

ערבויות בבג"צ

מאת

גדעון פרחמובסקי*

הפרקטיקה הנוהגת בבית-המשפט הגבוה לצדק לחייב עותרים בהמצאת ערובה כתנאי להוצאת צווי-ביניים, עלולה לגרום לחסימת שערי בג"צ בפני עותרים המייצגים אינטרס ציבורי רחב ולפגוע בביקורת השיפוטית על מעשי המנהל. במאמר זה מוצגת הבעייתיות שבדרישה להמצאת הערבות, ומוצעת מדיניות ראויה לשימוש באמצעי זה.

א. מבוא. ב. הנזקים העלולים להיגרם למשיבים כתוצאה מעתירות לבג"צ. ג. הערבויות בבג"צ — מקורן ומהותן. ד. תופעת הערבויות בפרספקטיבה של הגישה הכלכלית למשפט. ה. המצב המצטייר לפי פרשת רמת-אביב. ו. ההסדר המוצע.

* תלמיד לתואר מוסמך בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי הקנה נתונה לעורכת-הדין נעמי וייל על הערותיה והארותיה המצוינות, אשר סייעו לי בכתיבת מאמר זה.

א. מבוא

לאחרונה דחה בית המשפט העליון, בשבתו כבג"צ, את העתירה, בבג"צ 1636/92 העמותה לשמירה על איכות החיים והסביבה רמת אביב ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מחוז תל אביב ואח' (להלן: פרשת רמת-אביב). במרכז עתירה זו עמדה התנגדותם של תושבי אזור רמת-אביב לבניית מרכז-קניות (קניון) באזורם. באותה פרשה הוציא בג"צ, נוסף על הצו על תנאי, צו-ביניים למניעת הוצאת היתר-בנייה — כפי שהתבקש על-ידי העותרים, וזאת כנגד המצאת ערבויות בנקאיות וכתבי-התחייבות אישיים של העותרים.

לאחר שחלפו 14 חודשים, החליט בג"צ, כאמור, לדחות את העתירה. עם פרסום פסק-הדין יצאה חברת אפריקה ישראל בע"מ (חברת-האם של חברת מקרקעי המרכז בע"מ, יזמית הפרויקט) בהצהרה לכלי-התקשורת על כוונתה לנקוט הליכים משפטיים למימוש הערבויות האישיות שהוצאו כלפיה על-ידי העותרים, כדי להיפרע מהם את נזקיה בגין העתירה הנאמדים — לטענתה — כדי חמישה-עשר מיליוני שקלים².

אין בכוונתנו להתייחס במאמר זה לגופה של ההכרעה בעתירה, אלא לסוגייה חשובה שנתעוררה בפרשה זו — שאלת הנשיאה בנזקים הנובעים מהעתירה לבג"צ, בכלל, ועניין הערבויות הנדרשות לצורך הוצאת צווי-ביניים בעתירות לבג"צ, בפרט³.

חלקו הראשון של המאמר יעסוק בניתוח המצב המשפטי הקיים בעניין זה ויתמקד בבעייתיות הכרוכה בו, ואילו חלקו השני של המאמר יטפל בדין הרצוי שלדעתנו, מן הראוי שיחול בעניין זה.

ב. הנזקים העלולים להיגרם למשיבים כתוצאה מעתירות לבג"צ

העתירה לבג"צ, כמו כל הליך משפטי אחר, עלולה לעתים להסב נזקים כלכליים למשיב. פניית העותר לבג"צ עלולה לעכב את פעולתו השוטפת של המנהל הציבורי; וכאשר מדובר בפרויקטים כלכליים שבהם מעורבים המנהל ואורגניו, צווי-הביניים הניתנים במסגרת העתירה עלולים, מטבע הדברים, לגרום למנהל הציבורי נזקים כלכליים. הבעיה כולטת במיוחד בתחומים כמו תכנון ובנייה, מכרזים וחוזים מסחריים.

פרט לנזקים הנגרמים לרשות הציבורית עצמה עלולים להיגרם, כתוצאה מצווי-ביניים שהוצאו במסגרת העתירה, נזקים גם לצדדים שלישיים, דהיינו: לגופים פרטיים אשר הסתמכו על האקט המנהלי המוכא לביקורת בג"צ.

1 טרם פורסם (ניתן ביום 14.10.93).

2 ראה, למשל, ד' לאופר, "אפריקה-ישראל תתבע 5-3 מיליון דולר כפיצוי על העיכוב בהקמת קניון רמת-אביב" הארץ (14.5.93); א' לוי, "מגדל תלווה 25 מיליון דולר למקרקעי מרכז למימון 50% מבניית קניון רמת-אביב" גלובס (13.5.93).

3 במאמר זה "ערבויות" הן ערבויות בנקאיות וערבויות אישיות.

בפני המשיב הנפגע מן העתירה פתוחות שתי דרכים להיפרע על נזקיו:

(א) תביעת נזיקין נגד העותר.

(ב) לתבוע מבג"צ שיחייב את העותר בהמצאת ערובה שממנה יוכל המשיב להיפרע על נזקיו.

להלן נבקש להראות, שהן התביעה הנזיקית בעוולת הרשלנות הן הדרישה להפקדת ערבויות במתכונתן הנוכחית והמוכרת אינן מתאימות למאטריה המיוחדת של המשפט המנהלי, והחלת הסדרים אלה כפשוטם, במתכונת המקובלת במשפט הפרטי, גורמת לחוסר-צדק כלפי העותרים לבג"צ.

במיוחד נכונים דברים אלה לגבי חיוב העותרים בהמצאת ערבויות כתנאי להוצאת צווי-ביניים – חיוב העלול לגרום עתה, בשל פרשת רמת-אביב להרתעת-יתר של עותרים פוטנציאליים מלפנות לבג"צ, כפי שיוסבר להלן.

ג. הערבויות בבג"צ – מקורן ומהותן

המחפש בתקנות סדרי הדין בפני בית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984,⁴ לא ימצא בהן הוראת חוק מפורשת, המאפשרת לבג"צ לחייב את העותר בהמצאת ערבות כזו או אחרת כתנאי להוצאת צו על-תנאי או צו-ביניים. עם זאת, תקנה 20(ב) קובעת:

בכל עניין שלא נקבע בתקנות אלה רשאי בית המשפט לפי שיקול דעתו אם ראה צורך בכך, לשם עשיית צדק, לנהוג כדרך שנוהגים במשפט לפני בית המשפט המחוזי.

