

## אחריות נזיקית של רשויות רגולטוריות בישראל

מאת

טל מזר\*

הדיון אודות אחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות בישראל הוא דיון אקטואלי וחשוב שנחקר בהקשרים ספציפיים בלבד בספרות האקדמית. ואולם, ספרות זו לא התמקדה בסוגיית מפלס האחריות של רשויות רגולטוריות ובהשפעתם של השינויים המאפיינים את המדינה הרגולטורית על נושא זה. המאמר הנוכחי ביקש לבחון לראשונה סוגיה זו משתי נקודות מבט חדשות. **האחת**, נקודת מבט דסקריפטיבית, המתמקדת באופן שבו התפתחה הפסיקה הישראלית העוסקת במקרים של "רשלנות רגולטורית". במסגרת כך נבדק באופן אמפירי, כמותני ואיכותני, מפלס האחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות מאז תחילת שנות ה-2000 ועד לשנת 2020. לאחר בדיקה זו, נבחנה השאלה האם מפלס זה רצוי לאור התמורות שחלו במדיניות הרגולטורית בישראל. לאחר מכן, נבחנו מידת ואופן ההתייחסות של פסיקה זו למאפיינים מרכזיים של מתודות רגולטוריות מודרניות, והאם התייחסות זו עולה בקנה אחד עם מפלס האחריות הרצוי. **השנייה**, נקודת מבט פרספקטיבית, במסגרתה נבחנו הדרכים שבהן פסיקה זו יכולה להמשיך להתפתח על מנת ליתן מענה ראוי לתמורות המאפיינות את המדינה הרגולטורית.

הממצא המרכזי שעלה מהמחקר הוא שמפלס האחריות הנזיקית במקרים של רשלנות רגולטורית, שהינם מקרים המבטאים הרחבת אחריות, אינו גבוה. להיפך, נמצא כי אחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות היא מצומצמת, בפרט בעשור האחרון. בתוך כך, המחקר הנוכחי הציג תמונה שונה מזו שהצטיירה בספרות ובפסיקה אשר עסקו בתביעות נזיקין נגד רשויות ציבוריות באופן כללי. נראה כי הטיעונים למפלס גבוה, הגובל ב"אבסורד", אינם רלוונטיים לסוג המקרים הספציפי של רשלנות רגולטורית. מסקנה נוספת שהוצגה במאמר היא שמפלס מצומצם כזה הוא המפלס הרצוי, שכן התמורות המאפיינות את הרפורמה הרגולטורית חיזקו את השיקולים להגבלת אחריותן של רשויות רגולטוריות. יחד עם זאת, הובהר כי לצד שמירה על ביקורת שיפוטית "מצמצמת" רצוי להוסיף גם ביקורת ש"תתמרץ" את הרשות הרגולטורית לפעול בהתאם למאפיינים של מתודות רגולטוריות מודרניות, שאף עוגנו לאחרונה בחוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב-2021. בחינת הפסיקה הקיימת העלתה כי הפסיקה הישראלית התייחסה למאפיינים מרכזיים של מתודות רגולטוריות מודרניות, וכי התייחסות זו מתאימה גם למפלס האחריות הרצוי. לבסוף, המאמר הציע שתי דרכים לשיפור הפסיקה הקיימת. דרך אפשרית אחת היא באמצעות התמקדות ב"סבירות הליכית", אשר תבחן את ההליך הרגולטורי (להבדיל מתוכן הרגולציה). נתיב נוסף הוא שיפור הביקורת

\* עו"ד טל מזר, משרד עוה"ד מזר ושות'; בוגר תואר ראשון במשפטים, המרכז האקדמי פרס; בוגר תואר שני מוסמך במשפטים, התמחות במשפט אזרחי-פרטי, האוניברסיטה העברית בירושלים; מתמחה לשעבר בפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי); מתרגל פרונטלי בקורס דיני עבודה במכללת נתניה; מתרגל בקורסים שונים בפקולטה למשפטים, בפקולטה למנהל עסקים ובפקולטה למנהל מערכות בריאות במרכז האקדמי פרס. ברצוני להודות לחברי מערכת כתב העת **משפטים**, ובייחוד לעורכים חגי יעקובי וגיא כהן, על עבודתם המסורה ועל הערותיהם המחכימות והמעשירות שתרמו מאוד לכתיבת המאמר.

השיפוטית באמצעות הדגשת השלבים השונים של המושג רגולציה, וקיום הבחנה בין סוג ומספר הרגולטורים והמפוקחים בסקטורים שונים.

**מבוא. א. אחריות רשויות רגולטוריות ב-21 השנים האחרונות: מחקר אמפירי כמותני ואיכותני.** 1. מתודולוגיית המחקר הכמותני. 2. ממצאי המחקר הכמותני ומבט איכותני על ממצאיו. 3. מסקנות המחקר האמפירי ומגבלותיו. **ב. מפלס האחריות הנוזקית של רשויות רגולטוריות בראי הרפורמה הרגולטורית.** 1. היקף האחריות הנוזקית הרצוי לאורן של מתודות רגולטוריות מודרניות. 2. התייחסות הפסיקה למאפיינים של מתודות רגולטוריות מודרניות. **ג. מבט לעתיד.** 1. "סבירות הליכית": התמקדות במאפייני המתודות הרגולטוריות. 2. הבחנה בין שלבי הרגולציה והתחשבות בסוג ובמספר המפוקחים והרגולטורים. **ד. סיכום.**

## מבוא

רבות נכתב על אחריות הנוזקית של רשויות ציבוריות בישראל.<sup>1</sup> ואולם, כתיבה זו לא העמיקה את הדיון אודות מפלס האחריות של רשויות רגולטוריות, בכלל, ובעידן "המדינה הרגולטורית",<sup>2</sup> בפרט. התמקדות בזווית מחקר זו חשובה משני טעמים מרכזיים. ראשית, חקירת הנושא חשובה לאור התמורות השונות שהתרחשו במדיניות הרגולטורית בישראל בעשור האחרון, אשר כונו "הרפורמה הרגולטורית".<sup>3</sup> שיאה של הרפורמה הגיע לאחרונה עם כניסתו לתוקף של חוק עקרונות האסדרה בשנת 2022,<sup>4</sup> שטרם קיבל התייחסות משמעותית בספרות או בפסיקה. במוקד תמורות אלה ניצבת מדיניות רגולציה (Regulatory Policy),<sup>5</sup> המבוססת על מתודות רגולטוריות מודרניות שפותחו בחו"ל ועיקרן בהסרת חסמים, הקלת ניטלים ומעבר למודלים פיקוחיים מתקדמים יותר. המתודה המרכזית שאומצה בשלוש החלטות ממשלה בישראל ועוגנה לאחרונה במסגרת חוק האסדרה, היא מתודת ה-RIA (Regulatory Impact Assessment).<sup>6</sup> על-פי מתודה זו על הרגולטור להגדיר את הבעיה עמה הוא מבקש להתמודד, להגדיר מטרות, לבחון חלופות ולבסס את הרגולציה על תשתית עובדתית מקצועית. לצד זאת, ארגו הכלים הרגולטורי כולל

<sup>1</sup> ראו בעיקר: ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 1156-1027 (2012); תמר גדרון "אחריות המדינה, גופים ציבוריים וממלאי תפקידים ציבוריים לנוק שנגרם ברשלנות – מדרון חלקלק" הפרקליט נא 443 (תשע"ב); חיה זנדברג "תביעות נזיקין נגד הרשות המבצעת – על תנועת המטוטלת" הפרקליט נב 3 (תשע"ג); אריאל פורת נזיקין כרך א 222-201 (2013).

<sup>2</sup> Giandomenico Majone, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, 17 WEST EUR. STUD. 77 (1994).

<sup>3</sup> רויטמן, להלן ה"ש 13, בעמ' 257; יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 425 (דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016); יובל רויטמן "דברי ברכה" מחקרי רגולציה ה-20-17 (2022).

<sup>4</sup> חוק עקרונות האסדרה, תשפ"ב-2021, ס"ח 2933 (להלן: חוק האסדרה).

<sup>5</sup> ראו, לדוגמה, Jonathan B. Wiener, *Risk Regulation and Governance Institutions*, in OECD, RISK AND REGULATORY POLICY: IMPROVING THE GOVERNANCE OF RISK 133, (2010) 135. (הספר להלן: RISK AND REGULATORY POLICY).

<sup>6</sup> החלטה 2118 של הממשלה ה-33 "הפחתת הנטל הרגולטורי" (14.9.14); החלטה 4398 של הממשלה ה-34 "רגולציה חכמה - יישום המלצות ארגון ה-OECD ותיקון החלטת ממשלה" (23.12.2018); החלטה 218 של הממשלה ה-36 "תכנית לאומית לשיפור הרגולציה ותיקון החלטות ממשלה" (1.8.2021).

