבור. בעניין וסטפול נ' ארוין,[387] נפגע התובע, אזרח עובד צבא, משאיפת אבק סודה רעיל במחסן צבאי שבו עבד. בתי־המשפט הפדרליים שדנו בתביעתו נגד הממונים על המחסן נחלקו בשאלה עד כמה מגביל תנאי שיקול הדעת את חסינותם המוחלטת של עובדי הרשות במהלך מילוי תפקידם. שאלה זו היתה שנויה במחלוקת בפסיקה, שכן

384. משו (לעיל, הערה 36) 17-18.

385. הדין האמריקני מבחין בין זכאות בנזיקין כלפי הרשות מכוח כללי המשפט המקובל לבין זכאות לפיצויים בגין נזק שמקורו בעוולות חוקתיות. הזכאות בגין עוולות חוקתיות נובעת משני מקורות משלימים. מקור אחד הוא סעיף 1983 לפרק 42 של ה-.U.S.C המקים לניזוק עילה אישית בדין הפדרלי נגד עובדי מדינה (state) או עובד רשות המקומית, ובמידה מוגבלת נגד הרשות המקומית. הוראה זו, שמקורה ב-Civil Liability Act 1871, משמשת כיום כאכסניה העיקרית לתביעות המוגשות אישית נגד עובדי מדינה ורשות מקומית. אין היא מקנה עילת תביעה נגד עובדי המדינה הפדרלית או עובדי הרשויות הפדרליות. מקורן של תביעות המוגשות אישית נגד העובדים הפדרליים הוא בהחלטת בית־המשפט העליון בעניין **Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics** 403 U.S. 388 (1971) (ראו אנטייה ומישם, לעיל, הערה 382, 33-39). תביעות אלה מתבססות במישרין על חוקת ארצות־הברית. מקור זה מוגבל לאחריות אישית ואין הוא יוצר עילה נגד הרשויות הפדרליות. למבנה תלת ראשי זה ראו קס (לעיל, הערה 16) 111-112, 124-133. לסקירה מקפת ראו ברק־ארז (לעיל, הערה 3) 116-141.

386. להגנה מסויגת זו ראו J. Witty, "Federal Executive Immunity from Civil Liability in Damages: A Revaluation of **Barr** v. **Mateo**", 77 **Col. L. Rev.** (1977) 625, 634. חריג זה לחסינות המוחלטת לא הוחל על עובדי הרשות המחוקקת והשופטת ועל רשויות התביעה הפלילית - בריס (לעיל, הערה 37) 125-127, 141-144; קס (לעיל, הערה 16) 132.

387. **Westfall v. Ervin** 484 U.S. 292 (1988).

nevo.co.il

ההחלטה בעניין בר נ' מתיאו לא הבהירה אם ועד כמה מוגבלת החסינות למצבים של הפעלת שיקול דעת.[388] בית־המשפט העמיד זה מול זה את שיקול הרתעת היתר ושיבוש פעילות הרשות (harassment of prospective litigation) מול עקרון האחריות האישית וזכות הנפגע לפיצוי, וקבע פה אחד כי כאשר מוטל על העובד לפעול לפי דרכי פעולה וקווים מנחים שקבעו הממונים אין הצדקה עניינית להענקת החסינות. בית־המשפט לא הגדיר מהו שיקול הדעת שהחסינות מותנית בו מעבר לקביעה הכללית כי ראוי להעניק חסינות רק כאשר תרומתה לתפקוד הרשות גדולה מן הנזק לפרט. עוד ציין בית־המשפט, כי המחוקק הוא הגורם המתאים ביותר לקבוע את תחומי חסינותם הראויה של עובדי הציבור.

הקונגרס ראה בהגבלתה של החסינות המוחלטת למצבים של שיקול דעת איום ממשי על תקינות פעולתה של הרשות.

> The prospect of such liability will seriously undermine the moral and well being of federal employees, impede the abilities of agencies to carry out their missions, and diminish the vitality of the Federal Tort Claims Act.

עוד באותה שנה חוקק ה-Federal Employees Liability Reform and Tort Compensation Act (FELRTCA), שמטרתו המוצהרת היתה להשיב על כנה את החסינות המוחלטת שהעניק המשפט המקובל, שזה עתה הוצרה.[389] נקבע כי תרופתו של הניזוק נגד הרשות בגין עוולה שביצע עובדה במהלך עבודתו, היא תרופה ייחודית המוציאה כל תביעה נגד העובד שביצע את העוולה או נגד עיזבונו. כאשר מוגשת בכל זאת תביעה אישית נגד עובד, אם יאשר התובע הכללי כי העובד הנתבע פעל במהלך עבודתו בעת ביצוע העוולה תוחלף התביעה נגד העובד בתביעה נגד הרשות.[390] קביעתו של התובע הכללי בעניין זה אינה קונקלוסיבית. הן העובד והן התובע רשאים לחלוק עליה ולהעמידה להכרעת בית־המשפט.[391]

---

388. ראו "Absolute immunity for state-law Torts under **Westfall** v. **Erwin**: How much Discretion is enough?", **The Army Lawyer** (November 1988) 5.