מקור מפורש ומפורט יותר לסמכות בג"צ לחייב את העותר בהמצאת ערבות ניתן למצוא בהוראת סעיף 43 לנהלי העבודה בבג"צ⁵, הקובעת:

החלטה בבקשה לצו ביניים תכלול הוראה בדבר משך תוקפו של הצו וניתן להתנותו בתנאים הנראים לבית המשפט לרבות המצאת ערובה מתאימה, התחייבות עצמית, ערבות בנקאית, ערבות צד ג', הפקדת מזומנים או כל ערובה אחרת להנחת דעת השופט התורן או הרשם, להבטחת נזקיהם של המשיבים למקרה שצו הביניים יבוטל או שהעתירה תידחה. נקבע תנאי כאמור – יירשם הדבר בגוף צו הביניים...⁶

באמצעות סעיפים אלה אימץ כנראה בג"צ את ההסדר הקבוע בתקנות סדר

4 ק"ת 4685 (התשמ"ד) 2321.

5 פורסם בקובץ מערכת בתי המשפט, בית-המשפט העליון, נוהלי עבודה (ירושלים, תשמ"ד-1984).

6 אנו סבורים כי מן הראוי היה לקבוע את הנהלים המסדירים את עניין הערבויות בתקנות סדרי-הדין בפני בית המשפט הגבוה לצדק (תשמ"ד-1984) עצמן, כפי שנעשה בתקנות סדרי-הדין האזרחי, ולא בנוהלי העבודה בפני בג"צ אשר אינם ידועים לציבור הרחב.

הדין האזרחי⁷ ומחייב עותרים בהמצאת ערובה כתנאי להוצאת צווי-ביניים כעניין שבשגרה.

יהא מקור ההסדר אשר יהא – על-פי הדין הנוהג, החיוב בהמצאת ערבויות כתנאי להוצאת צווי-ביניים הפך לפרקטיקה נהוגת⁸.

השאלה הראשונה העולה היא, האם נכון היה לשאוב את הסדר הערבויות מן ההסדר של תקנות סדר-הדין האזרחי ולאמצו בבית-המשפט הגבוה לצדק?⁹ ראוי לזכור, שאופי ההתדיינות בפני בית-המשפט הגבוה לצדק שונה לחלוטין מזה של ההתדיינות בבתי-המשפט הרגילים.

במסגרת המשפט הפרטי, מאפשרת המערכת לפרט המבקש להסתייע בסעד זמני לחשוף את יריבו לסיכון של הפסדים אף בעטיה של תביעת-סרק. על-כן באה המערכת להרתיע מפני הגשת בקשות לסעדים זמניים בתביעות כאלו, ולהעניק הגנה לנתבע על-ידי חיובו של המבקש בהפקדת ערבות לשיפוי נזקי המשיב-הנתבע.

במשפט הפרטי – שבו אין עניין לציבור הרחב, וכל צד מייצג אך ורק את האינטרס הכלכלי המצומצם שלו – החיוב בהפקדת ערבות יוצר איזון הוגן בין הסיכונים היחסיים שהצדדים נוטלים על עצמם⁹.

בהתדיינות בפני בית-המשפט הגבוה לצדק המצב שונה לחלוטין: כאן עסקינן בפרט או בקבוצת פרטים העותרים לבג"צ, כדי לקבל סעד כנגד הרשות. בהתדיינות מסוג זה יש להביא בחשבון גורם נוסף – אינטרס הציבור הרחב בתקינות פעילותן של הרשויות הציבוריות ובשלטון החוק. האפשרות לפנות בעתירה לבג"צ מקנה לציבור ולחברה כולה מנגנון פיקוח חשוב על השלטון, דרך פעולתו ותקינות מעשיו, ויפים לענייננו דבריו של פרופסור ברק במאמרו "ההלכה השיפוטית והמצאאות החברתית – הזיקה אל עקרונות היסוד", שם נכתבו על הפן החברתי של המשפט המנהלי הדברים הבאים:

7 ראה תקנות 325, 365, 379, 380, 404, 430 ו-519.

8 החיוב בהמצאת ערבות נפרץ במיוחד כאשר אחד המשיבים הוא אדם פרטי או תאגיד מסחרי. כאשר המשיבים בעתירה הם רק גופים מנהליים ושלטוניים, פרקליטות-המדינה אינה דורשת בדרך-כלל לחייב את העותר בהמצאת ערבות, אולם לעתים, אף במקרים אלה ובמיוחד כאשר מעורב בעתירה אינטרס כלכלי, דורשת גם הפרקליטות לחייב את העותר בהמצאת ערבות. עולה אפוא, כי הרישה להמצאת ערבות אינה מוגבלת אך ורק לעתירות שבהן מעורבים משיבים פרטיים ועקרונית דרישה זו יכולה להתעורר בכל עתירה שהיא.

9 לעניין חשיבות הערובה ופועלה במשפט הפרטי יפים דבריו של הנשיא שמגר בע"א 732/80 ארנס נ' "בית אל – זכרון יעקב", פ"ד לח (2) 653,645.

הסעד הזמני מטפל רק בצדו האחד של המטבע, היינו בעניינו של התובע – אולם יש להתחשב לא רק בנזק האפשרי של התובע, אלא גם בנזק האפשרי של הנתבע, ומכאן צמצומה של הערובה, שהרי בהעניקו סעד זמני מגביל בית-המשפט את זכויותיו של הנתבע על אתר ובטרם ניתן פסק דין הקובע את חובתו, התחייבותו או היקפה. ערובה מטעם מבקש הסעד הזמני לשיפוי בשל הנזק שעלול להיגרם לנתבע כתוצאה ממתן הסעד הזמני היא, אפוא, המחיר אותו על המבקש לשלם תמורת הסעד הזמני. מטרתה של הערובה להבטיח את זכותו של מי שכפו עליו את הקפאתו של המצב, שהיא תולדה של מתן סעד זמני, כדי שניתן יהיה לפצותו, למעשה, בבוא העת, ואם הנתונים יצדיקו זאת בגין הנזק שבינתיים סבל.