מתודות נוספות,<sup>7</sup> כגון ניהול סיכונים,<sup>8</sup> רגולציה מבוססת ראיות, רגולציה מבוססת על תוכנות התנהגותיות,<sup>9</sup> עקרון הזהירות המונעת<sup>10</sup> ועוד. הדרישה המודרנית לבסס רגולציה על מתודות מקצועיות הקנתה לרגולטור מומחיות שונה מזו שנמסרה לו עד כה. אם בעבר הרגולטור נדרש להפעיל שיקול דעת "כללי", עתה שיקול דעתו ספציפי, מובנה ומקצועי יותר.<sup>11</sup> נטען כי המתודות הרגולטוריות מובילות לרגולציה אחראית ושקופה יותר, המסייעת לרגולטור להעניק לגיטימיות לפעולותיו האסדרתיות, בפרט במקרים של ביקורת ציבורית ושיפוטית.<sup>12</sup> אם כך, שאלה חשובה שניתן לשאול היא האם שינויים אלה מצריכים בחינה מחודשת של הביקורת השיפוטית במסגרת תביעות נזיקין נגד רשויות רגולטוריות. מהלך דומה נעשה בספרות הישראלית ביחס למשפט המנהלי וביחס לדיני החוזים הרגולטוריים.<sup>13</sup> ואולם, למיטב הבנתו, מלבד מספר זוויות מחקר "נזיקיות" ספציפיות,<sup>14</sup> טרם נערך דיון אקדמי המתמקד בסוגיית מפלס האחריות של רשויות רגולטוריות ובהשפעת השינויים של המדינה הרגולטורית על נושא זה, כמו גם דיון אקדמי ביחס לחוק האסדרה, ומכאן החשיבות לחקירת הנושא.

7 על כך שמומלץ לשלב את מתודת ה-RIA עם מתודות נוספות ראו OECD, *Best Practice Principles for Regulatory Impact Analysis, in* REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 14, 18 (2020) ("RIA should be fully integrated with other regulatory management tools and should be implemented in the context of the Regulatory Governance Cycle").

8 לשימוש במתודת ניהול סיכונים ראו משרד ראש הממשלה **מדריך לניהול סיכונים: ברגולציה ובמדיניות ציבורית** (גיא מור עורך, יוני 2018).

9 לשימוש ברגולציה מבוססת ראיות ושימוש בתוכנות התנהגותיות ראו עומר זליבנסקי אדן **תוכנות התנהגותיות לטיוב עבודת הממשל** 39-45 (מחקרי מדיניות 120, 2019).

10 לשימוש בעקרון הזהירות המונעת בתקופת הקורונה ראו למשל בג"ץ 2109/20 **עו"ד שחר בן מאיר נ' ראש הממשלה פס' 6 לפס"ד של הש' מלצר** (נבו 26.04.2020) ("במצב החירום בו אנו מצויים כיום בעקבות מגיפת הקורונה (...) הרשויות רשאיות לפעול על פי עקרון הזהירות המונעת, והן אכן נוהגות כך").

11 על הכישורים והמומחיות הנדרשת לצורך RIA ראו OECD, "Best Practice Principles", לעיל ה"ש 7, בעמ' 21 ("Skills are essential for RIA (...) is a very challenging activity, which requires adequate learning and the ability to communicate and trigger adequate learning"). Elizabeth Fisher, *Risk Regulatory Concepts*, in *RISK AND REGULATORY POLICY, supra* note 5 45, 48 (2010) ("The significance of this shift is that the goal of regulators is now more specifically defined than in the past").

12 ראו Julia Black, *The Role of Risk in Regulatory Processes, in* THE OXFORD HANDBOOK OF REGULATION 302, 327-335 (R. Baldwin, M. Cave, and M. Lodge eds., 2010); ראו גם Gregory Boudry, *Challenges to Designing Regulatory Policy Frameworks to Manage it can assist in* "Risks, in *RISK AND REGULATORY POLICY, supra* note 5, 15, 28 (2010) ("providing defensible rationale for decision making, that can withstand external challenge from the courts, or potentially the media").

13 למחקר על המשפט המנהלי ראו יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן הרגולטורית" **משפט וממשל יח 219** (תשע"ז); למחקר על חוזים רגולטוריים ראו שרון ידין **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים** (2016).

14 המלומד בעז סגל חקר את הנושא בכתיבתו בהקשרים ספציפיים. הקשר אחד בהן את ההרתעה של רגולטורים באמצעות דיני הנזיקין (ראו להלן את המאמר בה"ש 341). הקשר נוסף בהן את הגבלת אחריותן של רשויות רגולטוריות במסגרת כללי אחריות שונים (ראו להלן המאמר בה"ש 98).

**שנית**, בחינת היקף האחריות של רשויות רגולטוריות חשובה אף לאור המחלוקת הנוטשה בספרות האקדמית ובבתי המשפט ביחס למפלס האחריות הנזיקית של רשויות ציבוריות בישראל. בתמצית, היקף האחריות של רשויות ציבוריות בנוזיקין תואר בספרות כ"תנועת מטוטלת"<sup>15</sup>. עד לשנות השמונים נטען כי הגישה הייתה מצמצמת אחריות. כלומר, הפסיקה נטתה להשתמש ב"אמצעים לבקרת אחריותן של רשויות ציבור"<sup>16</sup>. ברם, בשנות השמונים, ניתנו פסקי דין<sup>17</sup> שהרחיבו את אחריות הרשויות ותוארו ככאלה אשר "עקרו" את האמצעים לבקרת אחריות.<sup>18</sup> בתחילת שנות ה-90 ניתן פסק הדין בעניין לוי.<sup>19</sup> באותו עניין נפסק כי כאשר החלטות הרשות מערבות שיקול דעת "רחב" הכולל איזון בין השקפות פוליטיות, כלכליות או חברתיות מתחרות, נקודת המוצא היא היעדר אחריות, למעט מקרים חריגים.<sup>20</sup> לכן, נטען כי פסק דין זה שיקף מגמה לצמצום אחריות. מאז עניין לוי ועד לסוף העשור הראשון לשנות ה-2000, נטען בספרות האקדמית כי "חלה עליה ניכרת בגובה מפלס אחריותן של רשויות ציבור"<sup>21</sup>, וכי היעדר הטלת אחריות נהפכה להיות "היוצא (מאוד מאוד) מהכלל"<sup>22</sup>. עמדה דומה הובעה גם בפסיקת בית המשפט העליון, שם נטען כי "הלכת לוי, נדמה, לא הכתה שורשים"<sup>23</sup>. יתרה מזאת, קיימות עדויות לכך כי בתקופה זו פרקליטים בשירות המדינה טענו שרוח האקטיביזם המנשבת מהחלטות בית המשפט העליון הובילה להרחבת אחריות גם בבתי המשפט השלום והמחוזי, עד כדי "אנרכייה" ו"אבסורד"<sup>24</sup>. יחד עם זאת, מתחילת העשור השני לשנות ה-2000, הרושם הוא שנטושה מחלוקת ביחס למפלס האחריות. מצד אחד, יש שטענו כי המטוטלת שוב החלה לנוע לכיוון מצמצום אחריות,<sup>25</sup> וכי "הלכת לוי עדיין חיה ובוועטת"<sup>26</sup>. מצד שני, עדיין נטען בעשור זה כי הפסיקה מצויה במגמה

<sup>15</sup> זנדברג, לעיל ה"ש 1; גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1130-1131.

<sup>16</sup> שם, בעמ' 1064-1057. האמצעים השונים הם: 'מבחן השילוש' המתייחס ליחסים מיוחדים, קבלת אחריות והסתמכות; חומרת ההתרשלות; סוג הנזקים (למשל נזקים כלכלים טהורים מצמצמים אחריות); הבחנה בין מעשה למחדל טהור; הבחנה בין סוגים שונים של שיקול דעת ("מדיניות" מול "ביצוע"); הבחנה בין מקרים שבהם הופעל שיקול דעת לעומת כאלה שלא הופעל; קיומה של חובה ציבורית; והחלה ישירה של שיקולי הגבלה כגון הרתעת יתר ועוד.

<sup>17</sup> ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' אהרון זוהר, לז' (3) 757 (1983); ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' אלי גורדון, לט' (1) 113 (1985).

<sup>18</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1093.

<sup>19</sup> ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' יצחק לוי, מח (1994).

<sup>20</sup> להרחבה על הלכת לוי ראו להלן הדיון שבין ה"ש 78 לה"ש 81.

<sup>21</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1139.