389. Pub. L. 100-694 מ-1988 אשר תיקן את הסעיפים 2671, 2674, 2679 לקוד. לסקירת החוק והרקע לחקיקתו ראו W.T. Cornell, "An Evaluation of the Federal Employees Liability Reform and Tort Compensation Act: Congress' Response to **Westfall** v. **Erwin**", 26 **San Diego L. Rev.** (1989) 137. ציטוט זה לקוח מסעיף 2(ב)(6) לחוק. על החסינות הסטטוטורית, תולדותיה והיקפה ראו גם **Wood** v. **U.S.** 995 F.2d 1122 (1993).

390. תיקון לסעיף 2679 ל-U.S.C..

391. על כך שגם התובע יכול לתקוף את קביעת התובע הכללי ראו **Melo** v. **Hafer** 912 F. 2d 628 (1990) affirmed 112 S. Ct 358 **Schrob** v. **Catterson** 967 F.2d 929 (1992).

nevo.co.il

עד כמה החסינות הסטטוטורית היא חסינות מוחלטת, דהיינו חלה גם על מעשים מכוונים או זדוניים? התשובה תלויה בכך אם עובד המבצע עוולה מכוונת או הפועל בזדון עדיין נחשב כמי שפועל במהלך עבודתו. לעניין זה קובע דין הנזיקין של המדינה שבה בוצע המעשה. באותן מדינות, שבהן קיומה של כוונה או זדון אינו שולל את קשר העבודה בין העובד לרשות, תהא חסינות העובד מוחלטת.[392]

החסינות הסטטוטורית המוחלטת לא פגעה בדין המיוחד המגביל את הסינותם של עובדי הרשות הפדרלית בגין עוולות חוקתיות. חריג מפורש מוציא מתחומיה תביעות בגין הפרת החוקה או בגין הפרת חוק פדרלי המקנה לניזוק עילת תביעה. אלא שבתחום זה נהנים, כאמור, עובדי הרשות מחסינות מסויגת שיצרו בתי־המשפט.

התמונה הכוללת מגלה איפוא לא רק הסדרי חסינות אישית רחבת היקף, הן ברמה הפדרלית והן ברמת המדינות,[393] אלא אף מגמה של הרחבת הסינות זו והעמקתה. יעידו על כך לא רק ההסדר המקיף של החסינות הסטטוטורית שב-FELRTCA, אלא גם הנטייה המסתמנת, הן ברמה הפדרלית והן ברמת המדינות, לקרב את החסינות המסויגת לחסינות המוחלטת בתחום העיקרי שבו מוטלת אחריות אישית על עובדי הציבור – תחום העוולות החוקתיות.

כאמור, הותנתה במקור חסינות זו בתנאי כפול: קיומו של תום־לב, ואמונה סבירה כי המעשה נעשה בתחום הסמכות, כך שאין עמו פגיעה בזכות חוקתית. ברבות השנים הושמט התנאי הסובייקטיבי של דרישת תום־לב. גם התנאי האובייקטיבי של אמונה סבירה בחוקתיות המעשה צומצם. נקבע כי החסינות תוסר רק כאשר ברור בעליל כי המעשה נוגד את החוקה. במלים אחרות, כאשר אשמו של עובד הציבור גובל בפזיזות או מהווה חריגה

392. ראו Arbour v. Jenkins 903 F. 2d 416 (1990); Duffy v. U.S. 966 F. 2d 307 (1992). הרחבה זו של תחום העבודה מחסנת את העובד, אך בה בעת הושפת את הרשות הפדרלית לאחריות שילוחית בנזיקין כאשר הרשות עצמה אינה חסינה.

