

# אחריות המדינה, גופים ציבוריים וממלאי תפקידים ציבוריים לנזק שנגרם ברשלנות – מדרון חלקלק

תמר גדרון\*

- א. מבוא
- ב. עולת הרשלנות במשפט הישראלי – כללי
- ג. הכפפת אחריות מזיקים ציבוריים ברשלנות לשיקולי מדיניות מיוחדים – למה ומדוע?
- ד. אחריות המדינה, רשויותיה וגופים ציבוריים ועובדיהם בנזיקין – מסגרת חקיקתית כללית
- ה. מגמה כללית של הרחבת אחריות בעולת הרשלנות בפסיקה הישראלית
- ו. מבט השוואתי קצר על הסדרי אחריות הנהוגים בשיטות משפט שמקורן דומה
- ז. אחריות מזיקים ציבוריים בפסיקה הישראלית – היסטוריה של רטוריקה מתלבטת ויישומים מנוגדים
- ח. רב-גונית הפעילות הציבורית וסוגי הנזק השונים שהיא מייצרת
- ט. הקבוצות פסיקה והדגמת מגמת ההרחבה של אחריות נתבעים ציבוריים ברשלנות
  1. פעילויות חסרות ייחוד שלטוני מובהק (מקבילות לפעילויות "פרטיות")
  2. פעילות צבאית
  3. שופטים ובעלי תפקידים מעין שיפוטיים
  4. משטרה
  5. רשויות האימוץ
  6. עוד פונקציות שלטוניות אופייניות
    - 6.1 מיסוי
    - 6.2 חקירה והעמדה לדין

---

\* מרצה בכירה בבית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל. אני מבקשת להודות לפרופ' ישראל גלעד על הערותיו והצעותיו המאירות ועל תמיכתו, לד"ר בעז שנור על כיווני המחשבה החדשים שהציע לי ועל עמידתו, כמו תמיד, בלוח הזמנים הבלתי-אפשרי שלי ולעורך דין אורי וולובלסקי עוזר המחקר המצויין שלי. המחקר נערך בסיוע קרן המחקר של בית הספר למשפטים במסלול האקדמי, המכללה למינהל.

6.3 רישוי ופיקוח

6.4 שלילת זכות טיעון

6.5 תשתיות – ניקוז כבישים – פיקוח

6.6 רשויות תכנון ובנייה

6.7 מכרזים

6.8 שונות

1. עניין שתיל – נקודת ציון במלחמה על הרחבת אחריות נתבעים ציבוריים  
 יא. העברת נטל הראיה במקרים של נזק ראייתי  
 יב. סיכום

## א. מבוא

עולות הרשלנות היא אחת משתי עולות המסגרת שבפקודת הנזיקין, ואולי המקור החשוב ביותר כיום בהתפתחות האחריות הנזיקית. עוללה זו מהווה מקור לפיצוי על מגוון רחב של נזקים שנגרמים על ידי מגוון רחב של התנהגויות שיסודן באשם, שהמשפט בוחר להטיל בגינן אחריות נזיקית בהתאם לשיקולי מדיניות מגוונים.

שיקולי מדיניות אלה מנחים את בתי המשפט בהתלבטם בין עקרונות מנוגדים, ערכים המשתנים תדיר ונסיבות חיים שהופכות להיות מורכבות יותר ויותר, והם מאפיינים את אופייה ה"פתוח" של האחריות ברשלנות. במסגרת שיקולי מדיניות אלו נלקחים בחשבון, בין השאר, סוג הנזק שהנתבע גרם לו: נזק פיזי, נזק נפשי, נזק כלכלי, נזק ממוני ובלתי-ממוני ועוד, וכן זהותו ומהותו של המזיק: אדם פרטי, תאגיד, עובד ציבור, רשות ציבורית או המדינה. הם שוקלים גם את סוג ההתנהגות: מעשה או מחדל, את אופי גרימת הנזק: ישיר או עקיף, את זהותו של הניזוק ואת מערכת היחסים בין המזיק לניזוק. שילובם של כל אלו עם שיקולים כלליים נוספים, הבוחנים את רצייתה של ההתנהגות המזיקה, את שיקולי הכלכלה, ההרתעה, הצדק, השוויון והמוסר, מייצר את התשובה לשאלה אם קמה האחריות ברשלנות.<sup>1</sup>

השיקולים המיוחדים בכל הנוגע לאפשרות חיובה של המדינה בגין מעשה רשלני ידועים ומוכרים. הפסיקה ניסתה כבר מראשית דרכה להזכיר לעצמה בכל מקרה שבו הוטלה אחריות שהרחיבה גבולות אחריות שכבר הוטלה בעבר, את הצורך בריסון ובהצבת גבולות כשמדובר בפעולה רשלנית ובאחריות נזיקית של "נתבעים ציבוריים".

<sup>1</sup> שיקולים אלו מנחים את בית המשפט – כל שיקול על פי מיקומו הנכון במשוואת ההתרשלות החובה – בשאלה אם התנהגותו של המזיק הייתה רשלנית ואם, בהנחה שכך הייתה, קיימת מצדו חובת זהירות.

עם זאת, נראה כי בשנים האחרונות מתחילים גבולות אלו להתרחב יותר ויותר. בעבר הוטלה אחריות על המדינה או על הרשות הציבורית ועל עובדיה בעיקר במקרים שבהם הם גרמו באופן ישיר לנזק פיזי לגוף ולרכוש ושלטו באופן מלא בגורמי האירוע. כיום היד קלה הרבה יותר בחתימה על פסקי דין המטילים אחריות בגין סוגי נזקים מיוחדים ובגין סוגי פעילויות שבעבר הייתה הסתייגות ניכרת מהכרה גורפת ביכולתן לייצר מסקנה של קיום "חובת זהירות". ואם לא די בהרחבה זו של סוגי פעילויות וסוגי נזקים המנביעים כיום אחריות ברשלנות, בתי המשפט אף מחמירים עוד עם המדינה ורשויותיה הנתבעות, ומטילים עליהם את נטל השכנוע האזרחי, אף שברגיל על התובע לשכנע את בית המשפט בקיומם של מרכיבי עילת התביעה שלו. כך, ברוב המקרים, נפגעת יכולתה של המדינה לנקות את עצמה מאחריות, ומראש גדלים סיכוייה לצאת אחראית בדיון. דומה שמעט מאוד נותר כיום מהגישה המסויגת שאפיינה את פסקי הדין הראשונים של בית המשפט העליון. אז ניסה בית המשפט לשרטט את נקודת האיזון בין חסינות המדינה – הלא בריאה מוסרית – לבין הצורך לשמר תחומי עיסוק מסוימים של השלטון מחוץ לתחום חיותה של עוולת הרשלנות. בכך הציב בשעתו בית המשפט תנאי סף גבוהים, יחסית, בפני מי שחפץ לתבוע את המדינה ורשותיה בגין נזק שנגרם לו עקב רשלנותם.<sup>2</sup>

ניתן לסכם את תמונת מצב הפסיקה נכון להיום כמשקפת אחת משלוש אפשרויות: (א) ייתכן שמדובר באותו "מדרון חלקלק" מפורסם שמפניו חרדה הפסיקה הישראלית בראשית התמודדותה עם סוגיה זו, שתוצאותיו מתחילות להתממש; (ב) אולי אנו עדים לשינוי מושכל בהיררכיית שיקולי המדיניות הרלוונטיים. אולי האיזונים החדשים מנתיבים את התוצאה שלפיה החשוב נעשה חשוב פחות ולהפך, ונוצר סדר יום ערכי חדש בסוגיה ספציפית זו של אחריות המדינה ברשלנות; (ג) אולי בכלל מגמת הרחבה זו היא רק תוצאה מתבקשת מהשינויים החברתיים-תרבותיים-ערכיים-כלכליים הכלליים העוברים עלינו כחברה מודרנית. אולי טשטוש הגבולות בין הציבורי לפרטי – ולא רק בעוולת הרשלנות ולא רק בדיני הנזיקין – מוביל בסופו של תהליך גם להשוואה כמעט מוחלטת בין אחריות הפרט ברשלנות לאחריותו של גוף ציבורי ברשלנות ואולי אף להחמרת מצבו של הגוף הציבורי במשוואה זו.

מטרת מאמר זה היא לבחון במבט ביקורתי את כיווני התפתחותה של הפסיקה הישראלית בנושא אחריותם של גופים ציבוריים ובעלי תפקידים שלטוניים ושיפוטניים, לנזקים הנגרמים בעקבות התנהלותם הרשלנית במהלך השירות הציבורי בהפעילם את הסמכות השלטונית של המדינה. פסיקה זו הרחיקה לכת הרבה יותר מהר מהפסיקה במדינות אחרות שגם מקור דיני הנזיקין שלהן הוא ה-Common Law האנגלי. במאמר אבקש לטעון כי המגמות העולות מהפסיקה בארץ משקפות

<sup>2</sup> ד"נ 6/66 שחאדה נ' חילו, פ"ד כ(4) 617 (1966) הוא דוגמה מובהקת לפסיקה כזו.

רמת אחריות גבוהה מאוד, ושבמהלך עיצובה ומיצובה נעלמו כמעט לגמרי כל שיקולי הזהירות ומנגנוני בקרת האחריות שאפיינו את ההתמודדות עם נושא זה עד לפני תקופה לא ארוכה. עוד אראה במאמר כי שילובה של המגמה האמורה עם המכשיר רב-העוצמה המכונה "נזק ראייתי" במונח היפוך נטל השכנוע, מעלה את אחריות המדינה ברשלנות לרמה של כמעט אחריות חמורה. אין ספק שהבעייתיות העולה מתמונת מצב הפסיקה הממוכנת של השנים האחרונות, מחייבת שקילה מחודשת ובחירה מושכלת וברורה של היררכיית הערכים שעל פיה יש לקבוע מחדש את נקודת האיזון הנכונה בנושא מורכב זה. במאמר אציע לגבש את תוכנם של מבחני החבות באופן "מהודק" יותר, על פי מאפייניה של הפעילות השלטונית גורמת הנזק מחד גיסא, ומאפייניו של הנזק שהיא גרמה לו מאידך גיסא. בנוסף, אציע לבחון באופן ביקורתי ופחות חד-כיווני את ההשפעה שיש לכלל "הנזק הראייתי" על אחריות המדינה, בעיקר במקרים שבהם גרימת הנזק הראשוני שבגיניו נתבעת המדינה והנזק הראייתי אחד הם ("נזק מובנה").

## ב. עוולת הרשלנות במשפט הישראלי – כללי

האחריות ברשלנות קמה,<sup>3</sup> כידוע, כאשר התנהגות הנופלת מהסטנדרט הסביר גרמה לנזק הקשור אליה בקשר סיבתי עובדתי ומשפטי, מקום שבו הייתה מוטלת על המזיק חובת זהירות שלא לנהוג כפי שנהג. מבחני החבות – הן סטנדרט הזהירות האובייקטיבי, הן מבחני הקשר הסיבתי, הן אופיו של הנזק בר הפיזיו, ובעיקר השאלה אם יש חובת זהירות במקרה נתון אם לאו – שאלה שמשקפת את נכונותו של המשפט להטיל אחריות נזיקית על סיטואציה נסיבתית חדשה – הם, כידוע, רחבים מאוד. לפיכך משמשת כיום עוולת הרשלנות המקור העיקרי לפיתוחם של דיני הנזיקין הישראליים. היא עושה זאת באמצעות הכרה גדלה והולכת בחביות חדשות ובסוגי נזקים חדשים, באופן המאפשר את התאמת פקודת הנזיקין הארכאית לחיים בחברה מודרנית שערכיה משתנים והיא משקפת מודעות גוברת והולכת לזכויות אדם. עם זאת, גמישותה של העוולה והאופי מטושטש הגבולות של מבחני החבות שהיא מיישמת, אף שהם חיוביים במהותם, נתפסים לעיתים גם כבעייתיים. זאת, הואיל ו"טווח משחק שיקולי המדיניות" שנפתח כאן הוא גדול במיוחד, וגבולות האחריות הנזיקית עלולים להתרחב יתר על המידה ולגרור תוצאות שמבחינה כלכלית, מוסרית וחברתית אינן רצויות.

על מנת לאזן בין הצורך בקדמה לבין הצורך בבלימת הרחבה בלתי-רצויה כזו של האחריות ברשלנות, פותחו בכל אחד משלבי בחינת מרכיבי עוולת הרשלנות כלים מתאימים שיש בהם כדי לענות על קשיים נסיבתיים-משפטיים. כך, כשלא ברור אם

<sup>3</sup> ס' 35-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968 (להלן: "פקודת הנזיקין").

יש קשר סיבתי עובדתי,<sup>4</sup> כך כשקשה לקבוע את סטנדרט ההתנהגות הסביר<sup>5</sup> וכך, בעיקר, במצבים שבהם השאלה אם יש חובת זהירות מצד המזיק כלפי הניזוק אם לאו בנסיבות עובדתיות חדשות מעוררת בעיות ערכיות המחייבות הפעלה זהירה של מגוון נרחב של שיקולים מורכבים. ביישומם של שיקולים אלה, ובניסיון לקבוע היררכיה אופטימלית ביניהם נעסוק בהרחבה בהמשך.

"חובת זהירות" מהווה, כידוע, את השסתום העיקרי שבאמצעותו מיוסדת המשפט את מספרם של המקרים המורשים לבוא בשעריה של עוולת הרשלנות וקובע את אופיים. במקרים אלו בוחר המשפט הפרטי, באמצעות דיני הנזיקין, להגביל את חירותו של הפרט הרשלן לטובת רעהו שניזוק מרשלנות זו, ולחייבו בהטבת אותו נזק תוך כדי מימוש רעיון הצדק המתקן ויישום המטרה של חינוך והרתעה. הטלת האחריות מבוססת הן על שיקולים תאורטיים ואינסטרומנטליים אופייניים של דיני הנזיקין – סוג מערכת היחסים, סוג הנזק, זהות הצדדים שהם שיקולים של "קרבה" ו"רעות" (Proximity) – והן על שיקולים כלליים, כמו עלויות מערכת ושיקולי הצפה ומדרון חלקלק. צירופם של אלה מייצר אחריות שתהיה "הוגנת, צודקת וסבירה" (Fair, just and reasonable)<sup>6</sup> ותקדם את המטרה שלשמה נוסחה עוולת הרשלנות בהרחבה כפי שנוסחה.

מתזכורת קצרה זו של עיקרי הדברים עולה שבענייננו, כאשר מדובר באחריותם של מזיקים שזהותם הציבורית מכתיבה שיקולים מיוחדים, ההחלטה בשאלה אם יש חובת זהירות אם לאו, תהיה בעיקרה פרי איזון אופטימלי בין שיקולי המדיניות שנמנה בהמשך ושאת יישומם נבחן באמצעות ניתוח פסיקתם של בתי המשפט בארץ בשנים האחרונות.

## ג. הכפפת אחריות מזיקים ציבוריים ברשלנות לשיקולי מדיניות מיוחדים – למה ומדוע

אחריותם של גופים ציבוריים ובעלי תפקידים מיוחדים – ציבוריים, שיפוטיים, שלטוניים – מחייבת שיקולים מיוחדים במשפט בכלל ובדיני הנזיקין בפרט. שיקולים מיוחדים אלו כבר נסקרו לעומק בכתיבה האקדמית בארץ<sup>7</sup> ובעולם<sup>8</sup> ואף נדונו לעומק

<sup>4</sup> ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים בארץ ישראל, פ"ד נג(2) 680 (1999); ע"א 7375/02 בית חולים כרמל חיפה נ' מלול, פ"ד ס(1) 11 (2005); דנ"א 4693/05 בית החולים כרמל חיפה נ' מלול, תק-על 10(3) 2674 (2010).

<sup>5</sup> דנ"א 7794/98 רביד נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003); ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498 (2004).

<sup>6</sup> Caparo Indus. Plc. v. Dickman, [1990] 2 A.C. (H.L.) (appeal taken from Eng.) (U.K.) 605 (להלן: "עניין Caparo").

<sup>7</sup> ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" משפט וממשל ב 339 (1995);

ויושמו בפסיקה הישראלית<sup>9</sup> ולא רק של בית המשפט העליון.<sup>10</sup> על רקע מצאי הכתיבה הרחב הקיים בנושא זה נסתפק באזכור עיקריהם של הפנים לכאן ולכאן בסוגיה זו, בקליפת אגוז בלבד.

השאלה הנשאלת אפוא היא אם יש להטיל אחריות ברשלנות על מזיקים ציבוריים ומעין ציבוריים, ואם כן – עד כמה. מקבץ השיקולים הראשון שיש לתת עליהם את הדעת בשאלה זו משקף את הסיבה העיקרית להסתייגות מפני הטלת אחריות רחבה על רשויות ואנשי ציבור: פוטנציאל הצפת בתי המשפט בתביעות נגד גופים ציבוריים ורשויות ציבוריות באופן שיפגע ביכולת המערכת – הן המשפטית והן הציבורית – לתפקד, ולצדו, כמובן, גם פוטנציאל הגדלה כללית של היקף האחריות הכספית של המנגנונים הציבוריים על כל הנובע ממנו.

מקבץ השיקולים השני מתמקד בהשפעה ההרסנית שיכולה להיות להטלת אחריות ברשלנות על הרשויות והגופים הציבוריים עצמם, בעיקר כשמדובר בתפקודם כרשויות שלטוניות האחראיות על מהלכי תכנון ותקצוב רחבי היקף. המאפיין של מקבץ שיקולים זה הוא הרצון להימנע מלהכפיף את שיקולי המנגנון האדמיניסטרטיבי-שלטוני, שנגדו נטענת הרשלנות, לביקורת של הרשות השופטת, הנעדרת ידע והבנה בתחומים אלו, בעיקר כשמדובר בהחלטות שלטוניות שכל כולן מבוססות על שיקול דעת מקצועי. כמובן יש גם חשש מפני עיוות שיקול הדעת השלטוני בעקבות ביקורת כזו ומפני, השפעה מעוותת על החלטות הנוגעות לאיזון משאבי תקציב ותקצוב. מקבץ שיקולים זה משקף במהותו גם חשש כללי מעירוב סמכויות וטשטוש תחומי אחריות בין רשויות המדינה.

ישראל גלעד "האחריות בניזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" **משפט וממשל** ג 55 (1995); יואב דותן "האחריות הנזיקית של עובד-הציבור המפעיל סמכויות של שיקול דעת" **משפטים** טו 245 (1985). לאחרונה יצא לאור ספרו המקיף של ישראל גלעד **דיני הנזיקין גבולות האחריות** 1027-1157 (2012). הספר עוסק הן בדיון מעמיק במטרות דיני הנזיקין והן בניתוח גבולות האחריות ברשלנות. במסגרת זו נדונה גם סוגיית אחריותן של רשויות ציבור ברשלנות.

8 Robert Rebhahn, *Public Liability in Comparison England, France, Germany, in* EUROPEAN TORT LAW 2005 68 (Helmut Koziol & Barbara C. Steininger ed., 2006) ראו גם: CHERIE BOOTH AND DANIEL SQUIRES, *THE NEGLIGENCE LIABILITY OF PUBLIC AUTHORITIES* (2006).

9 בעיקר: ע"א 10078/03 שתיל נ' מדינת ישראל, מקורות חברת מים בע"מ, תק-על 40(4) 3519 (2007); ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994); ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גוררון, פ"ד לט(1) 113 (1985); ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לז(3) 757 (1983).

10 ת"א (מחוזי נצ') 1283-04 אדרי נ' מדינת ישראל פרקליטות מחוז צפון, תק-מח 10(4) 15678 (2010); ת"א (מחוזי י-ם) 7393/05 בן שטרית נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-מח 09(2) 4803 (2009); ת"א (מחוזי חי') 195/01 גיל אימפורט בע"מ נ' מדינת ישראל-אגף המכס, תק-מח 08(4) 1697 (2008); ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, תק-על 06(2) 2504 (2006); ראו ת"א (מחוזי נצ') 307/93 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' רשות הניקוז עמק זבולון, תק-מח 01(1) 1590 (2001).

מקבץ שיקולים שלישי, הנובע מקודמו, מתמקד בניתוח אופן השפעת הטלת האחריות הנזיקית על תפקודם של עובדי הציבור עצמם. מדובר, בעיקר, בחשש מעידוד התנהגות שאינה יעילה כלכלית אצל עובדי ציבור. הם עלולים לבחור בין החלטות מקצועיות אפשריות שונות שעליהם לקבל במסגרת תפקידם בהתאם לסיכון שכל אחת מהן עלולה ליצור מבחינת האחריות הנזיקית שתוטל עליהם אם התנהגותם תפורש כרשלנית. מתעורר גם החשש מפגיעה במוטיבציה של עובדי הציבור והרתעת אנשים מוכשרים מהשתלבות במערך הציבורי. שני שיקולים אלו נוגעים בעיקר לתפקודם של עובדי הציבור עצמם – הפטורים כיום, כפי שנראה בהמשך, כמעט תמיד מאחריות נזיקית – ולא לאחריות הרשות עצמה. עם זאת, יש בהם עדיין כדי להוות שיקול בבחינת אחריותה של הרשות, שיכולה להימצא אחראית לתפקודם הלקוי של עובדיה הן באחריות שילוחית והן באחריות ישירה. מובן שעוצמת השיקולים הללו משתנה לפי משטר האחריות הנהוג בשיטה המשפטית שבה הם מופעלים: במשטר משפטי שבו עובדי הציבור אחראים ישירות לתוצאות התרשלותם, עוצמת השיקולים המשפיעים ישירות על אחריות זו גדולה יותר מאשר במשטר משפטי שבו הגוף הציבורי הוא הנושא בתוצאות התרשלות עובדיו.

שיקולים מערכתיים רחבי היקף נוספים נגד הטלת האחריות, מתמקדים בפגיעה אפשרית בעקרון הפרדת הרשויות ובקיומן של חלופות במשפט המנהלי ובמשפט החוקתי, כגון פנייה לבג"ץ; ולבסוף ישנם גם שיקולי מוסר (משולבים בשיקולים כלכליים בחלקם) שעניינם פוטנציאל חוסר ההגינות שבהטלת אחריות כלכלית על עובד ציבור תם לב וישר דרך שחטא ברשלנות במהלך שירותו הציבורי. עניינם של שיקולי המוסר גם בפוטנציאל חוסר הצדק בהטלת אחריות לנזק בעל היקף גדול על גוף ציבורי. האחריות תמומן, כמובן, מכספי הקופה הציבורית בגין רשלנות אחד מעובדי הגוף הציבורי – שלעיתים קרובות התרשלותו היא זניחה וסטייתו מסטנדרט הזהירות קטנה. כסיכום של אלו וכחיזוק להם עומדת התפיסה שלפיה המדינה ועובדיה הם נאמני הציבור, פעילותם מכוונת ומיועדת לרווחת הציבור, וכל עוד לא פעלו בזדון, אין להטיל עליהם אחריות.<sup>11</sup>

כשמדובר בבעלי תפקידים מיוחדים, כמו אנשי הרשות השופטת, נוספים גם שיקולים המיוחדים להם,<sup>12</sup> וכשמדובר ברשויות שמגוון תפקידיהן ותחום סמכותן מורכב ועדין, כמו המשטרה למשל, העוסקת בתפקידי שיטור יומיומיים לצד תפקידים מורכבים הרבה יותר הנפרשים על מגוון רחב של תחומי הפעילות האנושית-חברתית, גם שיקולי המדיניות מותאמים לכל אחת מתתי-הפעילות שלהן בנפרד.

משיקולים כבדי משקל אלו עולה שיש לשאוף לצמצם את אחריותם של גופים ציבוריים. מובן שיש להביא בחשבון גם את שיקולי הנגד. ההבחנה בין מי שנפגע על

<sup>11</sup> גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" **משפט וממשל** ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 95.

<sup>12</sup> דפנה אבניאלי **חסינות אישי ציבור** (2001).

ידי מזיק "פרטי" לבין מי שנפגע על ידי מזיק ציבורי והצורך לשאוף לאחידות ולשוויון, אינם הגיוניים. אלו הם שיקולים בעלי אופי כללי שאינו מתאפיין בייחודם של המזיקים שבהם אנו עוסקים. לצד שיקולים אלה בולט דווקא השיקול המדגיש את גודלם של יוצרי הסיכון הציבוריים, את מורכבות פעילותם ואת פוטנציאל טעויות האנוש שלהם. על פי שיקול זה, ציבור מקבלי השירות הציבורי, הנושא בעלות פעילותו השוטפת ונהנה ממנה, צריך להביא בחשבון את עלות המערכת הציבורית הזאת, כמו גם את מחיר הטעויות המזיקות שהיא מייצרת, ולכסותה. הטלת מחיר הטעות על הנפגע המקרי אינה צודקת.

בסופו של דבר, כל שיטה משפטית מוצאת את עצמה בחיפוש אחר הדרך – בחקיקה או בפסיקה – שתנתב את החלטותיה לנתיב שמאזן באופן הנכון והראוי בין האינטרס הפרטי של הפרט, שסבל נזק שנגרם לו ברשלנות עובד הציבור, לבין האינטרסים המורכבים שנמנו לעיל. שיקולים של חובה ציבורית מול חובה פרטית, צדק לפרט מול צדק לכלל, צדק מתקן מול צדק מחלק, שוויוני ותועלתני – כל אלו מתעמתים בזירה צפופה זו של סוגיית האחריות לרשלנות בשירות הציבורי. השיקולים של רוב שיטות המשפט המערביות בנושא זה דומים במהותם. ההבדלים הנקודתיים ניכרים, כך מתברר, בעיקר ביישום התאוריה על חיי המעשה: בהיקף האחריות שבה מוכנה כל שיטה להכיר בפועל, בסוגי המעשים הנתפסים ברשת האחריות ובסוגי הנזקים שעליהם יש נכונות לפצות.

לשיקולים המיוחדים הללו שמתמקדים באופיים המיוחד של הנתבעים הציבוריים לסוגיהם, במהותם ובמאפייניהם כמשקפי פעילות ציבורית, כנאמני ציבור, נלווים קשיים נוספים שמקורם בסוג הפעילות ובמאפייני העשייה המיוחדים של נתבעים כאלו. כך, רשלנות עובדי הציבור מתבטאת לא אחת במחדל ולא בעשייה. הם גורמים נזק עקיף ולא ישיר, ובמרכיב המקרים רשלנותם מתבטאת בפיקוח ולא בביצוע ישיר של האקט הרשלני.<sup>13</sup> כל אלו מסבכים בכירור את האיזון בין שיקולי המדיניות שפירטנו לעיל.

אם לא די בכל אלו, גם מאפיינים הכרוכים בסוג הנזק שגורמים עובדי ציבור המתרשלים בעבודתם יוצרים דילמה נוספת. בחלק לא מבוטל של המקרים, בגלל אופי הפעילות הציבורית ובגלל מאפייניה השונים, הנזק שגורמת התרשלות המדינה, רשויותיה או עובדיה אינו נזק פיזי לגוף או לרכוש – שהם נזקים "קלים לעיכול" מבחינת הנכונות להטיל אחריות בגינם – אלא נזקים כלכליים-מסחריים, או להבדיל נזקים ערטילאיים ובלתי-מומוניים בעליל. במקרים כאלה מתווספת הבעייתיות שבסוג הנזק לבעייתיות שבזהות המזיק ומוסיפה גם היא סימני שאלה נוספים ושיקולי מדיניות לא פשוטים, בעיקר לגבי גבולות האחריות ואופייה המעורפל של

<sup>13</sup> גלעד "האחריות בניזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" **משפט וממשל** ב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 341; גלעד "רשויות ציבור ועובדי ציבור" **משפט וממשל** ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 67.



אחריות זו.<sup>14</sup>

מניתוח הפסיקה בישראל עולה נטייה בולטת של בתי המשפט להרחיב את אחריות המדינה ורשויותיה בגין התנהלות רשלנית, הן באמצעות חקיקה והן באמצעות פרשנות מרחיבה של מרכיבי האחריות ברשלנות. נראה שמגמת הרחבה זו החלה בפסיקה שעסקה בנזקים פיזיים לגוף ולרכוש ומשם התפתחה, במהירות מרשימה, למקרים שבהם הנזק הוא מסוג אחר, "בעייתי" יותר. בדרך כלל – פרט למקרים בודדים – מסתיימות מרבית התביעות שבהן נקבע שהייתה התרשלנות מצד המדינה, לעתים על בסיס היפוך נטל ההוכחה, בהטלת אחריות על המדינה בגין הנזק שגרמה.<sup>15</sup> חורי ה"מסננת" של חובת הזהירות הולכים ומתרחבים בהתמדה.

## ד. אחריות המדינה, רשויותיה וגופים ציבוריים ועובדיהם בנזיקין – מסגרת חקיקתית כללית

"שעתו היפה של המשפט הישראלי הייתה, כשבוטלה החסינות המיוחדת של המדינה", נאמר בעניין גורדון – אחד מעמודי התווך של עוולת הרשלנות בכלל ושל אחריות רשויות ציבוריות בפרט.<sup>16</sup> העיקרון הכללי שלפיו "The king can do no wrong" מצא את ביטויו בפקודת הנזיקין המקורית,<sup>17</sup> אך בוטל בחקיקה שקבעה כי אחריות המדינה בנזיקין היא כאחריותו של כל גוף מאוגד אחר.<sup>18</sup> זאת, למעט כמה

<sup>14</sup> בנושא הנזק הכלכלי, ראו: תמר גדרון "בין רשלנות בנק (באנגליה) לרשלנות המדינה (בישראל): נזק כלכלי טהור בעוולת הרשלנות בראי הפסיקה החדשה, ניתוח והערכה במבט השוואתי" הפרקליט נ 95, 128 (2008) (להלן: גדרון "בין רשלנות בנק לרשלנות מדינה").

<sup>15</sup> בחלק מהמקרים בולט הניסיון לפטור את המדינה מאחריות דווקא בדרך של הורדת רף הזהירות וקביעה כי לא הייתה התרשלנות מצד המדינה, הרשות או עובד הציבור, כפי שנראה להלן. לדוגמה למצב שבו נשללה אחריות המדינה ורשות כיבוי האש על סמך שלילת קיומו של קשר סיבתי, ראו: ע"א 10932/03 יורשי עזבון המנוחה נילי דבוש ז"ל נ' עיריית תל אביב – המחלקה לכיבוי אש, תק-על 405 (4) 1154 (2005); ודנ"א 10894/05 יורשי עזבון המנוחה נילי דבוש ז"ל נ' עיריית תל אביב – המחלקה לכיבוי אש, תק-על 405 (4) 2956 (2005). שם נפסק כי אין קשר סיבתי בין האופן שבו התנהלו שירותי כיבוי האש לבין היפגעותן של שתי המנוחות בשריפה, שכן לא ניתן היה להצילן ממילא. ראו הערתו של ישראל גלעד בנדון בהקשר לחפיפה או סתירה בין מרכיבי עוולת הרשלנות כפי שהיא מוצאת ביטוייה במקרה זה. ישראל גלעד "דיני הנזיקין בפסיקתו של אהרן ברק" ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 487 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009) (להלן: גלעד "דיני הנזיקין בפסיקתו של ברק" ספר ברק).

<sup>16</sup> עניין גורדון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 134.

<sup>17</sup> ס' 4 לפקודת הנזיקין, 1944, ע"ר לשנת 1944, מס' 1380 (מיום 28.12.1944), תוס' 1, עמ' 129 (תחילתה של הפקודה ביום 15.7.47).

<sup>18</sup> ס' 2 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952. (להלן: "חוק הנזיקים האזרחיים") קובע: "דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מאוגד, פרט לאמור להלן

חריגים דוגמת אחריות לנזקים שנגרמו עקב פעולה מלחמתית<sup>19</sup> ונזקים שנגרמו על ידי מעשה – שאינו מעשה רשלנות – שנעשה בתחום הרשאה חוקית.<sup>20</sup> הוראות אלו חלות גם על רשויות ציבוריות ועל תאגידים הממלאים פונקציות שלטוניות שבמקור היו בסמכותה של המדינה.<sup>21</sup> בשלב מאוחר יותר בוטלה גם חסינות המדינה מאחריות בגין לשון הרע, ואחריותה השילוחית לעוולת התקיפה וכליאת שווא הושוותה לאחריות שילוחית "רגילה".<sup>22</sup>

כפועל יוצא ישיר של ביטול חסינות וחסול המגבלה החקיקתית, התאפשר להטיל אחריות על המדינה באופן זהה להטלת אחריות על כל גוף מאוגד אחר לפי פקודת הנזיקין, בכפוף לחסינויות המפורשות הקבועות בחוק ובפקודה.<sup>23</sup> אחריות זו יכולה, כאמור, להיות אחריות אישית של המדינה בגין התרשלותה היא – באמצעות אורגן שלה – אחריות שילוחית למעשיו של עובד במהלך העסקתו או אחריות מעורבת, ישירה ושילוחית כאחת. אותו דין חל גם על רשויות מקומיות.

אשר לאחריות עובדי ציבור ועובדי מדינה באופן אישי – עבר המשפט הישראלי מהפך חשוב בשנת 2005. התלבטות ערכית קשה בנוגע לאחריות בעייתית זו<sup>24</sup> הניבה בסופו של תהליך הסדר משפטי חדש השומר על קיומה של אחריות ציבורית כלפי הנפגע מחד גיסא,<sup>25</sup> ומאידך גיסא פוטר את עובדי הציבור ועובדי המדינה מאחריות אישית, פרט למקרים קיצוניים, כקבוע בסעיפים 7א–17 לפקודת הנזיקין. עובד רשות ציבורית "לרבות אורגן של רשות ציבורית וכל אדם הממלא מטעם הרשות הציבורית תפקיד ציבורי על פי חיקוק", וכן עובד מדינה "לרבות אורגן של המדינה וכל אדם הממלא מטעם המדינה תפקיד ציבורי על פי חיקוק, לרבות המשרתים בצבא ההגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הביטחון האחרים של

בחוק זה".

19 ס' 5 לחוק הנזיקים האזרחיים קובע: "אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל".

20 ס' 3 לחוק הנזיקים האזרחיים קובע: "אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; אולם אחראית היא על רשלנות שבמעשה".

21 כך לדוגמה ראו ס' 49 לחוק רשות שדות התעופה, התשל"ז-1977.

22 ס' 4 וס' 7(ב) לחוק הנזיקים האזרחיים.

23 ס' 8 לפקודת הנזיקין קובע: "אדם שהוא גופו בית משפט או בית דין או אחד מחבריהם, או שהוא ממלא כדן חובותיו של אדם כאמור, וכל אדם אחר המבצע פעולות שיפוט, לרבות בורר – לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי".

24 גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" **משפט וממשל** ב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 374.