<sup>22</sup> גדרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 473.

<sup>23</sup> ע"א 10078/03 אורי שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ, סב (1) 803, פס' 24 לפס"ד של השופט א' לוי (2007).

<sup>24</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1142.

<sup>25</sup> זנדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 39-36; גיא אלון ועידו פורת "האם נסתם הגולל על אחריות המדינה בנוזיקין בגין עוולה שמקורה באקט מנהלי?" הארת הדין יג 60, 61 (תשע"ט) ("תנודה נוספת ומשמעותית באותה 'מטוטלת'").

<sup>26</sup> מדובר בעמדתו של השופט י' עמית ברע"א 2063/16 הרב יהודה גליק נ' משטרת ישראל פס' 45 (ד) לפס"ד של הש' עמית (נבו 19.01.2017); עמדה זו הובעה על-ידו גם בע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' ציפורה איבי פס' 6 לפס"ד של הש' עמית (נבו 03.09.2015) ("דומה כי הלכה זו [הלכת לוי] טרם נס ליחה בפסיקה"); עמדה דומה הובעה לאחרונה על-ידי השופט מינץ בע"א 6313/19 רשות ניירות ערך נ' רותם שמואל פס' 1 לפס"ד הש' מינץ

לכיוון המרחיב אחריות.<sup>27</sup>

עיקר המחלוקת ביחס למפלט האחריות נסובה סביב מקרים המובילים להרחבת אחריות. דהיינו, מקרים שהטלת אחריות בגינם מרחיבה מאוד את מפלט האחריות של רשויות ציבוריות. המדובר במקרים המעוררים את שאלת השימוש באמצעים לבקרת אחריות, כגון חריג שיקול הדעת; אי הטלת אחריות בגין מחדלים טהורים או נזקים כלכליים; התחשבות בשיקולי מדיניות, כדוגמת הרתעת יתר ועוד. סוג מרכזי של מקרים כאלה הן תביעות נזקין נגד רשויות רגולטוריות. תביעות אלה מערבות ביתר שאת סוגיות הקשורות לשיקול דעת רגולטורי; למחדלים טהורים או נזקים כלכליים שנגרמו בעקבות פעילות של מפקח בסקטור מסוים; ולחשש מפני הרתעת יתר של הרגולטור. לאור זאת, בחינת מפלט האחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות חשובה שכן היא עשויה לשפוך אור נוסף על המחלוקת הנוטשה סביב המקרים המובילים להרחבת אחריות. כך למשל, אם ימצא שמפלט האחריות הוא נמוך, תהיה בדבר אינדיקציה לכך שהטענות ל"עלייה ניכרת" או ל"אנרכיה" בכל הנוגע לתביעות נגד רשויות רגולטוריות, המובילות להרחבת אחריות, היו מוגזמות.<sup>28</sup>

לאור שני טעמים אלה, השאלה העיקרית שאבקש לבחון במאמר זה היא מהו היקף האחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות בישראל, ועד כמה הפסיקה בעניין זה עולה בקנה אחד עם מתודות רגולטוריות מודרניות? המחקר שיוצג להלן שואף להשיב על שתי שאלות אלה באופן אמפירי ונורמטיבי. בשלב הראשון, יבדקו, מבחינה כמותנית ואיכותנית, החלטות של בתי המשפט בישראל שעסקו במקרים של "רשלנות רגולטוריות".<sup>29</sup> מחקר זה ינסה לתור אחר מפלט האחריות של רשויות רגולטוריות בעשרים ואחת השנים האחרונות בבתי המשפט השלום, המחוזי והעליון. בדיקה זו חשובה שכן עיקר המחקר האקדמי שעסק בנושא התמקד בפסקי דין מרכזיים של בית המשפט העליון, ולא בחן לעומק פסקי דין של ערכאות דיוניות.<sup>30</sup>

(נבו 11.04.2022) (להלן: עניין **רותם עליין**) ("חותמה של הגישה המצמצמת" המסורתית" עודדו ניכר, בפרט במקרים בהם מדובר בהפעלת סמכויות פיקוח ואכיפה").

<sup>27</sup> עניין **גליק**, לעיל ה"ש 26, פס' מב לפס"ד של השופט רובינשטיין אשר דחה את עמדתו החולקת של השופט עמית, תוך הפניה לספרות מרחיבה. נכתב כי "נדמה שחברי מבקש לשנות מגמה זו ואת ההלכה שהתפתחה בבית משפט זה לאורך השנים".

<sup>28</sup> יחד עם זאת, כבר בשלב זה יובהר כי המחקר הנוכחי אינו חף מקשיים אמפיריים. כפי שיוצג בפרק 2.3, אוכלוסיית המחקר הנוכחי תעסוק בפסקי דין שעסקו בתביעות בגין רשלנות רגולטורית מאז שנות ה-2000, בעוד שהמחקרים שהוצגו בספרות וטענו ל"אבסורד" עסקו בתביעות נזקין נגד רשויות ציבוריות באופן כללי ומאז קום המדינה. כמו כן, מבחינה אמפירית, ייתכן כי לקריאות שהוצגו בספרות הייתה השפעה על מפלט האחריות שימצא במחקר הנוכחי, או אז קיים קושי במסקנה כי הן היו "מוגזמות".

<sup>29</sup> יובהר כי המאמר יתמקד אך ורק בעולות הרשלנות, שכן עולות זו היא המקור הנורמטיבי העיקרי להטלת אחריות על רשויות ציבוריות (ראו ס' 35-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; ע"א 145/80 **שלמה וענקין נ' המועצה המקומית, בית שמש**, לז(1) 113 (1982); גדרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 446). ביחס לעולה של הפרת חובה חקוקה לפי ס' 63 לפקודת הנזיקין הגישה היא מצמצמת (עניין **לוי**, לעיל ה"ש 19, בפס' 40). כמו כן, מאמר זה יעסוק אך ורק באחריות ישירה של רשויות רגולטוריות, שכן הרשות, כתאגיד, הייתה מאז ומעולם הכתובת העיקרית לתביעות אלה (ראו גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1028; ראו ס' 3 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952; לאחריות שילוחית ראו סעיף 13 לפקודת הנזיקין). יש לציין כי ניתן להטיל אחריות גם על עובדי ציבור, אך לרוב ניתנת להם חסינות מכוח פקודת הנזיקין (ס' 7א-7ג לפקודת הנזיקין; להרחבה ראו יואב דותן "האחריות הנזיקית של עובד-הציבור המפעיל סמכויות" **משפטים** טו 245, 276-282 (1985)).

<sup>30</sup> גלעד, ה"ש 1, בעמ' 1033 ("ניתוח החלטות מרכזיות של בית המשפט העליון").

בשלב השני, נבחן האם מפלס האחריות הנלמד מממצאי המחקר עולה בקנה אחד עם התמורות המאפיינות את הרפורמה הרגולטורית. במסגרת זאת תיבחן השאלה הנורמטיבית האם מפלס זה רצוי לאורן של מתודות מודרניות. לאחר מכן, יוצג ניתוח איכותני שיבחן האם הפסיקה התייחסה למאפיינים מרכזיים של הרפורמה, והאם התייחסות זו מתאימה למפלס האחריות הרצוי. על יסוד ממצאי המחקר, תוצגנה דרכים אפשריות שבהן הפסיקה העוסקת ברשלנות רגולטורית יכולה לפסוע בכדי לשפר את הביקורת השיפוטית במקרים אלה. סדר הדברים יהיה כך: בפרק 2 יוצגו מתודולוגיית וממצאי המחקר הכמותני והאיכותני בנוגע לשאלת היקף האחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות. בפרק 3 יוצג דיון אודות מפלס האחריות הרצוי של רשויות רגולטוריות בראי הרפורמה הרגולטורית, וכן יוצג ניתוח איכותני ביחס למידת ואופן ההתייחסות של הפסיקה למאפיינים מרכזיים של מתודות רגולטוריות. בפרק 4 תוצגנה שתי דרכים אפשריות שבהן הפסיקה בעניין רשלנות רגולטורית יכולה לפסוע. הראשונה, בחינה "הליכית" המתמקדת במאפייני המתודות הרגולטוריות. השנייה, קיום הבחנה בין שלבי הרגולציה והתחשבות בסוג ובמספר המפוקחים והרגולטורים בסקטורים השונים. לבסוף, נסכם.