393. ברמת המדינות, ההסדרים הסטטוטוריים והשיפוטיים מגוונים יותר ולא ניתן להצביע על הסדר אחיד. ראו אנטייה ומישם (לעיל, הערה 382) 16-17, 40-43; ריסטייטמנט (לעיל, הערה 251) סעיף 895D וההערות לו. בהכללה ניתן לומר, כי החסינות כאן צרה יותר מן החסינות המוחלטת שברמה הפדרלית. הצרה זו של החסינות נעשית על־ידי התנאת החסינות בקיום תום לב, הוצאת בעלי תפקידים מסוימים מתחומי החסינות, הגבלתה לדרגות הבכירות יותר בשירות הציבורי, או התנאתה בהפעלת שיקול דעת ברמה גבוהה. ראו משו (לעיל, הערה 36) 18-22. גם ברמת המדינה החריג המרכזי לחסינות המוחלטת הוא בתחום התביעות המבוססות על פגיעה בזכויות חוקתיות. בתביעות מסוג זה, המבוססות על סעיף 1983 לפרק 42 של הקוד הפדרלי (לעיל, הערה 385), הומרה החסינות המוחלטת בחסינות מסויגת שהותנתה במקורה בקיום תום־לב ובאמונה סבירה כי המעשה נעשה בסמכות. קיימת מידה רבה של הקבלה, אם כי לא זהות, בין הסדר החסינות בתביעות אלה להסדר הפדרלי בתביעות ביונס (ראו בריס, לעיל, הערה 37; קס, לעיל, הערה 16, 132). גם ברמת המדינה לא הוחל חריג זה לחסינות המוחלטת על הרשות השופטת ורשויות התביעה (קס, שם, 128).

nevo.co.il

מסמכות. ברשלנות גרידא לא די.[394] בנוסף לכך סויגה האחריות בגין עוולות חוקתיות ברמה הפדרלית במצבים שבהם קיים סעד חלופי גם אם אינו אפקטיבי כסעד בעוולה החוקתית.[395] התרחבות זו של החסינות המסויגת מוסברת בשיקולי הרתעת היתר וההצפה.[396]

3. שיקולי מדיניות – הרחבת חסינות העובדים

מבחינת שיקולי הפיצוי, ההרתעה וההגינות עולה כי הזיקה ההדוקה הקיימת כיום במשפט הישראלי והאנגלי בין אחריות הרשות לבין אחריות עובדיה אינה רצויה. מן הראוי להפריד את חבילת האחריות לרכיביה ולתעל את עיקר הנטל אל הרשות עצמה. עובדי הרשות ושלוחיה אינם צריכים לשאת בנטל זה, כאשר הם פועלים בתום־לב במהלך עבודתם.

מהיבט הפיצוי, הרשות היא בעלת המשאבים הכספיים והיכולת לפזר את הנזק, ומטבע הדברים רואה בה הניזוק את הכתובת לתביעה ולתשלום, כפי שאכן קורה בפועל. משהובטח פיצויו של הניזוק על־ידי הרשות, אין עוד צורך באחריות נוספת של העובד. אחריות זו אינה תורמת דבר לניזוק, מה גם שראינו כי הרשות נוהגת לעמוד מאחורי העובד כאשר הוא מחויב באופן אישי. מהיבט ההרתעה יש בשחרור העובד מאחריות אישית כדי להקטין את אפקט ההרתעה השלילית מבלי לפגוע בהרתעה הרצויה. פטור אישי יקטין במידה ניכרת את חששו של העובד מאחריות, ויאפשר לו לפעול ביתר ביטחון וביתר מרץ ללא צורך בהתגוננות מתמדת. בדרך זו תימנע גם אפשרות מניזוקים בכוח להפעיל לחצים על עובד הרשות באיומי תביעות נזיקים אישיות. אולם הטלת אחריות על הרשות תשמֵר את האינטרס המערכתי והמוסדי לעצב נהלים, מנגנונים, דרכי פעולה ואמצעי פיקוח ובקרה שיקטינו את העלות הצפויה של אחריות בנזיקין. כך ישמר האפקט החיובי של ההרתעה.[397] יש לזכור כי גם ללא אחריות אישית יש לעובד תמריצים לנהוג כהלכה בשל חששו מסנקציות פליליות, משמעתיות, מפגיעה במעמדו, קידומו ושכרו, ובמקרים מסוימים גם מתביעת השתתפות.

נראה איפוא ששחרור העובד מאחריות עשוי לשפר את האפקט ההרתעתי הכולל של האחריות בנזיקין ואף לאפשר את הרחבתה עקב נטרול חלקי של אפקט הרתעת היתר.

394. להתפתחות זו ראו בריס (לעיל, הערה 37) 161-163; אנטייה ומישם (לעיל, הערה 382) 35-39.

395. קס (לעיל, הערה 16) 132-133; ברק־ארז (לעיל, הערה 3) 136-139.

