

האחריות הנזיקית של עובדי-הציבור המפעיל סמכויות של שיקול-דעת *

מאת

יואב דותן **

א. מבוא

שאלת האחריות הנזיקית של רשויות ציבוריות ועובדיהן נמצאת לאחרונה בתהליך של התפתחות מואצת. התפתחות זו נובעת בראש-ובראשונה כתוצאה מהמעורבות ההולכת וגוברת של המדינה ורשויותיה כמעט בכל שטחי החיים במדינה המודרנית.¹ על רקע זה, גרימת נזק כתוצאה מפעילותו של עובד-ציבור היא תופעה שכחה: הנהג הצבאי המתנגש במכוניתו; פקיד-הרישוי המסרב, מתוך רשלנות, להעניק רשיון המבוקש ממנו; מפקח-הבנייה המאשר תוכנית-בנייה לקויה — כל אלה הם גורמי נזק פוטנציאליים.

במישור המשפטי, דיני הנזיקין עוברים שינויים מסוימים בתפישות-היסוד שלהם. הגישה המזכרת של חיוב המזיק בפיצויים עקב "אשם" מצדו או משיקולים של צדק, הולכת ומפנה את מקומה לגישות חדשות יותר שלפיהן העברת נטל הנשיאה בנוק מהגזיק למזיק נובעת משיקולים של יעילות כלכלית, מחלוקת משאבים כללי-חברתית ומהסתלת סיכונים הנובעים מפעילויות שונות על כלל הנהגים מאותו סוג של פעילויות.² לפעילויות אלו יש השפעה רבה על שאלת אחריותה של הרשות הציבורית בנוזק: בעבר, לאור גישת ה"אשם", היתה חסינות המדינה בנוזקין משום ביטוי מובהק לריי-בונותה. המשפט האנגלי אימץ בהקשר זה את המקסימה "The King Can Do No Wrong", כביטוי לשלילת כל "אשם" אפשרי מצדו של הריבון.³

כיום תפישת זו, שלפיה יש למדינה ולרשויותיה מעמד מיוחד בדיני הנזיקין, הולכת ונעלמת. הגישה המקובלת היא, שמעמדן של רשויות המדינה בנוזקין צריך להיות

* רשימה זו מבוססת על חיבור שנכתב במסגרת הסמינריון "אחריות המדינה בדיני הנזיקין", שהינחה הפרופ' י' אנגלרד בשנת תשמ"ד. תודתי נתונה למנחה הקורס.

** בעת הגשת המאמר היה המחבר תלמיד שנה ד בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.

1 C. Harlow, *Compensation and Governmental Torts* (London, 1982) 37—38 (להלן: הרלו); E. D. Gennings, "Tort Liability of Administrative Officers" 21

Minnesota L. Rev. (1937) 263, 269—270 (להלן: גנינגס).

2 ג' טדסקי (עורך), י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין, דיני הנזיקין (מאגנס, מהדורה שנייה, תשל"ז) 28—30, 129, 381—383 (להלן: טדסקי).

*2 טדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 401.

שווה לזה של כל מוזיק אחר. הגישות החדישות של הטלת הסיכון הנובע מפעילות מסוימת על כלל הציבור הנהנים מאותה פעילות ושל "פיזור הנוק", מובילות, במקרים מסוימים, לדעה כי יש אף להרחיב את אחריותה של המדינה בנויקין מעבר לאחריותם של מוזיקים אחרים.³

רשימה זו תתרכז בעיקר בהיבט אחד של התהליך: האחריות הנויקית של רשות ציבורית המפעילה סמכויות של שיקול-דעת. תחילה נסקור את השיקולים הכלליים העומדים ביסוד כל הסדר של הטלת אחריות נויקית על המדינה ורשויותיה. לאחר מכן נדון בחסינותו של עובד-הציבור בנויקין לאור ההסדר הסטטוטורי הקיים במדינת ישראל. בהמשך נבדוק את היחס בין הדוקטרינה המינהלית של ה"אולטרא-וירס" לבין נושא דיונו, ונסיים בהתייחסות למעמדו של עובד-הציבור המפעיל שיקול-דעת ביחס לעוולות המרכזיות של פקודת הנויקין: עוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה.

ב. שיקולי מדיניות כלליים ביחס לאחריות: המינהל ושליחיו בנויקין

דיון בשיקולי המדיניות הקשורים לנושא הנדון מחייב הבחנה בין שיקולי המדיניות הקשורים לאחריות הרשות הציבורית ככזו, לבין שיקולי המדיניות הקשורים לאחריותו האישית הישירה של עובד-הציבור הגורם לנזק. נדון להלן בנפרד בשתי השאלות האלו, מתוך שימת דגש על ייחודו של עובד-הציבור המפעיל שיקול-דעת, ורק לאחר-מכן – ביחס שבין שתי השאלות הנ"ל.

1. אחריות הרשות הציבורית בנויקין

העקרונות היסודיים של שלטון החוק, ושל שוויון הכול בפני החוק, מחייבים הטלת אחריות נויקית על הרשות המינהלית כמו על כל גורם נזק אחר.⁴ נקודת-המוצא של הדיון היא אפוא חיוב הרשות המינהלית בנויקין, למעט אם יש טעמים אחרים המצדיקים להעניק לה פטור כלשהו מאחריות כזו.

3 ראה להלן, פרק ב, סעיף 1.

4 לאורך כל חלק ב, הדן בשיקולי מדיניות, לא נבחין בין שאלת האחריות לשאלת ההפינות של הרשות בנויקין. שכן, מבחינת התוצאה המעשית, לעניין הנדון במאמרנו, אין הבדל בין שלילת האחריות לבין הענקת חסינות בנויקין לגוף כלשהו (יש להעיר, כי גם מבחינה עיונית מוטל תוקף ההבחנה בספק כאשר אנו עוסקים בחסינות מהותית השוללת את האופי העולתי ממעשהו של הנהנה מחסינות). ראה סדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 398.

5 A. Rubinstein, "Liability in Torts of Judicial Officers" 15 *University of Toronto* L.J. (1964) 317, 318; הרלו (לעיל, הערה 1), בעמ' 25; וכן ע"א 507/79 ראנדורף (קורן) נ' חכים, פ"ד לו(2) 757, 794. אך ראה גם דעתו החולקת של השופט שמגר, שם 781(ה), 782(ד)–783(א); G. L. Sellers, "State Tort Liability for Negligent Fire Inspections" 13 *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 303, 331 (להלן: סלרס); ולאחרונה, ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גירדון, פ"ד לט(1) 113, 131 (להלן: הלכת גירדון).

נבחן עתה כמה טעמים אפשריים כאלה:

הטיעון הראשון והנפוץ הוא, שהמינהל לא יוכל לעמוד בנטל הכלכלי הנובע מהטלת אחריות נזיקית עליו, והשוואת מעמדו בנויקין לזה של הפרט תוביל להתמוטטות המערכת הציבורית.⁶

טיעון זה מותקף בשנים האחרונות הן על רקע אמפירי, כלא-נכון, והן על רקע לוגי כלא-רלבנטי: מחייבי הטלת האחריות טוענים כי, ראשית, אין כל סכנת התמוטטות כזו עקב הסרת החסינות: נסיונן של מדינות שבהן אין למדינה כל חסינות בנויקין,⁷ והעובדה שטענות דומות לגבי הרחבת אחריות בתחומים אחרים⁸ הופרכו בעבר,⁹ מוכיחים כי החשש מפני קטסטרופה טוטלית הוא חסרי-בסיס.¹⁰

שנית, לרשות הציבורית יש אמצעים שונים כדי למנוע שואה אפשרית כזו: אם על-ידי הבטחת עצמן בביטוח מתאים, ואם על-ידי מימון ההוצאות באמצעות מיסוי או באמצעות קביעת תקרה לפיצויים שמשלמת המדינה.¹¹

לבסוף יש לציין, כי הטלת אחריות עקרונית על הרשות אין פירושה שהיא תחויב בכל מקרה של תביעה נגדה; שהרי כמו בכל תביעה נזיקית עדיין יעמדו לפני התובע מחסומים להוכחת יסודות העוולה (ובראשם בדרך-כלל רשלנות), הקשר הסיבתי¹² וריחוק הנזק. כל אלה מונעים חשש של מפולת שתיגרם לאוצר המינהל, ומאפשרים בדרך-כלל לבית-המשפט לווסת את היקף אחריותה של הרשות בהתאם לזרם התביעות המוגש נגדה.¹³

- 6 ראה, למשל, ד"ר 6/66 שהאדה נ' חיל, פ"ד כ(4) 617, 624.
- 7 F. Stone, A. Rinker, "Governmental Liability For Negligent Inspections" 57 *Tulane Law Rev.* 328, 431 (להלן: סטון); וכן ע"א 862/80 קיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לו(3) 757, 767 (להלן: הלכת זוהר). ראה גם רשימת מדינות בארצות-הברית, שבהן אין חסינות נזיקית לרשות המינהלית, ופירוט הסכומים ששולמו שם, וכן סלרס (לעיל, הערה 5), בעמ' 346.
- 8 כגון הטלת אחריות שליחותית על מעבידים. ראה להלן, הערה 9.
- 9 סטון (לעיל, הערה 7), שם.
- 10 *אם כי אין להתעלם מהשיקול של השפעה על הקופה הציבורית. ראה להלן, הערה 14. בכל אופן, החשש מקטסטרופה "טוטלית" הוכח כחסרי-בסיס. עמדה זו זכתה לאישור מפורש בפסק-דין של בית-המשפט העליון בעניין גורדון (לעיל, הערה 5), בעמ' 132 (למעלה).
- 10 (א) כפי שנעשה, למשל, בחוק פיצוי תאונות דרכים, תשל"ה-1975. מובן שלפתרון של קביעת תקרת-גג לפיצויים יש חיסרון בכך שהוא פוגע בעקרון השבת המצב לקדמותו לגבי נפגע שנוקו עולה על התקרה. ראה טדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 898 (עדכון לסעיף 342) לגבי חוק פיצוי תאונות דרכים.
- (ב) ראה פסק-הדין זוהר (לעיל, הערה 7), בעמ' 767; והרלו (לעיל, הערה 1), בעמ' 50; וכן סטון (לעיל, הערה 7), בעמ' 345.
- 11 ראה פסק-הדין זוהר (לעיל, הערה 7), שם; וכן סטון (לעיל, הערה 9), בעמ' 347-348; ולאחרונה: ע"א 337/81 בנקלה נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד לח(3) 337, 346. אותם נימוקים עומדים גם לדחיית הטיעון שלפיו התרת אחריות מלאה של המדינה תוביל להצפת בתי-המשפט בתביעות-סרק נגדה, ועליו מעיר סטון כי הוא מורה על זלזול בכושרם של בתי-המשפט לעמוד בפרץ. וראה פסק-הדין גורדון (לעיל, הערה 5), בעמ' 135.
- 11 *למעשה, גם השאלה בדבר עצם הטלת האחריות על הרשות תלויה במידה רבה בשיקולי מדיניות שינחו את בתי-המשפט. הדבר בולט במיוחד בכל הקשור ל"עוולות המסגרת"

מבחינת ההיגיון – טוענים מתנגדי חסינותה של הרשות – אין דיני הנזיקין מחשיבים את יכולתו הכספית של המזיק כנימוק רלבנטי לגבי הטלת אחריות או שלילתה. הטענה "אין לי" אינה מהווה הגנה טובה בנזיקין.¹²

נימוק אחרון זה אפילו אינו מונע אפשרות ליצור הסדר נזיקי עקרוני המביא בחשבון את יכולתה הכלכלית של המדינה; שהרי הוא מעמיד בספק רב אפשרות של שלילת אחריות הרשות בדרך פסיקתית, כאשר מוטלת על המדינה אחריות עקרונית כזו על-ידי המחוקק.

דוגמא אופיינית להסדר פסיקתי המצמצם את האחריות הנזיקית של הרשות הקיימת מכוח חוק היא דוקטרינת ה-Public Duty Defence הרווחת בפסיקה האמריקנית.¹³ לפי דוקטרינה זו, פקיד-ציבור המפעיל את סמכותו אינו חב חובת זהירות ברשלנות לנפגע הספציפי מפעולותיו, משום שחובתו מתייחסת כלפי הציבור בכללו. הדים לגישה זו נשמעו היטב גם בפסיקה הישראלית.¹⁴ אם גם ניתן לפתח עקרונות פסיקתיים כאלה בשיטה משפטית שבה גם אחריות הרשות נוצרת על-ידי בית-המשפט, הרי ספק רב אם יש מקום לכך בשיטה משפטית שבה אחריותה של הרשות מעוגנת בחוק החרות. לכן, לאור חוק אחריות המדינה, תשי"ב–1952, ופקודת הנזיקין אין מקום לקבלת דוקטרינה זו או דומות לה במשפט בישראל; שכן תהיה בכך משום הסגת גבולו של המחוקק על-ידי בית-המשפט.¹⁵

לסיכום: השיקול "הכלכלי" צריך להיות שיקול חשוב¹⁶ בעיצוב כל הסדר חקיקתי

שאת חוכנו והיקפן רשאי בית-המשפט לעצב בהתאם לשיקולים שונים, וביניהם השיקול "הדינמי" של השפעת פסיקה קודמת על מספר התביעות המוגשות כנגד המדינה וכו'. ראה טדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 86–89, 104–105; ע"א 145/80 ועקנין נ' המעצה המקומית בית-שמש, עד לז' (1) 113, 139; ולאחרונה ע"א 245/81 בולטאן נ' בולטאן, פ"ד לח' (3) 169, 174; ופסק-הדין גורדון (לעיל, הערה 5), שם.

12 ראה סטון (לעיל, הערה 9), בעמ' 341; וכן ע"א (ת"א) 164/81 סיהן נ' ברי, פ"מ תשמ"ג (א) 192, 202–203 (להלן: פסק-הדין סיהן).

13 ראה סלרס (לעיל, הערה 5), בעמ' 323.

*13 ראה, למשל, ד"ר 6/66 שהאדה נ' חילו, פ"ד כ' (4) 617, 622. אך ראה דחיית גישה זו בע"א 603/73 קיפר נ' קמר, פ"ד כט' (2) 244, 248–249; וכן פסק-הדין סיהן (לעיל, הערה 12), בעמ' 205.

*13 ראה פסק-הדין גורדון (לעיל, הערה 5), בעמ' 134. גם בארצות-הברית בוקרו לאחרונה פסקי-דין רבים המצמצמים את אחריות המדינה על-ידי השלטת עיקרון פסיקתי, מקום שהעניין מוסדר בחוק – מאותה סיבה. ראה סלרס (לעיל, הערה 5), בעמ' 339; וכן סטון (לעיל, הערה 9), בעמ' 335–340.

14 אכן, נסיונו של מדינות שבהן הותרה תביעה מלאה של הרשות בנזיקין מורה, כי להסדר כזה יש השפעה לא-מבוטלת על הקופה הציבורית. כך, למשל, הוגשו בעקבות חוק ליברלי בנושא זה תביעות בסך 34 מיליון דולר כנגד העיר דה-מוינס שבארצות-הברית בתוך 13 השנים (1968–1981) שבהן היה החוק קיים. ראה על כך T. A. Hopkins, "Municipal Tort Liability In Iowa" 31 Drake L. Rev. (1981–1982) 855, 876; ובעיר ניו-יורק שילמה קופת העיריה סכום המהווה 1/5 האחוז מתקציבה השנתי, בין השנים 1963–1968, עקב תביעות נזיקין מוצלחות שהוגשו נגדה. ראה סלרס (לעיל, הערה 5), בעמ' 346. אגו נדון עוד בשאלת הנטל הכלכלי, בפרק העוסק באחריות הנובעת מסמכויות התכנון והפיקוח של הרשות, להלן, עמ' 273–274.

כולל של אחריותה של המדינה ורשויותיה בנוזיקין, אך אין לראות בו בשום פנים נימוק מספיק לביסוס הסדר פסיקתי השולל לחלוטין את אחריותה של הרשות. נימוק נוסף של שוללי הטלת אחריות נזיקית רגילה על הרשות הציבורית התבסס על ההנחה שהסדר כזה יגרום לפגיעה ביעילותה של המערכת הציבורית, עקב הרתעת עובדיה משימוש מלא וחופשי בסמכויותיהם¹⁵. אנו נדון בטיעון חשוב זה בקשר לאחריותו האישית של העובד¹⁶. בשלב זה נציין רק, כי הדעה הרווחת היא שהטלת אחריות מלאה על המינהל תוביל דווקא ליעול המערכת¹⁷, ובחינה מדוקדקת (דרך מודלים כלכליים) מורה כי דווקא כלל משפטי של שלילת כל חסינות מהגוף הציבורי הוא הכדאי ביותר לאימוץ מבחינה כלכלית¹⁸.

מכאן שבחינת ההיבט של השפעת כלל האחריות הנזיקית על התנהגות המערכת הציבורית בכללה (להבדיל מהתנהגות של עובד ספציפי) מובילה דווקא למסקנה המחייבת (מבחינה כלכלית, לפחות) את השוואת מעמדה בנוזיקין של הרשות לזו של הפרט, ומכל-מקום אין לקבל את הנימוק הנוגד מסקנה כזו בלי ייבוס תחילה על מודל אמפירי כלשהו.

מול הטעמים האלו, של שלילת אחריותה של הרשות הציבורית או הגבלתה, קיימים נימוקים כבדי-משקל לטובת הגישה של השוואת מעמדה של הרשות למעמדו של כל מוזיק אחר.

מנקודת-מבטו של הנפגע אין כל הצדקה להפלייתו לרעה רק משום שאיתרע מזלו ונפגע על-ידי עובד-ציבור. הנימוקים הבסיסיים של דיני הנוזיקין המחייבים העברת הנוזק מהנפגע למוזיק קיימים לגבי מוזיק "ציבורי" כמו לגבי כל מוזיק אחר¹⁹.

אם נקודת-המוצא של דיני הנוזיקין היא רעיון האשם²⁰, הרי (מנקודת-מבטו של הנפגע, לפחות) אין כל סיבה להימנע מהטלת האחריות לפיצוי על עובד-ציבור, או על הרשות הציבורית ששלחה אותו, אם היה אשם במעשה. הענקת חסינות לגוף הציבורי יוצרת אפוא מצב של חוסר-צדק כלפי הנפגע שנשאר ללא סעד נזיקי.

לאור המעורבות הרבה של הרשות הציבורית בחלק ניכר משטחי הפעילות היומ-יומיים, הנימוק של השוויון (במעמדו של הניזוק) מקבל משנה-תוקף. אין גם כל הצדקה לכך שהסיכון הנובע מפעולות הרשות, שמהן הציבור כולו נהנה, יפול על הפרט הנפגע, שייאלץ לשאת בו לבדו.

15 ראה פסק-הדין שהארה (לעיל, הערה 6), בעמ' 624.

16 להלן, סעיף 2.

17 הלכת זוהר (לעיל, הערה 7), בעמ' 767. פסק-הדין בוספילה (לעיל, הערה 11), בעמ' 345-346; *Dutton v. Bugnor Regis Building Co.* (1972) 1 All E.R. 462, 470, 476.

וכן סלרס (לעיל, הערה 5), בעמ' 350.

18 M. L. Spitzer, "An Economic Analysis of Sovereign Immunity in Tort" 50 *S. California L. Rev.* (1967-1977) 515, 548 (להלן: שפיצר). למרות שבסיטואציות ספציפיות מסוימות עשוי כלל חסינות להיות כדאי, הרי שהמורכבות של יצירת כלל כזה (הכדאי, כאמור, רק בסיטואציות ספציפיות), מחייבת יישום קריטריונים מסובכים, כך שהעלות של התהליך כולו אינה משתלמת, ולכן מנקודת-ראות כללית הכלל המשתלם ביותר הוא הטלת אחריות מלאה על המינהל בנוזיקין.

19 ראה טדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 381.

*19 טדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 27-28.

זהו הרעיון העומד בבסיס הגישה הדוגלת "בעקרון הסיכון", שלפיו על קופת הציבור לשאת בנטל הפיזיוני לנזקו של הפרט שנפגע מסיכון הכרוך בפעולה המקדמת את האינטרסים של כלל הציבור.²⁰

גישה זו של עקרון הסיכון לא רק מחייבת את השוואת מעמדה של הרשות הציבורית בנויקן לזה של מו"ק פרטי, אלא אף מובילה לכך שבמקרים מסוימים תוטל על הרשות אחריות רחבה מזו שהיתה מוטלת על הפרט במקרה דומה. בסוגי פעילויות מסוימות, במיוחד כאלו המלוות בטבען סיכונים גדולים (כגון שימוש באמצעי לחמה, הספקת גז וכד') יש, לפי גירסה זו, להטיל על הגוף הציבורי אחריות חמורה²¹, או אף מוחלטת, לכל מעשה נזק הנובע מקיום פעילות זו.²²

גם אם נאמץ את "הגישה הכלכלית" הדוגלת בהעברת נטל הפגיעה מכתפיו של הפרט הנפגע ופיוורו על קבוצת אוכלוסיה גדולה יותר²², הרי קיים טעם נוסף להטיל את הנזק על הרשות המזיקה (במקום להשאירו אצל הפרט הנפגע), והוא שהרשות הציבורית היא מפזר נזק טוב יותר מהפרט הנפגע²².

הביטוי הקיצוני ביותר למגמה של הרחבת אחריותה של הרשות הציבורית מעבר לרמת אחריותו של הפרט, נמצא בדוקטרינה הצרפתית של ה"אחריות ללא אשמה". גישת הדין הצרפתי היא, שה"אשמה" של הרשות הציבורית איננה זהה ל"אשמה" של הפרט המעוול. כל שנדרש כדי לחייב את הגוף הציבורי בפיזיו הוא הוכחת ארגון או תפקוד לקוי של פעולת המינהל בכלל (ללא צורך בהוכחת אשמה ספציפית או רשלנות באקט קונקרטי), כאשר את הנ"ל ניתן להוכיח בקלות מעצם התרחשות התוצאה המזיקה.²³

2. האחריות האישית של עובדי הציבור

לאור הגישה המקובלת, הרואה באחריות פועל יוצא של אשם, תתבסס אחריות המינהל

20 הרלו (לעיל, הערה 1), בעמ' 70-75; טדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 418; וראה G. Ganz, "Compensation For Negligent Administrative Action" *Public Law* 84, 97-98 (1973).

21 כדוגמא לרמת אחריות "חמורה" ראה חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"מ-1980, ס"ח 964, סעיפים 2, 4.

22 ראה הרלו (לעיל, הערה 1), בעמ' 78. הטלת אחריות כזו לגבי פעילויות מסוכנות מטבען, או כאלו שהן בשליטתה הבלעדית של הרשות, קיימת בדין הצרפתי. ראה G. Eorsi, "Private & Governmental Liability For the Torts of Employees and Organs" *International Encyclopedia of Comparative Law* (1983), vol. XI, Torts, 1983, ch. 4, 117 (להלן: אאורסי). יש המחייבים הגעה לתוצאה דומה באמצעות העברת נטל של ההוכחה לרשות בכל מקרה שבו אינסטרס של הפרט נפגע עקב פעולתה. ראה הרלו (לעיל, הערה 1), בעמ' 43-44.