## א. אחריות רשויות רגולטוריות ב-21 השנים האחרונות: מחקר אמפירי כמותני ואיכותני

### 1. מתודולוגיית המחקר הכמותני

לצורך המחקר, בניתי מאגר מידע<sup>31</sup> הכולל את כל פסקי הדין בישראל העוסקים בתביעות נזיקין נגד רשות רגולטורית בגין "רשלנות רגולטורית" (יפורט בהמשך). תקופת המחקר היא מתאריך 1 בינואר, 2000, ועד לתאריך 31 בדצמבר, 2020. לאור הטענות שהובעו בספרות ובפסיקה, *השערת המחקר* שנבחרה היא שמפלס האחריות הנזיקית שימצא יהיה גבוה מאוד, כלומר, שהעדר הטלת אחריות על רשות רגולטורית תמצא בהחלטות ספורות בלבד ("היוצא מאוד מאוד מן הכלל").

#### (א) אופן החיפוש באתר נבו

לשם איתור ההחלטות הרלוונטיות עשיתי שימוש במאגר "נבו", על-פי השאלות הבאות: (1) חיפוש כל פסקי הדין שאזכרו את פסק הדין בע"א 915/91 *מדינת ישראל נ' יצחק לוי*,<sup>32</sup> הן ברובריקה של "ביטוי" והן חיפוש לפי "אזכורים"; (2) חיפוש באמצעות אזכור של פסקי דין מרכזיים נוספים בתחום אחריות רשויות רגולטוריות בניזיקין, ובכלל זה ע"א 243/83 *עיריית ירושלים נ' גורדון*,<sup>33</sup> ע"א 862/80 *עיריית חדרה נ' אהרון זוהר*,<sup>34</sup> ע"א 10078/03 *אורי שתיל*

<sup>31</sup> המאגר נבנה באמצעות תוכנת Excel. קובץ המאגר זמין באתר כתב העת בקישור <https://lawjournal.huji.ac.il/article/1885>. כמו כן, לקבלת קובץ המאגר ניתן לפנות גם למחבר בדוא"ל [talmazar4@gmail.com](mailto:talmazar4@gmail.com).

<sup>32</sup> לעיל ה"ש 19.

<sup>33</sup> לעיל ה"ש 17.

<sup>34</sup> לעיל ה"ש 17.

נ' מקורות;<sup>35</sup> ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה;<sup>36</sup> ע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוני.<sup>37</sup> החיפוש נעשה בשילוב כל אחת מהמילים הבאות: רגולטור, רגולציה, מאסדר, אסדרה, חריג שיקול הדעת, רשות מנהלית, רשות ציבורית, חזקת חובה, הסדרה, פיקוח, אכיפה; (3) לאחר שהתקבלו ממצאים ראשוניים נעשה חיפוש גם באמצעות אזכור של כתיבה אקדמית מרכזית בנושא אחריות רשויות ציבוריות, ובכלל זה גלעד "גבולות האחריות",<sup>38</sup> גדרון "מדרון חלקלק",<sup>39</sup> זנדברג "תנועת מטוטלת",<sup>40</sup> דותן "עובדי ציבור",<sup>41</sup> פורת "דיני נזיקין".<sup>42</sup> החיפוש נעשה עם/ בלי המושגים הבאים: מדינה, רשות ציבורית, רשות מנהלית. עוד יובהר, כי במקרים שבהם איתרתי הן פסק דין של ערכאה דיונית והן פסק דין של ערכאת הערעור, התייחסתי לכל פסק דין כאל פריט עצמאי במאגר, למרות שפסק-הדין של הערכאה הדיונית "נבלע" מבחינת תוקפו בפסק-הדין של ערכאת הערעור (ובלבד שפסקי הדין בערכאות הנמוכות התקבלו בתוך תקופה המחקר). זאת לאור מטרת המחקר העיקרית והיא להתחקות אחר היקף האחריות של רגולטורים בניזיקין בערכאות השונות.<sup>43</sup> כמו כן, במסגרת המחקר אותרו החלטות ביניים אשר קיבלו בקשות לסילוק על הסף שהוגשו על-ידי המדינה. הואיל והחלטות אלה נחשבות ל"פסק-דין" המסיים את ההליך, הן הוכנסו למאגר. לעומת זאת, למאגר לא הוכנסו החלטות אשר דחו בקשות לסילוק על הסף, שאינן מסיימות את ההליך. במקרים אלה נעשה ניסיון לאתר את פסק הדין הסופי באותו הליך. ככל שלא אותר פסק הדין הסופי, ההחלטה הדוחה לא הוכנסה למאגר.<sup>44</sup> בנוסף לכך, במסגרת החיפוש נודע על 3 פסקי דין (של שלוש הערכאות) שעסקו בהמרצת פתיחה במסגרתה נטען, בין היתר, ל"רשלנות" של רשות רגולטורית. הואיל ופסקי הדין של השלום והמחוזי לא פורסמו במאגרים משפטיים וההמרצה עסקה בסעד הצהרתי בלבד ולא בסעד כספי-נזיקי, הוחלט שלא לכלול את שלושת פסקי הדין במאגר.<sup>45</sup>

35 לעיל ה"ש 23.

36 להלן ה"ש 59.

37 להלן ה"ש 94.

38 גלעד, לעיל ה"ש 1.

39 גדרון, לעיל ה"ש 1.

40 זנדברג, לעיל ה"ש 1.

41 דותן, לעיל ה"ש 29.

42 פורת, לעיל ה"ש 1.

43 בכל מקרה המדובר ב-18 פסקי דין בלבד, כך שההתייחסות אליהן כפריט אחד לא הייתה משנה תוצאות המחקר באופן דרמטי. יחד עם זאת, במסגרת החיפוש אותרה החלטה של בית המשפט העליון העוסקת בערעור אשר נמחק לאחר שהרשות חזרה בה ממנו (ראו: ע"א 6930/11 מדינת ישראל - אגף המכס ומע"מ נ' גינניור קרטל בע"מ (נבו) 29.04.2013). הואיל ומהחלטה זו לא ניתן ללמוד על עמדתו האמתית של בית המשפט העליון ביחס לתביעה היא לא נכללה במאגר.

44 מדובר בהחלטות הבאות: ת"א (מחוזי חי') 10767-06-14 פלוני נ' וליד דרויש (נבו) 17.10.2018; בש"א (מחוזי חיפה) 2373/98 מדינת ישראל נ' עז' המנוח חזן אברהם ז"ל ואח' (נבו) 14.03.2000; ת"א (מחוזי חי') 32519-02-17 איתן אביטן נ' מדינת ישראל (נבו) 13.02.2018.

45 מדובר בהמרצת פתיחה כנגד רשות המיסים (אגף המכס) אשר במסגרתה התבקש בית המשפט להצהיר שהתובעת פרעה את המיסים וההיטלים בגין טובין ששחררו מהמכס. בית המשפט השלום קיבל את ההמרצה (ה"פ (שלום חיפה) 1101/00 פרמוט חברה ישראלית לחיסון עצים בע"מ נ' מ"י (לא פורסם)); בית המשפט

**(ב) המשוכה הראשונה: הגדרת המושג "רשלנות רגולטורית"**

כבר במסגרת החיפוש הראשוני עלה כי קיימות שתי משוכות רציניות לצורך איתור וקידוד פסקי הדין הרלוונטיים למחקר. המשוכה הראשונה קשורה להגדרת המושג "רשלנות רגולטורית". המונחים "רגולציה" ו"רגולטור" קיבלו הגדרות רבות ושונות בספרות ובדברי חקיקה בישראל, כך שהמשימה להגדירם הייתה קשה מהמצופה. יחד עם זאת, כדי להיצמד להגדרה טכנית וברורה, שמצד אחד תהיה ממוקדת מספיק, אך מנגד תהיה רחבה ותכלול מספיק מקרים לצורך גיבוש נתונים כמותניים למחקר, בחרתי להגדיר את המושגים רגולציה ורגולטור באופן הבא.

