

הרתעת מאסדרים באמצעות דיני הנזיקין: ההבחנה בין דיני הפיצוי לדיני האחריות

מאת

בעז סגל*

מאמר זה מנתח את יכולתו של הדין הנזיקי לכוון ביעילות פעולתם של מאסדרים ורשויות מאסדרות. לשם כך מציע המאמר לחלק את הכרעת הדין הנזיקי לשני רכיבים: להטלת אחריות ולהשתתף חבות. חלוקה זאת מובילה בתורה למסקנה שדי בהטלת אחריות – ובתיוג המאסדר והרשות המאסדרת כרשלנים – כדי לכוון ביעילות את התנהגותם. בכך מתווספת זווית ראייה חשובה לשיח בדבר כוחם ההרתעתי של דיני הנזיקין. בשיח זה שולטת עד כה בעיקר הפרדיגמה של הניתוח הכלכלי של המשפט, ולכן התמקד הוא ברובד הסנקציוני הכספית, ואגב כך החמיץ במידת-מה את רובד הטלת האחריות על הרשות.

בראשיתו של הדיון טוען המאמר שההצעה להשתמש בדין הנזיקי לצורך הכוונת התנהגות אסדרתית היא אטרקטיבית בעת התנהגות לא יעילה של המערכות המאסדרות. לכן נערך ניתוח של יעילות הפעולה האסדרתית בתוך כדי הצגת "גישת האינטרס הציבורי" מחד גיסא, ו"תורת הבחירה הציבורית" מאידך גיסא. מסקנת המאמר, לפי תורת הבחירה הציבורית, היא שמאסדרים אינם פועלים (תמיד) ביעילות, וזאת מובילה בתורה להכרה בצורך לכוון את התנהגותם. בשלב זה המאמר מנתח את הקשיים המרכזיים הטמונים בגישה הרואה בדין הנזיקי מכשיר הרתעה אפקטיבי בעולמם של מזיקים ציבוריים. עניינם של קשיים אלו הוא בעיקר בכך שמזיקים ציבוריים אינם נושאים אישית בפיצוי ומגיבים פחות לתמריצים שוקיים ויותר לתמריצים פוליטיים. לכן דיני הפיצויים אינם מתאימים למגרש ששחקניו הם מזיקים ציבוריים, והם יתקשו להרתיע שחקנים אלו ולכוון ביעילות את התנהגותם.

חרף קבלת הביקורת הזאת על הגישה ההרתעית – ואימוץ ההנחה שרשויות ציבוריות אינן צפויות להגיב לחשש בדבר הטלת פיצויים כספיים עליהן כמו גופים פרטיים – מראה המאמר שמבחינה הרתעית עדיין ניתן להשתמש בדין הנזיקי לצורך הכוונת פעולתם של מאסדרים. הסיבה לכך מצויה במחיר הכבד שהטלת אחריות בהליך המשפטי עשויה לגבות מהמאסדר הפרטי ומהרשות כשחקנית חברתית. במילים אחרות, כשהכוח ההרתעתי המיוחס לדין הנזיקי מצוי רק בשלב השתתף החבות, עלולים דיני הנזיקין להתקשות לכוון התנהגות של מזיקים ציבוריים. עם זאת כשבוחנים את כוחם ההרתעתי של דיני הנזיקין בשלב הטלת האחריות, אפשר שתעלינה מסקנות שונות.

* דוקטור למשפטים, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית צפת ובית הספר למשפטים, המכללה האקדמית ספיר. מאמר זה מבוסס על פרק מעבודת הדוקטור שאתה כתבתי במסגרת המסלול הישיר לדוקטורט באוניברסיטה העברית בירושלים, בהנחיית פרופ' ברק מדינה. תודה מיוחדת לפרופ' מדינה על הערותיו החשובות ומאירות העיניים, ותודה לשופט בית המשפט העליון עופר גרוסקופף – שהיה חבר הוועדה המלווה – על הערותיו שהשיבו את המאמר. כן תודה לנרדב ישראלי ולאליעד סלומינסקי, עורכי כתב העת משפטים, ולמערכת כתב העת כולה על עמלם הרב.

מסקנה זאת – שדיני האחריות מכוונים בעילות התנהגות אסדרתית – נובעת מהכרה בכך שמאסדרים מייחסים חשיבות רבה למוניטין הציבורי שלהם, ולפיכך הם צפויים להירתע מעמידתם במרכז ההליך הנוזקי (גם אם הפיצוי הכספי לא יוטל עליהם ישירות). נוסף על כך, נובעת מסקנה זאת מהכרה בכך שרשויות ציבוריות מתפקדות כשחקניות חברתיות, ועל כן ניתן לייחס להן "ייחוס חיצוני" ו"התכוונות". שני מאפיינים אלה גורמים לרשות להיות מושפעת מההערכה החיצונית של הציבור ולכוון את התנהגותה בהתאם. כך, רשויות ציבוריות מורתעות מתיוגן כרשלניות בשלב הטלת האחריות, ורצונן להימנע מתיוג זה מכוון את התנהגותן ומביאן להפנים את העלויות הציבוריות של פעולותיהן הרשלניות. זאת ועוד, רצונן של רשויות להימנע מתיוג שלילי ויכולתן לפעול במכוון ביעילות מרפאים את כשלי המאסדר הפרטי, השואף לפעול בחוסר יעילות. לכן הטלת אחריות נזיקית בעולם של "תאונות אסדרתיות" היא כלי חשוב כשהמטרה היא לכוון התנהגות אסדרתית ולייצר הרתעה יעילה.

מסקנת המאמר היסודית היא אפוא כי חרב האחריות הנוזקית – במובחן מחוב החבות – מעמידה את הרשות ואת עובדיה על המשמר ומתמרצת אותם לנהוג ביעילות.

מבוא ; א. (אי-)יעילותה של הפעילות האסדרתית. 1. המאסדר היעיל – גישת האינטרס הציבורי; 2. המאסדר הלא יעיל – תורת הבחירה הציבורית; 3. סיכום; ב. הביקורת שהוטחו בדין הנוזקי כלא מרתיע מזיקים ציבוריים. 1. הצגת הגישה ההרתעתית; 2. הקשיים בגישה ההרתעתית; 3. סיכום; ג. השגת התנהגות יעילה באמצעות הדין הנוזקי. 1. מישור המאסדר כאישיות פרטית – הכוונה פרטית; 2. מישור הרשות כשחקנית חברתית – הכוונה מרכזית; 3. סיכום; ד. הדין המנהלי והחשש מהרתעת יתר. 1. קיומו של הדין המנהלי; 2. הרתעת יתר ואסדרה מגננתית; 3. סיכום; ה. סיכום – מבט כולל.

מבוא

בשל התנהלותה הרשלנית צוברת חברת ביטוח גירעונות, ודרישות המפקח על הביטוח לכסותם אינן זוכות לתגובה. היא ממשיכה לצבור גירעונות ולבסוף מתמוטטת. שבועות מספר לאחר ההתמוטטות מחליט המפקח להפסיק את פעילות החברה, והיא נכנסת להליכי פירוק. בתחילה המפרק משלם כספים נוכח תביעות שמגישים מבוטחי החברה, עד שכספים אלו אוזלים לגמרי. חלק מן המבוטחים אינם זוכים לתשלום חרף היותם זכאים לו כקבוע בפוליסה. אלה עובדות המקרה אשר נידונו בעניין לוי¹ – שישמש עבורי "דוגמת צל" ויסייע לי בהצגת טיעוני – וממנו עולה השאלה המרכזית הזאת: כלום יש להטיל על המדינה אחריות בנוזיקין כלפי לקוחות החברה שניזוקו משום שהמאסדר לא הפסיק את רישיון החברה מבעוד מועד?

פרשה זו מעוררת אפוא את סוגיית היקף האחריות הרצוי של מאסדרים ורשויות מאסדרות בגין אסדרה ופיקוח רשלניים של פעילויות פרטיות. תביעות רבות מוגשות נגד מאסדרים בטענה להתרשלות באסדרה ובפיקוח של פעילותו הרשלנית של צד שלישי. הכרזתם של בתי המשפט כי מחדלים אסדרתיים אלו עולים כדי רשלנות מאפשרת להשית על המערכות המאסדרות חובת פיצוי בגין מלוא הנזק שסבל הניזוק. מהו הכלל המשפטי

1 ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994).

המיטבי במצבים אלו? טענתי היסודית במאמר זה תהיה שבמענה לשאלה מהו הכלל המיטבי יש להבחין בין שני רכיבים נפרדים הפועלים יחדיו בהכרעה הנוזיקית: בשלב הראשון דיני הנוזיקין הם דינים מטילי אחריות, כשבמרכזו של שלב זה ניצב המזיק-הנתבע שעליו האחריות מוטלת; בשלב השני דיני הנוזיקין הם דינים מפצים, כשהפיצוי משולם לניזוק-התובע. מרבית הכתיבה אינה מבחינה הבחנה מעמיקה דייה בין שני אף שכל אחד מהם ראוי לניתוח נפרד.

ההפרדה אשר אציע בין שני הרכיבים הללו תובילני להבחנה בין הגבלת היקף האחריות של המזיק להגבלת היקף החבות שלו. מנגנון המגביל את היקף אחריותו של המזיק (הרכיב הראשון) שולל לחלוטין מחוג מסוים של ניזוקים את עילת תביעתם כלפיו, ואילו שיטה המגבילה את היקף חבותו של המזיק (הרכיב השני) מותירה את עילת התביעה כלפיו על כנה, אך מגבילה בדרכים שונות את סכום הפיצוי שניתן להשית עליו. להלן אטען שהטלת אחריות היא שמניבה הרתעה יעילה, וכן כי הרתעה זאת מכוונת את התנהגות המערכות המאסדרות במידה מספקת ומתמרצת אותן לאסדר את השווקים ולפקח עליהם כראוי. בפשטות – הרתעת מאסדרים ורשויות מאסדרות מצויה כבר בשלב הראשון, בעצם הטלת האחריות עליהם.²

הגישה השלטת בדיני הנוזיקין הייתה ועודנה גישת ה"הכול או לא כלום" (all-or-nothing-rule), הנעה בין שני קטבים: האחד, שלילת אחריות הגוררת אחריות גם "אפס חבות". זהו הדין, במקרים מסוימים, בארצות הברית,³ באנגליה⁴ ובישראל;⁵ השני,

2 כבר עתה יוער כי ייתכן שניתן להרחיב תזה זו לכל נושא משרה ציבורית ולכל רשות ציבורית, אולם מאמר זה מציע להשתמש בדין הנוזיקי לצורך הכוונת התנהגות של מאסדרים ורשויות מאסדרות בלבד. התמקדותי באלו האחרונים נובעת משוני רלוונטי, שביטוי בכמה מישורים: ראשית, המאמר מנתח את המאסדר הלא יעיל – שאת התנהגותו יש לכוון – לפי תורת הבחירה הציבורית, שאחד מזרמיה המרכזיים הוא תאוריית השבי הרגולטורי. כיוון שהוכחת אי-יעילותו של המזיק נשענת במאמרי זה במידה רבה על התאוריה הזאת, אתמקד גם אני במערכות האסדרה בלי להכריע הכרעות גורפות בדבר היעדר יעילות של כל מזיק ציבורי שהוא; שנית, המאמר עוסק בתביעות נוזיקין שבהן שלושה שחקנים מרכזיים – גורם רשלן נתון לפיקוח, גורם רשלן מפעיל פיקוח ותובע ניזוק. הנחת עבודתי תהיה שהנתון לפיקוח ומפעיל הפיקוח הם "מעוולים משותפים" [שהם מי מאלו – מעוולים שביצעו עוולה במשותף; מעוול עיקרי או בוצעו מעוול נוסף שתורם או סייע לו; מעוול עיקרי ומעוול משני הנושא באחריות שילוחית לעוללתו של הראשון, וראו ס' 11, 12 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968]. מצב זה, שבו מצויים מפוקח פרטי ומפקח ציבורי, המסיבים יחדיו לניזוק נזק שאינו ניתן לחלוקה, אינו מאפיין בהכרח כל מקרה שבו מזיק ציבורי מסב נזק; לבסוף, גם בשל התרחבות היקף האסדרה והפיקוח השלטוניים בחיי הפרט בחרתי להתמקד ב"תאונות אסדרתיות" ולא בכל תאונה שהיא שבה מעורב מזיק ציבורי. ראו שרון ידן "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית" חוקים בקצרה 1, 3-1 (2014).

3 ראו United States v. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines), 476 U.S. 797 (1986), United States v. Gaubert, 111 S.Ct 1267 (1991); שעסק בפיקוח על בטיחות בטיסה; ושעסק בפיקוח על אגודת חיסכון והלוואה. במקרים אלו הופטרו הרשויות מאחריות נוכח חריג שיקול הדעת, המעוגן כיום ב-The Federal Tort Claims Act (FTCA), 28 U.S.C. § 2680(a) (2006).

הטלת אחריות שעלולה לייצר גם חבות מלאה באין מזיק נוסף שהוא בר-גבייה. גם לכך דוגמאות בארצות הברית,⁶ באנגליה⁷ ובישראל.⁸ קטבים אלו משקפים שתי תפיסות מנוגדות בקשר לסוגית אחריותם של מאסדרים בניזיקין: לפי האחת, ראוי שסמכויות אסדרה ופיקוח ישמשו מסד לתביעות נזיקין כשהן מופעלות ברשלנות;⁹ התפיסה השנייה, לעומתה, מדגישה את ייחודן של סמכויות אלה, המתאפיינות בשליטה ובוויסות של פעולות פרטיות. מכאן עולה החשש – שהודגש גם בפרשת לוי – שמא תוטל אחריות על המזיק הציבורי בכל מקרה של רשלנות מצידו של המזיק הפרטי (משום שרשלנותו של המזיק הפרטי התאפשרה נוכח רשלנותו בפיקוח של הגוף השלטוני).¹⁰ מצדדי תפיסה זאת מדגישים את החשש שמטרתן של תביעות אלה היא לעקוף את הסכסוך ה"אמיתי" בין הניזוק למזיק הישיר, ולכן סבורים הם שאין להטיל אחריות על המאסדרים.¹¹

ייתכן שמוטב לזנוח את גישת ה"הכול או לא כלום" הנקשה ולאמץ תחתה גישה גמישה יותר, המטילה אחריות על מערכות מאסדרות אך מאפשרת בד בבד סטייה מכלל החבות המלאה. עם זאת יש להדגיש כבר עתה שמאמר זה מתמקד בסוגיית היקף אחריותו של

- 4 ראו (Eng.) Financial Services and Markets Act 2000 c. 8, המעניק במצבים מסוימים פטור מאחריות למאסדר. כן ראו (Eng.) Yuen Kun-Yeu v. A-G of Hong Kong, [1987] 1 All E.R. 705; (Eng.) Davis v. Radcliffe, [1990] 1 WLR 821 (H.L.). (פרשות אלה עסקו במפקח על הבנקים, שבמחדליו הסב נזק כלכלי טהור ללקוחות בנק שתמוטט).
- 5 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2474/86 נצר נ' כנפונית חברה למטוסים זעירים בע"מ, פ"מ התשנ"ד (2) 441 (1994), שעסק באחריות המדינה לפקח על כלי טיס; פרשת לוי, לעיל ה"ש 1, שעסקה ברשלנות המפקח על הביטוח.
- 6 למשל Berkovitz v. United States, 108 S.Ct. 1954 (1988), שעסק בפיקוח על חיסון שקיבל התובע ולקה בשל כך בשיתוק ילדים. התביעה הוגשה נגד המאסדר שאישר לייצר התרופה ונגד מנהל המזון והתרופות שאישר לשווק את המשלוח הפגום.
- 7 לדוגמה (Eng.) Perrett v. Collins, [1998] 2 Lloyd's Rep. 255 (A.C.), שעסק ברישוי ובפיקוח בקשר להתרסקותו של כלי טיס.
- 8 בע"א 7008/09 עבד אלרחים נ' עבד אלקאדר (פורסם בנבו, 7.9.2010), הכיר בית המשפט בקשיים שמייצר כלל החבות המלאה בקטגוריה זאת של פעילות המדינה, אולם בשל המצב החקיקתי הקיים הוחל הכלל חרף "הרהורי הכפירה".
- 9 כך, כשדובר בסמכויות פיקוח המקנות שיקול דעת מצומצם, ככתחום הבטיחות בעבודה. ראו ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215 (2004); או כשהרשות כמעט שלא הפעילה שיקול דעת. ראו ע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 23.6.2005), שעסק בפיקוח על מכון רפואי. כן ראו ע"א 2906/01 עירית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 25.5.2006), שעסק ברשלנות המנהל בקשר לנזקים שגרמו הצפות; ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני (פורסם בנבו, 14.12.2006), שעסק בפיקוח על רכיבה על סוסים.
- 10 לגישה זאת ראו ע"א 2055/99 פלוני נ' זאב, פ"ד נה(5) 241 (2001), שבו נדחתה תביעה בטענה להיעדר פיקוח על מוהלים; רע"א 1392/06 נחום נ' גל (פורסם בנבו, 12.7.2006), שעסק בפיקוח על עבודות להרחבת בנייה; ע"א 1933/05 (מחוזי חי') העמותה למען איכות הסביבה והחיים בנהריה נ' איתנית מוצרי בניה בע"מ (פורסם בנבו, 20.8.2007), שבו נקבע שגורמי הפיקוח אינם "גורם המפגע", כנדרש בחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992.
- 11 כפי שעולה מע"א 4398/06 החברה העירונית ראשון לציון – לתרבות ספורט ונופש בע"מ נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים (פורסם בנבו, 29.3.2009); עניין נחום, לעיל ה"ש 10; פרשת עבד אלרחים, לעיל ה"ש 8.

השחקן המאסדר, ושאלת היקף חבותו חורגת ממסגרתה של רשימה זאת וראויה למחקר נפרד. במאמר זה אבקש לשכנע אפוא שכאשר המדינה פועלת כמאסדר וכמפקח, חרב האחריות הנזיקית נצרכת ומכוונת בייעילות את התנהגותה. לא אתיימר להכריע בכלל השיקולים האפשריים, ואלו שיעמדו במוקד הדיון יהיו שיקולי הרתעה והכוונת התנהגות. מטרה היא להראות אפוא שאת ההצדקה להטלת אחריות נזיקית על מערכות מאסדרות ניתן להניח על כתפי הגישה ההרתעתית.¹²

בהיעזרי בספרות העשירה מתחום המחקר הארגוני אציע במאמר זה לראות ברשות המאסדרת "שחקנית חברתית" ואראה שניתן לייחס לה שני מאפיינים חשובים: ייחוס חיצוני והתכוונות. מאפיין הייחוס החיצוני משמעו שהרשות מייחסת חשיבות רבה לשאלות מה היא מקרינה כלפי חוץ וכיצד היא נתפסת בעיני הציבור; מאפיין ההתכוונות מניח שניתן לייחס לרשות כוונות ושאיפות בדבר שרידות פוליטית ואוטונומיה בירוקרטית ויכולת לפעול על פי אותן כוונות ושאיפות. טענתי בהקשר זה תהיה שקביעתו של בית המשפט הנזיקי שהרשות כשלה במילוי תפקידה משמשת מכשיר מכוון-התנהגות אשר עשוי להביאה לפעול בייעילות, על שום רגישותה של הרשות לשאלה כיצד היא נתפסת בעיני הציבור (ייחוס חיצוני) ובשל שאיפותיה המכוונות לשרידות פוליטית ולאוטונומיה בירוקרטית (התכוונות). בקשר הדוק לכך אטען שהתכוונותה זאת של הרשות מובילה במישורין לתיקון פעולותיו של המאסדר הפרטי. מסקנתי היסודית תהיה אפוא שחבר האחריות הנזיקית – במובחן מחבר החבות – מעמידה את הרשות ואת עובדיה על המשמר, והיא להם תמריץ חשוב לנהוג בייעילות. בכך תתווסף זווית חשובה לשיח בדבר כוחם ההרתעתי של דיני הנזיקין ביחס לרשויות ציבוריות ועובדיהן. בשיח זה שולטת עד כה בעיקר הפרדיגמה של הניתוח הכלכלי של המשפט, ולכן הוא התמקד ברובד הסנקציה הכספית, ואגב כך החמיץ במידת-מה את רובד הטלת האחריות.¹³

מהלך הזרימה של פרקי המאמר – ומהלכו של הטיעון הכולל – יהיו כדלהלן: אפתח, בפרק א, בניתוח (אי-)יעילותה של הפעילות האסדרתית. מסקנתי בפרק זה תהיה שההנחה שמאסדרים פועלים כל העת בייעילות אינה עומדת במבחן המציאות, בעיקר בשל תופעת השבי רגולטורי ובשל הכוח הפוליטי העדיף של קבוצות עניין; לאחר מכן, בפרק ב, אציג את הגישה ההרתעתית שלפיה ניתן להשתמש בדין הנזיקי על מנת לכוון התנהגות של רשויות ציבוריות, וכי לשם יצירת הרתעה זאת אפשר להיעזר במנגנון הפנמת העלויות

12 מובן מאליו שניתן להצדיק את השימוש בדין הנזיקי במצבי רשלנות אסדרתית גם באמצעות שיקולים אחרים, כהגינות וצדק (מתקן וחלוקתי), אולם זאת אינה מטרה. שיקולי הרתעה וצדק פועלים יחדיו בדיני הנזיקין ועל חשיבותם של אלו כ"עמודי הבועז והיכין של דיני הנזיקין", ראו אריאל פורת "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד 275 (2000). לדיון בגישות מוניסטיות ופלורליסטיות בדיני הנזיקין ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 54–59 (2012) (להלן: גלעד גבולות האחריות); לניתוח הגישות הפלורליסטיות ראו בנימין שמואלי "קליעה למטרה: הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים" משפטים לט 233 (2010). גישה פלורליסטית באה לידי ביטוי אף באמירה כי "לדיני הנזיקין מטרה נוספת, השוכנת לצד תכלית הצדק – והיא ההרתעה היעילה" (ראו ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486, פס' 17 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (2004)).

13 להתמקדות במנגנון הפיצויים ראו למשל המקורות המוזכרים בה"ש 100 להלן.

באמצעות מכשיר הפיצוי הכספי. בשלב זה אציג ביקורת תאורטית על יכולת ההרתעה של דיני הנזיקין, אשר לפיה השתת פיצויים על רשויות ציבוריות לשם הכוונת התנהגותן אינה יעילה, בשל היעדר מתאם בין הגורם המעוול לגורם המשלם. בשלב הבא, וחרף הסכמתי עם ביקורת זאת, בהתייחס למאסדרים ולרשויות מאסדרות אטען שניתן להצדיק – באמצעות שיקולי הרתעה – את השימוש בדין הנזיקי לצורך הכוונת התנהגותם, באמצעות הדגשת השפעתו של רכיב נוסף בדין הנזיקי מלבד רכיב הפיצוי – רכיב האחריות. בכך יעסוק פרק ג. בפרק ד אראה שבמצב המשפטי הקיים, רק שימוש בדין הנזיקי מאפשר הכוונה מיטבית של מאסדרים חרף אפשרות השימוש בדין המנהלי. בקשר קרוב לכך אדון גם בחשש מפני הרתעת יתר של מאסדרים בעקבות השימוש בדין הנזיקי, ואטען שההרתעה שהדין הנזיקי מפיק בהקשר זה נצרכת היא וראויה. סיכום דברים כולל, בפרק ה, ינעל את המאמר.

א. (אי-)יעילותה של הפעילות האסדרתית

שיקולי הרתעה והכוונת התנהגות יעמדו במרכזו של דיוננו זה. כפי שנראה, מלומדים של דיני נזיקין חלוקים ביניהם באשר למידת יכולתם של דינים אלו להגשים את המטרה ההרתעתית. יש הסבורים שניתן להשיג הרתעה יעילה באמצעות דיני הנזיקין;¹⁴ יש הגורסים שבשל בעיות של מידע דינים אלו יכולים להניב הרתעה יעילה במידה חלקית;¹⁵ ויש הטוענים שתחום הרלוונטיות של הניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין מצטמצם למספר מוגבל של מצבים המקיימים אחר כמה תנאים מצטברים.¹⁶ היקף אחריותם של מזיקים ציבוריים נסקר ונותח בהרחבה בספרות האקדמית,¹⁷ ומהכתיבה העוסקת בכך אכן עולים טיעוני נגד

- 14 William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Theory of International Torts*, 1 INT. REV. L. & ECON. 127 (1981); WILLIAM M. LANDES & R.A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW* (1987). לטענה שדיני הנזיקין יכולים וצריכים לשמש כלי לאסדרה של רשויות מאסדרות ראו למשל Ivo Giesen, *Regulating Regulators Through Liability: The Case for Applying Normal Tort Rules to Supervisors*, 2 UTRECHT L. REV. 8 (2006). לדירי של Giesen, אין סיבה לייחד מערכת דינים נפרדת לרשויות מאסדרות או להעניק להן חסינות מפני תביעות נזיקין.
- 15 GUIDO CALABRESI, *THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS* 68–75 (1970). בספר חשוב זה, הציע Calabresi שנקודת האופטימום שאליה יש לשאוף היא זאת שבה סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן הוא הנמוך ביותר.
- 16 ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני נזיקין" *משפטים* כב 421 (1993) (להלן: גלעד "על גבולות ההרתעה").
- 17 גלעד *גבולות האחריות*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1093–1156; ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון)" *משפט וממשל* ב 339, 346 (1994) (להלן: גלעד "חלק ראשון"); ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)" *משפט וממשל* ג 55, 57–58 (1995) (להלן: גלעד "חלק שני"); יואב דותן "האחריות בנזיקין של עובד ציבור המפעיל סמכות של שיקול דעת" *משפטים* טו 245 (1985); תמר גדרון "אחריותו של המפקח על הביטוח להתמוטטות חברת הביטוח" *המשפט* ג 133 (1996); תמר גדרון "אחריות המדינה, גופים ציבוריים וממלאי תפקידים ציבוריים לנוק שנגרם ברשלנות – מדרון חלקלק?" *הפרקליט* נא 1 (2011); דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" *משפט וממשל* ט 103 (2005); אריאל פורת "דיני נזיקין" *ספר השנה של המשפט בישראל* 221 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1991); אמנון רובינשטיין ודניאל פרידמן "אחריות עובד ציבור בנזיקין" *הפרקליט* כא 61 (1964).