זאת ועוד: ככל שהמדינה נעשית מתועשת, טכנוקרטית ועירונית, כן גדל בדרך הטבע הצורך במעורבות שלטונית שכן המדינה אינה יכולה להרשות לעצמה שכל האיזונים בין האינטרסים השונים ייעשו על-ידי מנגנוני השוק. מטבע הדברים אם כן, מתבקשת מעורבות שלטונית במקביל להתפתחות זו. יש לצפות לדעתי למעורבות הולכת וגדלה של הפרט בפעולות השלטון... הולכת וגוברת ההתעניינות של הפרט במעשי השלטון, והולך ופוחת האמון כי השלטון מסוגל לתת פתרון הולם לבעיות החברה. יש לצפות על כן למעורבות יתר של הפרט, אשר ינסה לתת ביטוי להשקפותיו הוא באשר לבעיות הניצבות בפני החברה¹⁰.

כיום דברים אלה הם בבחינת נבואה המגשימה את עצמה, והעתירה לבג"צ הפכה לכלי ראשון-במעלה בפיקוח על תקינות האקט המנהלי ובשמירה על שלטון החוק¹¹.

לא זו אף זו: במפגש בין "האזרח הקטן" לבין המנהל הציבורי, מעמדו של הפרט העותר, המייצג עניין ציבורי, נחות מלכתחילה, וחיוב העותר בהמצאת ערבות עלול להתרועע מלפנות בעתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק. דע עקא, שלהבדיל מדיון אזרחי רגיל, כתוצאה מאי-עתירתו של העותר, עלול להיפגע לא רק העותר הספציפי אלא גם הציבור הרחב באשר עלול להיפגע האינטרס שלו בקיום מנהל תקין ובפיקוח היעיל על השלטון¹².

בחשיבות העצומה של העתירה לבג"צ כמכשיר פיקוח הנתון בידי הציבור הכיר אף בג"צ עצמו ותרים רבות לפיתוחו על-ידי הרחבת זכות העמידה¹³. במקור נועד הבג"צ לא עבור העותר המייצג עניין ציבורי, אלא לגבי העותר המייצג את האינטרס האישי שלו שנפגע כתוצאה מפעולת הרשות הציבורית¹⁴. ואכן, בשנים הראשונות לאחר היווסדו הוגבלה זכות העמידה (*Locus Standi*) אך ורק לאותם עותרים אשר הצליחו להוכיח פגיעה בזכות המוקנית להם מכוח חוק¹⁵. הגמשה מסוימת בעמדה זו נסתמנה בפסק-הדין בעניין שניידר¹⁶ שניתן בתחילת

10 א' ברק, ההלכה השיפוטית והמצאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסודי" ספר זוסמן (ירושלים, תשמ"ד-1984) 71, 76 (להלן: ברק).

11 ראה ד' סגל, זכות העמידה בבית-המשפט הגבוה לצדק, (תל אביב, מהדורה שנייה מורחבת, תשנ"ד), 239-244 (להלן: סגל).

12 ראה, למשל, דבריו של השופט ברק בבג"צ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הבטחון, פד"י מב(2) 441, 462 (להלן: בג"צ רסלר): נעילת דלתותיו של בית משפט זה לפני עותר חסר אינטרס, המתריע על פעולה שלטונית שלא כדין, פוגעת בהשלטת החוק, שכן באין דיין אין דין. יכולת הפנייה לבית משפט היא אכן הפינה של שלטון החוק (ההדגשות אינן במקור). אנו סבורים שדברים אלו נכונים על-אחת-כמה-וכמה כאשר מדובר בעותר שיש לו אינטרס אישי וממשי בהגשת העתירה.

13 לסקירה מקיפה של התפתחות זכות העמידה במשפטנו ראה סגל לעיל ה"ש 11, במיוחד פרקים שש ושבע.

14 שם, בעמ' 78-79 וראה האסמכתאות המופיעות לעיל, הערה 12, בעמ' 79.

15 בג"צ 90/49 נוחימובסקי נ' שר המשפטים ואח', פד"י ג 4; וכן סגל 78-80.

16 בג"צ 160/58 שניידר נ' מנהל רשות הפיתוח ואח', פד"י יג 891.

שנות השישים ובו נקבע שאין עוד צורך בפגיעה בזכות חוקית לשם הקניית מעמד בבג"צ, ודי בפגיעה באינטרס של העותר¹⁷.

מסוף שנות השבעים החלה הרחבה הדרגתית נוספת של זכות העמידה, וגישת בג"צ לסוגייה זו הפכה ליברלית ומרחיבה¹⁸. אמנם, טרם נתקבלה כנראה במשפטנו "התביעה הציבורית" (*Actio Popularis*) במלוא תכולתה¹⁹, אם כי יש דעות בספרות התומכות במסקנה ההפוכה²⁰; אך עם זאת, המגמה הרווחת כיום היא, כי במקרים שבהם מתעוררת בעיה בעלת חשיבות ועניין ציבוריים תהיה נטיית בג"צ להכיר במעמד העותר²¹.

את השינוי בעמדת בג"צ היטיב לבטא השופט ברנזון בבג"צ בר שלום נ' מנהל מקרקעי ישראל ואח', בהגדירו את המבחן המקובל בבג"צ לעניין זכות העמידה באופן הבא:

לא כללים נוקשים כי אם גישה אמפירית, אבל גמישה ולא קפדנית ומחמירה. לא עוד בהכרח מבחן של עניין מובהק או נגיעה אישית ישירה או עקיפה כי אם כנות הפנייה ורצינותה, וחשיבותה הציבורית וצדקתה העניינית: וככל שחשיבותו של העניין מבחינה ציבורית גדולה יותר, כן תגדל נטייתו של בית-המשפט להכיר בזכותו של העותר, אף שהוא אזרח מן השורה, להביאו בפניו²².