22* על רעיון פיוור הנזק וההבחנה בינו לבין גישת "חלוקת הסיכון", ראה אצל טדסקי (לעיל, הערה 1), בעמ' 28-30.

22** הלכת גורדון (לעיל, הערה 5), בעמ' 131-132.

23 אאורסי (לעיל, הערה 22), שם. גישה דומה קיימת בדין הגרמני, ראה שם.

על אשמתו של העובד שביצע את הפעולה מטעם המינהל, ובדרך-כלל לא תתעורר שאלת אחריותו של המינהל ללא הכרה באחריותו האישית של העובד.²⁴ השאלה הנשאלת היא מה יהא חלקו של עובד-הציבור בנטל האחריות, והאם הני-מוקים שפורטו לעיל לגבי אחריות המינהל תקפים גם לגבי אחריותו האישית של העובד.

על-פני הדברים ברור, כי חלק ניכר מהנימוקים המצדיקים את הרחבת אחריותו של המינהל אינם קיימים לגבי העובד עצמו.

יכולת הפיצוי של עובד-הציבור מוגבלת ביותר (במיוחד ביחס לנזקים הגדולים שהוא עלול לגרום במסגרת תפקידו). בניגוד לרשות עצמה אין הוא "מפורז" טוב, ואם ייתבע לבדו, יהיו מקרים רבים שבהם יהיה קשה לנפגע להיפגע ממנו כדי מלוא נזקו.

גם הנימוקים של "חלוקת סיכון" אינם תקפים כאן: מדוע יוטל מלוא נטל הפיצוי מפעילות מסוכנת כל עובד-הציבור, שמטרת פעילותו היא קידום תועלת הכלל, עליו אישית?

יוצא שהן נימוקי צדק, והן נימוקים של חלוקת הסיכון ופיזורו, מחייבים בדרך-כלל להעביר את נטל החיוב בפיצוי הנובע מפעולתו של עובד-ציבור, מכתפיו של העובד לקופת הרשות. ואולם, השיקול שעליו נטויה המחלוקת, הוא שיקול ההרתעה והתמריץ. האם הטלת אחריות נזיקית תגרום לעובד-הציבור להיות הססן ולהימנע מלהפעיל את סמכויותיו, או שההיפך הוא הנכון, ודווקא הטלת האחריות היא שתדרבן את העובד לפעול ביעילות ובזהירות?

בניגוד לעבר הלא-רחוק²⁵, דעה מקובלת כיום היא שהטלת האחריות תביא דווקא לשיפור יעילותו של הפקיד ותגרום לו לפעול בזהירות, במיומנות ובסבירות²⁶. לא קל לתת תשובה מבוססת לשאלה זו (שהיא אמפירית במהותה). הקשיים בהקשר זה נובעים לא רק משום שקשה ליצור מודל להתנהגות צפויה של עובד-הציבור לאור ההסדר הנוזקי החל עליו²⁷, אלא גם משום שהמונח "עובד-ציבור" אינו עשוי מיקשה

24 בניגוד לגישה בקונטיננטל הדגה במקרים רבים באחריות ישירה של הרשות ללא חלות באשם כלשהו מצד אדם קונקרטי. ראה לעיל, הערה 22; וכן ראה טדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 383.

25 ראה בפסק-הדין שחארה (לעיל, הערה 6), בעמ' 624; ראה גם טדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 381–382.

26 בארצות-הברית ראה סטון (לעיל, הערה 9), בעמ' 344; סלרס (לעיל, הערה 5), בעמ' 350. באנגליה: Dutton (לעיל, הערה 17). בישראל: הלכת זוהר (לעיל, הערה 7).

27 ראה שפיצר (לעיל, הערה 18), בעמ' 515, 516. בניגוד לגורמים פרטיים, שההנחה לגביהם היא שהם שואפים תמיד למכסם את רווחיהם ולהקטין את הוצאותיהם והפסדיהם מתאונות עד למינימום, הרי שלגבי גוף ציבורי או עובד-ציבור אין הנחה זו ברורה לחלוטין. המניעים המסוערים להתנהגות המדינה, רשויותיה ועובדיה הם קשים לאיתור, ולא ברור מה הם "הערכים" שאותם עובד-הציבור שואף למכסם. נוסף לכך, קשה גם למדוד את ההשפעה הישירה של הסדר משפטי זה או אחר על התנהגות העובד בשטח. לא ברור עד כמה העובד מודע להסדר המשפטי החל עליו ולכן קשה לקבוע עד כמה הסדר כזה יכול לכוון את התנהגותו. ראה להלן עמ' 253–254.

אחת. קיימים סוגים רבים ושונים של עובדי-ציבור והשפעת הסדר כזה או אחר על כל אחת מהקטגוריות והסוגים אינה זהה *27.

בחרנו להביא כאן בהקשר זה מודל אחד *28 המתייחס בעיקר לעובדי-הציבור ברמה הביצועית הנמוכה יותר של המינהל הציבורי *29, אם כי לחלק מהשיקולים העומדים בבסיסו יש רלבנטיות לשאלת האחריות של עובדי-הציבור בכלל.

ניתוח מפורט של תנאי העבודה של עובדי-הציבור מראה, כי לעתים קרובות הוא צריך לקבל החלטות בתנאים של לחץ סביבתי, חוסר-זמן, עומס עבודה וסביבה עוינת. תנאים אלו גורמים לסיכוי גבוה של שגיאות, ואתו—לסיכון של גרימת נזק רב. מול כל אלה בולטת העובדה, שלעובדי-הציבור אין כל רווח אישי מנטילת סיכונים מיותרים. בחירה של העובד בקו-פעולה—הנראה אופטימלי לצורך מילוי תפקידו, אך הנושא עמו סיכונים—עשויה להביא לציבור תועלת, אך מבחינת העובד בחירה כזו תביא להגברת הסיכון האישי שלו לשאת באחריות נזיקת *30. לעומת זאת, נקיטת קו-פעולה אחר, כדאי פחות לציבור, אך כולל סיכוי גרימת נזק קטנים יותר, משתלמת יותר לעובד עצמו.

מול כל אלה יטען הטוען, כי גם כך עדיין בית-המשפט יכול להגדיר באורח נאות את הקריטריונים של ה"סבירות" המשפטית. לכן עובדי-הציבור שנקט את קו-הפעולה ה"מסוכן" אך היעיל, ייחשב כפועל בסבירות למרות שנטל סיכון ושגה תוך כדי פעולה בתנאי לחץ; ומאידך גיסא, העובד שנקט את קו-הפעולה ה"נוח" ייחשב רשלן. כלומר: עצם הטלת אחריות נזיקת עקרונית על עובדי-הציבור כתוצאה משלילת חסינותו עדיין אין פירושה שבכל מקרה שהעובד גרם נזק תוטל עליו אחריות. קיומן של עוולות מסגרת *30 בפקודת הנזיקין, מאפשר לבית-המשפט לעצב במידה רבה את היקף תחומי האחריות הנזיקית של כל סקטור של מזיקים פוטנציאליים. בבואו לקבוע את היקף האחריות של עובדי-הציבור בנזיקין יוכל בית-המשפט להביא בחשבון את השיקולים והמאפיינים המייחדים את מצבו של עובדי-הציבור ולתחום בהתאם לכך את גבולות אחריותו *30.

ואולם, מבחינה מעשית אין—לדעתנו—ביסוס לטענה זו. ראשית, אין נחמה גדולה לעובד הנוטל סיכונים בכך שבית-המשפט עשוי להכיר בסבירות פעולתו. הן הסיכון שבעצם הגשת התביעה, חוסר-הוודאות בקשר לתוצאות תהליך, חוסר המיומנות והמקד

*27 להגדרת "עובדי-ציבור" ראה טרסקי (לעיל, הערה 2), סעיף 216, עמ' 384.

*28 זהו המודל המובא אצל P.H. Schack במאמרו "Suing Our Servants, The Court Congress and the Liability of Public Officers for Damages" *The Supreme Court L. Rev.* 281 (להלן: שאק).

*29 דיון מפורט יותר בקטיגוריציה של עובדי-הציבור ובהשפעות הסיווג ייעשה להלן (בפרק ב, סעיף 1).

*30 שאק (לעיל, הערה 28), בעמ' 300—315.

*30 אלו הן עוולות הרשלנות (סעיף 35 ו-36 לפקודת הנזיקין) והפרת חובה חקוקה (סעיף 63 לפקודת הנזיקין). מרבית תביעות הנזיקין כנגד עובדי-ציבור יוסדרו במסגרת שתי העוולות הרחבות האלו (ראה להלן, פרקים ה, ו).

*30 ראה פסק-הדין בוסקילה (לעיל, הערה 11), עמ' 345, מול האות ז.

צועיות (בתחום הספציפי הגדון) של בית-המשפט שיצטרך לבחון את סבירותה^{30***}; והן העובדה שקיום תהליך כשלעצמו גורם נזק רב לעובד-הציבור, העלול להיות מושעה מתפקידו, ואין כל ודאות שלא יצטרך לשלם מכיסו את הוצאות המשפט³¹ — כל אלה ימריצו את העובד לבחור בקו-הפעולה החלופי, חסר-הסיכונים, שהסיכוי שהעובד יוכר בו כרשלן הוא אפסי. נטיה זו לבחור בקו-פעולה "הנוח" תגבר לאור העובדה, שאין לעובד-הציבור כל אינטרס ישיר ביצילות המערכת. הנפגעים העיקריים מתהליך כזה יהיו הנזקקים לשירותיו של הגוף הציבורי שבו העובד משרת, שברוב המקרים לא יהיו מודעים לכך שהם קורבן של התנהגות "עוולתית" כזו, או שלא יהיו מסוגלים לזהות את המעוול הספציפי³². עובד-הציבור, שפעולתו תגרום להפרתם של הכללים וההוראות המסובכים המעגנים את פעולתו במישור המשפטי³³ ינהג בעודף זהירות והססנות, דבר העלול להביא לידי כך שיעילותו של המינהל תיפגע. סכנה זו מחריפה לאור קיומה של עוולת הפרת חובה חקוקה, המאפשרת הטלת אחריות נזיקית גם בהעדר רשלנות ויש לה משמעות מרחיקת-לכת לגבי עובד-ציבור³⁴.

פתרון בעיה זו מחייב אפוא ליצור מערכת של "כיסוי נזיקי" לעובד³⁵, שיבטיח אותו

30*** בעיית חוסר מיומנותו של בית-המשפט ואי-התמצאותו בתחום הספציפי, שלגביו הוא אמור להגדיר סטנדרט של התנהגות "סבירה" או חריגה ממנו (קרי: רשלנות) איננה מיוחדת דווקא לעניין עובד-ציבור. אולם בכך אין "נחמה" לעובד-הציבור, שחששו מפני התדיינות משפטית וחוסר-הודאות הקיים אצלו לגבי תוצאותיה יובילו לנקוט קו-פעולה "בטוח" ולא יעיל.

31 פסק-הדין בוסקילה (לעיל, הערה 30**), עמ' 331, 334—336 והערות 184 ו-185 (לגבי המצב הבלתי-אחיד בנושאים אלו במדינות השונות בארצות-הברית). חוסר הודאות לגבי תוצאות תהליך נובע בראש-דבר משונה מכך, שהקריטריונים המגדירים את החסינות אינם ברורים ותחומים בפשטות (שם, בעמ' 325—326). ראה, למשל, את הבעייתיות לגבי הגנת תוס-הלב העומדת לעובד-הציבור בחלק ממדינות ארצות-הברית (שם, בעמ' 327—339), וכן ההבחנה המקבילה בין "אשם אישי", "אשם תוך כדי השירות" בצרפת (אצל אאורסי, לעיל, הערה 22, בעמ' 115—116). גם הקריטריונים של סעיף 7 לפקודת הנזיקין אינם יוצרים מצב טוב יותר מבחינה זו בדיני מדינת ישראל. ראה להלן, עמ' 265, 255 ואילך. לעניין הוצאות המשפט החלות על הפקיד ראה שאק (לעיל, הערה 28), עמ' 326—327, 331. בחלק גדול מהמקרים הפקיד נושא לפחות בסיכון המשני של הוצאות המשפט. הקריטריונים להענקת הגנה משפטית הם לעתים לא ברורים ומסובכים, כך שמבחינת הפקיד שצריך לכוון לפיהם את התנהגותו, סביר שלא יקח על עצמו סיכונים (שם, שם). המצב בישראל אינו טוב יותר. הנחיית היועץ המשפטי מס' 60.103 קובעת השתתפות של המדינה בהוצאותיו של העובד על עבירה שנעשתה בעת מילוי תפקידו. ההנחיה חלה רק לגבי הליך משמעתי או פלילי ולא לגבי חביעה אזרחית. אין גם הוראה מקבילה לעניין מימון הגנתם של עובדי רשויות מקומיות. ראה בעניין זה בג"צ 864/78 מורחי נ' קיריית ראשון-לציון, פ"ד לג(2) 828.

32 שאק (לעיל, הערה 28), בעמ' 339.

33 שם, בעמ' 305—307, 311—312.

34 אנו נשתמש במינוח של "כיסוי נזיקי" לכל הסדר של העברת הנטל מכתפיו של העובד לקופת הציבור: אם עליידי ביטוח העובד או שיפויי עליידי הרשות בכל מקרה שבו יתויב בנזיקין, או אף הטלת האחריות באופן ישיר על הרשות. לא ניכנס כאן לפירוט של שיקולי עדיפות של אחד מהסדרים אלו, שכן ניתוח כזה מצריך מחקר מעשי מפורט, ותוצאותיו תלויות בשורה ארוכה של גורמים כגון סוג העובד המבוטח, הרשות שבה מדובר, היבטים כלכליים שונים וכו'. ראה שאק (לעיל, הערה 28), בעמ' 330—332.

מפני תביעות נזיקין. כיסוי כזה יושג באמצעות ביטוח העובד על-ידי הרשות, או שיפוי אוטומטי של הרשות לכל נזק שהעובד יתחייב בו (כולל הוצאותיו במשפט), או על-ידי הטלת האחריות למעשיו של העובד ישירות על הרשות.

ואולם, מול כל אלה עומדת הטענה, כי במקרים מסוימים אין כל הצדקה להעניק לעובד את החסינות או את ה"כיסוי הנזיקי" הזה. אלו הם המקרים שבהם העובד פוגע בנפגע מתוך כוונות ודון, מתוך מניע אישי שאין לו קשר לתפקיד וליעוד הציבורי³⁵, או שפעולת העובד נגועה ברשלנות קיצונית.

בכל מקרה שבו ניצור כלל חסינות או "כיסוי" כזה, שיוציא מתחולתו את המקרים האחרונים, הרי יש חשיבות רבה — לאור השיקולים שפורטו לעיל — שהכלל הזה יהיה פשוט וברור, כך שלעובד לא יהיה ספק כי בפעולה רגילה, ולו גם רשלנית, אין לו לחשוש מפני תביעה נזיקית³⁶. מובן שפתרון כזה חסרונו בכך שאפקט ההרתעה על העובד אינו קיים, ולכן אובד גם ערכו של הדין הנזיקי כמכוון התנהגות. ואולם, יש לזכור כי מעמדו של השיקול ההרתעתי בדיני הנזיקין אינו ברור כלל, משתי סיבות מרכזיות: ראשית, אין — למיטב ידיעתי — מסקנה אמפירית חד-משמעית לגבי השפעת האפשרות להתחייב בנזיקין על התנהגותם של מזיקים פוטנציאליים, ואין גם כל מידע שיכול להצביע על רמת המודעות של עובדי-הציבור לכללי הדין הנזיקי "המאיים" עליהם³⁷. שנית, האופי של דיני הנזיקין כמכווני התנהגות מוטל בספק, שהרי ממילא רק חלק קטן, מקרי ושולי של כל האירועים העוולתיים (התרשלות, הפרות חובה חוקית וכו') מגיע לבתי-המשפט במסגרת תביעה נזיקית. ברוב הגדול של המקרים לא נגרם נזק ולכן אין כל תגובה להתנהגות של המעוול הפוטנציאלי מצד המערכת המשפטית³⁸. לאור זאת, ולאור השיקולים שפורטו לעיל (והחשש, כי העובד הממוצע, אפילו יש כלל חסינות רחב המגן עליו, יכיר רק את המקרים החריגים והקיצוניים שבהם חויבו עמיתיו בנזיקין על פעולותיהם), יש — לדעתנו — לשמור על המסגרת האמורה של הענקת כיסוי נזיקי לעובדי-הציבור שימנע ממנו סיכון אישי של התחייבות בנזיקין (ולמעט המקרים הקיצוניים שפורטו לעיל).

במקביל לכלל ה"כיסוי הנזיקי" ניתן ליצור מערכת ענישה ואכיפה של דינים משמייעים, שתהיה יעילה יותר ממערכת המשפט האזרחית (הן בשל הרקע המקצועי של הפורום הדין, והן בשל פישוט ההליכים והחשתם) ותוכל ליצור הרתעה מספקת גם ללא עזרתם של דיני הנזיקין³⁹.

יתרון חשוב נוסף, שניתן להקנות למערכת של דינים משמעתיים על-פני הסדרת הנושא על-ידי הדין הנזיקי הכללי, הוא פשטותה היחסית. מערכת כזו יכולה להתייחס במפורט לתחום הקונקרטי שבו עובדי-הציבור מועסק, ולהסדיר אותו באופן שיקל על עובד מן השורה לשלוט בכללית. בדרך זו תושג מטרת ההרתעה, מחד גיסא, ומאידך

35 לגבי המצב בארצות-הברית ראה שאק (לעיל, הערה 28), בעמ' 337. לגבי המצב בישראל ראה להלן, פרק ה, סעיף 2(ד).

36 שאק (לעיל, הערה 28), בעמ' 337—338.

37 שם, בעמ' 292—293, 344.

37* שם, בעמ' 346.

38 ראה פסק-הדין ראנדורף (לעיל, הערה 5), בעמ' 779—780.

גיסא, תקטן הסכנותיו של עובד-הציבור שלא יחשוש מלהפעיל את סמכויותיו. דוגמא טובה למערכת כזו היא מערכת הדינים והשיפוט המשמעתי בצבא. נראה לנו שקשה לסעון, למשל, כי החשש מתביעה בנוזקין הוא המכוון את התנהגותו של החייל הממוצע, המשתתף בתרגיל-אש. חששו מפני סנקציה משמעית מיידית על-ידי שיפוט בדי מפקדיו הוא אפקטיבי הרבה יותר להכוונת התנהגותו.

3. סיכום: היחס בין אחריות העובד לאחריות הרשות הציבורית — שיקולי מדיניות

מן האמור לעיל עולה, כי ההסדר הרצוי לאחריות הנזיקית של הרשות ועובדיה הוא הסדר, שבמסגרתו תוטל אחריות מורחבת, שאינה תלויה בהוכחת אשם, על הגוף הציבורי. במקביל יצומצם היקף אחריותו האישית של עובד-הציבור עד למינימום, שיכלול פעולות זדוניות או רשלנות קיצונית, המגיעה עד כדי אדישות מוחלטת לתוצאות הפעולה. הסדר כזה אינו תואם תפישת-יסוד של אחריות שילוחית של הרשות; שכן אחריות כזו מותנה בקיום אחריות ראשונית של העובד המזיק, שאותה אנו שואפים לשלול ברוב המקרים. לכן רצוי — לדעתנו — ליצור הסדר אחריות ישירה של הרשות, לנוכח הנובע כתוצאה טבעית מפעולותיה של הרשות הציבורית. הטלת האחריות לא תהיה תלויה בהוכחת רשלנות ספציפית או באיחור גורם הנזק המדויק במערכת המינהלית. די בכך שאירע נזק עקב פעולה של רשות ציבורית, כדי להטיל את נטל הפיצוי על קופתה. זהו העיקרון של "אחריות ללא אשמה"³⁹.

4. הדין במדינת ישראל

החוק במדינת ישראל מכיר באחריות כללית של המדינה בנוזקין⁴⁰ ובאחריות הנזיקית של עובד-הציבור⁴¹. אחריות המדינה ורשויות-הציבור האחרות למעשי עובדיהן נובעת בדרך-כלל מאחריותן השילוחית כמעבידות. הן לאחריותו של עובד-הציבור והן לאחריות המדינה קיימים סייגים המגדירים את תחום החסינות. לפי סעיף 7(א) לפקודת הנוזקין, עובד-הציבור נהנה מחסינות כל זמן שהוא פועל בתחום סמכותו האמיתית

39 זהו ההסדר המעוגן במשפט הצרפתי. ראה הרלו (לעיל, הערה 5), בעמ' 72; אאורסי (לעיל, הערה 22), שם.

40 סעיף 2 לחוק הנוזקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, משווה את דין המדינה בנוזקין לדינו של כל גוף מאוגד. אחריותו של רשות-הציבור אחרות, כגון עיריות, נובעות ממעמדן כתאגיד ציבורי. ראה סדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 375, והערה 29, שם. לגבי חסינותם של גופים אלו ראה להלן, הערה 89, וסקסט לידה.

41 סעיף 7(א) לפקודת הנוזקין (נ"ח). להלן הנוסח המלא של סעיף 7(א):
"עובד-ציבור אחראי לכל עוולה שעשה, ואם ייתבע לדין על כך — ייתבע אישית. אולם בלי לגרוע מכותן של הוראות סעיפים 6 ו-8, תהא לעובד הגנה בכל תובענה שאינה רשלנות, אם המעשה היה בתחום סמכותו כדין או שעשהו בתום-לב כסבור שהוא פועל בתחום סמכותו כדין".