25 ס' 7א(ב) לפקודת הנזיקין קובע: "אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לגרוע מאחריותה של המדינה או של רשות ציבורית לפי ס' 13 ו-14 ולפי כל דין".

המדינה<sup>26</sup>, (המוגדרים שניהם כ"עובדי ציבור", וההבדל ביניהם הוא בעל נפקות רק בנוגע לאופן הפעלת החסינות), נהנים מהוראת סעיף 7א המחודשת הקובעת כי: "לא תוגש תובענה נגד עובד ציבור על מעשה שעשה תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור, המקים אחריות בנזיקין; הוראה זו לא תחול על מעשה כאמור שנעשה ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור". חסינותם של עובדי הציבור ועובדי המדינה על פי ההסדר המשפטי החדש אינה גוררת שינוי לקולה מבחינת אחריות המדינה עצמה. נהפוך הוא. הפקודה קובעת מפורשות<sup>27</sup> כי חסינות עובד הציבור אין בה כדי לגרוע מאחריותה השילוחית של המדינה או הרשות הציבורית כפי שזו הייתה קיימת קודם לתיקון. בד בבד, ועל בסיס שיקולים אחרים, הורחבה כאמור אחריותה השילוחית של המדינה בעוולות הייחודיות שבהן הייתה אחריותה השילוחית מוגבלת קודם לתיקון – נגישה, תקיפה וכליאת שווא.<sup>28</sup>

במקרים מיוחדים, כשעובד ציבור סטה סטייה חמורה מהתנהגות ראויה של עובד ציבור, זכאית המדינה או הרשות הציבורית, לפי העניין, לפיצוי או לשיפוי ממנו.<sup>29</sup> עוד מקנה הפקודה חסינות כללית מאחריות למעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית – אלא אם כן נעשה ברשלנות<sup>30</sup> וחסינות כללית לכל מי שממלא תפקיד שיפוטי, לרבות בורר.<sup>31</sup> בחסינות מיוחדת זו נעסוק בהרחבה, בין השאר, בהמשך.<sup>32</sup>

## ה. מגמה כללית של הרחבת אחריות בעוולות הרשלנות בפסיקה הישראלית

ככלל, המבחנים הנקוטים במשפט הישראלי לקביעת קיומה של חובת הזהירות בעוולות הרשלנות מיושמים באופן ליברלי וגמיש.<sup>33</sup> הן מודל האחריות הפופולרי שמקורו בעניין גורדון<sup>34</sup> והן המודל הדו-שלבי שנוסח בעניין לוי<sup>35</sup> – שניהם מבוססים

26 ראו את ההגדרות בס' 7 לפקודת הנזיקין.

27 ס' 7א(ב) לפקודת הנזיקין.

28 ראו סקירה ביקורתית של המגבלה על אחריותה של המדינה בעוולות אלו בפסק דינה של השופטת שושנה נתניהו בע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 757, 776–777 (1987).

29 ס' 17 לפקודת הנזיקין (פיצוי ושיפוי המדינה או הרשות הציבורית).

30 ס' 6 לפקודת הנזיקין.

31 ס' 8 לפקודת הנזיקין.

32 על מורכבותו ופרטיו של ההסדר החדש ראו תמר קלהורה ומיכל ברדנשטיין "חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) – חסינות עובד הציבור" הפרקליט נא(1) 293 (2011).

33 על מגמת ההרחבה של עוולות הרשלנות בפסיקה הישראלית ראו גלעד "דיני הנזיקין בפסיקתו של ברק" ספר ברק, לעיל ה"ש 15.

34 עניין גורדון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 129–145.

35 עניין לוי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 64–70.

לא מעט על נטיות והשפעות של הפסיקה האנגלית<sup>36</sup> – משאירים, כפי שפורט לעיל, מרווח גדול לשיקולי מדיניות שבתי המשפט השתמשו בהם בהרחבה ובעקביות, לעיתים אף במידה מעוררת פליאה.<sup>37</sup> לא אחת מלווה יישום מבחני החבות בנוסחו המרחיב גם בהצעת "חזקות" – עובדתיות ומשפטיות – שתכליתן להקל על בית המשפט להכיר בקיומן של חובות זהירות במקרים עובדתיים מסוג חדש.<sup>38</sup> הרחבת האחריות בעוולת הרשלנות כמגמה מוכרת במשפט הישראלי<sup>39</sup> בולטת באופן טבעי בעיקר כשמדובר בנזק פיזי לגוף ולרכוש. נדירים המקרים שבהם מחליט בית המשפט כי אף על פי שלתובע נגרם נזק פיזי, לא תוטל אחריות על כתפי המזיק. באותם מקרים שבהם מבקש בית המשפט להימנע מהטלת אחריות בגין נזק פיזי – כשהמדינה היא הנתבעת מדובר בדרך כלל בפעילות צבאית או פעילות המתבצעת בעתות חירום<sup>40</sup> – קל ואלגנטי הרבה יותר לקבוע כי המזיק לא סטה מסטנדרט הזהירות (הניתן להנמכה או להגבהה כראות עיני בית המשפט) או להחליט כי יש ספק בקיומו של קשר סיבתי, מאשר לקבוע כי "אין חובת זהירות".

מגמה זו של הרחבת האחריות ברשלנות כשהנזק הוא נזק פיזי רווחת בבתי המשפט בארץ ככלל, ואינה "מפלה" בין מזיק פרטי למזיק ציבורי. מבחינה זו קשה לומר כי ההרחבה מאפיינת רק תביעות המוגשות בגין נזק פיזי שנגרם על ידי גוף ציבורי וכי ניכרת מגמה שונה ביחס לאחריותו של גוף ציבורי לנזק פיזי שגרם, בהשוואה לנזק פיזי שנגרם על ידי כל מזיק אחר.<sup>41</sup> אלא שמגמת ההרחבה של

<sup>36</sup> עניין *Caparo*, לעיל ה"ש 6; [1978] A.C. 728; *Ann v. Merton London Borough Council*, (U.K.) (appeal taken from Eng.) (H.L.).

<sup>37</sup> גלעד "דיני הנזיקין בפסיקתו של ברק" ספר **ברק**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 513–515. ראו שם את הביקורת של הכותב על ע"א 153/04 **רובינוביץ' נ' רוזנבוים**, תק-על 106 (1) 1549 (2006).

<sup>38</sup> השוו חזקת החובה בעניין **לוי**, לעיל ה"ש 9, וחזקת האחריות בעניין ע"א 3124/90 **סגן נ' אמסלם**, פ"ד מט(1) 102 (1995); כמו כן, השוו עם המאמר ישראל גלעד "על 'הנחות עבודה', אינטואיציה שיפוטית ורציונליות בקביעת גדרי האחריות ברשלנות" **משפטים** כו 295 (1995).

<sup>39</sup> הבולטים במצבי החבות החדשים הם אלו שבעניין ע"א 518/82 **זייצוב נ' כץ**, פ"ד מ(2) 85 (1986); השוו: ע"א 1326/07 **המר נ' עמית** (טרם פורסם, 21.2.2011), התלוי ועומד כיום בבית המשפט העליון בסוגיה זו של "טוב מותי מחייו"; ע"א 2781/93 **עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, פ"ד נג(4) 526 (1999); ע"פ 119/93 **לורנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(4) 1 (1994). אבל ראו גם את ע"א 1678/01 **מדינת ישראל נ' וייס**, פ"ד נח(5) 167 (2004), המייצג הרחבה ניכרת מבחינת סוג הנזק שנדון בו, כפי שיוסבר להלן.

<sup>40</sup> ע"א 3889/00 **לרנר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 304 (2002); רע"א 5277/08 **עזבון המנוח אליקשווילי נ' מדינת ישראל**, תק-על 309 (3), 1200 (2009) (להלן: "עניין אליקשווילי").

<sup>41</sup> בחלק מהמקרים שבהם מדובר באחריות גוף ציבורי, נגרם נזק הגוף על ידי מזיק אחר וכישלונו של המזיק הציבורי מתבטא בהיעדר פיקוח עליו. בהיבט זה של אחריות נדון בהמשך. ראו מקרה טיפוסי של תביעה נגד המשטרה שלא מנעה מאביו של תינוק להרגו לנגד עיני השוטרים. עניין **אליקשווילי**, לעיל ה"ש 40. כאלה בדרך כלל הם גם המקרים שבהם מתאבד אדם בהיותו בחזקת המשטרה או המדינה, שידונו להלן. השוו, היעדר רשלנות בטיפול ביבוא בירה לארץ, ת"א

הפסיקה הולכת ומשתלטת בשנים האחרונות גם על תביעות שבהן נזקו של התובע אינו רק הנזק ה"מובן מאליו" – נזק פיזי לגוף ולרכוש – אלא הוא נזק "בעייתי" יותר: נזק כלכלי טהור, נזק נפשי טהור ונזקים לאוטונומיה ולכבוד האדם. גם כאן בולטת הנכונות הגוברת והולכת של בתי המשפט בארץ להטיל אחריות.

גם כאן הנכונות להרחבת האחריות – גם אם בכפוף לתנאי סף מוגדרים, כמו במקרים של חיווי דעה רשלני הגורם לנזק כלכלי או במקרים של נזק נפשי טהור – אינה פוסחת על המזיקים הציבוריים. גם כאן מפגינה הפסיקה, לעיתים, התעלמות כמעט מוחלטת ממנגנוני הבלימה ומתמרורי העצירה המתבטאים בשיקולי המדיניות המיוחדים שלפיהם יש למדוד את ההכרה באחריותם של גופים ציבוריים לנזק שגרמה רשלנותם – לשבט או לחסד.

מן ההיבט הכפול הזה – של אחריות גופים ציבוריים לנזקים "מיוחדים" על רקע משטר רשלנות מרחיב – שונה תפיסת העולם של המשפט הישראלי מזו שמפגינות שיטות משפט דומות, לפחות אלו שמוצאן במשפט המקובל. ההבדל בין הכלל המנחה שם לבין גישת הפסיקה בארץ מתבטא בעיקר בכך ששם עדיין קיימת הקפדה ראשונית על בחינה ראיסטית ואמיתית של שיקולי המדיניות – בעד ונגד – שלאורן יש לבחון את אחריותו של גוף ציבורי במובחן מזו של האדם הפרטי הגורם נזק ברשלנות. התמונה המשתקפת בפסיקה המקומית מצטיירת, כאמור, כשונה.

לצורך אישושה של אמירה השוואתית זו אסקור בקצרה מגמות שולטות בפסיקתם של בתי משפט בכמה מדינות, שעל המסורת והפסיקה שלהן נוטים בתי המשפט שלנו להסתמך.<sup>42</sup>

## 1. מבט השוואתי קצר על הסדרי אחריות הנהוגים בשיטות משפט שמקורן דומה

מנקודת הזינוק שלפיה *The King can do no Wrong*<sup>43</sup> עברו המדינות שבהן נוהגים דיני נזיקין שמקורם במשפט המקובל האנגלי כברת דרך ארוכה. רובן מכוונות אל קו המטרה שהוא:

(מחוזי י"ם) 7191/05 בירה בוקסר ישראל בע"מ נ' משרד המסחר התעשייה והתעסוקה, תק-מח (1)09 (1)1837 (2009) (להלן: "עניין בירה בוקסר").

<sup>42</sup> ראו בהקשר להסתמכות זו מאמרו המעניין של יורם שחר על מקומה של הפסיקה האמריקנית בפסיקתו של בית המשפט העליון בישראל: יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נהוגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **משפטים** כז 119 (1996). לסקירה נוספת של המשפט המשווה ראו גלעד **גבולות האחריות**, בעמ' 1065–1093.

<sup>43</sup> "Rex non potest peccare" – לכלל זה הייתה תוספת פרוצדורלית, שלפיה: King could not be sued in his own courts. ראו: Edwin G. Borchard, *Government Responsibility in Tort*, 36 YALE L.J. 757 (1927).

"In actions by or against the Crown (or state) the parties' rights shall, 'as nearly as possible', be the same as in a case between subjects".<sup>44</sup>

השיקולים הנהוגים הן בארצות-הברית, הן בקנדה, הן באוסטרליה וניו-זילנד והן באנגליה זהים לאלו הנהוגים בבתי המשפט בישראל. גם שם מתחבטת המערכת בסוגיות המחייבות לסווג את המעשה הרשלני המזיק כתוצר של "שיקול דעת שלטוני טהור" או כ"ביצוע תפקיד" גרידא, בין הגדרות של גופים וישויות ציבוריות ומעין ציבוריות ובין מקורות סמכות שונים שעל פיהם פעל הגוף הציבורי המזיק.<sup>45</sup> ברמה הרטורית, מרבית ההצהרות היוצאות מהערכאות הגבוהות במדינות אלו משקפות נאמנה שאיפה להשוואת מעמד,<sup>46</sup> ככל שניתן במגבלות שיקולי המדיניות הכלכליים והחברתיים הפועלים במישור זה. ואולם בשלב היישומי בולטים מאוד דווקא שרידיה של התפיסה הראשונית של חסינות הריבון, לפחות בכל הנוגע לפרשנות שמעניקים בתי המשפט לחקיקה שמטרתה השוואת מעמד ולהגדרות עמומות במכוון כמו "Discretionary Immunity" ו-"Policy Judgment". לשיקולים מצמצמי החבות יש משקל נכבד בעיקר בשאלת קיומה של חובת זהירות מצד הנתבעים הציבוריים, בדיוק באותו מיקום משפטי שבו ממוקמת סוגיה זו במשפטנו המקומי.<sup>47</sup>

עם זאת, יש לזכור ששאלת האחריות ברשלנות של רשויות ציבוריות כפופה – בכל שיטת משפט ועל פי כל משטר נזיקי – בנוסף לשיקולים המיוחדים לה ולקשיים שהיא יוצרת, גם לעקרונות נזיקיים כלליים החלים על מכלול תביעות הרשלנות בכל אחת משיטות המשפט הנדונות. לכן, ככל ששיטת משפט מחילה עקרונות מגבילים ראשוניים להטלת אחריות ברשלנות, כמו המגבלות המוטלות במקרים של נזק נפשי טהור ונזק כלכלי טהור,<sup>48</sup> פוחת השימוש בשיקולים מיוחדים במקרים של מזיקים או

<sup>44</sup> הנוסח לקוח מארבעה חיקוקים שהתקבלו בארבעה מחוזות באוסטרליה המסדירים חלקית בחוק את אחריות המדינה בנזיקין. ראו פירוט: Mark Aronson, *Government Liability in Negligence*, 32 MELBOURNE U.L.R 44 (2008) בטקסט ליד הערת שוליים 4. המאמר עוסק בהשוואת הדין הנהוג באוסטרליה לדין הנהוג באנגליה ובארצות-הברית וסוקר את החידושים שהכניסה החקיקה ל-"Common Law Duty המסורתית".

<sup>45</sup> FRANCIS TRINDADE, PETER CANE & MARK LUNNEY, *THE LAW OF TORTS IN AUSTRALIA* 608–610 (4th ed. 2007).

<sup>46</sup> כן מרבים לצטט שם את עקרון השוויון של ALBERT V. DICEY, *INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION* 193 (10th ed. 1959).

<sup>47</sup> בארצות-הברית ישנה השפעה חזקה לחסינויות המוענקות בחוק, ולעיתים יש בלבול בין מיקום הסוגיה של פטור מאחריות.

<sup>48</sup> במרבית מדינות ה-"Common Law האנגלי חל "כלל השלילה" המונע בחלק גדול של המקרים פיצוי בגין נזק כלכלי טהור. ראו: VERNON V. PALMER & MAURO BUSSANI, *PURE ECONOMIC LOSS: NEW HORIZONS IN COMPARATIVE LAW* (2009). הספר עורך חלוקה

נזקים מיוחדים. כך לדוגמה באנגליה, שבה חל הכלל המצמצם את האחריות לנזק כלכלי טהור במלוא תוקפו ועל כלל סוגי המזיקים, ניתן למצוא פסיקה שלפיה רשות ציבורית הבודקת את תקינותו של כלי טיס שבסופו של דבר מתרסק, אחראית לנזקי הגוף שנגרמו לניזוקים בגין הרישוי והפיקוח הרשלני,<sup>49</sup> ואילו רגולטור ציבורי שתפקידו לפקח על יציבות בנק, הגורם נזק כלכלי ללקוחות הבנק שהתמוטט, אינו נושא כלל באחריות.<sup>50</sup> רישיון שנשלל בעקבות פיקוח רשלני ומנע מחברת דיג להמשיך לפעול אינו מייצר עילת תביעה ברשלנות הואיל ומדובר בנזק כלכלי,<sup>51</sup> ואילו ילד שעל סמך חוות דעת מוטעית הוצא מבית הוריו והוכנס למשפחה אומנת שבביתה סבל מהתעללות גופנית שגררה גם פגיעה נפשית יהיה זכאי לפיצוי מהרשות המוסמכת הרשלנית.<sup>52</sup> לעומתו, הוריו האמיתיים, שהילד הוצא מרשותם בטעות, לא יוכלו לתבוע בגין הנזק הנפשי שנגרם להם עקב כך.<sup>53</sup> גם בארצות-הברית קיימת הסתייגות דומה מהכרה בקיומה של חובת זהירות כשמדובר בנזקים מיוחדים ובעיקר בנושא הנזק הכלכלי הטהור.<sup>54</sup> כללים אלו, המיושמים במדינות השונות בעוצמות שונות וברמת אדיקות משתנה, הם, כאמור, תולדת שיקולי מדיניות שאינם ממוקדים בזהותו של המזיק, ואינם מיוחדים לתביעות בגין נזקים שנגרמו ברשלנות על ידי נתבעים ציבוריים. אולם הואיל והם פועלים לצמצום היקף האחריות ברשלנות בכלל, לגבי כלל המזיקים ומכלול הפעילויות המזיקות, הם מייטרים גם את הצורך ביישום שיקולי מדיניות מצמצמים נוספים שמקורם בזהות המזיק, במקרים שבהם רוצים לצמצם את החבות ברשלנותו של המזיק הציבורי העומד לדין.<sup>55</sup>

---

לקבוצות של שיטות המשפט, בהתאם לנכונותן להכיר בקיומה של חובת זהירות במצבים שונים של רשלנות הגורמת נזק כלכלי טהור. גם לגבי נזק נפשי טהור נקבעו כללי חבות מצמצמים שסוכמו – גם מההיבט ההשוואתי הכולל השוואה למשפט האנגלי – בעניין רע"א 444/87 **אלטוה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל**, פ"ד מד(3) 397 (1990).

<sup>49</sup> Perrett v. Collins, [1998] 2 Lloyd's Rep. 255 (C.A.) (Eng.)

<sup>50</sup> Yuen Kun Yeu v. Attorney Gen. of Hong Kong, [1988] A.C. 175 (P.C.) (appeal taken from H.K.) (U.K.); Davis v. Radcliffe, [1990] 1 WLR 821 (P.C.) (appeal taken from U.K.); IoM. (U.K.) פסיקה זו שיישמה את כללי המשפט המקובל, הפכה מאוחר יותר לחוק מפורש

המעניק פטור מאחריות לרגולטור: Financial Services and Markets Act, 2000, c. 8 (Eng.).  
<sup>51</sup> Abbott v. Sullivan, [1952] 1 K.B. 189 (C.A.) (Eng.); Dunlop v. Wollahra Municipal Council, [1982] A.C. 158 (P.C.) (appeal taken from NSW. Astl.); X v. Bedfordshire County Council, [1995] 2 A.C. 633, 730 (H.L.) (appeal taken from Eng.)

<sup>52</sup> D v East Berkshire Cmty. Health NHS Trust, [2004] Q.B. 558 (C.A.) (Eng.)

<sup>53</sup> D v. East Berkshire Cmty. Health NHS Trust, [2005] 2 A.C. 373 (H.L.) (appeal taken from Eng.); D v. Bury MBC, [2006] EWCA Civ 1(C.A.) (Eng.)

<sup>54</sup> RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: ECON. TORTS AND RELATED WRONGS Part 2 Ch. 3 (Draft No. 2, 2006)

<sup>55</sup> השווה להתייחסות הנשיא שמגר במצב דברים הפוך בעניין לוי, לעיל ה"ש 9, לסוג הנזק (הכלכלי) וביסוס פסק הדין על שיקולי מדיניות הנעוצים באופי המזיק ובסוג האירוע יוצר הנזק

סוגיית האחריות ברשלנות של נתבעים ציבוריים נשלטת במרבית מדינות המשפט המקובל הן על ידי חקיקה מדינתית מפורשת (לא בהכרח חקיקה נזיקית) שבעיקרה ביטלה את חסינות הריבון, כפי שקרה אצלנו, הן על ידי הוראות פדרליות, כמו בארצות-הברית, והן על ידי הסדרים בין-לאומיים, כמו באנגליה למשל, הכפופה לאמנה האירופית לזכויות אדם ול-European Court of Human Rights. לפסיקת בית הדין האירופי לזכויות האדם, המצטרפת להוראות ה-Human Rights Act האנגלי, יש השפעה לא מבוטלת על שיקולי בית הלורדים האנגלי (כיום בית המשפט העליון שם) בכל הנוגע לכיבוד זכויות יסוד אישיות בכלל ויישום כללי החבות בעוולת הרשלנות בפרט.<sup>56</sup> שילוב חקיקתי זה, בעיקר באנגליה, יוצר מצב המתואר במרבית הכתיבה האקדמית כמשקף חוסר בהירות והיעדר כללים ברורים שיכלו לפשט את האיזון בין האינטרסים המנוגדים שעליהם הוא מגן – שעל תוכנם, כאמור, מסכימים כולם.<sup>57</sup>

בארצות-הברית מצויים כלי העבודה של המשפטן העוסק באחריות גופים ציבוריים הן בחקיקה הפדרלית, הן בחקיקה המדינתית והן במשפט המקובל המדינתי. ה-Federal Tort Claims Act<sup>58</sup> קובע כי בכפוף לכמה תחומי פעילות שלטונית:<sup>59</sup>

“The United States shall be liable, respecting the provisions of this title relating to tort claims, in the same manner and to

– מחדל שלטוני שבשיקול דעת.

<sup>56</sup> ראו בעיקר את המקרה הידוע: Osman v. United Kingdom, [1998] ECHR 101 (Eur. Ct. H.R.). על השלכותיו של פסק דין זה על דיני הרשלנות האנגליים ראו גם: Giorgio Monti, *Osman v. UK – Transforming English Negligence Law Into French Administrative Law?*, 48 INT'L & COMP. L.Q. 757 (1999). מעניין לציין שבמקרה של Osman בית הדין האירופי לא פסק שהמשטרה הייתה רשלנית, אלא שבית המשפט האנגלי, שקבע שלמשפחה אין עילה כלפי המשטרה, חרג מהוראות האמנה המקנות זכות להישמע בבית המשפט, ועל כך נפסקו שם פיצויים בגובה 10,000 ליש"ט.

<sup>57</sup> על מורכבות הכללים ושילובם ראו את דו"ח ה-Law Commission, *REMEDIES AGAINST PUBLIC BODIES: A SCOPING REPORT* (The Law Commission). ניתן לצפייה בכתובת: [www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/Remedies\\_Public\\_Bodies\\_Scoping.pdf](http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/Remedies_Public_Bodies_Scoping.pdf) (נבדק לאחרונה ב-4.4.2012). ניתן למצוא כאן דוגמאות להתלבטות הנמשכת של בתי המשפט באנגליה בסוגיה זו במשך שנים ארוכות. השוו למסקנות מחקרו של Aronson, *Government Liability in Negligence*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 27, המבקר את תיקוני החקיקה והצעות הרפורמה של הנושא באוסטרליה. עוד על שיקולי מקרו ומיקרו באחריות גופים ציבוריים באנגליה, כפיפותם לחוק זכויות האדם ולפסיקת שטרסבורג ראו: Jackson v. Defra, [2011] EWHC 956 (Admin.) (Eng.).

<sup>58</sup> 28 U.S.C § 1346(b) (2011).

<sup>59</sup> תביעות על נזק הנופל בגדר חקיקה נפרדת כמו תביעות אדמירליות, פעילות מלחמתית והעברת דברי דואר.



the same extent as a private individual under like circumstances".<sup>60</sup>

החוק מטיל אחריות על המדינה גם בגין מחדל, בכפוף – שוב – להשוואת האחריות הפוטנציאלית שלה לאחריותו של אדם פרטי בגין הימנעות מעשייה שחובת עשייתה מוטלת עליו. מאידך גיסא, החוק שומר על חסינות המדינה בכל הנוגע ל-"Discretionary Function or Duty".<sup>61</sup> ביטוי שפורש כפעילות הכרוכה בהפעלת "Policy Judgment",<sup>62</sup> לפחות בכל הנוגע לשלב התכנון של הפעילות הממשלתית. ברמת הביצוע, לעומת זאת, המדינה נושאת באחריות לתחזוקת כבישים, לבקרת מגדלי פיקוח בשדות תעופה, לרשלנות רפואית בבתי חולים ובבתי סוהר שלה ולתחזוקת רכוש שבבעלותה.<sup>63</sup> ההבחנה בין מקרים הנופלים בגדר ההגדרה של "שיקול דעת" לבין מקרים שבהם מדובר בביצוע גרידא מורכבת ועדינה, ולעיתים קרובות גם בית המשפט העליון הפרלי מתחבט בה. כך היה במקרה של תביעה בגין חיסון נגד מחלת הפוליו שגרם לתובע נזק פיזי, והרשלנות שנטענה נגד המדינה ייחסה לה רישוי בלתי-מוצדק של יצרן החיסון.<sup>64</sup> כך היה גם במקרה של סירוב למתן רשיון יבוא ענבים שבוסס על מבחני מעבדה מטעים.<sup>65</sup> הדוגמאות להבחנה זו בין "שיקול דעת" ל"ביצוע" מרובות.<sup>66</sup> באורח דומה מתלבטת הפסיקה האמריקנית גם לגבי ההבחנה בין מצבים שבהם למדינה יש חסינות מכוח החוק לבין מצבים שבהם יש לדחות את התביעה עקב שלילת קיומה של חובת זהירות מצד המדינה. גם הבחנה זו לעתים מטושטשת הן מבחינה מהותית והן מבחינת סדרי הדין הרלוונטיים.<sup>67</sup> אחריות המדינות בארצות-הברית קבועה בחקיקה, והיא מושלמת בפסיקת בתי המשפט של כל מדינה ומדינה. במרבית המדינות עקרונות האחריות ותנאיה דומים לאלו שחלים על

60 28 U.S.C § 2674 (1988)

61 28 U.S.C § 2680(a) (2006)

62 Dalehite V. United States, 346 U.S. 15 (1953)

63 לסקירת הפסיקה לעומק והשוואת המבחנים הקובעים מהי פעילות תכנונית ומהי פעילות ביצועית ראו: PROSSER & KEETON ON TORTS (William L. Prosser, Keeton W. Page, Dan B. Dobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen eds., 5th ed. 1984)

64 Berkovitz v. United States, 486 U.S. 531 (1988)

65 Fisher Bros. Sales, Inc. v. United States, 46 F.3d. 279 (3rd Cir. 1995)

66 להשוואה ממוקדת של האחריות הנזיקית של רשויות ציבור בארצות-הברית ובאנגליה ראו: Helene M. Goldberg, *Liability for Government Actions: A Comparative Study of English and American Law*, in CHILD ABUSE TORT CLAIMS AGAINST PUBLIC BODIES: A COMPARATIVE LAW VIEW 87 (Duncan Fairgrieve & Sarah Green eds., 2004)

המחברת הייתה מנהלת מחלקת תביעות חוקתיות ותביעות נזיקין במשרד המשפטים האמריקני והמאמר מתמקד בעיקר ביישום החקיקה וחסינותה של המדינה.

67 חסינות המדינה גוררת מחיקת תביעה בעוד שהחלטה על אי-קיום חובה מחייבת דיון.

אחריות ממשלת ארצות-הברית.<sup>68</sup> גם במדינות שבהן בוטלה חסינות המדינה, נשמרו המגבלות על אחריות בנזיקין של הרשות המחוקקת והרשות השופטת.<sup>69</sup> יישומם של כללי אחריות-חסינות אלו, הדומים בעיקרם לאלו החלים בארץ, הוא כאמור, מבחנה האמיתית של סוגיית האחריות הנזיקית של רשויות ציבוריות שם, כמו גם אצלנו. גם הפסיקה האמריקנית מתלבטת רבות בנושא זה, בדיוק מסוג ההתלבטויות שהולידו בארץ בסופו של דבר את המגמה המרחיבה את אחריות המדינה ורשויותיה שתיסקר בהמשך. אלא שבארצות-הברית ההתלבטויות הולידו גישה מאופקת הרבה יותר. כך, בסדרה ארוכה של פסקי דין נקבע כי המשטרה אינה חייבת להיענות לקריאות מצוקה של אזרחים, ולכן היא אינה נושאת באחריות, גם אם בסופו של דבר נגרם נזק למי שהזעיק אותה.<sup>70</sup> כך גם במקרה שמכבי אש לא נענו לקריאה.<sup>71</sup> בדומה, הפסיקה מתלבטת בשאלת אחריות המשטרה לשחרור אסירים שבסופו של דבר ביצעו רצח נוסף עם שחרורם. זאת, גם כאשר השחרור נבע ממדיניות מוסכמת של רשויות הכליאה וגם כשהשחרור היה החלטה פרטנית-ביצועית-נקודתית. המשטרה אף אינה אחראית להריגה ברשלנות של מי שנמלט ונורה תוך כדי מרדף אחריו – פעולת ביצוע מובהקת.<sup>72</sup> מאידך, ילדים שנמסרו לאימוץ בבתים בלתי-מתאימים וספגו התעללות גופנית ונפשית זכו לפיצוי, וכך כמוכן גם ילדים שניזוקו פיזית בבתי ספר ציבוריים. לעומת זאת, אחריות המדינה לנעשה במוסדות הנתונים לאחריותה שבהם מוחזקים קטינים אינה תמיד מובנת מאליה.<sup>73</sup> כך, תביעות בגין "רשלנות חינוכית" שתוצאתה נזק אינטלקטואלי ונפשי נדחו. במישור עובדתי שונה, סירוב למתן רישיונות עסק,<sup>74</sup> תכניות בנייה הפוגעות באינטרסים כלכליים של אזרחים ופעילות שלטונית אחרת הגורמת נזק כלכלי טהור, שהוא בעייתי במשפט

<sup>68</sup> לסקירת המצב במדינות השונות, ראו: PROSSER & KEETON ON TORTS, לעיל ה"ש 63. דין דומה חל בדרך כלל גם על עיריות בכל הנוגע לפעילותן השלטונית.

<sup>69</sup> אולם ראו הצעה שעומדת על סדר היום הציבורי בדקוטה להטיל אחריות על שופטים כלפי מי שנפגע מפסק דינם, Richard Acello, *South Dakota to Vote on Putting Judges on Trial*, STATE WIDE BALLOT INITIATIVE 13.1.2006 [www.tulanelink.com/jail/abajournal\\_06a.htm](http://www.tulanelink.com/jail/abajournal_06a.htm) (נבדק לאחרונה ב-4.4.2012).

<sup>70</sup> ראו סקירת הפסיקה בנושא זה תחת הכותרת: Do you Have a Right to Police Protection: ניתן לצפייה בכתובת: [www.hematite.com/dragon/policeprot.html](http://www.hematite.com/dragon/policeprot.html) (נבדק לאחרונה ב-4.4.2012). ראו גם: *Police Liability for Negligent Failure to Prevent Crime*, 94 HARV. L. REV. 821 (1981).

<sup>71</sup> *Motyka v. City of Amsterdam*, 15 N.Y.2d 134 (1965). בעיקרו של דבר בתי המשפט משתמשים בהבחנה בין חובה כלפי הציבור בכללותו לבין חובה כלפי נפגע ידוע וצפוי נקודתית. הבחנה דומה קיימת גם באנגליה.

<sup>72</sup> *Hernandez v. City of Pomona*, 207 P.3d 506 (Cal. 2009).

<sup>73</sup> *R. J. v. Gloria*, 593 F.3d 73 (1st Cir. 2010).

<sup>74</sup> *Connection Training Services v. City of Philadelphia*, No. 09-1856, 2009 U.S. App. LEXIS 28072 (3rd Cir. Dec. 22, 2009).

האמריקני – כל אלו לא הצדיקו בעיני בתי המשפט הטלת אחריות. לעומת זאת, האחריות לבטיחותם של שטחים ציבוריים, דרכים ומבנים<sup>75</sup> הוכרה לא אחת, וגררה הטלת אחריות, הן על המדינות עצמן והן על גופים עירוניים שונים וזיכתה את הנפגעים בפיצויים נכבדים.<sup>76</sup> אחריות גופים מקצועיים ציבוריים מותנית בדרך כלל בנסיבות הספציפיות של המקרה, בסוג ההתרשלות ובסוג הנזק. גוף כזה הוא, למשל, הרשות לחיזוי מזג אוויר,<sup>77</sup> שעליה מסתמכים אזרחים רבים, שלהם עלולים להיגרם אינספור סוגי נזקים באינספור סוגי אירועים, או רשות התעופה.<sup>78</sup> שופטים ומחוקקים זוכים לחסינות אישית כל עוד פעלו בתחום סמכותם, גם אם פעילותם נגועה בהיעדר תום לב.<sup>79</sup> לגבי עובדי ציבור וממשל אחרים חלה ההבחנה שלעיל בין תפקידים הכרוכים בשיקול דעת מובהק לבין תפקידי ביצוע בלבד.<sup>80</sup>

באנגליה, מולדתו של הכלל המקנה חסינות מלאה ומוחלטת לריבון, בוטלה חסינותה של המדינה בשנת 1947 על ידי ה-Crown Proceedings Act, שהשווה את מעמדה של המדינה מבחינת אחריות מהותית ומבחינת כפיפות למערכת המשפט למעמדו של הפרט.<sup>81</sup> החוק נוגע מפורשות באחריותה של המדינה בגין הפרת

<sup>75</sup> דיון רחב היקף על הרצינולים והשיקולים השונים באחריות רשויות ציבוריות לתחזוקת שטחי ציבור ראו בפסק הדין האוסטרלי בעניין Brodie v. Singleton Shire Council [2001] HCA 29 (Austl.), שמשקף התייחסות להבחנות בין מחדל לעשייה, בין פיקוח לשיקול דעת, בין החובה כלפי הציבור בהבדל מהחובה כלפי נפגעים סופיים ועוד מכלול סוגיות רלבנטיות בהקשר זה. בסופו של דיון ארוך בוטלה חסינותן רבת-השנים של רשויות התחבורה בניו-זילנד. בית המשפט ביטל את החסינות המבוססת על ה-"Non feasance rule" והחזיר את הדין לערכאה השנייה לקביעה עובדתית בשאלת קיומה של התרשלות מצד הרשות.