396. אנטייה ומישם (לעיל, הערה 382) 38; קס, שם, 129. כן יש לזכור כי גם כאשר עובד ציבור מסוים אינו נהנה מחסינות או שחסינותו מוגבלת, תופעה הנפוצה ברמת השלטון המקומי שבה היקף החסינויות מצומצם, ייקשה על הניזוק להצליח בתביעה המבוססת על רשלנות או על הפרת חובה חקוקה. דרישת הקירבה, היחסים המיוחדים או החובה המיוחדת, מציבות מכשול גבוה על דרכו של הניזוק. תביעתו תידחה במקרים רבים בטענה שבהעדר קרבה או חובה מיוחדת חובת העובד היא חובה ציבורית ולא חובה המופנית כלפיו (public duty doctrine) – ראו אנטייה ומישם, 74-76; קס, 123-124; והשוו לעיל, הטקסט ליד הערה 280.

397. אולסון (לעיל, הערה 41) 70-71.

nevo.co.il

מהיבט ההגינות קשה להצדיק הטלת אחריות בפועל על עובד הפועל בתום־לב במהלך עבודתו למען קידום מטרות המעביד. ההגינות מחייבת כי המעביד, העומד מאחורי הסיכונים שיוצרת עבודת העובד ואף נהנה ממנה – הוא זה שיישא בעלויותיה. דברים אלה יפים מקל וחומר לגבי עובדי הציבור, שמחד גיסא נחשפים לסיכוני אחריות גדולים בשל פוטנציאל ההיזק הגדול של הרשויות, ומאידך גיסא אינם נהנים מתנאי שירות משופרים במיוחד.[398]

נגד פטור עובד הציבור מאחריות אישית ניתן להעלות שתי טענות. טענה אחת היא שכלל גדול הוא בנזיקין שאין אדם נפטר מאחריות בנזיקין רק על שום שפעל למען אדם אחר. הטענה האחרת היא שאין להבחין בין עובד הרשות לכל עובד אחר. אם נפטור את עובד הרשות מאחריות אישית, מדוע שלא נעשה כן לגבי עובדים של מעבידים פרטיים?[399] התשובה לטענות אלה היא שמאחר שהרשות הציבורית פועלת כשלוח הציבור ונאמנו, מאחר שהצלחת פעולתה תלויה במידה רבה ביצירת מערכת תמריצים נכונה לעובדי הציבור, ומאחר שעובדי ציבור רבים חשופים לסיכוני אחריות גדולים במיוחד ולאיומי תביעות, אין כל פסול בהכרה במעמדם המיוחד.

זאת ועוד, הלכה למעשה נטל האחריות בנזיקין מתועל לרוב גם במגזר הפרטי אל המעסיק באמצעות האחריות השילוחית ותורת האורגנים. בזכות ההשתתפות מן העובד כמעט שלא נעשה שימוש. ההסדר המוצע הוא איפוא בבחינת הכרה פורמלית במציאות משפטית כללית. אין לפסול על הסף את הרחבתו, בגרסה זו או אחרת, לכלל ציבור העובדים. הטלת אחריות על הרשות, תוך הקניית חסינות לעובד שבגין מעשהו או מחדלו חויבה הרשות, היא תופעה נפוצה בעולם המשפט. הכרנו אותה במשפט האמריקני, במיוחד מאז יצירת החסינות הסטטוטורית בחוק מ-1988. הפרדה זו נוהגת גם במשפט הצרפתי,[400] ובמידה רבה גם במשפט הגרמני.[401] לפני כעשור המליצה ועדת השרים של מועצת אירופה

---

398. לניתוח דומה ולמסקנה, שלפיה הרשות הציבורית היא הכתובת הראויה המרכזית לאחריות ראו דותן (לעיל, הערה 1) 250-255.

399. בקסטר (לעיל, הערה 40) 47-49.

400. במשפט הצרפתי, כאשר עוולת העובד נעשית במהלך השירות בלבד (faute de service) לא מוטלת למעשה אחריות אישית על העובד (לעיל, הערה 64). ניתן להגיש את התביעה רק נגד הרשות בבית־המשפט המינהלי, ושם לא נשאלת כלל שאלת אחריותו האישית של עובד הרשות (ברדלי ובל, לעיל, הערה 13, 11).