מגוונים המטילים דופי ביכולתם של דיני הנזיקין לכוון התנהגות של מזיקים אלו. לכן יש המסיקים שבקטגוריה זאת על דיני הנזיקין להתמקד פחות במטרה ההרתעתית. אני סבור שטיעונים אלו אינם מבססים את העמדה האמורה. בניתוח שאציג בהמשכו של הדיון אבקש להראות שהעמדה – שלפיה דיני הנזיקין מתקשים לכוון התנהגות של מזיקים ציבוריים – אינה הכרחית, וזאת באמצעות כלים מתחום הניתוח הכלכלי ובהתבסס על מקורות רלוונטיים מתחומים הקשורים למדיניות ציבורית, למדע המדינה ולמחקר הארגוני.

אבקש להציע במאמר לטפל באי-היעילות האסדרתית באמצעות דיני הנזיקין, ובייחוד באמצעות הטלת אחריות על מאסדרים בשלב הראשון של ההכרעה הנזיקית. לשם כך אבקש בפרק זה ראשית לבסס את הקביעה כי מאסדרים עשויים לפעול בחוסר יעילות, ולפיכך אנו נדרשים למצוא דרך לכוון את התנהגותם. אם כך, נקודת הפתיחה של מסענו זה צריכה להיות בשאלה הזאת: האם מאסדרים פועלים בחוסר יעילות המחייב לכוון את התנהגותם? לשאלה זאת אנו באים כעת.

1. המאסדר היעיל – גישת האינטרס הציבורי

שימוש בכלל הנזיקי כספק של תמריצים יעילים שיגרמו למערכת האסדרה להפנים הפסדים שפעולותיה מייצרות מצריך ניתוח של יעילות ההחלטה האסדרתית שגרמה להפסדים (Regulatory Impact Assessment). ניתן להסכים שדיני הנזיקין חיוניים כדי לאלץ פירמה פרטית להביא בחשבון את העלויות החברתיות שהיא מייצרת, ואם היא אכן תביאן בחשבון, החלטותיה צפויות להיות אופטימליות. אולם אם מניחים את ההנחה (ההרואית) שהמדינה ורשויותיה, בשונה מחברות פרטיות, ממילא פועלות ביעילות ומביאות בחשבון את כלל העלויות החברתיות,¹⁸ אזי לא חיוני להזדקק לדין הנזיקי כדי להפנים הפסדים פרטיים. בפשטות – לעומת חברות פרטיות, שכדי לאלצן להביא בחשבון עלויות חברתיות שהן גורמות להן, נזקקים אנו לדיני הנזיקין, המדינה מביאה ממילא עלויות אלה בחשבון.

בבסיס גישה זאת – המכונה גישת האינטרס הציבורי – טמונה ההנחה שהמלאכה האסדרתית ממילא מכוונת להשיא רווחה חברתית, לתקן כשלי שוק או להגשים מטרות חברתיות ראויות.¹⁹ זוהי גישה המדגישה את מניעיהם האלטרואיסטיים של אלו שביקשו להקדיש את חייהם לשירות הציבורי,²⁰ והיא פוזיטיבית ונורמטיבית כאחד: היא מתארת כיצד אנשי מנהל פועלים להשאת האינטרס הציבורי, וכיצד עליהם לפעול לשם כך.²¹ אם

18 כוונתי לכך שהמדינה מונעת לפעול ביעילות לאחר שערכה ניתוח של תועלות ועלויות ההחלטה, ונקטה פעולה רק במקום שבו תועלותיה הצפויות גבוהות מעלויותיה הצפויות.

19 לניתוח גישת האינטרס הציבורי ראו ברק מדינה "פרק יא: משפט ציבורי" הגישה הכלכלית למשפט 565, 568–570 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012); לחלוקת המטרות האסדרתיות לכלכליות ולחברתיות-פוליטיות ראו שרון ידן "קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר" דין ודברים ח 391, 414 (התשע"ה) והפנייתה בהקשר זה אל BRONWEN MORGAN & KAREN YEUNG, AN INTRODUCTION TO LAW AND REGULATION: TEXT AND MATERIALS 16–18 (2007).

20 Abner J. Mikva, *Forword*, 74 VA. L. REV. 167 (1988).

21 ראו הניתוח אצל ידן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 414 וכן הפנייתה בהקשר זה אל Michael E. Levine & Jeniffer L. Forrence, *Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis*, 6 J.L. ECON. & ORG. 167 (1990). לגישתו של השופט (כתוארו אז) ריבלין, אישי ציבור "חזקה עליהם, כי מבקשים הם לקדם את האינטרס הציבורי" (ראו ע"א 2553/01 ארגון מגדלי הירקות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481, 495 (2005)).

אכן כך, מובן שלא חיוני להשתמש בדין הנזיקי כדי לגרום למדינה להפנים הפסדים פרטיים,²² וכן כי שכר השימוש בדין זה עלול לצאת בהפסדו. כך, דיני הנזיקין עצמם עשויים לתמוך בגישת האינטרס הציבורי ובתפיסת המאסדר כשואף לפעול ביעילות. אסביר: כאשר המזיק מתלבט כיצד לאזן בין אינטרס שלו לבין אינטרס של הניזוק (כבדוגמת הפירמה הפרטית), דיני הנזיקין חיוניים כדי שהראשון יאזן נכונה בין האינטרסים. לעומת זאת הצורך להטיל אחריות נזיקית קטן יותר במקרים שבהם המזיק אינו שואף לקדם אינטרס שלו על חשבון אינטרס של הניזוק אלא מאזן בין כמה אינטרסים של הניזוק עצמו, של צדדים שלישיים או של החברה. החיוניות להטיל אחריות במצבים אלו מעטה יותר מפני שגם ללא דיני האחריות אין למאסדר תמריצים מיוחדים להתרשל.²³ במילים אחרות, בשונה ממזיקים פרטיים, מאסדרים ציבוריים אינם נהנים ישירות מפירות עמלם, והם אמורים לקדם אינטרסים ציבוריים, ובשונה ממזיקים פרטיים – לא את האינטרסים הפרטיים שלהם.²⁴ המאסדר, בהיותו שלוח הציבור ונאמנו, אינו נהנה במישרין מהערך החברתי של פעולתו האסדרתית או נושא במישרין בעלויותיה, והוא נעדר

22 טענה זאת – שבה אכפור בהמשך – נטענה בספרות, וראו הטענה היסודית אצל David S. Cohen, *Regulating Regulators: The Legal Environment of the State*, 40 U. TORONTO L.J. 213 (1990) (להלן: Cohen, *Regulating Regulators*); Lawrence Blume & Daniel L. Rubinfeld, *Compensation for Takings: An Economic Analysis*, 72 CAL. L. REV. 569, 580 (1984) גם Kaplow מניח שהממשל מתנהג באופן אופטימלי כדי לייצר מדיניות יעילה. ראו Louis Kaplow, *Transition Policy: A Conceptual Framework*, 13 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 161 (2003) Spitzer מציין שמזיקים ציבוריים הפועלים לפי מודל זה יקבלו ממילא החלטות מיטביות, בין שהם כפופים לאחריות נזיקית ובין שלא. ראו Matthew Spitzer, *An Economic Analysis of Sovereign Immunity in Tort*, 50 SO. CAL. L. REV. 515, 525–526 (1978) הריבון. חסינות זאת בוטלה, בכפוף לסייגים, בארצות הברית ובאנגליה לאחר מלחמת העולם השנייה, ובישראל בשנת 1952. עם זאת, בארצות הברית ובאנגליה בולטים גם כיום שרידיה של גישה שמרנית זאת. בארצות הברית ראו למשל C.R.S. v. United States, 986 F.2d 716 (4th Cir. 1993); Baum v. United States, 11 F.3d 791 (8th Cir. 1993); Fisher Bros. Sales, Inc. v. United States, 46 F.3d 279 (3rd Cir. 1995); Rigby v. Constable of Northamptonshire, [1985] 1 W.L.R. 1242 (Q. B. D.) (Eng.); East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent, [1941] A.C. 74 (H.L. 1940) (Eng.). במקרים אלו אחריות הרשויות נשללה באמצעות חריג שיקול הדעת. כן ראו Rowling v. Takaro Properties Ltd, [1988] 1 All E.R. 163 (P.C.) (Eng.) הרשות נוכח חריג זה.

23 זוהי הטענה היסודית אצל פורת "רשלנות ואינטרסים", לעיל ה"ש 12.
24 האסדרה היא כלי שרת ליישום מדיניות, לעיתים – כלכלית, וראו אורי ארבל-גנץ רגולציה – הרשות המפקחת 25–30, 39 (נייר עמדה 37, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003); ROBERT BALDWIN & MARTIN CAVE, UNDERSTANDING REGULATION: THEORY, STRATEGY AND PRACTICE 9–17 (1st ed. 1999); Cass R. Sunstein, *Paradoxes of the Regulatory State*, 57 U. CHI. L. REV. 407 (1990); Cass R. Sunstein, AFTER THE RIGHTS REVOLUTION: RECONCEIVING THE REGULATORY STATE 32–46, 55–74 (1990); TONY PROSSER, THE REGULATORY ENTERPRISE: GOVERNMENT, REGULATION AND LEGITIMACY 4–6, 11–19 (2010); ולעיתים – כלכלית-חברתית. כך או אחרת, תכליתה של פעולת האסדרה היא אחת – להבטיח את טובת הציבור. ראו בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 331, 325 (1971).

עניין אישי בתוצאות הפעולה. לפיכך דווקא הטלת אחריות על מאסדרים הופכת אותם לבעלי צד אישי, משום שאם תוטל אחריות עליהם, תהיה זאת פגיעה אישית בהם, והם שיידרשו לשאת במחיר הפגיעה.²⁵ לכן שיקול הדעת האסדרתי עלול להיות מוטה במידה העולה לגרום לעיוות בהקצאת מקורות.²⁶

אדגים דברים אלו כך: נניח שהמאסדר, המועצה להשכלה גבוהה (להלן: המל"ג), מתלבט אם לשלול רישיונו של מוסד מסוים המצוי בפריפריה. כן נניח שאף שמוסד זה מצוי בקשיים כלכליים מסוימים, מוטב לתת לו הזדמנות נוספת, בעיקר משום ששלילת הרישיון תפגע ביכולתם של תושבים בפריפריה לרכוש השכלה גבוהה ותזרע תבהלה לא פרופורציונלית בקרב סטודנטים הלומדים במוסד. המאסדר – היודע שייחשף לתביעות נזיקין אם ישאיר את רישיון המוסד על כנו וזה יהפוך לחדל פירעון – עלול להורות על שלילת הרישיון אף שהאינטרס הציבורי מורה להעניק למוסד הזדמנות נוספת. כך, עלול המאסדר לקדם מדיניות שאינה משיאה אינטרס ציבורי בשל שאיפתו להקטין את הסיכון שתוטל עליו אחריות נזיקית. חשש זה מקורו בכך שלאנשי ציבור אין אינטרס אישי בהצלחת מדיניות אסדרתיות, אך יש להם אינטרס אישי במניעת הטלת אחריות עליהם. הטלת אחריות נזיקית הופכת אפוא את המאסדר לצד מעוניין המזדהה עם אינטרס הניזוק ומעניק לו משקל גדול מהמשקל הניתן לאינטרסים אחרים שאינם מוגנים בדיני הנזיקין ואינם מאיימים על המאסדר.²⁷

העיוות בשיקול הדעת האסדרתי נוצר אפוא משום שהמאסדר המזיק צריך להכריע על מי מבין שני צדדים להטיל סיכון כאשר הוא איננו אחד מצדדים אלו. למשל, כבדוגמת הצל, עליו להחליט אם ליצור סיכון מסוים כלפי ציבור המבוטחים או שמא כלפי חברת הביטוח. על המאסדר לבחור בין שתי דרכי פעולה, כשלכל אחת מהן סיכויים וסיכונים. אולם במקרים אלו קיים חשש ל"אסדרה מגננתית" ולהעדפת דרך הפעולה המסוכנת פחות למאסדר חלף דרך הפעולה היעילה. בפשטות – המאסדר עלול להגיב באופן שאינו הולם את איום האחריות ולנקוט צעדים אסדרתיים מוגזמים לשם הסרתו.

בניחות הזה מובלעת הנחתי שרשלנות אסדרתית המסיבה נזק לצרכני האסדרה – סופה בהטלת אחריות על המאסדר. לעומת זאת בשל הערמת קשיים על הגורם המפוקח לא צפוי המאסדר להתבע. ואם ייתבע – הסיכויים להטלת אחריות עליו אינם גבוהים, הן בשל קשיי

25 גלעד "חלק ראשון", לעיל ה"ש 17, בעמ' 353; גלעד גבולות האחריות, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1047–1046.

26 לדיון נוסף בעיוות שיקול הדעת של מזיקים ציבוריים ראו Cohen, *Regulating Regulators*, לעיל ה"ש David S. Cohen, *Adjustment to the Consequences of State Action*, 40 TORONTO L.J. 630; 22 (1990); Jerry L. Mashaw, *Civil Liability of Government Officers: Property Rights and Accountability*, 42 LAW & CONTEMP. PROBS. 8, 28–29 (1978); Kenneth Shepsle, *Official Errors and Official Liability*, 42 LAW & CONTEMP. PROBS. 35, 42 (1978); H.J. Krent, *Preserving Discretion Without Sacrificing Deterrence: Federal Governmental Liability in Tort*, 38 U.C.L.A. L. REV. 871 (1991).

27 ראו גלעד "חלק ראשון", לעיל ה"ש 17, בעמ' 352–353.

ההוכחה הן בשל נטיית בתי המשפט להגן על צרכני הפעילות המפוקחת.²⁸ לכן עלול המאסדר להחזין עלויות לגוף המפוקח ולפעול בחוסר יעילות.²⁹ בתת-פרק זה נוכחנו לדעת שרציונל היכול להסביר את עקרון חסינות הריבון והכתר הוא שהמדינה ממילא מביאה בחשבון את רווחת הניזוקים הפוטנציאליים של פעולתה המדינתית, ולכן בית המשפט אינו יכול להועיל רבות בבקרו פעולה זאת.³⁰ רשויות ציבוריות המקיימות דפוס פעולה זה מקבלות ממילא החלטות מיטביות, והן תקבלנה אותן גם אם החרב הנזיקית לא תרחף ממעל.³¹ מובן מאליו שאם מניחים שהמערכות המאסדרות פועלות באופן מושלם, אזי אין צורך בדיני הנזיקין מנקודת המבט של שיקולי יעילות, וש"כלל היעדר אחריות" הוא האופטימלי. השאלות הטעונות בירור הן אם מאסדרים אכן פועלים באופן מושלם, ואם הם אומנם ניחנים במוטיבציה לפעול כך. כעת אבקש להראות שהנחות אלה אינן עומדות במבחן המציאות, וכך גם תיחשפנה הסיבות להטלת אחריות נזיקית בגין רשלנות אסדרתית.

2. המאסדר הלא היעיל – תורת הבחירה הציבורית

תורת הבחירה הציבורית מבטאת תפיסה ספקנית יותר מגישת האינטרס הציבורי בקשר לאופן פעולתם של אנשי ציבור ורשויות ציבוריות,³² והיא מציעה להבין את ההווה האסדרתית על יסוד ההנחה שאנשי ציבור פועלים כדי לקדם אינטרס פרטי כלשהו בהחלטותיהם ולא (או לא רק) אינטרס ציבורי.³³ המשותף לכל הטיעונים שאציג בתת-פרק זה – אשר יבססו את הצורך להטיל אחריות נזיקית על שחקנים מאסדרים – הוא שעל פיהם, אנשי ציבור פועלים בחוסר יעילות משום שהמניע אותם הוא אינטרס פרטי. להלן אטען שאם המאסדר ניחן במוטיבציה לקבל החלטות משיאות אינטרס פרטי, אזי הטלת אחריות

28 ראו למשל ע"א 1457/07 עיריית הרצליה נ' כץ (פורסם בנבו, 14.1.2009); ע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 23.6.2005); ת"א (מחוזי ת"א) 2993/99 בן שטרית נ' הרוש (פורסם בנבו, 21.8.2007); ת"א (שלום חי) 6804-12-08 בונפרד נ' המכללה לחשמל בע"מ (פורסם בנבו, 15.3.2012).

29 וראו החשש שהובע בפרשת לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 79.

30 ראו הדיון אצל William F. Baxter, *Enterprise Liability, Public and Private*, 42 *LAW & CONTEMP. PROBS.* 45 (1978).

31 עוד על הטענה שהמדינה מונעת לפעול ביעילות ראו Blume & Rubinfeld, לעיל ה"ש 22. לטענה שאף אם יתברר שהמאסדר הונע לפעול ביעילות אך שגה ולא השיג תוצאה אופטימלית, יש להטיל עליו אחריות ראו Cohen, *Regulating Regulators*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 232.

32 להתפתחותה של התורה ראו Robert D. Tollison, *Introduction*, in *THE THEORY OF PUBLIC CHOICE II*, 3-7 (James M. Buchanan & Robert D. Tollison eds., 1984).

33 וראו הניתוח אצל ידין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 414 וכן הפנייתה בהקשר זה אל Jerry L. Mashaw, *Public Law and Public Choice: Critique and Rapprochement*, in *RESEARCH HANDBOOK ON PUBLIC CHOICE AND PUBLIC LAW* 19 (Daniel A. Farber & Anne J. O'Connell eds., 2010); JERRY L. MASHAW, *GREED, CHAOS AND GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW* 10-11 (1997). מדינה מציינת כי "המכנה המשותף של התיאוריות השונות במסגרת הגישה הכלכלית למשפט החוקתי הוא שאין לשלול את האפשרות שכל נושאי המשרה מבקשים להשיא אינטרס אישי כלשהו שלהם" (ראו מדינה, לעיל ה"ש 19, בעמ' 566). כן ראו ארבל-גנץ, לעיל ה"ש 24, בעמ' 39.

נזיקת היא רצויה ונצרכת כדי לכוון את התנהגותו ולספק לו תמריצים לנהוג ביעילות באופן שישא אינטרס ציבורי.³⁴

תורת הבחירה הציבורית מאגדת כמה זרמים, ובין היתר כוללת את תאוריית השבי הרגולטורי ואת תאוריית קבוצות העניין שבהן אעסוק כעת: לפי התיאוריה הראשונה, איש הציבור פועלים בחוסר יעילות משום שהמניע אותם הוא שאיפתם להפוך עם סיום שירותם במגזר הציבורי לשכירים באיזו מהפירמות שעליהן הם מפקחים בתקופת שירותם; על פי התאוריה השנייה, מאסדרים, מוסדות מחוקקים בעיקר, מונעים בידי קבוצות אינטרס בעלות השפעה וכוח כדי להבטיח הישרדות בתפקידם; לבסוף, נראה שניתן לשער גם קיומם של אנשי ציבור שפעולתם הלא יעילה נובעת ממניעים פוגעניים. טענתי תהא כי שיקולי הרתעה והכוונת התנהגות מצדיקים להטיל אחריות על כל שלוש הקבוצות הללו.³⁵ באשר לשתיים הראשונות אטען שיש להטיל אחריות מוסדית על הרשות, ובאשר לקבוצה השלישית אטען כי מוטב שנוסף על זה תוטל גם אחריות אישית על איש הציבור. כעת נפנה לחשוף ביתר הרחבה סיבות מרכזיות שעלולות להביא מאסדרים לפעול שלא ביעילות, ושבעטיין הטלת אחריות היא נצרכת.

(א) סיבה ראשונה: שאיפת המאסדר להפוך לשכיר בסקטור המפוקח – תאוריית השבי הרגולטורי (Regulatory Capture Theory)

האינטרס הפרטי שבו אתמקד בתת־פרק זה יהיה רצונו של המאסדר להפוך, עם סיום תפקידו הציבורי, לשכיר באחת מן הפירמות שבעת כהונתו הציבורית הוא אמון על פיקוחה. אינטרס פרטי זה מביא לכך שהסקטור המפוקח לוכד את הרשות המאסדרת ולכך שהתעשייה רוכשת את האסדרה ומפעילה אותה בעיקר לטובתה. בפשטות – בשל אותו אינטרס פרטי של המאסדר הסקטור המפוקח רב העוצמה הוא שמשפיע בחוסר יעילות על תוכן האסדרה. הבה נרחיב את הדיון בקשר לכך.

לפי תאוריית השבי הרגולטורי, האסדרה היא מצרך מבוקש אצל הנתונים לפיקוח. כדי לקבלו בצורה שתהא מיטבית עבורם, הנתונים לפיקוח משפיעים על העבודה האסדרתית ומציעים למאסדר הטבות שונות בתמורה לעזרתו, ובראשן – משרה בכירה בתעשייה המפוקחת לכשיסיים את תפקידו בזירה הציבורית. לכן אם ניתן לאתר הקלות הניתנות לתעשייה המפוקחת ומעורבות יתר שלה בתהליכים אסדרתיים – ובמיוחד כשלמדיניות האסדרתית הנקוטה אין הצדקה כלכלית או חברתית – עלול הדבר להיות ביטוי לתופעת השבי הרגולטורי. שבי זה ביטוי אפוא בשאיפת המאסדר לקדם את תועלתה של הפירמה המפוקחת,³⁶ והסיבה המרכזית להיווצרותו היא כאמור רצון המאסדר להפוך בעתיד לנושא משרה בפירמה המפוקחת.

34 זאת גם המסקנה היסודית אצל Cohen, *Regulating Regulators*, לעיל ה"ש 22.
35 ראו הגישה אצל Spitzer, לעיל ה"ש 22, בעמ' 537; Mashaw, *Civil Liability*, לעיל ה"ש 26; לכך שתורת הבחירה הציבורית מאגדת זרמים מספר כאמור ראו ידין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 415.

36 ראו גם הניתוח אצל ידין, שם, בעמ' 416. יצוין כי בנמצא לכידות נוספות: המאסדר עלול להילכד בידי הפוליטיקאים הממנים אותו. ראו Pablo T. Spiler, *Politicians, Interest Groups and Regulators: A Multiple-Principals Agency Theory of Regulation, or Let Them be Bribeed*, 33 J.L. & ECON. 65 (1990); המחוקק עלול להילכד בידי המאסדר המתווה לו את אופי ההסדר.

תופעה לא יעילה זאת מוכרת בספרות גם כסנידרום "הדלת המסתובבת" (Revolving Door),³⁷ שלפיו השפעות זרות לאסדרה הן תולדה של מינויי מאסדרים לשעבר לתפקידים בכירים בשוק המפוקח, וכן של מינויי בכירים בשוק המפוקח לתפקידי מפתח ברשויות הפיקוח.³⁸ הסקטור המפוקח הלוכד את המאסדר עלול לקדם את שאיפותיו הפרטיות באופנים שונים: להוביל למדיניות אי-פיקוח, להשפיע על תוכן האסדרה ולהתערב בדרך אכיפתו של ההסדר האסדרתי.³⁹ מובן מאליו שבמצב דברים זה האסדרה עלולה שלא להשיא את האינטרס הציבורי, והציבור אינו יוצא ממנה נשכר.⁴⁰ תאורטיקנים שונים של שבי רגולטורי ביקרו אפוא את אופן הפעולה של רשויות מאסדרות.

Bernstein מאפיין את מסלול חייהן של רשויות אלה כך:⁴¹ השלב הראשון לדידו הוא שלב ה-Gestation, כלומר שלב העובריות של הרשות; השלב השני הוא שלב ה-Youth, שבו הרשות עוודנה נמרצת ולכן זוכה להתנגדויות מהתעשייה המפוקחת עתירת הניסיון. התנגדויות אלה משפיעות על הרשות הצעירה ומובילות ללכידתה; השלב השלישי הוא שלב ה-Maturity, שבו הרשות הופכת לטכנוקרטית, וייתכן שתקציביה יצומצמו מאוד; השלב הרביעי הוא שלב ה-Old age. בשלב זקנה זה מגיע המאסדר היגע להסדר כלשהו עם הסקטור המפוקח, והסדר זה אינו מקדם בהכרח את האינטרס הציבורי קידום מיטבי. לפי מסלול חיים זה, לאורך חייהן רשויות מאסדרות נשחקות ונחלשות, והן אינן יכולות להגן כראוי על האינטרסים הציבוריים.

בקשר הדוק לדברים אלו, חוקרים שונים טענו שיש לחולל תהליכים דה-רגולטוריים הפוכים. האסדרה נתפסה בעיניהם כעוד ביטוי של המדינה המתערבת בניגוד לגישה הליברטריאנית. ברוח זאת נכתבו מאמריו של Stigler,⁴² אשר אחת מתרומותיו החשובות היא פיתוח תאוריית השבי הרגולטורי. לגישתו של Stigler, קבוצות אינטרס משתמשות במערכות המאסדרות לעיצוב חוקים ותקנות שייטיבו עימן, וכך התעשייה רוכשת את

37 ארבל-גנץ, לעיל ה"ש 24; J.L. Ross D. Eckert, *The Life Cycle of Regulatory Commissioners*, 24 J.L. & ECON. 113 (1981).

38 וראו ירין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 416 וכן הפנייתה בהקשר זה אל Toni Makkai & John Braithwaite, *In and Out of Revolving Door: Making Sense of Regulatory Capture*, 12 J. PUB. POL'Y. 61 (1992); E. Johnson, *Agency "Capture": The "Revolving Door" Between Regulated Industries and Their Regulating Agencies*, 18 U. RICH. L. REV. 95 (1983); MARK V. NADEL, *CORPORATIONS AND POLITICAL ACCOUNTABILITY* (1976).

39 יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67, 95 (2005); אסדרה על דרך רישוי עלולה להיות כלי שרת בידי הסקטור המפוקח בשני אופנים מרכזיים: הצבת חסמי כניסה נוקשים בפני שחקנים חדשים ואי-שליטת רישיונם של שחקנים קיימים. ראו בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי הביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 525, 654 (2001). לניתוח פסק הדין ראו ארבל-גנץ, לעיל ה"ש 24, בעמ' 98-106. כן ראו רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאנו, פ"ד מח(4) 70 (1994); סיני דויטש דיני הגנת הצרכן – כרך א: יסודות ועקרונות 583-584 (2001).

40 ארבל-גנץ, לעיל ה"ש 24, בעמ' 39.

41 MARVER H. BERNSTEIN, *REGULATING BUSINESS BY INDEPENDENT COMMISSION* (1955).

42 George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL. J. ECON. & MGMT. SCI. 3 (1971); George J. Stigler, *Supplementary Note on Economic Theories of Regulation*, in THE STIGLER, *Supplementary* (להלן): CITIZEN AND THE STATE: ESSAYS ON REGULATION 137 (1975).