<sup>76</sup> לסקירה כללית של מצב הפסיקה ופרטיה ראו: PROSSER & KEETON ON TORTS, לעיל ה"ש 63. בנושא רשלנות חינוכית וילדים בעלי צרכים מיוחדים ראו הכרה בחובה לספק שירותים מיוחדים: Forest Grove Sch. District v. T.A., 129 S. Ct. 2484 (2009).

<sup>77</sup> Ronald B. Standler, *Tort Liability in the USA for Negligent Weather Forecast*, Aug. 13, 2003. ניתן לצפייה בכתובת: www.rbs2.com/forecast.pdf (נבדק לאחרונה ב-4.4.2012).

<sup>78</sup> Wallace v. U.S., 130 S. Ct. 657 (2009).

<sup>79</sup> Pierson v. Ray, 386 U.S. 547 (1967). החסינות כוללת גם הליכים מקדמיים וחקירות שנעשו לפני תחילת הדין. Scott v. Evans, No. 02-2326, 2004 U.S. App. LEXIS 25582 (6th Cir. Nov. 24, 2004); Besseye Neal v. Dir. D.C. Department of Corr., 400 F. Supp. 2d 134 (D.C. 2005); Gross v. Rell, 585 F.3d 72 (2d Cir. 2009); הנימוקים בפסיקה האמריקנית דומים לאלו שיושמו אצלנו אך בארצות-הברית קיימת כתיבה אקדמית המבקרת חסינות רחבה זו; ראו לדוגמה: Don B. Kates, *Immunity of State Judges Under the Federal Civil Rights Acts: Pierson v. Ray Reconsidered*, 65 NW. U. L. REV. 615 (1970); Randolph J. Block, *Stump v. Sparkman and the History of Judicial Immunity*, 1980 DUKE L. J. 879, 923-925 (1980).

<sup>80</sup> עוד על אחריות עובדי ציבור ראו: RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 895 (1979).

<sup>81</sup> חלק מהרשויות הציבוריות אחריות מכוח עצמן, מכוח חקיקה מיוחדת. כך מפכ"ל המשטרה אחראי לעוולות המשטרה ונתבע מכוח חובה זו. ראו: Police Act, 1964, Sec 2(3) (Eng.).

חובותיה בכלל ובגין הפרת חובה חקוקה בפרט.<sup>82</sup> עם זאת, החקיקה האנגלית משמרת באופן מסורתי ומפורש את חסינות הרשות השופטת,<sup>83</sup> כמו גם את שלילת אחריות רשויות הדואר.<sup>84</sup> גם ה-*The Human Rights Act*<sup>85</sup> והאמנה האירופית לזכויות האדם מהוות מקור חשוב, כאמור, לבניית מערך שיקולים שעל פיהם מחליטים בתי המשפט באנגליה בדבר אחריותן של רשויות ציבוריות לנזק שגרמו ברשלנותן. מאז פסק הדין הידוע של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Osman*<sup>86</sup> ניתן בהחלט לזהות הרחבה לא מבוטלת בהיקף שילובן של זכויות אדם בסיסיות בארגז הכלים המשפטי, שבעזרתו מוכרעת כיום במשפט האנגלי סוגיית חובת הזהירות ברשלנות. בעניין *Osman* תקף מורה אנגלי, שמאוחר יותר אוכחן כנתון להתפרצויות פסיכוטיות, את תלמידו, אחמד אוסמן, רצח את אביו ושני בני אדם נוספים, ובסופו של דבר אושפז בבית חולים לחולי נפש. האלמנה וילדיה תבעו את משטרת לונדון, שבחרה להתעלם בעקביות מהתלונות שהוגשו לה על ידי משפחת הנרצח, ובית המשפט האנגלי דחה את התביעה מחוסר עילה, באופן אופייני להלך הרוח המשפטי של אותה עת בכל הנוגע לאחריות המדינה להתנהלות המשטרה. בית הדין האירופי לזכויות אדם אמנם לא קבע שהמשטרה באנגליה הייתה רשלנית בהתעלמה ממצוקתה של משפחת אוסמן, אך הוא זיכה את התובעים בפיצוי בגין כך שזכותם להישמע בבית המשפט לא נשמרה.<sup>87</sup>

בנפרד ולצד הדיאלוג שמנהלת מערכת המשפט האנגלית עם בית הדין האירופי לזכויות האדם, עוד לפני<sup>88</sup> הפסיקה בעניין *Osman*,<sup>89</sup> וכמובן גם אחריה, ממשיכים בתי המשפט באנגליה להתחבט בסוגיית החסינות-האחריות הראויה של רשויות

82 ש.ם.

83 ראו סקירה כללית: ABIMBOLA A. OLOWOFOYEKU, *SUING JUDGES: A STUDY OF JUDICIAL IMMUNITY* (1993).

84 Post Office Act, 1969, c. 48 (Eng.)

85 The Human Rights Act, 1988, c. 42 (Eng.)

86 עניין *Osman*, לעיל ה"ש 56.

87 מעניין שמאז נהגת משטרת אנגליה להוציא לאנשים שעליהם מרחפת סכנה פיזית, בעקבות איומים של אנשים שמסוגלים להוציא לפועל את איומיהם, "אזהרת אוסמן" – *Osman - warning*. על פי מידע שהתקבל בעקבות בקשה על פי חוק חופש המידע שהוגשה על ידי ה-Times הלונדוני מסתבר שלמעלה מ-1000 אזהרות מסוג זה הוצאו במהלך 2007 באנגליה. ראו: [www. Aneurin, Osman Warning, EVERYTHING, 13.10.2008](http://www.everything2.com/title/Osman+Warning). ניתן לצפייה בכתובת: [everything2.com/title/Osman+Warning](http://www.everything2.com/title/Osman+Warning) (נבדק לאחרונה ב-4.4.2012).

88 פסק הדין *Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd.*, [1970] A.C. 1004 (H.L.) (appeal taken from Eng.) (U.K.).

89 *Barrett v. Enfield LBC*, [2001] 2 A.C. 550 (H.L.) (appeal taken from Eng.) (U.K.); *Z v. UK*, [2001] 2 F.C.R 246 (Eur. Ct. H.R.); *Gibson v. Chief Constable*, [1999] ScotCS 61 (Scot.); *Phelps v. London Borough of Hillingdon*, [2001] 2 A.C. 619 (H.L.) (appeal taken from Eng.) (U.K.).

ציבוריות בנזיקין בכלל ובעוולת הרשלנות בפרט, על פי העקרונות הבסיסיים של דיני הנזיקין האנגליים המסורתיים כפי שהתפתחו בפסיקה האנגלית בשנים האחרונות. בכל הנוגע לאחריות המושתתת על עוולת הרשלנות, מסגרת הדיון באנגליה דומה למסגרת שבתוכה ממוקמים שיקולי המדיניות בעד ונגד אחריות המדינה גם בישראל. גם באנגליה ההתלבטות ממוקמת במסגרת השאלה אם קיימת חובת זהירות מצד הרשות הציבורית כלפי הנפגע אם לא? באילו סוגי נסיבות ולגבי אילו סוגי מעשים?<sup>90</sup> בתי המשפט באנגליה, שעברו ממבחן החובה הרחב שבעניין *Ann's*<sup>91</sup> (המבחן הדו-שלבי) למבחן המצומצם יותר שבעניין *Caparo*<sup>92</sup> (המבחן התלת-שלבי), מפגינים גם כיום – על אף הרחבה מסוימת שחלה ביישום מבחני המדיניות המקובלים שם – גישה מצמצמת יחסית, ועדיין מעדיפים לקבוע בחלק גדול יחסית של המקרים כי בין הנתבעים הציבוריים לבין הניזוקים התובעים אין בדרך כלל חובת זהירות, בעיקר מהיעדר צפיות או מפאת היותה של חובתם של הנתבעים "חובה ציבורית" גרידא. לא תמיד ניתן לעמוד על דקויות ההבדלים בין המקרים. כך, מי שסבל נזק לרכושו בעקבות איחור הגעת מכונית מכבי האש בגלל התרשלותו של הנהג, לא זכה בפיצוי<sup>93</sup> ואילו מי שנגרם לו נזק גוף בגין איחור של אמבולנס שהוזמן לפנותו לבית חולים זכה בתביעה.<sup>94</sup> רוכב אופנוע שנפגע אנושות מאחר שרשות התמרור המקומית לא תחזקה כיאות את שלטי התמרור באזור ומאחר שאחד מהשלטים כוסה בצמחייה באופן שלא ניתן היה לזהות את קיומו או את האזהרה שבו, לא זכה לפיצוי,<sup>95</sup> וגם המשטרה קבלה פטור מחובת זהירות כלפי שאריה של מי שנרצחה על ידי רוצח סדרתי שהמשטרה לא הצליחה לשים עליו יד בעוד מועד.<sup>96</sup> כך גם במקרה נוסף, שנסכיבותיו יוצאות דופן בחריגותן, הופטרו רשות מקומית ואנשי שירותי הסעד שלה מחובת זהירות כלפי חוסים בוגרים ששוכנו במיקום ובאופן שאפשר התעללות פיזית ונפשית מצד חבורות רחוב מהסביבה הקרובה.<sup>97</sup> בהמשך

<sup>90</sup> לסקירה כללית של הדין באנגליה בהשוואה למשפט הצרפתי ראו: DUNCAN FAIRGRIEVE, STATE LIABILITY IN TORT: A COMPARATIVE LAW STUDY (2003).

<sup>91</sup> עניין *Ann's*, לעיל ה"ש 36.

<sup>92</sup> עניין *Caparo*, לעיל ה"ש 6. מבחן זה אומץ על ידי הנשיא מאיר שמגר בעניין לוי, לעיל ה"ש 9.

<sup>93</sup> *Capital & Counties plc. v. Hampshire County Council*, [1997] Q.B. 1004 (C.A.) (Eng.); *Gorringe v. Calderdale Metropolitan Borough Council*, [2004] 1 WLR 1057 (H.L.) (appeal taken from Eng.) (U.K.).

<sup>94</sup> *Kent v Griffiths*, [2001] Q.B. 36 (C.A.) (Eng.) (H.L.). ההחלטה בעניין *Gorringe*, שם.

<sup>95</sup> *Stovin v. Wise*, [1996] AC 923 (H.L.) (appeal taken from Eng.) (U.K.).

<sup>96</sup> *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1989] AC 53 (H.L.) (appeal taken from Eng.) (U.K.); *Brooks v. Comm'r of Police of the Metropolis*, [2005] UKHL 24 (appeal taken from Eng.).

<sup>97</sup> *X(1) and Y(2) v. London Borough of Hounslow*, [2009] EWCA Civ 286 (appeal

לגישה מצמצמת זו הופטרה באנגליה המשטרה גם מחובתה לספק מידע נכון ומעודכן על עברו הפלילי של התובע שנפגע מהכללה שלא כדין של פרטים על כך שנאסר בעבר בדיווח שסיפקה המשטרה.<sup>98</sup>

מגוון החלטות זה, שבכל אחת מהן נסיבות שונות ומערכת איזונים אחרת, הוא הבסיס לדרישה להכניס שינויים והבהרות בנושא מורכב זה באנגליה כבר מזה שנים רבות.<sup>99</sup> ההבדלים בין "Governmental" לבין "Private", בין "Discretion", "Policy" ו-"Operational" מטושטשים, והיררכיית החשיבות בין דרישות של צדק מתקן, הרתעה יעילה והרתעת יתר (שעדיין לא הוכחה אמפירית) אינה ברורה.<sup>100</sup> גם בניו-זילנד נמצאת כיום מערכת המשפט בשלב מכריע של קביעת נקודת האיזון בשאלת חבותן ברשלנות של רשויות ציבוריות. המבחן התלת-שלבי שלפיו מוכרעת חובת הזהירות<sup>101</sup> מהווה כר נרחב לפרשנויות שונות. שני פסקי דין מנחים שניתנו שם בשנים האחרונות משקפים את עומק המחלוקת בין הרוב למיעוט, בין מי שסוברים שהאחריות של רשויות ציבוריות ברשלנות מצומצמת מדי כיום לעומת מי שסוברים ששיקולי הנגד צריכים לגבור. בעניין *Couch*<sup>102</sup> סירב בית המשפט העליון בניו-זילנד לדחות על הסף את תביעתה של גב' *Couch* לפיצויים בגין נזק גוף שנגרם לה במהלך שוד אלים. דעת הרוב שלחה את התיק לבחינה עובדתית-משפטית מחודשת בשאלה אם הנזק של הגב' *Couch* היה צפוי נקודתית, צפיות שמשמעותה (Proximity) קרבה מספקת. לעומת זאת, דעת המיעוט סברה שמבחן זה מצומצם מדי, ודי שהתובעת תוכיח שהייתה צפיות להיפגעותה כחלק מהציבור הרחב. פסיקה זו, בצירוף קודמתה שבעניין *Body Corporate*<sup>103</sup> שעסקה בשאלה עד כמה רחבים צריכים להיות מבחני חובת הזהירות במקרים מסוג זה,<sup>104</sup> יש בה, אולי, התחלה של

(U.K.) taken from Eng.) בסיוע ציבורי הופנתה תביעה בגין החלטתו של בית המשפט לערעורים (רשות ערעור לבית הלורדים נדחתה) לבית הדין האירופי לזכויות האדם. ראו: *X. v.* U.K. No. 32666/10 (Eur. Ct. H.R. filed June 8, 2010).

<sup>98</sup> *Desmond v. Chief Constable of Nottinghamshire Police*, [2011] EWCA Civ 3 (Eng.) בהבדל מהדוגמאות הקודמות במקרה זה הנזק שבגיניו תבע התובע לא היה נזק פיזי.

<sup>99</sup> דו"ח ה-Law Commission מצביע על צורך דחוף בשינוי דרסטי, רצוי חקיקתי. הוועדה מבטיחה איזון נכון בין עלות לתועלת ויישום שיקולים כלכליים. לוח הזמנים הקבוע בדו"ח אינו ממומש בשלב זה. ראו: *REMEDIES AGAINST PUBLIC BODIES: A SCOPING REPORT* (LAW COMMISSION, 2006) [www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/Remedies\\_Public\\_Bodies\\_Scoping.pdf](http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/Remedies_Public_Bodies_Scoping.pdf) (נבדק לאחרונה ב-4.4.2012). שם, ס' 3.24-3.20.

<sup>100</sup> *S. Pac. Mfg. Co. Ltd. v. NZ Sec. Consultants and Investigations Ltd.*, [1992] 2 NZLR. 282 (C.A.) (N.Z.).

<sup>101</sup> *Couch v. Attorney-General*, [2008] NZSC 45 (S.C.) (N.Z.).

<sup>102</sup> *Attorney-General v. Body Corporate 200200*, [2007] 1 NZLR 95 (C.A.) (N.Z.).

<sup>103</sup> באופן המזכיר לא במעט את ההבחנה בין החבות המושגית לחבות הקונקרטי בעניין גורדון, לעיל ה"ש 9.

שינוי גישה של הפסיקה הניו-זילנדית שהפגינה עד כה גישה "קמצינית" במיוחד בהטלת אחריות על רשויות ציבוריות רשלניות.

גישה דומה ולא מפתיעה משתקפת גם בפסיקה האוסטרלית. אחד מפסקי הדין האחרונים שניתנו שם נותן לנו שיעור מאלף, ארוך ומעמיק בשיקולי המדיניות בעד ונגד אחריות המדינה בכלל ואחריות המשטרה בפרט. הנסיבות היו, אכן, מיוחדות. התובעת פנתה למשטרת ניו סאות' וולס בתלונה על אלימות פיזית מצד בן זוגה. תוך כדי מגעיה עם השוטרים נסגרה בינה לבין השוטר האחראי על החקירה עסקת מכר של מכוניתה של התובעת לאותו שוטר במחיר של 100 דולר.<sup>105</sup> התובעת תבעה את המדינה באחריות שילוחית להתרשלותו של השוטר, שלטענתה צריך היה להימנע מניצול מצב המצוקה שבו נמצאה וצריך היה להפנותה לקבלת חוות דעת מקצועית על מחירה הנכון של המכונית. היא דרשה פיצוי בסך 22,678 דולר, אך תביעתה נדחתה על הסף מחוסר עילה. בית המשפט שדן בערעור<sup>106</sup> דחה את הערעור והשתמש בהזדמנות הפז שנקרתה בפניו, בנסיבות מעט יוצאות דופן אלו, כדי לסקור את עמדת המשפט המקובל בנושא אחריות המדינה בכלל ואחריות המשטרה בפרט. בית המשפט הציע רשימה מרשימה וארוכה של שיקולים ותתי-שיקולים שיכולים להוות מורי דרך בסבך המורכב של הסוגיות הכרוכות באחריות המדינה, החל בחסינות הראשונית שבעניין *Hill* האנגלי<sup>107</sup> וכלה בקצה השני של הסקאלה – במקרה שבו הוטלה אחריות על המדינה בגין נזקים שגרם צינור מים שהתפוצץ וייצר סיכון שדיווחו עליו עוברי אורח.<sup>108</sup> בין שני הקצוות האלו, רשימה ארוכה זו של פסקי דין מעניינים ומחכימים, חושפת את פרטי הפרטים של עובדות בעלות נפקות משפטית שלגישת בית המשפט האוסטרלי לערעורים יש לבדוק בכל מקרה שבו מתבקשים בתי המשפט להטיל אחריות על המדינה ועל המשטרה בגין אחזקת רכוש, עריכת חקירות, אספקת מידע לאזרחים, שמירת הסדר הציבורי וכיוצא באלה תפקידים מורכבים שהפרכתם ליוצרי חבות בנזיקין יוצרת פוטנציאל נזיקי בעייתי בעיני בית המשפט, שנוקט, כאמור, גישה מצמצמת הדומה בעיקריה לזו הנהוגה באנגליה ובניו-זילנד.

על רקע זה מעניין לציין גם פסק דין קיצוני במיוחד שנתן לאחרונה בית המשפט העליון בקנדה. בית המשפט שלל הטלת אחריות על רשות ציבורית שהייתה אחראית על מוסדות פרטיים שבהם הוחזקו קטינים שחוו התעללות מינית חמורה. גם כאן נפסק כי הרשות לא חבה חובת זהירות ואינה נושאת באחריות שילוחית להתנהלות המקום על אף סמכויות הפיקוח שהפעילה עליו, על חבר הנאמנים שהפעיל אותו או על המתנדבים שפעלו במקום. החלטת בית המשפט הקנדי ניתנה פה אחד ואשרה את

<sup>105</sup> Rickard v. State of NSW, [2010] NSWSC 151 (Austl.) 1994.

<sup>106</sup> שם.

<sup>107</sup> עניין *Hill*, לעיל ה"ש 96.

<sup>108</sup> State of NSW v Tyszyk, [2008] NSWCA 107 (Austl.).

פסק דינו של בית המשפט לערעורים שלפניו.<sup>109</sup> הן הרטוריקה והן המסקנה הסופית בעניין זה משקפות עמדה דומה לזו שלה אנו עדים באנגליה ובאוסטרליה.<sup>110</sup> גם ההיסטוריה החקיקתית והפסיקתית דומה. ביטול חסינות המדינה, שנעשתה כאן בחוק מיוחד,<sup>111</sup> וחקיקה נוספת המסדירה את אחריות הפרובינציות השונות בקנדה, פתחו לכאורה פתח רחב להטלת אחריות על רשויות הציבור. אולם ההבחנה הידועה והמוכרת המקנה להן חסינות במקרים שבהם הנזק נבע מהפעלת שיקול דעת שלטוני מובהק, מנעה גם כאן מבתי המשפט הרחבה בלתי-מבוקרת יתר על המידה.<sup>112</sup> אפילו באונטריו, שנחשבה במשך תקופה ארוכה כיוצאת דופן בשל סירובה להכיר באחריות המשטרה לנזקים שגרמה התרשלותה – סירוב שהתבסס בעיקר על פסיקה קנדית, אמריקנית ואוסטרלית שהגיעה למסקנות שונות – ניתנה כבר לפני כמה שנים החלטה שחייבה את המשטרה בנזקיו של מי שהורשע בדין לאחר חקירה רשלנית של המשטרה (מסדר זיהוי שבו היה הנאשם האבוריגיני היחיד בין לבנים).<sup>113</sup> הבסיס להחלטה היה העיקרון הרחב שאומץ על ידי בית הלורדים באנגליה בעניין *Ann's*<sup>114</sup> הידוע, שחינו סר זה מכבר באנגליה אבל כמסתבר לא בקנדה.

הנה כי כן, נוכחנו לדעת כי כל שיטות המשפט שמקורן במשפט המקובל, מתחבטות ומתלבטות – מי יותר ומי פחות, מי במסגרת פרשנות חקיקה ומי במסגרת שיקולי מדיניות פסיקתיים – בשאלת חובת הזהירות של רשויות ציבוריות בעוולת הרשלנות, רוחבה והיקפה. אולם התלבטות זו אינה מיוחדת לשיטות משפט אלו. גם בדרום אפריקה, למשל, משקפות החלטות בתי המשפט בשנים האחרונות דילמה דומה. דיני הנזיקין במשפט הדרום אפריקני אינם מבוססים על המשפט המקובל האנגלי, אלא בסיסם במשפט ההולנדי, שעליו נבנו רובדי משפט נזיקי אנגלי. עם זאת, מסתבר שהרטוריקה, באופן לגמרי לא מפתיע, היא אותה רטוריקה והשיקולים הם אותם שיקולים, גם אם המינוחים והביטויים שונים, לעתים. גם כאן הלבטים זהים, ואם ישנם הבדלים, אלו הם הבדלים של מידה ודרגה ביישום בלבד ולא הבדל ערכי בתפיסות היסוד שעליהן מבוססות ההכרעות השיפוטיות עצמן. בהשוואה לגישה המרחיבה הנהוגה בישראל, בדרום אפריקה ידם של מצמצמי היקפה של החבות

<sup>109</sup> Reference re Broome v. Prince Edward Island, [2010] 1 S.C.R. 360 (Can.)

<sup>110</sup> Peter Bowal and Lynn Boland, *Crowning Glory: Liability in Negligence of Public Authorities Revisited*, 24 R.D.U.S. 436 (1994); Margaret Hall, *The Liability of Public Authorities for the Abuse of Children in Institutional Care: Common Law Developments in Canada and the United Kingdom*, 14 Int'l. J. L. POL'Y & FAM 281 (2000)

<sup>111</sup> The Crown Liability Act, 1953 S.C., ch. 30 (Can.)

<sup>112</sup> *ראו בעיקר: Brown v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228 (Can.); *Just v. British Columbia*, [1994] 1 S.C.R. 420 (Can.); *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445 (Can.)

<sup>113</sup> *Hill v. Hamilton Wentworth Regional Police Serv. Bd.*, [2007] S.C.J. No. 41 (Can.)

<sup>114</sup> עניין *Ann's*, לעיל ה"ש 36.



ברשלנות של רשויות ציבוריות על העליונה באופן ברור ומובהק, אפילו בהשוואה ליתר השיטות שסקרנו בקצרה לעיל. כך, למשל, חסינות השופטים "רגילה" המקובלת, שהוזכרה לעיל – אף על פי שהיא פורשה גם כאן כחסינות דיונית גרידא שאינה שוללת מעיקרה את אחריות המדינה<sup>115</sup> – הורחבה על ידי בתי המשפט בדרום אפריקה, והיא חלה גם על גופים מעין שיפוטיים (ניהול מכרזים).<sup>116</sup> בתי המשפט קבעו גם כי החלטה פגומה של ועדת מכרזים ציבורית אינה גוררת אחריות ציבורית,<sup>117</sup> וכך גם התנהלות משטרתית בחקירת תאונת דרכים.<sup>118</sup> הרושם המתקבל מקריאת מכלול הפסיקה של השנים האחרונות מלמד כי אף שהמחויבות לזכויות האדם במערכת המשפט הדרום אפריקני היא אמיתית ועמוקה, הדבקות בשיקולים המצמצמים את היקף האחריות הציבורית – אולי בעקבות המורשת האנגלית ואולי מנימוקים אחרים, תרבותיים, חברתיים וכלכליים – הותירו את חותמם העמוק גם כאן,<sup>119</sup> ואולי דווקא כאן ביתר שאת.

## ז. אחריות מזיקים ציבוריים בפסיקה הישראלית – היסטוריה של רטוריקה מתלבטת ויישומים מנוגדים

ההתייחסות לתביעות רשלנות נגד מזיקים ציבוריים בפסיקה הישראלית מזכירה תנועת מטוטלת. בעניין זוהר<sup>120</sup> נתבעה עיריית חדרה בגין נזק למכוניתו של התובע שהתמוטטה עליה סככת חוף שהייתה בשליטת העירייה. כבר בשנות השמונים המוקדמות הביע בית המשפט העליון עמדה השוללת באופן קיצוני את מרבית השיקולים שעליהם נכנתה הגישה שהתנגדה להטיל אחריות על מזיקים אלו: בית המשפט מזער את חשיבות ההבדל בין מעשה למחדל, הטיל ספק בלגיטימיות של שיקולי ההצפה, סבר ששיקולי הרתעת היתר אינם רלוונטיים והחליט שקיומה של אלטרנטיבה של פיקוח מנהלי ופיקוח בג"ץ על פעילות הגוף הציבורי אינה שוללת כשלעצמה הטלת אחריות בנזיקין.<sup>121</sup> פסק הדין מהווה, אמנם, נקודת ציון חשובה

<sup>115</sup> Minister of Safety and Security v. Kruger, 2011 (1) SACR 529 (SCA) (S. Afr.)

<sup>116</sup> Telematrix (Pty) Ltd v. Adver. Standards Authority SA, [2006] 1 All SA 6 (SCA) (S. Afr.); ראו גם: R v. Kumalo, [1951] 1 SA Matthews v. Young, 1922 A.D. 492 (S. Afr.); 451 (S. Afr.); בנושא אחריות שיפוטית.

<sup>117</sup> Steenkamp v. Provincial Tender Bd. of the Eastern Cape, [2006] 1 All SA 478 (SCA) (S. Afr.)

<sup>118</sup> Minister of Law and Order v. Kadir, [1995] 1 All SA 457 (A) (S. Afr.)

<sup>119</sup> ראו סקירת המבחנים ויישומם בפסיקה בדרום אפריקה: MAX M. LOUBSER, INTERNATIONAL: .ENCYCLOPEDIA OF LAWS: SOUTH AFRICA TORT LAW 142–158 (South Africa, 2008)

<sup>120</sup> עניין זוהר, לעיל ה"ש 9.

<sup>121</sup> שם.

במסכת קורותיה של האחריות ברשלנות של גופים ציבוריים לנזק שגרמה התרשלנות, אולם מעבר לרטוריקה המודרנית שאומצה בעניין זוהר, מדובר כאן במקרה קלאסי שההכרה באחריות בו אינה מהפכנית משום בחינה.

בהחלטה אחרת, חדשנית יותר מבחינת נסיבותיה, בעניין גורדון,<sup>122</sup> הטיל בית המשפט העליון ללא היסוס אחריות על עיריית ירושלים תוך יצירת עוולה חדשה והפגנת נכונות להכיר הן בראש נזק חדש ("הטרדה בעלמא") והן בפעילות שלטונית מובהקת – גם אם היא חסרת סממני שיקול דעת מובהק – כבסיס לקיומה של אחריות נזיקית של העירייה. זו לא עדכנה כיאות את רישום העברת הבעלות של התובע שמכר את רכבו ועצרה אותו בגין אי תשלום דו"חות שנרשמו לרכב. בגין מעצר רשלני זה הוטלה אחריות על העירייה.

אין ספק ששני פסקי דין אלו תרמו רבות לעיצוב עוולת הרשלנות במשפט הישראלי בלבושה הנוכחי. הניתוח המוצע בהם – הן של העוולה בכללותה, הן של יסוד החובה שבה והן של יישום מבחניה על המדינה ורשויותיה – משמש בסיס ונקודת מוצא כמעט לכל פסק דין שנסיבותיו מצריכות התמודדות עם מצבי אחריות חדשים ושיקולי מדיניות מתנגשים.

מנקודת קיצוץ זו של אחריות נרחבת עבר בית המשפט העליון בעניין לוי<sup>123</sup> לאימוץ גישה הפוכה, שהיה בה כדי לאפשר לבתי המשפט – אילו רצו בכך – לחזור בהם ממגמת הרחבת האחריות ולהחזיר, לפחות חלקית, את הנימוקים שוללי האחריות לסל השיקולים שבהם נעזר בית המשפט במלאכת האיזונים שלו. המקרה שנדון שם עסק באחריותו של המפקח על הביטוח להתמוטטותה של חברת ביטוח. ההתמוטטות גרמה נזק כלכלי לשאריו של נפגע בתאונת דרכים שלא יכלו לגבות תגמולי ביטוח על סמך פוליסת הביטוח שהוציא הנפגע, שהפכה להיות חסרת ערך. הנשיא (בדימוס) מאיר שמגר העדיף לדחות את התביעה, להציע מבחן חדש ליישומה של עוולת הרשלנות, ולנסח חריג לאחריות גופים ציבוריים בנזיקין. "חריג שיקול הדעת", כפי שמכונה כיום הלכת לוי במשפט הישראלי, מקנה פטור מאחריות נזיקית<sup>124</sup> כאשר מדובר במקרה שבו נזקו של התובע נגרם עקב פעילות שלטונית שמאופיינת בשיקול דעת רחב, המצריך איזון בין שיקולים כלכליים, פוליטיים וחברתיים שונים. מפאת ייחודיותה אין לפעולה שלטונית זו "אח ורע" השוואתי, ולפיכך אין לה מקבילה להשוואה (Reference Cases).<sup>125</sup>

<sup>122</sup> עניין גורדון, לעיל ה"ש 9.

<sup>123</sup> עניין לוי, לעיל ה"ש 9.

<sup>124</sup> בית המשפט פטר את המדינה מאחריות הן בעוולת הרשלנות והן בהפרת חובה חקוקה. בד בבד הדגיש בית המשפט את תחולת החריג גם על כל אחריות אחרת בנזיקין.

<sup>125</sup> עניין לוי, לעיל ה"ש 9; ראו ניתוח פסק הדין אצל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" משפט וממשל ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 55–79; אריאל פורת "דיני נזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א 221 (אריאל רוזן-צבי עורך, התשנ"א) (להלן: פורת "דיני

באותה רוח פסק גם בית המשפט המחוזי בתל-אביב יותר מפעם אחת. הוא דחה תביעות שהוגשו נגד המדינה גם במצבים שבהם הנזק שעמד בבסיס התביעה היה כואב (במלוא מובן המילה), משמעותי ורחב היקף, והשרשרת הסיבתית בין ההתרשלות לבין הנזק הפיזי שנגרם לניזוק הייתה קצרה יותר מזו שבעניין לוי.<sup>126</sup> עניין נצר<sup>127</sup> הוא אחד מפסקי הדין הפחות מצוטטים והיותר מעמיקים מבחינת מגוון השיקולים המתחרים על הבכורה שהוזכרו בו. פסק דין זה עסק בתאונה אווירית שנגרמה בעת שהתובע, צעיר בן 26, אמודאי בהכשרתו, ביצע טיסה במטוס זעיר בהדרכת מדריך, טייס חיל האוויר לשעבר, ותוך כדי הטיסה התרסק, נפגע ונשאר משותק בחלק גופו התחתון לצמיתות. המדינה נתבעה שם, לצד בעלי המטוס ובעלי המניות של החברה, בגלל מעורבותה בהליכי רישוי המטוס והפיקוח על המנחת שממנו המריא המטוס.

על אף תפקודו הלקוי של מנהל התעופה במקרה זה<sup>128</sup> פטר השופט גבריאל קלינג את המדינה מאחריות. בית המשפט סבר כי לא רצוי להטיל על המדינה אחריות במצבים שבהם היא מפעילה – מתוך בחירה ומתוך רצון לקדם אינטרס ציבורי – פיקוח על פעילויות מסוכנות, שבלעדי הפיקוח הזה תהינה פרוצות לסכנות יותר מרובות. עדיף, לדעתו, לעודד את המדינה לקבל על עצמה הפעלת סמכות כזו גם מקום שהיא אינה חייבת לעשות כן, ולכן רצוי לא להפוך את הבחירה הרצויה של המדינה, לקחת אחריות מעשית ולפקח, לבחירה שגוררת אחריה גם הטלת אחריות משפטית. פסיקה קודמת של בית המשפט העליון ניתנה קודם למגמת ההרחבה שבעניין זוהר ובעניין גורדון. בית המשפט המחוזי הסתמך על פסיקה זו והעדיף את טובת הציבור על פני הטלת אחריות לטובתו של התובע שלפניו.<sup>129</sup> שכן הציבור עשוי להפיק תועלת מפיקוח עתידי – לא רשלני – של המדינה על ספורט אתגרי, כמו במקרה זה, או על שימוש בגנים ציבוריים כמו בעניין גרובנר,<sup>130</sup> או על מתקני נופש כמו במקרה של לגיל טרמפולין<sup>131</sup> כולן פעילויות שעליהן המדינה אינה חייבת לפקח.

הנזיקין" ספר השנה של המשפט); תמר גדרון "אחריותו של המפקח על הביטוח להתמוטטות חברת ביטוח" המשפט ג 133 (1996).

<sup>126</sup> עניין לוי, לעיל ה"ש 9.

<sup>127</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 474/86 נצר נ' כנפונית חברה למטוסים זעירים בע"מ, פ"מ התשנ"ד (2) 441 (1994).

<sup>128</sup> בית המשפט אינו משתכנע כי רשלנות זו הייתה הגורם היחיד, ואף לא המכריע לתאונה; שם, בעמ' 489.

<sup>129</sup> עניין נצר, לעיל ה"ש 127, בעמ' 480-490; תביעה שעילתה בנסיבות דומות נדחתה גם בעניין ת"א (מחוזי י-ם) 748/94 בכר נ' השילוח תעופה (1984) בע"מ, תק-מח (1)01 3441 (2001). ערעור על ההחלטה נדחה על ידי בית המשפט העליון; ראו רע"א 2753/01 השילוח תעופה (1984) בע"מ נ' בכר תק-על 2001(2), 1478 (2001).

<sup>130</sup> ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד ל(1) 141 (1975).

<sup>131</sup> ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וציוד ספורט ישראל בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63 (1974).