הרחבת זכות העמידה ששימשה בעבר מכשיר לסינון העתירות המובאות בפני

- 17 סגל (לעיל, הערה 11), 81-105.
- 18 ראה, למשל, דברי השופט ברנזון בבג"צ 26/76 בר שלום נ' זורע, מנהל מקרקעי ישראל ואח', פד"י לא(1) 796 (להלן: בג"צ בר שלום); וכן דברי השופט שמגר בבג"צ 1/81 שירן ואח' נ' רשות השידור ואח', פד"י לה(3) 365. לגישה בג"צ כיום ראה, למשל, בג"צ רסלר (לעיל, הערה 12). לסקירה כוללת ראה סגל 239-276.
- 19 ראה דברי השופט בן פורת בבג"צ 179/82 רסלר ואח' נ' שר הבטחון, פד"י לו(4) 421, 424: הכלל תמימי דעים שאין להגית לפרט לחבוע עלבוננו או לריב את ריביו של הכלל בתביעה ציבורית.
- ראה גם את דברי השופט ברק בבג"צ רסלר (לעיל, הערה 12) 466, שם הוא כותב: על כן דעתי היא כי יש להמשיך בגישה שאינה מכירה במעמד "התובע הציבורי".
- 20 ראה, למשל, סגל (לעיל, הערה 11), 234-235; וכן ד' קרצ'מר, "ארכעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט (תש"ן) 551, 552.
- 21 ראה, למשל, בג"צ רסלר (לעיל, הערה 12); וכן בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פד"י לד(4) 429; בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פד"י מא(2) 1; בג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485; בג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון (טרם פורסם, ניתן ביום 23.3.93). אנו סבורים שעצם העובדה, שבג"צ אפשר את הגשת העתירות בעניין השעייתם של השר דרעי וסגן-השר פנחסני מעידה אף היא על מגמה זו.
- 22 יצוין, שדעתו של השופט ברנזון הייתה דעת-מיעוט באותו פסק-דין. אולם מאז, דווקא דעתו היא זו שקנתה אחיזה בתור הגישה השלטת במשפטנו.

בג"צ²³, הביאה לפתיחת שערי בג"צ בפני מגוון רחב של עותרים ועתירות, דהיינו: בפני הציבור הרחב.

שאלה גדולה הטעונה מחקר ולכן לא נעסוק בה במאמרנו, היא כיצד השפיעה הרחבת זכות העמידה על חיוב עותרים בהמצאת ערבויות. אולם אין ספק שחיוב עותרים בהמצאת ערבויות גורם לצמצום דהפקטו של האפשרות לעתור לבג"צ ומנוגד למגמה של הרחבת זכות העמידה.

ניתן לטעון, כי חיוב עותרים בהמצאת ערבות מייצג מגמה מכוונת של הצבת סכר בפני הסחף שברביבות הפניות לבג"צ, אשר נוצר עקב הרחבת זכות העמידה, ויש אפוא לראות בחיוב מתן ערבויות אמצעי לגיטימי.

אנו שוללים גישה זו, שהרי גם אם סבור בג"צ כי שערו פתוחים עתה יתור על המידה, אין להשתמש בחיוב בערבויות כאמצעי ראוי לצמצום העתירות. פתיחת שערי בג"צ ונעילתם צריכה להיעשות משיקולים ענייניים, בהתייחס לעילת העתירה, לנושאה, לצדקתה הלכאורית וכיו"ב, ולא משיקולים של "עומק כיסו" של העותר²⁴. תירה מזאת: שיטת סינון המבוססת על יכולתו של העותר לעמוד בדרישת הערבויות פוגעת בעקרון השוויון ועלולה לגרום לכך שדווקא במאבקים הגדולים והחשובים שמעורבים בהם אינטרסים כלכליים לא ימצא עותר שיהיה לעתור, וזאת בשל החשש מסיכוני הערבויות.

ראוי לזכור שבעתירות רבות הוצאת צווי-ביניים היא תנאי הכרחי להצלחת העתירה, וחיוב העותרים בהמצאת ערבות בלתי-מוגבלת גורם להרתעתם מלבוא בשערי בג"צ. הטעם לכך הוא, שבהליך השיפוט באשר הוא עומדת תמיד בצד אפשרות הזכייה – אפשרות הפסד שתתבטא במקרה דנא במימוש הערבות המופקדת, והלכך בנוק כלכלי רב-ממדים לעותר.

אולם הכעיה הקשה הגלומה ברשימת הערבות אינה טמונה אך ורק באופן הפעלת הסמכות כדבר שבשגרה על-ידי בית-המשפט הגבוה לצדק²⁵, שלדעתנו אינה רצויה כשלעצמה, אלא גם, ואולי בעיקר, באופן שבו מנוסחת הערבות המאפשר את מימושה על נקלה²⁶.

הערבות מנוסחת באופן סטנדרטי ופשטני, שלפיו העותר מתחייב לשפות את המשיב על כל נזק שייגרם לו בגין העתירה, קרי: להבדיל מהמסלול האלטרנטיבי של תביעת-נזיקין רגילה בעוולת רשלנות שאם יבחר המשיב הנפגע לילך בו, יהיה עליו להוכיח את כל יסודות העוולה, הרי שאם יבחר לממש את הערבות אין לו

23 "זמיר, 'המשפט הציבורי' – מהפכה או התפתחות?" משפטים יט (תש"ן) 563. בעמ' 568 כותב המחבר את הדברים הבאים:

הלכות אלה (שפיטות ומעמד – ג' פ') נועדו בעיקר לשרת את האינטרס של בית-המשפט עצמו, ולו גם במחיר של שלטון החוק. הן כאילו הקיפו את בית-המשפט בחומת מגן לצורך הגנה – הגנה בפני טרדנים, כדי שלא יציפו את בית-המשפט בעתירות רבות.

24 בשולי הדברים יצוין, שאפילו במשפט הפרטי, שבו מקובל החיוב בהמצאת ערובה, חסרון-כיס של התובע יכול לשמש עילה לפטור. ראה ב"ש 14/86 פרחאן פלחאת נ' עירית שכס ואח', פ"ד מ(2) 350.

25 על השימוש במכשיר הערבות ראה ספרו של ר' הריזהב, סדר הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק (תל אביב, 1991) 95-96.

26 התחייבות העותר מנוסחת כהתחייבות כוללת וגורפת לשפות את המשיב עבור כל נזק שייגרם לו בשל העתירה, ובלבד שיוכיח המשיב נזק וקשר סיבתי.

למשיב להוכיח אלא נזק וקשר סיבתי בין העתירה לנזק. מימוש כתב-הערבות אינו דורש למעשה מן המשיב להוכיח שהחתום על הערכות התרשל כלפיו. מצב דברים זה, שבו העותר מתחייב בתשלום נזקי המשיב מבלי שהתרשל כלפיו, נראה לנו בלתי-סביר וטעון תיקון.

כאשר המחלוקת בין העותר למשיב אינה מתמצת בעתירה וצפויים הליכים מנהליים ו/או שיפוטיים נוספים שבהם יהיו מעורבים אותם צדדים, יוכל המשיב המחזיק בזכות לממש את הערכות לנופף בה, ואף להשתמש בה כ"מקל-חובלים" כדי להרתיע את העותר ממעורבות באותם הליכים מנהליים או שיפוטיים נוספים.