או המדומה, ולמעט ברשלנות, ולפי סעיף 3 לחוק אחריות המדינה – המדינה נהנית מחסינות לכל פעולה, למעט רשלנות שנעשתה בתחום הרשאה חוקית. יסודות עוולה מסוימת של עובד קונקרטי, שאינו תמיד קל לזיהוי ולאיתור.⁴² ראשית, כבר הערנו כי ביסוס אחריותה של הרשות על הקשר השילוחי הוא הסדר המקשה על הניזוק לתבוע פיצוי מהמדינה, שכן לעתים עליו להוכיח רשלנות או קיום יסודות עוולה מסוימת של עובד קונקרטי, שאינו תמיד קל לזיהוי ולאיתור.⁴³ שנית, לאור הגישה שנקטנו, במקרים רבים אין כל מקום להתנות את אחריות הרשות בהוכחת אחריותו של העובד (כאמור, לפי דעתנו, צריך העובד להישאר ברוב המקרים "מחוץ לתמונה" לעניין התשלום בהליכי נזיקין). מכל-מקום, כל עוד ההסדר הסטטוטורי טורי הנוכחי עומד בתוקפו, יש לפרשו כך שיימנעו תוצאות בלתי-רצויות: בראש-דבר ראשונה יש להימנע מלהגיע, באמצעות פרשנות, למצב שבו העובד יהיה אחראי בנזיקין, אך הגוף הציבורי המעסיק אותו ייהנה מחסינות סטטוטורית. סעיף 7(א) נוקט לשון של "תחום הסמכות" כקריטריון החסינות, בעוד שסעיף 3 לחוק אחריות המדינה משתמש במלים "תחום הרשאה חוקית". השיקולים שפירטנו לעיל מחייבים לפרש את היקף החסינות בשני הסעיפים הללו באורח זהה, ומכל-מקום להימנע ממצב שבו החסינות של המדינה בסעיף 3 תהא רחבה מזו של העובד כפי שהיא באה לידי ביטוי בסעיף 7(א).⁴⁴ מאידך גיסא, מבחינת שיקולי מדיניות אין מניעה עקרונית להכיר בכך שהחסינות של העובד בסעיף 7(א) רחבה מזו של המדינה, כך שבאותם מצבים יהיה העובד חסין, אך המדינה תחויב בנזיקין.⁴⁵ אלא שכדי להגיע למצב כזה נדרש להחליף את המודל השילוחי הקיים במודל אחר בדרך של חקיקה. אפשרות להגיע בדרך פרשנית לתוצאה כזו היא פירוש החסינות בסעיף 7(א) כחסי

42 בשלב זה נדון בהסדר הקיים רק מהיבט של היחס בין אחריות העובד לאחריות הרשות. היבטים נוספים של ההסדר הנה, כגון קריטריון החסינות של סעיף 7(א), יידונו להלן.

43 בפרקטיקה הגוף הציבורי נתבע לעתים ישירות. ראה, למשל, פסק-הדין פיהן (לעיל, הערה 12). הנ"ל אינו משנה את הבעייתיות העקרונית בהקשר זה, שכן קשיי הוכחת הרשלנות של העובד האלמוני עומדים בעינם בחלק מהמקרים. בהקשר זה ראה גם את פסק-הדין בופקלה (לעיל, הערה 11), בעמ' 345 (ג-ד). בית-המשפט קובע, כי גם אם מדובר באחריות שילוחית של המדינה (באותו מקרה אחריות למעשי שוטרים), עדיין אין כל הכרח לצרף את השוטרים עצמם כנתבעים לכתב-התביעה, אלא ניתן לתבוע את המדינה בלבד.

45 השיקולים מאחורי המדיניות הפרשנית הזו מפורטים היטב בפסק-הדין ראונדורף (לעיל, הערה 5). התריג היחיד לקביעה זו, שבו מוצדק, אולי, לראות את העובד כחשופ לתביעה, בעוד שהמדינה תהיה חסינה, הוא המקרה שבו העובד פועל בודון (ראה להלן, פרק ה, סעיף 2(ד)).

46 אחת הפרשנויות שהוצעו היתה לראות את סעיף 3 כמכיל חסינות לטובת הרשות רק על אקט שלו ניתנה הרשאה במישרית מטעם המחוקק לגורם הנזק (השווה ח' אבנור, "אחריות המדינה למעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית והפרת חובה חקוקה" הפרקליט כ 233, 234. גישה זו מחייבת הנחה שלפיה חסינות המדינה היא ריגית לאור הדגם השילוחי, כמפורט להלן).

נות דיונית⁴⁷. קבלת פרשנות כזו תביא לתוצאה, שלפיה הרשות תהא אחראית לנזק שנגרם לנפגע גם אם העובד חסין, וכל זמן שלא חרג מגדר "ביצוע התפקיד"⁴⁸ תוצאה כזו היא רצויה—לדעתנו—לאור שיקולי המדיניות שפורטו לעיל. שילוב גישה פרשנית כזו לחסינות העובד, ופירוש מצומצם שיינתן לחסינותה של הרשות לפי סעיף 3 הנ"ל, יביא למצב שבו הנפגע יוכל לתבוע את הרשות הציבורית במרבית מקרי הנזק הנפוצים, ומבלי לחייב את בית-המשפט להתלבט בשאלת הצורך לחיובו האישי של העובד המזיק. מובן, כי המודל של הטלת האחריות על הרשות יהיה עדיין המודל השילוחי⁴⁹. לכן עדיין יהא על הנפגע לאתר את העובד הקונקרטי שגרם לנזק ולהוכיח את התקיימותן של יסודות העולה הרלבנטית לגביו כדי לחייב את הרשות בנוזיקין, אך בכפיפות לקושי מעשי זה שאין להתעלם ממנו תקרב אותנו הגישה המורצעת בדרך פרשנית, למטרות הרצויות.

ההגשמה המלאה של דוקטרינת ה"אחריות ללא-אשמה" של הרשות יכולה להיות מושגת רק באמצעות המחוקק, שהוא הגוף המתאים ליוזם שינוי כוח קיצוני וחשוב בסוגיא הגדולה.

47 הגישה הרווחת רואה בחסינות העובד בסעיף 7(א) חסינות מהותית, וזאת לאור לשון הסעיף "תהא זו הגנה". ראה טרסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 399–400, אם כי גם מטבע-לשון זו אינה שוללת אפשרות לפרש את החיקוק כיוצר חסינות דיונית בלבד. בכל מקרה יבחן בית-המשפט את החיקוק הרלבנטי, לשונו והרקע שלו לגוף העניין. ראה ע"א 437/65, 440 מאורר ב' המועצה האזורית הגליל העליון, פ"ד כ(3) 645, 657. לדעתנו, הן שיקולי המדיניות שפורטו לעיל והן העובדה שהגישה הנ"ל מייטרת למעשה את סעיף 3 לחוק אחריות המדינה, צריכים להביא אותנו למסקנה כי החסינות בסעיף 7(א) היא חסינות דיונית (ראה טרסקי שם, שם). אישור לעמדתנו זו ניתן, אולי, למצוא בע"א 667/73 דדון ג' אטיאס (פ"ד לב(2) 169, 174), שבו בית-המשפט קובע כי מחד גיסא, שוטר שחקף אורח חסין בנוזיקין, ומאידך גיסא, המדינה, מעבידתו, אחראית מכוח אישורו התקיפה (לפי סעיף 12 לפקודת הנוזיקין). לו היתה חסינותו של העובד מהותית, לא יכלה להיווצר כאן האחריות של המדינה, שהרי החסינות המהותית מוחקת את אופיו העולתי של המעשה. ראה גם להלן, הערה 49.

48 לעיל, הערה 45.

49 לפחות במקרה אחד נראה, כי בית-המשפט סטה מהדגם "השילוחי" כבסיס לאחריות הרשות: בפסק-הדין דדון (לעיל, הערה 47) נדון מקרה שבו שוטר נתבע על תקיפה. בית-המשפט נמנע לקבוע כי החסינות של סעיף 7 אינה חלה על העובד, ובמקביל קבע כי המדינה אחראית על כל התרשלות של עובדיה. דרך אחת להסביר תוצאה זאת, היא לגרוס שהחסינות העובד לפי סעיף 7 היא דיונית (כאמור לעיל, בהערה 47), אלא שבית-המשפט לא התייחס לכך במפורש. אולם בית-המשפט ציין גם (בעמ' 175 לפסק-הדין), כי המדינה אחראית בנוזיקין לכל חריגה מסטנדרט של התנהגות סבירה של עובדיה (לאור סעיף 3 לחוק אחריות המדינה, בעוד שחסינותו של העובד מאחריות אישית מוגבלת, לפחות לפי אחת הגישות המקובלות. ראה להלן, פרק ה, סעיף 2 לתובענה על עיוולת הרשלנות. יוצא, שלפחות לכאורה קיימים מצבים שבהם העובד חסין לפי סעיף 7(א), ומאידך גיסא, המדינה אחראית בנוזיקין (היינו: על פעולה המהווה סטיה מסטנדרט של התנהגות סבירה, שאינה נכנסת לגדר סעיף 35–36 לפקודת הנוזיקין). כאמור, לא ברור מפסק-הדין אם תוצאה זו מבוססת על הכרה בחריגה מהמודל השילוחי, או שיש כאן תפילה של החסינות בסעיף 7(א) בחסינות דיונית. בכל אופן יש כאן פתח להכרה באחריות הרשות על אקס חסין של העובד.

ג. מעמדה של רשות המפעילה שיקול-דעת

1. רשות ציבורית המפעילה סמכות של שיקול-דעת — שיקולים כללים

לאור שיקולי המדיניות המכתיבים את ההסדר הרצוי, נשאלת השאלה האם יש מקום לייחד את מעמדו של עובד-ציבור, שאת סמכותו מלווה הליך של הפעלת "שיקול-דעת"?

ראשית, עלינו לנסות ולבחון מהי "סמכות של שיקול-דעת" בהקשר הנדון: המכנה המשותף הצר ביותר של כל סמכות של שיקול-דעת הוא יכולתו של המוסמך לבחור בין כמה קווי-פעולה חלופיים, שונים זה מזה, שלמרות השוני ביניהם עדיין תיוותר הפעולה לפי כל אחד מהם בגדר החוקיות (ואפילו רק אחד מהם הוא נכון "אובייקטיבית")⁵⁰.

מובן שלאור הקריטריון הזה אין כמעט מוסד ציבורי שמכויותיו ופעולותיו אינן מערבות אלמנט כלשהו של בחירה בין קווי התנהגות חלופיים, ואפילו יהא זה עובד-ציבור המבצע תפקיד ביצועי-טכני, ברמה הפשוטה והגמוכה ביותר. בדין האנגלי⁵¹ והאמריקני⁵² נוצרה בהקשר זה הבחנה חשובה — בין סמכויות ביצוע ספציפיות שבהן מופעל שיקול-דעת לבין סמכויות כלליות של תכנון וקביעת קווי-מדיניות עקרוניים, תוך כדי איוון אינטרסים נוגדים. הסוג הראשון של סמכויות ביצוע אמנם מערב הפעלה של שיקול-דעת פרקטי, אך אין הוא נהנה מחסינות בנוזיקין. לעומת זאת, סמכויות מהסוג השני, הכוללות איוון אינטרסים נוגדים במסגרת שיקול-דעת המתייחס לתכנון ולקביעת מדיניות, זוכות לחסינות בנוזיקין⁵³.

50 A. Rubinstein, *Jurisdiction & Illegality* (Oxford, 1965), 165 (להלן: רובינשטיין); וכן בג"צ 297/82 ברטר ואחרים נ' שרי-הפנים, פ"ד לו(3) 42.

51 ראה 351 *De Smith, Judicial Rev. of Administrative Action* (London, 1980).

52 לגבי חקיקה פדרלית ראה §2680(a) 28 U.S.C.; ולגבי חקיקת המדינות בארצות-הברית ראה סלרס (לעיל, הערה 5), בעמ' 342, והערה 208, שם; ראה גם Jennings: *Restatement of Torts* (2d) §895 (D)(3)(a) (לעיל, הערה 1), בעמ' 275; וכן Sellers (לעיל, הערה 5), בעמ' 341.

53 בדין האמריקני קיימת הבהנת-משנה נוספת בין סמכויות תכנון מקצועיות (כגון תכנון בנייה, טכנולוגיה וכו') לבין סמכויות הכוללות איוון אינטרסים נוגדים של מדיניות. יש הגורסים, כי החסינות צריכה להינתן רק לסמכויות מהסוג האחרון. ראה D.N. Zillman, "The Changing Meaning of Discretion — Evolution in the Tort Claims Act" (להלן: זילמן) 1, 40 *Military Law Rev.* (1977); וכן ראה החלטות הנזכרות ב-28 U.S.C., § 2680, Note 13. בדין האנגלי הנטיה היא לראות סמכויות תכנון וסמכויות שבהן נעשה איוון של שיקולי מדיניות בכפיפה אחת — כסמכויות כלליות, שבהן המוסמך מועל ומחליט בתחום מגוון של נושאים; ולהבדיל מסמכויות ביצוע ספציפיות שבהן המוסמך מבצע ופועל בתחום של פעולה קונקרטית מסוימת. ראה De Smith, *Judicial Rev. of Administrative Action* (London, 1980) 351 (להלן: דה-סמית); וראה גם P. P. Craig, "Negligence in the Exercise of Statutory Power" 94 *The Law Quarterly Rev.* 428, 438 (להלן: קרייג).

נסקור עתה את הטעמים המקובלים לגישה זו ונבדוק, האם אכן יש מקום לייחד חסינות נזיקית מיוחדת לסמכויות שיקול-דעת בכלל ולסמכויות של תכנון וקביעת מדיניות בפרט.

הטיעון הראשון לזכות של הענקת חסינות נזיקית לסמכויות שיקול-דעת בכלל הוא, שהענקת סמכות זו מהווה מעין מתן פריבילגיה של "חופש משפטי לטעות" למפעיל הסמכות. כל סמכות של שיקול-דעת מכילה – לפי גישה זו – מיתחם מסוים של חופש החלטה, שבמסגרתו החלטה מוטעית של המוסמך תיחשב חוקית.⁵⁴ טענה זו מקובלת בעיקר בתחום המשפט המינהלי, אך ניתן, לכאורה, לטעון כי גם בתחום הנזיקי יש להכיר בכך שתחום מסוים של החלטות מוטעות לא יגרור אחריו סנקציה נזיקית. ואולם מובן, כי אפילו נקבל את הטענה, עדיין אין להסיק ממנה כי כל החלטה מוטעית של הפעלת שיקול-דעת תזכה לחסינות נזיקית; שהרי אם חרג המוסמך מהמיתחם המוגן של "החופש לטעות" אין כל סיבה להימנע מלהטיל עליו אחריות נזיקית בשל החריגה.⁵⁵

שנית, נטען כי הסיכון הנזיקי מבחינת היקף הנזק הכרוך בהפעלת סמכויות שיקול-דעת, גדול מזה של פעולת עובד-ציבור סתם.⁵⁶ טענה זו מתייחסת, למעשה, להבחנה השנייה, שלפיה סמכות שיקול-דעת לצרכינו היא סמכות תכנון או קביעת מדיניות כללית, וגם כך ספק אם היא עומדת מבחינה אמפירית. עובד-ייצור פשוט, הפועל בקו יצור של תחמושת לטילים גרעיניים, עלול לגרום בטעותו נזק הגדול פי כמה מהנזק שיגרם מהפקח על תכנון הגנים הלאומיים, שתפקידו כולל יחד סמכויות גרורות של תכנון וקביעת מדיניות. כלומר: אין קורלציה מלאה בין היקף שיקול-דעת המוקנה לבעל הסמכות לבין גודל הנזק העלול להיגרם כתוצאה מטעותו. מי ששואף להגביל את היקף אחריותה של הרשות במקרים שבהם מדובר בנזקים בקנה-מידה רחב עדיף שיעשה זאת באופן ישיר בלי לערב את הקריטריון של היקף שיקול-דעת של הרשות שאיננו תמיד רלבנטי להקשר הנ"ל (וכבר הערנו, כי השיקולים הכלכליים של החשש מדלדול קופת הרשות, אינם מהווים עילה להותיר את הנפגע, ולא-כל-שכן קבוצה גדולה של נפגעים, ללא פיצוי).⁵⁷

שלישית, מצדדי ההבחנות הנ"ל טוענים, כי בעלי סמכויות של שיקול-דעת עלולים להירתע מלפעול אם תוטל עליהם אחריות נזיקית, וכושרם להפעיל את שיקול-דעתם עלול להיפגע.⁵⁸

בצדק ג'נינגס מעיר⁵⁹, כי טעון זה תקף גם לגבי עובד-ציבור שאינו מפעיל סמכויות

54 ראה רובינשטיין (לעיל, הערה 50), בעמ' 18.

55 ראה להלן, בפרק ד, העוסק בדוקטרינת האולטרא-וירס ויחסה לדיני הנזיקין.

56 ראה זילמן (לעיל, הערה 53), בעמ' 37.

57 ואולם, כאמור, בארצות-הברית שיקול זה מהווה שיקול נכבד בבית-המשפט כאשר זה בא לדון בשאלה, האם הסמכות היא אכן "סמכות שיקול-דעת", היינו: האם היא נכללת במסגרת החסינות של סעיף F.T.C.A. 2680 (a). ראה זילמן, שם, שם. למעשה, ברוב מדינות ארצות-הברית קיים כיום קריטריון "שיקול-דעת" ברמת התכנון וקביעת המדיניות כבסיס להענקת חסינות בנזיקין, למרות הביקורת המקיפה עליו. ראה סלרס (לעיל, הערה 5), בעמ' 342.

58 ג'נינגס (לעיל, הערה 1), בעמ' 271; וכן שאק (לעיל, הערה 28), בעמ' 323.

59 שם, בעמ' 280, ובהתייחס לשורת הקריטריונים המובאת שם, בעמ' 271.

של שיקול-דעת; ואילו אנו כבר הבענו את דעתנו על תקפות הטענות הנה בכללותו.⁶⁰ זאת ועוד: לעתים קרובות דווקא עובד-הציבור הפועל ברמה האופרטיבית הנמוכה, בדרך-כלל בתנאי לחץ של זמן ותחת קשיים הנובעים מפעולה "בשטח" (כגון שוטר, עובד סוציאלי וכו'), הוא זה שזקוק ל"שקט הנפשי" המלא בפעולתו; ודווקא לגבי עובד כזה יכולה הטלת האחריות הנוזקית להוות מקור להיסוסים מיותרים, שיפגעו בכושרו וברמת ביצועיו. לעומתו בעל סמכויות בתכנון, היושב במשרדו ומקבל החלטות לטווח ארוך של זמן, ללא אילוצים מיידיים (בדרך-כלל) — דווקא לגביו, החשש הזה מפני הסנסנות ורתיעה מפעולה אינו נראה שיקול מרכזי.⁶¹ לכן, גם אם נכיר, לאור טיעון זה, בפריבילגיה כלשהי למפעיל שיקול-דעת, הרי המועדף צריך להיות בעל שיקול-הדעת האי-פרטי דווקא, ולא בעל סמכויות התכנון וקביעת המדיניות. למעשה, השיקול המרכזי והחשוב לטובת הבחנה בין בעל סמכות של קביעת מדיניות לבין עובד-ציבור סתם, העולה מבעד לסבך של טיעונים לא-רלבנטיים נוספים⁶² היא, כי הטלת אחריות נוזקית של בעל-סמכות, שתפקידו לאזן בין שיקולי מדיניות נוגדים, מהווה התערבות של בית-המשפט בשיקולה של הרשות המבצעת המוסמכת ובפעולתה. נטען, כי לא ייתכן שבית-המשפט, שאין לו הידע, הכלים והסמכות להתערב באיזון שבין האינטרסים הנ"ל, יוכל למעשה לשנות את פניה של החלטת קביעת מדיניות על-ידי החלת קריטריונים משפטיים שאינם מיועדים ומסוגלים להביא בחשבון את כל ההיבטים הרלבנטיים, או באמצעות הענקת סעדים נזקים העלולים לשנות את תוצאת הפעולה המינהלית מקצה אל קצה.⁶³ על הטענות האחרון, שאין לזלזל בחשיבותו, ניתן להעיר הערות אחדות:

ראשית, לא בכל מקרה הטלת אחריות נוזקית על הרשות מהווה התערבות ממשית בשיקול-הדעת שלה. למעשה, במרבית הפעמים שבהם השתמשו בבית-המשפט בטיעון זה כדי להימנע מלהטיל אחריות בנוזקין, היה בכך ביטוי למדיניות של חשש לא-מוצדק מהתערבות בשיקולי הרשות, ולא היה כל קשר ממשי בין הטלת האחריות הנוזקית לבין שאלת הרחבת הביקורת השיפוטית על פעולות אחריות נוזקית; רק במקרים שבהם הטלת האחריות גורמת לפגיעה ממשית במדיניות הרשות (למשל, כאשר הרשות פעלה מתוך חישוב כלכלי מסוים, והביאה בחשבון גרם-נזקים בלתי-נמנעים שעליהם לא יינתן פיצוי לסקטור מסוים של האוכלוסיה) — רק במקרה מסוג זה החלטה נוגדת של בית-המשפט תהווה התערבות ממשית בשיקולי המדיניות של הרשות. בדרך-כלל, כאשר מדובר בתגובה משפטית על פעולה מינהלית שיגרתית, שגרמה נזק למספר מצומצם של נפגעים, אין כל קשר בין השאלה החוקתית של הפרדת הרשויות לבין השאלה הנוזקית הנדונה.⁶⁴

60 לעיל, פרק ב, סעיף 2.

61 ראה שאק, שם, שם.

62 ראה שורת הנימוקים המובאים אצל גנינגס (לעיל, הערה 1), בעמ' 271. אחד מהם, למשל, הוא "הנימוק" של דוקטרינת Public Duty, שעליה כבר הרחבנו את הדיבור (לעיל, הערה 13).

63 ראה שאק (לעיל, הערה 28), בעמ' 353; וכן גנינגס (לעיל, הערה 1), בעמ' 275.

64 ראה הרלו (לעיל, הערה 1), בעמ' 51.

שנית, במרבית המקרים הענקת פיצויים לתובע היא תגובה "רכה" ובעלת היקף השפעה מצומצם-יחסית לתגובות אחרות כנגד פעולת הרשות. הענקת פיצוי נזיקי לנפגע תשפיע בדרך-כלל פחות על הרשות ופעולותיה מאשר הוצאת צו-מניעה או סעד הצהרתי כנגדה. צעד כמו זה האחרון יכול להשפיע על סקטור שלם של פרטים שיש להם עניין בהחלטה, בעוד שהענקת פיצוי נזיקי יש לה תוקף והשפעה רק בין הצדדים הנדונים.⁶⁴

אין להתעלם אמנם מכך, ששינוי החוק או ההלכה הפסוקה בעניין היקף אחריותה של הרשות יכול ליצור מצב שבו הרשות תעמד בפני סכנה של תביעות נזיקין מרובות ורצופות שיאלצו אותה לשנות את מדיניותה. עם זאת, ההשפעה של הכרעה בתביעת פיצויים במקרה יחיד קטנה בדרך-כלל מהשפעה של סעדים אחרים (כגון סעד הצהרתי), וכל זמן שהיקף אחריותה של הרשות יהא נתון במידה רבה לשיקול-דעתם של בתי-המשפט (בשאלת הרשלנות, למשל) ניתן יהיה לווסת את ההשפעה של תביעות בנזיקין על מדיניות הרשות בהתאם לשינוי בנסיבות.

מן האמור עד כאן עולה, כי רק באותם מקרים שבהם קבלת תביעה נזיקית מהווה אקט שיש לו השלכה ישירה ונרחבת על מדיניות הרשות, באופן הסותר את שיקוליה ומשנה, למעשה, את המצב בתחום הרלבנטי — רק אז יש מקום לדון בחסינות פעולתה של הרשות בנזיקין.