המושג "רגולציה" הוגדר בהתאם להגדרה שהוצעה על-ידי ידין במאמרה.<sup>46</sup> הגדרה זו מדגישה את שלושת שלבי הרגולציה: (1) הסדרה – יצירה ופרסום של נורמות משפטיות (חוק, תקנות, נהלים, חוזרים, הנחיות, מפרטים); (2) פיקוח – הפעלת בקרה במטרה לוודא שהמפוקחים מצייתים לנורמות הרגולטוריות המסדירות, ואיתור של הפרות באמצעות פקחים, מנגנוני דיווח וגילוי; (3) אכיפה – אכיפת הנורמות באמצעות כלי אכיפה פלילית, מנהלית, פתרונית הסכמיים, ואחרים (למשל אזהרת הציבור מפני המפוקח).<sup>47</sup> נראה כי הצעה זו מתאימה להגדרה המצויה בהחלטות הממשלה,<sup>48</sup> להגדרה שעוגנה בחוק האסדרה,<sup>49</sup> ולטעמי היא המדויקת ביותר לצורך המחקר בענייננו.<sup>50</sup> יתרה מזאת, במחקר אמפירי שבחן את השימוש במושג רגולציה בפסיקה הישראלית, נטען כי ההגדרה המתאימה לשלוש פעולות אסדרתיות (קביעת כללים, פיקוח ואכיפה) היא הנפוצה ביותר בפסיקה.<sup>51</sup>

המחוזי קיבל את הערעור ודחה את ההמרצה נגד רשות המיסים (ע"א (מחוזי חיפה) 2721/01 פרומט חברה ישראלית לחיסון עצים בע"מ נ' מ"י (לא פורסם, 25.07.2002)). בית המשפט העליון דחה את בקשת הרשות לערער שהוגשה על-ידי התובעת (רע"א 6602/03 פרומט חברה ישראלית לחיסון עצים בע"מ נ' מ"י (נבו, 18.05.2006)). אם כן, ולאור העובדה ששתי החלטות דחו את ההמרצה נגד הרשות, הרי שאף אם ההחלטות היו נכילות במאגר הן לא היו משנות את מסקנת המחקר.

<sup>46</sup> שרון ידין "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית" **חוקים בקצרה** 6 (2014). שם, בעמ' 9 "אסדרה" הוגדרה כך: "פעילות שיטתית הנעשית בידי גוף מנהלי ברשות המבצעת של המדינה, העוסק בגיבוש ובהוצאה לפעול של מדיניות להכוונת שווקים המקדמת אינטרס ציבורי, חברתי או כלכלי, כלפי גופים הפועלים בשוק או בסקטור מסוים, באמצעות נורמות משפטיות כופות או וולונטריות, לצד הפעלתם של מערכי פיקוח לציות ויישומם של מנגנוני אכיפה".

<sup>47</sup> שם, בעמ' 12.  
<sup>48</sup> החלטה 2118, לעיל ה"ש 6; החלטה 4398, לעיל ה"ש 6. בהחלטה 2118 רגולציה הוגדרה כך "חוק או תקנה בת פועל תחיקתי המהווה כלל התנהגות מחייב במסגרת פעילות כלכלית או חברתית, ושהוא בר אכיפה על ידי רשות מינהלית מוסמכת לפי דין". מהגדרה זו ניתן ללמוד על שלושת שלבי הרגולציה. יצוין, כי בהחלטת ממשלה 4398, הורחבה ההגדרה גם לגבי הנחיות, חוזרים, נהלים וכו'. הגדרה זו נשארה על קנהי החלטה 2118 משנת 2021.

<sup>49</sup> ראו סעיף 3 לחוק האסדרה.  
<sup>50</sup> אציין כי למלומדת ידין מקום נכבד במחקר האקדמי העוסק ברגולציה בישראל. ראו למשל את עניין מתווה הגז שם ביהמ"ש אימץ את המושג "חוזה רגולטורי", שהוצע על-ידי ידין בספרה (ראו: בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל (נבו) 27.03.2016).

<sup>51</sup> איילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" **משפט, חברה ותרבות** 47, 55 (2016). ("הגישה המרכזית והרווחת שאפשר לזהות בפסיקה למושג הרגולציה דומה לזו שבספרות, המזהה רגולציה עם שלוש פעולות שהמדינה מבצעת: קביעת כללים, פיקוח על העמידה בהם ואכיפתם").



המושג "רגולטור" הוגדר כרשות מנהלית, לרבות רשות סטטוטורית, העוסקת ב"רגולציה"<sup>52</sup>. יש להדגיש כי גוף מנהלי צריך להיות מוסמך לבצע את כל שלושת שלבי הרגולציה על מנת להיחשב רגולטור.<sup>53</sup> בנוסף, פעולתו הרגולטורית צריכה להיעשות במסגרת "פעילות שיטתית" העוסקת במדיניות ל"הכוונת שווקים"<sup>54</sup>. לצורך החיפוש אחר תביעות נגד רגולטורים, נעזרתי גם בספר הרגולטורים הממשלתי.<sup>55</sup> ספר זה כולל רשימה של כל הרגולטורים בישראל, בהתאם להגדרה המצויה בהחלטות הממשלה, כאשר לצד כל רגולטור מפורטת מהות תפקידו הרגולטורי. הואיל והחלטת הממשלה לא כללה רשויות רגולטוריות *סטטוטוריות*, הן לא מופיעות בספר הרגולטורים. עם זאת, וכפי שהובהר בדברי ההסבר לחוק האסדרה, קיימות רשויות סטטוטוריות כגון הרשות לניירות ערך, הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו ועוד, בעלות סמכויות רגולטוריות.<sup>56</sup> לכן, גם רשויות אלה נכללו במסגרת המחקר. אם כן, המחקר התמקד במקרים שבהם נטען ל"רשלנות רגולטורית" שהיא רשלנות של רשות רגולטורית בקשר לאחד, או יותר, משלושת שלבי הרגולציה. כדי לסבר את האוזן, יוצגו להלן מקרים אשר לא סווגו כ"רשלנות רגולטורית", ומטעם זה לא הוכנסו למאגר.

**(1) מתן או הספקת שירותים ומוצרים.** סוג אחד של תביעות כנגד המדינה הוא תביעות בגין מחדל של אי-מתן שירותים או אי-הספקת מוצרים שיש בהם כדי להגדיל את רווחתו של הפרט.<sup>57</sup> למשל, תביעות נגד המדינה בגין רשלנות בהספקת מים,<sup>58</sup> בגין רשלנות בטיפול בתשתיות ניקוז שהובילו לנזקים משיטפונות,<sup>59</sup> בגין אי-טיפול בסיכונים טבע שונים<sup>60</sup> ועוד.

<sup>52</sup> ידין עומדת על כך שאין לנסח הגדרה נפרדת לרגולטור, אלא יש לעשות כן באמצעות המושג רגולציה, שכן "מאסדר הוא מי שמבצע פעילות אסדרה" (ידין, לעיל ה"ש 46, בעמ' 7).

<sup>53</sup> שם, בעמ' 11 ("גוף רגולטורי צריך להיות מוסמך לבצע ... שלוש פעולות מרכזיות מינימליות כדי להיחשב רגולטור"). על כך ניתן ללמוד גם מהגדרת המושג "אסדרה" בחוק האסדרה, שלפיו דרישה מצטברת לשלושת שלבי הרגולציה ("ומתקיימים בה כל אלה...").

<sup>54</sup> שם, בעמ' 10-11.

<sup>55</sup> משרד ראש הממשלה **ספר הרגולטורים הממשלתי** (ינואר 2019). הספר אוזכר גם בסעיף 1 להחלטת ממשלה 2118.

<sup>56</sup> דברי הסבר להצעת חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2021 ו-2022), התשפ"ב-2021, ה"ח 1443, 840, 1125 (להלן: דברי הסבר לחוק האסדרה). שם, בעמ' 1134 ("תאגידים ציבוריים כגון הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (...) חלק מהתאגידים הציבוריים מוסמך להציע או לקבוע אסדרה, או לתת אישור אסדרתי מכוחה, ובכך הוא דומה למאסדר").

<sup>57</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1048-1049.

<sup>58</sup> ראו, למשל עניין **שתיל**, לעיל ה"ש 23. מדובר בתביעה העוסקת ברשלנות של המדינה באספקת מים במליחות גבוהה מידי אשר גרמו לנזקים לפרחים שגידל התובע; ע"א 8500/06 **חנות צברי אורלי בע"מ נ' מדינת ישראל** (נבו 27.08.2012). שם דובר על רשלנות של המדינה באספקת מי קולחין לחווה.

<sup>59</sup> ראו, לדוגמא, ע"א 2906/01 **עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ** (נבו 25.05.2006); ת"א (מחוזי נצ') 1283-04 **אדרי דוד ואח' נ' מדינת ישראל** (נבו 30.11.2010); ת"א (שלום ת"א) 217331/02 **אוטובוטיק ארו בע"מ נ' מדינת ישראל** (נבו 21.11.2004); ת"א (שלום תל אביב-יפו) 63271/94 **מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל משרד החקלאות** (נבו 22.08.2002).

<sup>60</sup> ראו, לדוגמא, ת"א 3242/05 **מרדכי סולימני נ' רשות שמורות הטבע והגנים** (נבו 02.05.2010). שם דובר על תביעה נגד רשות הטבע והגנים בגין השבת יחמורים לטבע מהלך שגרם נזקים למטע ליצי שבכעלות התובע; ת"א (שלום קריות) 2708/02 **דימרי מאיר נ' רשות שמורות הטבע** (נבו 25.07.2004). גם במקרה זה דובר על תביעה נגד המדינה בגין רשלנות בקשר ליחמורים; ת"א (מחוזי חי') 53057-10-12 **פלוני נ' מדינת ישראל** (נבו 30.04.2019). שם דובר על תביעה נגד המדינה בגין טיפול רשלני בבווענים באזור ים המלה.