401. בגרמניה מטיל סעיף 839 ל-BGB אחריות אישית על עובד הציבור בגין הפרה מכוונת או רשלנית של חובתו, אך סעיף 34 ל-GG קובע כי כאשר מדובר בפעילות שלטונית, להבדיל מפרטית (ראו לעיל, הערה 18) האחריות הראשית היא אחריותה של הרשות הציבורית ובכך נפטר למעשה עובד הציבור מחבותו (בכפוף לתביעת השתתפות מוגבלת). ראו רופנר (לעיל, הערה 328) 252-253; מרקיסיניס (לעיל, הערה 19) 665-666. יצוין כי גם על־פי סעיף 839 אין עובד הציבור אחראי אם הניזוק יכול להתפצות ממקור אחר. הוראה זו באה למנוע הרתעת יתר של עובדי הציבור אך כיום, כאשר עיקר הנטל מוטל על הרשות, נוטים לפרשה באורח מצמצם. ראו רופנר, 257-258; מרקיסיניס, 667.

nevo.co.il

שלא להתנות את התביעה נגד הרשות הציבורית בהגשת תביעה נגד עובד הרשות.[402] הצעות להפרדה כזאת הועלו במשפטנו זה מכבר,[403] ובעניין לוי קיבלו גושפנקה עת קבע בית־המשפט כי מסלול האחריות הישירה עדיף על המסלול השילוחי והכיר בשוני שבין שיקולי אחריות הרשות לשיקולי אחריות העובד.[404]

4. הסדר החסינות המוצע

על רקע האמור לעיל מוצע להרחיב את הפטור לעובד הציבור, הקיים כיום בסעיף 7(א) לפקודת הנזיקין, כך שיחול על כל מעשה או מחדל שעשה העובד בתום־לב במהלך עבודתו. המבחן המוצע הוא סובייקטיבי ולו שני ראשים. ראשית, נדרשת אמונה סובייקטיבית של העובד כי הפעולה שהצמיחה את העוולה היא חלק מעבודתו למען הרשות. שנית, הפעולה צריכה להיעשות בתום־לב, דהיינו להיות נקייה מכוונת זדון, רצון להזיק, מניעים אישיים, שיקולים זרים וכיוצא באלה. הפטור המוצע ירחיב במידה ניכרת את החסינות הקיימת כיום בסעיף 7(א) על־ידי החלתה על כל קשת המעשים והמחדלים, שבהם מיוחסת לעובד רשלנות אובייקטיבית. מוצע שלא להרחיק לכת אל החסינות המוחלטת שמקנה המשפט האמריקני למקצת עובדי הרשות, חסינות החוסמת גם תביעות בגין נזקים שנגרמו שלא בתום־לב. הטיעון של תביעות סרק שתשבשנה את עבודת הרשות ותטלנה מורך בלב עובדיה, התומך בחסינות זו, אינו משכנע. על תובע הטוען להעדר תום־לב אצל העובד מוטל נטל הוכחה כבד. מה גם שהוא עלול עקב כך לאבד את תביעתו נגד הרשות עד כמה שהעדר תום־הלב שולל את הבסיס לאחריותה. הצדקה לחסינות מוחלטת קיימת, אם בכלל, רק בהקשר חסינות ממלאי התפקיד השיפוטי, וזהו אכן הדין הנפוץ.[404א]

הפטור המוצע מחליף את מבחן הסמכות של סעיף 7(א) במבחן מהלך העבודה. המבחן המוצע רחב יותר ממבחן הסמכות. ככלל, ייתכנו מצבים שבהם יחשב עובד כמי שפעל במהלך עבודתו לצורך החסינות גם אם היה לו ספק כלשהו באשר לקיומה של סמכות, ובלבד שהאמין בתום־לב שהוא פועל לקידום מטרות המעביד. עם זאת, פעולה מחוץ לסמכות תיחשב מטבע הדברים ראיה בעלת משקל לכך שהעובד לא פעל בתום־לב במהלך עבודתו.

האם צריכה החסינות המוצעת ללבוש אופי מהותי, כחסינות הקיימת כיום מכוח סעיף 7(א), או שמא עדיפה חסינות דיונית? חסינות מהותית לעובד שוללת את אחריותה השילוחית של הרשות הציבורית למעשה העובד, ומונעת תביעות השתתפות נגדו. הסדר

402. לשון ההמלצה, משנת 1984 היא: "The right to bring action against a public authority should not be subject to the obligation to act first against its agent" – מובא אצל ברדלי ובל (לעיל, הערה 13) 10. המחברים סבורים כי ההבחנה בין אחריות שילוחית לאחריות אישית בהקשר זה היא משנית בחשיבותה.

403. להצעה להנהיג בארץ אחריות רחבה של הרשות הציבורית תוך צמצום אחריות עובד הרשות ראו רובינשטיין ופרידמן (לעיל, הערה 1) 77; דותן (לעיל, הערה 1) 255.

404. לעיל, הערה 2, סעיף 17 להחלטה.