ואולם, גם במקרים האלו עצם העובדה שהחלטת בית-המשפט משנה את תחשיבי הרשות המוסמכת אינה מהווה כשלעצמה עילה למניעת סעד נזיקי. אדרבא, הענקת החסינות צריכה להיות מותנית בתנאי נוסף והוא, שהרשות המוסמכת אכן פועלת בתחום סמכותה; שאם לא כן, בית-המשפט כוסמך ממילא להתערב ולעצור בעדה, ובמישור המינהלי אין אפוא סיבה שבנזיקין יימנע סעד מהנפגע. מכאן שחסינותה של הרשות במקרים אלו קשורה לשאלת היחס שבין דוקטרינת האולטרא-וירס לבין מעמדה הנזיקי של הרשות המינהלית.⁶⁵

2. מעמדן של סמכויות שיקול-דעת בדיון מדינת ישראל

לכאורה לא היה כל מקום לספק, כי מעמדו הנזיקי של עובד-ציבור המפעיל סמכות של שיקול-דעת (כמו זה של כל עובד-ציבור אחר) במדינת ישראל, צריך היה להיות גידון במסגרת סעיף 7 לפקודת הנזיקין. הבעייתיות בנקודה זו נוצרה על רקע המשפט האנגלי שבו נטו בתי-המשפט להרחיב את הגדרת המושג של "סמכות שיפוטית"⁶⁶, ולכלול בו את כל סוגי הסמכויות של שיקול-דעת. מטרותיה של הרחבה זו היו להרחיב את תחומי ביקורתם של בתי-המשפט באנגליה על פעולת האדמיניסטרציה שם, מחד

64 * בג"צ 398/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, 434–444, מול האות א.

65 להלן, פרק ד.

66 לא ניכנס כאן לסבך הבעיות הקשורות לקריטריונים הקיימים במשפט האנגלי לצורך הגדרת המושג סמכות שיפוטית. ראה בעניין זה את דה-סמית (לעיל, הערה 53), בעמ' 80–81; ורובינשטיין (לעיל, הערה 50), בעמ' 13–15, 155 ואילך.

גיסא, ולהצר את האפשרות לתבוע את המינהל בנוזקין, מאידך גיסא⁶⁷. עובדות אלו היוו את הרקע להערת-האגב של השופטת בן-פורת בע"א 219/79 ירמלוביץ נ' הובב⁶⁸. בית-המשפט העיר, כי ייתכן שסמכותו של הפסיכיאטר המחוזי להוצאת צו אישפוז, לפי החוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו—1955⁶⁹, צריכה להיות גדונה לפי סעיף 8 לפקודת הנוזקין⁷⁰, בהיותה סמכות של שיקול-דעת⁷¹.

אנו גורסים, כי חסינותו של עובד-ציבור המפעיל סמכויות של שיקול-דעת צריכה להיות גדונה במסגרת סעיף 7 לפקודת הנוזקין, והחלת סעיף 8 על הסיטואציות הנ"ל, לא רק שאיננה מתחייבת מלשון הסעיף, פרשנותו ומבנה החוק, אלא גם מובילה לתוצאה לא-רצויה במישור השיקולי המדיניות. מלשוננו של סעיף 8 עולה, כי הוא מכונן בראש-ובראשונה לבתי-משפט ולבתי-דין במובנם הרגיל. הסעיף מאוכזר גם "פעולות שיפוט". מבלי להיכנס, במסגרת הנוכחית, לכל הקריטריונים המאפיינים את הגדרת המונח הבעייתי הזה⁷², ניתן לציין כי שני המאפיינים המרכזיים של פעולת שיפוט הם קיום הכרעה של "השופט" בריב בין שני צדדים⁷³, והכרעה ביניהם על-סמך החלת כללים משפטיים (הנתונים לגבי המכריע מראש), על הסיטואציה העובדתית הניצבת לפניו⁷⁴. כבר נפסק, כי רק קיום שני המרכיבים הנ"ל גם יחד יאפשר לראות פונקציה נתונה כ"שיפוטית"⁷⁵. מובן כי לא כל סמכות של שיקול-דעת מקיימת את שני המאפיינים האלו, וקיימות סמכויות רבות שלגביהן מתקיים רק אחד מהמרכיבים הנ"ל, או שקיומם

67 דה-סמית (לעיל, הערה 53), בעמ' 86, 108, 121—122, והערה 66, שם; טדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 394.

68 פ"ד לת (3) 766, 770. נביא כאן את קיצור עובדות פסקי-הדין: הפסיכיאטר המחוזי הנתבע הורה לאשפוז את התובע על-סמך נתונים אחדים שהיו בידיו, בלי לראות כלל את המאושפז לפני האישפוז. התובע (המערער) חבע את הפסיכיאטר בנוזקין. בית-המשפט המחוזי קבע, כי הפסיכיאטר התרשל אך נותק הקשר הסיבתי בין פעולתו לבין הנוזק, כי התברר בדיעבד שהמערער אכן היה זקוק לאישפוז. בית-המשפט העליון קבע כי לא הוכחה התרשלות הפסיכיאטר.

69 ס"ח 121.

70 הוא הסעיף הדן בחסינותם של חברי הרשות השופטת. להלן נוסח הסעיף:

"אדם שהוא גופו בית-משפט, בית דין או אחד מחבריהם, או שהוא ממלא כדיון חובותיו של אדם כאמור, וכל אדם אחר המבצע פעולות שיש פוט, לרבות בורר — לא תוגש נגדו קובלנה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי".

71 כל הקביעה הזו היתה אימרת-אגב, כפי שהשופטת בן-פורת עצמה מציינת בסוף דבריה, בעמ' 771.

72 ראה לעיל, הערה 66. דה-סמית מציין, כי ההבחנה בין פונקציה מינהלית ושיפוטית במשפט האנגלי היא כה בעייתית, עד כי ספק אם ניתן בכלל לעשותה מבחינה אנליטית. ובכל אופן, ההבחנה כפי שהיא נעשית על-ידי בית-המשפט היא מותנית-צורך, ותלויה בסוגיא הספציפית הנדונה. ראה דה-סמית (לעיל, הערה 53), בעמ' 69—70, 78—79.

73 זהו המבחן המרכזי של ה-"lis". עם זאת, יש לעתים קשר ארגוני ואורגני בין השופט לאחד הצדדים המעורבים. ראה דה-סמית (לעיל, הערה 53), בעמ' 82—83.

74 להבדיל מסמכות מינהלית, שבה יש תפקיד מרכזי לשיקולי המדיניות של המחליט ולא לכללים הקבועים מראש. מובן כי הנ"ל אינו מוחלט: גם בית-המשפט מדגיש לעתים שיקולי מדיניות בהקשר למקרה הנדון, וגם הרשות המינהלית פועלת לעתים קרובות לאור הנחיות קבועות מראש. ההבדל קיים, אם בכלל, בדגשים.

75 בג"צ 79/63, 76—77 טורדלר נ' פקיד ועדת הבחירות, פ"ד יז 2503, 2514.

לגבי הסמכות הוא חלקי בלבד, או שאופי הסמכות מערב אלמנטים נוספים המחלישים את מרכזיותם של שני המאפיינים הנ"ל לגבי הסמכות הנדונה.

על רקע זה נוצר מושג-ביניים נוסף של סמכויות מעין-שיפוטיות, שיכול לכלול בתוכו סמכויות מינהליות, המערבות אלמנטים מסוימים של פעולות שיפוט. המחוקק הישראלי מכיר את מונח-הביניים הזה⁷⁶, אך בחר שלא להשתמש בו בסעיף 8 הנ"ל⁷⁷. מכאן, שלשון סעיף 8 אין בה — לדעתנו — להראות כי כוונת המחוקק היתה לכלול במסגרת החסינות של סעיף 8 סמכויות כלשהן מחוץ לאלו השייכות באופן מובהק לרשות השופטת, או שמהותן היא שיפוט — להבדיל מביצוע מדיניות.

נוסף גם, כי המלים בסעיף "לרבות בורר", שבית-המשפט ראה בהן עיגון להשקפתו בפסק-הדין ירמלוביץ, אין בהן כדי לסתור את דעתנו. כל שהמלים האלו מוסיפות לסעיף הוא בכך, שנוסף לגופים השיפוטיים הרשמיים (כגון בית-המשפט של המדינה), יזכה לחסינות גם מי שממלא מבחינה פונקציונלית תפקיד שיפוטי, אך מבחינה ארגונית אין לו מעמד של בית-משפט. עדיין תיאור התפקיד של שופט ושל בורר הוא זהה מבחינה פונקציונלית, ולהבדיל מרשות מינהלית⁷⁸.

גם אם, למרות הנימוקים שהובאו לעיל, ניתן היה עדיין לגרוס כי סמכויות מינהליות של שיקול-דעת נדונות, לפחות בחלק מן המקרים, לאור סעיף 8, הרי גישה כזו איננה רצויה — לדעתנו — במישור שיקולי המדיניות הרלבנטיים. סעיף 8 הנ"ל מעניק למי שחוסה בצלו חסינות נויקית כמעט מוחלטת, הכוללת כל ביצוע רשלני, חריגה מסמכות, ואף פעולה זדונית או מתוך מגיע פסול⁷⁹. את החומרה שבתוצאה כזו של הענקת חסינות רחבה מסוג זה לעובד-ציבור מדגימות עובדות פסק-הדין ירמלוביץ עצמו; ולמעשה, קבלת הגירסה של סעיף 8 תיצור הגנה לפסיכיאטר גם אם עובדות המקרה היו קיצוניות הרבה יותר: אפילו הוכח שפעל ברשלנות חמורה, באדישות או אולי אף מתוך זדון⁸⁰. מבלי להיכנס במסגרת זו לשאלת ההצדקה של הענקת פטור כה גורף בנוזיקין

76 ראה סעיף 15 (ד) (3) לחוק יסוד השפיטה.

77 אנו מודעים לעובדה, שפקודת הנוזיקין היא חיקוק שקדם לחוק בתי-המשפט, ואולם מקורותיה של הפקודה, כמו גם מקורותיו של סעיף 15 (ד) (לשעבר סעיף 7 לחוק בתי-המשפט, חשי"ו — 1957), מתייחסים למשפט האנגלי, והמונח "מעין-שיפוטי" מוכר גם בו. ראה דה-סמית (לעיל, הערה 58), בעמ' 77. כלומר: העובדה שהמונח "מעין-שיפוטי" איננו מופיע בפקודת הנוזיקין איננה נובעת מכך שהוא נוצר מאוחר יותר מהפקודה. מחוקק הפקודה היה יכול לבכר את השימוש בו. מסקנה כזאת נובעת — לדעתנו — גם ממבנה החוק. אם נקבל את עמדת בית-המשפט, כי כל סמכות שיש בה אלמנט של שיקול-דעת מוגנת על-ידי סעיף 8, יוחל סעיף 7 רק על אותו מספר מצומצם של תפקידים שבהם אין לעובד שיקול-דעת — ולו גם המצומצם והאלמנטרי ביותר.

78 שהרי כבר הראינו (לעיל, פרק ה, סעיף 4), כי גם בתחום הביצועי הסהור יש עדיין למרבית העובדים שיקול-דעת מסוים. ואולם סעיף 7 (שירוקן ממרבית תוכנו, לאור הגישה הנ"ל) נוקט דווקא לשון "סמכות", להבדיל מלשון "תפקיד". לו כוון הסעיף לעסוק דווקא בסקטור הנמוך ביותר של עובדי-הציבור, סביר היה — לדעתנו — לנקוט לשון "תפקיד".

79 ראה טדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 395. גם פעולה זדונית יכולה להיחשב עדיין כ"מילוי תפקיד שיפוטי" ! אם כי ניתן לגרוס גם כי זדון מוציא את הפעולה מגדר ביצוע התפקיד. 80 לעיל, הערה 68. וראה דבריו של השופט לגדי בעניין זה, בעמ' 779 לפסק-הדין. במקרה ההוא נקבע על-סמך עדות עמיתיו למקצוע של הפסיכיאטר, כי לא היתה רשלנות.

לחברי הרשות השופטת⁸¹, אין כל סיבה להגיע לתוצאה שאינה מתחייבת מלשון החוק, שלפיה פסיכיאטר מחווי אשר פעל מתוך רשלנות חמורה, או אף אדישות וזלזול, בחירותו ובכבודו של מטופל וגרם לאישפוזו של אדם בריא, יזכה לחסינות מוחלטת בנוזיקין. תוצאה כזו לא עמדה לפני עיניו של המחוקק⁸², והיא נוגדת את המגמות המודרניות והרצויות של הרחבת אחריותם של המדינה, רשויותיה ועובדיה בנוזיקין. אכן יתרון אחד קיים לגישה הנ"ל והוא, שחסינות בסעיף 8 נחשבת לדינאית⁸³, בעוד שאין הדבר ודאי לגבי החסינות לפי סעיף 7(א)⁸⁴. ואולם, הפתרון לכך צריך להיות הכרה בכך שהחסינות בסעיף 7(א) גם היא דינאית ולא פנייה בדרך פרשנית לסעיף 8, כחל על הסיטואציות הנדונות, לאור המחיר הכבד שיש לפנייה כזו⁸⁵.

חיוזק (עקיף) לעמדתנו זו ניתן למצוא בפסק-הדין החדש בעניין זוהר⁸⁶. במקרה זה נדונה סמכותה של עיריית חדרה לדאוג לתחזוקה ולתקינות של דרכים ציבוריות, לפי סעיף 235 לפקודת העיריות⁸⁷, שהיא סמכות של שיקול-דעת, כפי שנקבע על-ידי בית-המשפט⁸⁸. התביעה התבססה על רשלנות. בית-המשפט חייב את העירייה בנוזיקין לפי עוולת הרשלנות ללא התייחסות מפורשת לשאלת החסינות. אם נניח כי אחריות העירייה כתאגיד סטוטורי וחסינותה נדונה או לפי סעיף 7(א) — כפי שאנו סוברים — או לפי סעיף 8 לפקודת הנוזיקין⁸⁹ (לפי הגישה שהועלתה על-ידי בית-המשפט בעניין

81 שיש המערערים גם עליה. ראה טדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 392.

82 טדסקי, שם, עמ' 394.

83 לאור לשון הסעיף: "לא תוגש תובענה".

84 לעיל, הערה 47.

85 זאת ועוד: מי לידינו יתקע, כי לאור המגמה הכללית המתבטאת בהפנייה לסעיף 8 כחל על סמכויות שיקול-דעת (היינו: מגמה של הצרת אחריות המדינה בנוזיקין) — לא יוחלט כי גם החסינות בסעיף 8 היא מהותית? הניסוח של שני הסעיפים בהקשר זה אינו קונקלוסיבי. ראה טדסקי, שם, בעמ' 399—400; ולעיל, הערה 47.

86 לעיל, הערה 7; וראה גם פסק-הדין גורדון (לעיל, הערה 5), בעמ' 135.

87 פקודת העיריות נ"ח, 197.

88 ראה עמ' 762, 764, 766 לפסק-הדין. בית-המשפט מביא גם (בעמ' 766) שיקולים כלכליים שינחו את מדיניות הרשות בהפעלת הכוח שניתן לה על-ידי המחוקק. וראה גם עמ' 769 (מול האותיות ב-ג).

89 זוהי הנחה "כבדה" ובעייתית, שהתשובה עליה אינה פשוטה כלל ועיקר: ברור כי חסינות העירייה אינה מוסדרת בחוק אחריות המדינה, ועל-פני הדברים נראה כי העירייה, כתאגיד סטוטורי, יכולה להיחשב ל"עובד-ציבור" כמו כל אדם אחר (שהרי לפי סעיף 1 לפקודת הפרשנות "אדם", לרבות תאגיד). עמדה שונה במקצת עולה, לכאורה, מפסק-הדין גורדון (לעיל, הערה 5), שממנו עולה כי בית-המשפט התייחס לחסינות העירייה כמושפעת דווקא מסעיף 3 לחוק אחריות המדינה (ראה עמ' 134 לפסק-הדין). החלת קריטריון הסמכות כבסיס לדיון במעמד העירייה בנוזיקין נראית כמתחייבת משורת ההיגיון, שהרי אם זהו הבסיס לחסינות עובד-הציבור בסעיף 7(א), מצד אחד, והמדינה בס' 3 לחוק אחריות המדינה, מצד שני — אין כל סיבה שחסינות העירייה לא תידון תחת הסדר דומה. שיקולי המדיניות הנוגעים למעמד העירייה בנוזיקין תקפים רובם ככולם גם לגבי רשות עירונית. ואכן בית-המשפט בעניין גורדון החיל על העירייה את המבחנים הנ"ל (עמ' 134 לפסק-הדין). וראה סלרס (לעיל, הערה 5), בעמ' 322—323, והערה 94, שם, שבו מובאת סקירת המצב בנושא זה בארצות-הברית. המחבר מציין, כי במרבית המדינות אין כל הבדל בין מעמד רשות עירונית בנוזיקין למעמד המדינה כל עוד הרשות העירונית פועלת כגוף שלטוני, ובכמה מדינות אף פורש חוק לביטול החסינות לגבי העיריות כביטול מכללא של חסינות המדינה.

ירמלוביץ/), יוצא שבית-המשפט בעניין זוהר הכיר בכך שהעירייה אינה חסינה ברשי לנות, ומכאן שלא ייתכן שהסמכות הנדונה של שיקול-הדעת יוחסה על-ידינו למסגרת סעיף 8, שהרי אז היתה העירייה חסינה! ומכאן שבית-המשפט ראה את סמכות שיקול-הדעת של העירייה כנדונה לפי סעיף 7(א) לפקודת הנזיקין.

אם למרות האמור עד כאן נותרו עוד ספקות לגבי מיקום חסינותה של רשות ציבורית המפעילה סמכות של שיקול-דעת, הרי העמדה המוצגת על-ידינו זוכה לאישור ברור (אם גם לא מפורש) בפסק-דינו החדש של בית-המשפט העליון (מפי השופט ברק) בעניין נירית ירושלים נ' גורדון⁸⁹. בית-המשפט דן כאן בחובת הזהירות של גורמי התביעה הפלילית ביחס לאזרח שנפגע מפעולותיהם. המדובר, ללא ספק, בסמכויות הכוללות הפעלת שיקול-דעת (כפי שבית-המשפט עצמו מזכיר בעמ' 35 לפסק-הדין דלעיל). בית-המשפט עסק בהרחבה בשאלת כיוונה והיקפה של חובת הזהירות של הרשות ברשלנות. מובן שאם הסמכות שבה דובר שם (הפעלת סמכויות התביעה הפלילית והגשת דו"חות וביצוע מאסר עקב אי-תשלום) תיחשב לסמכות "סיפוטית" הנכנסת לגדר סעיף 8 לפקודת הנזיקין, הרי כל הדיון המובא בפסק-הדין הוא מיותר, משום שסעיף 8 מגן על הרשות בכל מקרה של רשלנות — לרבות רשלנות ביצועית!

מכל האמור לעיל עולה, כי שאלת אחריותו של עובד-הציבור המפעיל סמכויות של שיקול-דעת צריכה להיות נדונה במסגרת סעיף 7 לפקודת הנזיקין. תוצאה זו נובעת הן משיקולים של התחקות אחר כוונת המחוקק, ובעיקר משום שיקולים של מדיניות רצויה.

יוצא ששאלת האחריות הנזיקית של עובד-ציבור מכל סוג שהוא (ולמעט עובד-ציבור המשתתף באופן אורגני או באופן פונקציונלי, במובהק — לרשות השופטת) — צריכה להיחתך לפי סעיף 7 לפקודת הנזיקין.

ד. המעמד הנזיקי של עובד-הציבור ודוקטרינת האולטרא-וירס

1. כללי

דוקטרינת האולטרא-וירס חוצה את כל תחומי המשפט שבהם נדונות פעולותיה של רשות מינהלית⁹⁰. העיקרון המרכזי של דוקטרינה זו הוא הרעיון, שתוקפו של האקט המינהלי תלוי בהיותו פעולת הרשות שביצעה את האקט בתחום הסמכות שהוקנתה לה בחוק. אלא שהשאלה, האם האקט המינהלי נמצא בתחום הסמכות של הרשות הפור עלת משפיעה לא רק על תוקפו של האקט במישור המשפט המינהלי, אלא גם על מעמדו של האקט בתחומי משפט אחרים וביניהם תחום דיני הנזיקין. הביטוי של השקפה זו בהקשר הנדון על-ידינו מתבטא בכך, שאקט מסוים מוכר כ"חוקי" במישור הנזיקי

⁸⁹ (לעיל, הערה 5), בעמ' 135.

⁹⁰ ראה, למשל, בתחום החוזים: בג"צ 282/80 אלון לה (1) 601; בג"צ 69/80 חירם לה (4) 505; בג"צ 640/78 כוריים קצאן לד (2), 1. ובתחום הפלילי ראה ע"פ 768/80 ש"י שפירא וישיבת ג' מ"י, פ"ד לו (1) 337 וד"נ 12/81, פ"ד לו (3) 645.

(קרי: כאקט שאיננו מהווה בסיס להחלת אחריות נזיקית על הרשות המינהלית), רק משום שבמישור המינהלי הוא "תקף" (היינו: איננו בטל או ניתן לביטול). השקפה זו, שלפיה יש קשר הדוק בין תוקפו של האקט במישור המשפט המינהלי לבין מעמדו החוקי לצרכים שונים (שיידונו להלן) בתחום דיני הנזיקין היא ההשקפה המקובלת בשיטות המשפט האנגלו-אמריקניות⁹¹, והיא המהווה את הבסיס לדיון במעמדו של עובד-הציבור והרשות המינהלית בעלי סמכויות חוקיות של הפעלת שיקול-דעת. אלא שבחינה ביקורתית של גישה זו תוכיח—כפי שנראה להלן—כי הקשר הנ"ל בין המישור המינהלי למישור הנזיקי⁹² איננו הכרחי כלל וכלל מבחינה הגיונית ומשפטית כאחת. למעשה החלת הגישה האמורה באופן גורף וללא בדיקת הוויקה העניינית של שני המישורים זה לזה גורמת לעיוותים ולטעויות. ביטוי קיצוני לקשר מוטעה כזה בין תקפות האקט השלטוני במישור המינהלי לבין מעמדו החוקי במישור הנזיקי נמצא בכמה פסקי-דין מן המאה הקודמת שבהם נקבע, כי אם האקט הוא "בטל" הרי הוא "אינו קיים", וממילא אינו יכול לגרום כל נזק לתובע בנזיקין⁹³. קישור מוטעה כזה בין המישור המינהלי למישור הנזיקי עומד גם בבסיס הלכת *Home Office*. כאן הלורד דיפלוק⁹⁴ מבסס את הקביעה בדבר שלילתה של חובת זהירות ברשלנות, בין תפקיד המוסמך לבין הנפגע מפעולתו, על הגימיק שהטלת אחריות נזיקית על הרשות, הפועלת בתחום סמכותה, מהווה הפרת הכללים החוקתיים

91 כך באנגליה בפסקי-הדין *Home Office v. Dorst Yacht Co. Ltd.* 294, 2 All E.R. (1970) (להלן: הלכת *Home Office*), בעמ' 330–335; וכן בארצות-הברית *63 Amr. Jur. 2d* § 288/9 לעניין ההגנה של המשפט האמריקני לפקד-ציבור המפעיל שיקול-דעת, כל זמן שהוא פועל בתחום סמכותו החוקית ופעולתו היא "שיפוטית" טהורה, ולהבדיל מפעולה ביצועית שאינה מערבת הפעלת שיקול-דעת.