המדובר בתביעות שבהן הרשות אינה נתבעת בגין "פעולה אסדרתית", אלא בגין פעולה הקשורה להספקת שירותים או מוצרים.<sup>61</sup> הגם שפעולות כאלה עשויות להיות "שיטתיות", במובן זה שהן מבוססות על עבודות מטה מסוימות (למשל ניהול סיכונים של שיטפונות<sup>62</sup>), והן כוללות אלמנטים מסוימים של הסדרה או פיקוח, הן לא עוסקות במדיניות להכוונת שווקים, ונעדרות סמכויות אכיפה. בכך הן חסרות מאפיינים של הגדרת הרגולציה כפי שנקבעה לצורך המחקר דנן,<sup>63</sup> ולכן פסקי הדין בתביעות אלה לא נכללו במאגר. (2) **רשויות מקומיות**. הגם שיש לרשויות מקומיות סמכויות רגולטוריות מסוימות, כגון רישוי עסקים, תכנון ובניה ועוד,<sup>64</sup> פסקי הדין בעניינן לא נכללו במאגר. שתי סיבות לכך. ראשית, החלטות הממשלה וחוק האסדרה לא הגדירו רשויות מקומיות כ"רגולטור".<sup>65</sup> שנית, בשל קוצר היריעה של מאמר זה, החלטתי להתמקד ברשויות ציבוריות ברמה הארצית ולא ברמה המקומית. (3) **משטרת ישראל**. משטרת ישראל אחראית על אכיפת הדין הפלילי.<sup>66</sup> בכובע זה היא אינה פועלת כרגולטור. לעומת זאת, לאגפים שונים במשטרת ישראל, כגון חטיבת האבטחה או אגף רישוי עסקים מסורות סמכויות אסדרתיות.<sup>67</sup> לפיכך, רק תביעות נגד משטרת ישראל התוקפות פעולות אסדרתיות הוכנסו למאגר. (4) **משרד החינוך**. למשרד החינוך מסורות סמכויות אסדרתיות שונות.<sup>68</sup> למשל, פיקוח בקרה ואכיפה של קיום תנאי הבטיחות במוסדות חינוך.<sup>69</sup> מקרים כאלה הוכנסו למאגר שכן הם עוסקים בפעולות אסדרתיות. יחד עם

<sup>61</sup> גם ידין עומדת על כך שההגדרה המוצעת מסייעת להבחין "בין פעולות ביצועיות או אחרות לבין פעולות אסדרתיות" (ידין, לעיל ה"ש 46, בעמ' 12).

<sup>62</sup> לניהול סיכוני שיטפונות על-ידי משרד החקלאות או משרד החקלאות ופיתוח הכפר "משרד החקלאות משקיע 146 מיליון ₪ בשיפור תשתיות הניקוז בכדי לדאוג לכך שבחורפים הבאים לא נקלע שוב לבעיות ניקוז ושיטפונות" (03.08.2020).

[https://www.moag.gov.il/yhidotmisrad/dovrut/publication/2020/Pages/shipur\\_nikuz.aspx](https://www.moag.gov.il/yhidotmisrad/dovrut/publication/2020/Pages/shipur_nikuz.aspx); לניהול סיכוני שיטפונות בבריטניה, ראו, למשל, Coastal Erosion Risk Management Strategy (Revised): Strategic Environmental Assessment (SEA) Scoping Report (2018).

<sup>63</sup> מעניין לציין כי גם בדברי הסבר לחוק האסדרה, הובהר כי יש להחריג מהגדרת המושג "אסדרה" הוראות "שאין בצידם אכיפה שיכולה להתבצע על ידי אחד הגופים" (דברי הסבר לחוק האסדרה, בעמ' 1130).

<sup>64</sup> להרחבה על סמכותן הרגולטורית של רשויות מקומיות ראו למשל גיא מור "רגולציה מקומית" הרגולטור (1.10.2018) <https://regulator.online/2018/10/01/municipalregulations/>. לאור זאת, המחקר

גם לא כולל תביעות התוקפות החלטות של וועדות תכנון ובניה מקומיות. לעומת זאת, המחקר כולל החלטות של וועדות תכנון ובניה מחוזיות, אשר נחשבות לרגולטור על-פי ספר הרגולטורים, ותפקידן האסדרתי מוגדר כך: "גיבוש מדיניות והנחיות תכנון, ביצוע בדיקה תכנונית מוקדמת לתכניות, דרישת תיקון בתכניות וקביעת רמת השירות הניתנת ללקוחות למול הדרישות".

<sup>65</sup> המושג "מאסדר" בחוק האסדרה, כולל רק "רשות ציבורית", שהגדרתה בחוק זה כוללת רק את הממשלה ומשרדיה וכן את משטרת ישראל, אך לא רשויות מקומיות.

<sup>66</sup> לאחריות המשטרה בטיפול בתלונות ראו ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' משה וייס ו-3 אה' (נבו) 02.06.2004. כמו כן מדובר בתביעות בגין אלימות משטרתית, מעצרים שלא כדין וכו' שאינם נחשבים לרשלנות אסדרתית.

<sup>67</sup> ראו הגדרת המושג "רשות ציבורית" בחוק האסדרה; ראו גם ספר הרגולטורים, לעיל ה"ש 55, בעמ' 52.

<sup>68</sup> שם, בעמ' 13-16.

<sup>69</sup> ראו, למשל, ת"א 4957/99 ליאור טיילור נ' עיריית קרית אונו (נבו) 21.08.2002. באותו מקרה נטען לרשלנות משרד החינוך בקביעת נהלי בטיחות ובפיקוח. הודגש כי מדובר בפעולות ברמת המדיניות והפיקוח השלטוני.

זאת, פעמים רבות מוגשות תביעות נגד משרד החינוך בגין אחריות לרשלנות של גורמי חינוך שונים בהשגחתם על תלמידים.<sup>70</sup> מקרים אלה אינם עוסקים בפעולות בעלות אופי "אסדרתי". לפיכך, הם לא הוכנסו למאגר. (5) **בתי חולים בבעלות ממשלתית**. סוג נוסף של תביעות נזיקין, שהמדינה היא בעלת דין בהן, הן תביעות רשלנות רפואית נגד בתי חולים ממשלתיים. במקרים אלה המדינה, משרד הבריאות, לא נתבעת ככובעה הרגולטורי, ולכן הם לא הוכנסו למאגר. (6) **תאונות עבודה בשירות המדינה**. המדובר בתביעות נזיקין של עובדי מדינה בגין נזקים מתאונת עבודה שאירעה במהלך עבודתם בשירות המדינה. כתביעות אלה המדינה אינה נתבעת כמאסדרת אלא כמעסיק. לפיכך, גם מקרים אלה לא הוכנסו למאגר. (7) **תביעות המערבות התקשרות חוזית עם המדינה**. לעיתים מוגשות תביעות נזיקין נגד המדינה בגין התנהלות רשלנית שלה במסגרת התקשרות חוזית, כדוגמת מכרו. תביעות אלה אינן מערבות טענות ביחס ל"רשלנות רגולטורית" ולכן לא נכנסו למאגר.<sup>71</sup>

כמו כן, אותרו מקרים שלגביהם התעורר ספק אם ניתן להחשיבם ל"רשלנות רגולטורית". סוג המקרים הראשון הוא רשלנות בהסדרה ובפיקוח על פנקס רישום המקרקעין, המנוהל על-ידי האגף לרישום והסדר מקרקעין, במשרד המשפטים (מדובר ב-2 מקרים). הואיל ובהתאם לספר הרגולטורים, האגף מוגדר כרגולטור, ותפקידו "ניהול פנקסי המקרקעין" הוחלט להכניס החלטות אלה למאגר. סוג המקרים השני הוא רשלנות בהסדרה ובפיקוח על מאגר הרישום של משרד התחבורה (מדובר ב-11 מקרים). הואיל ובהתאם לספר הרגולטורים, אגף הרישום במשרד התחבורה אחראי, בין היתר, על "רישום ורישוי כלי רכב" ופעולה זו היא חלק משלבים של הסדרה ובפיקוח לצורך הכוונת שוק כלי רכב, הוחלט להכניס מקרים אלה למאגר. כפי שיוצג בהמשך, אי-הכללת מקרים אלה במאגר רק מחזקת את מסקנות המחקר.