(Note)

האסדרה ומפעילה אותה בעיקר לטובתה.⁴³ Stigler סבור אפוא שלסקטור המפוקח יש אינטרסים ברורים שגורמים להעדפתה של אסדרה מסוימת, ושסקטור זה הוא המשפיע על תוכן האסדרה באופן שאינו משיא רווחה חברתית.⁴⁴

מסקנה דומה עשויה לעלות גם מממצאיהם של Ayres & Braithwait,⁴⁵ המשרטטים את קוויה של פירמידת האכיפה הרגולטורית: מהניתוח שהם הציגו עולה שראשית דבר המפקח מנסה לשכנע את המפוקח-המפר לחדול מהפרותיו; לאחר מכן המפקח מזהיר את המפוקח; אחר כך נעשית פנייה לענישת אזרחית, ואילו שלילת רישיון – אותו צעד שנטען שאותו היה על המאסדר לנקוט בדוגמת הצל – מצויה ברום הפירמידה וכמעט שאינה נקוטה, גם כשקידום האינטרס הציבורי תומך בצעד זה.

סיכום דברים אלו מעלה שלפי תאוריית השכי הרגולטורי, המאסדר אינו פועל כדי לשרת את האינטרס הציבורי, כנדרש ממנו נורמטיבית, אלא כדי לקדם אינטרסים פרטיים שלו עצמו ושל הפירמה שעל פיקוחה הוא אמון.

(ב) סיבה שנייה: שאיפת המאסדר להבטיח הישרדות בתפקידו – תאוריית קבוצות העניין (Interest-Group Theory)

בדומה לסיבה הראשונה שבה עסקנו, גם כעת אבקש להראות שנושאי משרה ציבורית שואפים להשיא אינטרס פרטי כלשהו בהחלטותיהם. אולם לעומת תת-הפרק הקודם, שבו הייתה במוקד הדיון שאיפת המאסדר להפוך לשכיר בפירמה המפוקחת, בתת-פרק זה אעסוק ברצונו להבטיח הישרדות מתמשכת בתפקידו הנוכחי. מאוויים אלו יכולים לדור בכפיפה אחת. אפשר שיהיו אנשי ציבור השואפים להפוך לשכירים בפירמות שעליהן הם מפקחים, ואחרים המבקשים לשרוד בתפקידם הציבורי פרק זמן ארוך ככל הניתן. זאת ועוד, אותו נושא משרה ממש יכול לשאוף לשרוד במשרתו הציבורית, וכד כבד – בודעו שמשרה זאת לא תהא לו לנצח – להכשיר את הקרקע לפרישה מן החיים הציבוריים.

תורת הבחירה הציבורית משווה קבלת החלטות אסדרתיות לקבלת החלטות שוקיות.⁴⁶ היא מתייחסת למוסדות מחוקקים, לבתי נבחרים, למאסדרים ולקבוצות עניין כמערכת כלכלית שבה שחקנים רלוונטיים מחליפים ביניהם סחורות אסדרתיות שיש להן ביקוש. סחורות אלה מסופקות לפי אותו עקרון בסיס בדבר היצע וביקוש שנוהג בעניינין של סחורות

43 את טיעונו מדגים Stigler באמצעות ניתוח הפיקוח על ענף המשאיות (ראו שם, בעמ' 185).

44 לכן Stigler סבור שאסדרה היא סדרת לכידות מתמשכת שממנה יש להימנע. ראו Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, לעיל ה"ש 42.

45 Ian Ayres & John Braithwaite, *The Benign Big Gun*, in RESPONSIVE REGULATION: TRANSCENDING THE DEREGULATION DEBATE 19 (1992).

46 Steven P. Croley, *Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process*, 98

COLUM. L. REV. 1, 34 (1998); (להלן: Croley, *Theories of Regulation*); Richard A. Posner, *Theories of Regulation*, 5 BELL. J. ECON. & MGMT. SCI. 335, 344 (1974)

(להלן: Posner, *Economic Regulation*); (להלן: Posner, *Economic Regulation*); DENNIS C. MUELLER, PUBLIC CHOICE II: A REVISED EDITION OF

(*Economic Regulation*); PUBLIC CHOICE 2 (1989); Steven P. Croley, *Interest Groups and Public Choice*, in RESEARCH

HANDBOOK ON PUBLIC CHOICE AND PUBLIC LAW 49 (Daniel A. Farber & Anne J. O'Connell

.eds., 2010)

כלכליות רגילות.⁴⁷ סחורות אסדרתיות כוללות למשל סובסידיות, שליטה על חסמי כניסה לשוק ופיקוח על מחירים,⁴⁸ ויש להן ביקוש מצד שחקנים שיכולים להפיק מהן רווח. כך, יצרן תרופות יפיק רווחים ממהלך אסדרתי שיכניס את תרופתו לסל הבריאות, ומבטחים קיימים ירוויחו אם יציב המאסדר חסמי כניסה נוקשים לשוק זה בפני שחקנים חדשים. כ"יצרן" בלעדי של "מוצרים אסדרתיים" רק המדינה יכולה לספק סחורה זאת ל"שוק",⁴⁹ ומאסדרים אכן מוכנים לספק בתמורה לתמיכה פוליטית שתאפשר להם להמשיך לכהן במשרתם הציבורית.⁵⁰ מסחר אסדרתי מתקיים אפוא משום שהוא מקדם את האינטרסים הכלכליים-פרטיים של אלו המצויים בצד הביקוש ואת האינטרסים הפוליטיים-פרטיים של אלו המצויים בצד ההיצע.

אם כך, המשאבים הדרושים למילוי הצרכים הפוליטיים-פרטיים של ה"ספקים" הם המחיר של אותן סחורות אסדרתיות,⁵¹ וכאן גם טמונה בעיית היסוד הזאת: קבלת החלטות המוקרטית מאפשרת לקיים מדיניות אסדרתיות שאינטרסים צרים של קבוצות העניין מעצבים אותן על חשבון אינטרסים רחבים של הציבור.⁵² כשל זה נובע מכך שניזוקי התאונה האסדרתית מפורזים ואינם מאורגנים דיים, והרווח הפרטי של המצביע/הצרכן היחיד זניח לעומת העלויות שבהן ייאלץ לשאת.⁵³ לעומת זאת הנהנים – אותן קבוצות עניין – מאורגנים היטב והם ממוקדי-מטרה.⁵⁴ מדברים אלו עולה שהכורח לפעול באופן מאורגן מהווה מכשול יסודי בפני ההגנה על האינטרסים האסדרתיים של המצביע/הצרכן היחיד.⁵⁵ כך יוצא שהאינטרסים האסדרתיים של המצביע/הצרכן היחיד נדחקים מפני האינטרסים של

- 47 Croley, *Theories*, לעיל ה"ש 46; Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, לעיל ה"ש 42; George J. Stigler, *Free Riders and Collective Action: An Appendix to Theories of Economic Regulation*, 5 BELL. J. ECON. & MGMT. SCI. 359 (1974) (להלן: Stigler, *Free Riders*); Richard A. Posner, *The Social Costs of Monopoly and Regulation*, 83 J. POL. ECON. 807 (1975).
- 48 לדוגמאות נוספות ראו Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 4-5.
- 49 שם.
- 50 וראו ההפניות הבאות אצל ידין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 415; Theodore J. Lowi, *American Business*, 16 W. POL. 677 (1964); Ayres & Braithwaite, לעיל ה"ש 45, בעמ' 109-100; MICHAEL J. HAYES, LOBBYISTS AND LEGISLATORS: A THEORY OF POLITICAL MARKETS (1981); MASHAW, לעיל ה"ש 33, בעמ' 15; ברוך קימרלינג בין מדינה לחברה: סוציולוגיה של הפוליטיקה כרך א 84-85 (1995).
- 51 Croley, *Theories*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 35.
- 52 DANIEL A. FARBER & PHILIP P. FRICKEY, LAW & PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION 21-37 (1991); Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L.J. 31, 35-44 (1991); Cass R. Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, 38 STAN. L. REV. 29 (1985).
- 53 Sam Peltzman, *Towards a More General Theory of Regulation*, 19 J.L. & ECON. 211, 212 (1976).
- 54 לניתוח התופעה ראו Cohen, *Regulating Regulators*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 226.
- 55 לניתוח חשיבותה של הפעולה הקולקטיבית ראו MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS (1965).

קבוצות מאורגנות, משום שלאחרונות יש די תמריצים להשפיע על קבלת ההחלטות שלראשון, לבדו, אין, וקבוצות אלה אכן פועלות כדי להשפיע על אותן החלטות.⁵⁶ מסקנת ביניים העולה מן הניתוח דלעיל היא שהכוח שמעניקים אזרחים לנציגיהם כדי שהנציגים יקבלו החלטות אסדרתיות יעילות עלול להביא לתוצאות שאינן יעילות. כיוון שמרבית הצרכנים אינם מודעים למרבית החלטות האסדרתיות – ובהיותם נעדרי תמריצים מספיקים כדי להפוך למודעים דיים ולתגמל מקבלי החלטות בהתאם – לנושאי משרה אין די תמריצים להגן על האינטרס הציבורי. לעומת זאת קבוצות עניין מאורגנות – התעשייה, האיגודים המקצועיים ועוד – שמודעות לטיב החלטות האסדרתיות, משום שהביקוש מצידן לסחורות אלה גבוה, כן מנטרות בהצלחה החלטות אלה, מענישות מאסדרים שנכשלים לספק להן סחורות אסדרתיות ומתגמלות את אלו שמספקים להן רגולציות אוהדות.⁵⁷ היות שהיתרונות הטמונים בסחורות אלה לקבוצות מאורגנות גדולים מאלה של צרכנים אינדיווידואלים, הצעותיהן של הקבוצות המאורגנות עבור הסחורות אטרקטיביות מהצעותיהם של אינדיווידואלים, ולכן הן נהנות מהשפעה רבה יותר.⁵⁸ עד כה נוכחנו לדעת שתורת הבחירה הציבורית משווה התנהגות אסדרתית להתנהגות שוקית⁵⁹ וגורסת כי לפרטים יש הזדמנויות מעטות בלבד לקדם את האינטרסים האסדרתיים שלהם ולהתנגד בייעילות למדיניות שאינן יעילות.⁶⁰ השתתפות ישירה של אזרחים בקבלת

56 אין למצביע/לצרכן הבודד די תמריצים להשפיע על ההווייה האסדרתית בהתחשב בשקלול התמורות – התועלות מועטות, והעלויות גבוהות. ראו George J. Stigler, *Can Regulatory Agencies Protect Consumer*, in *THE CITIZEN AND THE STATE: ESSAYS ON REGULATION* 178, 186–187 (1975) (להלן: Stigler, *Consumer*).

57 ראו Croley, *Theories*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 38. לתאוריית הבחירה הציבורית כמה הסברים מדוע קיימות קבוצות עניין לא גדולות אך יעילות: הסבר אחד מניח שטמון כוח במספרים קטנים, ולכן לחברים בקבוצה נטייה מובהקת יותר לתרום למאמצייה ככל שהיא קטנה יותר, מהטעם שכלל שהקבוצה תקטן, יגדל הסיכוי שהספקת הסחורה תהא תלויה בהשתתפותו של כל חבר וחבר, וראו Posner, *Economic Regulation*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 345. כן ראו Stigler, *Free Riders*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 359–360. הסבר אחר מתמקד באינטרסים הייחודיים של החברים בקבוצות קטנות. אם חברים מסוימים בוחרים "לתפוס טרמפ" על מאמצי אחרים, הם מסתכנים בכך ש"טרמפ" זה ייסע למקום שאין הם חפצים בו. ראו שם, בעמ' 362–363. לדיון ביקורתי בהסברים אלו ראו Croley, *Theories*, שם, בעמ' 46–52.

58 המחיר ממשלמות קבוצות עניין עבור אסדרות אוהדות אינו זניח: עליהן לשאת בעלויות ההתקשרות עם אישי ציבור רלוונטיים; לשאת בעלויות הכרוכות בהספקת רווחים פוליטיים עבורם; לספק לאישי הציבור רווחים פוליטיים רבים מאלה שתספק כל קבוצת עניין מתחרה. ראו Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 7; Croley, *Theories*, שם, בעמ' 39.

59 יצוין כי להשוואה זאת שני קשיים מרכזיים: ראשית, ההשלכות של החלטות בשוק האסדרה רלוונטיות מנקודת מבט כלכלית לפרטים רבים, שלהם אין די הזדמנויות לצאת משוק זה. כך, בעוד שפרטים בשוק כלכלי יכולים להחליט אם להיות לקוחותיה של חברת תעופה או רכבות, או שמא לא להסתייע במי מהן, הרי שבשוק האסדרה ההחלטה לספק אסדרה אוהדת לאחת מחברות אלה משפיעה על כלל האזרחים, בין אם הם טסים, נוסעים ברכבת או בוחרים בחלופה אחרת; שנית, החלטות אסדרתיות הן קבועות יותר מהחלטות שוקיות. בזמן שאזרחים יכולים לטוס בשבוע האחד ולנסוע ברכבת בשבוע האחר, החלטה מדינתית לספק סובסידיה לחברות תעופה או רכבות היא לרוב ארוכת טווח (ראו שם, בעמ' 37).

60 ראו המסקנה היסודית אצל Stigler, *Consumer*, לעיל ה"ש 56. אולם בזמן שתאוריית קבוצת העניין מתארת את הרוב המבוזר כרודם פוליטי וכנשלט בידי קבוצות המיעוט, הרי שלעיתים – למשל כשעלויות המידע נמוכות היות שבנושא מתוקשר עסקי – קבוצות גדולות יכולות לשלוט בקטנות. ראו

החלטות אסדרתיות היא אפוא נדירה ומתרחשת בעיקר בעיתות של בחירות,⁶¹ אלא שגם אז היא גולמית למדי, כיוון שאזרחים מצביעים למועמדים פוליטיים כשברשותם מעט מידע על העמדות של אותם המועמדים בקשר לכל סוגיות האסדרה שעל הפרק, ומשום שעליהם להצביע עבור חבילה מעורבת של מדיניות כאלה בעת ובעונה אחת.⁶² בשל דברים אלו מאמינים תאורטיקנים מסוימים שניבוייה של תורת הבחירה הציבורית תואמים היטב את ההוויה האסדרתית.⁶³ תאורטיקנים אלו סימנו מדיניות אסדרתיות מגוונות בתחומי התעופה, האבטחה, הטלקומוניקציה, הטלוויזיה ותעשיות המשאיות והמזון כדוגמאות שתומכות בניבוייה של תורת הבחירה הציבורית: Posner למשל – המנתח את האסדרה של קווי התעופה, של רשתות השידור, של המסחר בבורסה ושל תעשיית המשאיות – טוען שרגולציות אלה אינן משרתות אינטרס ציבורי כלשהו או מושתתות על ערכים של שוויון, הוגנות וצדק;⁶⁴ Peltzman מציג את מבנה התעריפים של מועצת האווירונאוטיקה האזרחית כדוגמה המספקת "תמיכה חזקה" לתורת הבחירה הציבורית;⁶⁵ Stigler מציג את סירוב מועצת האווירונאוטיקה האזרחית לאשר קווי תחבורה חדשים כדוגמה למדיניות אסדרתית המגינה על המיעוט המאורגן על חשבון הרוב המבוזר.⁶⁶ כמו כן טוען Stigler שהאסדרה העוסקת בהגבלת משקלן של משאיות ממחישה כיצד אינטרסים מאורגנים יכולים להניב אסדרה אוהדת.⁶⁷ זאת ועוד, Stigler מציין שהאיכרים, חברות החלב והעובדים בתעשייה הזאת אווזים בסיכויים הגבוהים ביותר לעצב הסדר אסדרתי נוח עבורם, ושהם אכן נוקטים מאמצים כדי ליצור הסדרים מיטביים כאלו.⁶⁸ דוגמאות אלה מוצגות כמקרים שבהם קבוצות עניין מאורגנות מניבות אסדרה המועילה להן, הגם שהיא אינה מיטבית מבחינת הצרכן הממוצע.⁶⁹

- Daryl J. Levinson, *Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs*, 67 U. CHI. L. REV. 345, 347 (2000) (להלן: Levinson, *Making Government Pay*); Elhauge, לעיל ה"ש 52, בעמ' 39–40.
- 61 ניתן לטעון שהמאסדר קשוב לרצונות המחוקקים הממנים אותו. אולם Croley מציין שכעניין תאורטי לא ברור אם מנהלים, בשונה ממחוקקים, אכן שואפים להיענות לדרישותיהן של קבוצות אינטרס מרוכזות, והרי ניבוי תוצאות האסדרה תלוי בפעולות המנהלים ולא רק במניעי המחוקקים. ראו Croley, *Theories*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 44–45.
- 62 שם, בעמ' 38.
- 63 GLEN O. ROBINSON, ERNEST GELLHORN & HAROLD H. BRUFF, *THE ADMINISTRATIVE PROCESS* 17 (1986); FARBER & FRICKEY, לעיל ה"ש 52, בעמ' 24.
- 64 Posner, *Economic Regulation*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 355.
- 65 Peltzman, לעיל ה"ש 53, בעמ' 238.
- 66 Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 5.
- 67 Stigler, *Supplementary Note*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 181–182.
- 68 ראו Stigler, *Consumer*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 187. גם בישראל הוביל הלובי החקלאי לכך שחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם–1980 – שבבסיסו אחריות שאינה תלויה-אשם – לא יחול על בהמות, עופות, דגים חיים ותוצרת חקלאית אחרת שאינה מעובדת (ראו ס' 9 לחוק זה).
- 69 Stigler מסכם זאת כך: "מה חייב הצרכן ל-ICC? בוודאות רק שני דברים: את התמיכה במבנה תעריפים כפוי ולא תחרותי בתעשיית המשאיות [...] ואת האכיפה של נוקשות לא מעשית על תעשיית הרכבות שעוזרת להרוס אותה [...] מה הצרכן חייב למועצת האווירונאוטיקה האזרחית? [...] חסמי כניסה גבוהים

סיכומו של תת־פרק זה מעלה שלפי תורת הבחירה הציבורית, שוק האסדרה פועל לטובתן של קבוצות מאורגנות בעלות אינטרסים צרים שעבורן יש להחלטות אסדרתיות השפעה רבה, והן נושאות בעלויות הכרוכות ברכישתן של אותן החלטות. הדרישה של קבוצות עניין לאסדרה אוהדת נענית על ידי אישי הציבור, שמקבלים אותה כדי להמשיך ליהנות מהצלחה מתמשכת בבחירות⁷⁰ ומהיתרונות הנלווים לכהונה במשרה ציבורית.⁷¹ בפשטות – השאיפה לשלטון, להשפעה ולכוח מתמרצת אנשי ציבור לספק אסדרה אוהדת לקבוצות המרבות במחיר, והתוצאה: קבוצות העניין מרוויחות והאזרחים־הצרכנים מפסידים (אף שהם חשים בהפסדים הללו לעיתים רחוקות בלבד). בהווייה הזאת מדיניות אסדרתיות אינן יעילות, שהרי המעטים מרוויחים והרבים מפסידים (יותר).⁷²

ניתוח זה של הוויית האסדרה טומן בחובו אג'נדה רפורמיסטית, שלפיה תוצאות שוקיות עדיפות על פני תוצאות אסדרתיות. תאורטיקנים של בחירה ציבורית טוענים אפוא שמוטב להתבסס יותר על שווקים ופחות על אסדרות. לדידם, יש להגביל את הכוח המסור למאסדרים, משום שבאמצעות הגבלת כוחם לקדם אינטרסים של קבוצות עניין – על חשבון האינטרס הציבורי – תגדל הרווחה החברתית. בפשטות – תוצאות השוק, לא מושלמות ככל שתהינה, עדיפות על פני התוצאות שמנביעה שיטת האסדרה.⁷³ לעומת אחרים שזיהו כשלים בקבלת החלטות אסדרתיות והתוו רפורמות שונות לתיקונם, תאורטיקנים של בחירה ציבורית מתעקשים שרפורמות כאלה הן תמימות מיסודן.⁷⁴ לגישתם, מערכת האסדרה מקדמת אינטרסים מרוכזים – לא במקרה או באקראי – אלא מעצם המבנה והתכנון שלה. לכן עבור חלק מהם רפורמה אסדרתית אין פירושה תיקון משטר האסדרה – כי אם נטישתו.⁷⁵

דומני שתורת הבחירה הציבורית מהווה אתגר לאלה הרוצים לשמר משטרים אסדרתיים. אני סבור שהמסקנה כי מוטב לנטוש משטרים אלה לגמרי ולקדם תחתם תהליכים דה־רגולטוריים היא שגיאה. מוטב לברר אם שינויים באופן קבלת החלטות אסדרתיות יכולים להניב תוצאות טובות יותר. תאורטיקנים של בחירה הציבורית טוענים ששינויים כאלה אינם אפשריים,⁷⁶ אולם נראה שהם טרם נתנו הסבר משכנע מדוע זה כך.⁷⁷ לכן דומה

- מאוד עבור חברות חדשות, ותמיכה במבנה תעריף שמצוי בקונפליקט רציני עם תחרות" (ראו Stigler, *Supplementary Note*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 185).
- 70 Posner, *Economic Regulation*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 344; Croley, *Theories*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 40–39.
- 71 Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 11.
- 72 Croley, *Theories*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 40.
- 73 ראו המסקנה היסודית אצל Richard A. Posner, *The Federal Trade Commission*, 37 U. CHI. L. REV. 47, 88 (1969).
- 74 Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 17.
- 75 Croley, *Theories*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 41.
- 76 STEPHEN G. BREYER & RICHARD B. STEWART, ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT AND CASES 27 (3rd ed. 1992); FARBER & FRICKEY, לעיל ה"ש 52; LAWRENCE S. ROTHENBERG, LINKING CITIZENS TO GOVERNMENT: INTEREST GROUP POLITICS AS COMMON CAUSE (1992).
- 77 Croley, *Theories*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 50.

שתורה זאת אינה מציגה רציונל מספק להתעלמותה מתשובות חלופיות לבעיות שבהן היא עוסקת.⁷⁸ לפיכך נבלם במידת-מה זרם הכתיבה של תורת הבחירה הציבורית בידי המתנגדים לו, המציעים לחזור לתפיסות ספקניות פחות של מנהל ציבורי.⁷⁹ מבקרי התורה טוענים שאנשי הבחירה הציבורית מגזימים בתיאור הציני של המדינה ואישי הציבור ומתעלמים מהמניעים האלטרואיסטיים של אלו שביקשו להקדיש את חייהם לשירות במגזר הציבורי.⁸⁰ אחרים סבורים שמבחינה מחקרית מדובר בתאוריה בלתי מוגמרת ובעלת יישומים אמפיריים רופפים,⁸¹ ויש הגורסים שהיא גמישה מדי ומאפשרת לחוקרים להגיע בנקל למסקנה שבה הם חפצים.⁸²

עם זאת תורת הבחירה הציבורית ממשיכה לשמש כלי חשוב להבנת התנהגות של שחקנים בספרה הציבורית, גם אם היא אינה חפה מביקורת. לדעתי – וכך אטען בהמשכו של מאמר זה – ניתן לתקן חלק מהכשלים שאותם חושפת תורה זאת באמצעות רפורמות שירחיבו את היקף האחריות של שחקנים מאסדרים, ובכך יפחתו מקרי התרשלות. אם תיאור ההווה האסדרתי, כפי שמוצג בידי אנשי הבחירה הציבורית, הוא נכון, אזי יש להפעיל את כללי האחריות הנזיקיים כדי לתמרץ מאסדרים לנהוג כיאות ולהשיב את שיקול דעתם לנתיבו הנכון – אל זה השואף להשיא אינטרסים ציבוריים.

(ג) סיבה שלישית: שאיפת המאסדר לפעול ממניעים פוגעניים – תאוריית הרשות הרשעית (Malevolent Entity Theory)

בשני חלקיו הקודמים של תת-פרק א.2. לא נדונו מקרים של נושאי משרה הפועלים בחוסר יעילות ממניעים זדוניים או במכוון לגרום נזק. אולם ניתן לשער כי קיימים גם נושאי משרה שהמאפיין אותם הוא פעולה ממניעים פוגעניים.⁸³ עמדתי היא כי מקום שבו בית המשפט

78 שם, בעמ' 51.

79 באופן כללי ראו STEVEN P. CROLEY, REGULATION AND PUBLIC INTERESTS: THE POSSIBILITY OF GOOD REGULATORY GOVERNMENT (2008).

80 Mikva, לעיל ה"ש 20.

81 Croley סבור שרבים ממחקריה של תורת הבחירה הציבורית הם כיום לא רלוונטיים ומיושנים. ראו Croley, *Theories*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 52–54. מחקרים נוספים מלמדים שאכן קשה לעיתים ליישב את ניבויי התורה עם ביצועים אסדרתיים. ראו Mark Kelman, *On Democracy-Bashing: A Skeptical Look at The Theoretical and "Empirical" Practice of the Public Choice Movement*, 74 VA. L. REV. 199 (1988). Kelman מנתח את האסדרות בענפי הרכב, בטיחות המוצרים והבטיחות במקומות העבודה, ומראה שחרף הטענות שהאסדרה במקרים הללו הועילה לקבוצות עניין ופגעה בציבור הרחב, כל פרשנות הגיונית של הממצאים מובילה למסקנה הפוכה. לחוקרים נוספים שהטילו דופי במסקנותיה של תורה זאת ראו Daniel A. Farber & Phillip P. Frickey, *The Jurisprudence of Public Choice*, 65 TEX. L. REV. 873 (1987); Herbert Hovrnkamp, *Legislation, Well-Being, And Public Choice*, 57 U. CHI. L. REV. 63 (1990).

82 ראו הדיון אצל ידין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 417, וכן הפנייתה בהקשר זה אל Jessica Leight, *Public Choice: A Critical Reassessment*, in GOVERNMENT AND MARKETS: TOWARD A NEW THEORY OF REGULATION 213, 233–236 (Edward J. Balleisen & David A. Moss eds., 2010).

83 ראו הדיון באשר ל-"malevolent entity" אצל Spitzer, לעיל ה"ש 22, בעמ' 534–536. Cohen מסביר ששחיתות זאת אינה זרה לביורוקרטיה הציבורית, ראו Cohen, *Regulating Regulators*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 236–299.