92 למעשה, גם בתחום המשפט המינהלי הקשר בין שאלת הסמכות לשאלת התקפות אינו הכרחי. אפשר, למשל, לגרוס כי כל אקט הוא תקף אפילו ניתן לחלוטין מחוץ לסמכות, כל זמן שבית-המשפט לא קבע אחרת. ראה רובינשטיין (לעיל, הערה 50), בעמ' 8. לאור ההשקפה המקובלת, קשר כזה מבסס את ההבחנה המרכזית בין אקט "בטל" (void) לאקט "ניתן לביטול" (voidable).

93 ראה פסקי-הדין המצוטטים אצל רובינשטיין, שם, בעמ' 130–131. כך, למשל, נקבע כי אקט חסר-סמכות של השעיה מאגודה וולונטרית אינו יכול להיות בעל תוצאות של "נזק", שכן הוא בטל ומבוטל (שם, עמ' 131). הקישור המוטעה כאן בין קיום נזק לבין העדר סמכות של הנתבע ותקפות האקט הוא, למעשה, בלבול בין מישור הקיום המשפטי של האקט לבין קיום הנזק במישור המציאות העובדתית. לעתים התבססו קביעות מעין אלה על הטענה כי התובע היה חייב להתעלם מהאקט הבטל. טענה זו האחרונה נדחתה בפסקי-הדין הקנדי *Roncarelli v. Duplessis* (Can.) (1959) S.C.R. 121 (כמצוטט אצל רובינשטיין, שם, בעמ' 131). פסקי-הדין קבע, כי התובע לא היה רשאי להתעלם מאקט בטל כל עוד לא הוכרו כזה, ולכן ההסתייגות על האקט יכולה להוות בסיס לפיצוי בנזיקין (ראה גם ד"נ שפירא הנ"ל [לעיל, הערה 90], בעמ' 663, לגבי זכותו של נאשם בפלילים להסתמך על היתר-בגיה שניתן לו בבסיס לשלילת אחריותו). לא היינו נכנסים לדיון מפורט בסוגיא זו, לולא חזרה לאחרונה מועצת המלך על טיעון דומה בפסק-דינה בעניין *Dunlop v. Woolahva Municipal Council* (1981) 1 All E.R. 1202, 1209 (וראה ביקורת על טיעון זה אצל R. C. Evans, "Damages for Misfeasance in Public Office" 31 *Int. & Comp. Law Quarterly* (1981) 640, 659).

94 עמ' 330 לפסקי-הדין.

והתערבות בית-המשפט בקביעותיו של המחוקק שהסמך את הרשות לפעול כפי שפעלה. ההנחה שרשות הגורמת לנזק, בפעולתה בתחום סמכותה, פועלת באופן "חוקי" בנוזקין, רק משום שהאקט שלה הוא תקף במישור המינהלי (ובהיותו בתחום הסמכות), היא דוגמא מייצגת לעירוב התחומים המוטעה.⁹⁵

לסיכום: כדי להגיע לתוצאה נכונה במישור הנוזקי יש להבחין בין מבחן החוקיות הנוזקי (קרי: המבחן לשאלה, האם אקט מסוים של הרשות הוא בסיס להטלת אחריות נוזקית) לבין מבחן התקפות המינהלי, ולהימנע מהשלכות לא-רלבנטיות של שני התחומים זה על זה. במקביל, רצוי גם להשתחרר במידת האפשר מהתפישה של ראיית ההליך של הטלת אחריות נוזקית על הרשות המינהלית כמכשיר של ביקורת שיפוטית.⁹⁶

2. הדין במדינת ישראל – סעיף 7(א)

גם אם התקשינו להבין את ההצדקה ליצירת הבחנתו של הלורד דיפלוק (בין אקט מוסמך חסין לבין אקט אולטרא-וירס תביע בנוזקין), הרי המחוקק במדינת-ישראל קיבל הבחנה זו בקובעו את קריטריון הסמכות כבסיס לחסינותו הנוזקית של עובד-הציבור בסעיף 7(א).⁹⁷ הסעיף תוחם את חסינותו של עובד-הציבור לאור סמכותו הממשית או המדומה על-ידי בתום-לב, ולעומת זאת, מוציא מגדר החסינות "תובענה על רשלנות".

ניתן לראות מיד, ולאור הניתוח לעיל של ההנמקות ל"כלל הסמכות הנוזקי"⁹⁸, כי מבנה זה של הסעיף יוצר בעייתיות וחוסר-היגיון פנימי. אם מטרת החסינות היא למנוע ביקורת שיפוטית על שיקולי המדיניות של הרשות כל עוד היא פועלת בתחום סמכותה, מדוע איפשר המחוקק ביקורת כזו דווקא בתביעה של רשלנות?⁹⁹

95 בית-המשפט נימק את הקביעה בנימוק נוסף: משיקולי מדיניות אין זה רצוי שבית-המשפט יתערב באיזון האינטרסים בין האילוץ התקציביים של הרשות, לבין צרכיו של הפרט הנפגע. שם, שם. קביעה זו אושרה לאחרונה מנימוקים דומים בפסק-הדין *Fellowes v. Rother District Council* (1983) 1 All. E.R. 513, 518. מובן כי הנימוק האחרון הוא קביל ולגיטימי (ראה לעיל, עמ' 260–261). אך הטענה שלפיה לכל פעולה בתחום הסמכות יש חסינות נוזקית רק משום היותה בתחום הסמכות במישור המינהלי, מבטאת עירוב תחומים לא-מוצדק. מנימוקים דומים יש לבקר את הטענות שלפיו המחוקק אשר הסמך את הרשות לפעול כפי שפעלה, לא התכוון כי יותר לבית-המשפט לחייבה בנוזקין על פעילות זו. כל זמן שהמחוקק לא שלל במפורש תביעה בנוזקין, אין סיבה להניח זאת, מה גם שבאותה מידה, לפחות, לא סביר שהמחוקק התכוון לכך שהרשות תוכל לפעול ברשלנות, תוך עשיית עוולות וכו'. הרלו (לעיל, הערה 1), בעמ' 40–41, 51–53.

96 על רקע זה יש להתייחס בזהירות להערת-האגב של בית-המשפט בפרשת זוהר (לעיל, הערה 7), בעמ' 770, מול האות ב. בית-המשפט מציינ שם, כי לקריטריון האולטרא-וירס אין כל צידוק במשפט מדינת ישראל. יש לראות קביעה זו כמתייחסת לשאלת האחריות בעוולות הרשלניות בלבד, שכן לגבי שאר העוולות הקריטריון הנ"ל כבסיס להפחתתו של העובד שריר וקיים לפי סעיף 7(א).

97 לעיל, בסעיף 1.

98 קיימות בסעיף בעיות נוספות כגון הרציונל של ההבחנה בין עוולת הרשלנות לבין התרשלנות סתם; וכן שאלת הנימוק מאחורי הטלת אחריות על רשלנות בביצוע האקט, אך שלילתה לגבי רשלנות בהגדרת תחום הסמכות. הבעיות הנ"ל יידונו להלן, בפרק ה.

שהרי אין לך עוולה המאפשרת מקום נרחב יותר לבית-המשפט להפעיל את שיקול-דעתו ושיקולי המדיניות שלו — מאשר עולות הרשלנות! נראה כי עלינו לנסות ולפרש את כלל הסמכות של סעיף 7(א) באופן שייצור קוהרנטיות מסוימת והנחה של שיטתיות בכוונת המחוקק המבוטאת בו. כדי להעניק לסעיף פירוש כזה יש — לדעתנו — להמשיך בשלב ראשון את קו-ההפרדה בין המישור המינהלי למישור הנזיקי⁹⁸, גם לגבי עיצוב תחומו של עקרון ההריגה מסמכות המשפט המינהלי — כשהוא בא לידי ביטוי במישור הנזיקי.

ההתפתחויות האחרונות בשטח המשפט המינהלי מורות, כי התפישתה של קורלציה הכרחית בין הביטויים על דוקטרינת האולטרא-וירס בכל ענפי המשפט השונים, נסוגה לטובת עיקרון גמיש יותר, הקשור לשיקולי המדיניות הספציפיים של כל ענף משפטי כשלעצמו. זהו עקרון הבטלות היחסית⁹⁹. אין כל הכרח — לדעתנו — לגרוס כי העובדה שאקט מינהלי כלשהו הוא "בטל", במובן של אפסותו במישור המינהלי, בשל פגם פורמלי (כגון הפרת זכות השמיעה של האזרח נשוא האקט) — מחייבת כי האקט הנ"ל יהיה חשוף לתביעה נזיקית לאור כלל הסמכות של סעיף 7(א). יש להכיר בעובדה, שכללי הסמכות של המשפט המינהלי נוצרו לאור צרכים ספציפיים של הענף המשפטי הזה, ואין כל מקום ליישום התוצר של אותם שיקולים לענפים אחרים שבהם שיקולי המדיניות הם שונים בתכלית. אם נמשיך בדוגמא לעיל, הרי ההקפדה "הדרגתית" של המשפט המינהלי על זכות השמיעה נובעת משיקולים חוקתיים (כגון צדק, הגינות וחובת הרשות המינהלית לנהוג באופן חסר-פניות, כך שהצדק ייראה וייעשה גם יחד, וכל זאת תחת ביקורת שיפוטית מינהלית שבית-המשפט שוקד בהתמדה על הרחבתה). כל אלו מביאים לכך, שאקט שניתן מתוך הפרת חובת השמיעה הוא "בטל" במישור המינהלי¹⁰⁰. ואולם, מובן כי תוצאה קיצונית כזו, המתעלמת בין היתר מהיסוד של הקשר הסיבתי בין מימוש זכות השמיעה לבין תוצאת ההליך, אין לה מקום במטריה של דיני הנזיקין. לכן בטלותו של האקט במישור המינהלי אינה צריכה לגרור בהכרח את היותו "מחוץ לסמכות" במובן של סעיף 7(א).

ננסה אפוא להגדיר את המבחן, שעלינו לאמץ את מצוות המחוקק בסעיף 7(א), ויחד עם זאת להגיע לתוצאה סבירה מבחינת שיקולי המדיניות הרלבנטיים. המבחן הזה יהיה מבחן "נזיקי", כלומר: מבחן שתחומיו יעוצבו לפי שיקולי המדיניות של דיני הנזיקין. אך כדי להדגים את היחס שלו למבחנים המינהליים של דוקטרינת האולטרא-וירס, נסקור את מעמדן של כמה מעילות התקיפה המינהליות לאור המבחן הזה.

⁹⁸ כמדגם לעיל, בסעיף 1.

⁹⁹ ראה דעת הרוב בע"פ שפירא הנ"ל (לעיל, הערה 90), בעמ' 661; ובע"פ 768/80 הנ"ל, 357, 371–372. והשווה דעת המיעוט מפי השופט ברק (שם, 360), שגרס קורלציה מוחלטת בין המישור המינהלי למישור הפלילי. דעה זו נומקה דווקא על יסוד שיקולי מדיניות של המשפט הפלילי, ראה עמ' 368–369, שם; וראה גם דה-סמית (לעיל, הערה 53), בעמ' 152–153; וכן רובינשטיין (לעיל, הערה 50), בעמ' 229 — שם המחבר גורס כי מבחן הסמכות צריך להתייחס לתוצאות קביעת הסמכות בתחום הנדון.

¹⁰⁰ זוהי ההלכה במשפט המינהלי, כפי שנקבעה בע"א 183/69 עיריית פתח-תקווה נ' מחן, פס"ד כג (2) 398. לאחרונה חל ריכוך מסוים בהלכה זו ותחומיה מוגמשים. ראה, למשל, בג"צ 551/82 קשע נ' מב"ל כהנא, פ"ד לו (3) 571, 576. אך עדיין המצב כאן רחוק מלדמות לדרישת הקשר הסיבתי של דיני הנזיקין.

ראשית, המעמד המרכזי שיש לרשלנות, כחריג החשוב לחסינות העובד הפועל בתחום סמכותו, מעניק חשיבות רבה לשאלת סבירות האקט המינהלי של הפעלת שיקול-הדעת, אם כי אין זהות הכרחית בין אי-סבירות מינהלית לבין רשלנות נוזקית.¹⁰¹ שנית, מקביעת המחוקק בסעיף 7(א), כי מחשבה בתום-לב על קיום הסמכות עדיין תשאיר בידי העובד את חסינותו, עולה — לדעתנו — כי המחוקק מייחס חשיבות רבה לשאלת תום-לבו של עובד-הציבור כתנאי לחסינותו בנוזקין. מכאן ניתן — לדעתנו — להקיש, כי פעולה בחוסר תום-לב (כגון פעולה מתוך מניע זדוני, פרטי, מטרה זרה פסולה, או הפליה — שהעובד מבצע במודע), יוציאו את הפעולה מתחום החסינות.¹⁰² וזאת אף אם העובד לא היה מודע ישירות להיותו חסר-סמכות. המסקנה האחרונה מתחייבת ממילא גם משיקולי המדיניות הכלליים לגבי חסינותו הנוזקית של עובד-הציבור, שפורטו לעיל.¹⁰³

שלישית, בכל מקרה שבו עובד-הציבור פועל באופן ברור מחוץ לסמכותו במובן הפשטני של ביטוי זה (היינו: כשהפעולה היא מחוץ לסמכות או בהעדר סמכות במובן "הפונקציונלי")¹⁰⁴, הרי בכך העובד מפסיק למלא את היעוד שלו הוסמך על-ידי המחוקק, ואין מגוס מלקבל כאן את מצוות המחוקק ולשלול מהפקיד את חסינותו (יש להעיר, כי גם כאן לא נגיע בדרך-כלל לתוצאה לא-רצויה, שכן בכך שהסרנו את חסינות הפקיד עדיין לא קבענו את אחריותו בנוזקין.¹⁰⁵ גם הסרת החסינות מוטלת בספק, למעשה, שכן עדיין עומדת לו לפקיד החסינות עקב מחשבה בתום-לב על קיום הסמכות.¹⁰⁶ לכן, בהנחה שהחריגה מהסמכות, קיצונית ככל שתהא, היתה בתום-לב, הסיכוי להכרה באחריותו של הפקיד הוא קטן כל זמן שלא התרשל. על-כל-פנים, חריגה "פונקציונלית" תיחשב ל"מחוץ לסמכות" במובן סעיף 7(א)).

לעומת כל אלה, במקרים אחרים, שבהם לפי המבחנים של המשפט המינהלי אנו עוסקים ב"חריגה מסמכות", כגון בהפרת כללי הצדק הטבעי (קרי: הפרת חובת השמיעה,

101 דיון מפורט בקשר בין עוולת הרשלנות לעילת אי-הסבירות ייעשה להלן, בפרק ה, סעיף 2(ג).

101* ר' להלן, פרק ה, סעיף 2(ד).

102 לעיל, פרק ג, סעיף 1.

103 זהו המבחן שנקבע בבג"צ 203/57 רובינשטיין נ' הפקיד המוסמך לפי חוק בתים משהתפיים, פ"ד יב 1668, 1674 (מול האותיות ה-1). לפי עיקרון זה, קיימת חריגה פונקציונלית מהסמכות, במקום שלא ניתן לראות את העובד כמי שפועל ומילא את התפקיד שהוטל עליו על-פי חוק. לפי המינוח של המשפט המינהלי לא כל "חריגה מסמכות" היא חריגה במובן ה"פונקציונלי" (קרי: חריגה מהתפקיד שאותו יעד המחוקק בחוק למפעיל הסמכות). הפרת כללי הצדק הטבעי, למשל, נחשבת ל"חריגה מסמכות" למרות שברור כי חרף ההפרה עדיין המוסמך ממלא את התפקיד שיועד לו בחוק. ראה ע"א 183/69 עיריית פתח תקוה נ' טהן, פ"ד כג (2) 398, 404; וכן ע"פ שפירא (לעיל, הערה 90), בעמ' 353, 362 ואילך.

104 כאן המקום להעיר, כי דין מדינת ישראל אינו מכיר בעוולה נוזקית של "חריגה מסמכות סטטוטורית", לאור הלכת "הרשימה הסגורה" (ראה רובינשטיין, פרידמן [לעיל, הערה 45], בעמ' 64; וע"א 153/54 וירד נ' היועץ המשפטי, פ"ד י 1246, 1249, מול האות ג). קיומה של עילה כזו נדחה לאחרונה גם בדין האנגלי בהלכת *Dunlop* (לעיל, הערה 93), בעמ' 1208. לגבי האפשרות לבסס תביעה נוזקית בעוולות הח"ח במקרה של חריגה מסמכות — ראה להלן, פרק ו.

105 ובכך נבדל המצב במדינת ישראל מהמצב באנגליה לאור הלכת *Home Office*.

ומשוא-פנים¹⁰⁶), בטעות בהפעלת שיקול-הדעת (שאינה מגיעה לידי רשלנות או אי-סבירות), בהפרת חובת ההנמקה ושאר הפגמים בהפעלת שיקול-הדעת של המוסמך — כל אלה לא יהיו לכשעצמם בסיס להסרת חסינותו של הפקיד, ואפילו אם במישור המינהלי היתה ההפרה גורמת ל"בטלות" האקט; זאת, כל זמן שאין בחריגה רשלנית זדון או העדר סמכות פונקציונלית (מתוך חוסר תום-לב, קרי: ידיעה על החריגה מסמכות). לסיכום: לאור כוונת המחוקק בסעיף 7(א), המבטאת רצון להגן על עובד-הציבור הפועל במסגרת סמכותו, עלינו לאמץ כמבחן לחסינות קטיגוריה רחבה של פמפות, ולהימנע מלחשוף את עובד-הציבור לתביעה נזיקית, רק משום שמבחינת המשפט המינהלי, האקט שהוצא תחת ידיו "בטל". כל זמן שהמוסמך פעל באופן קטיגוריאלי — כללי בתחום סמכותו, או אף חרג ממנה (אך לא בידעה על החריגה או בהתרשלות) — הוא יהיה מוגן בנוזקין¹⁰⁷.

ה. רשלנות

למיקומה המרכזי של עוולת הרשלנות וחשיבותה בדיני הנוזקין בכלל, נתוספה בסוגיא שלפנינו העובדה שכלל החסינות של עובד-הציבור בסעיף 7(א) מוציא מתחולתו "תביעה על רשלנות". חשיבותה של סוגיית הרשלנות מקבלת אפוא משנה-תוקף. גדון עתה בשני הפנים של הרשלנות בסוגיית המעמד הנוזקי של עובד-ציבור: נפתח בדיון באחריות עובד-ציבור בעוולת הרשלנות, ולאחר-מכן — ברשלנות כקרי-טריון לתיחום חסינותו של העובד.

1. אחריותו של עובד-הציבור ברשלנות

(א) חובת הזהירות של רשות המפעילה סמכות של שיקול-דעת כלפי הנפגע מפעולתה

בתחום זה של הכרה בחובות זהירות של רשות ציבורית כלפי הגפגעים מפעולותיה חלו בשנים האחרונות כמה התפתחויות מרחיקות-לכת. משפט מדינת ישראל הכיר עוד בשנות ה-50 (בעקבות המשפט האנגלי) בחובת הזהירות של רשות ציבורית, שהיו לה סמכויות פיקוח, השגחה וטיפול בדרכים ציבוריות, כלפי מי שנפגע כתוצאה מרשלנות בהפעלת הסמכויות האלו¹⁰⁸.

ואולם, הלכה זו היתה חריג לגישה הכללית שגרסה, כי כל זמן שלגוף ציבורי יש סמכות לפעול או לפקח בתחום מסוים, אין להסיק מהקניית סמכות זו על-ידי המחוקק

106 אלו הם כללים פורמליים, שהתקיימותם אינה מורה בהכרח על קיום זדון או רשלנות מצד המוסמך (ראה, למשל, דה-סמית [לעיל, הערה 53], בעמ' 261, בעניין משוא פנים).

107 רובינשטיין (לעיל, הערה 50), בעמ' 229–230.

108 ע"א 144/60 מ.י. נ. חווי, פ"ד טז 209, 220–222; ע"א 176/59 עיריית תל-אביב נ' ראש חורש, פ"ד טז 301, 305.

כל חובה להפעיל את הסמכות. מכאן הוסקה המסקנה, כי אין גם כל חובת זהירות בנויקין כלפי מי שנפגע מרשלנות בהפעלת הסמכות או באי-הפעלתה¹⁰⁹. מהלך חשיבה זה איפיון את גישתם הכללית של בתי-המשפט, שביטאו חוסר-רצון בולט להרחיב את אחריותן של רשויות הציבור בנויקין.

בתחילת שנות ה-70 החלה להסתמן התפתחות במשפט האנגלי¹¹⁰. בפרשת *Home Office*¹¹¹ קבע בית-הלורדים, כי רשות ציבורית המקיימת שליטה ופיקוח בתחום מסוים, חבה חובת זהירות כלפי מי שעלול להיפגע מכישלון רשלני בהפעלת הסמכות¹¹². הלכה זו הורחבה בפסק-הדין *Dutton v. Bognor Regis Buildings*¹¹³, והוחלה על הפעלה רשלנית של סמכויות פיקוח על בנייה (בית-המשפט הכיר באחריותה של רשות עירונית לנוק שנגרם לדיירי בית שבעת בנייתו הופרו הוראות החוק, והפרה זו לא התגלתה עקב רשלנות מפקח-הבנייה שביקר במקום¹¹⁴).

ההלכה האנגלית פיתחה דווקא את חובת הזהירות שנבעה עקב סמכויות פיקוח, אך שללה בדרך-כלל חובת זהירות כללית של הרשות לגבי השימוש בנכסיה. נוצר אפוא מצב מוזר, שלפיו אם הרשות החליטה להפעיל את סמכויות הפיקוח שלה ולקיים פיקוח בפועל בנושא הנתון לסמכותה, הרי הפעלת הפיקוח באופן רשלני היתה מטילה אחריות על הרשות. לעומת זאת, החלטה שלא להפעיל כלל את הסמכות, או אי-הפעלת הסמכות — ולו גם מתוך מחדל רשלני — לא היו מביאות לתוצאה כזו¹¹⁵. יוצא שמב-חינתה של הרשות המינהלית עדיף היה לו נמנעה מלפעול כלל. גישה בעייתית זו באה לידי ביטוי גם בפסיקה במדינת ישראל. בפסק-הדין גרובנר¹¹⁶ אימץ בית-המשפט

109 דיון נוסף בפסק-הדין שחארה (לעיל, הערה 6), בעמ' 622, מול האות א; ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד ל (1) 141, 149—150; ע"א 247/55 סרי עדין בע"מ נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד יא 1110, 1114.