### (ג) המשוכה השנייה: מדד היקף האחריות

המשוכה השנייה המרכזית של המחקר מתייחסת לדרך שבה יאותרו הממצאים הפסיקטיים שמהם ניתן יהיה להסיק על מפלס האחריות של רשויות רגולטוריות. יש להדגיש כי "מפלס האחריות" מתייחס הן לשאלת *האחריות*, העוסקת בשאלה האם יש מקום להטיל אחריות על הרשות, והן לשאלת *החבות*, העוסקת בהיקף הפיצוי שיש לחייב את הרשות (ככל שהוטלה אחריות).<sup>72</sup> על פניו, הקריטריון הראשון הוא (1) **תוצאת פסק הדין**. ככל שימצאו יותר תביעות שהתקבלו, ניתן להסיק על היקף אחריות גבוה, ולהיפך. ואולם, ברי כי עצם הקבלה או הדחייה של תביעה נזיקית נגד רשות רגולטורית לא יכולה להעיד באופן וודאי על היקף

<sup>70</sup> לדוגמא, ראו, ע"א 2061/90 **אילנה מרצלי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך והתרבות**, מז(1) 802 (1993). במקרה זה משרד החינוך נתבע בגין נזק שנגרם לתלמידה במהלך טיול במסגרת בית-ספרית, ונטען לרשלנות בהשגחה על התלמידה. לסקירת הפסיקה בעניין ראו ת"א (מחוזי ב"ש) 3001-09 **א' ח' ס' נ' מדינת ישראל משרד החינוך** (נבו 03.05.2013).

<sup>71</sup> ראו, למשל, רע"א 2127/18 **ארבל מרכז גריאטרי בע"מ ו-25 נוספים נ' משרד הבריאות, מדינת ישראל** (נבו 31.12.2018). באותו מקרה המדינה התקשרה באמצעות מכרו עם מספר מרכזים גריאטריים. נטען לרשלנות בקביעת תעריפים במכרו. מעניין לציין, שבית המשפט העליון הבהיר שלא מדובר ב"רשלנות רגולטורית". שם בפס' 27 נכתב "התביעה שהוגשה נגד המדינה לא עסקה במקרה הקשה יותר של **רשלנות ברגולציה** על פעילותם של גופים אחרים".

<sup>72</sup> ראו להלן מאמרו של בעז סגל, ה"ש 341, בעמ' 573. המחבר מציע לקיים הבחנה בין שלב הטלת האחריות לבין שלב קביעת היקף החבות (הפיצוי).

אחריות מסוים. בסופו של דבר, התוצאה תלויה בנימוקים המשפטיים שהובילו אליה. למשל, יתכן שתביעה מסוימת התקבלה, אך הנימוקים המשפטיים והרטוריקה השיפוטית אינם מעידים בהכרח על גישה מרחיבת אחריות.

לאור זאת, המחקר דנן חייב אותי לחפש פרמטרים נוספים שבאמצעותם ניתן יהיה לבחון את מפלס האחריות. גלעד הציע שני מבחנים לבחינת היקף האחריות של רשויות ציבוריות.<sup>73</sup> בתמצית, המבחן הראשון הוא *המדד המשולב להיקף אחריות*, המורכב ממספר מדדי-משנה הבוחנים את רמת האקטיביזם השיפוטי, סוג הנזק, האם מדובר במעשה או במחדל, חומרת ההתרשלות הנדרשת, שימוש בחזקות אחריות ועוד. המבחן השני הוא *מבחן הרטוריקה השיפוטית*, הבוחן את ההתייחסות השיפוטית לשיקולים המגבילים אחריות. באמצעות שני מבחנים אלה, ערך גלעד מחקר אמפירי *איכותני* להחלטות מרכזיות בתביעות נזיקין נגד רשויות ציבוריות.

מטבע הדברים, קשה ואף לא מדויק, לנתח את ממצאי המחקר הכמותני בענייננו באמצעות קריטריונים איכותניים בלבד. חלק ממדדי המשנה, ובוודאי שמבחן הרטוריקה, הם מבחנים בעלי אופי "איכותני", המבוססים לרוב על ההבנה והפרשנות האישית של החוקר את פסיקת בתי המשפט, להבדיל מפרמטרים "טכניים".<sup>74</sup> לצד זאת, במסגרת בחירת הפרמטרים הנוספים למחקר, השתמשתי בחלק ממדדי המשנה שהוצעו על-ידי גלעד, תוך ניסיון לאתר באמצעותם נתונים "טכניים". יובהר, כי ישום פרמטרים אלה אינו חף מקשיים אמפיריים, ולכן לצד הממצאים הכמותיים שיוצגו בהמשך, יוצג גם ניתוח איכותני לחלק מהממצאים שידגישו גם את הרטוריקה השיפוטית. להלן יפורטו הפרמטרים הנוספים שבאמצעותם נערך הניתוח הכמותני בענייננו.

**(2) סוג ההתרשלות הנדרשת.** קריטריון זה בחן את רמת ההתרשלות הנדרשת לצורך הטלת אחריות על הרשות. במקרים שבהם בית המשפט הדגיש כי הוא בוחן את התנהגות הרשות בדומה לכל מזיק, דהיינו על-פי סטנדרט הזהירות הסביר, ההחלטה סווגה כ*התרשלות דיגלה*. מקרים אלה לימדו על גישה *המרחיבה* את אחריות הרשות. מנגד, קיימים מקרים שבהם התנהגות הרשות עלתה לכדי "התרשלות קיצונית", "התרשלות חמורה", "חריגה משמעותית" או ביטויים אחרים המעידים על התנהלות יוצאת דופן מצד הרשות. מקרים אלה קודדו באמצעות שני פרמטרים: **(א) התרשלות חמורה – עובדתי**; **(ב) התרשלות חמורה – דרישה**. ההבחנה נעשתה כדי להתגבר על הקושי ה"עובדתי" הקיים בקידוד. כך, קיימים מקרים שבהם לא ניתן להסיק על גישה מצמצמת אחריות, שכן עצם העובדה שבית המשפט מצא להטיל אחריות על הרשות בגין "התרשלות חמורה" אינה מעידה כי הוא לא היה מחייב את הרשות גם בגין "התרשלות רגילה". לפיכך, מקרים אלה, הקשורים ל*עובדות* המקרה – סווגו על-פי הפרמטר הראשון. יחד עם זאת, מסיווג זה כן ניתן להסיק שהחלטה אינה בעלת פוטנציאל להרחיב אחריות, שכן גם על-פי הגישה המצמצמת אין הצדקה לפטור את הרשות כאשר היא התרשלה באופן חמור וקיצוני. לעומת זאת, החלטות שבהן הודגש על-ידי בית המשפט כי לצורך הטלת אחריות על הרשות נדרשת התרשלות חמורה – קודדו בהתאם

גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1109-1112.

להרחבה אודות הקשיים וההטיות הקיימים במחקר איכותני, שאינו מבוסס על ניתוח כמותני, ראו למשל, לאון יהודה אנידג'ר, איל זמיר ואורי כץ "המהפכה במעמדה של תרופת האכיפה: דין, תיאוריה וממצאים אמפיריים" *משפטים* מט 5, 32 (2019).

73

74

לפרמטר השני. ממקרים אלה אכן ניתן ללמוד על גישה מצמצמת אחריות, שכן עצם הדרישה להתרשלות חמורה היא אמצעי להגבלת אחריותן של רשויות ציבוריות. במקרים שבהם לא ניתן ללמוד על אחת מאפשרויות אלה (חמורה או רגילה) סוג ההתרשלות סווג כ"לא אוזכר".