מזהה החלטות מסוג זה עליו להטיל – נוסף על אחריותה המוסדית של הרשות – אחריות אישית על איש הציבור בשל השימוש לרעה שעשה בתפקידו השלטוני.⁸⁴ אבאר עמדתי: לתפיסה העקרונית – המבחינה בין אחריותה המוסדית של הרשות לאחריותו האישית של העובד והמתעל את עיקר הפיצוי לרשות עצמה – אפשר שתהיינה הצדקות מספר: אשר לפיצוי, הרי שהרשות היא בעלת הכיס העמוק והיכולת לפזר את הנוק. זאת ועוד, כשהמטרה היא פיצוי, מעת שהרשות מיטיבה את נזקו של הניזוק, אחריותו הנוספת של העובד אינה מוסיפה רבות (במיוחד כשהרשות נוהגת לעמוד מאחורי עובדיה כשהם נתבעים אישית);⁸⁵ אשר להגינות, הרי שקשה להצדיק הטלת אחריות אישית על עובד ציבור הפועל בתום לב במהלך עבודתו כדי לקדם את מטרות הרשות. ההגינות מחייבת שהמעביד – העומד מאחורי הסיכונים שיוצרת עבודת העובד ואף נהנה ממנה – הוא גם שיישא בעלויותה, דהיינו שהרשות תישא בהן;⁸⁶ אשר להרתעה, תפיסה זאת מאפשרת למנוע שימוש תדיר בתביעות נזיקין אישיות נגד אנשי ציבור, העלולות להרתיעם מלקבל החלטות מיטביות. במגמה זאת, המאפשרת לשחרר את העובד מאחריותו האישית, יש אפוא כדי להקטין את אפקט הרתעת היתר.⁸⁷ ואכן, חסינויות סטוטוריות של אנשי ציבור הוצדקו לא אחת באמצעות הטיעון התועלתני שהחצנת הפסדים במקרים אלו חיונית היא "לקידום טובת רוב הציבור" בשל ההשפעה השלילית האפשרית של חשיפתם של נושאי משרה לסיכוני אחריות אישית.⁸⁸ קיימת הסכמה שלרוב אחריות אישית איננה "נקודת פתיחה" רצויה בתכנון של כללי אחריות אופטימליים עבור השלטון,⁸⁹ ושיש לשאוף למשטר המתעל את התביעות לאפיק האחריות המוסדית של הרשות.

עם זאת כשמדובר באנשי ציבור הפועלים במכוון להזיק, עליהם להיות כפופים לכללי אחריות אישיים שיאלצו אותם להביא בחשבון את ההפסדים הכרוכים בפעולותיהם הזדוניות. עת מדובר באיש ציבור "נוכל" – השואף לפגוע בחברה או באדם מסוים באמצעות שימוש בסמכותו השלטונית – הרי שאם ייחנה מחסינות, נעמוד בפני סיכון ניכר של החצנת הפסדים.⁹⁰ הטעם לחיוב הרשות במקרים אלו הוא בכך שהגם שנושא המשרה הוא שחרג מתחום עבודתו כשגרם נזק בזדון, הרשות היא שהעניקה לו את הכלים, את הסמכות, את הכוח ואת המעמד שבאמצעותם הזיק. במילים אחרות, הרשות היא שיצרה את התנאים לביצוע העוולה.⁹¹

עמדתי זאת תואמת היטב את הדין הפוזיטיבי בישראל שלפיו חסינותם של נושאי משרה אינה חלה על מעשים שעשו ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות

84 גם Cohen סבור שבמצבים אלו משטר האחריות המיטבי הוא כזה המטיל אחריות אישית על נושא המשרה (ראו שם, בעמ' 231).

85 כפי שאירע למשל בת"א (מחוזי מר') 770-12-07 עיובון המנוחה עמרם ז"ל נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 29.8.2010).

86 גלעד "חלק שני", לעיל ה"ש 17, בעמ' 94.

87 שם, בעמ' 93.

88 Cohen, *Regulating Regulators*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 226–228.

89 שם, בעמ' 229.

90 זוהי גם מסקנתו של Cohen (שם, בעמ' 236).

91 גלעד "חלק שני", לעיל ה"ש 17, בעמ' 97.

גרימתו.⁹² משמעות הדבר היא שעובד ציבור המבצע עוולה מתוך כוונה לפגוע בניזוק או מתוך שוויון נפש לאפשרות הפגיעה איננו חסין. על מנת להיות חסין על פעולתו של העובד להיעשות בתום לב ולהיות נקייה מכוונת זדון ומרצון להזיק. ההבדל בין איש ציבור חסין לשאינו חסין נעוץ אפוא ביסוד הנפשי המלווה את הפעולה העוולתית.

השאלה אם פעולתו של נושא המשרה נובעת ממניעים זדוניים התעוררה למשל בעניין גורדון, שממנו עולה שנושאי המשרה – ששלחו בשגגה דוחות חניה למשיב, שלבסוף הוצא נגדו צו מאסר והוא נעצר – לא פעלו בזדון.⁹³ לעומת זאת בעניין י. שפילמן סבר בית המשפט שהעירייה והעומד בראשה אילצו, בהתנכלותם המכוונת, את הניזוקים לסגור את עסקיהם ולהעבירם לעיר אחרת.⁹⁴ בהקשר זה יש לתת את הדעת לכך שההבחנה בין הטלת אחריות מוסדית על הרשות בלבד לבין הוספת אחריות אישית על נושא המשרה מחייבת להבחין בין אנשי ציבור הפועלים בזדון לאלה שאינם פועלים כך. בירור זהותו של איש הציבור שפעל בזדון והטלת אחריות עליו יביאו תועלת רק אם עלויות הזיהוי יהיו נמוכות מעלויות הפנמת הפסד זה. בפרשת גורדון ובעניין י. שפילמן אכן כך היה, אולם ניתן לשער סיטואציות שבהן אין זה כך.⁹⁵

3. סיכום

פרק זה עסק בסקירת יעילותה של הפעילות האסדרתית בהציגו את גישת האינטרס הציבורי מחד גיסא, ואת תורת הבחירה הציבורית מאידך גיסא. מסקנתי, לפי תורת הבחירה הציבורית, היא כי פעילות המאסדר איננה (תמיד) יעילה הן משום תופעת השבי הרגולטורי הן משום הכוח הפוליטי העדיף של קבוצות עניין. ההנחה שהמדינה ורשויותיה מביאות בחשבון את כלל העלויות החברתיות וממילא פועלות ביעילות, שובת לב ופטריוטית ככל שתהא, אינה עומדת במבחן המציאות, כפי שמתקף מהמחקרים השונים שהוצגו בפרק זה. נוכחנו לדעת שלא ניתן להניח שרשויות ציבוריות פועלות תמיד ביעילות, שלא ניתן להניח שהן מונעות כל העת לפעול כך, וכי יש ראיות חזקות התומכות בכך שכשל מכוון בהתנהגות הרשות נפוץ כמו המקבילה הכלכלית שלו בשוק הפרטי.

בהווה הזאת, ללא הדין הנזיקי, אפשר שהחלטות יעילות יתקבלו כשניזוקי התאונה המנהלית יצליחו להתארגן ולייצר יחדיו לחץ פוליטי על הרשות הרלוונטית או על נושאי המשרה אשר מסוגלים להשפיע על פעולת הרשות. עם זאת, כפי שראינו, הניזוקים בדרך כלל מפוזרים, ארגונים לקוי, והם אינם מתחכמים מספיק פוליטית, ולכן ההחלטות שתתקבלנה צפויות להיות לא יעילות. הצורך בדיני הנזיקין מתעורר בדיוק במקרים הללו, שבהם קיים חשש לפעולות לא יעילות המונעות מאינטרס אישי. בשונה מהמגרש הפוליטי,

92 ס' 7א (א) לפקודת הנזיקין.

93 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 132 (1985).

94 ת"א (מחוזי ת"א) 2906/98 י. שפילמן שירותי רכב (1989) בע"מ נ' עיריית הרצליה, (פורסם בנבו, 29.5.2007).

95 ובמילותיו של Cohen: "Rogue bureaucrats are difficult to identify ex ante, and it is difficult to think of institutional responses that will effectively reduce the risks to the public associated with their actions" (Cohen, *Regulating Regulators*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 236).

המגרש הניזקי מסוגל להכיל את היות הניזוקים מפוזרים, שהרי לצורך הגשת תביעות נזיקין הוא אינו מחייב אותם להתקבץ יחדיו ואינו דורש מהם לבחוש בקלחת הפוליטית כפי שעושות ביעילות קבוצות עניין.⁹⁶ בהתחשב בפוטנציאל החיובי שטמון בשימוש בדין הניזקי בענייננו, יעסוק המשכו של הדיון בשאלה אם דין זה אכן מרתיע מזיקים ציבוריים ומכוון את התנהגותם.

ב. הביקורות שהוטחו בדין הניזקי כלא מרתיע מזיקים ציבוריים

1. הצגת הגישה ההרתעתית

האם הכללים הניזקיים מסוגלים להחזיר את שיקול הדעת האסדרתי לנתיבו הנכון – מזה הפרטי לזה הציבורי? בתת-פרק א.2. דלעיל הצגתי את המאסדר הלא יעיל. מעת שמבינים שהחלטות שלטוניות אינן (תמיד) יעילות, ניתן לטעון שיש להטיל את ההפסדים שנוצרים בשל החלטות אלה על השלטון. אולם מן ההיבט ההרתעתי טיעון זה תקף רק אם מניחים שהמדינה אכן תשנה את התנהגותה בשל הקצאת ההפסדים אליה. ההנחה שהשתת חבות נזיקית תשפיע על התנהגותו של המזיק מעוררת קשיים כשמדובר ברשויות ציבוריות, בשונה מחברות פרטיות. חרף קשיים אלו, שבהם אדון כעת, שאף המשפט, והוא עודנו שואף, למנוע הפרת זכויות מצד המדינה באמצעות אילוזה של זאת להביא בחשבון, במסגרת פעילותה המזיקה, גם את העלויות שפעילות זאת גורמת.⁹⁷

כך, סעדיו של המשפט הציבורי, שמטרתם למנוע משחקנים ציבוריים להפר זכויות חוקתיות, שואפים לאלץ את המדינה להביא בחשבון את העלויות של פעולותיה הבעייתיות.⁹⁸ בארצות הברית למשל נדרשות הרשויות לפצות את נפגעי הפרתן של זכויות

96 ראו גם הניתוח אצל Lawrence Rosenthal, *A Theory of Governmental Damages Liability: Torts, Constitutional Torts, and Takings*, U. PA. J. CONST. L. 797 (2007).

97 בקשר הדוק לכך, גישה היעילות הכלכלית בהקשרם של מזיקים ציבוריים מדגישה את החשיבות שבאימוץ מדיניות אסדרתיות שנועדו להשיא את ערכם של המשאבים החברתיים כפי שזה משתקף בהעדפותיהם של כלל החברים בחברה מסוימת, וכך הקריטריון המנחה הוא עודנו השאת הרווחה החברתית. ראו הגישה היסודית אצל LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, *FAIRNESS VERSUS WELFARE* (2006), Kaplow ; WELFARE, לעיל ה"ש 22. השאלה אימתי מדיניות ממשלים היא אופטימלית היא מחוץ לטווח רשימה זאת. בקצרה יוער שיעילות, לפי גישת Hicks-Kaldor, מושגת כשבשל מהלך אסדרתי מסוים מצבה של חברה נתונה טוב יותר, והמרוויחים מהשינוי מצויים בעמדה שממנה באפשרותם לפצות את המפסידים, אשר יכולים להיות אדישים לשינוי לאחר הפיצוי, ואילו המרוויחים – אף לאחר ששילמו – מפיקים תועלת מהמהלך. יש להדגיש שעל פי גישה זאת, הפיצוי אינו משולם למפסידים ממש. תחת זאת שיעור תועלת המרוויחים מושווה לשיעור הפסד המפסידים, ואם הראשון עולה על השני – שינוי המדיניות האסדרתית הוא יעיל. ייתכן שמוטב לדרוש ממשלים לפצות ממש את המפסידים, גישה הקרובה יותר ליעילות Pareto, המחייבת שמהלך אסדרתי יעשה כל אימת שהוא מיטיב עם פרט אחד לפחות, בלי להרע את מצבו של אף פרט אחר, ראו MICHAEL J. TREBILCOCK, *DEALING WITH LOSERS: THE POLITICAL ECONOMY OF POLICY TRANSITIONS* 13–14 (2014).

98 Richard H. Jr. Fallon & Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-Retroactivity and Constitutional Remedies*, 104 HARV. L. REV. 1731 (1991); Daniel J. Meltzer, *Deterring Constitutional*

חוקתיות. כזה הוא האיסור האמריקאי על הפקעת קניין פרטי לשימוש ציבורי ללא פיצוי הולם.⁹⁹ לפי הגישה ההרתעתית, מלומדים מסוימים רואים במודל זה את הייחוס הישיר ביותר של התנהגות שוקית לשחקנים ציבוריים. כך, לדעתם, הפיצוי בגין הפקעות (ובכלל בגין עוולות חוקתיות) נועד לכוון את פעולתם של שחקנים ציבוריים שצפויים להירתע מן הפיצוי שיושת עליהם, בהתבסס על התפיסה שהתנהגות המדינה היא רציונלית ומבוססת-רווח. אילוץ המדינה לשלם פיצויים, לפי תפיסה זאת, מונע ממנה שימוש לא מוצדק בכוחה וכופה עליה להעניק משקל ניכר לאינטרס של בעל הרכוש שעתיד להיפגע מההפקעה. רעיון היעילות, העומד מאחורי חובת הפיצוי, מקובל על מלומדים שונים, ולדידם הוא הסבר רב עוצמה לחובת הפיצוי.¹⁰⁰ מלומדים אלו מאמינים שהמדינה נכונה להפנים עלויות חברתיות כשאלה מתורגמות להפסדים תקציביים, ולמטרת הפנמת העלויות נתפסת המדינה כשחקן פרטי הפועל בסביבתו של שוק. מנגנון פיצויים זה יוצר תמונת ראי של מקרים דומים שבהם שחקנים פרטיים הם שגורמים לנזק. כפי שהמשפט מאלץ את הפרטים להפנים עלויות, כן הוא מאלץ את המדינה, ובמסגרת זאת היא נאלצת להביא בחשבון את מכלול העלויות החברתיות בעודה מקבלות החלטות כאלה ואחרות. בפשטות – קיים דמיון בין הפרטים למדינה הן במטרות הן באמצעים: המטרה – הרתעה; המנגנונים – הפנמת עלויות באמצעות מכשיר הפיצוי הכספי. גישה זאת מקובלת גם בפסיקה בישראל, שנראה כי ברבות השנים הפכה את ההשוואה בין המדינה לחברות פרטיות למקובלת

Violations by Law-Enforcement Officials: Plaintiffs and Defendants as Private Attorneys General, 88 COLUM. L. REV. 247 (1988)

99 בארצות הברית כמעט שאין הוראות המסמיכות את הרשות להפקיע קרקע ללא תמורה, לא במישור המדינתי ולא בפדרלי. הוראה כזאת היא נטילה (taking) ללא פיצוי, היא נוגדת החוקה ולכן בטלה. ראו DANIEL R. MANDELKER & ROGER A. CUNNINGHAM, *PLANNING LAND CONTROL OF LAND DEVELOPMENT: CASES AND MATERIALS* (9th ed. 2016); דפנה לוינסון-זמיר "פגיעות עקיפות במקרקעין על ידי תוכניות – העברת נטל הפיצוי מהכיס הציבורי לכיס הפרטי" ספר זיכרון לגד טדסקי – מסות במשפט אזרחי 361 (התשנ"ו).

100 לדידו של Posner, אילוץ המדינה לשלם פיצויים: "Prevents the government from overusing the taking power" (ראו (RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 64 (9th ed. 2014)). Posner תומך בולט ברעיון הפיצויים בקשר לפעילות המדינה, והוא ממליץ ליישמו בהקשרים מגוונים. ראו Richard A. Posner, *Rethinking the Fourth Amendment*, 49 SUP. CT. REV. (1981); Richard A. Posner, *Excessive Sanctions of Governmental Misconduct in Criminal Cases*, 57 WASH. L. REV. 635 (1982). כן ראו Caleb Foote, *Tort Remedies for Police Violations of Individual Rights*, 39 MINN. L. REV. 493 (1955); Michael A. Heller & James E. Krier, *Deterrence and Distribution in the Law of Takings*, 112 HARV. L. REV. 997 (1999); Thomas J. Miceli & Kathleen Segerson, *Regulatory Takings: When Should Compensation be Paid?*, 23 J. LEGAL LAWRENCE Blume, Daniel L. Rubinfeld ; 22 לעיל ה"ש ; 749 (1994) STUD. & Pery Shapiro, *The Taking of Land: When Should Compensation be Paid?* 99 Q. J. ECON. 71, 71-92 (1984); THOMAS J. MICELI, *THE ECONOMIC THEORY OF EMINENT DOMAIN: PRIVATE PROPERTY, PUBLIC USE* (2011).

ולמובנת מאליה מתוך אמונה שהמדינה תגיב להפנמת עלויות בדומה לתגובתן של חברות פרטיות ותשנה את התנהגותה נוכח עול הפיצוי שמשיית עליה הדין הנוזיקי.¹⁰¹

2. הקשיים בגישה ההרתעתית

מטרתו של תת-פרק זה היא לעמוד על הביקורות שישנן בספרות באשר ליכולתו של הדין הנוזיקי לכוון פעולתם של מאסדרים. כאמור, מלומדים של דיני נוזיקין מטילים ספק במידת יכולתם של דינים אלו להגשים את המטרה ההרתעתית: יש הגורסים שבשל בעיות מידע דינים אלו יכולים להניב הרתעה יעילה במידה חלקית ומוגבלת;¹⁰² יש הטוענים שתחום הרלוונטיות של הניתוח הכלכלי בדיני הנוזיקין מצטמצם לכמות מוגבלת של מצבים הממלאים כמה תנאים מצטברים;¹⁰³ ויש המסיקים שבאשר למזיקים ציבוריים, על הדין הנוזיקי להתמקד פחות במטרה ההרתעתית שנוהגים לייחס לו.¹⁰⁴ כפי שניזכר עתה, עיקרה של ביקורת זאת נעוץ באי-היכולת לכוון פעולתם של מזיקים ציבוריים באמצעות דיני הפיצוי.¹⁰⁵

מנקודת מבט הרתעתית, הקריאה להחיל את דיני הנוזיקין בעולמם של מזיקים ציבוריים היא מובנת מאליה אם מניחים שממשלים יגיבו לתמריצים שדיני הפיצוי הנוזיקיים יוצרים כפי ששחקנים פרטיים מגיבים להם. לעומת זאת "כלל העדר אחריות" עשוי להתברר כעדיף אם מניחים שממשלים לא יגיבו לתמריצים אלו. אם כך, נגד הטיעון ההרתעתי ניתן לטעון שמזיקים ציבוריים אינם מגיבים לעלויות ולרווחים כפי שמגיבות להם חברות פרטיות, ושהמדינה ורשויותיה אינן יכולות לפיכך להידמות לפירמה פרטית. לפירמה פרטית נהוג להתייחס כאל שחקן רציונלי השואף להשיא רווחים ולמזער עלויות. מנקודת מבט כלכלית ניתן לצפות שיחידים – ולא חברות – יפעלו כך כדי להגשים אינטרסים פרטיים. ייחוס הרציונליות לפירמה פרטית אפשרי כשזאת מצויה בבעלות משקיעים, והם שואפים להשיא את רווחיהם באמצעות השאת רווחי הפירמה. לעומת זאת

101 השקפה זאת מקובלת הן על המחוקק בישראל (ראו ס' 2 לחוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952) והן על בית המשפט העליון בישראל – שנראה ששיקולי הכוונת התנהגות ומניעת הישנותן של עוולות הרשות השפיעו לא אחת על החלטותיו – כבע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לז(3) 757, 767 (1983); פרשת גורדון, לעיל ה"ש 93, בעמ' 132-133; ע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני-ברק, פ"ד מג(3) 343, 348-349 (1989). מנגד, להתנגדות לגישה ההרתעתית ולמקרים שבהם לא ייחסו בתי המשפט בישראל משקל מיוחד לשיקול ההרתעתי כשיקול התומך בהטלת האחריות. ראו למשל פרשת לוי, לעיל ה"ש 1; עניין זאב, לעיל ה"ש 10; ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד ל(1) 141 (1975).

102 CALABRESI, לעיל ה"ש 15.

103 גלעד "על גבולות ההרתעה", לעיל ה"ש 16.

104 לטיעון שמזיקים ציבוריים ממילא אינם מורתעים ותמיד שואפים להעצים את מידת כוחם והשפעתם ראו Daryl J. Levinson, *Empire-Building Government in Constitutional Law*, 118 HARV. L. REV. 915 (2005); William A. Niskanen, *The Peculiar Economics of Bureaucracy*, 58 AM. ECON. REV. 293 (1968).

105 ביטוי מובהק לביקורת זאת מצוי אצל Levinson, *Making Government Pay*, לעיל ה"ש 60.

המדינה פועלת בצורה שונה בתכלית, כיוון ששחקנים ציבוריים מגיבים פחות לתמריצים שוקיים ויותר לתמריצים פוליטיים.¹⁰⁶

כדי להעריך נכונה את השפעתם של דיני הפיצוי הנזיקיים על התנהגות המדינה – וכך להבין טוב יותר את המקור לביקורות שהוטחו בדין הנזיקי בהקשר זה – דומני שמוטב לשוב לשתי האסכולות המרכזיות שבהן עסקנו בפרק א: גישת האינטרס הציבורי (המניחה שהשלטון שואף להשיא רווחה חברתית ולקדם קידום מיטבי אינטרסים ציבוריים) ותורת הבחירה הציבורית (המניחה שאנשי ציבור פועלים לקידום אינטרס פרטי כלשהו בהחלטותיהם). כעת אראה שעל פני הדברים, בין שנניח שמאסדרים פועלים לפי גישת האינטרס הציבורי ובין שנאמץ את תורת הבחירה הציבורית, המסקנה שתוסק היא שדיני הפיצויים אכן אינם מכוונים את התנהגותם ואינם מרתיעים אותם בעילות. דברים אלו טעונים הסבר.

ראינו שמלומדים מטילים ספק בהנחה שבעת קבלת החלטות על מדיניות השלטון לקדם בהכרח את האינטרס הציבורי (נורמטיבית), וכי אינטרס זה הוא שמניע את החלטות השלטון (פוזיטיבית), אולם המשפט החוקתי נותר קשור הדוקות לתפיסה שעל הממשל לפעול כדי להשיא את האינטרסים הציבוריים.¹⁰⁷ גם לו הסכמנו שקבלת החלטות שלטוניות תואמת את גישת האינטרס הציבורי ומיועדת להשיא אינטרס ציבורי שהוגדר מראש, אזי התמריץ הכספי אינו נחוץ מאוד. אם נבחרי ציבור פועלים ממילא כדי להגשים את העדפות הציבור, אם העדפות אלה נאספות במדויק בשוק פוליטי מתפקד היטב ואם ניתן לדמות את תהליך קבלת ההחלטות לטורניר בין קבוצות אינטרס או קואליציות,¹⁰⁸ הרי שלאורך זמן ייאספו ההעדפות מכלל הקבוצות בחברה נתונה, ובטווח הארוך ישיאו החלטות השלטון את הרווחה החברתית. אם כך, קשה לראות מדוע סעדים כספיים נחוצים וכיצד הם משנים דבר-מה.¹⁰⁹ יוצא שאם המציאות הנוהגת תואמת את גישת האינטרס הציבורי, סעדים נזיקיים-כספיים אינם משחקים תפקיד חשוב בקבלת החלטותיו של הממשל.

אשר לתורת הבחירה הציבורית, ראינו שלזאת שלושה מאפיינים מרכזיים: אנשי ציבור הם משיאי אינטרסים פרטיים; בשל קשיי פעולה קולקטיבית קבוצות גדולות ומבוזרות נוטות להישאר לא מאורגנות ולא יעילות פוליטית; לעומת זאת לקבוצות אינטרס מאורגנות

106 "Because government actors respond to political, not market, incentives, we should not assume that government will internalize social costs just because it is forced to make a budgetary outlay" (ראו שם, בעמ' 347).

107 RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION (1996); Cass R. Sunstein, *Naked Preferences and the Constitution*, 84 COLUM. L. REV. 1689 (1984); BRUCE A. ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATION 6 (1991) האסכולה הדומיננטית במשפט הציבורי הישראלי מבוססת גם היא על העמדה שהכרעות חברתיות צריך שתבססנה על הערכת מקבלי ההחלטות מהי ההכרעה שצפויה לקדם במידה מיטבית את האינטרס הציבורי, וראו מדינה, לעיל ה"ש 19, בעמ' 567.

108 CHARLES E. LINDBLOM, THE INTELLIGENCE OF DEMOCRACY: DECISION MAKING THROUGH MUTUAL ADJUSTMENT (1965); ROBERT A. DAHL, A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY (1956).

109 ראו הדיון אצל פורת "רשלנות ואינטרסים", לעיל ה"ש 12; והניתוח שנערך בקשר לכך לעיל בתת-פרק א.1.

השפעה לא פרופורציונלית בשל הצעות שהן מגישות לאנשי ציבור בתמורה למדיניות אסדרתיות שמיטיבות עימן. בשורות הבאות אבקש לטעון שאף אם תורת הבחירה הציבורית היא המתארת נכונה את הוויית האסדרה, הרי שגם לפיה סעדים נזיקיים-כספיים לא ישפיעו רבות על קבלת החלטותיו של הממשל בשל היעדר מתאם בין הגורם המעוול לגורם המשלם.