ד. תופעת הערבויות בפרספקטיבה של הגישה הכלכלית למשפט

אנו סבורים, שכדי להבין נכונה את העוול שנגרם לעותרים כתוצאה מררישת הערבויות בבית-המשפט הגבוה לצדק, שומה עלינו לעיין בגישה הכלכלית למשפט השמה לה למטרה את מקסום התועלת. אחת התופעות הפוגעות במקסום התועלת היא תופעת ההחצנות (Externalization). החצנה מתרחשת כאשר אדם נהנה מהתועלת הנובעת מפעילותו, ואילו בעלויות נושאים פרטים אחרים²⁷. ניתוח פשוט יוכיח, שחיוב העותר בערבויות יוצר תופעה של החצנה.

בפנותו לבג"צ העותר מייצג, כאמור, אינטרס חברתי של תקינות פעולתה של הרשות הציבורית. הצלחתו בעתירה מביאה תועלת מסוימת לכל שאר הפרטים בחברה, כאשר במאבקו המשפטי משפר העותר את מצבם של כלל האזרחים. בטרמינולוגיה של הגישה הכלכלית למשפט, העותר הוא במידת-מה "פראייר" (Sucker) והציבור הרחב הוא במידה מסוימת "נוסע חינם" (Free Rider), וזאת על-שום שהעותר המייצג בין השאר גם את האינטרס הציבורי עלול לשאת בעלויות כבדות אם תיכשל העתירה; ואילו הציבור הרחב עשוי רק להרוויח מעתירת העותר מבלי שהוא נושא בעלות כלשהי²⁸.

אנו סבורים שפרשת בג"צ רמת-אביב ממחישה היטב מצב זה: במקרה זה חתמו בשעתו כ-4,000 מתושבי האזור על עצומה נגד מיזם הקניון, אולם העתירה הוגשה בפועל רק על-ידי 34 מן התושבים, אשר נאלצו לחתום על ערבויות אישיות כתנאי להוצאת צו-הביניים שהיה נחוץ במקרה זה כדי למנוע את תחילת הבנייה, אשר ביצועה היה מסכל מראש את המאבק כולו.

27 להרחבה ראה 1 (1960) *J. Law & Econ.* R.H. Coase, "The Problem of Social Cost", 3; ראה, R.G.Lipsey, *An Introduction to Positive Economics* (London, 6th ed., 1981) 467-471; R. Cooter, T. Ullen, *Law and Economics* (U.S.A., 1988) 45-47.

28 העותר בעתירה הציבורית הוא "פראייר" מובהק, משום שאין הוא מפיק תועלת אישית כלשהי מן העתירה, אלא מייצג את האינטרס הציבורי הכללי בשמירה על שלטון החוק. במצב עניינים זה הציבור הרחב הוא "נוסע חינם", מפני שהוא מפיק אותה התועלת בדיוק אשר מפיק העותר מהצלחת עתירתו, אך זאת מבלי לשאת בסיכונים כלשהם. כאשר העותר מפיק תועלת אישית כלשהי מהעתירה, אין הוא "פראייר" מובהק; אולם גם במצב זה העותר מקדם במידת-מה את האינטרסים של שאר הפרטים בחברה בכך שבעתידו הוא תורם לשיפור שלטון החוק והמנהל התקין. לכן, לדעתנו, העותר תמיד יהיה במידת-מה "פראייר" והציבור הרחב יהיה במידת-מה "נוסע חינם". להרחבה כללית ראה D.C.Muller, *Public Choice* (Cambridge, 1979) 11-13.

במלים פשוטות: אילו הצליחה העתירה כ-4,000 תושבים ויותר היו נהנים ישירות מהצלחה זו בלי שהשקיעו דבר (וזאת בהתעלם מן התועלת לציבור ככלל), אולם רק 34 עותרים (ה-Suckers) הם אלה שנאלצו לשאת בעלויות העתירה והם אלה העלולים להיחבצו בגין הנזקים הנטענים על-ידי המשיבה בסכומים של מיליוני שקלים.

זהו מצב טיפוסי של החצנה, הפוגע – על-פי הגישה הכלכלית – ביעילות ובמקסום התועלת החברתית.

לשיטת הגישה הכלכלית, העלויות, כמו גם התועלות, צריכות להתחלק בין כל הזוכים או המפסידים הפוטנציאליים, ומצב של החצנה הוא מצב תת-אופטימלי שראוי לפעול לשינויו.

ה. המצב המצטייר לפי פרשת רמת-אביב

אמנם, פרשת רמת-אביב לא שינתה את המצב המשפטי, אולם היא חושפת את הסיכון הגלום בשיטת הערבויות ומימושן במובן זה, שבעקבות הכרזת היזמים על כוונתם לממש את הערכויות האישיות, כל הסכנות שהיו טמונות בשיטת הערבויות יצאו מן הכוח אל הפועל. אין ספק שתביעה נגד העותרים תרתיע באופן דרסטי עותרים עתידיים לצאת למאבקים רציניים נגד פרויקטים שעלותם הכלכלית גבוהה. בשולי הדברים יצוין, כי מרב הנזק שנגרם למשיבים היה נמנע אלמלא התמשך הדיון בעתירה 14 חודשים תמימים, דהיינו: לא עצם העתירה בלבד, אלא גם, ואולי בעיקר, משך ההתדיינות שאינו תלוי כלל בעותרים הוא שגרם לנזק.

תקדים מציאותי זה עלול לפגוע בנכונות הציבור לצאת למאבק משפטי באי-סדרים מנהליים, לא רק כשמדובר בקניונים, אלא בכל פרויקט גדול שמעורבים בו סיכונים להיתבע על סכומי-עתק. כך בפרויקטים אחרים של תכנון ובנייה, בפרויקטים הנוגעים לאיכות הסביבה (הדוגמא הטובה ביותר היא פרויקט "קול אמריקה") וכן כשמדובר בתקיפת פעולת הרשות הציבורית בתחום המשפט המסחרי דוגמת חוזים מנהליים, התקשרות עם יזמים וכיו"ב.

בעניינים אלה הסיכון שנוטל עותר המחויב בהפקדת ערבות הוא כבד ובמשוואה הפשוטה של: סיכוי הצלחה בעתירה $X(P)$ תועלת (B) , מחד גיסא, ביחס לסיכון (L) , מאידך גיסא²⁹, סיכויי ההצלחה בעתירה צריכים להיות גבוהים עד מאוד כדי לגרום לעותר לצאת למאבק משפטי; וזאת בשל העובדה שהסיכון שבו מסתכן העותר במאבקים גדולים כתוצאה משיטת הערבויות הוא רב, בעוד שהתועלת מוגבלת למדי.