110 המשפט האמריקני גורס, בדרך-כלל, גם כיום, כי לפקיד-ציבור המפעיל שיקול-דעת יש חסינות מוחלטת ברשלנות, כל זמן שהוא פועל בתחום הסמכות של תפקידו. ראה סלרס (לעיל, הערה 5), בעמ' 341—342, והערה 207, שם; 63, Amr. Jur. (2d) § 293.

111 לעיל, הערה 91.

112 הרוב בבית-המשפט גרס, כי חובת הזהירות נוצרת מעצם קיום השליטה והפיקוח (ראה עמ' 307, 327 לפסק-הדין). חלק מהשופטים סייג את החובה רק כלפי מי שרכושו קרוב לאובייקט המפוקח (שם, עמ' 307). אחד השופטים היה מוכן להכיר בחובת זהירות של הרשות לגבי כל ביצוע פעולה רשלנית או הפעלה רשלנית של סמכויות (ולאו דווקא לגבי סמכויות פיקוח), שם, עמ' 391. עם זאת, הדגישו רוב השופטים כי תנאי לחיוב הרשות בנויקין לאור חובת הזהירות האמורה הוא, כי רשלנות הרשות תהא קיצונית ביותר — עד כדי חריגה מסמכות (ראה עמ' 301, 310, 331—332), ולעיל, פרק ד.

113 לעיל, הערה 17.

114 בית-המשפט, מפי הלורד דינג, הכיר בכך שאחריות הרשות כמה מכוח העיקרון הכללי של חובת זהירות ורשלנות נזיקית ולאור היכולת לצפות את הנזק, ולא מכוח עקרונות אחרים (כגון עקרון ההסתמכות) — שם, עמ' 470.

115 כל הנ"ל אמור לגבי סמכויות של שיקול-דעת, שלגביהן נקבע כי אין חובה של הרשות להפעילן, ולהבדיל מפעולה שהמחוקק לא רק הסמיך את הרשות לעשותה, אלא קבע חובה בחוק להפעילה. ההבחנה הנ"ל בין "סמכויות שיקול-דעת" ל"סמכויות חובה" מופיעה אצלנו בפסק-הדין גרובנר (לעיל, הערה 109), עמ' 149 (מול האותיות א—ב).

116 שם. הדברים הנ"ל נאמרו אמנם בפסק-הדין במסגרת הדיון בעוולת הפרת חובה חקוקה. בעוד שלגבי עוולת הרשלנות נקבעה שם חובת זהירות של העירייה כלפי מי שמבקר בגן

את ההבחנה בין חובות סטטוטוריות ובין סמכויות של שיקול-דעת, בקובעו כי לגבי האחרונות לא קיימת כל חובת זהירות של הרשות כלפי מי שעלול להיפגע מאי-הפעלת הסמכות. בהערת-אגב אימץ גם את ההלכה האנגלית, שלפיה החלטה להפעיל את הסמכות ולקיים פיקוח כפועל יכולה להקים חובת זהירות ברשלנות, אם ביצוע הפיקוח בפועל היה רשלני.¹¹⁷

באנגליה השתחררו בתי-המשפט מהמיגבלות שהטילה עליהם גישה זו. בפסק-הדין *Anns v. London Borough of Merton*¹¹⁸ ביטל בית-המשפט את ההבחנה בין סמכויות שיקול-דעת לחובה סטטוטורית, בקובעו כי גם סמכויות שיקול-דעת יש להפעיל בסבירות¹¹⁹, וכי אי-הפעלת הסמכויות כלל מתוך רשלנות יכולה להוות בסיס להטלת אחריות בנוזקין על הרשות המוסמכת¹²⁰. גם הפסיקה במדינת ישראל השתח-רה לאחרונה באופן מוחלט מהבחנות מיותרות אלו. בשלושה פסקי-דין חדשים, בתי-המשפט העליון¹²¹ והמחוזי¹²² קובעים, כי להבחנה בין "סמכות" לבין "חובה" אין כל חשיבות לגבי שאלת האחריות בנוזקין¹²³. נקבע, כי הקריטריונים להכרה בחובת זהירות ברשלנות של רשות מינהלית כלפי מי שעלול להיפגע מהפעלת סמכויותיה או ממחדלה להפעיל אותן, צריכים להיות הקריטריונים הנזקים הכלליים לשאלת ההכרה

ציבורי (עמ' 155–156). ואולם, פסק-הדין מבוסס על הדין האנגלי, שבו ההפרדה בין שתי העולות אינה כה חדה, ולמעשה לאור הגישה הכללית של פסק-הדין ברור, כי ההכרה בחובה היתה בהקשר לסוגיא הספציפית של יחסי מחזיק-מבקר במקרקעין. מכאן שההנחות להכיר באחריות נזיקית כלשהי של הרשות כלפי מי שנפגע מפעולותיה היא – לפי פסק-הדין – מצומצמת ביותר, וזה נכון לגבי עולות הרשלנות כמו לגבי הפרת חובה חקוקה.

117 שם, עמ' 151. וראה גם ע"א 697, 692, 684/76 אייל ג' פוקסמן ; פוקסמן ג' ערד בע"מ ; סופר ג' ברדה, פ"ד לא (3) 360, 349.

118 *Anns v. London Borough of Merton* (1977) 2 All E.R. 492 H.L. (1978) A.C. 728.

119 שם, עמ' 755. גישה זו אושרה ב-*Dennis v. Charwood B.C.* (1982) 3 All E.R. 486. עמ' 489, 493 (C.A.).

120 שם, עמ' 760–761. הקביעה כי חובת זהירות עקרונית בנוזקין קמה גם עקב אי-הפעלת הסמכות מופיעה גם בפסק-הדין החדש בעניין *Fellowes* (לעיל, הערה 95). יש להעיר כי בית-המשפט ב-*Anns* לא ביטל את הדרישה שנוצרה בפסק-הדין *Home Office*, כי כאשר הרשות מפעילה (או נמנעת מלהפעיל) את שיקול-הדעת באופן רשלני, היא צריכה לחרוג מסמכותה כדי שתוכר אחריותה בנוזקין. יוצא, שרק רשלנות קיצונית המהווה אי-סבירות במישור המינהלי תוציא את האקס (או המחול) מתחום סמכותה של הרשות ותאפשר להכיר באחריותה של הרשות בנוזקין בעולות הרשלנות (ראה לעיל, הערה 112).

121 פסק-הדין זוהר (לעיל, הערה 7), בעמ' 769 ; פסק-הדין גורדון (לעיל, הערה 5), בעמ' 133–134.

122 פסק-הדין פיראן (לעיל, הערה 12), בעמ' 204.

123 למעשה, ההבחנה הנ"ל בין "סמכות" ל"חובה" אינה קיימת גם בתחום המשפט המינהלי. חובתה של הרשות המינהלית היא להפעיל את סמכותה, ואי-הפעלת הסמכות תיחשב למחדל החשוף לביקורת רגילה של כל עילות התקיפה המינהליות. ראה בג"צ ברנר (לעיל, הערה 50), בעמ' 34–35 ; וכן דה-סמית (לעיל, הערה 53), בעמ' 283–284, 321–322.

124 פסק-הדין גורדון (לעיל, הערה 5), בעמ' 133. יחד עם ההבחנה בין חובה לסמכות, גופלת ממילא גם ההבחנה בין מעשה למחדל כבסיס לאחריות הרשות בנוזקין, כפי שבית-המשפט קובע מפורשות בפסק-הדין זוהר (לעיל, הערה 7), בעמ' 770. גם ההבחנה בין מעשה למחדל כבסיס לשאלת חסינותו של עובד-הציבור בנוזקין לפי סעיף 7(א) אין לה מקום –

בחובת זהירות מושגית וקונקרטית ברשלנות.¹²⁴ זאת ועוד: בית-המשפט בזרז הדגיש, כי קיומה של סמכות הפיקוח הסטטוטורית בידי הרשות רק מחזק את הנטיה להכיר בה כבעלת חובת זהירות, שכן הסמכתו של הגוף השלטוני לפקח שוללת את היותו "זר" לסיכון, ולמי שעלול להיפגע ממנו.¹²⁵ בשלושת פסקי-דין אלו עולה מגמה ברורה של הרחבת אחריותן של רשויות המדינה בנויקין.¹²⁶ ותפישת מעמדה של רשות ציבורית המפעילה סמכויות שיקול-דעת בנויקין, כזוה עקרונית למעמדו של כל מוזיק פוטנציאלי אחר.¹²⁷ (אם כי בתי-המשפט בפסקי-הדין זוהר, גורדון וסיהן לא התעלמו מהשיקולים המיוחדים המאפיינים את שאלת ההכרה בחובת הזהירות המושגית של הרשות, כגון השיקול של הנטל על קופת הציבור)¹²⁸.

(ב) סמכויות תכנון וקביעת מדיניות מול סמכויות ביצוע

היו שניסו להעמיד את ההבחנה של הדין האנגלי בין "חובות" לבין סמכויות על הבחנה אחרת – היא ההבחנה שבין סמכויות של תכנון וקביעת מדיניות לבין סמכויות ביצוע עיות גרידא.¹²⁹ הבסיס העיוני להבחנה זו הוא – כפי שהראינו לעיל¹³⁰ – הסענה כי כל זמן שהרשות פועלת בתחומי סמכותה החוקית, אין בית-המשפט רשאי להתערב בתהליך קביעת המדיניות והאיוון בין האינטרסים החברתיים השונים – תפקיד שאותו הועיד המחוקק לרשות המינהלית. לכן, לפי גישה זו, כל זמן שהאקט המותקף בנויקין הוא החלטה תכנונית, המגשימה שיקולי יעילות כלכלית של המינהל, כגון איוון בין סיכונים, מתד גיסא, ותיסכון בהוצאות, מאידך גיסא, או נקיטת קו-מדיניות המיועד להגשים ערכים חברתיים בתחום מסוים – יש לראות את האקט כחסין מפני תקיפה בנויקין.

לדעתנו, העמדה הנוגדת אצל טדסקי, בעניין זה ([לעיל, הערה 2], בעמ' 387–388) מתבססת על פסקי-הדין מאזרר (לעיל, הערה 47), בעמ' 656, מול האות א; ובעמ' 660, מול האותיות ה–ו. ואולם, החסינות שבה דובר שם הייתה חסינות ספציפית מצומצמת (מכוח פקודת מחלות בעלי-חיים, 1945, סעיף 21), ואחד מנימוקי בית-המשפט להצרת החסינות היא "מעשה" בלבד, היה קיומה המגביל של החסינות הכללית של סעיף 7 לטובת הרשות שם, ומכאן שאין בכך אסמכתא לגישה מצמצמת דומה לגבי החסינות של סעיף 7(א) עצמו.

125 פסקי-הדין זוהר (לעיל, הערה 7), בעמ' 766; פסקי-הדין סיהן (לעיל, הערה 7), בעמ' 203, 199.

126 פסקי-הדין זוהר שם, בעמ' 764, 769; פסקי-הדין סיהן שם, בעמ' 203–204.
127 פסקי-הדין זוהר שם, שם; פסקי-הדין סיהן שם, שם; פסקי-הדין גורדון (לעיל, הערה 5), בעמ' 133.

128 פסקי-הדין זוהר שם, בעמ' 766–767. בית-המשפט בפסקי-הדין סיהן דוחה את הנימוק ה"כלכלי" כלא-רלבנטי לשאלת אחריות הרשות הניקית! שם, בעמ' 202.

129 ראה קרייג (לעיל, הערה 53), בעמ' 437–438; וראה גם פסקי-הדין *Anns* (לעיל, הערה 118), בעמ' 763. כפי שהראינו לעיל, זוהי גם ההבחנה המרכזית בדין האמריקני לצורך החלת החריג של "שיקול-הדעת" כבסיס לחסינות הרשות. ראה לעיל, הערה 53, והתקסט לידה.

130 לעיל, פרק ג, סעיף 1.

כבר הראינו לעיל, כי הגרעין בטענה זו¹³¹, שאותו ניתן לקבל, הוא צר מדי כדי שנקבל את ההבחנה במתכונתה הכוללנית. על בית-המשפט הדין בעניין לבחון אותו לגופו ולהימנע מהענקת סעד נזיקי, רק כאשר הענקת סעד כזה אכן תהווה בפועל פגיעה בשיקולי התכנון הכלכליים של הרשות המוסמכת. ננסה כעת לבחון את הקריטריון המוצע על-ידי תומכי גישה זו לגופו.

כדי להדגים את הקושי שמעוררת ההבחנה נשתמש בדוגמא המובאת אצל אחד התומכים העיקריים שלה¹³², והיא עובדות המקרה של פסק-הדין *Home Office*¹³³ עצמו. במקרה זה החליטה הממשלה לאמץ שיטה של "מאסר פתוח" לעבריינים צעירים. עבריינים אחדים ניצלו את חוסר-העירנות של השומרים, נמלטו מהמקום שבו הוחזקו וגרמו נזק לבעלי-רכוש בקירבת מקום. על החלטת הממשלה לשנות את שיטת המאסר צריכה – לדעת קרייג – לחול חסינות נזיקית, בהיותה החלטה מדינית מובהקת. לעומת זאת, על הרשלנות בשמירה עצמה, שכתוצאה ממנה נמלטו העבריינים, לא צריכה לחול חסינות, שכן זהו מחלל ביצוע. ואולם, נגזר כעת כי אחד משיקוליה המרכזיים של הממשלה בעת תכנונה של שיטת החזקת העבריינים היה הרצון לחסוך בהוצאות, ולכן הוחלט לשכור כוח-אדם ברמה גמוכה, כדי לחסוך בהוצאות על משכורות. מכאן שגם הסיכון היותר גדול של בריחת אסירים הובא בחשבון והיווה חלק מ"התכנון" של הרשות.

יוצא, שניתן להציג גם רשלנות בשלב ה"ביצוע" (קרי: חוסר עירנותם של השומרים במקרה הנדון) כפרי של מדיניות מחושבת ומתוכננת מראש (היינו: החלטה עקרונית לשכור שומרים מסקטור נמוך כדי לחסוך בשכרם) – ולכן ההבחנה של קרייג בין רשלנות ביצועית (המאפשרת הטלת אחריות על הרשות בנזיקין) לבין רשלנות "תכנון" (שלגביה יש – לדעתו – להעניק חסינות לרשות) איננה ברורה כלל ועיקר, והיא יותר סמנטית מאשר מהותית. לדעתנו, אין אפוא מקום לאמץ הבחנה זו כבסיס לקביעת הקריטריון של החסינות הנזיקית של הרשות. אין בדעתנו לומר, כי לשיקולים הכלכליים התכנוניים של הרשות ולשאיפה להימנע מלהתערב בהם אין כל חשיבות, אך הדיון בשיקולים כאלה צריך להיות משוחרר מהבחנות ומקטיגוריות מיותרות, שרק מפריעות לבית-המשפט להביא בחשבון את השיקולים הרלבנטיים, הישירים, שצריכים לעצב את החלטתו. ואכן, בית-המשפט העליון דחה באחרונה מפורשות את ההבחנה הזו¹³⁴. בית-המשפט הדגיש, כי עיצוב אחריותן של רשויות הציבור בנזיקין צריך להיעשות על-ידי בחינת כל מקרה לגופו, ושילוב שיקולים כלכליים עם שיקולים קונקרטיים הרלבנטיים למקרה הנדון, כמו בכל מקרה שבו בית-המשפט קובע ומתחם את יישומה של עולות הרשלנות וגבולותיה. אם ישנם שיקולים כלכליים הצריכים לעצב הסדר כולל בנזיקין, ולהנחות את בית-משפט בכל מקרה הנדון לפניו, רצוי שהם יעוגנו בהסדר חקיקתי. רק למחוקק ישנם כלים ליצור הסדר כולל שיבטא איזון נכון של האינטרסים המעורבים בבעיה סבוכה זו.

131 שם.

132 קרייג, במאמרו הנ"ל.

133 לעיל, הערה 91.

134 פסק-הדין זוהר (לעיל, הערה 7), בעמ' 770 (באימרת-אגב); פסק-הדין גורדין (לעיל, הערה 5), בעמ' 135, במפורש.

(ג) רשלנות בביצוע מול רשלנות בפיקוח

התפתחות ההלכה האנגלית בשאלת אחריותו של רשויות הציבור בנויקין התמקדה דווקא בתחום של רשלנות הקשורה להפעלת סמכויות ופיקוח של הרשות.¹³⁵ לדעתנו, דווקא תחום זה של הטלת אחריות נזיקית על פיקוח רשלני הוא בעייתי במיוחד. הטלת האחריות על הרשות במקרים כאלה נעשית בדרך-כלל כתוצאה מנוק שנגרם על-ידי גורם אחר: הקבלן שלא העמיק את היסודות, בעל אולס-הקולנוע שלא דאג לתחזוק את יציאות-החירום — הם הגורמים "הישירים" לנוק. הרשות שלא דאגה לפקח עליהם, להתריע ולאכוף עליהם את החוק, היא מזיק שהקשר שלו לתוצאה המזיקה נראה רחוק יותר, ו"טבעי" פחות מזה של הראשונים.¹³⁶ המגמות המודרניות בשאלת אחריותה של הרשות בנויקין שמות דגש על נקודת-הראות של הנפגע. הבעייתיות של השקפה זו היא השאלה "היכן הגבול"? ניתן להקשות ולשאול, מהו ההבדל בין חיוב הרשות בנוק הנגרם על-ידי עבריו נמלט ממשמורת חוקית, לבין עבריו סתם (שלא היה כלוא עדיין) המבצע מעשה פשע?¹³⁷ ההבדל ביניהם הוא לכל היותר הבדל של דרגה, והגישה השמה לה למטרה את חלוקת הסיכונים ונטל הנוקים בין הפרט הנפגע לבין החברה כולה.¹³⁸ צריכה לדון בשני המקרים האלו כאחד!

כל עוד אין הסדר חקיקתי מפורט ומגובש לשאלת אחריותה של המדינה בנויקין, הכולל התייחסות לשורת הסיטואציות הרלבנטיות הנפוצות, והתפתחות הדין בנושא זה נתונה בידי בית-המשפט, רצוי — לדעתנו — כי דווקא בשטח זה של החלת אחריות בגין פיקוח רשלני ונוק שנגרם על-ידי הגורם המפקח, על המדינה לנקוט משנה-זהירות בפיתוח ההלכה.

אין כל סיבה ממשית שקופת הציבור תישא בנוק שנגרם על-ידי הפרט הוראות החוק לגבי בנייה או פיקוח שריפות, כל זמן שקיים גורם הנוק "הישיר" היכול להעניק

135 פסקי-הדין האנגליים עסקו, בדרך-כלל, בפיקוח על בנייה.

ראה פסקי-הדין *Dutton* (לעיל, הערה 17); פסקי-הדין *Anns* (לעיל, הערה 118); פסקי-הדין *Dennis* (לעיל, הערה 119); פסקי-הדין *Fellows* (לעיל, הערה 95).

136 ה"קשר לתוצאה" שבו אנו דנים כאן איננו הקשר הסיבתי הנזיקי במובנו הרגיל, שבלעדינו ממילא לא חקום אחריות. כוונתנו היא להראות, כי לפחות באופן אינטואיטיבי נראה הקשר של הרשות המפקחת לאירוע הנזיקי רחוק יותר מזה של הגורם הישיר לנוק (כגון הקבלן או בעל אולס-הקולנוע). אין אנו מתכוונים בדברינו אלה למקרים שבהם הרשות מפעילה פיקוח ישיר על גורם נזק מסוים, כגון השגחה על עבריינים הנמצאים בכלא, ויש להוציא מכך גם מקרים שבהם הפיקוח הרשלני תורם תרומה ממשית וישירה לנוק; שכן עקב הפיקוח נוצרת הסתמכות של הנוגעים לעניין על אישור הרשות המפקחת.

137 ראה פסקי-הדין *Home Office* (לעיל, הערה 91), בעמ' 333–334; וראה, למשל, ע"א 746/80 ארזנה נ' אברהם, פ"ד 40(4) 332 — כאן ניסה החובע להטיל על המדינה את נטל הפיצוי למעשה פשע של זריקת רימון על-ידי עבריו שגויס לצבא. ראה גם סלרס (לעיל, הערה 5), בעמ' 347–348. ניתן לשאול, מהו ההבדל המהותי לעניין מי שישא בנטל הפיצוי לנוקים שנגרמו מניהול לקוי של אולמות שונים שבהם אירעו שריפות — בין מקום שהיה לגבי פיקוח עירוני, לבין אולם מסוג אחר שלגביו אין פיקוח כזה? בכל מקרה, האחראי הישיר והמרכזי הוא בעל-האולם. אחריותה של העיריה היא בדרך-כלל אחריות משנית מנקודת-ראות מעשית.

138 ראה לעיל פרק ב', סעיף 1.

לנפגע את הסעד המבוקש. מובן שהטלת מרבית הנטל על גורם זה יכולה להיעשות גם במסגרת הקיימת¹³⁹, אלא שהדין הנוכחי מאפשר לנפגע לתבוע ישירות את הרשות בלבד, ועל-ידי כך להטיל עליה את מלוא "הסיכון המשני". היתרון של הסדר זה הוא העובדה, שהוא נוח לנפגע ומאפשר לו להיפרע בקלות ובמהירות על נזקיו. אך לאור העובדה כי הרשות הציבורית היא אובייקט קל ונוח הרבה יותר לתביעה מאשר המזיק הפרטי "הישיב" ¹⁴⁰, רצוי, אולי, לנקוט פתרון שלפיו הפרעון מקופת הציבור יהיה רק במקרה שבו אין לנפגע אפשרות להיפרע מהמזיק הפרטי הישיר ¹⁴¹. אחת הדרכים להגיע לפתרון כזה היא קביעת הליך משפטי מוקדם לבירור כל העובדות הנוגעות לאירוע הנזיקי, בטרם יותר לתובע לפנות אל הרשות בתביעת נזיקין ¹⁴².

זאת ועוד: לעתים קרובות הרשות מחויבת בנזיקין לאחר שקיימה פיקוח בתחום הרלבנטי והתריעה על הליקויים, אך אלה לא תוקנו, והרשות לא אכפה את יישום מסקנות המפקח מטעמה. למעשה, הרשות מחויבת כאן לא על פיקוח רשלני אלא על אי-אכיפת החוק, ומתעוררת כאן בעיה קשה נוספת של גבול הנכונות להטיל אחריות נזיקית על רשויות הציבור. נקודת-התבוננות נוספת היא מנקודת-ראות כלכלית. רצוי לבחון, האם הטלת אחריות על הרשות היא אכן הדרך לפתרון היעיל והזול ביותר. האם עדיף להטיל אחריות על הרשות, שתיאלץ לשאת בנזק או לבטח את עצמה, או שמא יש להטיל חובת ביטוח על-פי חוק על המזיקים הישירים הפוטנציאליים (קבלנים, בעלי-אולמות וכו'). אכיפת חובה חוקית כזו (לעשות ביטוח) נראית משימת פיקוח פשוטה יחסית, והיא יכולה לפתור חלק ניכר מהבעיות בנושא זה ¹⁴³.