מובן מאליו שהסדר משפטי – שלפיו המזיק אינו הגורם שנושא בעלות הנזקים שמיצרת פעילותו העוולתית – עלול להוביל להרתעת חסר של המזיק. כך למשל ממבט ראשון נראה שמנגנוני ביטוח מסכלים את המטרה ההרתעתית. על פני הדברים, אדם מבוטח נעדר תמריצים להפחית סיכונים, משום שהמבטח הוא שנושא בעלות הנזקים שפעילות המבוטח יוצרת. עם זאת לחברות הביטוח מנגנונים שמפחיתים את אדישות המבוטח ומתמריצים אותו להקטין את הסיכונים להתרחשותן של תאונות. המנגנונים הנפוצים הם "הנחת היעדר תביעות" וחוב המבוטח ב"השתתפות עצמית",¹¹⁰ ואלו אינם קיימים בתביעות מסוג רשלנות אסדרתית. עת מדובר ברשלנות שלטונית, ניתן למנות שלושה מישורים – המובילים לכך שההרתעה לא תהא יעילה – שהמאפיין אותם הוא היעדר מתאם בין הגורם המעוול לגורם המשלם: נסיגת אחריותו האישית של עובד הציבור והחלפתה באחריותה המוסדית של הרשות הציבורית; מקור הפיצוי בכספי המיסים של כלל הציבור; והמזיק כמי שאינו נושא בעלויות ההתגוננות. ארחיב כעת בקשר לכל אחד ממישורים חשובים אלו.

המישור הראשון עניינו בהבחנה בין אחריותו האישית של העובד לאחריותה המוסדית של הרשות. ניתן לטעון שתביעות פיצויים אינן מכשיר הרתעה אפקטיבי נגד מזיקים ציבוריים, משום שנושאי משרה אינם נושאים בתשלום בעצמם. אם החבות הנזיקית אינה אישית, יעילותה של ההרתעה, כמו גם החשש מפני הרתעת יתר, מוטלים בספק. בכך שונים מאסדרים ציבוריים ממאסדרים פרטיים. בתמצית יצוין שבישראל הדין הנוזיקי פורס רשת הגנה רחבה מעל פעולותיו של עובד ציבור הממלא תפקיד שלטוני¹¹¹ ומסייג חסינות זאת רק בקשר למעשים שנעשו בודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו.¹¹² יש לשים לב שדין זה אומנם חוסם את האפשרות להגיש תביעה אישית נגד העובד, אך מאפשר בד בבד להגיש תביעה נגד המדינה או הרשות הציבורית שבה הוא

110 ביטוח אף עשוי לשפר הרתעה בהיותו פותר למבוטח בעיות מידע שהיו לו אלמלא הביטוח, כשפרמיות הביטוח מגיבות כראוי לאמצעי הזהירות שאותם המבוטח נוקט או להפחתת רמת פעילותו המזיקה. ראו אריאל פורת "דיני נזיקין" הגישה הכלכלית למשפט 271, 278–279 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012) (להלן – פורת "דיני נזיקין" הגישה הכלכלית למשפט); אריאל פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" ספר מנשה שאוה – מחקרים לזכרו 143, 155–158 (2006).

111 מונח זה מוגדר בס' 7 לפקודת הנוזיקין: "תפקיד ציבורי על פי דין כמשמעותו בסעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה". על פי זה, תפקיד שלטוני הוא כזה שניתן לעתור בשל אופן ביצועו לבית המשפט המנהלי. קלהורה וברדנשטיין סבורות שמדובר בראש ובראשונה בתפקידים המסוריים לעובדי הרשויות שאין להם מקבילה במגזר הפרטי. ראו תמר קלהורה ומיכל ברדנשטיין "חוק לתיקון פקודת הנוזיקין (מס' 10) – חסינות עובד הציבור" הפרקליט נא 293, 307–310 (2011).

112 ס' 7א(א) לפקודת הנוזיקין.

עובד, מכוח אחריותן השילוחית.¹¹³ גם באנגליה עומדות הרשויות מאחורי עובדיהן ונושאות בדרך כלל בעצמן בפיצוי,¹¹⁴ ובארצות הברית החוק מקנה הגנה מוחלטת לעובד הפדרלי. החוק האמריקאי מורה על החלפת העובד כנתבע בידי הממשל אף בלי להגביל זאת לעובדים הממלאים תפקיד שלטוני בלבד ובלי להחריג מצבים שבהם עובד הציבור פעל בזלזול או מתוך כוונה להזיק.¹¹⁵

לתפיסה העקרונית – המבחינה בין אחריותה המוסדית של הרשות לאחריותו האישית של העובד, והמתעלת את חובת הפיצוי לרשות עצמה – הצדקות מספר מהיבטם של פיצוי, הרתעה, הגינות וצדק.¹¹⁶ בצד הצדקות אלה יש להידרש לשאלה אם דיני הנזיקין מסוגלים לכוון התנהגויות של עובדי ציבור בעת שאחריותם האישית חוסה בצל אחריותן המוסדית של הרשויות. כמו האדם המבוטח, גם עובד הציבור אינו נושא בעלות הנזקים שפעילותו יוצרת (במקרה הראשון יישא המבטח בפיצוי, ובשני – הרשות). אם כך, לכאורה אין לעובד הציבור די תמריצים להפחית סיכונים, ושלא כמו אדם מבוטח, הרשות אינה מייצרת מנגנונים כ"הנחת היעדר תביעות" וחייב העובד ב"השתתפות עצמית" שמפחיתים את אדישות העובד. אם כך, לכאורה, עובד הציבור חף מסיכונים אישיים, ומעמדו כמעמד של אדם מבוטח הנעדר תמריצים להפחית סיכונים. נוכח דברים אלו ניתן לטעון שכל אימת שהחבות הנזיקית אינה אישית, יעילותה של ההרתעה, כמו גם החשש מפני הרתעת יתר, מוטלים בספק.

המישור השני עוסק בכך שכאשר מוטלת אחריות על המדינה, מעשית מי שמפצה את הניזוק הוא ציבור משלמי המיסים. אילו הייתה המדינה מגיבה לכללים הנזיקיים כפי שמגיבות להם חברות פרטיות, היה ניתן לקבוע שלכללים הללו כוח מכוון-התנהגות. אולם אם המדינה רק מסיטה הפסדים שלהם היא גורמת אל הציבור, אזי דינים אלו אינם מסוגלים לגבות ממנה מחיר מרתיע מפני התנהגויות שאינן יעילות.¹¹⁷ בפשטות – השלטון מסיט עלויות שבית המשפט הנזיקי משית עליו אל הקהילה (בכפוף לעלויות בדבר קולות מצביעים אבודים), ולכן הכללים הנזיקיים אינם מכוונים ביעילות את התנהגותו. כל שדיני הנזיקין עושים בקטגוריה זאת אפוא הוא להעביר הון מקבוצה אחת לאחרת. ניתן כמובן לתמוך בכך באמצעות שיקולים כצדק חלוקתי ופיזור נזקים, אך המטרה ההרתעתית, כשלעצמה, נפגעת.

עד כה עסקנו בפיצול בין הגורם המעוול לגורם המפצה. במסגרת המישור השלישי אאפיין סוג נוסף של עלויות – שבהן נושאים מזיקים פרטיים – אשר אינן נגרעות באופן ממוקד מתקציבו של המזיק הציבורי. כוונתי היא לעלויות ההתגוננות בהליך המשפטי. אומנם רשויות ציבוריות מחזיקות לעיתים יועצים משפטיים שתפקידם דומה לזה של עורכי

113 ס' 7א(א) לפקודת הנזיקין מקים מחסום דיוני ולא מהותי, ובכך חוסם את האפשרות להגיש תביעה אישית נגד עובד הציבור, אך מאפשר בד בבד להגיש תביעה נגד הרשות הציבורית שבה הוא עובד מכוח אחריותה השילוחית למעשיו. כן ראו בהקשר זה ס' 7א(ב) לפקודת הנזיקין.

114 גלעד "חלק ראשון", לעיל ה"ש 17, בעמ' 374; קלהורה וברדנשטיין, לעיל ה"ש 111.

115 Federal Employees Liability Reform and Tort Compensation Act, 28 U.S.C § 2679.

116 ראו בקשר לכך הדיון שבתת-פרק א.2(ג) לעיל.

117 Cohen, *Regulating Regulators*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 253.

דין המועסקים בחברות פרטיות. עם זאת חלק ניכר מההתדיינות בבתי המשפט נעשה באמצעות עורכי הדין של משרד המשפטים, והוא שמממן התדיינות אלה, וכך תקציבים מחלקתיים אחרים אינם מושפעים מהעלות של אותם שירותים. המנגנון הזה – שבו עלויות ההתגוננות של המזיק מגולגלות אל משרד המשפטים – יוצר מציאות שונה מאוד מזאת שעומה מתמודדות חברות פרטיות, הנושאות בעלויות אלה במישרין.

3. סיכום

בפרק זה הצגתי את טענת הגישה ההרתעתית (המקובלת גם בפסיקה בישראל) שלפיה ניתן להשתמש בדין הנזיקי כדי לכוון התנהגות של רשויות ציבוריות, וכי לשם יצירת הרתעה ניתן להשתמש במנגנון של הפנמת עלויות באמצעות מכשיר הפיצוי הכספי. לאחר מכן הצגתי ביקורת תאורטית על יכולת ההרתעה של דיני הנזיקין, שלפיה הטלת פיצויים על רשויות ציבוריות לשם הכוונת התנהגותן אינה יעילה בשל היעדר מתאם בין הגורם המעוול לגורם המשלם.

למזיקים ציבוריים אפוא שני מאפיינים חשובים: האחד, הם מגיבים פחות לתמריצים שוקיים ויותר לתמריצים פוליטיים; השני, הם ניחנים בהיעדר מתאם בין הגורם המעוול לגורם המשלם. כיוון שכך, לא פלא שהביקורת המושמעת בספרות היא שהכוח מכוון-ההתנהגות שטמון בדין הנזיקי נפגע ומוטל בספק. מסקנה זאת מעלה חשש שנושאי משרה ציבורית ימשיכו לפעול בחוסר יעילות, השואף להשיא אינטרסים פרטיים שעליהם עמדתי בתת-פרק 2.2, אף אם נאפשר לנפגעים פרטיים להגיש תביעות נזיקין נגד רשויות.¹¹⁸ כעת, בדיון שלהלן, ניווכח שמסקנה זאת אינה הכרחית, משום שמזיקים ציבוריים סובלים נזק רב כשהם מתויגים כרשלנים.

ג. השגת התנהגות יעילה באמצעות הדין הנזיקי

פרק זה יעסוק באופן שבו דיני הנזיקין מכוונים ביעילות התנהגות אסדרתית כתשובה לעמדות הביקורתיות שעלו בספרות – שעליהן עמדתי בפרק ב לעיל – כלפי השימוש בדין הנזיקי לשם הכוונת התנהגות של מזיקים ציבוריים. כעת אבסס את היתרונות הגלומים בדין הנזיקי לצורך הכוונת התנהגותם של מאסדרים ורשויות מאסדרות ואטען שהטלת אחריות על אלו כשהתרשלו, חיונית היא כדי להשיב את שיקול הדעת האסדרתי לנתיבו הנכון, כדי שיופעל להשאת האינטרס הציבורי. עמדתי תהיה שתביעות נזיקין הן "אמצעי איתות" יעיל לפעילות אסדרתית לא יעילה שמכוונות את התנהגות המאסדר והרשות ומתמרצות אותם לפעול כראוי. כדי לבסס טענה זאת אבחיין בפרק זה בין שני מישורי התייחסות המבססים שניהם בד בבד את התועלת הטמונה בדין הנזיקי: מישור המאסדר כאישיות פרטית (שאת הרתעתו אכנה גם "הכוונה פרטית"), ומישור הרשות המאסדרת כשחקנית חברתית (שאת הרתעתה אכנה גם "הכוונה מרכזית"). הבחנה זאת חשובה היא כיוון שטענתי בהקשר זה

118 לבעייתיות הנובעת מהתייחסות דומה לעלויות ורווחים בעולם השוק ובעולם הפוליטי ראו גם Levinson, *Making Government Pay*, לעיל ה"ש 60, בעמ' 416–417.

תהיה שיכולתו של הדין הנזיקי לכוון את פעולת הרשות המאסדרת – דרך תכונותיה כשחקנית חברתית – חשובה מאוד גם במצבים שבהם לא ניתן להרתיע את המאסדר הפרטי ביעילות. הסיבה לכך היא שרצונה של הרשות להימנע מתיוג שלילי ויכולתה לפעול במכוון ביעילות (הפתרון) עשויים לרפא את כשלי המאסדר הפרטי השואף לפעול בחוסר יעילות מן הסיבות שנותחו בתת-פרק א.2 (הבעיה).

1. מישור המאסדר כאישיות פרטית – הכוונה פרטית

הטענה בדבר חוסר יעילותה של הפעילות האסדרתית התבססה בתת-פרק א.2 בעיקרו של דבר על כשלים והטיות במניעיו ובפעולותיו של המאסדר הפרטי. אם כך, ניתן לטעון שאי-היעילות של הפעילות האסדרתית אינה נובעת רק מכשלים בפעולת הרשות עצמה אלא גם, ואולי בעיקר, מדרך פעולת נושאי התפקיד בה. כעת אטען שגם לצורך השגת הכוונה פרטית – דהיינו, גם לשם הכוונת פעולת המאסדר הפרטי – מוטב להשתמש בדין הנזיקי. לכאורה, כיוון שהמאסדר הפרטי אינו צפוי הוא עצמו להיתבע בנזיקין, ולמצער התשלום אינו עתיד לצאת מכיסו האישי, נראה שלדין הנזיקי לא תהיה השפעה על תיקון כשליו. עתה אטען שטיעונים אלו אינם מבססים את העמדה האמורה, וכי בעצם הליך הבירור הנזיקי – שבמרכזו יעמוד אותו מאסדר פרטי – יש כדי להרתיע, ובכך להניב הכוונה פרטית. הסיבה המרכזית לכך היא חששו של המאסדר הפרטי לפגיעה במוניטין שלו, אשר פעמים רבות – בעיקר כשבאיש ציבור מדובר – הוא הנכס החשוב ביותר שלו. פגיעה במוניטין יש בה כדי להשפיע על מעמדו החברתי ועל תעסוקתו העתידית. ארחיב כעת את היריעה בקשר לטענה זאת.

אין נחמה רבה לעובד הציבור כשהרשות היא שנושאת בעול הפיצוי הנזיקי, ולעצם הטלת האחריות הנזיקית על הרשות – בגין מעשיו או מחדליו של עובדה – יש כוח מכוון-התנהגות גם כלפי האחרון.¹¹⁹ הסיבה המרכזית לכך היא שההערכה שרוחש הציבור לאיש הציבור היא אחד האינטרסים הבסיסיים והחיוניים לקיומו הציבורי ולהתפתחות מעמדו. הערכה זאת היא אחד המשאבים היקרים לו ביותר, שהרי ממנה נובעת הלגיטימציה שלו לכהן במשרה ציבורית.¹²⁰ לכן כאשר איש הציבור יודע שאפשר שהוא יהיה במרכזו של הליך נזיקי, ובתוך כך צפוי בית המשפט לחשוף את התנהלותו הרשלנית ברבים, יש בכך כדי להרתיעו.

מובן שיש לשאוף שהערכת הציבור את איש הציבור תהלום את כישוריו ואת מעשיו. אין לדרוש מהציבור להעריך את שלוחיו ונאמניו יותר מן ההערכה החברתית והמקצועית שלה

119 Stephen D. Sugarman, *Doing Away with Tort Law*, 73 CAL. L. REV. 555, 560–561 (1985).
Sugarman סבור שדיני הנזיקין עשויים לכוון התנהגות של מזיקים פוטנציאליים שיעדיפו להימנע מפרסום שלילי שיגרור הטלת אחריות נזיקית עליהם.

120 וראו החלטתם של מועמדים לעמוד בראש מערכת האסדרה האמונה על ענף הבנקאות בישראל לוותר על התפקיד בשל החשד שלא נהגו כראוי: מוטי בסוק 'פרופ' ליאו ליידרמן הסיר מועמדותו לתפקיד הנגיד; לפיד: 'פרופטורים לכלכלה הם חבורה פרועה' *TheMarker* (2.8.2013) tinyurl.com/yxllbqdl.

הם ראויים.¹²¹ התיוג של בית המשפט הנוזיקי את איש הציבור כרשלן מסייע לציבור להתאים את ההערכה שהוא רוחש לנושא המשרה לרף המוצדק, ובכך מקדם תיוג זה את האינטרס הציבורי, שלפיו על ההערכה המצויה להתאים לזאת הרצויה. אם כך, יש לציבור עניין רב בחשיפת ההערכה החברתית-מקצועית המגיעה לאיש הציבור, ובוזו מסייע בית המשפט הנוזיקי בתייגו את איש הציבור כרשלן, כשהתרשל.¹²²

מדברים אלו עולה שכדי להעריך נכונה את כוחו של מכשיר התיוג הנוזיקי, יש להבין תחילה כי מידת הנוזק הנגרמת מתיוגו של אדם כרשלן היא גדולה במיוחד כשהמתיוג הוא מזיק ציבורי. איש הציבור מוכר לאנשים רבים יותר משמוכר האדם הפרטי, ההערכה שלה הוא זוכה מצויה בתודעה של ציבור רחב יותר, וציבור זה הוא שעלול לגבות ממנו עלויות פוליטיות אם יתברר שהתרשל ושאלו להשיא אינטרס פרטי חלף אינטרס ציבורי. לפיכך פחות בהערכה זאת הוא בעל השלכות רחבות ועמוקות במיוחד על נושא משרה ציבורית. הטלת דופי באיש הציבור ותיוגו כרשלן עלולים להוביל לפגיעה במשרתו, במקצועו ובמשלח ידו בעקבות פיטורין, לאי-בחירתו בשנית, לירידה בהיקף העסקתו או למצער אי-קידומו בעתיד.¹²³ פגיעות אלה עלולות להוביל לנוזק רכושני בידי ביטוי בפגיעה ממונית וכן לטראומה רגשית ניכרת.¹²⁴ לכן ניתן להעריך שהפגיעה הנגרמת בשל הטלת דופי בהתנהלותו חמורה מהפגיעה הנגרמת לאדם הפרטי.¹²⁵

דברים אלו חושפים ומחדדים את הכוח ההרתעתי שנועץ כבר בדיני האחריות הנוזיקיים. נושאי משרה ציבורית שואפים לשמור על תפקידם השלטוני המקנה להם השפעה וכוון ומעוניינים בקידום שבצידו גם הטבה כספית. כל אלו מניבים הכוונה פרטית ומביאים אותם לשאוף להימנע מתיוגם כרשלנים.¹²⁶ הכרזת בית המשפט שאיש הציבור רשלן הוא פוגעת

121 בקשר קרוב ראו ROBERT F.V. HEUSTON, JOHN W. SALMOND & RICHARD A. BUCKLEY, SALMOND AND HEUSTON ON THE LAW OF TORTS 157 (1st ed. 1996).

122 בקשר קרוב ראו ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281 (1977); ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989).

123 למגוון הנוזקים האפשריים, ראו THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 518 (1970).

124 וראו הפרויקט שעניינו Mark Suing the Police in Federal Court, 88 YALE L.J. 781 (1979). כן ראו Mark G. Yudof, Liability for Constitutional Torts and the Risk-Averse Public School Official, 49 S. CAL. L. REV. 1322, 1390 (1976).

125 ראו למשל סיפור התאבדותו של אריאל רוניס שכינה בתפקיד ציבורי, הואשם בהתנהגות גזענית ברשת ולא עמד בלחץ שיצר הלינין' המטובקב: גלעד מורג "מנהל בלשכת אוכלוסין התאבד בעקבות פוסט של אישה שהאשימה אותו באפליה" Ynet – חדשות (24.5.2015) tinyurl.com/krtgmsx. כן ראו ע"א 802/87 נוף נ' אבנרי, פ"ד מה(2) 489 (1991); De Mot & Faure; מזהים גם הם שכאשר לסנקציה הכספית כוח הרתעתי חלש, כבמקרה של מזיקים ציבוריים, ייתכנו נזקי מוניטין שעצם הטלת האחריות הנוזיקית עשויה להנביע, ולאלו עשוי להיות אפקט מכוון-ההתנהגות. ראו Jef De Mot & Michael Faure, Public Authority Liability and the Chilling Effect, 22 TORT L. REV. 120, 127 (2014).

126 לטיעונים דומים בדבר רתיעתם של מאסדרים מפני נזקי מוניטין הנובעים מהטלת אחריות נוזיקית ראו גם CHARLES R. EPP, MAKING RIGHTS REAL: ACTIVISTS, BUREAUCRATS, AND THE CREATION OF THE LEGALISTIC STATE 22 (2009); Kishanti Parella, Reputational Regulation, 67 DUKE L.J. 907, 923 (2018); Robert Dijkstra, Essays on Financial Supervisory Liability 1, 129 (Oct. 13, 2015) (Ph.D. dissertation, Tilburg University) bit.ly/2VGN2I8. כן ראו Robert Cooter & Ariel

באמון הציבור בו וכיכולתו לקיים את חובותיו. הכרזה כזאת מעידה שהתנהגותו אינה מתיישבת עם תודעת הציבור ועם ערכיו. רצונו של איש הציבור להימנע מעלויות אלה מכוון את התנהגותו ומתמרץ אותו לפעול ביעילות להשאת האינטרס הציבורי.

אם כן, כוחם של הטעונונים נגד הפעלת הדין הנזיקי על רשויות ציבוריות – המבוססים על ההפרדה בין הגורם המעוול לגורם המשלם – יפה אם מבודדים את שלב השתתת החבות ומתמקדים רק בו. בשלב בירור האחריות – ואף שזאת תוטל על הרשות – מעשהו של נושא המשרה הוא שיעמוד במרכז ההליך המשפטי ויחשוף בפני כול כיצד נהג. שלב הטלת האחריות – דהיינו שלב ההכרזה על איש ציבור בפני הציבור כרשלן ותיגו ככזה – הוא אישי ביותר, וגם המחירים הפוליטיים (בשונה מאלו הכספיים) שייאלץ איש ציבור זה לשלם בשל כך הם אישיים.¹²⁷ בפשטות – המסגרת המוסדית שבה פועל איש הציבור מספקת רשת הגנה טובה בשלב השתתת החבות – בכך שהרשות משלמת לניזוק ולא העובד – אך היא מעניקה הגנה חלקית בלבד קודם לכן, בשלב הטלת האחריות. הגנה זאת אינה מונעת את החשיפה בפני כול כיצד פעל נושא המשרה, ואין בכוחה לאיין את הביקורת הציבורית שתושמע נגדו בעקבות תיגו כרשלן. המגן הכספי אינו מגן פוליטי, ואין בכוחו לבטל את העלויות הפוליטיות שתגבינה מאיש הציבור הרשלן. אם כך, אף שהאחריות הנזיקית המסורתית היא אחריותה המוסדית של הרשות, מעשהו של העובד הוא שיעמוד במרכז

Porat, *Should Courts Deduct Nonlegal Sanctions from Damages?*, 30 J. LEGAL STUD. 401, 401 (2001) (הטוענים שחבותו הכוללת של המזיק שווה לסכום הפיצויים בתוספת סנקציות לא משפטיות). בקשר הדוק לכך, Shapira מראה שמשפט ומוניטין אינם מערכות עצמאיות אלא משלימות. ראו Roy Shapira, *Reputation Through Litigation: How the Legal System Shapes Behavior by Producing Information*, 91 WASH. L. REV. 1193, 1203–1204 (2016). מבחינה תאורטית ניתן לזהות את עמדתו של Shapira עם זרם כתיבה המאמץ נימוקים מבוססי-מוניטין כדי להסביר מדוע – למרות הטיות ואינטרסים אישיים קצרי טווח (לפי תורת הבחירה הציבורית) – הממשל עודנו מתפקד. ראו David Zaring, *Regulating by Repute*, 110 MICH. L. REV. 1003, 1005 (2012). לדוגמה, טוען שרתיעה ממוניטין שלילי היא שמביאה מדינות לציית למשפט הבינ-לאומי, אף שהיעדר ציות הולם יותר את האינטרסים המידיים שלהן. ראו Andrew T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory* 71–72 (2008). בקשר קרוב טוען Lax כי שיקולי מוניטין מסבירים חלק מהצבעותיהם האסטרטגית של שופטי בית המשפט העליון בארצות הברית בהחלטה אם לדרון בחביעה. ראו Jeffrey R. Lax, *Certiorari and Compliance in the Judicial Hierarchy: Discretion, Reputation, and the Rule of Four*, 15 J. THEORETICAL POL. 61 (2003). Rose מצאה שרשות ניירות הערך בארצות הברית רואה בשיקולי מוניטין גורם מרכזי לציות לתקנות הרשות. ראו Amanda M. Rose, *The Multi-enforcer Approach to Securities Fraud Deterrence: A Critical Analysis*, 158 U. PA. L. REV. 2173, 2222 (2010).

127 למעשהו של איש הציבור הפרטי כעומד במרכז ההליך הנזיקי, ראו לדוגמה את חמשת פסקי הדין האלה: ע"א 337/81 בוסקילה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 337 (1984), שעסק במניעת השוטרים מהתובע לקטוף יבול מחלקתו; ע"א 209/85 עיריית קרית-אטא נ' אילנקו בע"מ, פ"ד מב(1) 190 (1988), שעסק בהתנהלותו של מהנדס העיר ביחס להצגת מידע מוטעה; ע"א 6970/99 אבו סמרה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 185 (2002), שעסק בתביעת תושבים שניזוקו מהפרות סדר, לשיטתם בשל רשלנות המדינה ומפקד כוחות צה"ל בעזה; ע"א 361/00 ד'אהר נ' סרן יואב, פ"ד נט(4) 310 (2005), שבו נתבעה המדינה, לצד החייל היורה, בידי תושב ג'נין שסבל נזקי גוף; ע"א (מחוזי ת"א) 2162/02 פלונית נ' מדינת ישראל – משרד העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 1.6.2008), שבו מסרו רשויות האימוץ שם של אחות אחת בלבד כיורשת, כשעיקר הדיון עסק בתפקודם של פקידת הסעד והאפוטרופוס הכללי.

ההליך שיעסוק בשאלת האחריות, ובכך יש כדי להניב הכוונה פרטית ולייצר עבורו תמריצים אפקטיביים לנהוג ביעילות.