שתי הגישות הללו, זו שבעניין זוהר וגורדון, מחד גיסא, וזו שבעניין גרובנר, נצר ולוי, מאידך גיסא, שונות מאוד. על בסיס שילוב ביניהן אנו מוצאים פסיקה אינטנסיבית המתלבטת בין השיקולים המנוגדים הללו ומכירה באחריות המדינה ורשויותיה במקרים רבים ומגוונים שנסכיבותיהם שונות מאוד ממקרה למקרה. שוני זה מקשה להסיק מהם מסקנה חד-משמעית לגבי היררכיית השיקולים המנחים בכל אחד מהם. כך הוטלה אחריות על עיריית בני-ברק כלפי צעיר שנפל וניזוק בדרכו לבית הכנסת עקב הצפת ביוב ברחובות העיר;<sup>132</sup> הוטלה אחריות על משטרת הגבולות בגין אי-ביצוע צו עיכוב יציאה מהארץ;<sup>133</sup> והוטלה אחריות על רשויות התכנון והבניה בגין הטעיית מי שנזקקו לשירותיהם המקצועיים וניזוקו כלכלית עקב התרשלותם.<sup>134</sup> הוטלה אחריות על המשטרה שהתרשלה מנעה מהתובע ליהנות מיכול העגבניות שלו,<sup>135</sup> על אי-חיבור אזעקה מעסקו של התובע לתחנת המשטרה,<sup>136</sup> ועל רשות שדות התעופה בגין יצירת מטרה לתושבים הגרים בסמיכות לשדה התעופה.<sup>137</sup> את מגמות הפסיקה עד לפני למעלה מעשור סקר פרופ' ישראל גלעד במאמרו רחב ההיקף והמעמיק על אחריות עובדי ציבור ורשויות ציבוריות.<sup>138</sup> במאמר זה סווגה מרבית הפסיקה של אותם ימים בהתאם לשתי הגישות המובילות שגלעד כינה "הגישה המצמצמת", שנקראת לפעמים גם ה"שמרנית" או ה"מסורתית" ו"הגישה המרחיבה". סקירה זו הסתיימה בסיכום פסק הדין של הנשיא שמגר בעניין לוי וחדושי.

כיום, 15 שנים אחרי כן, נטיית בתי המשפט הישראליים לכיוון הרחבת אחריותם של נתבעים ציבוריים ברורה ואינה שנויה במחלוקת. כמעט שאין עוד זכר בפסיקה הישראלית לגישה ה"מצמצמת" הקלאסית, וביותר ויותר מקרים קריאת פסקי הדין החוזרים על הנימוקים המוכרים הדוגלים בצמצום האחריות מלווה בהרגשה שהם הוזכרו רק כדי למלא את מצוות דרישת ה"איזון" בין שיקולי הבעד לשיקולי הנגד. שינוי החוק וקביעת חסינותם של עובדי ציבור – שגם הוא תולדת המאמר ההוא –

<sup>132</sup> ע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני-ברק, פ"ד מג(3) 343 (1989).

<sup>133</sup> ע"א 429/82 מדינת ישראל נ' סוהן, פ"ד מב(3) 733 (1988); השוח: תא"מ (שלום י"ם) 10-12-36153 מימרים נ' מדינת ישראל, דינים-שלום 1103(52) (2011).

<sup>134</sup> ע"א 119/86 קני בתים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה נתניה, פ"ד מו(5) 727 (1992); ע"א 80/87 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ראשון-לציון, פ"ד מה(4) 604 (1991); ע"א 209/85 עיריית קרית-אטא נ' אילנקו בע"מ, פ"ד מב(1) 190 (1988).

<sup>135</sup> ע"א 337/81 בוסקילה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 337 (1984).

<sup>136</sup> ע"א 126/85 ר.ג.מ. מרט נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 272 (1990) (להלן: "עניין מרט").

<sup>137</sup> ע"א 404/80 בני עטרות מושב עובדים להתיישבות חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 30 (1984).

<sup>138</sup> גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" משפט וממשל ב, לעיל ה"ש 7; גלעד "רשויות ציבור ועובדי ציבור" משפט וממשל ג, לעיל ה"ש 7. גלעד בספרו גבולות האחריות שב וסוקר את שלביה הראשונים של הפסיקה הישראלית, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1093-1108.

אינו פוגם, כאמור, במגמה זו של הרחבת אחריות המדינה ורשויותיה. את הפסיקה של השנים האחרונות ואת הקווים המנחים בה נסקור עתה.<sup>139</sup>

### ח. רב-גונית הפעילות הציבורית וסוגי הנזק השונים שהיא מייצרת

הפעילות הציבורית של רשויות השלטון מתאפיינת ברב-גונית יוצאת דופן של סוגי התנהגות שבמסגרתן נוצר הנזק נשוא תביעת הרשלנות. גם סוגי הנזקים שגורמת המדינה, רשויותיה ועובדיה הם מגוונים. לכן מגוון המצבים הפוטנציאליים שכל אחד יחייב הפעלת שיקולי מדיניות מיוחדים אמור להיות מורכב משילוב של שני פרמטרים עיקריים: 1. סוג הפעילות 2. סוג הנזק שגרמה הפעילות. זאת, על פי החלוקה הבאה:

סוגי הנזקים הנגרמים על ידי המדינה ורשויותיה				סוגי פעילויות בעלות אופי שלטוני המתבצעות על ידי המדינה ורשויותיה
פגיעה באוטונומיה/ כבוד האדם	נזק נפשי טהור	נזק כלכלי טהור	נזק פיזי לגוף ו/או לרכוש	
				פעילות שיש לה מקבילה פרטית
				פעילות שלטונית שיש בה יצירת סיכון אקטיבי
				מחדל שבאי-מניעת סיכון שיצרו אחרים באופן אקטיבי או פסיבי
				פעילות הכרוכה בהפעלת שיקול דעת/מדיניות (מנעד רחב)
				פעילות ביצועית מובהקת, בדרך כלל תוך הפעלת שליטה
				פיקוח על פעילות אחרים/רישוי פעילות
				נסיבות "חריג שיקול הדעת" – עניין לוי

<sup>139</sup> השוו עם גלעד "דיני הנזיקין בפסיקתו של ברק" ספר ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 521–524; הכותב דן באחריות המדינה כדוגמה למגמות ההרחבה של ברק בעוללת הרשלנות בכלל. לסקירה נוספת של הפסיקה בשנים האחרונות ומגמותיה ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1108–1137.

כל אחד ממאפייני הפעילות שלעיל יכול, כמובן, "להשתלב" עם כל אחד מסוגי הנזק שלעיל.

ברור שתהיינה פעילויות שיהיה קושי לסווגן באופן מובהק לאחד החלונות שבטבלה. מרבית המקרים האופייניים שבהם גורמת פעילות שלטונית נזק ברשלנות ויכלו להסתווג בקלות יחסית הן למקומם המתאים מבחינת סוג הפעילות והן למקומם המתאים מבחינת סוג הנזק שאירע. עם זאת, ברור גם שההבחנה בין סוגי הפעילויות בהתאם לרמת שיקול הדעת המופעלת בהן אינה תמיד פשוטה וברורה. בקלות ניתן לומר כי גם פעולות הנחזות להיות ביצועיות גרידא הן תולדה של בחירה ערכית מוסרית-חברתית-כלכלית, והפעלת שיקול דעת שלטוני מורכב.

הפסיקה שהתמודדה עם הצורך לאזן בין השיקולים התומכים בצמצום אחריות המדינה לבין אלו התומכים דווקא בהחלת השיקולים ה"רגילים" והעדפת עקרון השוואת מעמד המדינה למעמדו של הפרט, השתמשה בראשית דרכה בסיווגים שלעיל לצורך בחינת הדומיננטיות של כל אחד ממקבצי השיקולים שבפניה. כך עשתה הן בסיווגה של הפעילות שעמדה על הפרק: האם מדובר בפעילות שלטונית מובהקת או בפעילות מבצעית סטנדרטית שוטפת?<sup>140</sup> כמה שיקול דעת היה בה? האם מדובר במחדל ומהו בכלל מחדל?<sup>141</sup> עד כמה דומה הפעילות הציבורית לפעילות פרטית?<sup>142</sup> ועד כמה יש בידי בית המשפט בסיס בכלל להשוואה בין התנהגות הרשות הציבורית העומדת לדין לבין התנהגות "סבירה" דומה אובייקטיבית?<sup>143</sup> וכיצד באלה; לצדם נגעה הפסיקה גם – לפחות בהתחלה וגם זאת חלקית – בשיקולים שבסוג הנזק, ובעיקר הבחינה בין נזק פיזי לגוף ולרכוש לבין נזק כלכלי טהור.<sup>144</sup> על בסיס סיווגים אלו של סוגי הפעילות שמבצעת המדינה ברגיל וסוגי הנזקים

<sup>140</sup> השוואת השיקולים בעניין **גורדון**, לעיל ה"ש 9; עניין **זוהר**, לעיל ה"ש 9; עניין **לוי**, לעיל ה"ש 9; לעומת זאת, ראו פסיקה העוסקת בפעילות בעלת אופי מלחמתי/משטרי כמו בע"א 971/03 **בגא נ' מלול**, תק-על 1085 (4)05 (2005); עניין **חמד**, לעיל ה"ש 5; ע"א 5964/92 **עודה נגד מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 1 (2002); השוואה בין אחריות לאחזקת סככות בים או אחריות לתקינותן של מדרכות וכבישים בבני-ברק, עם פעילויות שמחייבות שיקול דעת בנושא חלוקת תקציבים וסדרי עדיפויות ציבוריים; בעניין זה ראו פורת, "דיני הנזיקין" **ספר השנה של המשפט**, לעיל ה"ש 125; גם שיקולי אחזקת כבישים יש בה משום שיקול דעת שלטוני המשקף העדפות שלטון מקומי בהתאם לאופי תושבי המקום, ע"א 324/82 **עיריית בני-ברק נ' רוטברד**, פ"ד מה(4) 102 (1991).

<sup>141</sup> ראו ההתייחסות המבטלת של הנשיא אהרן ברק להבחנה בין מחדל לפעולה אקטיבית; עניין **גורדון**, לעיל ה"ש 9.

<sup>142</sup> עניין **מרט**, לעיל ה"ש 136; בית המשפט מסתמך כאן על האופי הפרטי של פעילות המשטרה ועל ההסתמכות של הניזוק על מקצועיותה.

<sup>143</sup> השו: עניין **לוי**, לעיל ה"ש 9, שם היה מדובר על פעילות המפקח על הביטוח.

<sup>144</sup> ע"א 196/90 **הועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריות נ' ירמיהו עיני חברה לבנין בע"מ**, פ"ד מז(2) 111 (1993) (להלן: "עניין עיני"); עניין **זלסקי**, לעיל ה"ש 134; עניין **אילנקו בע"מ**, לעיל ה"ש 134; עניין **רוטברד**, לעיל ה"ש 140.

שפעילותה גורמת ניתן היה להסיק מההנחיות שבפסיקה שכלל שהפעילות הציבורית מתאפיינת ביצירת סיכון אקטיבי, רמת שיקול הדעת והתווית המדיניות שבה היא מינימלית ויש בה הפעלה של שליטה על גורם או גורמי הנזק הרלוונטי. ככל שזנך זה יהיה נזק "רגיל" יותר – נזק פיזי לגוף ולרכוש – כך ייקל על בית המשפט להכיר בקיומה של אחריות, ונימוקיו להכרה בקיומה יהיו פשוטים וברורים מאליהם יותר. סיכונים הנובעים מאחזקה לקויה של מקרקעין שהמדינה אחראית להם,<sup>145</sup> או משימוש מזיק של המדינה במקרקעין של אחרים;<sup>146</sup> סיכונים הנובעים מטשטוש גבולות בין חוף מפוקח לחוף שאינו תחת פיקוח,<sup>147</sup> סיכונים שבגינם איבד התובע רכוש שהמדינה הייתה אמורה לסייע בשמירתו<sup>148</sup> ואפילו סיכונים שבגין אי-ביצוע עיכוב יציאה מהארץ,<sup>149</sup> על אף אופיו המיוחד של הנזק המעורב כאן – כל אלו סיכונים שלגביהם הוטלה אחריות על המדינה כמעט ללא היסוס. ניתן לומר שבמצבים ובנתונים אלו אנו מצויים עדיין בתחום שלטונה של הגישה ה"קלאסית" ה"מצמצמת". אלא שהפסיקה של העשור האחרון משקפת סטייה מהסיווגים האמורים שהיא עצמה קבעה. היא מוכיחה טשטוש כמעט מוחלט בין הקריטריונים השונים של פעילות הנתבעים הציבוריים למיניהם, כמו גם בין סוגי הנזקים השונים שגורמת פעילות זו. התמונה המצטיירת מהפסיקה כיום היא תמונה של "השוואת מעמד" של המדינה למעמד הפרט כמעט באופן מלא. אחריות הרשויות הציבוריות היא הנורמה, בררת המחדל, ואילו הקביעה כי אין חובת זהירות ולפיכך אין אחריות היא היוצא (מאוד מאוד) מהכלל.

תורמות להתפתחות זו שתי מגמות בולטות בפסיקת השנים האחרונות. ראשית, "חזקת הרשלנות" או "חזקת החובה" שמקורה בעניין גורדון, ששבה והתחבבה לא מכבר על בתי המשפט לאחר כמה שנים שבהן לא נעשה בה שימוש כמעט בכלל. חזקה זו, שבוקרה על ידי הנשיא שמגר בעניין לוי, מרחיבה את היקף האחריות בעוולת הרשלנות ללא קשר לשאלת זהותו של התובע ולכן יש לה נפקות, כמובן, לא רק במקרים של אחריות המדינה ורשויותיה.<sup>150</sup> על פי חזקה זו, כשקיימת צפיות לנזק

<sup>145</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 2993/99 בן שטרית נ' הרוש, תק-מח (3) 07 7861 (2007).

<sup>146</sup> ת"א (שלום חי') 8589/06 מסבאח נ' מדינת ישראל, תק-של (2) 11 40500 (2011).

<sup>147</sup> ע"א 1457/07 עיריית הרצליה נ' כץ, תק-על (1) 09 354 (2009); לעניין הקשיים בהוכחת הקשר הסיבתי במקרים של אי מתן אזהרה ראו: Aaron Twerski & Neil B. Cohen, *Resolving the Dilemma of Non-Justiciable Causation in Failure-to-Warn Litigation*. ניתן לצפייה בכתובת: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1601472](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1601472) (נבדק לאחרונה ב-4.4.2012); המאמר עוסק, אמנם, בעיקרו באי-מתן אזהרה לגבי סכנות במוצרים פגומים, אולם הצעת הפתרון שבו רלוונטית גם למקרים דומים.

<sup>148</sup> עניין מרט, לעיל ה"ש 136.

<sup>149</sup> עניין סוהן, לעיל ה"ש 133.

<sup>150</sup> על פי חזקה זו, כשיש צפיות טכנית לנזק חזקה שקיימת חובה, אלא אם כן ישנם שיקולים כבדי משקל שימנעו הכרה בקיומה.

ומוכחת ההתרשלות של הנתבע, יימנע בית המשפט מלהכיר בקיומה של חובת זהירות רק במקרה שבו יעלה בידי הנתבע להוכיח כי קיימים שיקולים מיוחדים שבעטיים אין להכיר בקיומה של חובה כזו.

שנית, השימוש בכלל ה"נזק הראייתי" הופך להיות תדיר יותר ויותר בפסיקת בתי המשפט בארץ, וגם הוא מביא להרחבת היקף האחריות הנזיקית בכלל והאחריות בעוולת הרשלנות בפרט. לפי כלל "הנזק הראייתי" (במובנו המקורי והמצומצם יותר) נתבע שהתנהגותו הקשתה על התובע הוכחת עילת תביעתו – בדרך כלל עקב אי-שמירת ראייה מהותית או מחדל מיצירתה – יישא בנטל להוכיח את העובדה שאותה ראייה הייתה אמורה להוכיח. התנהלותו באשם של הנתבע יוצרת, בסיועו של כלל הנזק הראייתי, חזקה שהשאלה העובדתית שבמחלוקת היא כגרסת התובע כל עוד לא נסתרה על ידי הנתבע. בגלל אשמו של הנתבע מעביר בית המשפט את נטל השכנוע בדבר היעדר קיומה של התרשלות או קשר סיבתי אל הנתבע – הציבורי במקרה שלנו. בדרך כלל בסופו של הליך הוא מטיל עליו גם אחריות לנזקו של התובע, הואיל ובמרבית המקרים מתקשה הנתבע לנקות את עצמו מהנחת ההתרשלות-קשר סיבתי שיוחסה לו.

שילוב הפופולריות הגוברת והולכת של כלל הנזק הראייתי, שמקורו בכלל במקרי רשלנות רפואית, עם הנכונות המתרחבת והולכת להכיר באחריות המדינה כמעט לגבי כל סוג פעילות שבו היא מעורבת ובהתייחס כמעט לכל סוג נזק שהיא גורמת, מייצר את הרקע להתהוותה של מסה לא מבוטלת של פסיקה שמתאפיינת בכך שהיא נוטה באופן מובהק לכיוון של הטלת אחריות חמורה על המדינה ורשויותיה ועל גופים ציבוריים בכלל, הרבה יותר מזו שהייתה מקובלת בעבר על פרשניה המקוריים של עוולת הרשלנות ושל חוק הנזיקים האזרחיים<sup>151</sup> ועל מי שבידם הופקד יישומן של הוראות חוק אלו.

נעסוק כעת בקבוצות המקרים הבולטות שבהן נדונה בשנים האחרונות אחריות המדינה ברשלנות.

## ט. הקבוצות פסיקה והדגמת מגמת ההרחבה של אחריות נתבעים ציבוריים ברשלנות

את המקרים שבהם הוטלה אחריות על נתבעים ציבוריים בשנים האחרונות ניתן לקבץ לכמה קבוצות עובדתיות שונות, שבכל אחת מהן נוכל למצוא מדגם נסיבות ואפיונים של כל סוגי הפעילויות הציבוריות שנמנו ברשימה לעיל ושל כל סוגי הנזקים שהוזכרו

<sup>151</sup> ראו הצעתו של פרופ' ישראל גלעד לחוקק סעיף חסינות מפני אחריות נזיקית, הצעה שזנח משפסק בית המשפט העליון בעניין לוי, לעיל ה"ש 9 ונפתחה אפשרות אמיתית לייצור אפיק מילוט מאחריות; גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" משפט וממשל ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 95.



שם. באופן טבעי לא ניתן לסווג את פעילויות המדינה – ולפיכך גם את פסקי הדין העוסקים באחריותה ברשלנות – למגרות מתוגות עובדתיות שאליהן ייכנסו בנוחיות ובהתאמה כל המצבים העובדתיים שהחיים מזמנים לנו. תמיד יהיה מקרה כלשהו שייפול מחוץ למגרות מסווגות ומתוגות מראש אלו. אולם, לצורך ציור תמונת המצב של הפסיקה הישראלית ואופני התפתחותה בשנים האחרונות, די לנו בשרטוט התמונה בקווים כלליים תוך חלוקתה למצבים אופייניים, גם אם סיווגם המשפטי וקווי ההיכר שלהם חופפים מדי פעם זה לזה. ההקבצות תיעשינה הן לפי סוג הפעילות וזהות הגוף הציבורי והן על פי מאפייניה המשפטיים של הפעילות או האחריות.

## 1. פעילויות חסרות ייחוד שלטוני מובהק (מקבילות לפעילויות "פרטיות")

קבוצת מקרים זו היא הבסיסית והפחות בעייתית מכל יתר הקבוצות שלתוכן מסווגת פעילותה של המדינה ושל רשויות ציבוריות אחרות. לפיכך היא גם חופפת במידת מה לקטגוריות אחרות שתיסקרנה בנפרד בהמשך. כאן אנו מוצאים את המקרים שבהם נתבעת המדינה או הרשות המקומית בגין מכשול המצוי על המקרקעין שלה,<sup>152</sup> בגין רשלנות בתחזוקתם,<sup>153</sup> בגין שירותים ציבוריים בסיסיים שנותני השירותים המועסקים על ידי המדינה מתרשלים בהם: רשלנות בשירותי הרפואה<sup>154</sup> ובשירותי החינוך<sup>155</sup>

<sup>152</sup> עניין רוטברד, לעיל ה"ש 140; ת"א (שלום חי') 8787-07-08 לוי נ' בית ספר ממלכת ה"מגינים", דינים-שלום 100(25) (2011); ע"א (מחוזי חי') 3699-10-09 מדינת ישראל נ' שובל, תק-מח 11(1) 16062 (2011) (קפיצת ילד מעל גדר בית ספר); ת"א (שלום חי') 5828/06 עמאשה נ' עיר הכרמל – עוספאי דלית אל כרמל, תק-של 07(4) 277 (2007) (אש שהובערה על מקרקעי הנתבעת).

<sup>153</sup> שם; עניין זוהר, לעיל ה"ש 9, שם נפסק כי גוף ציבורי אינו נושא באחריות לכל מחדל בטיחותי, אך כשקיומו של מחדל כזה הובא לידיעתו – מכאן ואילך הוא אחראי על סילוקו; ת"א מ (שלום רח') 09-11-15657 מדינת ישראל נ' עיריית רחובות, דינים-שלום 713(19) (2011); בית המשפט דחה תביעת המדינה נגד העירייה בגין נזק שנגרם לאופנוע משטרתי שהחליק על כתם שמן בתחומה של העירייה. נפסק כי לא הייתה התרשלות מצד העירייה. השופט (בדימוס) בעז אוקון סובר כי ההחלטה כאן מוצדקת אף כי ספק אם הייתה זהה אילו התובע היה אדם פרטי. בעז אוקון "כתם שמן" ידיעות אחרונות – ממון 18.2.2011; ראו גם ת"ק (שלום י-ם) 4816/05 דוד נ' עיריית ירושלים, תק-של 06(1) 14559 (2006); ת"א (שלום ת"א) 63986/03 עטאס נ' עיריית תל-אביב, תק-של 05(1) 9098 (2005); ת"ק (שלום ת"א) 2542/04 רות נ' עיריית רמת-גן, תק-של 04(3) 19804 (2004).

<sup>154</sup> ע"א 10766/05 מוחסן נ' מדינת ישראל, תק-על 10(4) 2328 (2010); ע"א 9063/03 פלוני נ' הסתדרות מדיציניית הדסה, תק-על 05(2) 4127 (2005); ת"א (שלום י-ם) 12238/04 ו.ר. נ' מדינת ישראל, דינים-שלום 212(42) (2011). בית המשפט הטיל אחריות על בית החולים הדסה ובית חולים איתנים בשל צעיר שבהיותו בן 16 ניסה להתאבד, בעת ששוחרר לחופשה בבית הוריו במהלך אשפוז פסיכיאטרי. השוו ע"א 6649/96 ההסתדרות מדיציניית הדסה נ' גלעד, פ"ד נג(3) 529 (1999). יש לשים לב להבדל בין פסיקה זו העוסקת באחריות המדינה לשירות רפואי רשלני שניתן בבתי החולים שלה לבין סוגיות המתייחסות לאחריות המדינה בקביעת נהלים,

הגורמת נזק פיזי לנזקקים להם, וגם רשלנות באי-הקפדה על פרטיות צדדים לדיון משפטי חסוי.<sup>156</sup> כולם מתאפיינים ברמה נמוכה של שיקול דעת בעל אופי שלטוני מורכב, תחכום מינימלי, צפיות קרובה לנזק – לעיתים קרובות פיזי – במקרה של סטייה מסטנדרט מקצועי מקובל ויחסי שכנות קרובים ומובהקים שאינם מסתככים כאמור לא בעטיים של מאפייני פעילות מיוחדים של הנתבעים ולא מבחינת אופי הנזק שבגיניו תובעים. ברוב המקרים יש בנמצא מקבילה "פרטית" לסיטואציה השלטונית מן הסוג הזה.<sup>157</sup> בקבוצת המקרים הזו משקלם של שיקולי שלילת האחריות או צמצומה הוא הנמוך ביותר.

## 2. פעילות צבאית

זכור, המדינה חסינה מתביעות בגין התנהלות רשלנית במסגרת "פעילות מלחמתית".<sup>158</sup> כשבית המשפט מחליט כי הפעולה המזיקה שבה הוא נקרא לדון אינה עונה על הגדרת "פעילות מלחמתית" כפי שעוצבה בפסיקה, וכשהפעילות הרשלנית גורמת לתובע נזק פיזי שמקורו באופן ישיר בהתנהגות רשלנית זו של המדינה או של חייליה או שלוחיה,<sup>159</sup> מוטלת על המדינה אחריות כמעט ללא היסוס. תביעות מסוג

---

תעדוף בדיקות ותרופות וכיוב' שהן סוגיות שבשיקול דעת מקצועי ברמה הגבוהה ביותר. השוו ע"א 7756/07 גרטל נ' דן, תק-על 4)10 (2884) (2010). שם נדונה אחריות המדינה בגין אי-מתן הנחיות מחייבות לעריכת בדיקה לגילוי נגיף CMV לנשים בהריון. השוו גם לע"א 10306/08 שמאלי נ' מור המכון למידע רפואי בע"מ, תק-על 1)11 (4411) (2011); ע"א 8075/08 היימברג נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, תק-על 1)11 (3134) (2011). בעניין שיקול הדעת המוקנה לממסד הרפואי בקביעת עדיפויות בדיקה במערך בדיקות הונטגן במערכת הבריאות.

<sup>155</sup> ע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך והתכנות, פ"ד מז(1) 802 (1993); השוו לת"א (שלום י-ם) 4868/03 מ' נ' חטיבת כיניים לבנות, אולפנה עפרה, תק-של 09(3) 27405 (2009); ת"א (שלום כ"ס) 3243/06 א' נ' ח', תק-של 08(3) 2049 (2008); ע"א 7008/09 אל רחים נ' אל קאדר, תק-על 10(3) 3288 (2010).

<sup>156</sup> ת"א (שלום י-ם) ת"א 14383-06 פלונית נ' מדינת ישראל – הנהלת בתי המשפט, תק-של 11(2) 8194 (2011); אף על פי שהנזק נגרם כאן לכאורה על ידי פעילות שלטונית באופייה, מדובר בתביעה בגין פגיעה בפרטיות ובכבוד האדם על ידי מעשה שיש לו מקבילה זהה בעשייה פרטית חסרת אופי שלטוני. באותו מקרה עצמו נתבע גם האתר הפרטי בגין הפגיעה בפרטיות ובכבוד.

<sup>157</sup> עניין מרט, לעיל ה"ש 136, שבו מקבילה הפעילות, מכוחה הוטלה האחריות, לפעילות חברת שמירה פרטית.

<sup>158</sup> ס' 5 לחוק הנזיקים האזרחיים.

<sup>159</sup> ע"א 8384/05 מסרי נ' מדינת ישראל, תק-על 08(4) 121 (2008); האירוע התחיל כפעולה שאינה מלחמתית ושינה פניו; עניין בגא, לעיל ה"ש 140. בית המשפט קבע כי גרימת אבק במהלך פעולת טשטוש דרך אינה פעולה מלחמתית אף שבוצעה בסביבת הגבול; ת"א (מחוזי נצ') 530/07 עזבון המנוחה זאיד אכאבר נ' מדינת ישראל, תק-מח 09(4) 7968 (2009), הוא

זה הן הנפוצות ביותר, ובצורך להטיל אחריות בהן אין משום חידוש. הטלת האחריות במקרים הללו מבוססת על כך שמדובר בהתרשלות בפעולה אקטיבית יוצרת סיכון, שאינה כרוכה בדרך כלל בהפעלת שיקול דעת יוצא דופן, מעבר לשיקול דעת "מקצועי" מקובל במסגרת הצבאית או הביטחונית הרלוונטית. הכרה בקיומה של אחריות בקבוצת מקרים זו משקפת את הגישה ה"מצמצמת" המקובלת גם בשיטות משפט אחרות.

ניתן לומר שבסוג מקרים זה הטלת האחריות היא הנורמה. ברוב המקרים שבהם מבקש בית המשפט להימנע מהטלת אחריות הוא יעדיף לקבוע כי לא הייתה התרשלות מצד החיילים או מצד המדינה. במקרים אלו לא נעסוק כאן.

### 3. שופטים ובעלי תפקידים מעין שיפוטיים

חסינות שופטים ובעלי תפקידים מעין שיפוטיים לנזק שנגרם במהלך ביצוע תפקידם השיפוטי, היא סוגיה שבמסגרתה מתחדדים ביתר שאת כלל הנימוקים המוכרים בעד ונגד הטלת אחריות בנזיקין על רשויות ציבוריות. לאור רגישות הנושא מתווספים כאן גם שיקולים המיוחדים רק לסוג מקרים מורכב זה. הנימוקים העיקריים נגד הטלת אחריות הם: חשש מהרתעת יתר ומהברחת אנשי מקצוע טובים מהשיפוט, קיומה של אלטרנטיבה יעילה באמצעות פנייה לבג"ץ או לערעור כשהחלטת השופט שגויה, שמירה על היררכיה שיפוטית והקפדה על הפרדת רשויות. מאידך גיסא, קיימים נימוקים לא פחות משכנעים המדגישים את העוצמה שבידי השופטים ואת פוטנציאל הנזק העלול להיגרם בעקבות רשלנותם. גם שיקולי צדק מתקן, המעמידים במרכז תשומת הלב שלהם דווקא את התובע הניזוק, ש"זכותו" להשבת המצב לקדמותו אינה נופלת עקרונית מזכותו של מי שניזוק באופן אחר, מקשים על הכרעה חד-משמעית בשאלה זו של אחריות השופטים ובעלי תפקידים מעין שיפוטיים אחרים לתוצאות רשלנותם.

לצד סוגיית אחריותם האישית של השופטים, עומדת כרגיל – וכאן גם ביתר

---

דוגמה רלבנטית לקבלת טענת קיומה של חסינות מלחמתית; ע"א 6296/00 קינוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 16 (2004), בו נידונה טענת התרשלות בטשטוש דרכי עפר ביטחוניות וגרימת נזק למטעים. התביעה נדחתה; עניין בני עודה, לעיל ה"ש 140; ע"א 6970/99 אבו סמרה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 185 (2002). בית המשפט פסק כי לא הייתה התרשלות; עניין לרנר, לעיל ה"ש 40. השוו לרע"א 5203/08 מדינת ישראל נ' אגבריה, תק-על (3) 09 4247 (2009). בית המשפט דחה את התביעה מהיעדר התרשלות, שהיא הדרך המועדפת כיום על בית המשפט בבקשו שלא להטיל אחריות על המדינה בעיקר במקרים מסוג זה. ראו לאחרונה עניין מסכאה, לעיל ה"ש 146, שעסק בגרימת נזק למקרקעין של התובע (מתחם בילוי בשכם) על ידי קבוצת חיילים שהתנחלה בו למשך חודשים ארוכים ולאחר מכן נמנע מהבעלים התובע לחזור למקרקעין שלו ולשקמם במשך תקופה נוספת.

עוצמה – סוגיית אחריותה, הן הישירה והן השילוחית, של המדינה לרשלנות שופטיה. גם כאן מתחייבת החלטה ערכית ראשונית לגבי עצם רצינותה של הטלת אחריות כזו וכן – אם ההחלטה היא לחיוב – הכרעה לגבי מהותה ותיוגה.<sup>160</sup> על אף השונות לכאורה של הנושא וייחודיות שיקוליו, כאמור, דומה כי הוויכוח שהתפתח בפסיקה של השנים האחרונות והנכונות העקרונית, גם אם המהוססת, לשקול בחיוב הטלת אחריות על המדינה במקרים מסוימים, מתקשרים באופן ישיר וטבעי לתהליכים ולמגמות המאפיינות את הפסיקה הישראלית גם בתחומי ממשל אחרים, הנסקרים כאן. הבסיס לוויכוח הערכי ולנימוקים בעד ונגד חיובם של שופטים וחיובה של המערכת באחריות על נזקים הנגרמים ברשלנות המתבצעת במהלך התפקיד השיפוטי, מצוי בהוראות החקיקה המסדירות את הנושא. פקודת הנזיקין מקנה, כזכור, חסינות לעובדי ציבור כפרטים. היא מקנה גם חסינות מפורשת לשופטים ולכל מי שממלא תפקיד שיפוטי או מעין שיפוטי<sup>161</sup> מפני אחריות נזיקית. כך, פעולות אדמיניסטרטיביות של שופט, חוקר סיבות מוות, יושב ראש הוצאה לפועל ובעלי תפקידים שיפוטניים אחרים מוגנות במסגרת סעיף 7 לפקודה (להלן: "סעיף 7 לפקודה" או "סעיף 7"). פעולות שיפוט "טהורות" מוגנות באמצעות סעיף 8 (להלן: "סעיף 8 לפקודה" או "סעיף 8") שבה. גם סעיף 73 לחוק ההוצאה לפועל<sup>162</sup> מקנה חסינות לפעולת שופט במסגרת הליכי הוצאה לפועל.

עם זאת, יש הבדלים בין ההגנה שמקנה סעיף 7 שחוקק, כזכור, לא מזמן ובא לבטל את אחריותו האישית של עובד הציבור ולהותיר אחריות שילוחית של המדינה, לבין הנוסח השונה של ההגנה שמקנה סעיף 8. סעיף 7 קובע מפורשות שחסינות עובד ציבור אינה מבטלת את אחריות המדינה, והוא קובע פרוצדורה מיוחדת למימושה. בסעיף 8 הוותיק והמוכר שבאותה פקודה עצמה אין הוראה דומה, והוא אינו כולל כל התייחסות לאחריות המדינה. בנוסף לכך, סעיף 7 קובע שחסינותו של עובד הציבור מותנית בכך שמעשהו לא נעשה בידועין או בזדון, אולם סעיף 8 אינו נוגע בנקודה זו.

אם כך – האם חסינותם האישית של השופטים היא מוחלטת? האם היא חלה בכל מצב, גם על מעשה שביודועין או בזדון או ברשלנות חמורה? האם החסינות פוטרת גם את המדינה?

על טיבה של החסינות המוקנית לשופט ולבעל תפקיד שיפוטי ומעין שיפוטי – האם היא בעלת אופי דיוני או מהותי – יש מחלוקת בפסיקה ובספרות הישראלית, אולם מרבית הפוסקים נוטים כיום לדעה כי אכן מדובר בחסינות דיונית, הן לאור

<sup>160</sup> על הקושי בקביעה שהשופטים הם עובדי המדינה ראו להלן.

<sup>161</sup> ס' 8 לפקודת הנזיקין. בעבר הייתה הבחנה בין שופטי בית המשפט העליון והמחוזי לעומת שופטים ובעלי תפקידים שיפוטניים אחרים. הבחנה זו בוטלה בשנת 1960.

<sup>162</sup> חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967.

לשונו של החוק והן לאור המטרה החקיקתית שעמדה בבסיסו.<sup>163</sup> פירושו של דבר הוא שהאחריות בנזיקין אינה נשללת. כל מה שנשלל הוא זכות תביעה. השאלה הנוטרת היא אם חסינות זו שוללת גם תביעה נגד המדינה, או שניתן לראות במדינה משום "מעבדה" או "שולחת" של השופט ובהמשך לכך לקבוע כי היא נושאת באחריות למעשיו מכוח אחריותה השילוחית, לצד אחריותה האישית, אם אחריות אישית כזו קיימת בנסיבות המקרה.