2. רשלנות כמבחן תיחום החסינות שנקבע בסעיף 7(א)

(א) תובענה בעוולת הרשלנות או חריגה מסטנדרט התנהגות סבירה?

השאלה היא, האם החסינות המעוגנת בסעיף 7(א) חלה על כל תביעה בנזיקין, למעט תביעה המוגשת על-פי סעיפים 35–36 לפקודת הנזיקין, או שהיא נופלת בכל מקרה שבו עובדי-הציבור התרשלו (כלומר: חרג מסטנדרט התנהגות סבירה, ללא צורך בהוכחת שאר יסודותיה של עוולת הרשלנות – תובת הזהירות וקיום נזק).

139 לאור סמכותו של בית-המשפט, לפי סעיף 84(ב) לפקודת הנזיקין, לחלק את נטל הפיצוי בין המעוולים במשותף, לפי שיקול-דעתו.

140 ראה פסק-הדין *Dennis* (לעיל, הערה 119), בעמ' 495, שבו בית-המשפט מציון, כי האופי טימיות לגבי החשש מהצפת בית-המשפט בתביעות כנגד רשויות התכנון אין לה בסיס, לאור גל התביעות שהוגשו באנגליה בעקבות פסק-הדין *Dutton* (לעיל, הערה 17) ו-*Ann's* (לעיל, הערה 118). לאור היקף פעילויותיה של הרשות מתעורר כאן בית-המשפט החשש מפני תביעות-סרק וניזוקים שינסו להטיל על רשויות-הציבור אחריות לנזקים שונים.

141 הביסוס המשפטי להסדר כזה יכול להיות במסגרת הגדרתה של תובת הזהירות "המושגית" של המדינה, הנתונה לעיצוב לפי שיקול-הדעת של בית-המשפט. ראה ע"פ 186/80 יערי ובורשטיין נ' מ.י., פ"ד לה' (1) 769, 776; וכן פסק-הדין וזהר (לעיל, הערה 7), בעמ' 767; ופסק-הדין בוסקילה (לעיל, הערה 11), בעמ' 346–347.

142 ראה סטון (לעיל, הערה 9), בעמ' 347. קיום הליך כזה איננו תואם את סדרי-הדין הקיימים כיום בתביעת נזיקין נגד המדינה, ולכן גדרשת חקיקה להסדרת הנושא.

143 ראה סלרס (לעיל, הערה 5), בעמ' 337–338.

לשונו הפשוטה של הסעיף תומכת בגירסה הראשונה¹⁴³, אך מנגד קיימים שיקולי מדיניות כבדי-משקל. ראשית, קשה להבין מהו ההיגיון שלפיו מבחינים בין עובד-ציבור, שהתרשלותו נדונה במסגרת עוולת הרשלנות, לבין עובד-ציבור שהתרשלותו נדונה בתביעה של עוולת התקיפה, למשל¹⁴⁴. שנית, המגמה של צמצום חסינותו של הרשות בנוזקין צריכה לעודד את נקיטת הגישה האחרונה¹⁴⁵. לכן יש — לדעתנו — לקרוא את סעיף 7(א) על כל מרכיביו כדורש סטנדרט של התנהגות סבירה ואי-התרשלות כתנאי להענקת החסינות לעובד-הציבור. הנ"ל כולל הן את שאלת היותו בתחום הסמכות¹⁴⁶, הן את הביטוי "שאינה על רשלנות" (כמפורט לעיל) והן לגבי היסוד של מחשבה בתום-לב על קיום הסמכות¹⁴⁷. גישה זו היא פועל יוצא של שיקולי המדיניות הרצויה ושל השאיפה להשגת אחידות ועקיבות בפרשנות הסעיף. לדעתנו, זו גם כוונתו של המחוקק בסעיף 7(א). לא סביר להניח, כי הלה ביקש להכיר בחסינותו של עובד-הציבור במקרה פלוני ולשלול אותה במקרה אחר, כאשר בשני המקרים חרג העובד מסטנדרט של התנהגות סבירה, וכל ההבדל ביניהם מתבטא בעילת התביעה הפירמלית נגדו. מטרת המחוקק היתה להגן על עובד-הציבור כל זמן שהוא פועל בסבירות¹⁴⁸.

(ב) מחשבה בתום-לב על קיום הסמכות

החסינות המעוגנת בסעיף 7(א) משתרעת גם על מקרים שבהם פעל עובד-הציבור מחוץ לסמכותו, אך האמין בתום-לב כי הוא פועל בתחום סמכותו החוקית. השאלה היא, האם החסינות תעמוד לעובד גם אם אותה מחשבה על תום-לב היתה מחשבה רשלנית¹⁴⁹.

נדגים את הבעייתיות בשתי דוגמאות: במקרה הראשון, עיקל עובד מחלקת-הגבייה של רשות-השידור מכשיר טלביזיה, ועקב רשלנותו בביצוע העיקול גרם נזק מיותר לדירה שממנה עוקל המכשיר. במקרה השני, עיקל אותו עובד מכשיר וידאו-טייפ, שלפי הנחתנו אין לו כלל סמכות לעקלו. בשני המקרים האלו פעל העובד ברשלנות, ובשניהם היה תום-לב. במקרה הראשון ייתבע וישא באחריות על עוולת הרשלנות,

143 טדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 390.

144 ראה פסקי-הדין דדון נ' אטיאם (לעיל, הערה 47). במקרה כזה אין אפשרות לתבוע ברשלנות (ראה טדסקי, שם). רובינשטיין ופרידמן מעלים במאמרם ((לעיל, הערה 45), בעמ' 74) דוגמא של שני מקרים: כראשון — מכר עקב התרשלות של רכוש שהופקד בתחנת-משטרה — כבסיס לתביעה בגזל; ובשני — השחתתו של אותו רכוש עקב החזקה רשלנית. קבלת הגירסה הראשונה (הלשונית), תסיר את חסינותו מהמשטרה במקרה השני (תביעה על רשלנות), אך תותיר אותה שרירה וקיימת במקרה הראשון (גזל)!

145 טדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 390. הכותב מצייין, כי ההכרעה בין שני הפירושים תיפול לאור שיקולי המדיניות הרצויה.

146 לעיל, פרק ד, סעיף 2.

147 ראה להלן, בעמוד זה, סעיף (ב).

148 גישה זו תביא לתוצאה של חיוב העובד בנוזקין, גם במקום שבו הוא פועל בודד, או מתוך מניע פסול. ראה להלן, סעיף (ד).

149 טדסקי שם, בעמ' 388, משיב בחיוב לשאלה זו.

ובמקרה השני ייתבע בגזל (למרות שהתירשל בקשר למחשבה שיש לו סמכות) *149. קשה — לדעתנו — לקבל את הדעה, שלפיה אם התביעה הגזיקית איננה בעילה של רשלנות אלא לפי עוולה אחרת, אך פעולת הרשות כללה חריגה רשלנית מסמכות *150 — כי אז יש הצדקה לשוני בתוצאה, כך שבמקרה הראשון (רשלנות) תישלל חסינותו של העובד, אך במקרה השני (חריגה רשלנית מסמכות) הוא ייהנה ממנה.

נראה לנו, כי לאור שיקולים של אחדות בפירושו של סעיף 7(א), ושל הרצון להגיע לתוצאה שלפיה כל חריגה מסטנדרט של התנהגות סבירה של העובד תסיר את חסינותו, אין כל סיבה להכיר בחסינות למרות ההתרשלות, דווקא כשהיא מתייחסת להגדרת תחום סמכותו של העובד. יש לזכור, כי למעשה העובד פועל כאן מחוץ לסמכותו ולכן הנטייה להכיר ב"חופש המשפטי לטעות" *150 אינה קיימת כאן; שהרי יש כאן חריגה מתחום שיקול-הדעת המוסמך על-פי החוק. לכן, דווקא כאן יש מקום להצר את חסינות העובד ולהתיר תביעה נגדו בגזיקין בכל מקרה שבו התרשל בהגדרת תחומי סמכותו ובידיעתם.

התוצאה הנ"ל של אי-הכרה בחסינות העובד במקום שחרג באופן רשלני מסמכותו נתמכת — לדעתנו — גם לאור העובדה שקורהגבול בין פעולה רשלנית (שאיננה נהנית מהחסינות של סעיף 7(א)) לבין פעולה הנעשית מתוך חריגה רשלנית מסמכות — הוא דק ביותר. למעשה, עצם הרשלנות במחשבה על קיום הסמכות יכולה לבסס באופן עצמאי עילת תביעה ברשלנות *150, ובפועל קשה להבחין בין שתי הסיטואציות. דוגמא לבעייתיות המתעוררת בהקשר זה מהווה פסק-הדין שניתן לאחרונה על-ידי בית-המשפט העליון בעניין בוסקילה נ' מדינת ישראל ואח' *150. עובדות המקרה היו כדלקמן: אביו של המערער היה חבר מושב והיתה לו חלקת-אדמה באותו מושב. עקב סכסוך שפרץ בין האב לבין המושב הוצא, לבקשת המושב, צו של בית-משפט האוסר על אבי המערער או על אדם אחר מטעמו למכור או לשווק תוצרת חקלאית מחלקתו של האב. המערער, שהיה בעל חלקה אחרת באותו מושב, ניסה לשווק תוצרת מחלקה זו (שהוא היה בעליה היחיד, ולאביו לא היה בה כל חלק). המושב פנה למשטרה המקומית והגיש נגד המערער תלונה על הפרת צו של בית-משפט. בעקבות התלונה פעל מפקד המשטרה המקומית במרץ רב, שלח שוטרים שמנעו את הקטיף בחלקה הנ"ל

149 *1. למעשה, לאור גישתנו לעיל למבחן תיחום החסינות (לעיל, סעיף 7(א)) הרי התרשלותו בקביעת תחום סמכותו די בה כדי לשלול את חסינותו, שהרי בכך חרג מסטנדרט סביר של התנהגות.

150 *2. הדוגמא בטקסט מתייחסת לעובד-ציבור שאין לו סמכות של שיקול-דעת, אך הנימוקים יפים גם לנושא הנדון.

150 *ראה לעיל, סעיף 7(א), בעניין היחס בין התרשלות לרשלנות.

150 *1 לעיל, פרק ג, סעיף 1 והערה 51 שם.

150 *2 וכל זאת בתנאי שקיים קשר סיבתי בין המחשבה הרשלנית, להבדיל מהביצוע עצמו, לבין הנזק שנגרם לתובע. כך, למשל, אם העובד שכח לעיין בספר התקנות לפני שיצא למשימתו, אך הספר לא היה מעודכן ממילא ולכן גם לו עיין בו ולא התרשל, היה מעקל בכל זאת את מכשיר הווידאו — גם אז נותק הקשר הסיבתי בין הרשלנות במחשבה על קיום סמכות לבין נזקו של התובע.

150 *3 ע"א 337/81 (לעיל, הערה 11). לעניין הקושי הכללי הקשור לקביעה מתי חרג הטריי-בונל מסמכותו ראה רובינשטיין (לעיל, הערה 50), בפרק תשיעי, במיוחד בעמ' 211 ואילך.

ואף עצר את המערער. לא הועילו למערער כל טענותיו, כי הצו האמור שבעקבותיו פעלה המשטרה איננו חל כלל על החלקה שבה בוצע הקטיף ולא הועיל אף צו-הבהרה שניתן בעניין על-ידי בית-המשפט השלום.¹⁵¹

בית-המשפט העליון השיב על כנו את פסק-דינו של בית-המשפט השלום שקבע כי המשטרה פעלה כאן ברשלנות, וחייב את המדינה והמושב לפצות את המערער על נזקיו.^{151*} יחד עם זאת, קבע בית-המשפט קביעות אחדות הראויות לעיונו: ראשית, קבע בית-המשפט ש"אין חולק כי המיוחס למשטרה נעשה בתחום ההרשאה החוקית...".^{151**} לנו נראה, כי אפילו לא נטענה כנגד המשטרה טענה של פעולה בחריגה מסמכות.^{151***} הרי הקביעה הנ"ל איננה נקיה מספקות. מעובדות המקרה עולה, כי המשטרה פעלה (על-סמך תלונה שהוגשה לה) לאכיפת צו של בית-משפט כלפי חלקת-אדמה וכלפי אדם (המערער) שאין ספק כי הצו לא חל עליהם. לנו נראה, כי פעולה של המשטרה לאכיפת צו של בית-משפט כלפי מי שהצו אינו חל עליו (והדבר ברור על-פי הצו) היא לכאורה פעולה החורגת מסמכות. עובדות המקרה מד-גימות היטב את הקושי בהבחנה בין פעולה הנעשית מתוך חריגה רשלנית מסמכות לבין פעולה רשלנית שאיננה חורגת מסמכות.

לסיכום נקודה זו נראה לנו, כי כל חריגה מסטנדרט של התנהגות סבירה צריכה לגרור את הסרת החסינות המוענקת לעובד או לגוף הציבורי בסעיף 7(א) לפקודת הנזיקין. קביעה זו נכונה הן לגבי רשלנותה של הרשות (במובן קיוולת הרשלנות בסעיפים 35–36 לפקודת הנזיקין), הן לגבי התנהגותה של התרשלות מצד עובדי-הציבור המהווה בסיס לתביעה נזיקית נגדו בעוולה אחרת, והן לגבי מחשבה רשלנית הגורמת לכך שהעובד פועל מחוץ למסמכות. יוצא אפוא, כי המונח "תוס-לב" של העובד המעניק לו הגנה בחריגה מסמכות לפי סעיף 7(א) איננו כולל – לדעתנו – רשלנות במחשבה על קיום הסמכות.

(ג) עוולות הרשלנות הנזיקית ועילת אי-הסבירות המינהלית

בהתפתחויות האחרונות בפסיקה בתחום המשפט המינהלי ניכרת חשיבותה הגדלה והולכת של עילת התקיפה של חוסר-הסבירות.¹⁵² יש הרואים בעילת תקיפה זו מעין "מבחן-גג" המאיים לבלוע בתוכו את כל שאר הקריטריונים והעילות לביקורת האקט המינהלי.¹⁵³

151 שם, בעמ' 340–342.

151* שם, בעמ' 345 ואילך. בית-המשפט העליון אף הגדיל את חלקה היחסי של המדינה בסכום הפיצויים מ-10% ל-50% (ראה שם, עמ' 349 ואילך 1).

151** שם, בעמ' 344, מול האותיות ה-1.

151*** למעשה, טענת החריגה מסמכות הועלתה שם בהקשר לאחריות המדינה כשולח של השוטרים – וממילא הטענה מתייחסת גם לאחריותו של העובד שעליה מבוססת האחריות השילוחית של המדינה (שם, בעמ' 344, מול האותיות א–ב), וכן הועלתה בפסקי-הדין המחויי באותו עניין (שם, בעמ' 342, מול האותיות ג–ד).

152 בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבתים נ' מנהלת ישראל, פ"ד לד (3) 729; בג"צ 389/80 דפי חלב בע"מ נ' רשות הציוד, פ"ד לה (1) 421.

153 א' זמיר, "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 291, 294, בהתייחס לפסקי-הדין מרכז הקבלנים שם, בעמ' 745, מול האות א.

במישור המעשי בולט הקשר בין גישתו של בית-המשפט לגבי אחריות הרשות בנוזיקין והרחבת חובות הוהירות שלה ברשלנות¹⁵⁴, לבין הענקת מעמד מרכזי לעילת התקיפה המינהלית של אי-הסבירות¹⁵⁵. בחינת הקשר בין שני המושגים היא חשובה לאור העובדה, שלשניהם יש השלכה ישירה על חסינותו של עובד-הציבור בסעיף 7(א). מחד גיסא, כל רשלנות תוציא את העובד מגדר הגנת הסעיף, ומאידך גיסא, גם אי-סבירותו של האקט מוציאה אותו מ"תחום הסמכות" של סעיף 7(א). תחילה נבדוק את היחס בין שני המושגים במישור העיוני.

סטנדרט הסבירות המינהלי כבסיס לביקורת שיקול-דעתה של רשות מוסמכת מכיר ב"מתחם-סבירות", שבו נכללות שורה של החלטות ודרכי פעולה שונות זו מזו, אשר למרות שחלקן יכול להיחשב למוטעות, עדיין יישאר הפועל בתחום הסבירות, והאקט לא ייפסל על-ידי בית-המשפט¹⁵⁶. מאידך גיסא, אין הכרח שאותו מתחם-סבירות יוכר גם לגבי השאלה, האם המחליט התרשל בנוזיקין; שכן מקובל, כי סטנדרט הסבירות הנוזיקי מגדיר סוג התנהגות שכל סטיה ממנו, ולו גם סטיה קלה, תוגדר כהתרשלות¹⁵⁷. ההבדל בין שני המבחנים נובע בראש-ובראשונה בשל התוצאה המשפטית השונה הנובעת מהחלטתם. הכרה בבטלותו של אקט משפטי (במישור המינהלי) עקב אי-סבירותו יכולה לגרור לשורה של תוצאות שישפיעו על קבוצה גדולה של פרטים, ולא רק על הפרט הקונקרטי התוקף את האקט. ביטול האקט המינהלי הכללי על-ידי בית-המשפט ישפיע ישירות ובהכרח על קטיגוריה שלמה של זכויות, ציפיות ואינטרסים של ציבור שלם. לעומת זאת, החלטה משפטית בתביעת נזיקין מתייחסת אך ורק לצדדים הנדונים, ולכן השפעתה מצומצמת בהיקפה.

גם השפעתה של התרופה הנוזיקית על הצדדים המתדיינים עצמם היא קיצונית פחות. מעשה הרשות עומד בתוקפו אך היא חייבת בתשלום פיצוי. לכן אפשרית סיטואציה שבה נכיר בתוקפו של האקט המינהלי כסביר, אך נחייב את הרשות בפיצויים נזיקיים למי שנפגע מקו-הפעולה שנקטה¹⁵⁸. מאותן סיבות הרתיעה של בית-המשפט מהתערבות בשיקול-הדעת של הרשות מצומצמת יותר כאשר מדובר בתביעת נזיקית¹⁵⁹. למרות תיאור המצב הנ"ל יש לזכור, כי הן סטנדרט הרשלנות הנוזיקי והן סטנדרט הסבירות המינהלי נתונים לעיצוב אד-הוק בכל מקרה לגופו על-ידי בית-המשפט הדן בעניין, ולכן מבחינה מעשית ספק אם יש הבדל רב בתוכן המהותי של שני המושגים. לכל היותר, ניתן – לדעתנו – להגדיר את ההבדל ביניהם כעניין של דרגה; רק אי-סבירות קיצונית של האקט תביא לפסילתו, בעוד שדי בסטיה רגילה מהסטנדרט הסביר כדי לחייב את הרשות בנוזיקין.

154 ראה, למשל, הלכת זוהר (לעיל, הערה 7); וכן ע"א 145/80 זקקין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 124.

155 לעיל, הערה 152.

156 פסק-הדין דפי זהב (לעיל, הערה 152), בעמ' 441–442.

157 שם, בעמ' 443, מול האות ז.

158 פסק-הדין זוהר (לעיל, הערה 7), בעמ' 770, מול האות ה.

159 יש לציין כי קביעה זו אינה נכונה בכל מקרה. ישנם מקרים שבהם חייב הרשות בנוזיקין יכול לגרום לה לפגיעה מכאיבה לא פחות, ואולי יותר, מאשר ביטול האקט, במיוחד אם נוסף על התובע הספציפי יש ציבור שלם של נפגעים המחכים לתוצאות המשפט.

ההשלכות של סבירות האקט המינהלי לגבי חסינותו הנזיקית של המוסמך מצטמצמת צמות לאור הגישה שביטאנו לעיל, שלפיה די בחריגה מסטנדרט סביר של התנהגות כדי שהאקט יוכר כרשלני, ולכן כלא-חסין בנוזיקין. אין צורך בסטיה כזו אשר תביא ל"חוסר-סבירותו" של האקט במישור המינהלי.¹⁶⁰ כדי לאפשר הגשת תביעה כנגד עובד-ציבור שהתירשל במלאכתו, במישור הנזיקי, היינו: סטיה מסטנדרט סביר של התנהגות תאפשר בדרך-כלל הגשת תביעה או הסרת חסינותו של העובד, אם נתבע לפעולה אחת עקב התרשלותו. מצד שני, ברור — לדעתנו — שאקט אשר אי-סבירותו מגיעה עד כדי פסילתו בתקיפה ישירה דרך בקשת צו פרוגטיבי מהווה בסיס לתביעה בנוזיקין ולהסרת חסינותו של המוסמך בנוזיקין. אך גם בעניין זה יש להיזהר מלקבוע מסמרות, ויש לבחון את שאלת האחריות הנזיקית לאור שיקולים וקריטריונים הרלבנטיים לתחום הנזיקי, ולו אלה בלבד.

(ד) פעולה בזדון או מתוך מניע פסול

מקרה בולט שבו אין מקום להכיר בחסינות לטובת עובד-הציבור הוא המקרה שבו עובד-הציבור פועל מתוך כוונה לפגוע בנפגע בזדון, מתוך מניעים אישיים או מניעים שאינם רלבנטיים למילוי תפקידו.

השאלה הראשונה בהקשר זה היא שאלת המקור לאחריותו של פקיד-הציבור הפועל בזדון. מקור אפשרי אחד לחיובו של עובד-הציבור הפועל בזדון הוא עוולת הרשלנות, אם כי יש מחלוקת באשר לשאלה האם עוולת הרשלנות כוללת בחובה גם התנהגות מתוך מניע נפשי של זדון או כוונה.¹⁶¹

מקור אפשרי אחר ליצירת אחריות של פקיד-ציבור הפועל בזדון הוא דרך עוולת החובה התקוקה (הח"ח).¹⁶² בחוק העונשין, תשל"ז—1977, קיימות הוראות היוצרות חובות של פקיד-ציבור בפלילים, המכסות חלק מהסיטואציות הרלבנטיות של פעולה זדונית של פקיד-ציבור.¹⁶³ לאור התפישת המרחיבה של עוולת הח"ח, שבוטאה לאחר-

160 למעשה, גם אם נדחתה גישה זו ונקבל את הדעה כי רק תביעה בעוולת הרשלנות אינה נתקלת בחסינות של סעיף 7(א), לא תועיל לנו ברוב המקרים העילה של אי-סבירות כדי לחקוף את חסינות העובד; שכן אפילו תוכר פעולתו כלא-סבירה וכחורגת מסמכות, עדיין תיוותר לו החסינות אם סבר בתום-לב שהוא פועל בתחום סמכותו. במקרה כזה רק אי-סבירות קיצונית, בשילוב עם מודעות כלשהי להיותו מחוץ לסמכות או רשלנות בקשר לכך (כפי שהראינו לעיל) — יוציאו את האקט מחוץ לתחום החסינות של סעיף 7(א) ויאפשרו לתבוע את מפעיל שיקול-הדעת בעוולה אחרת מחוץ לרשלנות.