מצב זה מזכיר מאוד את הדילמה הקשה שבפניה ניצב התובע בתביעה ייצוגית או בתביעה נגזרת – השוואה שעליה יורחב הדיבור בהמשך³⁰.

כך או כך: בג"צ רמת-אביב העמיד אותנו בפני מצב פרדוקסלי שדווקא במאבקים הגדולים הכרוכים בהפעלת ביקורת ציבורית על פעולת הרשויות אשר לשמם, בין

29 להרחבה וליישום של משוואה זו בכל הנוגע לשיקולי תובע בתביעה נגזרת ראה א' פרוקצ'יה, דיני חברות חדשים לישראל (תש"ן) 397-400 (להלן: פרוקצ'יה).

30 ראה פרק 6.

היתר, קיימת אפשרות העתירה לבג"צ, ידיר הציבור את רגליו משערי בג"צ, והביקורת הציבורית ו/או השיפוטית שחשיבותה רבה תאכר, ועקב כך ייפגעו סדרי המנהל החקין.

דעתנו היא, שמצב הדברים המתואר לעיל אינו ראוי, ונדרש שינוי של שיטת הערכויות הנהוגה כיום בבית-המשפט הגבוה לצדק; שאם לא כן, ההסדר המשפטי המאפשר ביקורת ציבורית על המנהל בפרויקטים הגדולים והחשובים ביותר עלול ליהפך לפלסטר וזהו מחיר כבד לחברה, בכלל, ולתחום המשפט המנהלי, בפרט.

1. ההסדר המוצע

מבלי לגרוע מן האמור לעיל, אין – לדעתנו – לפסול באופן קטיגורי את חיוב העותרים בהמצאת ערבויות.

במצבים מסוימים קיימת בהחלט הצדקה להמצאת ערבות.

מן הראוי לזכור שצווי-ביניים המוצאים על-ידי בג"צ כלפי המנהל הציבורי או גורמים נוספים, פוגעים ביעילות פעולתה של הרשות הציבורית³¹ ועלולים לגרום לה, כמו גם לצדדים שלישיים, נזקים כלכליים. כמו-כן, בשל הרחבת דיני-המעמד במשפטנו מן הראוי ליתן בידי בית-המשפט הגבוה לצדק "מכשיר" שיאפשר לו להרתיע עותרים טרדנים וקנטרנים המעכבים את פעולת המנהל ללא הצדקה, ובהיבט גם גורמים לעומס רב ומיותר על בג"צ³² על-ידי הגשת עתירות-סרק.

מנגד, אנו סבורים שבשל האפשרות הפתוחה תמיד בפני המנהל ובפני צדדים שלישיים לתבוע את העותר בגין נזקים שנגרמו להם כתביעת-נזיקין רגילה *ex post facto*, יש להפעיל את החיוב בהמצאת ערובה כמצום ולעשות באמצעי זה שימוש רק במקרים הנחוצים ממש, ולא כדבר שבשגרה, כפי שקורה היום. קיימים שני תחומים עיקריים שניתן להיעזר בהם בבואנו להציע פתרון הולם לסוגיית הערכויות בבג"צ.

הראשונה, הנראית לנו פחות רצויה, היא החלת דיני-הנזיקין, ובמיוחד עוולת הרשלנות, על מימוש הערבות שהמציא העותר; דהיינו: כדי שהמשיב יוכל להיפטר מן הערבות, עליו להוכיח את יסודות עוולת הרשלנות.

החלת דיני-הנזיקין על מימוש הערבות נראית לנו, כאמור, פחות רצויה וזאת משני טעמים: ראשית, חיוב המשיב בהליכה במסלול התביעה הנזיקית יוצר מצב שבו המצאת הערבות הופכת כמעט מיותרת מנקודת-הראות של המשיב – הנפגע. שנית, שיטה זו פוגמת ביעילות מלאכתו של בג"צ, משום שההרתעה המושגת כלפי העותר הקנטרן או הטרדן אינה מספקת.

הרתעת העותר הטרדן מושגת על-ידי האפשרות הפתוחה בפני המשיב לממש את הערובה שהמציא העותר לצורך שיפוי נזקיו. ההליך הנזיקי הוא ממושך ומסובך, ואפקט ההרתעה המושג כלפי העותר הטרדן אוכר. יוטעם גם, שהאופציה של

31 סגל (לעיל, הערה 11), 171-173.

32 שם בעמ' 169-170. כן ר': מ' לנרדי, "כוחו של בית-המשפט ומגבלותיו" משפטים י' (תש"מ) 196, 199. וראה גם את דברי השופטת מ' בן-פורת בבג"צ רסלר (לעיל, הערה 12), המבטאים את הדעה הרווחת בפסיקה.

התביעה הנזיקית פתוחה תמיד בפני המשיב אם נגרמו לו נזקים, ללא קשר להמצאת הערבות, וכלבד שלא יקבל יותר משיעור נזקו.

השיטה הרצויה. המצב שלפנינו מזכיר מאוד את סיטואציית התביעה הייצוגית, או התביעה הנגזרת, הקיימות בתחום דיני החברות. גם שם קיים מצב טיפוסי של החצנה: התובע הייצוגי או הנגזר הוא ה"פראייר" (Sucker), באשר הוא זה שנושא בעלויות הגשת התביעה ובסיכון של נשיאה בנזקים הנגרמים לחברה כתוצאה מתביעתו. מנגד, אם יזכה, יזכה רק בסכום הזכייה, חלקי אחוז אחזקותיו במניות החברה; ואילו יתרת הרווח תחולק בין שאר בעלי המניות אשר ייהנו מן ההפקר. בשני המקרים עולה במלואה בעיית הנציג³³.

מנגנוני התביעה הייצוגית³⁴ והנגזרת³⁵ דומים מאוד למנגנון העתירה לבג"צ המוגשת בשם האינטרס הציבורי³⁶, גם במובן זה שמנגנונים אלה הם מנגנוני ביקורת ראשוניים במעלה החשובים לחברה כולה: האחד מפקח על פעילותה התקינה של החברה והאחר — על פעילות המנהל הציבורי.

עם זאת, אנו סבורים שהפיקוח על המנהל הציבורי חשוב לאין-ערוך מהפיקוח על פעולתה התקינה של החברה. בדיני החברות מתייחסים באופן חיובי ביותר לתביעה הייצוגית ולתביעה הנגזרת, והדעה הרווחת בקרב המלומדים היא שיש לעודד תביעות אלה³⁷.