404א. שם, שם.

nevo.co.il

של חסינות מהותית מחייב איפוא חקיקה משלימה שתטיל על הרשות אחריות אישית ישירה בגין מעשי עובדיה, ותקנה לה זכות לתבוע את העובד להשבת סכומים ששילמה והוצאות שהוציאה, כאשר תביעת ההשבה מוצדקת. הסדר הסינות דיונית, ללא חקיקה משלימה, ישמור ואף ירחיב את אחריותה השילוחית של הרשות[405] ואת זכות ההשתתפות שלה מן העובד.

במבט כולל נראה כי עדיפה חסינות מהותית. חסינות דיונית תחייב גם היא חקיקה משלימה הן כדי להרחיב את תחומי אחריותה השילוחית של המדינה, והן כדי לצמצם את היקף זכויות ההשתתפות נגד העובד. הרחבת תחומי האחריות השילוחית תידרש במקרים שבהם אחריות העובד כיום אינה נתמכת על־ידי אחריות שילוחית. הרחבת חסינות העובד תותיר במקרים אלה את הניזוק ללא תרופה.[406] צמצום זכות ההשתתפות דרוש כדי למנוע את עקיפת החסינות וריקונה מתוכן על־ידי חשיפת העובד לתביעות השתתפות של הרשות וצדדים שלישיים. מאחר ששתי החלופות דורשות רפורמה חקיקתית בתחומי אחריות הרשות וזכויות ההשבה וההשתתפות, מוטב לאמץ את ההסדר הנכון מבחינה עיונית – זה הרואה ברשות הציבורית את הכתובת הראויה לאחריות.[407]

---

405. ההרחבה תתבטא בכך שתוטל אחריות שילוחית על רשות ציבורית בתחומי חלותו של סעיף 7(א). כיום הרשות אינה אחראית בשל האופי המהותי של החסינות. אלא שהרחבה זו של האחריות השילוחית לא תחול על המדינה ועל גופים אחרים הנהנים מחסינות אישית מכוח סעיף 3 לחוק אחריות המדינה.

406. ימחישו זאת שתי הדוגמות הבאות. הדוגמה האחת – סעיפים 24, 28 ו־61 פוטרים כיום את המעביד מאחריות שילוחית בעוולות התקיפה, כליאת השווא והנגישה בהעדר אשרור מפורש של מעשה העוולה. כאשר יבצע עובד תקיפה או כליאת שווא בתום־לב במהלך עבודתו יהא העובד חסין, הרשות תופטר מאחריות בהעדר אשרור, והניזוק יאבד זכות העומדת לו כיום נגד העובד. הדוגמה האחרת – כאשר עובד חורג בתום־לב מתחום התפקידים שהטיל עליו המעביד, אפשר שעוולה שבוצעה במהלך חריגה זו תיחשב כנעשית ב"מהלך" העבודה לצורך חסינות אך לא "תוך כדי" העבודה לצורך הטלת אחריות שילוחית מכוח סעיף 13 לפקודת הנזיקין. גם כאן תאבד לניזוק עילת תביעה. על קושי ראשון זה ניתן להתגבר באורח חלקי באמצעות מתן פרשנות מרחיבה למונח "אשרור" (לעיל, הערה 141) או על־ידי עקיפת המגבלה על אחריות שילוחית בעוולות אלה באמצעות תביעת רשלנות (עניין כרמלי, לעיל, הערה 128, 777). יש רגליים לטענה כי מן הראוי לבטל כליל הוראות אלה נוכח הגיונן המפוקפק (שם, שם).

407. ראו לעיל, בסעיף 3. על חשיבותה של האחריות האישית של הרשות עמד כבר סטריט (לעיל, הערה 15) 36-38. גם במשפט האמריקני נדחו תביעות נגד עובדים שלא נהנו מחסינות ישירה בטענה שהכתובת האמיתית והראויה של התביעה היא הרשות. ראו American Jurisprudence (לעיל, הערה 251) 591-592; אנטייה ומישם (לעיל, הערה 382) 77-78.

nevo.co.il

5. הסדרים משלימים

א. הטלת אחריות ישירה על הרשות הציבורית. את הסדר החסינות המהותית המורחבת של עובד הציבור יש איפוא ללוות בהסדר, שיטיל על הרשות הציבורית אחריות אישית ישירה בגין מעשי העובד ומחדליו.[408] מוצע כי כל מעשה או מחדל בתום־לב של העובד במהלך עבודתו יחשבו על־פי הסדר זה כמעשיה או כמחדליה של הרשות הציבורית. האחריות המוצעת רחבה מזו המוטלת כיום בהסדרי האחריות השילוחית. יכללו בה מעשים או מחדלים שנעשו בתום־לב במהלך העבודה, אך לא "תוך כדי" העבודה. דהיינו, מצבים שבהם מוצדק לחסן את העובד מאחריות גם אם חרג מתחומי תפקידו.[409]