161 ראה טדסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 88—89. כותב החלק (מ' השין) נוטה לדעה, כי עוולת הרשלנות כוללת בחובה כל סטיה מסטנדרט סביר של התנהגות, כולל סטיה זדונית או מכוונת; וכן רובינשטיין (לעיל, הערה 45), בעמ' 71. אך ראה, לעומת זאת, אבנור (לעיל, הערה 46), וכן ג' טדסקי, "נוקי גוף ללא שימוש בכוח והרשלנות הזדונית" הפרקלים כג (תשכ"ז) 170, 180 ואילך.

162 ראה דיון מפורט, להלן, פרק ו.

163 למשל, סעיפים 278, 280 לחוק העונשין, תשל"ז—1977.

רונה בפסיקה¹⁶⁴, ניתן — לדעתנו — להחיל אחריות נזיקית על פקדי-ציבור הפועל בזדון ומפר חובות עונשיות אלו דרך עוולה זו.

לאור כל הנחוגים הללו נראה, כי קביעה שלפיה לא קיימת כל חובת זהירות ברש"לנות או כל עילת תביעה אחרת בנוזיקין כלפי פקדי-ציבור הפועל בזדון¹⁶⁵ צריכה להיות מוטלת בספק רב לאור ההתפתחויות האחרונות בפסיקה¹⁶⁶ והמגמות המודרניות בשאלת אחריותם של עובדי-ציבור בנוזיקין. לדעתנו, ניתן לבסס עילת תביעה בנוזיקין הן על רשלנות והן, ברוב המקרים, על הפרת חובה חקוקה במקרה של פעולה זדונית מצד פקדי-ציבור.

שלילת החסינות של הפקיד הפועל מתוך זדון או מניע פסול מתחייבת אם מתוך ראיית ההתנהגות הזדונית כהתרחשות השוללת את תחולת החסינות של סעיף 7(א)¹⁶⁷, ואם מתוך ראיית הפעולה הזדונית כחורגת מסמכותו של עובד-הציבור¹⁶⁸. פעולה כזו לא תיכנס גם לתחום של "מחשבה בתום-לב" על קיום הסמכות, שכן עובד-ציבור הפועל מתוך מניע פרטי או זדוני אינו תם-לב ויודע, או חוקה עליו שהוא יודע, כי אינו פועל בתחום סמכותו.

פעולה זדונית של עובד-הציבור יכולה לגרום למצב שבו העובד עצמו יהיה אחראי, אך הרשות שאליה הוא משתייך לא תחויב בנוזיקין מכוח האחריות השילוחית, שכן פעולה כג"ל עשויה לחרוג ממסגרת "ביצוע התפקיד" (שהוא המבחן לקיום הקשר של האחריות השילוחית של המעביד¹⁶⁹).

במקרים שבהם פועל מתוך מניע פסול, אך עדיין במסגרת תפקידו, לא יהיה מנוס מראיית הרשות כאחראית יחד עמו, אך גם כאן יוכל בית-המשפט להטיל את רובו של נטל הפיצוי או כולו על העובד, לאור סמכותו לפי סעיף 84 לפקודת הנוזיקין.

164 ע"א 145/80 יעקבין (לעיל, הערה 154), בעמ' 142–143; ולאחרונה ע"א 245/81 סולשאן נ' סולמאן, פ"ד לח(3) 169, 173–180, שבו הוחלה אחריות נזיקית על נזק שנגרם עקב הפרת סעיף 181 לחוק העונשין.

165 קביעה כזו מופיעה בכ"א (ת"א) המגדר נ' לוי, פ"מ תשמ"ג (א) 177, 186–189; וראה גם אבנור (לעיל, הערה 46), בעמ' 299. והשווה ע"א 312/63 אלון נ' פלד, פ"ד יז 2572, 2574; וכן ע"א 413/64 אברהמי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד יט(1) 114, 119.

166 אישור עקיף לעמדתנו מצוי בפסק-הדין החדש בעניין גורדון ((לעיל, הערה 5), בעמ' 127, למעלה). השופט ברק קובע כאן, כי העובדה שעוולת הנגישה (בסעיף 60 לפקודת הנוזיקין) דורשת יסוד נפשי של זדון איננה מוציאה אפשרות של תביעה בעוולת הרשלנות על סיטואציה עובדתית של נגישה. יש בכך ביטוי ברור למגמה של הפסיקה להימנע מהצרה של אפשרויות התביעה בנוזיקין על בסיס פרשנות צרה ודוקנית של הוראות פקודת הנוזיקין.

167 ע"א (ת"א) 508/59 תיק נ' מנצ'ן (פ"מ כה 89, 91–92). ראה לעיל, סעיף א. לדעתנו, פעולה זדונית צריכה לגרום גם לשלילת החסינות בסעיף 8 לפקודת הנוזיקין במקרה שמדובר בפעולה שיפוטית, שכן הפועל בזדון מפסיק לפעול במסגרת תפקידו. ראה פרק ג, סעיף 7 לעיל, והערה 79 שם.

168 פסק-הדין אלון נ' פלד (לעיל, הערה 165), בעמ' 2575, מול האות ה. יש להעיר כי ייתכנו כעיקרון מקרים שבהם, למרות המניע הפסול, עדיין לפי מבחן הסמכות הפונקציונלי לא חרג העובד מסמכותו, גם אם במקרים כאלה אין — לדעתנו — להעניק לו חסינות לפי סעיף 7(א), משיקולי מדיניות ופרשנות של סעיף 7(א) (ראה לעיל, פרק ד, סעיף 2).

169 טוסקי (לעיל, הערה 2), בעמ' 457.

1. שיקול-הדעת המינהלי ועוולת הפרת חובה חקוקה

עוולה זו, המעוגנת בסעיף 63 לפקודת הנוזקים, זכתה אף היא לבחינה מחודשת של הפסיקה בשנים האחרונות.¹⁶⁹ הלכת ועקנין משחררת את העוולה ממיגבלות קשות שהטילו עליה פסקי-דין קודמים.¹⁷⁰ שלא היה להן כל עיגון של ממש בלשונו של סעיף 63, והרציונל שלהן לא היה ברור כל עיקר.¹⁷¹ לאור הגישה הנוכחית, תהווה הפרתם של מרבית החיקוקים הקיימים בסיס עקרוני להטלת אחריות נוזקית. די בכך שבית-המשפט יגיע למסקנה שהחיקוק נועד להגן על האינטרס של הפרט הנפגע, ואפילו אין החיקוק עצמו מכון להעניק סעד נוזקי.¹⁷² (ויחד עם האינטרס של הפרט הזה הוא מגן גם על אינטרסים של הציבור בכלל) עדיין תהווה הפרתו עילה לתביעה לפי סעיף 63 בידי הפרט שנפגע.¹⁷³ (ובלבד שהנוק שנגרם הוא מסוגו ומטבעו של הנזק שאליו התכוון החיקוק.¹⁷⁴)

אל חשיבותה הרבה של עוולת הפרת חובה חקוקה כ"עוולת מסגרת", הניתנת למילוי תוכן יוצר על-ידי בית-המשפט,¹⁷⁵ מתוסף בסוגיא שלנו משנה-תוקף. מרבית פעולות-תיהם של הרשות הציבורית ועובדיה, ובמיוחד אלו של הפקיד המפעיל סמכויות של שיקול-דעת, מעוגנות בחיקוקים המגדירים את תחומי פעולת הרשות ודרך פעולתה. משום כך עובד-הציבור המפעיל שיקול-דעת חשוף במיוחד לתביעה על הפרת חובה חקוקה. ננסה לבחון כעת את סוגי ההפרות היכולות ליצור בסיס לתביעה לפי סעיף 63 נגד הרשות המפעילה שיקול-דעת.

ראשית, מובן שאם הפקיד פועל בניגוד ברור להוראות החיקוק המורה את דרך פעולתו, יש בכך הפרת חובה חקוקה. אך השאלה המתעוררת היא, האם חריגה קלה יותר, הנובעת מהפעלת שיקול-הדעת באופן פגום, מהווה גם היא בסיס לתביעה כזו? האם ניתן לומר, כי פקיד-ציבור המקיים הליך שבו הופרה זכות השמיעה או ניתנה החלטה הפגומה בחוסר-סבירות – מפר חובה חקוקה כלשהי?

למעשה אנו שואלים כאן, האם הפרת כללי המשפט המינהלי, המעגנים את הפעלת שיקול-הדעת יכולה להיחשב להפרת חובה חקוקה? את השאלה הזו ניתן לחלק לשתי שאלות-משנה:

(1) האם יש חובה (חוקית) על מפעיל שיקול-הדעת לפעול ולהחליט לאור דרישות המשפט המינהלי?

(2) האם חובה זו היא חקוקה (קרי: פרי יצירת חיקוק)¹⁷⁶?

על השאלה הראשונה השיב בית-המשפט העליון בשלילה בפרשת גרובנר.¹⁷⁷ בקובעו, כי הסמכת הרשות לפעולה כלשהי הנתונה לשיקול-הדעתה (להבדיל מסמכות חובה)

169 פסק-הדין המרכזי הוא פסק-הדין ועקנין (לעיל, הערה 154), בעמ' 134–143.

170 פסק-הדין פרי עדין (לעיל, הערה 109), בעמ' 1116–1117; פסק-הדין גרובנר (לעיל, הערה 109), בעמ' 152–153; שחאדה (לעיל, הערה 6), בעמ' 620–622.

171 ועקנין (לעיל, הערה 154), בעמ' 141.

172 שם, בעמ' 135, מול האות ה.

174 גם דרישה זו של סעיף 63 פורשה באופן מורחב בפסק-הדין ועקנין (לעיל, הערה 154).

בעמ' 147.

175 שם, בעמ' 139, מול האות ב.

176 כהגדרתו בפקודת הפרשנות.

177 לעיל, הערה 109.

אינה יכולה ליצור על הרשות חובה להפעיל את הסמכות בכלל או בדרך מסוימת, וממילא אין כל חובה משפטית מוטלת עליה בהקשר לכך.¹⁷⁸ בינתיים שונתה בעניין זה הן גישת הדין האנגלי¹⁷⁹ והן גישת המשפט המינהלי הישראלי.¹⁸⁰ נקבע חד-משמעית, כי כל החובות החלות על רשות ציבורית המפעילה את שיקול-הדעת חלות גם על רשות שנמנעה מלהפעיל את הסמכות בכלל, והחלטה (פגומה) להימנע מהפעלת שיקול-הדעת דינה כדין החלטה כזו תוך כדי הפעלה פוזיטיבית של הסמכות.¹⁸¹ מכאן שללא ספק קיימת חובה משפטית על הרשות להפעיל את שיקול-הדעת בכפיפות לכללי המשפט המינהלי, והפרת כללים אלו מהווה הפרה חוקית, ואכן, הסקת מסקנה כזו לגבי קיומה של חובת זהירות ברישנות לאור השיקולים האלו, לא איחרה לבוא.¹⁸²

ואולם, האם החובה הזאת היא חקוקה? הבעיה היא, כי כללי הביקורת השיפוטית של המנהל הם כללים שמקורם בפסיקה ואין להם עיגון המושרש בחוק! נתאר לעצמנו, לשם דוגמא, חיקוק המסמיך פקיד מסוים במשרד-התחבורה להעניק רישיונות לבעלות במונית. החיקוק הג'ל מפרט קריטריונים אחדים להפעלת הסמכות (למשל, גיל מינימלי של המבקש, העדר עבר פלילי וכו'). כמובן הוא מעניק לפקיד שיקול-דעת כללי, בהקשר לקבלה או לדחייה של בקשות כאלו. הפקיד המוסמך דוחה את בקשתו של פלוני הממלא את מקומו הקריטריונים המפורטים בחיקוק המסמיך. מתברר שבהליך קבלת ההחלטה היתה הפליה פסולה, ולא ניתנה למבקש זכות שמיעה. האם הפרת כללים אלו מהווה הפרת חובה חקוקה?

ניתן, לכאורה, לטעון כי החובות להפעיל את הסמכות בהתאם לכללי הצדק הטבעי וללא הפליה אינן מעוגנות בחיקוק הרלבנטי. החיקוק עוסק בשאלת הקריטריונים למתן רשיון למונית, ואין בו זכר לכוונת של שמירה על כללי הצדק הטבעי או לרצונו של המחוקק לשמור על השוויון. ואולם, תשובה מעמיקה יותר לשאלה זו מחייבת אותנו לבחון את המקור הנורמטיבי של כללי המשפט המינהלי. בעניין זה קיימות כמה גישות.¹⁸³ כאשר אחת מהן היא הגישה הרואה את כללי המשפט המינהלי כגובעים מפרשנות של החיקוק הרלבנטי המסמיך. לפי גישה זו מפרשנותו של החיקוק, נובעות לא רק ההוראות הספציפיות המגדירות את התנאים להענקת רשיון למונית, אלא הוא כולל מכללא גם את כל הכללים המינהליים, המורים כיצד להפעיל את שיקול-הדעת. כלומר: כשהורה המחוקק לפקיד המוסמך באותו חיקוק שעניין מסוים נתון לשיקול-דעתו, הורה לו, יחד עם זאת, כי את שיקול-דעתו יש להפעיל בסבירות, ללא משוא-פנים וכו'. יוצא, שהפרת כללי הצדק הטבעי היא הפרת החובה החקוקה באותו סעיף.¹⁸⁴

178 שם, שם. בית-המשפט הסתמך, בין היתר, על הדין האנגלי בנדון.

179 לעיל, פרק ה, סעיף 1(א).

180 בג"צ ברנר (לעיל, הערה 50), בעמ' 34–35.

182 פסק-הדין זוהר (לעיל, הערה 7), בעמ' 769, מול האות ג; פסק-הדין גורדון (לעיל, הערה 5), בעמ' 135, מול האות א.

183 ראה זוהר (לעיל, הערה 153), בעמ' 307–310. יש להדגיש, כי שלוש הגישות המובאות אצל זוהר אינן סותרות זו את זו בהכרח והן יכולות להתקיים באופן מצטבר.

184 הטוען יטען, כי למעשה אנו מדברים כאן על שתי חובות נפרדות או יותר, אך אפילו כך עדיין שתיהן חקוקות. אלא שניתן לטעון כי גם אחת מהחובות האלה היא החובה בה"א הידיעה, שאלה מכיוון הסעיף המסמיך, בעוד ששאר החובות הכלליות רק מתלוות לחובה זו.

גם אם לא נקבל את הטענות האחרות, הרי תשובה חד-משמעית תינתן לשאלה הנדונה כאשר יתקבל בכנסת חוק יסודות המינהל¹⁸⁵.

יוצא, שכל פגם בשיקול-הדעת המינהלי יוצר בסיס לעילת תביעה בנוזיקין. בכך נפתח פתח רחב להגנה על נפגעים מפעולות פגומות של המינהל. בעוד שבדיון לעיל על הרשלנות ועל הקריטריונים לחסינות של פקיד-המינהל הדגשנו, כי רק שיקולים "נוזיקיים" טהורים צריכים לעמוד בפני בית-המשפט הדן בהטלת אחריות נזיקית על המינהל, הרי לגבי הפרת חובת חקוקה די בכך שהאקט הוא פגום מבחינת המשפט המינהלי, כדי שתיווצר הפרת חובה חקוקה (לאור המהלך שהובא לעיל). ממילא אין גם כל דרישה לכך שהפקיד יתרשל כדי שיחויב בנוזיקין, שהרי בכפיפות לדרישות החקוקה הרלבנטית המסמך, התנהגות סבירה יכולה עדיין להוות בסיס להטלת אחריות לפי סעיף 63 (למשל, אם הופרה חובת השמיעה—ואפילו המוסמך התנהג בסבירות!) כדי לצמצם את אחריות המינהל ולמנוע תוצאות לא-רצויות עקב הרחבה מוגזמת של האפשרות לתבוע אותו, עדיין נותרו בידנו כמה מכשירים משפטיים:

ראשית, העובדה שנוצרת אחריות של הפקיד בעוולת הח"ח, עדיין אין פירושה שאיבד את הפיגור! זו האחרונה נקבעה לפי קריטריון בסמכות של סעיף 7(א), ולגבי דינה של הח"ח כדין כל עוולה אחרת ובניגוד לעוולת הרשלנות! לכן שאלת החסינות של הפקיד תיבחן לאור מבחני החסינות שהוצעו לעיל (היינו: מבחן החרגה מסמכות ה"נוזיקי").

שנית, גם אם נוצר בסיס להכרה בקיום יסודות העוולה מצד הפקיד, עדיין נותרת שאלת הקשר הסיבתי שבין העוולה לנזק. במקרה שלנו נצטרך לשאול, האם יש קשר סיבתי בין הפרת חובת השמיעה על-ידי הפקיד הממונה על הענקת רשיונות לבין נזקו של המבקש. המבחן המקובל של הקשר הסיבתי לגבי עוולת הח"ח הוא מבחן הסיכון¹⁸⁶, ולכן נשאל האם הנזק שנגרם הוא בתחום הסיכון שאותו המחוקק המסמך ביקש למנוע.

ואולם אין כל דרישה בסעיף 63 לפקודת הנוזיקין, כי החובה המופרת תהיה החובה המרכזית או המיוחדת לסעיף מסוים; די בכך שהחובה המופרת תהיה "חקוקה"!
185 ראה נוסח הצהרת החוק שפורסם במשפטים יב, 348 (סעיפים 8, 11—12, 13—17, 40). באותה מידה יהיה ניתן לחקוף את המינהל בנוזיקין על הפרת זכויות חוקתיות אם יתקבל חוק יסוד זכויות האדם והאזרח (ראה נוסח הצעת החוק במשפטים ז 193). התפתחויות כאלה יפתרו במידה רבה את הצורך בפיתוח עוללות "חוקתיות" ו"מינהליות" מיוחדות, ויפתרו את הצורך בהענקת סעד נזיקי למי שנפגעו עקב פגיעה בזכויותיהם החוקתיות או עקב הליך מינהלי פגום—במסגרת הנוזיקית הרגילה. לא יהיה צורך בפיתוח ענף משפטי נפרד ומיוחד לשם כך (כפי שנעשה בצרפת לגבי ה-Faut de Service). ראה אאורסי [לעיל, הערה 22], שם). לא יהיה גם צורך בפיתוח עוללות מינהליות וקונסטרוקציות מיוחדות במישור המשפט הציבורי, כפי שנעשה בארצות-הברית: *Bivens v. Six Unknown Federal Narcotics Agents* (1971) 403 U.S. 388 (הערה: יש להבחין בין הדיון בפתרון העקרוני להפרת חובות מינהליות ולפגיעה בזכויות חוקתיות של האזרח, לבין שאלת הפירוש שבו יידונו תביעות כאלה, התורגמת ממסגרת הדיון הנוכחי. נזכיר רק, כי המשפט המינהלי הישראלי הכיר באופן חלקי באפשרות לתבוע פיצויים בבג"צ, אך לא היו אלה בדרך-כלל פיצויים נזיקיים: ראה בג"צ 101/74 בינוי ופיתוח כנגד נ' שרי-הביטחון, פ"ד כח (2) 449; בג"צ 35/78 י.ש.י.פ.א.ב. נ' עיריית ירושלים, פ"ד לב (2) 581; ולאחרונה בג"צ 688/81 מינהל נ' שרי-הביטחון פ"ד לו (4) 85).

186 לעקרון (לעיל, הערה 154), בעמ' 146, מול האות ה.

ז. סיכום

השינויים שחלו לאחרונה בגישת בתי-המשפט ומלומדים במדינת ישראל ובמדינות אחרות לשאלת אחריותה של הרשות המינהלית ועובדי-הציבור בנויקין פותחים פתח לגישה חדשה לבעיה סבוכה זו.

(1) נקודת-המוצא צריכה להיות, כי מעמדה של רשות ציבורית בנויקין צריך להיות זהה למעמדו של כל מוזיק אחר. יש להכיר באחריותן של הרשויות לנוק שנגרם עקב פעולותיהן.

במקרים מסוימים אף רצוי להטיל על הרשויות הציבוריות אחריות מוגברת בנויקין, שכן הסיכון הנובע מפעילויות שמהן נהנה כל הציבור צריך ליפול על קופת הציבור ולא על כתפיו של הפרט הנפגע.

(2) יש לצמצם את אחריותו האישית של עובד-הציבור למקרים שבהם גרם נזק תוך כדי פעולה החורגת באופן ברור ובולט מתפקידו או למקרים שבהם פעל בזדון.

(3) לאור המגמה לצמצם את אחריותו האישית של עובד-הציבור, מהד גיסא, ולהרחיב את אחריות הרשות הציבורית בנויקין, מאידך גיסא, יש לשקול מחדש את הדגם של האחריות השילוחית כבסיס להסדרת הנושא.

(4) אחריותה של רשות ציבורית המפעילה סמכויות של שיקול-דעת אינה צריכה להיות שונה מהאחריות הכללית של רשות ציבורית בנויקין. עם זאת, יש להכיר בחסינות הרשות כל זמן שלא חרגה מסמכותה.

(5) מבחן החריגה מסמכות לצורך שאלת החסינות של רשות ציבורית או עובד-ציבור בנויקין צריך להיות מותאם לשיקולים של דיני הנויקין, ואינו חייב לחפוף את מבחן החריגה מסמכות המאומץ במשפט המינהלי.

לכן מוצע, כי רק "חריגה פונקציונלית" מסמכות או פעולה בזדון תהווה עילה ל"חריגה מסמכות" המהווה בסיס לשלילת החסינות בנויקין.

(6) בדין מדינת ישראל יש לעגן את שאלת אחריותו וחסינותו של עובד-הציבור המפעיל סמכויות שיקול-דעת בנויקין במסגרת סעיף 7(א) לפקודת הנויקין. פרשנות המונח "חריגה מסמכות" בסעיף זה תהא בהתאם לגישה שהצענו לעיל.

(7) אין מניעה מלהטיל על רשות ציבורית אחריות בשל פעולה רשלנית, גם אם הרשלנות שגרמה לנזק נעשתה בשלבים של תכנון, קביעת מדיניות או הפעלת שיקול-הדעת.

מאידך גיסא, יש לשאוף להקטין את אחריותה של הרשות על רשלנותה בפיקוח ובמניעת פגיעות מצד גורמי נזק אחרים.

(8) פגם בהפעלת שיקול-הדעת של רשות ציבורית מוסמכת יכול להוות בסיס לתביעת הרשות במסגרת עוולת הפרת חובה חקוקה, בתנאי שהפגם מביא הן למילוי תנאי סעיף 63 לפקודת הנויקין והן להסרת חסינותה של הרשות (עקב חריגה מסמכות, לפי המבחן המוצע לסעיף 7(א)).