בדיני החברות מקובלים שני סוגי תמריצים המסייעים בידי התובע הייצוגי, או התובע הנגזר, לתבוע על-אף סיכוני ההפסד³⁸:

(א) תמריצים המתמקדים בהפחתת העלויות הכרוכות בהגשת התביעה.

(ב) תמריצים המתמקדים בהגדלת שיעור הזכייה של התובע.

לדעתנו, הסוג השני של התמריצים אינו ישים במיוחד, במישור דנא. הדרך האפשרית היחידה להגדיל את זכייתו של העותר בפני בג"צ היא באמצעות

33 פרוקציה (לעיל, הערה 29), 413-409, 400-397.

34 אפשרות התביעה הייצוגית מעוגנת בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, אולם בית-המשפט העליון בע"א 79/69,86/69 פרוקציה פלצאנידוסטר מרקלה ושות' ואח' נ' רבינוביץ' ואח' וערעור שכנגד, פ"ד כג(1) 645, שלל את האפשרות להשתמש בתקנה כאשר כל אחד מהתובעים מבקש פיצוי על הנזק האישי שנגרם לו, להבדיל מפסק-דין הצהרתי או צו-מניעה. לביקורת על פסק-דין זה ראה ס' גולדשטיין, "תביעת ייצוג קבוצתית — מה ועל שום מה", משפטים ט (תשל"ח-תשל"ט) 416, 432-436; וגם ס' גולדשטיין, "עוד בעניין תביעה ייצוגית קבוצתית — ההתפתחות במשפט האנגלי", משפטים יא, (תש"מ) 412, 423-430. להרחבה בנושא ולביקורת ראה צ' כהן, בעלי מניות בחברה זכויות תביעה ותרופות (תשנ"א) 474-469 (להלן: צ' כהן). כן אפשרית תביעה ייצוגית לפי פרק ט לחוק גירות ערך, התשכ"ח-1968, שהוסף במסגרת תיקון מס' 9 לחוק משנת 1988. להרחבה בנושא ראה צ' כהן 475-480.

35 להרחבה בנושא התביעה הנגזרת ראה צ' כהן (לעיל, הערה 34), 483-508; פרוקציה (לעיל, הערה 12), 397-416; י' כהן, דיני חברות (תשנ"א) 440-414. וראה גם ס' גולדשטיין, "תביעה נגזרת — דרכי פתיחתה וניהולה" משפטים יד, (תשמ"ד) 48; א' ברק, "היקף התערבותו של בעל המניה בניהול החברה על-ידי מנהליה — כוחו של בעל המניה לתבוע על הפרת זכות על-ידי מנהליה", הפרקליט כה (תשכ"ט) 433, 488.

36 מנגנון התביעה הייצוגית אומץ לאחרונה גם בתחום איכות הסביבה בסעיף 10 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), תשנ"ב-1992. פורסם בס"ח 1394 (תשנ"ב) 184.

37 צ' כהן (לעיל, הערה 34), 474, 479, 505-508; פרוקציה (לעיל, הערה 12), 409-412.

38 צ' כהן (לעיל, הערה 34), 505; פרוקציה (לעיל, הערה 12), 409-413.

פסיקת הוצאות לדוגמא. דרך זו קיימת, אולי, מבחינה תיאורטית אך אינה ישימה מבחינה מעשית, משום שהרשות הציבורית ניזונה מכספי הציבור ומהמסים הכלליים והעירוניים ולכן אם ייפסקו הוצאות לדוגמא נגד הרשות המנהלית, שכרו של הציבור שיוכה במנהל ציבורי טוב וזהיר יותר יצא כהפסדו הכלכלי.

הסוג הראשון של התמריצים המתמקדים בהפחתת העלויות לתובע נראה מתאים יותר לסיטואציה דנא.

בדיני החברות מבוצע התמרוץ על-ידי כך שדואגים למימון התובע בתביעה הייצוגית³⁹ ובתחום התביעה הנגזרת.

באנגליה, למשל, הפסיקה אינה מתנה את זכאות התובע להחזר הוצאות בתוצאות התביעה, אלא בסבירות הגשתה של התביעה⁴⁰, וישנם תימוכין לגישה זו גם בקרב המלומדים כארץ⁴¹. הרציונל מאחורי גישה זו הוא, כי הזוכים הפוטנציאליים מהצלחת התביעה הם גם אלה הצריכים לשאת בעלויות כישלונה. יודגש, שגם בתביעה הנגזרת נתונה סמכות לבית-המשפט לחייב את התובע הנגזר בהמצאת ערבויות לשם שיפוי נזקי הנתבעים, אולם הן פרופ' פרוקציה הן פרופ' ציפורה כהן סבורים שאין להשתמש בסמכות זאת באופן אוטומטי, אלא באופן פרטני תוך הפעלת שיקול-דעת בכל מקרה ומקרה⁴²; שאם לא כן, תסוכל נכונות התובע הנגזר לתבוע, והאינטרס הציבורי של ניהולה התקין של החברה ייפגע.

לדעתנו, הסדר זה ראוי להיות מאומץ תוך התאמות מסוימות גם בתחום המשפט המנהלי.

ראשית, אנו סבורים שיש להפסיק את השימוש הנרחב שעושה בג"צ בחיוב בהמצאת ערבויות ולהפעיל סמכות זו של חיוב בהמצאת ערובה באופן פרטני, ורק באותם מקרים שבהם קיימת נחיצות יוצאת-דופן בהמצאת ערובה. שנית, יש לשנות את אופן מימוש הערבויות.

כיום, מצב הדברים שבו מחייבים עותרים בהמצאת ערבות כדבר שבשגרה ובידי המשיב הזכות להיפרע מן הערבות ולהשתפות ממנה את נזקיו, מתעלם מן המאטריה המיוחדת שבה עסקינן, וכיום, בעקבות פרשת רמת-אביב, עלול המצב הקיים לגרום לפגיעה קשה במנגנון הפיקוח הציבורי והשיפוטי על מעשי הרשות.

אשר על-כן, הצעתנו היא שמימוש הערבויות יאופשר למשיב על-ידי בית-המשפט הגבוה לצדק אך ורק באותם מקרים שבהם נמצא כי העתירה היא קנטרנית, טורדנית או שהוגשה בחוסר תום-לב או בזדון.

אם לדעת בית-המשפט, העתירה היתה סבירה ולא היתה גנועה בחוסר

39 צ' כהן (לעיל, הערה 34), 479.