נושא חסינותם של שופטים על פי סעיף 8 לפקודה ו(אי?) חסינותה של המדינה הנובעת ממנו, מצוי כיום במרכזו של ויכוח שיפוטי-אקדמי שסופו והמסקנות ממנו רחוקים מלהיות ברורים כרגע, לפחות בכל הנוגע למעמדה של המדינה. המסקנה הברורה היחידה שעליה ניתן להצביע כיום היא שעצם קיומו של הוויכוח ועצם קיומה של המחלוקת מעידים כאלף עדים על פתיחות גדלה והולכת של בתי המשפט עצמם, המוכנים לשקול – לפחות עקרונית – את האפשרות לצמצום החסינות ולהרחבת האחריות הנזיקית בגין מעשים רשלניים המתבצעים על כס השיפוט.

הנכונות העקרונית הזו לשקול את סוגיית אחריות המדינה לרשלנותו של שופט מאבדת לא מעט מערכה התקדימי עקב הרתיעה שמפגינים בתי המשפט "ברגע האמת" מפני הכרה בקיומה של אחריות כזו הלכה למעשה. ולכן, אף על פי שקיימים לא מעט פסקי דין המערערים על פרשנותה של החסינות כחסינות מלאה (גם אם דיונית) הפורשת כנפיה גם על המדינה, בפועל מלמדת הפסיקה האחרונה בנושא כי, כמו במקרים רבים אחרים, הצהרות כוונה לחוד וישום לחוד: אפילו פסק הדין הראשון שבו הוטלה אחריות על המדינה בגין רשלנותה של שופטת ונקבע שהחסינות שבסעיף 8 לפקודת הנזיקין נוגעת לשופטת באופן אישי בלבד, והיא חסרת תחולה על המדינה,<sup>164</sup> בוטל על ידי בית המשפט המחוזי.<sup>165</sup>

<sup>163</sup> אבניאלי חסינות אישי ציבור, לעיל ה"ש 12, בעמ' 382; ישראל גלעד "אוי לדור ששופטיו צריכים להישפט?" עלי משפט ב 255, 260–262 (2002). אך ראו לאחרונה פסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) יהודה פרגו שקבע כי החסינות היא מהותית, ולפיכך אינה מאפשרת הגשת תביעה באחריות שילוחית נגד המדינה, בש"א (שלום רל') 3568/06 שטרצר נ' בנק ירושלים סניף תל אביב, תק-של (1)07 (2007) 29696; השוו: ת"ק (שלום י-ם) 3525/08 אליאס נ' שרעבי, תק-של (3)09 (2009) 11318 שם החילה השופטת את סעיף 8 על הרשמת ואת סעיף 7 על פקידי ההוצאה לפועל; ראו גם רע"א 9187/05 י' ל' ה' נ' פיליפ, תק-על (1)06 (2006). השופטת עדנה ארבל מאשרת כי הדרך היחידה לתקוף החלטת שופט היא באמצעות ערעור על ההחלטה ולא באמצעות תביעה נגד השופט.

<sup>164</sup> ת"א (שלום ת"א) 64666/04 בר לב נ' מדינת ישראל, תק-של (1)07 (2007) 19256.

<sup>165</sup> ע"א (מחוזי ת"א) 2473/07 מדינת ישראל נ' בר לב, דינים-מחוזי (185)326 (2010); השוו להחלטה שלפיה למומחה מטעם בית המשפט אין חסינות בגין נזק שנגרם בשל רשלנותו בחוות דעתו, ת"א (מחוזי מרכז) 3754-10-07 וגנר נ' אוד, תק-מח (2)09 (2009) 11583; השוו להחלטה בעניין ת"א (שלום ת"א) 11949/01 בנק ירושלים בע"מ נ' זנגלוב, תק-של (1)06 (2006) 7447 שם הוטלה אחריות על המדינה ל-75% מנזקו של התובע שנגרם עקב רשלנות

מקור המחלוקת בנוגע לאחריות המדינה לרשלנותו של שופט על כס השיפוט היא בפסק דין מחוזי בירושלים, בעניין פרידמן,<sup>166</sup> שבו נדון צו מאסר שהוצא ברשלנות על ידי ראש ההוצאה לפועל כנגד התובע, לבקשת בא כוחה של אשתו. לאחר התלבטות ארוכה בין תפיסות עולם שונות וניתוח הנימוקים שביסודה של החסינות השיפוטית נקבע כי אמנם חסינותו של השופט היא חסינות מלאה, אולם המדינה עצמה – הנחשבת כמעבידתו – אינה נהנית מחסינות מלאה, והיא תהיה אחראית "במקרים קיצוניים מאוד של רשלנות בוטה מאוד".<sup>167</sup> באותו מקרה לא סבר בית המשפט שהנסיבות שלפניו מצביעות על קיומה של "רשלנות בוטה מאוד", ולכן לא הוטלה שם אחריות. אולם בית המשפט הותיר את עמיתיו השופטים עם החלטה שקשה להבינה, קשה ליישמה וקשה להצדיקה. על נימוקי פסק הדין והמבחן שייצר – מבחן המבדיל בין מקרה קיצוני למקרה שאינו קיצוני ובין רשלנות בוטה לרשלנות בוטה מאוד – נכתבו כבר תלי תלים של דברי ביקורת אקדמיים.<sup>168</sup> גם הפסיקה מפגינה לגבי גישה חשדנית המוצאת "מחסה" מהצורך להחליט אם להטיל אחריות אם לאו במקרים המגיעים לבתי המשפט. היא קובעת שממילא לא מדובר ברשלנות רבתי של השופט, ולכן אין נדרשת הכרעה בין הפוסקים ובין דעותיהם השונות לגבי אחריות המדינה הנגזרת ממנה.

הוויכוח בעניין אחריותה של המדינה לרשלנותו של שופט על כס השיפוט מצוי כיום בעיצומו. הטוענים שחסינות השופטים היא חסינות מהותית סבורים כי גם המדינה חסינה ואינה נושאת באחריות לנזק שגרם השופט מהיעדר עילת תביעה מלכתחילה. עילת תביעה אינה קיימת גם לדידם של אלו הסבורים כי הואיל ואין בין המדינה לבין שופטיה יחסי עובד-מעביד, המדינה לא תישא באחריות גם אם תוכח רשלנות – רגילה או רבתי – מצד השופט, ולכן כל שנותר הוא לנסות להטיל עליה

---

פקידי ההוצאה לפועל (שלהם מוקנית חסינות זהה לחסינות שופט) בגין ביטול משכנתה לטובתו על סמך אישור מזויף. בערעור בוטלו 25% האחריות של עורכת הדין ומלוא הנזק הוטל על המדינה. ע"א (מחוזי ת"א) 1729/06 **אובניק נ' בנק ירושלים בע"מ**, תק-מח 4)08 (11215 (2008). אולם ראו ת"א (מחוזי מרכז) 5050-08-07 **דלר נ' עובדיה**, דינים-מחוזי 703(45) (2010). שם נדחו שתי תביעות נגד רשם המקרקעין בגין זיוף עסקאות מקרקעין. בית המשפט קבע כי לא הייתה התרשלות מצדם של פקידי הרישום. על חסינות השופטים מחד גיסא ועל היעדר חסינות, לכאורה, ממילא של המדינה ראו גר טדסקי **דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית** 392-396, 412-413, 448-458 (אהרן ברק, מישאל חשין ויצחק אנגלרד עורכים, 1976). למשמעותה של החסינות הדיונית ראו אהרן ברק **אחריות שילוחית בדיני נזיקין** 71-87 (1965). בר"ע (מחוזי י-ם) 2315/00 **מדינת ישראל נ' פרידמן**, תק-מח 1)01 (65542 (2001); לביקורת בפסיקה ראו: ת"א (שלום ת"א) 199207/02 **יאיר.ש. שיווק בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ**, תק-של 3)05 (12227 (2005).  
<sup>166</sup> עניין פרידמן, לעיל ה"ש 166, בעמ' 65548.  
<sup>167</sup> דפנה אבניאלי "מי ישפוט את השופטים וכיצד?" **הפרקליט** מז 77 (2003); גלעד "אוי לדור ששופטיו צריכים להישפט?", לעיל ה"ש 163.

אחריות ישירה אם היא עצמה התרשלה בבחירת השופט או באופן אחר.<sup>169</sup> מבחינת המחזיקים בדעה זו, מהותה של חסינות השופט אפוא אינה רלוונטית. בקרב אלו הסבורים כי חסינותם של השופטים היא דיונית יש המצדדים בדעה כי במקרים חריגים המדינה צריכה לשאת באחריות לתוצאות רשלנותו של השופט, ויש המאמצים גישה קלאסית שלפיה על המדינה לשאת באחריות בכל מקרה שבו התרשל שופט גם כשאין מדובר ברשלנות קיצונית.<sup>170</sup> עם זאת, ראוי לזכור כי התומכים בדעה שלפיה המדינה צריכה לשאת באחריות לרשלנות קיצונית של שופטיה, מתקשים להחליט מהן אותן התנהגויות העולות כדי "רשלנות בוטה מאוד", כהגדרת הפסיקה, הגוררת אחריה אחריות כאמור.<sup>171</sup>

<sup>169</sup> אבניאלי "מי ישפוט את השופטים וכיצד?", לעיל ה"ש 168. גדר הספק בעניין הגדרתה של מערכת היחסים בין שופט לבין המדינה היא בהתאמת מערכת היחסים ביניהם למבחינים המגדירים יחסי עבודה. יש הטוענים כי למען עצמאות השפיטה אין לראות ביחסים אלו יחסי עבודה. מנגד ניתן לתמוה במה שונה מערכת יחסים זו ממערכת יחסים בין בעלי תפקידים אחרים המחייבים עצמאות מחשבתית לבין המערכת שאליה הם משתייכים, כשלמערכת זו יש יכולת להכתיב מסגרות ארגוניות והוראות מנהליות העונות על הגדרת יחסי העבודה בהתאם למבחן השליטה הארגונית המקובלת.

<sup>170</sup> זוהי המסקנה הנובעת מניתוח מאפייניה של האחריות השילוחית באופן הרגיל. ראו טדסקי דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 165; ברק אחריות שילוחית בידי נזיקין, לעיל ה"ש 165.

<sup>171</sup> לאחרונה חזר בית המשפט המחוזי בבאר שבע על המחלוקת בנושא זה במסגרת דיון בתביעה שהוגשה נגד חוקר סיבות מוות שלטענת התובע התרשל בטיפול בעניינו. התביעה נגד חוקר סיבות המוות נמחקה על פי הוראת סעיף 8, ואילו התביעה נגד המדינה הושארה על כנה, על מנת שבית המשפט ידון בשאלה אם רשלנותו הנטענת של החוקר הגיעה לדרגה המצדיקה הטלת אחריות על המדינה. ראו בר"ע (מחוזי ב"ש) 597/09 מדינת ישראל נ' בן-הרוש, דינים-מחוזי 532(137) (2009). ראו גם החלטתו של השופט איתן ישראל אורנשטיין בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, בש"א (מחוזי ת"א) 6269/08 מדינת ישראל – משטרת ישראל והנהלת כתי הדין הרבניים נ' זוגיאל, תק-מח 3(08) 8084 (2008). תביעה נגד המדינה בנוגע לרשלנות המיוחסת לבתי הדין הרבניים נדחתה מחמת חסינות. בקשה לסילוק התביעה על הסף נגד המדינה כאשר לאחריה לפעילות המשטרה וחוקרת, נדחתה, מהטעם שיש לבחון את מסכת הראיות אם יש לחייב את המשטרה באחריות שילוחית למעשה שביצעה החוקרת. בית המשפט אינו מכריע לגבי הגישה הנכונה לפרשנות סעיף 8. בש"א (שלום ת"א) 167179/08 שינפלד נ' שטוב, תק-של 4(08) 1668 (2008). הדיינים פסלו את עורך הדין שהופיע בפניהם. החלטתם חסינה. לגבי המדינה יש להחליט אם מדובר ברשלנות רבתי. ת"א (שלום י"ם) 2141/07 הושנג נ' בית הדין הרבני הגדול, תק-של 1(10) 9804 (2010). נקבע כי סנקציות שהוטלו על התובע על ידי בית הדין הרבני הגדול מוגנות בסעיף 8 שכן כל שיטה משפטית נאורה דואגת לשופטיה. בש"א (שלום ת"א) 52775/07 כהן נ' רשם האגודות השיתופיות, תק-של 4(07) 21485 (2007). נקבע כי לרשם האגודות השיתופיות חסינות לפי סעיף 8. ת"א (שלום נצ') 1608-11-08 מדינת ישראל – ביהמ"ש השלום בחיפה נ' רבינוביץ', תק-של 2(09) 22418 (2009). תביעת הוריי בחור שמת מסרטן במוח נגד עורכי דינו ונגד בית משפט השלום שנתן פסק דין במעמד צד אחד ללא התחשבות במצבו של החולה ולמסוגלותו להתגונן. בע"א (מחוזי ת"א) 1152/05 חברת בעלי

לאחרונה העלתה השופטת ד"ר דפנה אבניאלי מבית המשפט המחוזי בתל-אביב הצעה שעשויה, אולי, להקל מציאת פתרון מוסכם לסוגיה זו.<sup>172</sup> במקרה זה נתבעה המדינה בגין טעות של רשם סימני המסחר שבהתנהלותו הרשלנית במשלוח הודעות ודרישות תשלום לכתובת שגויה גרם לכך שסימן המסחר שביקשה התובעת על מותג האופנה שלה נמחק, הואיל ולא נעשתה לגביו פעולה כלשהי במשך שנים רבות. השופטת אבניאלי קובעת ראשית כי רשם סימני המסחר אכן נופל לגדר החסינות שבסעיף 8 לפקודה. בהמשך לכך היא קובעת כי בהיעדר הלכה מחייבת של בית המשפט העליון בשאלת פרשנותו הנכונה של סעיף 8 והשפעתו על אחריות המדינה יש להידרש פעם נוספת להלכה שנקבעה בעניין פרידמן<sup>173</sup> הנ"ל. הלכה זו – כך קובעת השופטת אבניאלי – היא רחבה מדי ופורצת את גדר החסינות שבפקודה באופן עמום מדי ורחב מדי. בהמשך לכך, היא מציעה כי תחת המבחן שקבע פסק הדין בעניין פרידמן, שהשתית את האחריות על "רשלנות רבתי", ניתן יהיה: "להתיר תביעה כנגד המדינה ולהכיר באחריותה, בין אם מכוח אחריות שילוחית ובין אם מכוח אחריות ישירה, רק במקרים חריגים של פעולות הנעשות בזדון או בחריגה מודעת מסמכות, מצד הגורם השיפוטי או המעין שיפוטי. אמת מידה זו, בניגוד לאמת מידה של "רשלנות רבתי", הינה אמת מידה קלה ליישום. מקרי זדון וחריגה מסמכות הינם מקרים המצדיקים חיובה של המדינה בפיצוי, מאחר שהם פוגעים בתחושת הצדק וההיגיון, בשונה ממקרים הנעים בין רשלנות סתם לרשלנות רבתי".<sup>174</sup> בסיכומו של התיק קובעת השופטת אבניאלי שממילא לא הוכחה כאן לא כוונה ולא זדון ואף לא רשלנות רבתי, ולכן לגוף הסוגיה הטעונה הכרעה, בין עמדת המצדדים בהלכת פרידמן לבין מי שטוען – כמו השופטת אבניאלי כאן – כי יש לצמצמה, אין בפנינו הכרעה חד-משמעית. ניתן להרחיב ולתח את פניה הרבות של חסינות המערכת המשפטית לכאן ולכאן. החפצים לצמצם את האחריות יכולים להסתייע, למשל, בטיעון אפשרי המחריג את הרשלנות בשיפוט מגדר האחריות הנזיקית במסגרת "חריג שיקול הדעת" שבעניין לוי, באופן שאחריות כזו לא תתקיים אפילו מקום שרשלנותו של השופט היא רשלנות רבתי.<sup>175</sup> מנגד ניתן לטעון כי מערכת היחסים בין השופט לבין

**מקצוע נכסים 1997 בע"מ נ' מדינת ישראל משרד המשפטים**, תק-מח (3)07 (13510) (2007). עדיין התלבט הרכב המחוזי בתל-אביב לפרשנותו הנכונה של סעיף 8. ראו ת"א (מחוזי חיפה) 11219-01-09 **טופז נ' בנק טפחות מזרחי**, תק-מח (2)09 (11571) (2009). נקבע כי מדינת ישראל אינה מעסיקה של השופטים, אינה שולחת שלהם ואינה נושאת באחריות למעשיהם.

172 ת"א (מחוזי ת"א) 1204-04 **אינהסאז נ' אחים סגל-אופטו-ליין בע"מ**, תק-מח (1)11 (2187) (2011).

173 עניין פרידמן, לעיל ה"ש 166.

174 עניין אינהסאז, לעיל ה"ש 172, עמ' 2192, התביעה בעילת הרשלנות נמחקה על הסף; שם, בעמ' 2194.

175 בעניין לוי, לעיל ה"ש 9, נפסק, כזכור, כי במקרים שבהם מדובר בפעילות שלטונית מובהקת שיש בה שיקול דעת רחב, מן הראוי שלא להטיל אחריות נזיקית כלל. אלמלא קיומו של סעיף 8



המערכת שבמסגרתה הוא מתפקד הם יחסי עבודה רגילים, כך שפוטנציאל אחריות המדינה לרשלנותו של שופט קיים בכל מקרה של רשלנות בשיפוט ולא רק במקרים של "רשלנות רבתי". כך או כך, הפתח שנפתח בעניין פרידמן – שכאמור לא הגיע לבית המשפט העליון, והביקורת על ההלכה שבו היא רבה – והנכונות העקרונית שבו להכרה באחריות המדינה בגין תוצאותיה של רשלנותו של שופט – ולו גם "רשלנות רבתי" – מלמדים כי הטאבו על האפשרות שהמדינה תחוב ברשלנות בגין מעשה משפט אינו קיים עוד. במסגרת הנכונות הכללית להרחבת גדריה של עוולת הרשלנות, גם הכרה באחריות המדינה בגין משפט שעשו שופטיה בבית המשפט היא בהחלט נושא לדיון ערכי.

#### 4. משטרה

רב-גוניותה של פעילות המשטרה יכולה להמחיש לנו את כל קשת הגוונים של העשייה הציבורית על מאפייניה שמנינו לעיל. בהבדל מההומוגניות של התנהגות שופטים על כס המשפט, המשטרה, שפעילותה כרוכה לא פעם בפעילות המערכת המשפטית ולא אחת התביעות מוגשות גם נגד השופטים וגם נגד המשטרה – מבצעת מגוון רחב של תפקידים ופעילויות. המשטרה אחראית לשמירה שוטפת על הסדר הציבורי, פעילות שאינה מחייבת שיקול דעת רחב היקף מעבר למקצועיות הרגילה שכל בעל מקצוע חייב בו. היא אחראית על ביצוע פונקציות שלטוניות שוטפות כמו ביקורת נמלי הכניסה והיציאה מהארץ. היא אחראית על המלחמה בפשע, על חקירת פשעים ועל קבלת החלטות לגבי הגשת כתבי אישום. היא מעורבת בחקירת סיבות מוות ועובדת בצמוד לשופטים החוקרים נושא זה. היא אחראית על בתי הסוהר ועל מה שנעשה בהם, היא אחראית על אבטחת מיגון, והרשימה עוד ארוכה. מטלות אלו ניתנות להגדרה בחלקן כפעילויות אקטיביות ובחלקן כפעילויות שמונעות יצירת סיכון על ידי אחרים. הן מתאפיינות ברמות שונות של רוחב, עומק ומגוון שיקול דעת מקצועי. מקצת המטלות הללו מחייב קבלת החלטות עקרוניות בנוגע לעדיפות בהקצאת משאבים וקביעת הייררכיה של פעילויות (הקצאת כוח גדול יותר של שוטרים למלחמה בתאונות דרכים מחייב למשל הפחתת השקעת אמצעים במלחמה בפשע המאורגן). מקצת הפעילויות הללו מחייבות פיקוח על רשויות ובעלי תפקידים אחרים ומקצת מבוצע ישירות ובבלעדיות על ידי כוחות המשטרה עצמם.

מגוון פעילויות המשטרה מייצר גם מגוון נזקים. באופן טבעי חלק ניכר מהנזקים

---

ניתן היה לבסס את חסינותם של השופטים על חריג זה. לטעמי ניתן לבסס את חסינות המדינה על חריג זה באותו אופן ללא קשר לסיווגה של האחריות הנטענת כאישית או שילווחית. ראו דברי הנשיא שמגר בעניין לוי, לעיל ה"ש 9, לעניין אחריותה – השילווחית או האישית – של המדינה בגין פעילותו של המפקח על הביטוח באותו מקרה. במקרה כזה אין, כמובן, נפקות לרמת התרשלותו של השופט.

הנגרמים עקב התרשלות המשטרה הם נזקים פיזיים, אולם חלקם הם נזקים מסוגים אחרים.

הפסיקה של השנים האחרונות מלמדת כי אחריות המדינה בגין נזק שגרמה המשטרה, עובדיה או שלוחיה נשללת רק במקרים שבהם נשלל קיומו של יסוד ההתרשלות, נשלל קיומו של קשר סיבתי משפטי או עובדתי בין ההתרשלות לנזק, או נשללים שניהם – לחלופין או במצטבר.<sup>176</sup> מסיבה זו נשלל, למשל, קיומה של אחריות להתאבדותו של מי שגויס לשורות המשמר האזרחי, קיבל נשק והתאבד,<sup>177</sup> ולא הוכר קיומה של אחריות להתאבדות עציר בתא מעצר.<sup>178</sup>

מאידך גיסא, במקרים שבהם הצפיות קיימת והקשר הסיבתי מוכח – "מסננת החובה" אינה מפגינה בעייתיות יישום מיוחדת וקיומה של חובת הזהירות, ובעקבותיה האחריות, מוכרת. להלן כמה דוגמאות בולטות. המשטרה חויבה בגין גרימת מוות לרוכב אופנוע שנמלט ממחסום משטרה ואחד השוטרים זרק עליו קרש על מנת שיעצור.<sup>179</sup> המשטרה חויבה בגין יריות שפגעו בקטין בן 11 במהלך פעילות שיטור שלא נכנסה להגדרת "פעולה מלחמתית".<sup>180</sup> המשטרה חויבה בגין אי-ביצוע צווי עיכוב יציאה מהארץ<sup>181</sup> ואי-היענות לאזעקה במפעל יהלומים שהיה מחובר

<sup>176</sup> השו' למצב המשפטי באנגליה: Desmond v. Chief Constable of Nottinghamshire Police, [2011] EWCA Civ 3 (Eng.) Adam Wagner, *Still Almost Impossible to Sue the* גם ראו גם *Police in Negligence*, UK HUMAN RIGHTS BLOG, 13.1.2011 [www.ukhumanrightsblog.com/2011/01/13/still-almost-impossible-to-sue-the-police-in-negligence/?blogsub=confirming#subscribe-blog](http://www.ukhumanrightsblog.com/2011/01/13/still-almost-impossible-to-sue-the-police-in-negligence/?blogsub=confirming#subscribe-blog) (נבדק לאחרונה ב-4.4.2012).

<sup>177</sup> ע"א 3379/01 ירד נ' מדינת ישראל – המשרד לביטחון פנים, תק-על 1800 (3)03 (2003).  
<sup>178</sup> ע"א 4241/06 לוי נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל, תק-על 3424 (1)09 (2009). השו' לעניין ו.ד., לעיל ה"ש 154, שבו חויבה המדינה בגין אחריות בתי החולים הדסה ואיתנים לנזקו הגופני של צעיר שבעת חופשה מאשפוז ניסה להתאבד. האחריות הוטלה בעיקר עקב מחדלה של הדסה לדווח לאיתנים על אודות איומי ההתאבדות של הקטין. ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 1172/00 גנאדי נ' מדינת ישראל-משרד הבריאות, תק-מח 1635 (2)08 (2008); ת"א (שלום י-ם) 6478/04 בן דוד נ' מרכז רפואי רבין, תק-של 4541 (4)08 (2008); ת"א (מחוזי חי') 340-06 פלונית נ' ההסתדרות המדיצינית, תק-מח 12141 (1)10 (2010).

<sup>179</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 1714/04 עזבון המנוח תומר נעים ז"ל נ' קיינר, תק-מח 4555 (4)09 (2009). אחריות המשטרה על פי פקודת הנזיקין יושמה לאור היעדר ביטוח לאופנוע שעליו רכב המנוח והפעלת סעיף 8 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים. בית המשפט העביר את נטל השכנוע בדבר היעדר התרשלות אל המשטרה.

<sup>180</sup> עניין חמד, לעיל ה"ש 5. דוגמה זו מבהירה את הקשר במקרים רבים בין אחריות הצבא לבין אחריות המשטרה.

<sup>181</sup> ראו בעיקר את ההתלבטות בקביעת החובה המושגית במקרה הראשון מסוג זה שהגיע לבית המשפט העליון: עניין סוהן, לעיל ה"ש 133, מקרה השייך לשלב ההתלבטות הראשוני של הפסיקה בנושא ומשתקפת בו הדילמה של בית המשפט בהגדרה צרה במיוחד של חובת הזהירות המושגית. לאחריו ראו ת"א (שלום ת"א) 33587/03 גורדון נ' משטרת ישראל, תק-של 6763 (3)04 (2004); ראו גם ת"ק (שלום ת"א) 895-06-08 סלומון נ' ששון, תק-של 209 (2)09

אליה.<sup>182</sup> המשטרה נמצאה אחראית לרצח שביצע מי שנעצר על ידה במהלך סכסוך בינו לבין צעיר אחר, שאותו רצח לאחר מכן, עם שחרורו ממעצרו זה על ידי המשטרה.<sup>183</sup> המשטרה גם חויבה באחריות לנזק שנגרם למי שנורה בראשו מקליע פלסטיק. הנפגע לא יכול היה להוכיח את אחריות היורה בגלל התרשלות המשטרה בחקירת האירוע, ומאחר שלא ביצעה בדיקה בליסטית במכונית שבתוכה נפגע.<sup>184</sup> המשטרה הצבאית חויבה בגין ביצוע אלים יתר על המידה של חיפוש אחר משתמט מהצבא.<sup>185</sup> במקרה אחר נפסק שהמשטרה התרשלה בחקירת אירוע פלילי שלאחר שהוגש לגביו כתב אישום ביקשה המדינה לחזור בה ממנו, ובית המשפט הטיל עליה אחריות בגין התנהלותה הרשלנית.<sup>186</sup> המשטרה התרשלה בחקירת השב"ס באשר לנסיבות התאבדותו של אסיר,<sup>187</sup> המשטרה התרשלה בחקירה המפורסמת של מקרה הרצח-התאבדות של ענת אלימלך ובן זוגה,<sup>188</sup> ובמקרה חמור אף בהרבה התרשלה

30842 (2009), שעוסק בצו עיכוב יציאה שביטולו לא עורכן במחשב המשטרה. השוו לתמ"ש (משפחה י-ם) 22606/03 ד' נ' מ', תק-מש 209 (2) 506 (2009), שם חויבה אישה בנזקי בעלה כיוון שלא הודיעה על ביטול צו עיכוב יציאה נגדו.

<sup>182</sup> ראו גם עניין **מרט**, לעיל ה"ש 136. אולם ראו אי הטלת אחריות על המשטרה במקרה Alexandrou v. Oxford [1993] 4 All E.R. 328 (C.A.) (Eng.). ראו הערה 224 בגלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" **משפט וממשל ב**, לעיל ה"ש 7.

<sup>183</sup> ת"א (מחוזי י-ם) 2555/00 **מרגלית נ' מדינת ישראל**, תק-מח 04 (3) 5634 (2004). פסק הדין סוקר את מרבית שיקולי המדיניות הרלוונטיים ומחדד את הצפיות המיוחדת שהייתה כאן בהבדל מהמקרה הידוע שבת"א (מחוזי ת"א) 624/97 **אורן נ' מדינת ישראל – שירות בתי הסוהר**, תק-מח 04 (4) 891 (2004), שם רצח אסיר בחופשה את עורך דינו. בית המשפט שלל קיומו של קשר סיבתי בדומה לשלילת הצפיות במקרה שבע"א 7021/99 **עזבון המנוח שלומי ויצמן ז"ל נ' סלע**, פ"ד נו(1) 822 (2001), העוסק בהתאבדות ובאחריות המדינה להתנהלות משרד החינוך. כמו גם בעניין **ידיד**, לעיל ה"ש 177, שם נקבע עקרון חובת המשמר האזרחי כלפי מתנדביו, אך נשללה הצפיות, ולפיכך נשללה גם האחריות.

<sup>184</sup> ע"א 361/00 **ד'אהר נ' סרן יואב**, פ"ד נט(4) 310 (2005). בקשה לדין נוסף שנדחתה. ראו להלן דיון בסוף הטקסט בנושא העברת נטל הראיה במקרה זה אל המשטרה.

<sup>185</sup> ת"א (שלום חי') 2599-08 **זורקין נ' משטרת ישראל – תחנת נהריה**, תק-של 11 (1) 13984 (2011).

<sup>186</sup> ת"א (שלום ת"א) 50171/05 **דמליך נ' המשרד לביטחון פנים**, דינים-שלום 1205 (120) (2009). זוהי דוגמה לאי-שימוש במקור אחריות אחר לפיצוי בגין התנהלות משטרתית רשלנית בחקירה ובהליך הפלילי בכלל: ס' 80 לחוק העונשין מאפשר לניזוק לקבל פיצוי על נזקו במסגרת ההליך הפלילי. השוו: ת"א (שלום חי') 8976/05 **אוחנונה נ' מדינת ישראל**, תק-של 07 (3) 7585 (2007) המנתח את השיקולים בעד ונגד הטלת אחריות על המשטרה בגלל חקירה כושלת ואת ע"א (מחוזי י-ם) 5754/04 **פלדמן נ' משטרת ישראל**, תק-מח 05 (1) 4529 (2005). כאן נטען כי אילו חקרה המשטרה את נסיבות החלקת הרכב הייתה מתגלית הסיבה האמיתית והיעדר החקירה וההסתמכות על חזקת ההתרשלות הכריעו את התיק.

<sup>187</sup> חס"מ (שלום כ"ס) 10-03-45364 **דווקר נ' שרות בתי הסוהר**, פדאור 11 (29) 333 (2011).

<sup>188</sup> תמ"ש (משפחה י-ם) 29170-05 **עזבון המנוחה ענת אלימלך ז"ל נ' עזבון דוד אפוטה ז"ל**, תק-מש 241 (3) 11 (2011).

המשטרה בחיפוש אחר נעדרת שמשפחתה נענתה שוב ושוב על ידי שוטרי תחנת המשטרה, שאליהם פנתה, שטרם חלף די זמן מאז נעלמה ולכן לא יחפשו אחריה, ובאותו זמן היא פרפרה בין חיים ומוות לאחר שהותקפה על ידי גנב רכב, ובסופו של דבר נמצאה ללא רוח חיים. השופטת הילה גרסטל לא חסכה במילים קשות בהטילה אחריות על המשטרה.<sup>189</sup> כך עשתה גם השופטת דליה גנות שחייבה את המדינה לפצות תובע שנעצר ל-88 ימים על ידי המשטרה בחשד לאונס קטינה והוגש נגדו כתב אישום שבסופו של דבר בוטל,<sup>190</sup> וכך נפסק גם במקרה שבו התובע הושם במעצר בעקבות עדות שקר של נרקומן ורק שנה לאחר מכן חזרה בה המדינה מכתב האישום נגדו.<sup>191</sup>

אחד המקרים הידועים ביותר המשקפים את הרחבת אחריות המשטרה בגין אי-מניעת היזק על ידי אחרים הוא זה שנדון בעניין וייס<sup>192</sup> (שהפך להיות שם מייצג לסיפורים עובדתיים מסוג זה). כאן נתבעה המשטרה על ידי משפחה ששכניה התנכלו לה במשך תקופה ארוכה, מילולית ופיזית, באופן קיצוני במיוחד, שגרם בסופו של דבר לכך שמשפחה נאלצה לעבור לדירה חדשה בשכונה חדשה. התנהלות המשטרה, שהתעלמה כמעט לגמרי מהתלונות שהופנו אליה, נראתה לבית המשפט כהתנהלות שאינה יכולה להיחשב כמשקפת שיקול דעת סביר. החלטה זו תואמת את המגמה הרווחת שלפיה תוטל חובת זהירות על המשטרה בגין אי-מניעת פשע רק כלפי מי שלגביו היה סיכון מיוחד להיפגעות ולא בהכרח כלפי כל מי שנפגע בסופו של דבר.

בנסיבות עובדתיות שונות אבל בסיטואציה משפטית דומה הביע בית המשפט העליון את דעתו כמה פעמים בעבר כי אכן אי-מניעת פשע, במצבים שבהם פשע כזה צפוי וממוקד, יש בה כדי לייצר אחריות מצד המשטרה ורשויות הביטחון שלא עצרו את המעשה ולא מנעו את תוצאותיו. אמנם כך נשללה אחריות המשטרה במקרה שבו נרצח תינוק על ידי אביו במהלך טיפול המשטרה באירוע, בגלל היעדר צפיות להתפרצות קיצונית זו של האב, אולם בית המשפט מדגיש שבנסיבות אחרות ייתכן שהאחריות הייתה מוכרת.<sup>193</sup> אותה הצהרה משפטית מופיעה במקרה שבו אדם ירה במחבל כפות שנתפס על ידי כוחות הביטחון והיה מצוי באחריותם, ורצחו. הנשק

<sup>189</sup> ת"א (מחוזי מרכז) 770-12-07 עיזבון המנוחה ענבל עמרם ז"ל נ' משטרת ישראל, תק-מח 310 (3) 11017 (2010). השופטת גרסטל דנה ארוכות בשאלת חובת הזהירות ובסוגיית הקשר הסיבתי.

<sup>190</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 1173/06 שוובר נ' מדינת ישראל, תק-מח 10 (2) 7032 (2010). לתובע נפסק סכום פיצוי של 1.8 מליון שקל.

<sup>191</sup> עניין דמליך, לעיל ה"ש 186. השופטת יעל הניג פסקה לתובע פיצוי בסך 84,800 ש"ח על נזקיו.

<sup>192</sup> עניין וייס, לעיל ה"ש 39. בית המשפט הבחין בין נסיבות המקרה שלפניו לבין המקרה הידוע שבעניין Hill, לעיל ה"ש 96, שם לא הייתה בפני המשטרה כל תלונה. השוו לעניין בוסקילה, לעיל ה"ש 135, שבו הוטלה אחריות על המשטרה כבר בראשית שנות השמונים בגין טיפול כושל בסכסוך בנושא תוצרת חקלאית.