2. מישור הרשות כשחקנית חברתית – הכוונה מרכזית

מדוע לייחד למישור הרשות המאסדרת כשחקנית חברתית תת-פרק משלו ולבודדו ממישור המאסדר כאישיות פרטית? ראשית, ביסוס נפרד של הטיעונים בקשר לכל אחד מהמישורים מאפשר לנתק ביניהם, וכך אי-קבלת מסקנותיי בקשר להרתעתו של המאסדר הפרטי לא תשפיע על ביסוס הטיעון בדבר הרעתה של הרשות. זאת ועוד, כעת אהדק את הקשר בין שני המישורים, כך: בתת-פרק זה אטען כי התכוונות הרשות מובילה במישרין לתיקון פעולותיו של המאסדר הפרטי, ומשכך, ניתוח הרשות כשחקנית חברתית – וביסוס הטענה בדבר הכוונה מרכזית – הם בעלי תכלית עצמאית וחשובה. כוונתי לכך שיכולתו של הדין הנזיקי להניב הכוונה מרכזית ולכוון את פעולת הרשות – דרך תכונותיה כשחקנית חברתית – חשובה עד מאוד במצבים שבהם לא ניתן להרתיע את המאסדר הפרטי ביעילות, דהיינו עת שלא ניתן להניב הכוונה פרטית. הרשות המאסדרת המורתעת והשואפת לפעול ביעילות (למען השאת האינטרס הציבורי) לא תאפשר למאסדר הפרטי להגשים את שאיפותיו הלא יעילות (המונעות בידי אינטרס אישי).

הן ראינו שכדי לייצר הכוונה פרטית יעילה על המאסדר הפרטי להיות נבחר ציבור המונע מתמריצים פוליטיים. כמו כן עליו לעמוד במרכזו של הליך הבירור המשפטי. אם כך, בנמצא שני מצבי עולם מרכזיים שבהם קיים חשש שהכוונה פרטית יעילה לא תושג: האחד, כשהמאסדר הפרטי אינו נבחר ציבור ואינו מונע מתמריצים פוליטיים (אף אם צפוי הוא לעמוד במרכזו של ההליך המשפטי); השני, כשהמאסדר הפרטי אינו במרכז ההליך המשפטי (אף אם הוא מונע מתמריצים פוליטיים). נרחיב מעט את היריעה בקשר לכל אחד ממצבים אלו, ולשם כך נשוב ונסתייע בדוגמת המל"ג, שבה עסקנו בתת-פרק 1.A, המתלבטת אם לשלול תעודת הכרה שהעניקה למוסד פלוני.

לפי מצב העולם הראשון, בנמצא מקרים שבהם המאסדר הפרטי איננו בעל שאיפות פוליטיות גדולות, ולכן החשש מעמידתו במרכז ההליך הנזיקי לא יביא להרתעתו. במקרים אלו המאסדר הפרטי אינו נבחר ציבור, ומשכך אינו מונע תמריצים פוליטיים, ובראשם קולות המצביעים. בדוגמתנו, המאיישים את המשרות השונות במל"ג, כמו העומדים בראשה ובראש אגפיה המקצועיים, אינם נבחרו ציבור. הסיבה המרכזית לכך היא שהקמתה – מכוח חוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958 – כתאגיד סטטוטורי עצמאי ובלתי תלוי, נועדה ליצור הפרדה בין המערכת הפוליטית לבין מערכת ההשכלה הגבוהה. חלק ניכר ממערכות האסדרה השונות אינו מורכב אפוא מנבחרי ציבור כי אם מאנשי בירוקרטיה שהם ממנים, ואנשים אלו הם המאיישים מערכות אלה. קשה לנבא מה תהיה השפעתו של התיוג הנזיקי על התנהגות הפקידים, הבירוקרטים וכל אלו הפועלים בשמה של המדינה ושאינם נבחרו ציבור, והרי את התנהגותם של אלו מתיימר תיוג זה לכוון.

על פי מצב העולם השני, בנמצא מקרים שכיחים שבהם שהמאסדר הפרטי אינו עומד לבדו במרכזו של ההליך הנזיקי. תופעה מוכרת בתוך האסדרה היא שבחזית המערכה המשפטית אין עומד מאסדר יחיד בגפו כי אם מערכת מורכבת ומסועפת המפיקה יחדיו

התנהגות עוולתית, והיא אינה ניתנת לפירוק ולהפרדה פשוטים. בדוגמתנו ניתן לשאול מיהו המאסדר הפרטי שהתנהגותו תעמוד במרכזו של הליך הבירור בבית המשפט הנזיקי – האם זהו ראש המל"ג? האם ראש הוועדה לתכנון ותקצוב ומי מהכפופים לו? שמא זה העומד בראש אגף תכנון ומדיניות ומי מכפופיו? ואולי העומד בראש אגף הערכת איכות ומי מהפועלים בניהולו? נראה שחלק גדול מההוויה האסדרתית הוא תוצר של מערכת מסועפת של מאסדרים פרטיים רבים שאיש מהם אינו צפוי לעמוד בגפו בהליך הבירור בבית המשפט. ניתן להעריך שתופעה זאת תהיה שכיחה ובלטת יותר ככל שהגוף הציבורי הרלוונטי יהיה גדול ומסועף יותר.

נוכח מצבי עולם אלו – שבהם ניתן להעריך שהרתעה פרטית אפקטיבית לא תושג – מתעורר הצורך בהכוונה מרכזית, כלומר בהרתעת הרשות כשחקנית חברתית אשר תסכל את שאיפותיו הלא יעילות של המאסדר הפרטי. כעת כדי להבין כיצד דיני הנזיקין יכולים לעמוד במשימת הרתעתה היעילה של הרשות, הדיון להלן יושתת על שני נדבכים אשר יהיו שזורים זה בזה: בזה הראשון אציע לראות ברשות הציבורית שחקנית חברתית בעלת שאיפות למוניטין טוב, לשרידות פוליטית ולאוטונומיה בירוקרטית; בזה השני אעמוד על חשיבות פירוקו של האפקט הנזיקי לשניים – להטלת האחריות ולהשתת החבות. שני נדבכים אלו יידונו יחדיו ויתלכדו לבסוף לטיעון כולל שתמציתו תהא זאת: רשויות ציבוריות – כשחקניות חברתיות – מייחסות חשיבות רבה לכך שלא תימצאנה ולא תתויגנה כמי שנהגו ברשלנות, וחרב זאת מרתיעה אותן ומכוונת את התנהגותן ביעילות. בהמשך לכך, שאיפתן המכוונת של רשויות ציבוריות לפעול ביעילות צפויה לסכל את שאיפתם המכוונת של מאסדרים פרטיים לפעול שלא ביעילות. הבה נרחיב את הדיון בקשר לטענה יסודית זאת. הכול מסכימים שניתן לכוון התנהגות של תאגידיים פרטיים משיאי רווחים באמצעות דיני נזיקין על ידי דיני הפיצוי. בתת-פרק זה אטען שדיני הנזיקין מסוגלים אף לכוון התנהגות של "תאגידיים ציבוריים" – באמצעות דיני האחריות. כפי שנראה עתה, הבנת הרשות כשחקנית חברתית היא מכרעת בהקשר זה באשר לשאלה כיצד תהליכי קבלת החלטות מעוצבים בידי הרשות.

בתפיסת הרשות כשחקנית חברתית מובלעת ההנחה בדבר ריבונותה של הרשות. כיוון שענייננו הוא ברשויות שלטוניות, שהן חלק מן הריבון, המונח "ריבונות" שאליו כיוונתי עלול לבלבל והוא טעון ביאור. כשאתייחס בתת-פרק זה למונח "ריבונות", תהיה כוונתי לתכונה המאפשרת לרשות לתפקד כשחקנית חברתית אוטונומית. הרשות ניחנה בכוחות ריבוניים של קבלת החלטות.¹²⁸ ביכולתה לקבוע מיהם חבריה, אילו פעולות הם נוקטים, ובכוחה לפעול ללא הסכמת כלל חבריה גם כשפעולותיה אינן עולות בקנה אחד עם האינטרס האישי של המאסדר הפרטי.¹²⁹ כפי שסבור Coleman, ריבונותו של ארגון נוצרת באמצעות ויתורים משותפים של חבריו, המקריבים חלק מזכויותיהם לטובת השחקן הארגוני. באמצעות ויתור על הריבונות האישית לטובת הריבונות הארגונית "אנשים טבעיים" ("natural persons" כהגדרתו של Coleman) אוכפים על עצמם מגבלות על החופש

128 וראו הגישה היסודית אצל JAMES S. COLEMAN, THE ASYMMETRIC SOCIETY (1982).
 129 EDWARD O. LAUMANN & DAVID KNOKE, THE ORGANIZATIONAL STATE: SOCIAL CHOICE IN NATIONAL POLICY DOMAINS (1987).

האישי שלהם ומעניקים לארגון כוח להתנהג כשחקן חברתי אוטונומי.¹³⁰ מדברים אלו עולה שניתן לחשוב על ריבונותה של הרשות במובנים של כוח. לרשות הכוח לקבוע את מאפייני חבריה, וביכולתה לתגמל התנהגויות מסוימות ולהעניש בגין אחרות. כמו כן לרשות הכוח לקבוע אילו תפקידים ימלאו החברים בה, וכיצד ימלאו תפקידים אלו. התמקדות בתפקידים – ולא באנשים המאיישים אותם – היא מרכיב חשוב בפרספקטיבת הרשות.¹³¹ יש להכיר בכך שבסביבות ארגוניות העדפותיהם האישיות של הפרטים נדחקות, או צריכות להידחק, הצידה, והקולקטיב מתחשב במה ש"אנחנו" כקולקטיב – כרשות ציבורית – צריכים לעשות.¹³² יוצא שהמאפיין בדבר ריבונות ארגונית מאפשר לרשות לתאם את התנהגות החברים בה כדי להפיק תוצאות שלשמן היא קיימת ושלמענן נוצרה.¹³³ ריבונותה וכוחה של הרשות בקבלת החלטות וביכולת השליטה שלה על פעולות חבריה – יכולת תאורטית ופרקטית – תומכים בגישתי המבקשת לראות בראש ובראשונה ברשות, ולא באיש הציבור, אחראית בנויקין (וזאת, כזכור, להוציא מקרים שבהם נושא המשרה פעל בכוונת מכוון להזיק).¹³⁴ לא רק בשל מעמדה המשפטי על הרשות לשאת באחריות למעשי חבריה¹³⁵ אלא גם בשל מעמדה הייחודי כבעלת כוח חברתי.¹³⁶ אחריותה של הרשות נובעת מיכולתה, בפועל או בכוח, לכוון את התנהגות חבריה ולהביאם לפעול בדרכים מסוימות, אפילו לא היו פועלים כך בנסיבות אחרות. משימותיה ומטרותיה של הרשות, נהליה והסמכות שהיא מקנה לחבריה מפיקים צורות התנהגות שניתנת לייחוס לרשות ולא לחבר הבודד.¹³⁷ משכך, ניתן וצריך לראות בה אחראית לתוצאות התנהגות זאת.¹³⁸ כעת ניווכח שניתן לראות ברשות הריבונית שחקנית חברתית המורתעת מעצם האפשרות שתוכרוז ותתויג בבית המשפט כרשלנית. דיני האחריות הנויקיים מרתיעים כך מפקחים

- COLEMAN, THE ASYMMETRIC SOCIETY, לעיל ה"ש 128. 130
 Brayden G. King, Teppo Felin & David A. Whetten, *Finding the Organization in* 131
Organizational Theory: A Meta-Theory of the Organization as a Social Actor, 21
 ORGANIZATION SCIENCE 290, 293 (2010).
 Natalie Gold & Robert Sugden, *Collective Intentions and Team Agency*, 104 J. PHILOS. 109 132
 (2007).
 King, Felin & Whetten, לעיל ה"ש 131, בעמ' 293. 133
 ראו הניתוח לעיל בתת-פרק א.2(ג). 134
 MARK BOVENS, THE QUEST FOR ; לעיל ה"ש 128; COLEMAN, THE ASYMMETRIC SOCIETY 135
 RESPONSIBILITY: ACCOUNTABILITY AND CITIZENSHIP IN COMPLEX ORGANIZATION (1998)
 CHARLES PERROW, ORGANIZING AMERICA: WEALTH, POWER, AND THE לגישה זאת ראו גם 136
 ORIGINS OF CORPORATE CAPITALISM (2002).
 הטלת אחריות על הרשות היא עדות לאמונה שהרשות היא בעלת היכולות לבצע פעולה יזומה, ולכך 137
 שהיא שהייתה יכולה וצריכה לנהוג אחרת. ראו Paul J. DiMaggio & Walter W. Powell, *The Iron*
Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational
Fields, 48 AMER. SOC. REV. 147 (1983).
 תאוריית השחקנים החברתיים מתייחסת לשלושה סוגים של שחקנים בחברה המודרנית – פרטים, 138
 ארגונים ומדינה. ראו King, Felin & Whetten, לעיל ה"ש 131, בעמ' 297; John W. Meyer &
 Ronald L. Jepperson, *The "Actors" of Modern Society: The Cultural Construction of Social*
Agency, 18 SOC. THEORY 100 (2000). לכן החלת תאוריה זאת – שהחלתה כאמור כבר ממילא
 נעשתה במקור בקשר למדינה עצמה – מתבקשת גם בקשר לרשויות ציבוריות.

ציבוריים אף יותר ממפקחים פרטיים, משום שבדרך כלל רשויות מפקחות אינן יכולות להחליט שלא לפקח על סקטור זה או אחר שחושף אותן לסיכונים של נשיאה באחריות. המדינה המודרנית אינה יכולה להחליט פתע שהיא מושכת ידה מן הפיקוח על מכלול הענפים המשקיים שעליהם היא מפקחת באותה עת, כשוק הביטוח, ענף הבנקאות או שוק התרופות. מהלך כזה אינו ראוי ואינו מעשי. מאפיין זה של המדינה המפקחת אינו בולט כל כך אצל מפקחים פרטיים, היכולים לזנוח תחום החושף אותם לסיכונים אחריות גבוהים.

המחקר הארגוני הציג אפוא לראות בארגונים ריבוניים שחקנים חברתיים וטוען כי ניתן לייחס להם שני מאפיינים חשובים: ¹³⁹ ייחוס חיצוני (external attribution) – המבקש להסביר את המוטיבציות של הארגון ואת הדרך שבה הוא פועל על בסיס גורמים חיצוניים לו; והתכוונות (intentionality) – שלפיה לארגון יש כוונות ייחודיות משל עצמו ויכולת לפעול על פי כוונות אלה. לפיכך, ניתן להתבונן על ארגונים כעל סוג של שחקנים חברתיים המושפעים מגורמים חיצוניים להם והמסוגלים לעבד את הנתונים הללו ולנהוג באופן תכליתי ומכוון.¹⁴⁰ כיוון שכאמור לעיל ניתן לראות ברשות ציבורית ארגון ריבוני, ניתן לייחס תכונות אלה גם לה, ולהכיר בה כשחקנית חברתית.

כעת ניגשים אנו לבחון מה המשמעות של הגדרת הרשות כשחקנית חברתית, וכדי להשיב על שאלה זאת נרחיב מעט את היריעה בקשר לשני מאפייניו החשובים של הארגון הריבוני – הייחוס החיצוני וההתכוונות:

מאפיין הייחוס החיצוני מניח שלרשות אינטראקטיבית מתמדת עם העולם החיצון, והיא מייחסת חשיבות רבה לשאלת תפיסתה בעיניו של זה.¹⁴¹ שחקנים חברתיים ריבוניים מסוגלים לקבל החלטות עצמאיות, ולכן החברה רואה בהם אחראים להחלטות אלה.¹⁴² יש לשים לב שלפי מאפיין הייחוס החיצוני, על השחקן החברתי להיתפס בקרב שחקנים אחרים כפועל אוטונומי וכנושא באחריות להחלטותיו ולמעשיו.¹⁴³ ואכן, השפה שלנו משקפת גם היא מציאות שבה רשויות פועלות ואחראיות בעיני צדדים שלישיים למעשיהן. בשפת הדיוטות נוהגים אנו לומר שפלוני "כרת הסכם עם המנהל"; ש"המשרד הממשלתי פיטר עשרות עובדים"; וש"הרשות פעלה בחוסר אחריות". המציאות הלשונית הזאת תואמת את הרעיון בתאוריית הזהות של כל ארגון, שלפיה יש לו "חתימה התנהגותית ייחודית" ודפוס ברור של בחירות שהוא מבצע.¹⁴⁴ זוהי גם הלוגיקה של Coleman,¹⁴⁵ שלפיה ארגונים הם

139 King, Felin & Whetten, לעיל ה"ש 131, בעמ' 290.

140 לטענה זאת בספרות המחקר הארגוני ראו JAMES S. COLEMAN, FOUNDATIONS OF SOCIAL THEORY (1990); Paul Ingram & Karen Clay, *The Choice-Within-Constraints New Institutionalism and Implications for Sociology*, 26 ANN. REV. SOC. 525 (2000); David A. Whetten, *Albert and Whetten Revisited: Strengthening the Concept of Organizational Identity*, 15 J. MANAGEMENT INQUIRY 219 (2006).

141 King, Felin & Whetten, לעיל ה"ש 131, בעמ' 297.

142 שם, בעמ' 292.

143 שם.

144 שם. אם כי ניתן לטעון שככל שהמאסדר קשור יותר לגורם פוליטי – בכפיפות היררכית, בכפיפות למדיניות או בהליכי מינוי – הוא ייתפס כאוטונומי פחות ולהפך, וכך הגדרתו "שחקן חברתי" תיחלש ותתחזק בהתאמה. לכן יש לנהוג בזהירות ולתת משקל ליחס שבין הרשות לבין הממונים עליה בבואנו להחיל את המאפיינים של "שחקנים חברתיים" על רשויות ציבוריות.

שחקנים חברתיים משום שהחברה מעניקה להם מעמד כזה – לא רק מבחינה משפטית אלא גם מעשית ולשונית. מעמדה של הרשות נובע במידה רבה מציפיותיו של הציבור ממנה משום שהציבור רואה בארגון אחראי לפעולותיו, והארגון יודע עובדה זאת היטב.¹⁴⁶ מושגים כדימוי ומוניטין, שבהם נהוג להשתמש בקשר לרשויות ציבוריות, מעידים גם הם שהציבור רואה בארגונים אחראים לפעולותיהם, ולפי הספרות מתחום המחקר הארגוני, הארגונים עצמם רגישים לכך.¹⁴⁷ מאחר שארגונים אחראים להגשמת המטרות שלשמן נוצרו, הם נתפסים כאחראים בעיני צדדים שלישיים כשהם נכשלים להגשים מטרות אלה.¹⁴⁸ הכרזה על כישלונה ורשלנותה של הרשות אינה עניין של מה בכך. גישות העוסקות במחזור חייהם של ארגונים קובעות שהארגון עובר דרך שלבי התבגרות הדומים לאלו של "אנשים טבעיים",¹⁴⁹ ומודלים שונים מגדירים ארגונים כשחקנים ייחודיים החווים לידה, ובמיוחד חוששים מכך שאם לא יפעלו כראות – דינם מיתה.¹⁵⁰

ההבנה שהארגון מכיר בציפיות של הסביבה ממנו ושואף לשרוד ולשמור על אוטונומיה בירוקרטית מביאה את התאוריה הארגונית לקבוע ששחקנים חברתיים מסוגלים לפעולה מכוונת. זהו מאפיין ההתכוונות, שלפיו לשחקנים הללו יש צורה כלשהי של כוונה שעליה מבוססת קבלת ההחלטות שלהם.¹⁵¹ הנחת יסוד בקרב חוקרים ארגוניים היא שלארגונים יש כוונות שאינן תלויות באמונות, בהעדפות, במטרות ובערכים האישיים של הפרטים המרכיבים אותם,¹⁵² וכי לארגונים יש ראייה עצמית וייחודית¹⁵³ ומשמעות עצמית.¹⁵⁴ כך, גם לרשויות מאסדרות יש זהויות ייחודיות שמהוות אותן ומעניקות לגיטימציה לקיומן.¹⁵⁵ המטרות שאותן נועד הארגון להגשים והערכים שאותם הוא נועד להנחיל הם המגבשים את

BARBARA S. ROMZEK & MELVIN J. DUBNICK, *Accountability in the Public Sector: Lessons from the Challenger Tragedy*, 47 PUB. ADMIN. REV. 227 (1987).
COLEMAN, FOUNDATIONS OF SOCIAL THEORY 145, לעיל ה"ש 140. כן ראו BARBARA S. ROMZEK & MELVIN J. DUBNICK, *Accountability in the Public Sector: Lessons from the Challenger Tragedy*, 47 PUB. ADMIN. REV. 227 (1987).
CZARNIAWSKA, NARRATING THE ORGANIZATION: DRAMAS OF INSTITUTIONAL IDENTITY (1997).

ZYGMUNT BAUMAN & TIM MAY, THINKING SOCIOLOGICALLY (2001); ראו שם 146.
CHARLES J. FOMBRUN, REPUTATION: REALIZING VALUE FROM THE CORPORATE IMAGE (1996); Charles J. Fombrun & Mark Shanley, *What's in a Name? Reputation Building and Corporate Strategy*, 33 ACAD. MANAGEMENT J. 233 (1990).

Barbara S. Romzek & Melvin J. Dubnick, *Accountability in the Public Sector: Lessons from the Challenger Tragedy*, 47 PUB. ADMIN. REV. 227 (1987).

Andrew H. Van de Van & Marshal S. Poole, *Explaining Change and Development in Organizations*, 20 ACAD. MANAGEMENT REV. 510 (1995).

MICHAEL T. HANNAN & JOHN FREEMAN, ORGANIZATIONAL ECOLOGY (1989). בעניין מסלול החיים הרגולטורי שבו עסקנו לעיל בתת-פרק א.2. (א) ראו BERNSTEIN, לעיל ה"ש 41.

King, Felin & Whetten, לעיל ה"ש 131, בעמ' 292.

שם, בעמ' 294.

Whetten, לעיל ה"ש 140.

Peter J. Burke, *The Self: Measurement Requirements from an Interactionist Perspective*, 43 SOC. PSYCH. QUART. 18 (1980).

David A. Whetten & Alison Mackey, *A Social Actor's Conception of Organizational Identity and its Implications for the Study of Organizational Reputation*, 41 BUS. SOC. 393 (2002).

זהותו והם שמתווים את כוונותיו.¹⁵⁶ בקשר הדוק לכך, תאוריות ארגוניות גורסות שפעולת הארגון נובעת מ"ראיית העצמי" שלו, דהיינו מאותה נקודת השקפה שמנחה את פעולותיהם ומכוונת את התנהגותם של החברים בארגון. הראייה העצמית של הארגון באה לידי ביטוי בנטייה לפעולה ארגונית מכוונת-מטרה. מטרת ציבוריות רשמיות – כהגברת התחרותיות במשק או שמירה על בריאות הציבור – הן שמשמשות מדריך התנהגותי לחברי הארגון.¹⁵⁷ מטרת אלו מספקות לחברי הארגון קריטריונים לשפוט לפיהם הולמות של התנהגות ואסטרטגיות. הן גם מספקות הצדקה להתנהגות ומאפשרות לאינדיווידואלים בתוך הארגון ומחוצה לו להעריך ביצועים ארגוניים. אי-הגשמת המטרות הללו – וההכרזה שהארגון התרשל במשימתו להגשים אותן – עלולים לסכן את הישרדותו של הארגון, ולכן ההכרזה השיפוטית על התרשלות הארגון היא בבחינת מכשיר מכוון-התנהגות רב עוצמה.¹⁵⁸ מהן ההשלכות, מבחינת מחקר זה, של הבנת הרשות כשחקנית חברתית המתאפיינת בייחוס חיצוני ובהתכוונות? את התשובה לשאלה זאת אקשור כעת לטענתי בדבר הצורך בפירוק האפקט הנזיקי.¹⁵⁹ מהלך זה הכרחי כדי להעריך נכונה את כוחם ההרתעתי של דיני הנזיקין. טענתי בהקשר זה היא כי מרבית הספרות שעסקה עד כה בסוגיה זאת התייחסה, ועודנה מתייחסת, אל דיני הנזיקין כאל מקשה אחת בלי להתעכב די הצורך על חשיבות ההבחנה בין שלב הטלת האחריות לשלב השתת החבות.¹⁶⁰ ראינו שהביקורת המושמעת בספרות מטילה דופי בכוחם ההרתעתי של דיני הפיצוי הנזיקיים, ולפיה השתת חבות אינה מכוונת ביעילות התנהגות של מזיקים ציבוריים, בהיותם כים עמוק, משום שעובדי ציבור אינם משלמים חבות זאת מכיסם, כיוון שהתמריצים המשפיעים על עובדי ציבור הם פוליטיים ולא כספיים וכיוצא באלה. אולם עמדתי היא שדיני האחריות הנזיקיים – דהיינו השלב הקודם לדיני הפיצוי שבו נמצא המזיק רשולן ומתויג ככזה – הם בעלי ערך מכוון-התנהגות רב עוצמה, עת במזיקים ציבוריים עסקינן. דיני הנזיקין אינם רק "דינים מפצים" אלא גם "דינים מתייגים".

156 ראו גם הטענה היסודית אצל PHILIP SELZNICK, LEADERSHIP IN ADMINISTRATION: A SOCIOLOGICAL INTERPRETATION (1957).

157 וראו הטיעון היסודי אצל Charles Perrow, *The Analysis of Goals in Complex Organization*, 26 AMER. SOC. REV. 854 (1961).

158 וראו הגישה אצל John Freeman, Glenn R. Carroll & Michael T. Hannan, *The Liability of Newness: Age Dependence in Organizational Death Rates*, 48 AMER. SOC. REV. 692 (1983).

159 Gilles טוענת שתביעות נזיקין נגד רשויות חושפות מידע רב ערך, המושך פרסום לא מחמא. לשיטתה, רצונו של הנתבע להימנע מפרסום שלילי כאמור, מנטלי הליטיגציה ועלויותיה ומעוקצה של הקביעה השיפוטית בדבר הטלת אחריות, עשוי להוביל לשינוי ארגוני. ראו Myiram E. Gilles, *In Defense of Making Government Pay: The Deterrent Effect of Constitutional Tort Remedies*, 35 GA. L. REV. 845, 859 (2001). Gilles מדגישה שמסקנה זאת נכונה אף יותר בתחום המשפט הציבורי, שבו המידע העולה מהתביעה ומהפרסום שבעקבותיה מדרבן את הרשות הציבורית לנקוט בפעולות יעילות, וכך הפונקציה אשר מנביעה את המידע של דיני הנזיקין גורמת לרשות להפנים עלויות פוליטיות (ולא כלכליות) ולשמש מחוללת רפורמות.

160 ראו Levinson, *Making Government Pay*, לעיל ה"ש 60, המתמקד במאמרו בקשיים שבמכשיר הפיצוי (כלומר, בכללי החבות) כמרתיע את המדינה ולא במכשיר התיג (דהיינו בכללי האחריות). להבחנה בין שני אלו ראו גם גלעד גבולות האחריות, לעיל ה"ש 12, בעמ' 78–79.