40 *Wallersteiner v. Moir* (No. 2) [1975] 1 All E.R. 849 (C.A.).

41 צ' כהן (לעיל, הערה 34), 507; פרוקציה (לעיל, הערה 12) 413.

42 צ' כהן (לעיל, הערה 34), 499-500; פרוקציה (לעיל, הערה 12), 413-414.

תוס'לב, ימנע בית-המשפט מן המשיבים את מימוש הערכות ויפטור את העותרים מלשאת בנזק זה⁴³.

משמעות אי-חיוב העותר בנזקי המשיב היא כי הציבור הרחב ישא בעלויות העתירה ומצב זה נראה לנו ראוי ונכון: הציבור הרחב נהנה מזכיית העותר ולכן הוא זה הצריך לשאת בעלויות העתירה במקרה של כישלון, ובלבד שהעתירה היתה סבירה, הוגשה בתוס'לב ואין היא טורדנית, קנטרנית או זדונית. פתרון זה מונע את ההחצנה הקיימת במצב הנוכחי, כמו גם את בעיית הנציג.

לדעתנו, הצעתנו ניתנת ליישום על-פי המשפט הקיים ואין צורך בשינוי חקיקתי כדי להוציאה אל הפועל: סעיף 43 לנהלי העבודה בבג"צ מעניק לבית-המשפט שיקול-דעת, בהחליטו על הוצאת צו-ביניים להתנותו בתנאים, כאשר אחד מהם הוא חיוב העותר בהוצאת ערכות. לכן כל אשר על בית-המשפט (בג"צ) לעשות כדי ליישם את הצעתנו הוא להתנות את מימוש הערכות בכך שבפסק-הדין שיינתן בעתירה גופה או בהחלטה נפרדת נוספת ייקבע כי העתירה הוגשה שלא בתוס'לב או באי-ניקיון או בזדון וכו' כלומר: ניסוח הערובה חייב לכלול אלמנטים אלה כתנאי למימושה.

סבירותה של העתירה תיקבע, מטבע הדברים, על-ידי שופטי בג"צ⁴⁴. לסיום: לא נעלמו מעינינו השלכות ההסדר המוצע על המשיבים בעתירות. אנו מודעים לכך, כי נוסחת האיזון שאנו מציעים עלולה לכאורה לפגוע במשיבים, שהם אנשים פרטיים או תאגידים מסחריים, אשר באותם המקרים שבהם תעמוד העתירה במבחן המוצע על-ידנו, יאלצו לשאת בנזקים שנגרמו להם כתוצאה ממנה. עם זאת, יש לזכור כי זכות הנפגע לקבל פיצוי היא בבחינת עיקרון מרכזי בדיני-הנזיקין⁴⁵, אולם אין זאת זכות מוחלטת והיא מותנית בכך שהנפגע יצליח להוכיח את קיומם של יסודות עולה כלשהי. אל מול זכותו של הנפגע לקבל פיצוי ניצב אינטרס הציבור בקיום מנהל ציבורי תקין ובפיקוח משפטי יעיל אשר יבטיח זאת. כמו בכל מקרה של התנגשות בין שני אינטרסים חשובים, יש למצוא את נקודת-האיזון ביניהם⁴⁶. אנו סבורים, כי בהצעתנו טמונה נקודת-האיזון הנכונה: כאשר בית-המשפט קובע כי העתירה סבירה וכי הוגשה בתוס'לב, אומר בית-המשפט במלים אחרות כי העותר לא התרשל, ובאין התרשלות, לא קמה לנפגע הזכאות לקבל פיצוי אף אם נגרם לו נזק. בהקשר זה הולמים דבריו של פרופסור ברק:

דמיון זה שבין הסבירות המנהלית לבין הרשלנות הגזיקית אינו רק

43 דברים ברוח דומה מציע פרופסור (לעיל, הערה 12), 413 לעניין חיוב התובע הנגזר בנשיאה בהוצאות ההליך.

44 ההכרעה בסוגייה צריכה להיעשות על-ידי בג"צ ולא על-ידי הערכאה אשר תדון בתביעה למימוש הערכות גופן, משום שבג"צ מכיר את העתירה מקרוב ובקי במאטריה יותר מכל בית-משפט אחר.

45 "דיני הנזיקין" תורת הנזיקין הכללית (ירושלים, מהדורה שנייה, ג' טרסקי עורך, תשל"ז) 25.

46 להרחבה ראה, למשל, א' ברק, פירשנות במשפט (ירושלים) א 308-309.

דמיון היסטורי – טטרוקטוראלי. בין שתי דוקטרינות אלה קיים קשר פנימי הדוק. רשלנות אינה אלא חוסר סבירות⁴⁷.

מובן שבמסגרת ההכרעה בסבירות העתירה יוכל בית המשפט להתחשב באינטרסים של צד ג, ואם ימצא כי העתירה אינה סבירה וכי הוגשה שלא בתום לב – יאפשר את מימוש הערכויות.

התביעה הנזיקית. האופציה השנייה העומדת בפני נפגעי עתירה למיניהם היא אופציית התביעה ברשלנות.

כפי שצוין, אופציה זו נראית לנו עדיפה על שיטת הטלת הערכויות כדבר שבשגרה, משום שכאן נדרש המשיב להוכיח את התקיימותם של כל מרכיבי עוולת הרשלנות: חובת זהירות מושגית, חובת זהירות קונקרטית, התרשלנות ונזק.

לאור הזיקה הקיימת בין הרשלנות הנזיקית לסבירות המנהלית, הרי שגם במסלול זה, אם ימצא כי העתירה היתה סבירה והוגשה בתום לב, אלמנט ההתרשלנות לא מתקיים והעותרים יוגנו גם מפני תביעה בנזיקין.

כך גם תושג הרמוניה משפטית בין שתי הדרכים.

אנו סבורים שההסדר המוצע יפתור את הפרובלמטיות שנוצרה בעקבות בג"צ רמת-אביב, יספק הגנה הולמת לעותרים המבקשים לפנות לבג"צ, ועל-ידי כך יבטיח את המשך קיומו של מנגנון הפיקוח על המנהל, גם באותם מקרים בהם עלול להיווצר נזק כלכלי למשיבים כתוצאה מהעתירה.

47 ברק (לעיל, הערה 10), 80 (ההדגשה אינה במקור). אנו סבורים שדברים אלה, שנכתבו לגבי הרשות הציבורית נכונים וצריכים לחול במלוא חוקם גם על האזרח העותר לבג"צ.