<sup>193</sup> עניין אליקשוולי, לעיל ה"ש 40.

סופק לו על ידי כוחות הביטחון לצורך הגנה על מתיישבים. בית המשפט העליון קבע כי אילו הוכח ששומרי המחבל התרשלו, היה ניתן בהחלט להטיל אחריות על המדינה כלפי שאריו.<sup>194</sup> גם במקרה שבו ניזוקו התובעים בגלל התפרעות ומעשי איבה בשטחים פסק בית המשפט באותה רוח. הוא דחה את התביעה וקבע כי אילו אכן היה מוכח כי סטנדרט הזהירות לא נשמר, הייתה המדינה נמצאת אחראית.<sup>195</sup> בכל המקרים הללו הודגש כי לא בנקל תוטל על נתבע האחריות לנזק שנגרם על ידי אחר:

"אכן, הטלת אחריות נזיקית בגין 'אי-מניעת פשע' איננה דבר מובן מאליו. יש לבחנה בזהירות בכל מקרה לפי נסיבותיו. אכן, 'אחריות כזו מן הראוי שתוטל בזהירות הראויה, תוך בחינת צפיותו של האירוע העברייני, האמצעים שננקטו למניעתו, והקשר הסיבתי שבין הפרת החובה לבין הנזק שנגרם בפועל' [...] כאשר מדובר בהטלת אחריות על כוחות הביטחון בגין 'אי-מניעת פשע' במהלך פעילותם, דיני הנזיקין אינם אדישים לשיקול הדעת המבצעי, למגבלות הכוח ולשוני בין בחינה בדיעבד לבין פעילות בזמן אמת ובנסיבות של דחק ודחיפות. כבר נאמר לגבי המשטרה – והדברים יפים גם לגבי יתר כוחות הביטחון – כי מדובר ב'גוף ביצועי שמלאכתו רבה ומשאביו מוגבלים, וממילא, עליו לקבוע, לעיתים במצבי דחק קשים, סדרי עדיפויות וקדימויות בביצוע משימותיו. בהחלטות אלה נתון למשטרה מתחם רחב של שיקול-דעת. אך מתחם זה אינו בלתי מוגבל. המשטרה אמונה על שמירת ביטחונם הגופני והרכושי של תושבי המדינה. עליה לאכוף את שלטון החוק' [...] חשיבות מיוחדת לשמירה על שלטון החוק יש במקרים שבהם נדרשים כוחות הביטחון להגן על אדם חסר-אונים – גם אם הוא עצמו פשע לפני-כן – מפני נקמה על-ידי יחידים או על-ידי המון (ליניץ'). אין זו אך ורק הגנה על שלומו ועל חייו של המותקף; זו גם הגנה על עמוד השדרה המוסרי של החברה ועל ערכים דמוקרטיים יסודיים".<sup>196</sup>

מעניין לציין כי הרטוריקה של בית המשפט בסוגיית החובה משקפת הרחבה וגמישות מבחנים, בעיקר באותם מקרים שבהם הוא קובע שהמשטרה לא התרשלה וכי בסופו של דבר אין מקום להטיל עליה אחריות. במקרה ההפוך בולט המאמץ של בתי המשפט להזכיר כי האחריות צריכה להימדד במבחנים, שישקפו את מגוון השיקולים

<sup>194</sup> ע"א 6279/04 עזבון המנוח מוסא אבו צבחה נ' מדינת ישראל, תק-על 2007 (2) 878 (2007) (להלן: "עניין אבו צבחה").

<sup>195</sup> עניין אבו סמרה, לעיל ה"ש 159.

<sup>196</sup> עניין אבו צבחה, לעיל ה"ש 194, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין.

המיוחדים הצריכים להנחות את הבאים להטיל את עלות רשלנותה של המשטרה על כתפי ציבור משלמי המסים. דומה שבקטגוריית מקרים מורכבת זו סוגיית ההתרשלות היא היא שמספקת לבית המשפט את פתח המילוט מאחריות כשלתחושתו הפנימית אין מקום להטלת אחריות על המדינה.

## 5. רשויות האימוץ

פעילותן של רשויות האימוץ מתאפיינת בהומוגניות רבה יותר של סוגי הפעילות שלהן מחד גיסא, ומגוון רחב במיוחד של סוגי נזקים שונים, מאידך גיסא. בנוסף, מתאפיין תחום פעילות זה ברגישות לשיקולים שאינם תמיד משפטיים בלבד, ולפיכך לא תמיד ניתן להסיק מהם מסקנות חד-משמעיות. זאת, בעיקר בגלל הכפיפות לעקרונות טובת הילד והאינטרס הציבורי המיוחד והטיפוסי בסוג מקרים זה.<sup>197</sup> כך, לצורך השוואה, בארצות-הברית, למשל, נדונו מספר לא מבוטל של תיקים שבהם אומצו ילדים בעלי צבע עור בהיר במשפחות של אפריקנים-אמריקנים ולהפך. סוגיית הנזק עוררה בבתי המשפט דיונים מוסריים-עקרוניים מורכבים, הן בשאלת סוג הנזק והן בשאלת סטנדרט ההתנהגות ופוטנציאל השימוש במבחן הידוע של לרנד הנד (Learned Hand), הבודק בעיקר סטנדרטים כלכליים והתאמתם לסוג מקרים זה.<sup>198</sup> גם באנגליה קיימת פסיקה ענפה המתמודדת עם נזקים מסוגים שונים שנגרמו לילדים שנמסרו לאימוץ או לאומנה במשפחות ובמוסדות שלאחר מכן הסתבר שנגרמו להם נזק ניכר.<sup>199</sup> אין ספק שבמקרים אלו שיקולי המדיניות המצמצמים שם ממילא

<sup>197</sup> ראו את המקרה הקשה שנדון בכש"א 370/09 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, תק-על 09(4) 3142 (2009) שבו התלבטו שבעה משופטי בית המשפט העליון בסוגיית נפקותו של משגה אפשרי בהליכי מציאתו של האב הביולוגי והשפעתה של רשלנות אפשרית בפתיחת הליך האימוץ מחדש עקב כך. ההחלטה בסופו של דבר הייתה שלילית. השוו מקרה שבו אומץ ילד בעל פיגור קיצוני בעקבות רשלנות רפואית מצד עמותת הילד, בעניין ת"א (מחוזי ת"א) 2220/05 **הדר נ' עמותת הילד והוריו – העמותה לקידום אימוץ**, דינים-מחוזי 362(124) (2009), בעיקר בנוגע לבקשה לשלוח הודעת צד ג' למדינה בגין אי-פיקוח על פעילות עמותת האימוץ. למחקר השוואתי בשיטות המשפט השונות והתייחסותן לשאלת אחריותם של גופים ציבוריים לפעילויות הקשורות בקטינים ראו: CHILD ABUSE TORT CLAIMS AGAINST PUBLIC BODIES: A COMPARATIVE LAW VIEW Duncan (Fairgrieve & Sarah Green eds, 2004).

<sup>198</sup> Joseph Oluwole, *Hand Rule, Negligence and Public Adoption Agencies*, 32 DAYTON L. REV. 255 (2007). על הפסיקה האנגלית ראו Tom Guthrie, *Legal Liability and Accountability for Child-care Decisions*, 28(3) BR. J. SOCIAL WK. 403 (1998) השוו להחלטה שניתנה בעניין A (a minor) v. A Health & Social Serv. Trust, [2010] NIQB 108 (H.C.) (N. Ir.) שניעשה לתובעת – אישה לבנה – תוך שימוש בתרומה מגבר מעורב. תביעת הילד שצבע עורו היה שונה מזה של משפחתו נדחה מנימוקים של היעדר חובה.

<sup>199</sup> עניין *Bedfordshire County Council*, לעיל ה"ש 51. השוו לעניין *A (a mainor)*, לעיל ה"ש

מיושמים במשורה, ואחריות המדינה ורשויותיה נשללת במרבית המקרים מהיעדר חובת זהירות.

התנהלותן המקצועית של רשויות האימוץ ושיקול הדעת הכרוך בה נמדדת ראשית על פי המבחנים המקובלים של המשפט המנהלי,<sup>200</sup> ושנית על פי קני המידה המקובלים בדיני הנזיקין בנוגע לסטייה מסטנדרט ההתנהגות המקובל בעולות הרשלנות. כך מתאפשר לבתי המשפט – גם כאן, כמו במקרים בעייתיים אחרים – "לברוח" מהטלת אחריות במקרה שאחריות כזו נראית להם בלתי-מתאימה לחוש הצדק והתקינות החברתית, בעיקר באמצעות שלילת מרכיב האשם בעוולה וקביעה של היעדר התרשלות מצד הרשות. כך, למשל, נשללה אחריות רשות האימוץ מקום שפיגור של תינוק שנמסר לאימוץ היה בלתי-צפוי.<sup>201</sup> מקרים אלו, שבהם ניתן לקבוע באופן סביר כי הרשות לא התרשלה, הם המקרים ה"קלים" – מבחינת התוצאה – לבתי המשפט. קשה לבתי המשפט הרבה יותר לקבוע כי לא קיימת חובת זהירות מצד רשות אימוץ כלפי ההורה או המאומץ הנפגע, מאשר לקבוע כי סטנדרט הזהירות נשמר, ולכן לא קיימת אחריות. במצבים שבהם קיימים ספקות לגבי ההתרשלות, בתי המשפט אינם מטילים אחריות גם אם הם מצהירים כי חובת הזהירות קיימת. מאידך גיסא, כשהתרשלות רשויות האימוץ ברורה, הטלת האחריות על ידי בית המשפט היא פועל יוצא כמעט מובן מאליו. גישה זו גם עולה בקנה אחד עם המבחנים שנקבעו בפסיקה המנחה בנוגע לקיומה של אחריות ברשלנות כלפי מי שנזקק לשירותיה של רשות שלטונית, מסתמך עליה באופן מוצדק וסביר וניזוק עקב כך.<sup>202</sup> לאחרונה ניתן על ידי בית המשפט המחוזי פסק דין שהטיל אחריות על רשויות האימוץ, בנסיבות שלפחות מבחינת הלוגיקה המשפטית וגם מהבחינה הכלכלית-ציבורית מעוררות קושי לא מבוטל. במקרה זה התובעת הייתה אחת משתי אחיות שאומצו עם לידתן. משנפטרה אמן הביולוגית ונעשה ניסיון לאיתור היורשים מסרו רשויות האימוץ רק

198, הדין בחובת הזהירות של קליניקה המבצעת הפריית מבחנה כלפי ילד שנולד מהפריית זרע של גבר מעורב באם לבנה.

<sup>200</sup> בג"ץ 415/89 אלון נ' השירות למען הילד, משרד העבודה והרווחה, פ"ד מג(2) 786 (1989).

<sup>201</sup> ת"א (שלום י-ם) 5898/04 מוניק נ' מדינת ישראל, תק-של 08(4) 5479 (2008). בית המשפט התלבט ארוכות לגבי רמת הידע שהייתה או לא הייתה לפקידי האימוץ, ובסופו של דבר דחה את התביעה על אף חומרת הפיגור והתחלואה של התינוקת המאומצת. השוו עניין X, לעיל ה"ש 97, שם נדונו שני תיקים שאמנם לא התמקדו ברשויות האימוץ ככאלו, אך עסקו בטובת הילדים, בחינוכם ובהעברתם למוסדות חינוך ומשפחות אומנות שלבסוף הסתבר שלא היו אופטימליות מבחינתם. הן בית המשפט לערעורים והן בית הלורדים החליטו בהמשך לנימוקים המבוססים על עניין Caparo, לעיל ה"ש 6, כי לא קיימת חובת זהירות בגין פעילות שלטונית זו.

<sup>202</sup> ראו גם ע"א (מחוזי ת"א) 1075/01 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-מח 03(3) 2960 (2003). פסק הדין עוסק בילד שהוגדר כבעל צרכים מיוחדים והסתבר בסופו של דבר כבעל פיגור רציני. המבחנים שמיישמת השופטת אסתר קובו מתאפיינים בהתייחסות מדויקת לסיטואציה השלטונית וליצירת המצג השגוי על ידי רשויות האימוץ.

את שמה של אחת האחיות. אחות זו קיבלה את כל הירושה, ואילו אחותה – שלה נודע על הירושה זמן מה לאחר מכן – נותרה חסרת ירושה. במקום לתבוע את מחצית הירושה מאחותה שקיבלה את הירושה במלואה היא תבעה את המחצית שלה מהמדינה, בטענה שרשלנותן של רשויות האימוץ היא שגרמה לה להפסיד את ירושתה. היא זכתה בתביעה והתוצאה האופרטיבית הייתה שהיא ואחותה יחד זכו בנתח הגדול בחצי מהירושה המקורית שלהן על חשבון הציבור. תוצאה זו תמוהה במיוחד הואיל והיה ברור לבית המשפט שהמדינה לא תחזור אל האחות שזכתה בירושה בתביעה להחזרת מחצית ירושתה.<sup>203</sup>

## 6. עוד פונקציות שלטוניות אופייניות

### 6.1 מיסוי

קיומו של הליך ביקורת פנימי במנהל מיסוי מקרקעין גרר עיכוב הוצאת אישורי מס לתובע. עקב כך נגרמו לו נזקים מירידת שער הדולר. המדינה חויבה בתשלום פיצויים.<sup>204</sup>

### 6.2 חקירה והעמדה לדין

מוסכם כי בכל הנוגע לשיקולים הנוגעים לעצם ההעמדה לדין יד החסינות על העליונה. אולם בכל הנוגע לביצוע תהליך ההעמדה לדין בהחלט יש מקום לתביעה בגין רשלנות כאשר הרשות המוסמכת סוטה מדרך ההתנהלות הסבירה. כך, כשכתב אישום מוגש חמש שנים לאחר הגשת התלונה כשכל הראיות נגבו בעוד מועד,<sup>205</sup> וכך גם כשכתב האישום שהגישה רשות מקומית מוגש על פי חיקוק לא נכון הגורר הליך משפטי ארוך ומזיק.<sup>206</sup>

<sup>203</sup> ע"א 2162/02 פלזניט נ' מדינת ישראל, פדאור 814 (29)08 (2008). ניתן, כמוכן, לטעון כי התנהלותה של המדינה שלא הגישה הודעת צד ג' נגד האחות גם היא מהווה רשלנות.

<sup>204</sup> ת"א (שלום ר"ל) 8388/04 אהרוני נ' מדינת ישראל משרד האוצר, תק-של (1)09 (2009).

<sup>205</sup> ת"א (שלום ר"ל) 6664/04 חובב נ' חברת חשמל לישראל בע"מ, תק-של (2)09 (2)09, 38729, 38740-38741 (2009); אולם ראו ת"א (שלום נת') 8387/02 בנין נ' מדינת ישראל, תק-של (2)05 (2)05 (2005) 5058 שם נדחתה תביעה של שותף עסקי ששותפו מעל בכספי השותפות נגד המדינה שהשתתה במשך 8 שנים בהגשת כתב אישום שבסופו של דבר בוטל בשל עינוי דין שנגרם לנאשם בו. בית משפט השלום קבע כי אין קשר סיבתי בין ביטול ההליך הפלילי לבין נזקי הגניבה שנגרמו לתובע.

<sup>206</sup> ת"א (שלום ת"א) 11583/04 סידס נ' עיריית גבעתיים, תק-של (3)05 (3)05 (2005); גם תלונה של רשות הדואר נגד אחד מעובדיה באופן לא מבוקר ומוצדק גררה הטלת אחריות. ראו רע"א 1808/03 אגשם נ' רשות הדואר, תק-על (4)03 (4)03 (2003). ואולם, ראו עניין אוחנונה, לעיל



## 6.3 רישוי ופיקוח

המדינה מנווטת את הפעילות העסקית במדינה באמצעות חובת הרישוי הנדרשת בחוק. בהמשך לכך היא מפעילה פיקוח על הפעילות העסקית. בחלק מהמקרים שבהם נתבעת המדינה בגין התרשלותה בפיקוח על עסק הטעון רישוי, קשה לבסס קשר סיבתי בין היעדר פיקוח או התרשלות ברישוי לבין הנזק. אולם כשקשר סיבתי כזה מוכח וכשההתרשלות קיימת,<sup>207</sup> וכאשר מבחינת מהות הפיקוח והרישוי על הגוף המבוקר קיים פוטנציאל אחריות רלוונטי,<sup>208</sup> בתי המשפט מטילים על המדינה אחריות באופן מרחיב וללא היסוס. כך הם עושים הן במקרים שהיעדר הרישוי נוגע בעצם התהוותה של הפעילות המזיקה והן במקרים שבהם לא היה להיעדר הרישוי קשר ישיר עם ההתנהלות שהובילה בסופו של דבר לנזק, ואפילו כאשר למדינה לא הייתה כלל שליטה בפועל על מהלך העניינים שהוביל בסופו של דבר לאירוע של הנזק. כך במקרה של נפילה מסוס בחוות רכיבה שבתחום שיפוטה של עיריית ירושלים,<sup>209</sup> וכך גם במקרה של אי-קיום פיקוח על מכון רפואה פרטי שטיפל באופן תמוה בבעיות האינ-אונות של התובע באופן שגרם לו לבעיה גופנית חמורה ובלתי-הפיכה. אף כי היעדר הפיקוח של המדינה התייחס רק לרישום בפועל של המוסד ולא לפרטי הטיפול שניתן בו,<sup>210</sup> הוטלה אחריות על המדינה גם במקרה השני. בית המשפט הצדיק את התוצאה המוקשית הזו בייחסו את הפיקוח שבגללו הוטלה האחריות ל"פיקוח של המדינה על ביצוע הרישום ועל כל המשתמע ממנו".<sup>211</sup> נימוק זה אינו משכנע יותר משמשכנע הקשר הרופף שבין רישוי מכון הבריאות בדוגמה זו לבין הרשלנות שבהזרקת הסיליקון לאבר מינו של התובע. במקרה אחר נגרם נזק על ידי רופאים שלא היו בעלי רישיון ישראלי, ופיקוחו של משרד הבריאות על המוסד הרפואי שבו עבדו היה, כנראה, לקוי. אמנם בית המשפט נמנע מהטלת אחריות על המדינה, אך זאת עקב נסיבות מיוחדות ושיקולים שעיקרם אינו משפטי טהור, כך

ה"ש 186, בו קובע בית המשפט שלא כל זיכוי, ואפילו זיכוי מוחלט ולא מחמת הספק, יש בו כדי להעיד על רשלנות המשטרה או רשויות ההעמדה לדין.

<sup>207</sup> ראו דחיית טענת התרשלות מצד המדינה בהעניקה רישיון נהיגה בין-לאומי לנהגת בעלת רישיון נהיגה ישראלי שגרמה לאחר מכן לתאונת דרכים בניו-זילנד ללא כיסוי ביטוחי בע"א 3299/06 יובינר נ' סקלאר, תק-על (2)09 (2009).

<sup>208</sup> ע"א 4398/06 החברה העירונית ראשון לציון – לתרבות ספורט ונופש בע"מ נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים, דינים-עליון (34)09 (2009). כאן פסק בית המשפט שאחריות הרשות הציבורית בפיקוח ורישוי גן החיות מטרתה לשמור על רווחתן של החיות ולא של ציבור המבקרים בגן.

<sup>209</sup> ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני, תק-על (4)06 (2006).

<sup>210</sup> ע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-על (2)05 (2005).

<sup>211</sup> שם, פס' 27.

שאינן בו כדי לפגוע ברצף ההחלטות המרחיבות בנושאי רישוי רפואי.<sup>212</sup> בית המשפט העליון הטיל אחריות על המדינה גם במקרה שבו הרשות המוסמכת על פי החוק למתן היתרי יבוא ויצוא התנהלה באופן רשלני בטיפול בבקשתה של חברה ליבוא נעליים, ועקב כך הוארכה התקופה שבה חיכתה החברה למתן רישיון היבוא בלא שידעה מה החשדות המיוחסים לה שבגללם היא מעוכבת. התנהלות זו מנוגדת לכללי מנהל תקין – כך קבע בית המשפט העליון – והואיל והיה בה משום שליטת זכות הטיעון מהחברה הנפגעת, זכאית היא לפיצוי.<sup>213</sup> מקרה זה ראוי לציון מיוחד הן בגין העובדה שבית המשפט מדגיש במפורש את ביסוסה של חובת הזהירות על הפרת החובה המנהלית, והן בגלל אופיו המשולש של הנזק המסווג כאן גם כפגיעה באוטונומיה מסחרית-כלכלית, גם כפגיעה בזכות לטיעון ולהצגת עמדה משפטית וגם כפגיעה בזכות לדעת לאשורן את העובדות המונעות קבלת רישיון. כל אלה הם נזקים יוצאי דופן, שמיקומם במרכז הרציונל של ההגנה שמקנה עוולת הרשלנות אינו משכנע כלל. זאת, בעיקר בהיעדר התייחסות של בית המשפט לסוגי הנזק המיוחדים שאירעו ולהצדקת ההכרה בהם בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, ובעיקר כשהתביעה הוגשה נגד גוף ציבורי שהיה מקום להקפיד על הימנעות מהרחבת יתר של היקף אחריותו.<sup>214</sup>

מנגד, וכדוגמה לגישה שונה ולמדרג שיקולים שונה, מעניין לציון כאן גם את החלטתו של בית המשפט המחוזי בחיפה בעניין **גיל אימפורט**,<sup>215</sup> שאושרה לאחרונה בבית המשפט העליון על בסיס נימוקים שאינם נוגעים ישירות לנושא דיונו כאן.<sup>216</sup>

<sup>212</sup> ע"א 9214/05 נוהא נ' בית החולים אל מאסד אל ח'רייה, תק-על (3)07 (3295) (2007). לגלגולו של הדיון ראו: ת"א (מחוזי י-ם) 3509/01 נוהא נ' בית החולים אל מאסד אל ח'רייה, תק-מח (3)05 (9199) (2005); ת"א (מחוזי י-ם) 3509/01 נוהא נ' בית החולים אל מאסד אל ח'רייה, תק-מח (2)09 (7039) (2009). בית המשפט מדגיש את השיקולים הפוליטיים שמעורר מקרה זה ואת טובת הציבור באספקת שירותים רפואיים גם אם הענקתם סוטה, לעתים, מצורכי הרישוי המקובלים.

<sup>213</sup> ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005) (להלן: "עניין אבנעל").

<sup>214</sup> אולם השוו לאי-חידוש רישיון יבוא בירה שלא נחשב כהתרשלות בעניין **בירה בוקסר**, לעיל ה"ש 41.

<sup>215</sup> עניין **גיל אימפורט בע"מ**, לעיל ה"ש 10.

<sup>216</sup> ע"א 2648/09 י. גיל אימפורט בע"מ נ' מדינת ישראל-אגף המכס והמע"מ, תק-על (2)11 (2) 2010 (2011) (להלן: "עניין ערעור י. גיל אימפורט") פסק הדין ניתן ביום 16.5.2011. השופט אליקים רובינשטיין דוחה את הערעור בנימוק שלא הוכח קשר סיבתי בין התנהלותה של המדינה לבין נזקו הכלכלי של המערער. למעלה מהנדרש הוא מעיר גם, ברוח פסק דינו של השופט יצחק עמית בבית המשפט המחוזי, כי לא כל טעות מנהלית גוררת אחריות ברשלנות והוא אף מחזק עמדה ערכית זו באומרו: "גם אם במובן הרגשי-ערטילאי (להבדיל מעילה בת פיצוי) יש למערערים טרוניה על המשיבה, אשר ניתן להבינה [...] בנסיבות אלה אין היא מקימה עילת תביעה; בדומה, במובנים מסוימים, לאותם מקרים בהם קובע המשפט העברי, כי לצד נפגע יש 'תרעומת' – 'זכות להתרעם' (כלשונו של א' ורפהטיג, 'התוקף המשפטי של

בעניין זה עסק בית המשפט בסוגיית סיווגן של סוללות סלולריות לצורכי הטלת מכסים. חברת גיל אימפורט, שעסקה ביבוא סוללות למכשירים סלולריים, טענה כי בשל סיווגן הגבוה של הסוללות על ידי אנשי המכס, סיווג שנעשה ברשלנות, ואי-יכולתה לעמוד בתוצאות הכלכליות שנבעו מסיווג זה, היא נפלטה מהשוק. בהבחינו בין תביעה להשבה בשל גביית יתר לבין תביעת פיצויים קבע השופט יצחק עמית שגם אילו הוכחה כאן רשלנות המדינה, לא היה מקום להטיל עליה אחריות, וזאת מכמה סיבות. ראשית, מפאת היעדר גיבוש – עדיין – של עילת התביעה של "עוולה חוקתית" בישראל. שנית, מפני שמהסיווג המוטעה לכאורה סבלו כל יצרניות הסוללות באופן אחיד (נתון שמנע קיום הפליה בלתי-חוקית), ושלישית, הואיל ו"גם המצדדים בהרחבה רבתי של גבולות האחריות הנזיקית על הרשות, עד כדי החלת נורמות מהמשפט המינהלי, יסכימו כי טעות של הרשות בפרשנות דין, להבדיל מביצוע לקוי של הוראות הדין, אינה מסוג הדברים שניתן ברגיל לסווג תחת קטיגוריה של אי סבירות קיצונית, אלא כאשר הפרשנות של הרשות את הוראת הדין גובלת באבסורד. לא זה המצב שבפנינו".<sup>217</sup>

ועל הזהירות ביישום ההלכה שבעניין **אבנעל**<sup>218</sup> אומר השופט עמית דברים כדרכנות: "במאמר מוסגר: הפיצוי בסך של 30,000 ₪ שנפסק בפרשת **אבנעל**, בגין הנמקה שגויה ושלילת זכות הטיעון, מזכיר את הסעד שניתן בפסיקה בגין 'פגיעה באוטונומיה', שמלומדי משפט תולים בה תילי תילים כדי לבסס גם את העוולה החוקתית שטרם הוכרה במשפטנו. אלא שהפגיעה באוטונומיה אינה עוולה עצמאית חדשה יציר הפסיקה, אלא מהווה ראש נזק במסגרת עוולת הרשלנות".<sup>219</sup> הנשיא (בדימוס) אהרן ברק מדגיש בפסק הדין בעניין **אבנעל**, כי לא מדובר בעוולה מנהלית, אלא בעוולה של רשלנות, וכדבריו: "מתן הנמקה שגויה ושלילת זכות הטיעון מן האזרח אינם עולים בקנה אחד עם סטנדרד ההתנהגות הראוי של הרשות".<sup>220</sup> השופט עמית מוסיף וקובע כי "אך דומה שהתוצאה הסופית, קרובה ליצירת עוולה חדשה הלקוחה מתחומי המשפט המינהלי: אי מתן זכות שימוע או אי מתן הנמקה, שקולה לרשלנות שמזכה את הנפגע בפיצויים. ברם, איני סבור כי ניתן להסיק מהלכת **אבנעל**, שכל אימת שבעל דין זוכה בבג"ץ בשל אחד מהמרעין בישין של המשפט המינהלי שעניינו חובת ההגינות ובנותיה (זכות טיעון, הנמקה, היעדר ניגוד עניינים

הסתמכות על דיבור במשפט העברי, **מחקרי משפט** ב 45, 51 (1982) אך לא עילת תביעה ממונית". יש לשים לב שבעוד שהשופט עמית מסתייג מסיווג התנהלותה של הרשות כרשלנית השופט רובינשטיין מסווג אותה במפורש כ'טעות', 'טרוניה' ו'תרעומת'. שם, פס' י"ה – י"ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

217 עניין **גיל אימפורט בע"מ**, לעיל ה"ש 10, פס' 36.

218 עניין **אבנעל**, לעיל ה"ש 213.

219 עניין **גיל אימפורט בע"מ**, לעיל ה"ש 10, פס' 48.

220 עניין **אבנעל**, לעיל ה"ש 213, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק.

וכיו"ב), הדבר מקים מיניה וביה גם עילה של רשלנות בנזיקין. כך גם לגבי העילה של אי סבירות מינהלית, שהיא ברף גבוה מזה של אי הסבירות הנזיקית. יכול הטוען לטעון, כי אם פעולה של המינהל נפסלה בבג"ץ בשל אי סבירות מינהלית, על אחת כמה וכמה שיש להכיר באי סבירותה במישור הנזיקי. מכאן קצרה הדרך להגשת תביעות נזיקין, כל אימת שמתקבלת עתירה לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מינהליים [...] אני סבור שיש להחיל את הלכת **אבנעל** בזהירות שלא על דרך ההרחבה, שאם לא כן, נמצאת משתמש בשדה המשפט האזרחי, בכלים של משפט מינהלי" (ההדגשות שלי – ת.ג.).<sup>221</sup>

בסיכומי של פסק דינו בעניין **גיל אימפורט** קובע בית המשפט המחוזי כי הרשות לא התרשלה. לא היה גם קשר סיבתי בין ההחלטה שהרשות קיבלה לגבי סיווג הסוללות – לגביה נטענה טענת הרשלנות – לבין הנזק. אבל, ממשיך וקובע בית המשפט, גם אילו הוכחה רשלנות וגם אילו בוסס הקשר הסיבתי – אין מקום להטלת אחריות בעולת הרשלנות בנסיבות כאלה.

אין ספק שפסק הדין של השופט עמית משקף תפיסה שונה מבחינת הנכונות להרחבת אחריותה של המדינה ברשלנות מזו המשתקפת ממרבית הפסיקה שנסקרה לעיל. יתר על כן, חריגותה של ההחלטה במקרה זה בולטת במיוחד גם מפני שהפעילות השלטונית שבה מדובר כאן – סיווג מוצר לצורכי מיסוי – היא פעילות לא מורכבת במיוחד מבחינה מקצועית, והפעלתה אינה כרוכה בשיקול דעת מעמיק ורחב היקף. אף על פי כן מוצא בית המשפט לנכון לצמצם את האחריות ולהשתמש בהזדמנות שנקרתה לו לנסח בצורה ברורה וחד-משמעית את ה"אני מאמין" הערכי המצמצם שלו. בהחלט ניתן לומר שבפנינו דוגמה ליישומה של "הגישה המצמצמת" השמרנית, או לפחות לתזכורת שלה. ימים יגידו אם בית המשפט העליון ינצל את המומנטום הפסיקטי כפי שהוא מתבטא בפסק דין מחוזי זה, שלא רוסן על ידי בית המשפט של הערעור,<sup>222</sup> ויאט את המהירות שבה מתפשטת והולכת המגמה של הטלת אחריות ברשלנות על המדינה ורשויותיה כפי שהיא משתקפת ממרבית החלטותיו שנסקרו לעיל.

נסיבות דומות חלקית לאלו שבגיל **אימפורט**, שגם בהן נדחתה תביעה שביקשה להטיל "אחריות ציבורית" ברשלנות, ניתן למצוא בעניין **כים ניר**.<sup>223</sup> הנתבעת הייתה הבורסה לניירות ערך שנתבעה בגין נזק שנבע מהחלטות שגויות שהתקבלו במוסדותיה וגרמו עיכוב בהנפקת מניותיה של החברה התובעת. אף שהבורסה היא גוף פרטי, החיל עליה בית המשפט העליון את כללי המשפט המנהלי והכיר בקיום

<sup>221</sup> עניין **גיל אימפורט בע"מ**, לעיל ה"ש 10, פס' 48.

<sup>222</sup> עניין **ערעור י. גיל אימפורט**, לעיל ה"ש 216.

<sup>223</sup> ע"א 1617/04 **כים ניר שירותי תעופה בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ**, תק-על (2008) 4400 (2)08 (להלן: "עניין כים ניר").

חובת זהירות מצדה כלפי החברות המנפיקות את מניותיהן אצלה, כלפי החברות שמניותיהן נסחרות אצלה וכן כלפי ציבור המשקיעים. את היקפה של חובה זו ואת גבולותיה משאיר בית המשפט העליון כאן בצריך עיון. בדחותה את הטענה שלבורסה – ולכל רשות ציבורית אחרת – צריכה להינתן מעין חסינות בכל מקום שבו פעלה במסגרת סמכויותיה בתום לב, בוחרת השופטת עדנה ארבל בגישה זהירה ומדודה, והיא קובעת כי מחד גיסא אין לבורסה חסינות מוחלטת, ומאידך גיסא את האחריות שניתן להטיל עליה יש למוד בזהירות ובאחריות רבה.<sup>224</sup>

קריאת פסק הדין משקפת חזרה לוויוכוח שבין הגישה הרחבה והגורפת שבעניין **גורדון** לבין הגישה הזהירה והמתונה שבעניין **לוי**, ולהבחנות בין סמכות "ביצוע" לסמכות "רגולטיבית". אבל בסופו של דבר הקביעה שהמקרה אינו משקף התרשלות לא הציבה את בית המשפט בפני הצורך להחליט בין השתיים.<sup>225</sup>

#### 6.4 שלילת זכות טיעון

כשם שבעניין **אבנעל**,<sup>226</sup> שנסקר לעיל, התקבלה תביעה נגד המדינה בין השאר בשל אי-מתן הסבר נאות לסיבת עיכוב הליכי הרישוי של התובע, כך כשלים אחרים של המדינה, המתבטאים גם הם בהיבטים שונים של אי-מתן זכות טיעון והפרת חובות אחרות מתחום המשפט המנהלי, גררו הגשת תביעות נגד המדינה בכמה מקרים נוספים. באחד מהם לא ניתנה לתובע זכות טיעון נגד תכנית שאושרה להקמת בית אבות מול ביתו. בית המשפט המחוזי<sup>227</sup> ובית המשפט העליון<sup>228</sup> אישרו את קביעתו של בית משפט השלום שלפיה אי-קיום חובה מנהלית אינה עולה תמיד לכדי התרשלות וכי מכל מקום טרם בשלה העת להכיר בנורמות של המשפט המנהלי כיצורות חובה ברשלנות. מאידך גיסא, ולהבדיל, הוטלה על המדינה אחריות במקרה שבו נשללה מהורי חייל שנהרג בקרב סולטן יעקב זכות הטיעון באשר להחלטת סיווג נסיבות נפילתו, כשהמדינה החליטה באופן חד-צדדי לשנות את מעמדו ממעמד של

<sup>224</sup> שם, בעמ' 4409–4411.

<sup>225</sup> בעניין **גיל אימפורט בע"מ**, לעיל ה"ש 10, פס' 49 מבסס השופט עמית את החלטתו על עניין **כים ניר**, שם, בדרך קל וחומר. השופט מאמץ בחום את גישתה הזהירה של השופטת ארבל לנושא אחריותן של רשויות ציבוריות בניגוד ל"מגמה המסתמנת בפסיקה ובמאמרי מלומדים להרחבת האחריות של הרשות הציבורית בנוזיקין בהיקש מהמשפט המינהלי".