זוהי נקודה שבה הנדבך הראשון (הרשות הציבורית, כשחקנית חברתית, מתאפיינת בשאיפות למוניטין טוב, לשרידות פוליטית ולאוטונומיה בירוקרטית ומסוגלת לפעולה מכוונת מטרה) והנדבך השני (יש לפרק את האפקט הנויקי לשניים – להטלת האחריות ולהשתתף בחבות) נקשרים הדוקות זה לזה והופכים לטיעון יסודי אחד שתמציתו היא זאת: רשויות ציבוריות, כשחקניות חברתיות, מייחסות חשיבות רבה לכך שלא תימצאנה ולא תתויגנה כמי שנהגו ברשלנות, וחרב זאת מרתיעה אותן, מכוונת את התנהגותן בייעילות ועשויה לרפא את כשלי המאסדר הפרטי. אומנם המאסדר עלול לשאוף לפעול בחוסר יעילות, אך הוא אינו מסוגל לממש שאיפותיו אלא כיוון שהרשות המורתעת אינה מאפשרת זאת.

ואכן, מחקרים מצאו שרשויות מאסדרות שואפות להשיא את מעמדן ולהגדיל את כוחן,¹⁶¹ שהחלטות אסדרתיות מושפעות ממניעים של האדרה מחלקתית,¹⁶² ורשויות מאסדרות מייחסות חשיבות רבה לדימוין בקרב הציבור.¹⁶³ תפיסה זאת, הרואה ברשות המאסדרת ישות חברתית, מאפשרת אפוא לייחס לה כוונות ושאיפות בדבר שרידות פוליטית ואוטונומיה בירוקרטית.¹⁶⁴ לפיכך מוניטין טוב עשוי לשפר את עצמאותה של הרשות ואת חופש פעולתה. לעומת זאת מוניטין רע עלול ליצור דה-לגיטימציה כלפיה ולהטיל דופי בכשירותה מצד קהלים מגוונים.¹⁶⁵ הקביעה כי הרשות התרשלה עלולה לגרור ביקורת ציבורית ופוליטית. פגיעה זאת עלולה להוביל לגריעה מן הסמכויות האסדרתיות, לקיצוץ במשאבי הרשות, ובמקרים קיצוניים – לביטולה. לכן למוניטין הטוב של הרשות משקל קונקלוסיבי בהתנהלותה.¹⁶⁶ הסברים אלו עשויים לתרום תרומה מכרעת להבנה שהימנעותה של הרשות המאסדרת מלהיות מתויגת בבית המשפט הנויקי כרשלנית, היא מטרה החשובה לה עד מאוד בשל שאיפתה לשמור על מעמדה ועל שרידותה הפוליטית וכדי לזכות במוניטין חיובי.¹⁶⁷ לא פלא אפוא שרשויות מאסדרות מבקשות להימנע מתבוסה בבתי משפט, ואגב כך בזירה הציבורית-תקשורתית, מהטעם שתבוסה זאת תפגע בהן, תעמיד

161 וראו הממצאים אצל WILLIAM A. NISKANEN, BUREAUCRACY AND REPRESENTATIVE GOVERNMENT (1971); William A. Niskanen, *Bureaucrats and Politicians*, 18 J.L. & ECON. 617 (1975); Jean-Luc Migue & Gerard Belanger, *Towards a General Theory of Managerial Discretion*, 17 PUB. CHOICE 27 (1974)

162 MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THEORY OF GROUPS (1965)

163 וראו הממצאים אצל Daniel P. Carpenter, *State Building Through Reputation Building: Coalitions of Esteem and Program Innovation in National Postal System, 1883–1913*, 14 STUD. AM. POLITICAL DEV. 121 (2001); DANIEL P. CARPENTER, THE FORGING OF BUREAUCRATIC AUTONOMY: REPUTATIONS, NETWORKS, AND POLICY INNOVATION IN EXECUTIVE AGENCIES, 1862–1928 (2001)

164 King, Felin & Whetten, לעיל ה"ש 131. לכך שאפשר להביט על ארגונים כישות סוציו-פוליטית ולייחס להם, לפיכך, כוונות ושאיפות כשרידות פוליטית, זהות חברתית ואוטונומיה בירוקרטית, ראו ידן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 419.

165 King, Felin & Whetten, לעיל ה"ש 131.

166 שם. כן ראו הדיון אצל ידן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 419.

167 למסקנה שבמשטר אחריות מבוסס-אשם מטביעים דיני הנויקין במזיק סטיגמה הראויה לגינוי מוסרי וחברתי ראו גם אריאל פורת נויקין כרך א 75 (2013).

בסכנה את מעמדן הפוליטי ותסכן את יכולתן לבסס עצמן כמוסד חיוני ורלוונטי.¹⁶⁸ הרתעתה זאת של הרשות באמצעות הדין הנזיקי תקשה מאוד על המאסדר הפרטי לפעול בתוך הרשות בחוסר יעילות, והיא צפויה לרפא את כשלו.

אסכם בכך שיש לדעתי יתרונות ברורים בהבנת הרשות כשחקנית חברתית, במיוחד בקשר לשאלה כיצד תכונות הרשות, ובראשן אופן קבלת החלטותיה, מעצבות תהליכים שונים. קבלת החלטות ארגונית היא תהליך שמעוצב ומושפע מהמקור שממנו ארגונים מקבלים את הריבונות שלהם ושכלפיו הם אחראים.¹⁶⁹ בעניינן של רשויות מאסדרות זהו הציבור הרחב שלו עליהן ליתן דין וחשבון ושאותו הן נועדו לשרת. זאת ועוד, המטרות שאותן נועדה הרשות להגשים הן מנגנון חשוב שעל פיו מתקבלות החלטות אלה.¹⁷⁰ אם כן, הבנת הרשות כשחקנית חברתית היא מכרעת, משום שהיא תורמת להבנתנו את האופן שבו מקבלים שחקנים ציבוריים החלטות.¹⁷¹ הכרזת בית המשפט כי הרשות התרשלה מכוונת את הזרקור אל כישלונה של הרשות בהשגת המטרות שאותן נועדה לקדם. לנוכח האמור לעיל ניתן להעריך שלכך יש ערך מכוון-התנהגות רב, המשפיע על קבלת ההחלטות. ראייה ברשות המאסדרת שחקנית חברתית וההבנה שהיא כזאת מדגישה את העובדה שזו ערה לייעוד שלשמו נוצרה ושואפת שלא להיות מובסת בספרה המשפטית-ציבורית-תקשורתית. עובדה זאת מצויה בבסיס קבלת החלטותיה, מכוונת את התנהגותה, וכפי שראינו – רשויות ציבוריות מסוגלות לפעול באופן תכליתי ומכוון שאינו תלוי באמונות, בהעדפות ובמטרות האישיות של הפרטים המרכיבים אותן.

3. סיכום

את מונח ההרתעה בדיני הנזיקין מקובל לזהות עם סנקצייה שמוטלת על המזיק כדי להביאו לידי הפחתה או מניעה של סיכוני הנזק שהוא מייצר.¹⁷² חרף הסכמתי עם הביקורת – שעניינה הקושי הטמון בפרקטיקת השתת הפיצויים לשם הכוונת התנהגות של רשויות ציבוריות – עמדתי היא שמכל מקום ניתן להצדיק באמצעות שיקולי הרתעה את השימוש בדין הנזיקי לצורך הכוונת התנהגות של מאסדרים ציבוריים. הדרך לעשות כן היא באמצעות הדגשת השפעתו של רכיב נוסף בדין הנזיקי מלבד רכיב הפיצויים – רכיב האחריות. כך, הטלת אחריות במסגרת הדין הנזיקי יכולה לתקן את חוסר היעילות שבפעולת המאסדר הפרטי, כיוון שהוא עתיד להיות מורתע מעצם עמידתו במרכז הליך נזיקי – גם אם פיצויים לא יושמו עליו – בשל החשיבות שהוא מייחס למעמדו הציבורי.

נוסף על כך, גם במקרים שבהם לא ניתן להרתיע את המאסדר הפרטי – כיוון שהוא איננו מייחס חשיבות רבה למעמדו הציבורי או משום שאין הוא עתיד לעמוד במרכז ההליך

168 ידין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 419.

169 King, Felin & Whetten, לעיל ה"ש 131, בעמ' 300.

170 למסקנה זאת באשר לארגונים ראו שם.

171 וראו הטענה היסודית אצל Chip Heath & Sim B. Sitkin, *Big-B Versus Big-O: What is Organizational About Organizational Behavior?*, 22 J. ORGANIZ. BEHAV. 43 (2001).

172 גלעד "על גבולות ההרתעה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 429.

המשפטי – הרשות עצמה עשויה להיות מורתעת מהטלת אחריות עליה וצפויה אפוא לפעול באופן שימנע מהמאסדר הפרטי לפעול שלא ביעילות. היות שהרשות מייחסת חשיבות רבה לשאלת תפיסתה בעיני הציבור ובהתחשב בשאיפתה המתמדת לשרוד ולשמור על אוטונומיה בירוקרטית, ניתן לשער שתגובתה לסיכונים של נשיאה באחריות תניב, לאור האמור לעיל, מערכת פנימית של הפקת לקחים ואימוץ נוהלי קבלת החלטות אשר יהיו רגישים יותר להיקף האחריות שמייצרת פעילות נושאי המשרה בה. אפשר לצפות מרשויות העומדות בפני סיכונים של נשיאה באחריות לערוך ניהול סיכונים, לקיים מעקב, לזהות חשיפה אפשרית לתאונות ולפעול להקטין את ההסתברות להתקיימותן. תגובות אלה עשויות לכלול למשל תוכניות מיטביות לבחירת עובדים ולהכשרתם ואימוץ נהלים שקושרים בין ייצור העלויות לסכום שכרו של העובד ולאפשרויות הקידום שלו. אם כן, יוצא שהרשות הציבורית צפויה להירתע מהטלת האחריות עליה ולפעול כדי לתקן את כשלי המאסדר הפרטי בשל התכונות שניתן לייחס לה כשחקנית חברתית – לפי ממצאי המחקר הארגוני – שלפיהן היא מייחסת חשיבות רבה לתפיסתו של הציבור אותה (ייחוס חיצוני) ומסוגלת לכוון את התנהגותה (התכוונות).

ד. הדין המנהלי והחשש מהרתעת יתר

בפרקים דלעיל טענתי שבאשר למאסדרים, ניתן להצדיק – מבחינת שיקולי הרתעה – את השימוש בדין הנזיקי לצורך הכוונת התנהגותם, באמצעות הדגשת השפעתו של רכיב נוסף בדין הנזיקי מלבד רכיב הפיצויים – רכיב האחריות. הסיבה לכך היא שמזיקים ציבוריים סובלים נזק רב כשהם מתויגים כרשלנים. אם אכן כך, ניתן לטעון שעל פני הדברים גם הדין המנהלי – בהטילו אחריות על רשויות ציבוריות הפועלות שלא בסבירות – יכול לשמש להכוונת התנהגות אסדרתית, מאותם הטעמים ממש. אולם כפי שיעלה הניתוח שיוצג בפרק זה, חלופה זאת אינה מספקת ואינה יכולה להוות תחליף שלם לדין הנזיקי. בקשר קרוב לכך, אדון בפרק זה גם בחשש מהרתעת יתר של המאסדר בעקבות השימוש בדין הנזיקי ואטען כי אין לצפות בהקשרו זה להרתעת יתר וכי ההרתעה שמפיק הדין הנזיקי ביחס למאסדרים היא ראויה.

1. קיומו של הדין המנהלי

דיני הנזיקין מגדירים מערכת חובות הכרחית ונוספת של מאסדרים לצד מערכת חובותיהם המוגדרת במשפט המנהלי, ובכך יוצרים דינים אלו מנגנון נוסף של ביקורת שיפוטית על פעולות המנהל.¹⁷³ כעת ניוכח שהביקורת הנזיקית מרחיבה ומעמיקה את הביקורת השיפוטית על מאסדרים ומשמשת לעיתים אמצעי משלים וחלופי לכלליו של המשפט הציבורי. משכך, ההצעה (הטבעית לכאורה) להשתמש בדין המנהלי במקום הדין הנזיקי אינה מיטבית. בפשטות – במצב המשפטי הנוכחי לדין הנזיקי יתרונות מספר על פני הדין המנהלי בכל הקשור להכוונה יעילה של מאסדרים, ואלו הם:

173 גלעד "חלק ראשון", לעיל ה"ש 17, בעמ' 346.

שני יתרונותיו הראשונים של הדין הנזיקי מקורם בסוג הסעד הניתן לנפגע, ובמשמעותה של הבחנה זאת בין הסעדים מבחינת תוצאת הביקורת השיפוטית.¹⁷⁴ הסעד שמעניק המשפט המנהלי הוא צו "עשה" או "אל תעשה", וכך התרופה העיקרית שניתנת לעותר במסגרתו היא אכיפת זכותו המנהלית באמצעות ביטול המעשה המנהלי, מניעת הישנותו או חיוב הרשות לבצעו. אומנם ניתן להעניק גם סעד של פיצוי בעילה מנהלית, אך בפועל הדבר כמעט אינו נעשה.¹⁷⁵ במסגרת הליך הנזיקי עומדות לרשותם של בתי המשפט שתי תרופות מרכזיות: פיצוי (שעל פי רוב הוא צופה פני עבר)¹⁷⁶ וציווי¹⁷⁷ (שבדרך כלל צופה פני עתיד).¹⁷⁸ אולם חרף האפשרות להעניק לניזוק סעד של ציווי, במרבית המקרים דיני הנזיקין מחייבים את המזיק לשלם לו פיצוי. דיני הנזיקין מתמקדים אפוא בסעד של פיצוי הנפגע יותר מבאכיפת זכותו. מגמה זאת אינה אמורה לעורר פליאה, שהרי במרבית תביעות הנזיקין צווים אינם רלוונטיים מפני שהנזק כבר התהווה, ולכן תרופת הפיצויים היא היחידה הבאה בחשבון.¹⁷⁹

174 ראו הדיון בע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005). לדיון נוסף בקשר לחלוקת העבודה בין שני ענפי הדין בפסיקה ראו בג"ץ 535/88 קסקס נ' ראש עיריית לוד, פ"ד מג(4) 453 (1989); ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד סכ(1) 803 (2007). לדיון בשאלה אם סעד של מערכת דינים אחת מתיישב עם סעד של מערכת אחרת ראו ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1) 221 (1988).

175 ס' 3(5) לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 מסמך את בית המשפט המנהלי לדון בתובענות מנהליות בנושאים המנויים בתוספת השלישית לחוק, שכיום הם שניים בלבד: תובענה לפיצויים שעילתה במכרו ותובענה נגד רשות לפי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. ראו ע"מ 9660/03 עיריית רחובות נ' שבררון, פ"ד נט(6) 241 (2005); ע"מ 9423/05 רשות השידור נ' קטימורה בע"מ (פורסם בנבו, 13.8.2007). אשר לתובענה לפיצויים שעילתה במכרו, אף שמכות הפיצוי נתונה לבית המשפט המנהלי, לתובענה זאת שורשים בדיני החוזים – ובתפיסת המכרו כחווה נספח – וראו רונן פוליאק המימד הרכושי של זכויות חוקתיות 160–162 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2015). בתי המשפט נכוננו לשקול פסיקת פיצויים במסגרת עילות מנהליות או חוקתיות, אך נמנעו עד כה מלהכריע בסוגיה הכרעות בעלות משמעות תקדימית. ראו ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 16 (2004); עניין אבנעל, לעיל ה"ש 174; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2005). כן ראו הניתוח אצל דפנה ברק-ארז עוללות חוקתיות: ההגנה הכספית על הזכות החוקתית (1993); דפנה ברק-ארז "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים" משפט וממשל ב 35 (1994); ברק-ארז "עוללות חוקתיות בעידן חוקי היסוד", לעיל ה"ש 17.

176 אף שפסיקת פיצויים בגין נזקים עתידיים לא נפסלה עקרונית ברע"א 6970/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.7.2009). כן ראו הדיון היסודי אצל Ariel Porat & Alex Stein, *Liability for Future Harm*, in PERSPECTIVES ON CAUSATION 221 (Richard S. Golberg ed., 2010).

177 אכיפת הזכות על דרך הציווי הוצאה בעבר מתחום הסמכות של בתי המשפט האזוריים – ראו הנוסח המקורי של ס' 5 לחוק תיקון סדרי הדין האזורי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958, ס"ח 251 (אך סעיף זה בוטל בשנת 1988). לסעד הציווי בהליך הנזיקי ראו ס' 74 ו-76 לפקודת הנזיקין; ס' 447(א)(5) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"ה-2011, ה"ח הממשלה 596.

178 אף שציווי יכול להתברר כרלוונטי גם בקשר לנזקי עבר. ראו למשל ס' 2 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים, התשנ"ב-1992.

179 השאלה אם להכיר בסעד הציווי בהליך הנזיקי נדונה בפסיקה ובספרות. ראו למשל בע"א 44/76 אתא חברה לטקסטיל בע"מ נ' שורץ, פ"ד ל(3) 786 (1976), התנגד בית המשפט להעניק פיצוי במקום ציווי כשדובר במטרד שגרם לנזק ממש. בעניין אבנר, לעיל ה"ש 122, בעמ' 854, נקבע שהציווי בנוזיקין הוא

יוצא שהסעד המרכזי הניתן לעותר בהליך המנהלי הוא צו "עשה" או "אל תעשה", ואילו הסעד המרכזי הניתן לניזוק בהליך הנוזקי הוא פיצוי בגין הנזק שסבל.¹⁸⁰ כן ראינו שאומנם ניתן להעניק פיצוי גם בעילה מנהלית או חוקתית וציווי בעילה נזיקית, אך בפועל הדבר כמעט אינו נעשה. במישור התאורטי דיני הנוזקין עדיין נתפסים כדינים שמהותם היא פסיקת פיצויים לניזוק בשל הפגיעה בזכותו,¹⁸¹ ויש המעריכים שמציאות זאת לא תשתנה בקרב.¹⁸² שני יתרונות חשובים המאפיינים את הדין הנוזקי עולים מהבחנה זאת:

יתרון ראשון קשור הדוקות למטרה של הכוונת התנהגות יעילה של מאסדרים ורשויות מאסדרות. כפי שראינו, בשונה מהדין המנהלי, מהותם של דיני הנוזקין היא פסיקת פיצויים לניזוק בשל הפגיעה בזכותו. מנגנון פיצויים זה חיוני הוא – הגם שהרתעה יעילה של מזיקים ציבוריים עשויה להתקיים בלעדיו – בשל תמריצים יעילים שהוא מספק לניזוקי הרשלנות האסדרתית להגיש תביעות נזיקין. לפי טיעון זה, יתרון גדול שגלום בדין הנוזקי הוא פיצוי הניזוק, המושג בדין זה, כמניע מרכזי להנעת תהליכים משפטיים. תובעים פוטנציאליים מתומרצים מן הפיצוי שאותו הם מקווים להשיג מההליך הנוזקי, וכך מייצר הדין הנוזקי תובעים רבים יותר, המביאים בתורם להכוונה טובה יותר של המאסדרים. לשון אחר, קיומו של רכיב פיצוי בדין הנוזקי יוצר מוטיבציה לתובעים לתבוע מאסדרים, ובכך מביא להכוונה יעילה של המאסדרים.¹⁸³

- סעד משני הנתון לשיקול דעת שיפוטי. ברוח זו ראו גם רע"א 6339/97 רוקר נ' סולומון, פ"ד נה(1) 199 (1999). הבחירה בין פיצוי לציווי נדונה אצל Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972). לדידם, כשעלויות העסקה נמוכות, לא חשוב למי מהצדדים תינתן הזכות, משום שאלו יסדירו את יחסיהם, וכך הנזק יימנע בדרך הזולה ביותר, אם ראוי למונעו. זוהי תמצית הרעיון של התאורמה של Coase. ראו R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 1 (1960). לעומת זאת אם עלויות העסקה גבוהות, יש לקבוע את הזכות לטובת מי שאינו המונע הזול ולהגן עליו באמצעות כלל קנייני. ראו גם ישראל גלעד "הערות לסדרי הנוזקין בקודקס – אחריות ותורפות" משפטים לו 761, 797–801 (2006); פורת "דיני נזיקין" הגישה הכלכלית למשפט, לעיל ה"ש 110, בעמ' 327–333; דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ג 397–390 (2013).
- 180 עוד על היחס בין הסעד המנהלי לזה הנוזקי ראו John C. Jr. Jeffries, *The Right-Remedy Gap in Constitutional Law*, 109 YALE L.J. 87, 105–110 (1999); P.H. SCHUCK, *SUING GOVERNMENTS: CITIZEN REMEDIES FOR OFFICIAL WRONGS* (1983). גלעד גורס שהאפקט הנוסף של הסעד הנוזקי הוא מהותי ביותר. ראו גלעד גבולות האחריות, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1036–1037. פורת סבור שסעד הפיצוי רך מסעד הציווי (ראו פורת "דיני נזיקין", לעיל ה"ש 17, בעמ' 264) ושהסעד דרסטי בתחום המשפט המנהלי יותר מבתחום דיני הרשלנות (ראו פורת נזיקין, לעיל ה"ש 167, בעמ' 219–220). לדידה של ברק-ארוז, הגנה על זכות באמצעות סעדים כספיים כרוכה בהתערבות פחותה בשיקול הרעת השלטוני לעומת פרקטיקה של צווים. ראו ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ג, לעיל ה"ש 179, בעמ' 414.
- 181 גלעד "הערות לסדרי הנוזקין בקודקס – אחריות ותורפות", לעיל ה"ש 179, בעמ' 797.
- 182 גלעד מציין שהצעת ה-Law Commission-1998 לפסוק פיצויים בעילות מנהליות זכתה לתגובה ביקורתית, ושהוועדה חזרה בה מהצעתה בשל חוסר היכולת להעריך כראוי את ההשלכות הכלכליות והמעשיות של ההצעה (ראו גלעד גבולות האחריות, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1035–1036).
- 183 זה המקום לשוב ולהדגיש שגם חבות חלקית עשויה להספיק לצורך זה, שהרי כזכור הרתעת מאסדרים מצויה כבר בשלב הראשון, בעצם הטלת האחריות עליהם. אומנם דיון זה חורג ממסגרת המאמר, אך בעקבות האמור ניתן להסיק כי לצורך השגת הרתעה של מאסדרים – ובתוך כך הכוונה יעילה של פעולותיהם – אין הכרח שיושת עליהם סכום פיצוי מלא, ועם זאת יש לוודא כי הסכום שיושת יהיה גדול

יתרון שני העולה מדברים אלו הוא שהסעד המנהלי רלוונטי בעיקר לפעילותו המזיקה של המאסדר בהווה ובעתיד, ובמצב הדברים הרגיל אין כוחו יפה לנזקים שזה גרם בעבר, כשהנזק כבר התגבש ואירע. האפשרות לקבל סעד של ציווי – בלי שתלווה לו הזכות לתבוע פיצויים כשהנזק התגבש ואינו ניתן עוד לתיקון באמצעות ציווי – לוקה בחסר.¹⁸⁴ לעומת זאת הסעד הנזיקי רלוונטי גם בקשר לנזקים שגרמה פעילות האסדרה בעבר בשל חיוב המזיק בתשלום פיצויים בשל נזקי עבר אלו.

יתרון שלישי של הדין הנזיקי מקורו בשוני בערכאות המאפיינות כל אחד מענפי הדין. הביקורת המנהלית נעשית בבתי המשפט המחוזיים, בשבתם כבתי משפט לעניינים מינהליים, ובאמצעות בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ. הביקורת הנזיקית, לעומתה, נעשית בעיקר בבתי משפט השלום ובבתי המשפט המחוזיים, לפי הסמכות העניינית שבכל תיק, הנקבעת לפי סכום הפיצוי שאותו הניזוק תובע. אם כך, האפשרות להגיש תביעות נזיקין בגין רשלנות מאסדרים מגבירה את נגישותם של הפרטים לקבלת סעד משפטי בגין הפגיעה בהם. שיפור זה בנגישות בא לידי ביטוי בכך שבתי המשפט האזרחיים מפוזרים היטב בכל רחבי הארץ ובכך שתקופת הזמן שבמהלכה ניתן להגיש תביעה אזרחית ארוכה היא. לעומת זאת עתירות מנהליות מתנקזות כל כולן לערכאות המנהליות בלבד (דהיינו, לבתי המשפט המחוזיים לעניינים מינהליים ולבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ), בתוך כדי דרישה לעמידה בסד זמנים צפוף.¹⁸⁵ זאת ועוד, הערכאות המנהליות הן סלקטיביות מן הערכאות האזרחיות, במובן זה שבסמכותן לדחות עתירות ללא דיון בהן לגופו של עניין.¹⁸⁶ סיכומו של תת-פרק זה מעלה שבמצב המשפטי הנוכחי לדין הנזיקי יתרונות מספר על פני הדין המנהלי בכל הקשור להרתעתם של מאסדרים ורשויות מאסדרות. אולם האין מדובר בהרתעת יתר שלה גורמים דיני הנזיקין בהטילם אחריות על מזיקים ציבוריים? לשאלה זאת אנו באים כעת, וכפי שניווכח – עמדתי היא שהתשובה לה שלילית.

2. הרתעת יתר ואסדרה מגננתית

ניתן לטעון לקיומה של הרתעת יתר שאותה מפיקים דיני הנזיקין בקרב מזיקים ציבוריים, אשר נובעת ממתחם הסבירות הצר שמעניק הדין הנזיקי למאסדר. הדין המנהלי, לפי טיעון זה, ערוך כיאות להתמודד עם בעיית הרתעת היתר, באמצעות עיצובו של מתחם הסבירות המנהלית הרחב. לעומת זאת הדין הנזיקי – בהקנתו למאסדר מתחם סבירות נזיקית צר

מספיק כדי לתמרץ את הנפגעים לתבוע את הרשות המאסדרת, ובכך להביא להכוננה יעילה של פעולותיה.