כמוצע לעיל, תישא הרשות באחריות מיוחדת כאשר עובד הרשות, תוך שימוש בסמכויות, בכוחות ובמעמד שהקנה לו תפקידו, גורם נזק בזדון.[410] במקרים אלה תיתוסף אחריותה המיוחדת של הרשות לאחריות העובד. כפל תביעות ממין זה מוכר במשפט הצרפתי.[411]

ההסדר המוצע יחול הן על הפעילות השלטונית והן על הפעילות הפרטית של הרשות.[412]

ב. זכויות השתתפות וחזרה. כאמור, הרחבת חסינות העובד לכל הפעולות שבוצעו בתום־לב במהלך העבודה תקטין את האפקט השלילי של הרתעת היתר, אך בה בעת תחליש גם את ההשפעה המרתיעה החיובית שיש לאחריות בנזיקין. גם הטלת אחריות מיוחדת על הרשות במצבים של גרימת נזק בזדון תחליש את ההרתעה הרצויה. אמנם במקרים אלה תותנה אחריות הרשות בחיובו של העובד, כך שהשניים יחובו יחדיו, אך ניתן להניח כי הניזוק יעדיף להיפרע מן הרשות במקרים אלה. כדי לשמר את האפקט ההרתעתי החיובי שיש לאחריות בנזיקין, חשוב לחשוף את העובד לתביעות חזרה או השתתפות אם כי בהיקף מוגבל.

במצבים שבהם יהנה העובד מהסדר החסינות המהותית (פעולה בתום־לב במהלך עבודתו), ושבהם תישלל עקב כך זכות ההשתתפות על־פי הדינים הקיימים, מוצע ליצור

408. הבסיס העיוני לאחריות זו מצוי בהרחבת תורת האורגנים לכל עובדי הציבור ולא רק לעומדים בצמרת השירות הציבורי (ראו לעיל, הערות 378-379 והטקסט לידן), או בהרחבת ההוראה שבסעיף 17 לפקודת הנזיקין שכבר כיום מייחסת למעביד ולשולח את ידיעת העובד או השלוח.

409. ראו לעיל, הערה 406.

410. ראו לעיל, פרק יא.

411. המשפט הצרפתי מכיר באחריות בנזיקין של הרשות (faute de service) גם כאשר העובד נושא באחריות אישית (faute personnelle) כלומר, כאשר רואים את מעשהו כמנותק מן השירות. הטעם לכך הוא שהשירות יצר את התנאים והכלים לביצוע העוולה האישית. זוהי דוקטרינת ה-cumul. ראו בל ובראון (לעיל, הערה 17) 176-182.

412. זאת להבדיל מהדין הגרמני הרואה בעוולת העובד את עוולת הרשות רק בהקשר של פעילות שלטונית. ראו לעיל, הערה 401.

nevo.co.il

בחוק זכות השבה, מלאה או חלקית, המוגבלת למצבים של התרשלות חמורה.[413] הוראת השבה דומה קיימת במשפט הגרמני.[414] מטרתה תהא להרתיע את עובד הציבור מפני התנהגות חריגה ולא ראויה בעליל. הסדר זה יכלול, על פי שיקול דעת בית־המשפט, גם זכות להשבה מלאה או חלקית של הוצאות ההתדיינות של הרשות במשפטה עם הניזוק. הזקה על הרשות שתדע להפעיל בתבונה שוט זה של תביעת השבה כדי להפיק ממנו את מרב ההרתעה "החיובית". זכות ההשבה לא תוכר במקרים של התרשלות רגילה.

כאשר העובד גרם לנזק בזדון, תוך ניצול מעמדו, יחובו על־פי ההצעה הן העובד והן הרשות. על־פי הדינים הקיימים תעמוד לרשות זכות השתתפות נגד העובד למלוא סכום החיוב המשותף. לצורך הגברת ההרתעה מוצע להוסיף לזכות זו גם זכות להשבה מלאה של הוצאות ההתדיינות של הרשות עם הניזוק. בנוסף לכל מוצע לקבוע במפורש את זכותו של הניזוק להיפרע פיצויים עונשיים מן העובד וממנו בלבד. הוראה ממין זה תמריץ את הניזוק להיפרע במישרין מן העובד ולא להסתפק בתביעתו כלפי הרשות.