<sup>226</sup> עניין **אבנעל**, לעיל ה"ש 213.

<sup>227</sup> ע"א (מחוזי ת"א) 3397/00 **כלוף נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב**, תק-מח 04(3) 10147 (2004).

<sup>228</sup> רע"א 8735/04 **כלוף נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב**, תק-על 05(3) 4355 (2005); והשוו: בר"ע (מחוזי ת"א) 2187/03 **סמסאן נ' מדינת ישראל**, דינים-מחוזי 69(44) (2005) שבו נדחתה התביעה שהוגשה בגין מגוון מעשים שעליהם הלין התובע שאירעו בעת שהותו בבית הסוהר. ראו בהמשך הרחבת נקודה זו בעניין **שתיל**, לעיל ה"ש 9.

"נעדר" למעמד של "חלל שמקום קבורתו לא נודע". קבלת התביעה הושתתה כאן על הנזק שהחלטה גרמה לאוטונומיה ולזכויות האדם הבסיסיות של הורי החייל.<sup>229</sup> תביעת הרשלנות שהתבססה על נזקים שלהם טענו ההורים – נדחתה.

### 6.5 תשתיות – ניקוז כבישים – פיקוח

בהחלטה ארוכה ומנומקת היטב אישר בית המשפט העליון את חיובה של עיריית חיפה בפיצוי בגין נזקי שיטפונות שנגרמו בעמק זבולון ובמפרץ חיפה בשנת 1992.<sup>230</sup> האחריות הוטלה על עיריית חיפה בגין אי-מילוי החובות (מחדל) המוטלות עליה לדאוג לקיומה של מערכת ניקוז עירונית ואי-פיקוח מספק על רשות הניקוז המקומית – שהיא עצמה תאגיד סטטוטורי – ואי-עמידה בסטנדרטים שהחוק חייבה בהם. האחריות חולקה בין העירייה לבין רשות הניקוז.<sup>231</sup> האחריות הוטלה על המדינה באותו עניין בלא שהייתה לה שליטה אפקטיבית בנסיבות גרימת הנזק – תנאי שעל הצורך בקיומו עמד הנשיא שמגר בעניין לוי. השליטה האפקטיבית במקרה זה הייתה של רשות הניקוז שקיבלה אותה בהצלת סמכויות מהמדינה. "מדובר בפיקוח הדוק ביותר אשר אף אם אינו מגיע כדי שליטה בפעילותן של רשויות הניקוז [...] די בה ברמת פיקוח זו כדי לבסס יחסי 'שכנות' ו'קירבה' בין המדינה כמפקחת ובין הניזוקים הרלוונטיים",<sup>232</sup> קובעת השופטת אסתר חיות לחיזוק יצירת התשתית לקיומה של חובת זהירות מצד המדינה בסוגיה עקרונית זו. לצד הפיקוח והשליטה מדגישה השופטת חיות גם את יכולת מניעת הנזק של העירייה כגורם מכריע לחיובה לשאת בנזקי התובעות, תוך שהיא קוראת להקפדה על הבחנה נכונה בין אחריות המבוססת על סמכות – אחריות שהיא רחבה מדי ואינה רצויה – לבין אחריות המבוססת על סטנדרטים נזיקיים: התרשלות וקיומה של חובת הזהירות. על אותו בסיס חייבה השופטת חיות גם את רשות ניקוז הקישון לפצות עבור חלק מנזקי ההצפה שנגרמו למגדל ורדים בחבל תענ"ך שלוש שנים מאוחר יותר. כאן טען התובע כי בשל אי-פינוי צמחייה שהפריעה לניקוז שוטף בנחל רימונים שהוצף בעקבות ירידה מאסיבית של גשמים, הוצפה חלקתו, אבדו שתילי הוורדים שלו ומערכות השקיה שלו נפגעו.<sup>233</sup> גם עיריית נתניה חויבה לפצות בעל עסק על נזק שנגרם בשל הצפות שנבעו מאי-היערכותה של העירייה לטיפול בקולטנים שהיו אמורים לדאוג

<sup>229</sup> ת"א (מחוזי י-ם) 8036/06 כץ נ' מדינת ישראל, תק-מח 309 (3) 10490 (2009).

<sup>230</sup> עניין **מנורה חברה לביטוח בע"מ**, לעיל ה"ש 10. אחריות המדינה בוססה על סמכותה כמפקחת על רשויות הניקוז.

<sup>231</sup> האחריות חולקה בין כל הגופים שהיו שותפים למחדלים.

<sup>232</sup> עניין **עיריית חיפה**, לעיל ה"ש 10, פס' 38.

<sup>233</sup> רע"א 11419/04 אסור נ' רשות הניקוז קישון, תק-על 08 (1) 4357 (2008).

לניקוז הולם של מי הגשמים,<sup>234</sup> ואילו עיריית תל-אביב חויבה אף היא בנזקי דיירים שתשתיות דירתם וחפצים שהיו בה ניזוקו מהצפת מים ממערכת הביוב העירונית שנבע מכשל בתשתיות הניקוז העירוניות.<sup>235</sup>

בהקשר אחר ובנסיבות אחרות, נפסק כי התרשלות בסלילת כביש, המביאה להתארכות העבודות למשך תקופת זמן ארוכה באופן הפוגע בהכנסותיה של תחנת דלק היושבת לצד אותו הכביש, יוצרת פוטנציאל לתביעה ברשלנות נגד המדינה. החלטה זו יכולה הייתה להוות אבן דרך בסוגיה מורכבת זו, לפחות בנושא הנזק שגרמה המדינה. אולם בית המשפט העליון בחר להתייחס להטלת אחריות על המדינה – כרשות האחראית לסלילת כבישים ותחזוקתם – כאל מובנת מאליה. בסופו של דבר הוחלט כי המדינה לא התרשלה, ולכן היא גם לא חויבה לשאת בהפסד הכנסותיה של תחנת הדלק התובעת, אולם הרטוריקה הברורה והחד-משמעית לא השאירה כל מקום לספק בנוגע לגישתו הרחבה של בית המשפט לאפשרות הטלת אחריות על המדינה, גם כאשר זו מתבטאת במשפטים ספורים בלבד.<sup>236</sup> שוב, גם במקרה זה, הגישה המרחיבה בשאלת קיומה של חובת זהירות נובעת, בין השאר, גם מהעובדה שהיה ברור שהאחריות תידחה בסופו של דבר מהיעדר התרשלות.

## 6.6 רשויות תכנון ובנייה

רשויות התכנון והבנייה יוצרות במהלך פעילותן פוטנציאל רחב טווח של נזקים, בעיקרם נזקים כלכליים. נזקים מסוג זה מעוררים קושי במרבית שיטות המשפט הנוטות לצמצם את ההכרה בקיומה של חובת זהירות לגביהם ולהכיר בהם רק בהתקיימם של תנאים מיוחדים, תלויי נסיבות. המשפט הישראלי נוטה להטיל אחריות במקרים של גרימת נזק כלכלי טהור יותר מהמקובל לפחות באותן שיטות משפט שמקורן במשפט המקובל.<sup>237</sup> קבוצת המקרים הראשונה שבהם הוכרה אחריות ברשלנות לנזק מסוג זה בארץ הייתה מקרי חיזוי דעה רשלני, ובראשם פסק הדין בעניין ויינשטיין נ' קדימה הידוע.<sup>238</sup> זאת, עוד לפני ההחלטה בעניין *Hedley Byrne & Co.* ובינגליה,<sup>239</sup> שהכירה עקרונית (אף כי לא באותו מקרה) באחריות בנק לחוות דעת רשלנית ומוטעית שנתנה למי שאינו לקוחו והסתמכותו עליה גרמה לו נזק

<sup>234</sup> ת"א (שלום נת') 3258/02 גרבי נ' עיריית נתניה, תק-של 9162 (3)06 (2006).

<sup>235</sup> תא"מ (שלום ת"א) 1012-10-09 פוגלר נ' עיריית תל-אביב-יפו, דינים-שלום 7803 (7) (2011).

<sup>236</sup> ע"א 3464/05 פז חברת נפט בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד התחבורה, מחלקת עבודות ציבוריות, תק-על 430 (3)06 (2006).

<sup>237</sup> לסקירה השוואתית ראו גדרון "בין רשלנות בנק לרשלנות מדינה", לעיל ה"ש 14.

<sup>238</sup> המ' 106/54 ויינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית להספקת מים בע"מ, פ"ד ח 1317 (1954).

<sup>239</sup> *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners. Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.) (appeal taken from Eng.) (U.K.).

כלכלי טהור. ההחלטה הישראלית קלטה את העקרונות המנחים של השופט קרדוזו בעניין *Ultramares Corp.*,<sup>240</sup> שבו נוסחו לראשונה כללי האחריות במקרים מסוג זה. פסק הדין, שעסק נקודתית באחריות רואה חשבון כלפי מי שאינו לקוחו, הכיר באחריותו של בעל מקצוע כלפי מי שצפוי שיסתמך על חוות דעתו בכפוף למגבלות הנוגעות לסוג הצפיות, סוג מערכת היחסים, צפיות וסבירות ההסתמכות של הניזוק על חוות הדעת וקיומה של צפיות לגבי היקף וסוג הנזק.

על בסיס משולב זה של ההכרה בחיויי דעה רשלני של בעלי מקצוע כבסיס ליצירת חובת זהירות, ושל הנטייה החיובית בנושא הנזק הכלכלי, היה ברור מלכתחילה כי תביעות נגד רשויות התכנון והבנייה בישראל בנוגע להטעיה לגבי אחוזי בנייה, ערך מקרקעין, התארכות לא סבירה של זמן התכנון והאישורים ועוד, יסתיימו בניצחון התובעים. שורה ארוכה של פסקי דין שעסקה בהיבטים שונים של החלטות הוועדות הללו הכירו כולם בקיומה של אחריות.<sup>241</sup> באותה רוח הוטלה שוב לאחרונה אחריות על ועדה מקומית לתכנון ובנייה שהתרשלה בביצוע הליכי תכנון באופן שגרם להקפאת הליכי הבנייה במקום על ידי בעלת המקרקעין,<sup>242</sup> ועל ועדה מקומית לתכנון ובנייה שהוציאה היתר בנייה בלתי-חוקי ביוזמיה, לבקשת חברת בנייה שידעה על אופיו הבלתי-חוקי של המעשה ויזמה אותו. כשהוקפאה בסופו של דבר הבנייה על ידי בית המשפט, והחברה תבעה נזקיה מהוועדה המקומית, חולקה האחריות בין הוועדה (60%) לבין החברה (40%), ובית המשפט העליון דחה את טענת ההגנה של הוועדה שהסתמכה על הכלל "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה", בעיקר בשל המשמעות הציבורית השלילית שהייתה עולה מהחלתו במקרה זה.<sup>243</sup> אפילו בתקופה שבה שלט בכיפה פסק דינו המצמצם של בית המשפט העליון בעניין לוי<sup>244</sup> שקבע, כזכור, את החריג מאחריות במקרים של שיקול דעת, הזדרז בית המשפט העליון מיד אחר כך וקבע שהשלכתו של עניין לוי על סוג ההחלטות שמקבלות רשויות התכנון והבנייה אינה רלוונטית.<sup>245</sup>

<sup>240</sup> *Ultramares Corp. v. Touch Niven & Co.*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931).

<sup>241</sup> עניין **אילנקו בע"מ**, לעיל ה"ש 134; עניין **זלסקי**, לעיל ה"ש 134; עניין **קני בתים בע"מ**, לעיל ה"ש 134; 5610/93 **זלסקי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון**, פ"ד נא(1) 68 (1997); עניין **עיני**, לעיל ה"ש 144; עניין **רוטברד**, לעיל ה"ש 140; ת"א (מחוזי חי') 980/00 **שרטל נכסים בנין והשקעות עכו (1996) בע"מ נ' עיריית עכו**, תק-מח(1) 13306 (2007).

<sup>242</sup> ע"א 10508/08 **דור זהב חברה לקבלנות בנין והשקעות בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה**, תק-על(1) 2714 (2010).

<sup>243</sup> ע"א 4079/05 **הועדה המקומית לתכנון ולבנייה-שומרון נ' מעונה חברה לבנין בע"מ**, תק-על(4) 1228, פס' 15 לפסק דינה של השופטת איילה פרוקצ'יה (2010).

<sup>244</sup> עניין **לוי**, לעיל ה"ש 9.

<sup>245</sup> ע"א 653/97 **חברת מרכז ברוך וציפורה נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נג(5) 817 (1999). פסק דין זה ניתן בבית המשפט העליון על ידי השופט אריאל בן-ארי שהוא גם השופט שנתן את פסק הדין המחוזי בעניין **לוי**, לעיל ה"ש 9, שכאמור הפגין גישה מצמצמת לאחריות המדינה.



## 6.7 מכרזים

גם בנושא מכרזים הוטלה אחריות על המדינה באופן שאינו משקף התלבטות יתרה. כך הוטלה אחריות על עיריית ירושלים לפיצוי בגין נזק שנגרם עקב פסילתה – מנימוקים שגויים – של חברה מהשתתפות במכרז,<sup>246</sup> וגם על מינהל מקרקעי ישראל בגין מכרז רשלני,<sup>247</sup> ובגין הטעיית מי שניגש למכרז וההנחיות שקיבל מהאחראים עליו שגרמו לכישלונם בו. בפסק דין ארוך<sup>248</sup> נשטחת בפני הקורא ההלכה הידועה בדבר אחריות רשויות ציבוריות להטעיה רשלנית שיצאה תחת ידם. דומה שבתחום זה, ההתלבטויות כבר מזמן יושבו.<sup>249</sup>

## 6.8 שונות

סיכום מכלול התביעות שהוגשו בשנים האחרונות נגד המדינה בגין התרשלות עובדיה בכל תחומי מעורבותם במעשה השלטוני מראה כי מרביתן הסתיימו בהטלת אחריות על המדינה.

הוטלה אחריות על רשות הדואר לא רק בגין איחור במסירת דבר דואר,<sup>250</sup> אלא גם בגין התרשלות בבדיקת תלונה של אחד העובדים כנגד עובד אחר, שהביאה להגשת תלונת שווא למשטרה;<sup>251</sup> הוטלה אחריות על רשות המים בגין אספקת מים מלוחים מדי שגרמו לצמצום יבולים והרס שלהם, והפחתת רווחי החקלאים;<sup>252</sup> הוטלה אחריות על פקיד רישום בבית המשפט ורשם המקרקעין בגין תוצאותיו של זיוף צו ירושה,<sup>253</sup>

<sup>246</sup> ע"א 8835/07 רם-שן שירותים והשקעות בע"מ נ' עיריית ירושלים, תק-על 10(4) 2288 (2010).

<sup>247</sup> ע"א 2413/06 מגדלי כספי רג'ואן ובנין בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל, תק-על 09(4) 2066 (2009).

<sup>248</sup> עניין בן שטרית, לעיל ה"ש 10.

<sup>249</sup> ראו את ספרו של עו"ד דוד אור-חן בנושא היזק דיבור רשלני המרחיב ומנתח סוגיה זו: דוד אור-חן היצג רשלני – אחריות מקצועית: אחריות המדינה ורשויות מקומיות, עורכי דין, מהנדסים, בנקאים, סוכני ביטוח ויועצי השקעות (יערה זיידמן עורכת, 2009).

<sup>250</sup> ת"ק (שלום י-ם) 1707/01 לביא נ' רשות הדואר, תק-של 02(3) 14585 (2002). פסק הדין עומד על כך שהסייגים לאחריות רשות הדואר במקרים מסוימים נובעים משיקולים כלכליים ולא נועדו להכשרת רשלנות העובדים.

<sup>251</sup> עניין אגשם, לעיל ה"ש 206.

<sup>252</sup> עניין שתיל, לעיל ה"ש 9.

<sup>253</sup> ת"א (שלום ת"א) 50660/03 גומא נ' משכן – בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, תק-של 07(3) 21919 (2007); השוו עניין אובניק, לעיל ה"ש 165; ע"א (מחוזי ת"א) 2921/01 מדינת ישראל – משרד הרישוי מפרץ חיפה נ' עזאיזה, תק-מח 05(2) 5086 (2005).

וכן אף על רשות שדות התעופה ועל המדינה בגלל נזקים שגרמו לתושבי הרשות הפלסטינית בגין אי-החזרת אריזות המשמשות לאריזה חוזרת של תוצרת חקלאית.<sup>254</sup> בתחומי פעילות אחרת לחלוטין חויבה המדינה בנזקו של אדם שבתעודת הזהות שלו נרשמה בת "מיותרת". על אף פניות חוזרות ונשנות של "האב" לרשויות לא שונה הרישום, ששכנע אפילו את אשתו של התובע כי יש לו אכן בת "נעלמה".<sup>255</sup>

## י. עניין שתיל – נקודת ציון במלחמה על הרחבת אחריות נתבעים ציבוריים

סוגי הפעילות השלטונית של המדינה המהווים פוטנציאל לאחריות נזיקת הם: שליטה, שיקול דעת, פיקוח, מחדל, מדיניות ויישום עקרונות תקציב ותקצוב. כזכור, בשני צדי הסקאלה שעליה ממוקמים סוגי פעילות אלה נמצאים שני פסקי הדין המציינים את הגישות השונות, המנוגדות – לפחות חלקית – מבחינת תפיסת המוצא שלהן: פסק דינו של הנשיא ברק בעניין גורדון ופסק דינו של הנשיא שמגר בעניין לוי. "חזקת החובה" המבוססת על קיומה של סמכות סטטוטורית מסמנת קיצון אחד, ואילו "חריג שיקול הדעת" מסמל את הקיצון השני.

פסק דינו של השופט אדמונד לוי בעניין שתיל<sup>256</sup> קורא תיגר על חריג שיקול הדעת. הוא מנסה להשקיט את חששותיהם של הדוגלים בקיומו של החריג מפני הרחבת היקף האחריות. בד בבד הוא מציע להחיל על המבכנים המקובלים בעולות הרשלנות שעל פיהם נבדקת הפעולה המזיקה – האם יש בה סטייה מסטנדרט אם לאו – גם את מבחני הסבירות והמידתיות שבחוקי היסוד, באופן שירחיב, כך מתבקש, את טווח המקרים שבהם עלולה המדינה להיחשב כרשלנית.

בעניין שתיל נתבעו הן המדינה, האחראית על אספקת המים במדינה, והן חברת "מקורות" המבצעת בפועל את אספקת המים, בגין נזקים שנגרמו לגידולי הציפורנים של אורי שתיל בגין מליחות יתר של המים שבהם הושקו שדותיו. כל שלושת השופטים שישבו לדין הסכימו בסופו של דבר על הטלת האחריות, אולם היה זה פסק דינו של השופט לוי בלבד שהלך צעד אחד רחוק יותר מכולם, ובמאמץ למתן את השלכותיה של הלכת לוי – שבראשיתה הייתה פופולארית מאוד בקרב נתבעים ציבוריים רשלניים – ניסה לשנות את כיוון המטוטלת הפסיקתית ולהטותה מחדש לכיוון הרחבת האחריות ואף בקיצוניות גדולה יותר משהייתה קודם לכן. את תפיסתו

<sup>254</sup> ת"א (מחוזי נצ') 1135/04 פרי מטולה חברה לקירור ואריזה בע"מ נ' רשות שדות התעופה, תק-מח 12330 (1)09 (2009).

<sup>255</sup> נועם שרביט "תביעה בסך 250 אלף שקל נגד משרד הפנים: 'הוסיף בתעודת-הזהות בת שאינה שלי' גלובס 24.7.2007. ניתן לצפייה בכתובת: [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=) 1000235496 (נבדק לאחרונה ב-4.4.2012).

<sup>256</sup> עניין שתיל, לעיל ה"ש 9.

המרחיבה בנושא אחריות המדינה ברשלנות עיגן השופט לוי הן בהצעה לשינוי דגם החובה הכפול שבעניין גורדון<sup>257</sup> והן בהצעה לשינוי אופן בחינת התנהלות המדינה הנתבעת ברשלנות: האם יש בה משום התרשלנות אם לאו.

לגישתו של השופט לוי, לצד מבחני היעילות הכלכלית והיכולת למנוע את הנזק, המשמשים ברגיל את בתי המשפט בבואם לקבוע אם מדובר בהתנהלות רשלנית של המדינה, יש לעשות שימוש גם במבחן היחסיות ובמבחן המידתיות, שמקורם בחוקי-היסוד.<sup>258</sup> כל מקרה ומקרה צריך להימדד על פי נסיבותיו בלא מגבלות ראשוניות. גם מקום שבו מתאפיינת הפעילות השלטונית שלגביה נטענת רשלנות בשיקול דעת רחב אין קיימת מניעה, לא מפני קביעה שמדובר בהתרשלנות ולא מפני קביעה כי קיימת חובת זהירות. במקרה שלפניו, כך המשיך השופט לוי וקבע: "ממד השליטה שנלווה לפעולותיה, וההסתמכות שיצר המצג שהציגה, כולם מקימים את יחסי השכנות הדרושים לגיבושה של חובת זהירות"<sup>259</sup> שאין בכוחם של שיקולי המדיניות לבטלה. "אדרבה, ככל שתביעות מעין אלו קיימות, מן הראוי הוא כי יתבררו וילובנו לגופן. דעתי היא כי ככל שתוכר אחריותה המשפטית של המדינה למילוי תפקידיה בתחום זה, כך יעלה בידה ליעל את הפעילות ולשפרה, וכמו מאליו יביא הדבר לצמצום מספרן של התביעות נגדה. מטבע הדברים, התייעלות לא רק שלא תטיל מעמסה כספית כבדה מנשוא על הרשות, אלא בטווח הרחוק תניב היא חסכון במשאבים".<sup>260</sup>

כאמור, השופט אליעזר ריבלין והשופטת איילה פרוקצ'יה לא הצטרפו לביקורת על מבנה עוולת הרשלנות<sup>261</sup> ולא למגמת הרחבת מבחני ההתרשלנות או מדדי קיומה של החובה כפי שמציע השופט לוי, אך אימצו את מסקנתו לגבי אחריות המדינה. עם זאת, על אף "הבדידות המזהרת" שבה מצאה עצמה ביקורת הכפולה של השופט לוי, דומה שכמו בפסק דין שתיל עצמו כך גם בפסקי דין נוספים לפניו ולאחריו, המגמה המרחיבה שמייצג השופט לוי התקבעה כבר בפסיקה הישראלית, אם לא ברטוריקה אז לפחות בבחירה החוזרת על עצמה במרבית המקרים להטיל אחריות על המדינה כמעט בכל מקרה שבו היא נתבעת לפצות על נזק שנגרם על ידי התרשלנות. מגמה זו, שעניין שתיל משקף אותה בבירור, עוברת לאחרונה הקצנה נוספת. זו מתבטאת בנכונות גוברת והולכת של הפסיקה להעביר אל שכם המדינה, ואל יתר הנתבעים הציבוריים, את נטל ההוכחה לשלילת התרשלנותם או לשלילת

<sup>257</sup> שם; השופט לוי מצטרף לביקורת על הצורך במושג החובה המושגית, הן לצורך חיובי של הכרה בקיומה והן לצורך שלילת קיומה וקובע כי די לבתי המשפט בחובה הקונקרטית.

<sup>258</sup> שם, פס' 38-42.

<sup>259</sup> שם, פס' 41.

<sup>260</sup> שם, פס' 42.

<sup>261</sup> השופט לוי הולך דווקא בעקבות המתווה של הנשיא שמגר בעניין לוי, שם, בניתוח מרכיביה של עוולת הרשלנות.

הקשר הסיבתי בין התרשלות זו לבין הנזק שהיא גרמה. בהתפתחות זו אעסוק עתה.

## יא. העברת נטל הראיה במקרים של נזק ראייתי

בדיון משפטי המסתיים ב"עמימות עובדתית"<sup>262</sup>, כשהתנהלותו הבלתי-ראויה של הנתבע מונעת מהתובע להוכיח את אחד ממרכיביה של עילת התביעה שלו או מקשה עליו לעשות זאת, מועבר לעיתים נטל השכנוע – המוטל ברגיל על התובע – לכתפיו של הנתבע, לגבי אותו רכיב עילתי שבהוכחתו מתקשה התובע. העברת הנטל אל הנתבע מעמידה אותו בסיכון שהוא יהיה זה שיישא באחריות לנזק שנגרם לתובע, אם בסופו של דיון יתקיים "תיקו ראייתי" בסוגיית ההתרשלות או בסוגיית הקשר הסיבתי<sup>263</sup> בין ההתרשלות הזו לבין נזקו של התובע.<sup>264</sup> זהו ההיבט הפרוצדורלי של עקרון "הנזק הראייתי". ההיבט המהותי-נזיקי של העיקרון, דהיינו, הכרה בקיומה של עילת תביעה נזיקית כלפי המתרשל המקורי לגבי חלקו בהרעת מצבו הדיוני של הניזוק, בנוסף על העילה הקיימת נגדו בגין הנזק המקורי, עדיין לא זכתה להכרה במשפט הישראלי.<sup>265</sup>

קיומו של נזק ראייתי יוצר למעשה חזקה עובדתית שלפיה הראיות החסרות היו תומכות בגרסת התובע בסוגיה הנתונה במחלוקת אילו הוצגו בפני בית המשפט. הצדקתו של הכלל המעביר את נטל השכנוע בעטיו של נזק זה מהתובע לנתבע מעוגנת בהנחה כי אלמלא התרשל הנתבע ("אשם")<sup>266</sup> ושלל מהתובע אפשרות

<sup>262</sup> ראו לאחרונה ע"א 9936/07 **בן דוד נ' ענטי**, תק-על 11(1) 2443 (2011). השופט ריבלין פסק כי מקום שחרף התרשלותו של הנתבע עומדת לתובע האפשרות להוכיח את תביעתו – אין תחולה לכלל.

<sup>263</sup> קשר סיבתי עובדתי. סוגיית החובה והקשר הסיבתי המשפטי אינם כפופים לכללי העברת הנטל.  
<sup>264</sup> לאחרונה אנו עדים להרחבות המאפשרות העברת נטל גם לצורך הוכחת סוגיות אחרות. כך למשל בעניין ת"א (שלום י-ם) 6569/03 **דרמוסה נ' הרשות לפיקוח חקלאי**, תק-של 05(3) 5316 (2005). נעשה ניסיון להעביר את נטל הראיה אל כתפי הנתבעת בשאלה אם נגרם בכלל נזק לתובע – שם נטען שהמדינה השמידה ביצים שהיו בבעלותו של התובע ואילו הנתבעת טענה כי הביצים שהושמדו היו כולן של אדם אחר שניהל לצד התובע פעילות בלתי-חוקית. נטען שהואיל וחלק מהתהליך צולם, אזי אי-השלמת הצילומים והשימוש בהם מהווה נזק ראייתי שממנו ניתן להסיק קיומו של נזק.

<sup>265</sup> אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-וודאות בגרימת נזקים" **עיוני משפט** כא(2) 191 (1998); ראו פיתוח: ARIEL הביקורת של ישראל גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?" **משפטים** ל(2) 317 (1999); מאמר התגובה של אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת" **משפטים** ל(2) 349 (2000).

<sup>266</sup> ע"א 1483/99 **מדינת ישראל נ' טווינה**, תק-על 00(3) 3156 (2004) העוסק במשך הזמן שיש לשמור רשומות רפואיות בכלל וצילומים בפרט; בע"א 8842/08 **עיצובן המנוח גדעון לב ארי ז"ל**

לעשות שימוש בראיות אלה, היה מצבו של התובע טוב יותר מבחינה ראייתית והוא יכול היה לשכנע את בית המשפט בטיעונו ולהצליח בכיסוס אחריותו של הנתבע לנזק שנגרם לו.

דוקטרינת הנזק הראייתית התפתחה לראשונה במסגרת תביעות בנושא רשלנות רפואית, ושם היא גם מיושמת באופן הנרחב ביותר עד היום. המצבים האופייניים שהצמיחו את הצורך ביצירת כלל שיסייע לתובע שניזוק מרשלנותו של הנתבע – רופא או מוסד רפואי – היו בעיקר מצבים שבהם התנהלות העניינים לפני ובעת התאונה הרפואית שאירעה לתובע לא ענתה על הסטנדרט הסביר. בעיקר מדובר באי-שמירת מסמכים רפואיים או תיעוד חסר של פרוצדורות רפואיות. בשלב מתקדם יותר של התפתחות הדוקטרינה היא הוחלה גם במקרים שבהם נטען כי אי-עריכת בדיקות רפואיות מסוימות לתובע פגמה ביכולתו להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי הרלוונטי. לאחרונה הוחלה הדוקטרינה גם במקרים שבהם עצם הטיפול הרפואי שבו התגלמה התרשלנותו הנטענת של הרופא פגם ביכולתו של התובע להוכיח קשר סיבתי כזה.<sup>267</sup> במכלול המקרים הללו, שהיקפם ומגוון נסיבותיהם מתרבה והולך, עובר נטל השכנוע אל הנתבע בשאלת ההתרשלות, בשאלת הקשר הסיבתי או בשתייהן כפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה.<sup>268</sup>

מזירת אירועים רפואיים זו עברה הדוקטרינה במהירות ראויה לציין<sup>269</sup> – ולא

<sup>267</sup> נ' סרנת, תק-על 11(1) 744 (2011) קבע בית המשפט העליון שתוכן החובה והיקפה אינו תלוי בזוהת הרופא ובקריטריונים המקובלים עליו או על בני דורו בהשוואה לקריטריונים מודרניים יותר.

<sup>268</sup> לניתוח מקיף ובהיר של הסוגים השונים של המקרים והאופנים שבהם נעשה שימוש בכלל הנזק הראייתית, לביקורת על התוצאות השליליות הנובעות מהחובה היתרה שהפסיקה נוטה לכלל זה ולהצעות למיתון הסחף ראו: גיא שני "הנזק הראייתית ו'עונשו': בשבחי מעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של מידתיות ואינדוקטיביות" **משפטים** מא(2) 315 (2010) (להלן: שני "הנזק הראייתית ו'עונשו'").

<sup>269</sup> ע"א 8151/98 שטרנברג נ' צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539 (2001); ע"א 1146/99 קופת חולים כללית נ' סולן, פ"ד נה(4) 898 (2001); השוו לעניין ע"א 248/86 עיזבון יליל חנשוילי ז"ל נ' רותם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 529 (1991) שם הועבר נטל ההוכחה לנתבעים הואיל וגרם במעשהו העוולתי לאבדן זכות התביעה של הניזוקה; ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, תק-על 04(2) 837 (2004); השוו: ע"א 2886/05 אשכנזי נ' לודמילה, תק-על 10(4) 1293 (2010) בו התבטאה ההתנהגות שייצרה את הנזק הראייתית באי-אזהרתו של המטופל בדבר חיוניותה ודחיפותה של הבדיקה הרפואית. ראו לאחרונה: ע"א 8693/08 הרמן נ' שטרנברג, תק-על 11(1) 3825 (2011), שבו הדגיש השופט עוזי פוגלמן שוב את התנאי הבסיסי שלפיו יעבור הנטל רק במצב של עמימות ראייתית וכאשר החוסר הראייתית נוגע ישירות לסוגיה שעליה בנויה הוכחת התביעה, ואת ע"א 282/09 עמרני נ' שירותי בריאות כללית, תק-על 11(1) 3413 (2011) בו מדגיש בית המשפט כי על היעדר הרישום "לגעת ישירות בסלע המחלוקת", שם, פס' 18.

<sup>269</sup> ראו מאמרו הביקורתית של גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתית: האם הורם נטל השכנוע?", לעיל ה"ש 265; ותשובתם של פורת ושטיין "דוקטרינת הנזק הראייתית: תגובה לביקורת", לעיל ה"ש 265.

מעט בגלל האטרקטיביות שלה בהשוואה למבחנים שקובע סעיף 41 לפקודה<sup>270</sup> – לזירות משפטיות אחרות, והיא אומצה בחום על ידי בתי המשפט במקרים שנסיבותיהם אינן קשורות כלל לסיפורי רפואה ותאונות רפואיות, ושבהם הייתה לבתי המשפט תחושה שאין די בכלים הראייתיים והמהותיים שהמשפט מעמיד לרשותם כדי לתקן את העוול הראייתי שנגרם לתובע בסיטואציות עובדתיות שבהן מעמדו פגיע וחלש מלכתחילה. העברת נטל השכנוע אל הנתבע נראתה לבתי המשפט מכשיר הולם שיש בו כדי לספק במקרים אלו חיזוק לתובע שנתפס כחלש יותר וכמי שזקק להעצמת יכולותיו לממש את זכותו להליך הוגן מול הממסד – תחילה הממסד הרפואי ולאחר מכן הציבורי בכלל – החזק ובעל האמצעים.<sup>271</sup>

<sup>270</sup> ראו ניתוח של פורת ושטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-וודאות בגרימת נזקים", בנוגע למשמעות החלתו של סעיף 41, לעיל ה"ש 265. למשמעות טיעוניהם של פורת ושטיין על רקע דוקטרינת הנזק הראייתי וההבדלים בין שני מקורות העברת נטל הראיה ראו, גיא שני "כלל 'הדבר מעיד על עצמו' בדיני נזקים – בחינה מחודשת" **משפטים** (לה) 81, 141–144 (2006); השוו: ע"א 6948/02 **אונה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(2) 535 (2004); ע"א 789/89 **עמר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית**, פ"ד מו(1) 712 (1992).