184 הזנחת המשפט הציבורי את סעד הפיצוי נתפסה כבר בפסיקה מוקדמת כבעייתית. ראו למשל בג"ץ 22/49 סבו נ' המושל הצבאי, יפו, פ"ד ב 701 (1949); בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז 20 (1962). ברק-ארו סבורה שהדיון באפשרות להגיש תביעות נזיקין נגד הרשויות חשוב במיוחד על רקע היצע הסעדים החלקי במשפט המינהלי המסורתי. ראו ברק-ארו משפט מינהלי כרך ג, לעיל ה"ש 179, בעמ' 390–391.

185 עתירה מנהלית יש להגיש בתוך ארבעים וחמישים ימים מיום ההחלטה, בשונה מתביעה אזרחית, שאותה ניתן להגיש בתוך שבע שנים מיום היווצרות העילה. ראו בהתאמה: תק' 3 (ב) לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א–2000; וס' 5 לחוק ההתיישנות, התשי"ח–1958.

186 גלעד גבולות האחריות, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1039.

בלבד – אינו ערוך כנדרש להתמודד עם בעיית הרתעת היתר, ולכן הוא עלול לעוות את שיקול הדעת של רשויות ציבוריות ולהביאן לפעול פעולה מגננתית ושאינה יעילה.¹⁸⁷ כעת אטען שהמסקנה כי הדין הנוזיקי מפיך הרתעת יתר בקשר למאסדרים אינה משכנעת ואינה הכרחית. מתווה הדיון בטענתי זאת יהיה כדלהלן: אפתח בניתוח קצר של מקור החשש לבעיית הרתעת היתר – מתחם הסבירות הצר שמקנה הדין הנוזיקי למאסדר, כאמור; לאחר מכן, במענה לחשש זה, אטען שהרתעת יתר אינה צפויה להיווצר משתי סיבות מרכזיות – האחת, אין מדובר ב"הרתעת יתר" כי אם בהרתעה יעילה וראויה; השנייה, אין לצפות להרתעת יתר, וזאת בשל אופיו ה"רך" של הסעד הנוזיקי. הבה נרחיב:

מתחם הסבירות המוקנה למאסדר במשפט המנהלי רחב מזה שמקנים לו דיני הנוזיקין. משכך, במצבים שבהם התנהגות המאסדר לא חרגה מכללי הסבירות שקובע המשפט המנהלי, עשויים דיני הנוזיקין להיות המקור היחיד לביקורת השיפוטית על פעולתו. מדברים אלו עולה שחרף הקשר בין אי־תקינות מנהלית לאי־תקינות נזיקית (ומצידו השני של אותו מטבע – בין תקינות מנהלית לתקינות נזיקית) ולמרות הדמיון בין העילות, אין זהות בין השתיים, ולכן לא כל אי־סבירות נזיקית עולה כדי אי־סבירות מנהלית. אי־הסבירות המנהלית, במשמעותה העדכנית, מתמקדת באיזון הפנימי של החלטת הרשות (בצד עילת המידתיות שהתפתחה ממנה).¹⁸⁸ כבר בפסיקה מוקדמת נקבע שאי־סבירות מנהלית היא כזו היורדת לשורשו של עניין, שצריכה היא להיות קיצונית ולא אי־סבירות של מה בכך,¹⁸⁹ כאשר פעולת הרשות סתה סטייה מהותית מהסביר, וחוסר ההיגיון הטמון בפעולה הוא גדול.¹⁹⁰ במילים אחרות, על הטוען לאי־סבירות מנהלית, לפי גישה זאת, לשכנע את בית המשפט שבהתנהלות הרשות טמונה אי־סבירות קיצונית שתצדיק את התערבותו.¹⁹¹ פסקי דין מאוחרים יותר הדגישו גם הם שאי־סבירות זאת צריך שתהיה קיצונית, מהותית ויורדת לשורש העניין כדי לשלול את חוקיותו של המעשה המנהלי.¹⁹² דברים אלו מאירים את ההבדל בין אי־הסבירות המנהלית לנזיקית, שכן בקשר לזאת האחרונה, כל סטייה מסטנדרט הסבירות גוררת אחריה גם הטלת אחריות בעילת הרשלנות.

אומנם ניתן לטעון שהבחנה בין אי־סבירות רגילה לאי־סבירות קיצונית היא רטורית בעיקרה,¹⁹³ שהרי אפשר לקבוע שכל אימת שהרשות פעלה באי־סבירות לא קיצונית, משמע שפעלה בסבירות. חרף זאת קשה להתעלם מכך שפסילת המעשה המנהלי בעילת

187 כבדוגמת המל"ג, שבה עסקנו לעיל בתת-פרק א.1.

188 ראו הסקירה אצל דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב 729 (2010); ואצל איל זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 291 (1982).

189 בג"ץ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה, פ"ד לה (2) 85 (1980).

190 בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו (2) 449 (1981).

191 בג"ץ 323/84 רשף נ' רשות השידור, פ"ד לח (2) 586 (1984).

192 ראו לדוגמה בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז (2) 812 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז (5) (1993); בג"ץ 129/07 חדר נ' משטרת ישראל – הועדה לסיוע משפטי (פורסם בנבו, 26.11.2009); בג"ץ 8707/08 אלהרר נ' מפקד גלי צה"ל (פורסם בנבו, 30.6.2010); בג"ץ 4475/09 סלמאן נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 8.8.2010). כן ראו הדיון אצל ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב, לעיל ה"ש 188, בעמ' 763–764.

193 ברק-ארוז סבורה שמרבית העקרונות שהוגדרו בפסיקה לקביעת גבולותיה של עילת הסבירות פועלים בעיקר כרטוריקה מרסנת (ראו שם, בעמ' 764).

איה הסבירות המנהלית היא חריגה יחסית,¹⁹⁴ שאי-התערבות הוא הכלל הנוהג ברובן המכריע של העתירות¹⁹⁵ (כפי שמעידים גם נתונים סטטיסטיים),¹⁹⁶ ושפעמים רבות מטרת הביקורת היא הטמעת שיקולים ערכיים בזירה הציבורית. לעומת זאת הכרה באי-סבירות נזיקית היא עניין רגיל ושכיח,¹⁹⁷ ומטרתה לרוב אינה אלא פסיקת פיצוי לניזוק. בשל דברים אלו נראה שמתחם הסבירות המוקנה למאסדר במשפט המנהלי רחב מזה שמקנים לו דיני הנזיקין.¹⁹⁸

אם כך, יתרון הגלום בדין הנזיקי הוא בכך שבמצבים מסוימים שאין הדין המנהלי מכסה, עשויים דיני הנזיקין להיות המקור היחיד לביקורת השיפוטית על פעולת הרשות. הטלת אחריות על ידי הדין הנזיקי במקרים אלו נובעת ממתחם הסבירות הצר המוקנה למזיקים ציבוריים במסגרת דין זה. כיוון שמתחם הסבירות המנהלי רחב מן הנזיקי, מקרים רבים לא ייחשבו חריגה ממתחם הסבירות המנהלי, אולם כן יחרגו ממתחם הסבירות הנזיקי, ולכן תוטל על המזיק הציבורי אחריות בגינם והוא יתויג כרשלן. אולם מסקנה זאת מחזירה אותנו אל שאלת היסוד הזאת: האין מדובר בהרתעת יתר שהדין הנזיקי גורם?

כעת, הנחת העבודה של המשך דיוננו תהיה שנטל השכנוע הוא על אלו המצדדים במתן פטור מאחריות למזיק הרשלן. לכן די להטיל ספק בטענת נגד זאת גם בלי להוכיח את היעילות שבהטלת האחריות. בקשר הדוק לכך, מספיק להראות שמצידו השני של החשש להרתעת היתר של הרשות (בשל הטלת האחריות עליה) ניצב החשש להרתעת חסר שלה (אם לא תוטל עליה אחריות), וזוה האחרון גורם לכך שכפות המאזניים למצער מעוינות. ודוק: במצב שבו מוטל ספק בנכונות החשש להרתעת היתר או שמול חשש זה ניצבים שיקולים כבדי משקל לפחות כמוהו להרתעת חסר בהיעדר אחריות – יש להטיל אחריות על המזיק הרשלן ולא להפך. במענה לחשש בדבר הרתעת היתר אטען כעת שחשש זה אינו צפוי להתממש, משתי סיבות מרכזיות:

הסיבה הראשונה עניינה בכך שאין מדובר ב"הרתעת יתר" כי אם בהרתעה ראויה ונצרכת. על מנת לבסס טיעון זה בקשר לדין הנזיקי אדגים כעת שבנמצא מצבים שבהם הדרתו של המשפט המנהלי – בהעניקו שיקול דעת רחב לרשות – אכן מותירה את הניזוק מול שוקת שבורה שלא בצדק. דוגמה טובה לכך אפשר למצוא בעניין שטרנברג, שעסק

194 ראו הניתוח אצל זאב סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט 511, 507 (1991).

195 ראו ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך ב, לעיל ה"ש 188, בעמ' 764–765.

196 לניתוח שיפור דחייתן של פניות לבית המשפט העליון ראו יורם שחר ומירון גרוס "קבלתן ודחייתן של פניות לבית המשפט – ניתוחים כמותיים" **מחקרי משפט** יג 329 (1996); לניתוח אמפירי של הסוגיה בהקשרן של עתירות בתקופת האינתיפאדה הראשונה ראו Yoav Dotan, *Judicial Rhetoric*, *Government Lawyers and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice During the Intifada*, 33 LAW & SOC'Y REV. 319 (1999); Yoav Dotan, *Government Lawyers as Adjudicators: Pre-Petitions in the High Court of Justice Department 1990–1997*, 35 ISR. L. REV. 453 (2001); יואב דותן "קדם-בג"ץ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" **משפט וממשל** ז 159 (2004); יואב דותן "בג"ץ באינתיפאדה" **ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה** 399 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

197 גלעד גבולות האחריות, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1038.

198 ראו שם; גלעד "חלק ראשון", לעיל ה"ש 17, בעמ' 349.

בתשובה העיר בני-ברק שדילג מעל שלולית גדולה של מי שופכין שנקוו ברחוב רש"י בעיר. הוא מעד, נפצע וסבל נזקי גוף. את תביעתו נגד עיריית בני-ברק ביסס הלה, בעיקרו של דבר, על עוולת הרשלנות. עניין זה עוסק בשקילת שיקולי מדיניות שאותם שוקלת העירייה במסגרת משאביה המוגבלים. מובן מאליו שעל מנת להשיב על השאלה – אם התרשלה עיריית בני-ברק באי-הטיפול במפגע – יש לברר אילו שירותים שמעניקה העירייה לתושביה היו נשללים מהציבור לו הייתה העירייה מקצה משאבים, ממקומות אחרים, לשם הטיפול במפגע. עובדה זאת מביאה את המלומד פורת לשאול אם ניתן להניח שבעניין שטרנברג, לו עתר תושב העיר לבג"ץ בעתירה מנהלית וביקש צו שיחייב את העירייה להסיר את המפגע, היה מבוקשו ניתן לו. כיוון שעסקינן בהחלטה שבצידה שיקול דעת רחב (שקילה של שיקולי מדיניות העוסקים באופן חלוקת התקציב), קביעתו של פורת, שלה שותף אף אני, היא שלילית, ובקשר הדוק לכך עמדתו היא שיש מקום לטעון שבית המשפט צריך להיות זהיר בקביעת אי-סבירות מנהלית יותר מאשר בתחום דיני הרשלנות.¹⁹⁹ אם כך, בהיעדר ביקורת נזיקית אפקטיבית היה שטרנברג נותר ללא סעד משפטי בגין נזקי הגוף שגרמה לו העירייה ברשלנותה הנזיקית. כיצד אפשרית תוצאה זאת, שענף משפטי אחד אינו מטיל אחריות, ואילו ענף משפטי אחר כן עושה זאת? תוצאה נכונה זאת אינה אמורה לעורר פליאה. הסיבה לכך היא שמוצדק שהכרה באי-סבירות המנביעה סעד "קשה" רחב היקף וצופה פני עתיד – צו הניתן בעתרות מינהליות – תהיה מצומצמת, ואילו הכרה באי-סבירות המקנה סעד "רך", מצומצם וצופה פני עבר – פיצוי הנפסק בתביעות נזיקיות – תהיה רחבה יותר.

נוכח דברים אלו יש לשאול מה תהא התוצאה בהינתן פטור מאחריות נזיקית במקרים שבהם – כבעניין שטרנברג – הדין הנזיקי הוא המאפשר להרחיב את הביקורת השיפוטית אל תחומים שאלמלא הוא הם היו חסינים מביקורת. אי-הטלת אחריות על הרשות הציבורית עלולה לדעתי להביא לפגיעה קשה בתפקוד הרשות.

דומני שלא זאת בלבד שלא הוכח כי הטלת אחריות תגרום לדמורליזציה ולרפיון בשירות הציבורי, אלא אף ההפך הוא הנכון: הטלת אחריות בנזיקין תעמיד את עובד הציבור על המשמר ותתמרץ אותו לנהוג כראוי.²⁰⁰ היעדרה של האחריות עלול להפוך את הרשות למי שפועלת בפזיזות, במהירות מוגזמת ובחוסר זהירות בלא הקפדה על נהלים. הגישה המצדדת בפטור מאחריות בנזיקין עלולה – במקרים שבהם אין עסקינן בחוסר סבירות קיצוני מחד גיסא, ואין הרשות כפופה לדין הנזיקי מאידך גיסא – להביא את המזיק הציבורי לפעול ברשלנות דרך קבע. יש לזכור שלרשויות הציבוריות ולעובדיהן מסור כוח רב. כוח זה טעון ריסון ופיקוח כדי להגן על אזרחים החשופים לו. יכולתו של המשפט המנהלי לרסן כוח זה מוגבלת מהטעמים שנדונו לעיל. דיני הנזיקין מאפשרים אפוא להרחיב את הביקורת השיפוטית אל תחומים שאלמלא הם, הם היו חסינים מביקורת, ובכך משרתים הם את אינטרס הציבור והרשות כאחד. אשר על כן עמדתי היא שאין מדובר ב"הרתעת יתר" אלא בהרתעה ראויה ונצרכת.

199 פורת נזיקין, לעיל ה"ש 167, בעמ' 221.

200 עניין זוהר, לעיל ה"ש 101, בעמ' 767; פרשת גורדון, לעיל ה"ש 93, בעמ' 135.

הסיבה השנייה לכך שאין לצפות להרתעת יתר בהקשרנו זה נעוצה באופיו ה"רך" של הסעד הנזיקי.²⁰¹ הסעד המנהלי חריף כיוון שהוא מפיק צו המונע מהרשות מלהמשיך לפעול באי-סבירות. לעומת זאת הסעד הנזיקי אומנם מחייב את הרשות בפיצוי הנזוק, אך מאפשר לה להמשיך בפעולתה הלא סבירה ולשאת בהוצאותיה. זאת ועוד, ההכרעה בעתירה מנהלית היא בעלת אופי כללי, שכן היא מחייבת את הרשות בכל פעולותיה. ההכרעה בתביעה נזיקית, לעומתה, היא פולשנית פחות מהטעם שהיא מכוונת כלפי ניזוק מסוים. נקודה זאת מתחדדת מאוד בעינינו לנוכח האיסור שמטיל הדין הישראלי על תביעות נזיקין ייצוגיות נגד מאסדרים ציבוריים,²⁰² שלו אין מקבילה בדין המנהלי.²⁰³

3. סיכום

ההתמקדות ברכיב האחריות בהכרעה הנזיקית מובילה בטבעיות לטענה אפשרית שלפיה הדין המנהלי – הנתפס כמותאם לטיפול ברשויות ציבוריות – עשוי למלא את אותה פונקצייה הרתעתית שממלא הדין הנזיקי, שכן גם במסגרת הדין המנהלי מוטלת אחריות על מאסדרים פרטיים ועל רשויות כשחקניות חברתיות. כמענה לטענה זאת הראיתי שאכן ניתן להשיג הרתעה דומה גם באמצעות הדין המנהלי, אולם יש שני יתרונות עיקריים לדין הנזיקי על פני הדין המנהלי אשר מביאים להעדפת השימוש בדין הנזיקי לצורך יצירת הרתעה יעילה: הפיצוי הכספי המוענק לתובע, שצפוי לתמרץ אותו להגיש תביעה ובכך להביא להכוונת פעילות הרשות והיות הסעד הנזיקי צופה פני עבר, ועל כן רלוונטי גם לנזקים שכבר התגבשו במלואם. נוסף על כך, מבחינות מסוימות הדין הנזיקי נגיש לאזרח יותר מן הדין המנהלי. יש לציין שיתרונות אלו נובעים במידה רבה מהדין המנהלי הנוהג, וששינויים בדין המנהלי בהקשר זה עשויים להפחית ממשקלם של יתרונות אלו.

בחלקו השני של פרק זה ביקשתי להתמודד עם טענה אפשרית בדבר הרתעת יתר שתיווצר מן השימוש בדין הנזיקי כלפי רשויות ציבוריות, בעזרת שני טיעונים: ראשית, ההרתעה שצפויה להתקבל היא מוצדקת וראויה; שנית, הסעד הנזיקי נושא אופי "רך" יותר, ולפיכך איננו צפוי להוביל להרתעה מוגזמת.

אסכם בכך שבוויכוח – בשאלה אם ההשפעה הכוללת של ההרתעה הנזיקית עולה כדי הרתעת יתר של שחקנים הפועלים בזירה הציבורית, או שמא מדובר בהרתעה רצויה וחשובה – קשה להגיע להכרעה אמפירית חותכת בשל קשיי הבדיקה. הדעות השונות משקפות לדעתי הערכות שונות באשר לאמינותו, לאופן תפקודו וליעילותו של השיירות הציבורי. עמדתי היסודית היא שבשל המוטיבציה של אנשי ציבור לפעול בחוסר יעילות – כפי שהעלה הניתוח בתת-פרק א.2. באשר למאסדר הלא יעיל – ובשל הדרתו של המשפט המנהלי ממקרים שאינם בבחינת חוסר סבירות קיצוני, המסקנה המתבקשת היא שביקורתו

201 לכך שהשימוש בסעדים כספיים כרוך בהתערבות פחותה בשיקול הדעת השלטוני לעומת פרקטיקה של צווים. ראו ההפניות שמוזכרות לעיל ה"ש 180.

202 וראו ס' 3 (א) לחוק תובענות ייצוגיות, הפוטר את המדינה מתשלום פיצויים לניזוקים רבים כשהמזיק הישיר הוא צד שלישי, וכשרשלנות המדינה, ביטויה באסדרה ובפיקוח של פעילותו.

203 הן ראינו ס' 5 (3) לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים מסמיך את בית המשפט המינהלי לדון בתובענות נגד רשות לפי חוק תובענות ייצוגיות.

של הדין הנזיקי היא נצרכת. אף שההכרעה בסוגיית התמריצים כרוכה בבדיקה אמפירית מורכבת, ניתן לדעתי להטיל ספק בטיעונים בדבר דמורליזציה ורפיון בשירות הציבורי ולהכיר בכך שבנמצא טעמים טובים להכרה בעילה של רשלנות אסדרתית, ושאלו גוברים על קולות הקוראים לפטור מאחריות.

ה. סיכום – מבט כולל

במאמר זה ניתחתי את יכולתו של הדין הנזיקי לכוון ביעילות פעולתם של מאסדרים ורשויות מאסדרות. לשם כך הצעתי לחלק את הכרעת הדין הנזיקי לשני רכיבים: להטלת אחריות ולהשתתף חבות. חלוקה זאת הובילה בתורה למסקנה שדי בהטלת אחריות – ובתיוג המאסדר והרשות המאסדרת כרשלנים – כדי לכוון ביעילות את התנהגותם. בכך מתווספת זווית חשובה לשיח בדבר כוחם ההרתעתי של דיני הנזיקין. בשיח זה שלטה עד כה בעיקר הפרדיגמה של הניתוח הכלכלי של המשפט, ולכן הוא התמקד ברובד הסנקציה הכספית, ואגב כך החמיץ במידת-מה את רובד הטלת האחריות על הרשות.

בראשיתו של הדיון טענתי שההצעה להשתמש בדין הנזיקי לצורך הכוונת התנהגות אסדרתית היא אטרקטיבית, כשמתגלה התנהגות לא יעילה של מערכות האסדרה. לכן ערכתי ניתוח של יעילות הפעולה האסדרתית בתוך כדי הצגת "גישת האינטרס הציבורי" מחד גיסא, ו"תורת הבחירה הציבורית" מאידך גיסא. מסקנתי, לפי תורת הבחירה הציבורית, הייתה שמאסדרים אינם פועלים (תמיד) ביעילות. מסקנה זאת הובילה בתורה להכרה בצורך לכוון את התנהגותם. בשלב זה ניתחתי את הקשיים המרכזיים הטמונים בגישה הרואה בדין הנזיקי מכשיר הרתעה אפקטיבי בעולמם של מזיקים ציבוריים. עניינם של קשיים אלו הוא בעיקר בכך שמזיקים ציבוריים אינם נושאים אישית בפיצוי ומגיבים פחות לתמריצים שוקיים ויותר לתמריצים פוליטיים. לכן לפי טענה זאת, דיני הפיצויים אינם מתאימים למגרש ששחקניו הם מזיקים ציבוריים, והם יתקשו להרתיע שחקנים אלו ולכוון ביעילות את התנהגותם.

אף שקיבלתי את הביקורת הזאת על הגישה ההרתעית – ואימצתי את ההנחה שרשויות ציבוריות אינן צפויות להגיב לחשש בדבר הטלת פיצויים כספיים עליהן כמו גופים פרטיים – הראיתי שמבחינה הרתעית עדיין ניתן להשתמש בדין הנזיקי לצורך הכוונת פעולתם של מאסדרים. הסיבה לכך מצויה במחיר הכבד שהטלת אחריות, במסגרת ההליך המשפטי, עשויה לגבות מהמאסדר הפרטי ומהרשות כשחקנית חברתית. במילים אחרות, אם הכוח ההרתעתי המיוחס לדין הנזיקי מצוי רק בשלב השתתף חבות, עלולים דיני הנזיקין להתקשות לכוון התנהגות של מזיקים ציבוריים. עם זאת כשבוחנו את כוחם ההרתעתי של דיני הנזיקין בשלב הטלת האחריות, עשויות לעלות מסקנות שונות.

בשלב זה הראיתי שההכרזה והתיוג של הרשות ועובדיה כרשלנים אכן יכולים לגבות מהם מחיר כבד בספרה הציבורית. זוהי הכוונה הצהרתית הממזערת נזקים בלי לפגוע בתועלת הטמונה בה, אפילו תהא חבותו של המזיק הציבורי חלקית בלבד. דיני הנזיקין מאפשרים לניזוקי הפעילות האסדרתית לאותת על הנזק שפעולות השלטון גרמו להם וליידע מאסדרים בדבר נזקיהם. מזיקים ציבוריים אינם אדישים לאיתותים אלו. לכן כשהתרשלה יש להטיל אחריות מוסדית על הרשות הציבורית, וכשפעל איש הציבור בכוונת מכוון להזיק, יש

להוסיף ולהטיל אחריות אישית עליו. בקשר הדוק לכך ראינו שיכולתו של הדין הנזיקי לכוון את פעולת הרשות – דרך תכונותיה כשחקנית חברתית – חשובה עד מאוד גם כשלא ניתן להרתיע את המאסדר הפרטי ביעילות, משום שרצונה של הרשות להימנע מתיוג שלילי ויכולתה לפעול במכוון ביעילות מרפאים את כשלי המאסדר הפרטי.

מסקנתי זאת – שדיני האחריות מכוונים ביעילות התנהגות אסדרתית – נובעת אפוא מהכרה בכך שמאסדרים פרטיים מייחסים חשיבות רבה למוניטין הציבורי שלהם, ולפיכך הם צפויים להירתע מעמידתם במרכז ההליך הנזיקי (גם אם הפיצוי הכספי לא יוטל עליהם ישירות). נוסף על כך, מסקנתי נובעת מהכרה בכך שרשויות ציבוריות מתפקדות כשחקניות חברתיות, ועל כן ניתן לייחס להן "ייחוס חיצוני" ו"התכוונות". שני מאפיינים אלה גורמים לרשות להיות מושפעת מההערכה החיצונית של הציבור ולכוון את התנהגותה בהתאם. כך, רשויות ציבוריות מורתעות מתיוגן כרשלניות בשלב הטלת האחריות, ורצונן להימנע מתיוג זה מכוון את התנהגותן ומביאן להפנים את העלויות הציבוריות של פעולותיהן הרשלניות. זאת ועוד, רצונן של רשויות להימנע מתיוג שלילי ויכולתן לפעול במכוון ביעילות מרפאים את כשלי המאסדר הפרטי, השואף לפעול בחוסר יעילות. לכן הטלת אחריות נזיקית בעולם של תאונות אסדרתיות היא כלי חשוב כשהמטרה היא לכוון התנהגות אסדרתית ולייצר הרתעה יעילה.

בחלקו האחרון של הדיון הראיתי שבמצב המשפטי הקיים רק השימוש בדין הנזיקי הוא המאפשר הכוונה מיטבית של מאסדרים, בתוך כדי התייחסות ספציפית ליתרונות השימוש במשפט הנזיקי אל מול המשפט המנהלי בארץ. כן ראינו שהרתעה זאת שמפיק הדין הנזיקי בקרב מאסדרים איננה הרתעת יתר כי אם הרתעה נצרכת וראויה.

מסקנתי היסודית היא אפוא כי חרב האחריות הנזיקית – במובחן מחרב החבות – מעמידה את הרשות ואת עובדיה על המשמר ומתמרצת אותם לנהוג ביעילות. לרשויות מאסדרות ולעובדיהן מסור כוח רב הטעון ריסון ופיקוח כדי להגן על הפרטים החשופים לו. ראינו שיכולתו של הדין המנהלי הנוהג לרסן כוח זה מוגבלת וחלקית, וכי דיני הנזיקין מאפשרים להרחיב את הביקורת השיפוטית אל תחומים שאלמלא הם, הם היו אתר פנוי מביקורת. יש תחומים שבהם דיני הנזיקין הם כלי ההרתעה העיקרי מפני תאונות. כמו תאונות רפואיות, גם תאונות אסדרתיות הן דוגמה טובה לכך. בכך משרתים דיני הנזיקין את אינטרס הציבור ואת אינטרס הרשות כאחד. גם אם הם אינם עושים זאת באופן מושלם, וגם אם המטרה ההרתעתית אינה קלה להשגה – לדיני הנזיקין תרומה הרתעתית חשובה בקשר למאסדרים ולרשויות מאסדרות.