ג. הבטחת שיתוף הפעולה מצד העובד. יש להניח כי מקצת התביעות שתוגשנה נגד הרשות הציבורית על־פי ההסדר המוצע תהיינה תביעות סרק, בין בתום־לב ובין בהעדרו. יכולתה של הרשות להתגונן מפני תביעות אלה תלויה במידה רבה בשיתוף הפעולה של העובד שגרם לנזק. כיצד יובטח שיתוף פעולה זה? התשובה לכך היא בחיזוקן של הסנקציות המינהליות והמשמעתיות נגד עובד שאינו משתף פעולה לצורך זה. את שיתוף הפעולה של העובד "יעודד" גם החשש מתביעת החזרה של הרשות, שכן העדר שיתוף פעולה יכול להתפרש על־ידי הרשות כסימן להעדר תום־לב או להתרשלות חמורה מצדו בגרימת הנזק.

ד. עוולה חדשה של שימוש לרעה בתפקיד ציבורי? עד כה התמקד הדיון בשאלת חסינותו או אחריותו של עובד הציבור בגין ביצוע עוולה קיימת. האם יש מקום ליצור משבצת אחריות חדשה של שימוש לרעה בתפקיד ציבורי בדומה לעוולה המתגבשת

413. לעניין ההתרשלות החמורה בהשוואה להתרשלות גרידא ראו ע"א (ת"א) 1039/89, 1040 בזק בע"מ נ' אלפא מוצרי הנדסה, פ"מ תשנ"ג (א) 382. פסק־הדין עוסק בסעיף 40 לחוק הבזק, המגביל את האחריות בנזיקין של בעל חסינות "לנזק הנובע מפעולה מכוונת או מרשלנות חמורה של בעל החסינות, עובדיו או הבאים מטעמו". בית־המשפט קבע שם מבחני עזר אחדים לאפיון התרשלות כחמורה: ידיעה בפועל על הסיכון שנוצר או התעלמות מודעת מתוצאות המעשה הרשלני, רשלנות מתמשכת, סכנה מוחשית מיידית או סכנה גדולה, סטייה חריגה מסטנדרט מקובל, נסיבות מיוחדות.

414. סעיף 34 ל-GG משמר את תביעות החזרה של הרשות נגד עובד הציבור במצבים של כוונה או רשלנות חמורה. בצרפת זכות ההשתתפות של הרשות כלפי עובד הציבור במקרה של cumul נקבע על־פי תפקידו חובותיו ואחריותיו של עובד הציבור (בל ובראון, לעיל, הערה 17, 181).

nevo.co.il

במשפט האנגלי של misfeasance in public office?[415] נראה שכן. אמנם, עוולת הרשלנות רחבה דיה כדי לחול על מצבים רבים של גרימת נזק בזדון בעת מילוי תפקיד ציבורי או גרימת נזק עקב פעולה שעובד הציבור ידע כי היא חורגת מסמכותו. גם העוולה של הפרת חובה חקוקה, ועוולות אחרות (כגון, נגישה) יסייעו בכך. עם זאת, הרשלנות אינה המסגרת המתאימה לעוולה בעלת אופי פרטיקולרי המבוססת על התנהגות זדונית או מודעת, וספק אם היא רחבה דיה כדי לחול על כל המצבים שבהם רצויה הטלת אחריות. יש איפוא מקום להגדרת עוולה מיוחדת של שימוש לרעה בתפקיד ציבורי, עוולה שתחזק את האפקט ההרתעתי החיובי.

במסגרת זו יהיה ניתן להגביר את ההרתעה על־ידי פסיקת פיצויים עונשיים נגד העובד שגרם נזק בזדון, כמוצע לעיל. אלא שעיצוב גבולות האחריות בעוולה זו אינו משימה קלה. האם די במניע פסול כדי להחיב את העובד? טלו לדוגמה מפקח מס הבודק מדגם של תיקי נישומים והמעלה במתכוון את תיקו של שכנו השנוא, או עובד עיריה המציב עגלת אשפה עירונית דווקא ליד דירתו של יריבו. בהנחה שבדיקת התיק והצבת עגלת האשפה, אילו נעשו בתום־לב, הם כשרים למהדרין, האם יש במניע שמאחוריהם כדי להחיב את העובד? האם ניתן לראות בהטרדה הנובעת מהם משום נזק? ומה דינו של מי שחורג ביודעין מתחום סמכותו, וגורם עקב כך נזק בלתי צפוי לחלוטין? עובד זה לא יחוב ברשלנות – האם ראוי להחיבו בעוולה הפרטיקולרית? שאלות אלה ואחרות ראויות לדיון נפרד.

415. לעיל, הערה 125 והטקסט שלידה.

nevo.co.il

nevo.co.il