<sup>271</sup> על ניתוח יישומו של כלל הנזק הראייתי בפסיקה האחרונה בסיטואציות רפואיות ראו ע"א 5373/02 **נבון נ' קופת חולים כללית**, פ"ד נז(5) 35, 45 (2003); ע"א 8126/07 **עזבון המנוחה ברוריה נ' בית חולים ביקור חולים**, תק-על(1) 110 (2010); ע"א 10776/06 **בראון נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית**, תק-על(3) 09 (2009). בית המשפט ניתח באופן מעמיק את סוגי המובנים של "נזק ראייתי" ו"סיבתיות עמומה"; ראו גם ע"א 916/05 **כרד נ' הרישנו**, תק-על(4) 07 (2007). על התנאים להעברת נטל הראיה לפי ס' 41 לפקודת הנזיקין השוו רע"א 3447/07 **דוד נ' אוחנה**, תק-על(3) 08 (2008). עניין **פלונג**, לעיל ה"ש 154; עניין **לאור**, לעיל ה"ש 268; עניין **בן דוד**, לעיל ה"ש 262. לדוגמאות שבהן נעשה שימוש בנזק ראייתי שלא במקרים של תביעות על רקע טיפול רפואי ראו: ע"א 6732/97 **אלעש נ' מדינת ישראל**, תק-על(1) 06 (2006); ע"א 6279/04 **עזבון המנוח מוסא אבו צבחה נ' מדינת ישראל**, תק-על(2) 07 (2007) שבו נידון ירי על עצור כפות שנטען שהמדינה התרשלה בשמירתו; ע"א 4022/08 **אגבכה נ' ד.י.ש חברה בע"מ**, תק-על(4) 10 (2010) נטען כי נטל ההוכחה בעניין הכאב והסבל של הילד שטבע עובר לנתבעת מכוח כלל הנזק הראייתי. הטענה נדחתה אף כי הושאר פתח לטעון כך במקרים מיוחדים שאינם משקפים נזק מובנה. ע"ש (מחוזי חי') 641/03 **א.ש.ג.נ. אבטחה שמירה בע"מ נ' מדינת ישראל – ממונה אזורי מע"מ עכו**, תק-מח(2) 06 (2006) העברת נטל במקרה של קושי להוכיח בסיס לשומת מס שבה חויבה המערערת; ת"א (מחוזי י-ם) 6181-04 **יוזמה ותשואה חברה לשירותים בע"מ נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ**, תק-מח(2) 10 (2010) 21555 מחדל שבאי-המצאת פוליסת ביטוח; ת"א (שלום חי') 05-1365 **חלאילה נ' משרד הביטחון**, תק-של(2) 09 (2009) 21793 השמדת קליע שחדר לרגלה של קטינה, כנראה מירי כוחות הביטחון; ת"א (שלום חי') 06/06 **7041 חביב נ' בנק דיסקונט**, דינים-שלום(1) 754 (2008) היעדר הוכחת מועד הפנייה לערבים לחוב כשהתובע טוען להתיישנות; סיטואציה מעניינת אירעה בת"א (שלום י-ם) 02/02 **6007 סלהב נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון**, תק-של(4) 07 (2007) 8238 שם נטענה טענת נזק ראייתי בין נתבעים. לא ניתן היה להוכיח את הקשר הסיבתי בגלל פירוק תיבת ההילוכים מהרכב שנפגע

הנכונות הכללית של בתי המשפט בארץ לאמץ את דוקטרינת הנזק הראייתית בתביעות רשלנות<sup>272</sup> באופן כללי, משתקפת כמובן גם בתביעות נגד נתבעים ציבוריים. עקב כך מתרבים מאוד המקרים שבהם מוצא בית המשפט לנכון לחייב את המדינה, עובדיה, שלווחיה ורשויותיה, כשהם נתבעים בגין נזק שנגרם ברשלנותם, בהוכחת עמידתם בסטנדרט התנהגות סביר ונקי מהתרשלות, ולפטור את התובע מהוכחת מרכיב ההתרשלות או מרכיב הקשר הסיבתי בתביעתו אותם. מגמה זו היא בעלת משמעות מהותית לענייננו והיא מתקשרת, כמובן, ישירות לנטייה להרחיב את האחריות ברשלנות בכלל ואת אחריותם של מזיקים ציבוריים, נשוא דיוננו כאן, בפרט.

פרט למקרים שבהם נעשה שימוש בכלל הנזק הראייתית בתביעות נגד נתבעים ציבוריים, בתביעות שהאחריות הנטענת בהם נובעת מפעילות רפואית רשלנית ופרט למצבים שבהם נובעת האחריות מסיטואציות עובדתיות שיש להן מקבילה בעולם העשייה הפרטי – אחזקת מקרקעין, פעילות חינוכית, ניהול שוטף של נכסים שהשליטה הציבורית בהם אינה משקפת עשייה שלטונית מובהקת<sup>273</sup> – מרבית המקרים שבהם הועבר נטל ההוכחה אל הנתבעים הציבוריים עוסקים בנזקים שגורמות רשויות בעלות סמכויות שלטוניות רגולטוריות, בעיקר בתחום יצירה, אחזקה ושימוש במאגרי מידע, או בנזקים שגורמות רשויות המופקדות על חקירות

---

באופן שאי-אפשר היה לברר את נסיבות התאונה. הימנעות מחקירת אירוע שגרר נזק נטענה גם בת"א (שלום י-ם) 19962/99 **ניגימה נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל**, תק-של 2005 (2) 5982. נטל הוכחה של מצב היפותטי שהיה מתגבש אלמלא אשמתו של הנתבע הועברה לצד שכנגד. גם בת"א (שלום י-ם) 6780/06 **פדידה נ' מדינת הילדים**, תק-של 2009 (1) 7731 (2009). מרבית פסקי דין אלו מבוססים על עניין **ד'אהר**, לעיל ה"ש 184 ודנ"א 1912/05 **מדינת ישראל נ' ד'אהר**, תק-על 2005 (2) 144 (2005) (להלן: עניין **ד'אהר**).

התביעה בעניין ע"א 8858/02 **מדינת ישראל נ' זהווה**, תק-על 2004 (2) 2588 (2004) אינה, במהותה, תביעת נזיקין. גם עניין **א.ש.ג.ג. אבטחה שמירה בע"מ**, לעיל ה"ש 271, בו נעשה שימוש בכלל הנזק הראייתית לצורך הוכחת חבות במס אינו משקף הליך נזיקי. השימוש בכלל בת"א (מחוזי ת"א) 3182/98 **תדיראן תקשורת בע"מ נ' בזק בינלאומי בע"מ**, תק-מח 2006 (4) 3205 (2006) משקף בכלל הרחבה של הכלל להליך שעיקרו חוזי, במסגרת תביעה נזיקית מיוחדת במינה שעוררה דיון בנזק ראייתי בנסיבות יוצאות דופן ובסופו של דבר הסוגיה לא התבררה עד תומה; ראו גם רע"א 7953/99 **פילבר נ' המרכז הרפואי שערי צדק**, פ"ד נד (2) 529 (2000). כאן הוגשה תביעה בגין נזק גוף שנגרם לילדים בעת לידתם נגד בית החולים. האם נהרגה בתאונת דרכים ללא קשר לאירוע הראשוני והששם של התובעים היה שהתצהיר עליו חתמה לביסוס תביעתם נגד בית החולים לא יתקבל עקב שלילת האפשרות לחקור אותה על תכנו (נטען שמדובר בנזק ראייתי).

במקרים אלו, כאמור, שיקולי הנגד, האמורים לשלול הרחבת האחריות פחות חזקים ופחות מובהקים ואין הבדל עקרוני בין הנכונות להרחיב את האחריות ברשלנות בכלל לבין הרחבתה לגבי נתבעים ציבוריים. לכן, מבחינה זו, שאלת אחריותו של הרופא הרשלן ואחריותה של המדינה שבבית החולים שלה התבצעה הפעילות הרשלנית האמורה, צריכות להיבחן על פי אותן אמות מידה.

פשעים או אירועי טרור למיניהם וקבלת החלטות העמדה לדין וגיבוש כתבי אישום שעליהן הן מופקדות. אחד המקרים הבולטים בהקשר זה, מקרה שעורר, בצדק, הדים ציבוריים נרחבים, הוא זה שנדון בעניין **ד'אהר**.<sup>274</sup> כאן, התובע, תושב ג'נין שנפגע מאירוע ירי לו היה אחראי – כך נטען – הנתבע, שהיה באותה עת סרן בצה"ל, התקשה להוכיח שהירי אכן נעשה מנשקו של הנתבע. קושי זה בהוכחת חלק ממרכיבי עילת תביעתו נגד המדינה (הצבא) בגין רשלנותם הנתענת של החיילים שביצעו את הירי, הנביע את הטענה, כי המדינה (המשטרה) היא זו שצריכה להוכיח שהירי לא בוצע ברשלנות. זאת, מפני שהיא לא ערכה בדיקה בליסטית ברכבו ולא אפשרה זיהוי קליע הפלסטיק שחדר לראשו. מחלוקת בין השופט אליהו מצא, שסבר שהמשטרה (או מצ"ח) הייתה צריכה לנהל את החקירה באופן אחר, והשופט לוי, שסבר שהמשטרה נהגה לפי שיקול דעת מקצועי סביר, הולידה בסופו של דבר קביעה כפולה. ראשית, שמדובר בנזק ראייתי, שפגם הן ביכולתו של התובע-המערער להוכיח שהנתבע-המשיב הוא שגרם להיפגעותו מהקליע שנורה לעברו, והן בסיכוי של היררה לשלול את הטענה שהוא היה זה שירה את הקליע המזיק. שנית, שלא עלה בידי המדינה – שאליה עבר נטל השכנוע – לסתור את החזקה שלפיה אילו ערכה המשטרה (או מצ"ח) חקירה של מקור הירי תוצאותיה של חקירה זו אכן היו תומכות בטענות התובע נגד הנתבע-היררה. עקב כך חויבה המדינה לשאת באחריות לנזקי התובע שנגרמו באותו ירי בלתי-מפוענח.

בדונו בבקשה לדין נוסף שהגישה המדינה<sup>275</sup> ובדחותו אותה תוך קביעה כי המשטרה אכן התרשלה בחקירה והמדינה אכן צריכה לשאת באחריות לתאונה, השתמש ממלא מקום נשיאת בית המשפט העליון, השופט ריבלין, ברטוריקה מרגיעה במיוחד. הוא הבהיר שאין בפסיקה זו כדי להפוך את המשטרה לקבלן חקירות פרטי של ניזוקים, שינסו להשתחרר מחובת ההוכחה המוטלת עליהם בתביעה אזרחית שיגישו בגין נזקים שגרם להם אירוע רשלני כלשהו, על ידי טענה שהמשטרה התרשלה בחקירת אותו האירוע.<sup>276</sup> מטרתו של כלל הנזק הראייתי שיושם כאן, ממשיך וקובע השופט ריבלין, היא בעיקר לוודא שהמשטרה תמלא את חובתה במיומנות ובסבירות ותימנע – כפי שיימנעו נתבעים אחרים במקרים דומים – מאיבוד ראיות והכבדה על הוצאת האמת לאור ועשיית צדק עם התובע הנפגע. על אף הבהרה זו של השופט ריבלין, קריאת פסק הדין ובחינת שטף התביעות

<sup>274</sup> עניין **ד'אהר**, לעיל ה"ש 184.

<sup>275</sup> עניין **דין נוסף ד'אהר**, לעיל ה"ש 271.

<sup>276</sup> יש לשים לב שכאן המזיק המקורי – היררה – הוא עובד-שלוח של המדינה ממלא, ואילו במרבית המקרים שבהם טענה בדבר חקירה רשלנית יכולה לעלות יהיה מדובר, כך יש להניח, ברשלנותו של גורם נזק ראשוני כלשהו ובטענה נלווית שהמדינה התרשלה בחקירת האירוע. זוהי סיטואציה שונה מזו בה דנו בעניין **ד'אהר**.



שבאו בעקבותיו והסתמכו עליו<sup>277</sup> מולידה מסקנה חד-משמעית שלפיה ההחלטה בעניין ד'אהר, גם אם היא מוצדקת בנסיבותיה, מרחיבה מאוד את פוטנציאל אחריותה של המדינה, גם אם מדובר רק במצבים "דמויי ד'אהר" שבהם המדינה או רשויותיה אחראיות הן לנזק הראשוני של הניזוק והן לנזקו הראייתי, גם אם מדובר "רק" בהיבט הדיוני של הנזק הראייתי ולא בהיבט המהותי שלו,<sup>278</sup> וגם אם מדובר בנזק ראייתי נפרד מהנזק הראשוני שגרם הנתבע ולא בנזק "מובנה", שבו הנזק הראייתי מובנה בתוך הנזק הראשוני ומשקף קושי סיבתי, שאליו נתייחס בהמשך. העברת נטל השכנוע חוצת במרבית המקרים את גורל הנתבע, והוא נושא בסופו של דבר באחריות לנזק שנגרם לתובע, גם אם אשמו הפוזיטיבי ופרטי התרשלותו או הקשר הסיבתי בינה לבין הנזק כלל לא הוכח.<sup>279</sup>

בהיפוך נטל הראיה על בסיס טענה לקיומו של "נזק ראייתי" עשתה שימוש גם השופטת דליה דורנר בדעת יחיד, במקרה שבו נתבעה המדינה בגין תפיסת מקרקעין ברמת הגולן (טרם שהוחלה עליהם ריבונות המדינה) שהתובעים טענו לבעלותם עליהם. התובעים טענו כי חוסר היכולת שלהם להוכיח הן את הבעלות והן את היקפה, חוסר יכולת שלא היה תלוי בגורמים שהם אחראים להם, מהווה "נזק ראייתי" המעביר את נטל השכנוע אל המדינה אם היא חפצה לסתור את טענותיהם. כך, לאחר שבית המשפט המחוזי קבע כי הם הצליחו להוכיח את זכותם רק לגבי מחצית השטח, סברה השופטת דורנר שחוסר הבהירות בצילומים האוויריים והיותו של האזור ממוקש שללו מהתובעים אמצעי הוכחה אלטרנטיביים, ולכן על המדינה להוכיח את כל העניינים שרישום מוסדר וזמין היה תורם להוכחתם. השופטים מצא ויעקב טירקל החליטו להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך קביעת זכאותם של התובעים וגודל השטח שלו הם זכאים ובד בבד העדיפו שלא לדון כלל באפשרות העברת נטל השכנוע אל המדינה על בסיס גרימתו באשם של "נזק ראייתי" לתובעים, כגישתה של

<sup>277</sup> עניין מגדל חברה לכיטוח, לעיל ה"ש 271; עניין תדיראן תקשורת בע"מ, לעיל ה"ש 272; ע"א 1126/06 מדינת ישראל – משרד הביטחון נ' עלאוונה, תק-מח 4119 (4)07 (2007); עניין א.ש.ג.נ. אבטחה שמירה בע"מ, לעיל ה"ש 271; ת"א (מחוזי י-ם) 7129-05 עזבון וירשי המנוח אבו שעלאן אדהאם חסן נ' מדינת ישראל, דינים-מחוזי 1138 (168) (2010); ע"א (מחוזי ת"א) 3413/02 בלולו נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תק-מח 12643 (1)05 (2005); עניין חלאילה, לעיל ה"ש 271; ת"א (שלום י-ם) 12148/03 דרעי נ' עיריית ירושלים, תק-של 1007 (1)07 25715 (2007); עניין חביב, לעיל ה"ש 271; עניין סלהב, לעיל ה"ש 271; ת"א (שלום ת"א) 24452/01 לוי נ' מדינת ישראל, תק-של 5825 (3)08 (2008); עניין אוחנונה, לעיל ה"ש 186; ת"א (שלום רל') 115/05 לביא נ' ויצמן, תק-של 23441 (2)07 (2007); עניין פרידה, לעיל ה"ש 271; עניין ניג'מה, לעיל ה"ש 271.

<sup>278</sup> עניין דיון נוסף ד'אהר, לעיל ה"ש 271, פס' 6-8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.  
<sup>279</sup> על הרתעת היתר והתוצאות השליליות הנוספות שביישום בלתי-מבוקר של כלל הנזק הראייתי ראו שני "הנזק הראייתי ו'עונשו'", לעיל ה"ש 267.

השופטת דורנר, בעיקר הואיל וטענה זו לא נטענה.<sup>280</sup> עם שניתן לטעון שמקרה זה אכן משקף שיקולים המצדיקים לא רק את היפוך נטל השכנוע אלא גם את הטלתה בפועל של אחריות נזיקית על המדינה,<sup>281</sup> ואף שמדובר כאן בדעת יחיד, פסק דינה של השופטת דורנר ממקד את תשומת הלב באפשרות השימוש בכלל "הנזק הראייתי" בתחומים שבמקור לא עמדו במרכז עיסוקו ויישומו של כלל זה.

הרחבה ניכרת הן מבחינת סוג המקרים שבהם מיושם כלל הנזק הראייתי והן מבחינת ההשלכות שיש לו על אחריות נתבעים ציבוריים ניתן למצוא גם בעניין כץ.<sup>282</sup> כאן נתבעה העירייה בגין תאונה שאירעה לתובע בעת שירד עם משפחתו לרחוץ בים. התובע נכנס למים במקום שהיה אסור לרחצה. הגבול בין האזור האסור שבו רחץ התובע לבין האזור המותר לרחצה לא היה מסומן כיאות. התובע נפגע בראשו מסלע ונגרמה לו נכות קשה. בית המשפט המחוזי התקשה לקבוע קיומו של קשר סיבתי בין התרשלותה של העירייה בתחילת גבולות החוף המוסדר וביצירת מצג שלפיו החוף האסור הוא חוף מותר לבין נזקו של התובע, והתלבט קשות בשאלה אם התובע – בהנחה שהיה יודע שמדובר בחוף שאינו מוסדר – היה נוהג כפי שנהג. בסופו של דבר השתכנע בית המשפט המחוזי בקיומו של קשר סיבתי כזה והטיל אחריות על העירייה.

בקביעה זו בוחר בית המשפט העליון שלא להתערב. עם זאת, המשנה לנשיאה, השופט ריבלין, מוצא לנכון לא להסתפק באישור הממצא ההתרשמותי של בית המשפט המחוזי בדבר קיומו של קשר סיבתי. הוא בוחר להוסיף – שלא לצורך, כאמור – כי גם אלמלא השתכנע בית המשפט המחוזי בקיומו של קשר סיבתי בין היעדר סימון מתאים בחוף לבין כניסתו של הניזוק למים, ניתן היה לבסס קיומו של קשר כזה באמצעות היפוך נטל השכנוע, הטלתו על כתפי העירייה הנתבעת, וכישלונה (הברור מראש) של זו לעמוד בו. וזאת כיצד? הואיל ו"התרשלות המערערים הותירה תחת עמימות את השאלה ההיפותטית – האם לולא ההתרשלות היה המשיב 1 פועל כפי שפעל. בנסיבות העניין נראה לי כי נטל השכנוע היה מוטל על כתפי המשיבים לשלול את הקשר הסיבתי בין התרשלותם לבין הנזק. זאת לא עלה בידם לעשות".<sup>283</sup> קביעה זו משקפת את התממשותו של החשש מפני הרחבה רבה מדי של השימוש

<sup>280</sup> עניין זהוהו, לעיל ה"ש 272.

<sup>281</sup> זו לא הייתה תביעת רשלנות נגד המדינה, אלא תביעה להכרה בבעלות במקרקעין ותשלום דמי שימוש על ידי המדינה שהחזיקה במקרקעין החזקה רצופה שמנעה, בצירוף גורמים נוספים, באופן מתמשך לחוסר יכולתם של התובעים להוכיח את בעלותם.

<sup>282</sup> עניין כץ, לעיל ה"ש 147.

<sup>283</sup> שם, בפס' 16. אמירה זו של המשנה לנשיאה באה בהמשכה של הקביעה הנכונה כי הוכחת הקשר הסיבתי במקרה זה היא קשה ומורכבת, שכן קיומו נקבע בצורה היפותטית המנסה להניח כיצד היה התובע נוהג בנסיבות אחרות, בלתי-יודעות וקשות לצפייה. ייתכן שקושי זה ועוצמתו גרם למשנה לנשיאה לחזק את נימוקיה של הערכאה הראשונה בהיפוך נטל השכנוע וקביעה שהעירייה לא הייתה עומדת בו.

בכלל הנזק הראייתי בתביעות רשלנות בכלל ובתביעות נגד המדינה בפרט. לבד מכך היא מוקשית גם מבחינת התאמת הסיטואציה שבה הוחל כאן כלל הנזק הראייתי לרציונל הבסיסי שהוליד אותו. ונבהיר: הסיטואציה העובדתית בעניין כץ משקפת מצב שבו התנהגותו של הנתבע מנביעה באחת הן התרשלות המולידה לתובע את עילת התביעה הראשונה שלו והן "נזק ראייתי" שלגביו נטען כי הוא מצדיק את העברת הנטל הראייתי אל הנתבע, הנדרש לשכנע שלא התקיים בנסיבות המקרה קשר סיבתי עובדתי וכי לא התרשלותו היא שגרמה לנזק. זאת, בהבדל מהמצב המקורי ה"פשוט" בו מתמודד עקרון "הנזק הראייתי 'האמיתי'", שהוא מצב שבו נוסף על הנזק המקורי שבגיניו מוגשת תביעת הרשלנות נגד הנתבע, אותו נתבע גרם לתובע – נוסף על הנזק הראשוני – נזק המקשה עליו להוכיח את התרשלותו של הנתבע או את קיומו של קשר סיבתי בין התרשלות זו לבין הנזק שנגרם. בסיטואציה של נזק ראייתי נפרד אמיתי, העובדה החסרה, שניתן היה להוכיחה באמצעות הראיה החסרה – צילום שנעלם או בדיקה שעקבותיה נעלמו – הייתה מבהירה מצב עניינים עובדתי אמיתי, וידיעתה יכולה הייתה לשמש בסיס להסקת מסקנה עובדתית אובייקטיבית לביסוס תביעתו של התובע בגין נזקו הראשוני: עריכת בדיקה בליסטית בעניין ד'אהר<sup>284</sup> הייתה יכולה להבהיר מאיזה נשק נורה הכדור שפגע בתובע, ועריכת בדיקה למציאת קרעים ברחם יכלה להבהיר את מצבה של היולדת התובעת בעניין לאור.<sup>285</sup> בשני המקרים שבפנינו רשלנות ראשונית שעליה מושתתת עילת התביעה ואליה מתווספת רשלנות נוספת המתבטאת בהרעת מצבו הראייתי של התובע. בניגוד לכך, בעניין כץ,<sup>286</sup> כמו בעניין אבו צבחה<sup>287</sup> שעליו מסתמך בית המשפט, מדובר במעשה התרשלות אחד שעליו מבסס התובע הן את תביעתו לפיצוי בגין הנזק שנגרם לו והן את טענתו בדבר היפוך נטל השכנוע והטלתו על הנתבע. מדובר כאן בהתרשלות אחת שהולידה את הנזק הפיזי הראשוני, הן של כץ והן של אבו צבחה, ואותה התרשלות היא הבסיס ליישום כלל הנזק הראייתי שמכוחו מחויב הנתבע לשכנע כי מסקנה היפותטית אחת שניתן להסיקה מעובדות המקרה היא עדיפה על פני מסקנה היפותטית אחרת, באופן שהקשר הסיבתי בין ההתרשלות של הנתבע לבין הנזק שנטען שהיא גרמה ייחשב כמוכח. בעניין כץ השאלה הייתה אם כץ היה נכנס למים במקום האסור לרחצה אילו האיסור היה מובא לידיעתו. אי-סימון החוף היווה בסיס הן לטענה כי העירייה התרשלה והן לטענה כי יש להפוך את נטל השכנוע בסוגיית הקשר הסיבתי. בעניין אבו צבחה שאל עצמו בית המשפט מה היה קורה אילו המחבל הכפות היה נשמר בקפדנות רבה יותר על ידי כוחות הביטחון, והאם –

284 עניין ד'אהר, לעיל ה"ש 184.

285 ראו עניין לאור, לעיל ה"ש 268, שם תוצאות בדיקה רפואית יכולות היו לייצר מסקנות עובדתיות שעליהן ניתן היה לבסס מסקנות בדבר קיומו או היעדרו של קשר סיבתי.

286 עניין כץ, לעיל ה"ש 147.

287 עניין אבו צבחה, לעיל ה"ש 194.

אילו כך היו פני הדברים – היה בכל זאת היורה מצליח לירות בו ולהרגו. את נטל הוכחת הקשר הסיבתי במצב היפותטי הבוחן "מה היה קורה אילו שמרו עליו", כשההתרשלות הנטענת בשמירה היא היא הבסיס הראשוני לתביעת הרשלנות מלכתחילה, מוכן השופט ריבלין להטיל על המדינה הנתבעת, שבאותו מקרה נקבע בסופו של דבר, כזכור, שבכלל לא הייתה כל התרשלות מצדה. באופן דומה מנסה השופט ריבלין לעשות קיצור דרך בעניינו של כץ לצורך הוכחת הקשר הסיבתי בין התרשלות העירייה לבין טביעתו של כץ.

יישומו של כלל הנזק הראייתי במקרים אלו<sup>288</sup> התקבל בפסיקה הישראלית כמעט כמובן מאליה בתביעות בגין רשלנות רפואית על כלל סוגיה וגוניה.<sup>289</sup> אולם אין זה מצדיק את אימוצו של כלל זה בתביעות שבהן ההשלכה שעלולה להיות לו על היקף אחריות המדינה ורשויותיה ברשלנות היא מרחיקת לכת.<sup>290</sup> בעניין כץ, בהבדל מעניין ד'אהר, העובדה שהיה מדובר בנתבעת שהיא רשות ציבורית לא עמדה במרכז שיקוליו של המשנה לנשיאה השופט ריבלין. השימוש בכלל הנזק הראייתי התקבל בחיוב בלי להתחשב בעובדה שמדובר בנתבעת ציבורית ובלי שהחשש מפני הרחבה רבה מאוד של האחריות הנזיקית, שאמרת האגב כאן פותחת לה פתח מבחינת נתבעים מסוג זה באופן כללי, יובא בחשבון. הסתייגות אפשרית מהפוטנציאל השלילי שיכול לבוא כאן לידי ביטוי בהכבדה שאולי אינה רצויה על המדינה ורשויותיה נותרה כאן חסרת ייצוג. לכן, לצד הביקורת המתבקשת מעניין כץ על הנכונות הרבה מדי, אולי, לעשיית שימוש נרחב יתר על המידה בכלל הנזק הראייתי, בתביעות נזיקין באופן כללי, מתבקשת גם ביקורת נוספת, נקודתית וממוקדת יותר. לפי ביקורת זו, כשמדובר בתביעות נגד נתבעים בעלי אופי ציבורי, השלכותיה של ההתפתחות המואצת בשימוש בכלל הנזק הראייתי מהווה – לפחות מבחינת התוצאה הסופית שהיא מייצרת, גם אם לא מבחינת הסיבה ליצירתה – צעד משמעותי, ובעיני גם בלתי-רצוי, בכיוון הפיכתה של אחריות המדינה לאחריות (כמעט) חמורה וזניחה של כל מנגנוני הבלימה והצמצום שהפסיקה הקפידה עליהם בראשית דרכה בסוגיה זו.

## י. סיכום

המגמה הכללית של הפסיקה הישראלית להרחיב את האחריות המוטלת בגין נזק

<sup>288</sup> ראו שני "הנזק הראייתי ו'עונשו'", לעיל ה"ש 267 המכנה אותם "נזק מובנה". על ההרחבה במבחני הוכחת הקשר הסיבתי ראו ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת האחריות בנזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי" **משפטים** לד(2) 385 (2003).

<sup>289</sup> ראו לאחרונה **בן דוד**, לעיל ה"ש 262; ע"א 2087/08 **מגן נ' שירותי בריאות כללית**, תק-על 10(3) 2252 (2010).

<sup>290</sup> ראו שני "הנזק הראייתי ו'עונשו'", לעיל ה"ש 267. המחבר מציע לאמץ כללים שונים למגוון סוגי הנסיבות המולידות נזק ראייתי ולמגוון סוגי הנזק הראייתי.

שנגרם ברשלנות נותנת את אותותיה גם במקרים שבהם הנתבעת היא המדינה או רשויותיה. בתי המשפט דוחים, בקלות אגבית מדי, את השיקולים התומכים בריסון ואיפוק במקרים כאלה. הבלחי פסיקה המדגישה את הצורך בריסון ואיפוק כזה, דוגמת זו של השופט עמית בעניין **גיל אימפורט**<sup>291</sup> והתבטאויותיה הזהירות של השופט ארבל בעניין **כים ניר**,<sup>292</sup> יכולות וצריכות להוות תמרוז אזהרה בפני מי שרעיון "השוואת המעמד" ביישום מלא וחסר הסתייגויות נראה לו כאטרקטיבי במיוחד. גם אם נסיבותיהם המיוחדות של המקרים שעמדו שם לדיון אינן משקפות בהכרח מצב בו שלילת האחריות מוצדקת,<sup>293</sup> הרטוריקה של השופט עמית והשופט ארבל מחייבת לפחות הרהור מחודש בסוגיית האחריות לנזק שנגרם בשל תפקוד רשלני של המדינה בביצוע סמכויותיה ותפקידיה השלטוניים. פסיקה המעבירה את נטל ההוכחה באופן כמעט מובן מאליה, לעתים, אל כתפי הנתבעים הציבוריים, על בסיס החורג מהרציונל הבסיסי שממנו נולד כלל "הנזק הראייתי" ומתעלמת במקרים רבים כמעט לחלוטין ממכלול הסיבות שהביאו לצורך לחשוב פעמיים טרם שמטילים אחריות ברשלנות על המדינה ורשויותיה, משקפת איזון תמוה. לפחות במקרים שבהם נובעת גרימת הנזק מיישום שיקול דעת שלטוני – גם אם שיקול הדעת הזה מתבטא בסופו של דבר בהתנהלות הנתפסת בעיני בית המשפט כרשלנית – דרוש רענון ודיון מחודש בנימוקיו של הנשיא שמגר בעניין **לוי**, ולא רק כמצוות אנשים מלומדה<sup>294</sup> כפי שנעשה לעתים לאחרונה.

המספר הגדל והולך של תביעות המוגשות נגד המדינה בגין ביצוע לא נאות של תפקידיה וסמכויותיה ומגוון נסיבותיהן<sup>295</sup> צריך לעורר חשיבה מחודשת בדבר האיזונים

291 עניין **גיל אימפורט בע"מ**, לעיל ה"ש 10.

292 עניין **כים ניר**, לעיל ה"ש 223.

293 שם נפסק כי לא הייתה כלל התרשלות.

294 "וְתִהְיֶה יָרָאתָ אֹתִי מִצְּוֹת אֲנָשִׁים מְלַמְּדָה" (ישעיהו כ ט ג).

295 בשנים האחרונות אנו מתבשרים השכם והערב על תביעות המוגשות נגד רשויות המדינה. אחת הבולטות והמעניינות ביניהן היא התביעה שהוגשה בת"א (מחוזי מרכז) 4810-03-10 **טחן נ' מדינת ישראל** (טרם ניתנה החלטה) שבה נטען כי נזק בסך 18 מליון ₪ נגרם ל-64 תובעים שהשתתפו כשהיו חיילים בניסוי לחיסון מחלת ה"אנתרקס". לטענתם הם הסכימו להשתתף בניסוי בלא שהיו ערים לסכנות הטמונות בו, ולאחר שהובטח להם כי הוא בטוח לחלוטין. החיילים דורשים הפסקת הניסוי, חשיפת מרכיבי הנסיוב שניתן להם ופיצוי מקסימלי לכל אחד ממשתתפי הניסוי בגין עגמת נפש, נזק נפשי, שימוש בלתי-חוקי בגוף ורשלנות רפואית. ראו גלעד גרוסמן ויהושע בריינר "חיילי האנתרקס" תובעים מצה"ל מיליונים", **וואלה! חדשות**, 28.3.2010. ניתן לצפייה בכתובת: [news.walla.co.il/w=1/1657792/@/item/printer](http://news.walla.co.il/w=1/1657792/@/item/printer) (נבדק לאחרונה בתאריך 4.4.2012). נתון מעניין נוסף בהקשר זה הוא הנתון שלפיו מרבית ערעוריה של המדינה על פסיקה המטילה עליה אחריות – ולא רק בניזקין – מתקבלים. טד אייזנברג, טליה פיישר ויישכר ר' צבי "המדינה זוכה ביותר מ-80% מהערעורים לבית המשפט העליון" **משפט פתיחה** ספטמבר 2010. ניתן לצפייה בכתובת: [www2.tau.ac.il/Law/LawDev/viewrightoption.asp?num\\_new=19](http://www2.tau.ac.il/Law/LawDev/viewrightoption.asp?num_new=19) (נבדק לאחרונה ב-4.4.2012).

הראויים וההיררכיה המתאימה בין שיקולים ציבוריים ופרטיים בנושא מורכב זה. הצצה קצרה לשיטות משפט אחרות מלמדת, כפי שראינו לעיל, שהמגמה העולה מהבחירות שנעשות בדיני הנזיקין שלנו אינה היחידה הבאה בחשבון. על הסקאלה שבין החסינות המקורית שהוקנתה בעבר למדינה לבין השוואה מלאה ובלתי-מתלבטת בין האחריות המוטלת על המדינה בגין רשלנות בביצוע סמכויותיה השלטוניות לבין אחריותו של הפרט הרשלין ישנן כמה נקודות עצירה אפשריות, שכל אחת מהן משקפת גודל שונה של חורי "מסננת החובה" שעל פיה נמדדת האחריות הסופית בעולת הרשלנות. בהינתן קיומה של התרשלות מצד מי שמבצעים את תפקידיה של המדינה ובהינתן קשר סיבתי בין הביצוע הרשלני לבין הנזק, שגם על הוכחתו יש להקפיד בלא מתן הקלות ראייתיות נדיבות לנפגע, עדיין יש צורך לבדוק אם צריכה להיות<sup>296</sup> הכרה בקיומה של חובת זהירות מצד המדינה ורשויותיה כלפי מי שנפגע מהתרשלות זו. בדיקה זו צריכה להביא בחשבון את מרכיביה הנסיבתיים של כל תביעה ותביעה על פי הפרמטרים שפירטנו לעיל – סוג הפעילות, אופייה ומאפייניה לצד סוג הנזק ושיקולי המדיניות המיוחדים שהוא מכתוב. אין ספק שבמקרים לא מעטים ולא נדירים יביא שקלול השיקולים האמורים להטלת אחריות על המדינה. טבעי נכון וצודק שכך יהיה. מאידך, הקפדה על כך ששלב איזון השיקולים לא ייבלע בלהיטות להטיל אחריות על המדינה מנימוקים של "כיס עמוק" ו"מונע הנזק הטוב ביותר" וכיו"ב – שיקולים שבחלקם מועלים כמס שפתיים הכרחי בלבד – תבטיח שהטלת אחריות על המדינה לא תהיה כמעט מובנת מאליה, כפי שהיא כיום, שהיא תיעשה במידת הצורך והצדק בלבד וכי לא תחטיא את מטרתם המשולבת, המורכבת ועדינת האיזונים של דיני הנזיקין בכלל<sup>297</sup> ועולת הרשלנות בפרט.<sup>298</sup>

<sup>296</sup> במובן הבחינה הערכית והחובה המושגית והקונקרטית שבדגם שהתווה הנשיא ברק בעניין **גורדון**, לעיל ה"ש 9.

<sup>297</sup> בנימין שמואלי "קליעה למטרה": הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים" **משפטים** לט 233 (2010). עוד על מטרות דיני הנזיקין ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 417–451.

<sup>298</sup> לגישה דומה הרוגלת בהגבלת פוטנציאל האחריות ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1141–1156.