**(3) שימוש בחזקות אחריות.** קריטריון זה בחן עד כמה בית המשפט התייחס לחזקות אחריות שונות. בפסיקה זוהו שלוש חזקות מרכזיות: חזקת חובה, שלפיה סמכות סטוטורית מקימה לרשות חזקה בדבר חובת זהירות;<sup>75</sup> נזק ראייתי;<sup>76</sup> והדבר מדבר בעד עצמו.<sup>77</sup> ככל שבית המשפט הכיל באחת או יותר מחזקות אלה, הדבר העיד על גישה מרחיבת אחריות, וההחלטה סווגה על-פי אחת מחזקות האחריות. לעומת זאת, ככל שלא נמצאה כל התייחסות מצד בית המשפט לחזקת אחריות, ההחלטה סווגה כ"לא אוזכר". יש להדגיש גם כאן, כי עצם אי-אזכור של חזקת אחריות אינו מלמד על גישה מצמצמת אחריות, שכן ייתכן שהדבר קשור לעובדות המקרה (למשל חזקת חובה לא הייתה רלוונטית לנסיבות המקרה או לא נטענה על-ידי הצדדים). ואולם, העובדה שחזקת אחריות לא אוזכרה בהחלטה עשויה ללמד על רמת ה"נפוצות" שלה בפסיקה. כך למשל, גם אם אין מקום להכיר בחזקת חובה משום שהיא לא רלוונטית לנסיבות המקרה, עדיין היינו מצפים כי אילו הנפוצות שלה הייתה גבוהה, בתי המשפט או תובעים היו מנסים לטעון לה בכל מקרה. ניסיון זה אכן היה מוביל להרחבת אחריות. לפיכך, ממצא גבוה של החלטות שלא קיימת בהן כל התייחסות לחזקות אחריות (להבדיל מהחלטות שהכירו או דחו חזקות אלה) עשוי להחליש את הסברה שנטענה בספרות שלפיה חל שימוש גובר בחזקות אלה, שימוש המרחיב את היקף האחריות. **(4) סוג הנזק.** קריטריון זה בחן מהו סוג הנזק שבגיניו הוגשה התביעה. ישנם נזקים חמורים ו"קרובים" יותר המצדיקים הטלת אחריות על רשות ציבורית. למשל, נזק גוף או רכוש. לעומת זאת, קיימים נזקים "רחוקים", כגון נזקים כלכליים או נפשיים טהורים, שהטלת אחריות בגינם נחשבת למרחיבת אחריות. ככל שנמצא כי בית המשפט הטיל אחריות בגין נזקים "רחוקים" הדבר יכול להעיד על גישה מרחיבת אחריות. מנגד, לאור ה"קושי" העובדתי, לא ניתן להסיק על גישה מצמצמת אחריות ביחס למקרים שבהם בית המשפט הטיל אחריות בגין נזקים "קרובים", אלא לכל היותר ניתן לומר שהטלת אחריות בגין נזקים אלה אינה כה מרחיבה. **(5) יוצר הסיכון הישיר.** קריטריון זה בחן מיהו הגורם הישיר שיצר את הסיכון שבעטיו נגרם נזק לתובע. ההבחנה המרכזית היא בין "צד שלישי" ל"רשות".<sup>78</sup> הטלת אחריות על הרשות בגין סיכון שנוצר באופן ישיר על-ידי צד שלישי (דהיינו, בגין מחדל טהור), היא מרחיבת אחריות. במקרים שהתעורר קושי בסיווג, יוצר הסיכון סווג הן הצד השלישי והן הרשות. לבסוף, הואיל ועיקר המחלוקת בנושא אחריות רשויות ציבורית נסובה סביב עניין לוי, הוחלט לבחון גם את **(6) אופן ההתייחסות לפסק דין בעניין לוי.** באותו מקרה, תלויים של נפגע בתאונת דרכים נותרו ללא פיצוי ביטוחי. נטען לרשלנות המפקח על הביטוח בכך שהוא

<sup>75</sup> להרחבה ראו גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1096-1099.

<sup>76</sup> להרחבה ראו גדרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 510-502.

<sup>77</sup> שם, בעמ' 504; ראו גם סעיף 41 לפקודת הנזיקין; להרחבה ראו גיא שני "כלל הדבר מעיד על עצמו" בדיני הנזיקין – בחינה מחודשת "משפטים לה 81 (תשס"ה).

<sup>78</sup> הפסיקה מקיימת הבחנה זו. ראו, למשל, ע"א (מחוזי חיפה) 4758/98 אורנים סיללנסר בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד העבודה, תשנ"ט (2) 510, 515 (2000). ("ראוי להבחין בין גורם הסיכון הישיר לבין חובת הפיקוח הכללית"); ת"א (מחוזי חיפה) 512/98 נעים עזרא נ' סקאי קלאב בע"מ (נבו) 21.09.2005. שם בפס' 21 ("המדינה אינה מהווה גורם הסיכון הישיר").

לא הזהיר את המבוטחים שהמבטחת נקלעה לקשיים כלכליים ולא פעל לשלילת רישיונה. בית המשפט המחוזי הטיל אחריות על המפקח, תוך התערבות באמות המידה שלפיהן היה על המפקח להפעיל את שיקול דעתו.<sup>79</sup> בית המשפט העליון קיבל את הערעור ודחה את התביעה. בתמצית, ההחלטה חיזקה את השיקולים הפרגמטיים לשלילת אחריות רשויות ציבור, ובכלל זה החשש מעומס על מערכת המשפט, הרתעת יתר, שיבוש פעילות המנהל וכו'. כמו כן, בית המשפט נימק את אי-ההתערבות בהחלטת המפקח באמצעות שיקול של אי-שפיטות. נפסק כי דיני הנזיקין אינם המנגנון המתאים לבדיקת פעולה שלטונית שאינה מוגבלת בסטנדרטים ברורים, כגון פעולה המבוססת על שיקול דעת "רחב" – המאזן בין שיקולים חברתיים, פוליטיים וכלכליים. במקרים אלה, כך נפסק, ירסן עצמו בית המשפט בבדיקת שיקולי הרשות.<sup>80</sup> לפיכך, הואיל ובמסגרת ההחלטה בעניין לוי הגישה המגבילה את האחריות הפכה למדיניות מוצהרת בפסיקה הישראלית, זאת בהשוואה לגישה ששלטה בפסקי דין קודמים,<sup>81</sup> קיימת חשיבות יתרה בבדיקת אופן ההתייחסות להלכה זו.

כדי לתור אחר אופן ההתייחסות, הקידוד השישי חולק למספר פרמטרים, כדלקמן: (א) *אזכר כרקע נורמטיבי* – מדובר במקרים שבהם ההתייחסות לעניין לוי נעשתה במסגרת "הרקע" הנורמטיבי, והם בעלי אופי "ניטרלי". כלומר, שלא ניתן ללמוד האם בית המשפט מאמץ את הגישה המצמצמת המאפיינת את הלכת לוי, או שמא דוחה אותה לנוכח הגישה המרחיבה;<sup>82</sup> (ב) *אזכר כנימוק לדחיית התביעה* – החלטות שקודדו על-פי פרמטר זה אזכרו את הלכת לוי כחלק מהנימוק לדחיית התביעה, בין אם ביחס ליסוד חובת הזהירות ובין אם ביחס ליסוד ההתרשלות. יש לציין כי פסק הדין בעניין לוי התייחס לחריג שיקול הדעת כהצדקה לשלילת חובת הזהירות, אך גם כשיקול התומך ב"ריכוך" סטנדרט הזהירות של

79 ת"א (מחוזי ח"י) 635/84 יצחק לוי ואח' נ' מדינת ישראל, תשנ"א(1) 453 (1991).  
 80 נימוקים אלה פורטו בעיקר בפס' 23-24 לפסק הדין בעניין לוי, לעיל ה"ש 19. יש לציין כי נימוקים מערכתיים אלה "נשאבו" משלושה פסקי דין באנגליה ובארה"ב שבהן הגישה המצדדת בצמצום אחריות קיבלה את הבכורה. פסק הדין הראשון הוא זה שניתן בעניין Hill (ראו Hill v. Chief Constable West Yorkshire [1998] 2 W.L.R.1049). באותו מקרה בית הלורדים דחה תביעה שהוגשה נגד המשטרה. הנימוק המרכזי לדחייה היה כי גם אם נפלה טעות בדרך פעולתה של המשטרה בפיקוחה על סיכונים שיצר צד שלישי, עדיין הטלת אחריות במקרים אלה עלולה לגרום לשוטרים לפעול בהססנות, להטיל עומס התדיינות ולשבש את פעילותה. פסק הדין השני הוא זה שניתן בעניין Kun-yen (ראו Yuen Kun-yen v. A-G of Hong [1987] 1 All E.R. 705). במקרה זה נתבע המפקח על מוסדות פיננסיים באנגליה בטענה כי התרשל ברישוי חברה. גם כאן מועצת המלך דחתה את התביעה, תוך הפנייה לעניין Hill, ובנימוק שחובתו של המפקח לדאוג לציבור היא חובה כללית ולא חובה ספציפית. בנוסף, ההחלטה נומקה על יסוד שיקולי הרתעת יתר ואי-התערבות (אי-שפיטות). פסק הדין השלישי הוא זה שניתן בעניין Gaubert (ראו U.S. v. Gaubert. 111 S. Ct. 1267 (1991)). בתמצית, בפסק הדין נידון בהרחבה חריג שיקול הדעת האמריקאי. נפסק כי החסינות מכוח החריג תחול גם על הדרג הווטר הפועל ברמת הביצוע (להבדיל מרמת המדיניות). למעשה, החלטה זו הרחיבה את תחולתו של חריג שיקול הדעת והובילה לחיזוק הגישה המצדדת בצמצום אחריות.  
 81 להרחבה ראו ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)" משפט וממשל ג 55, 64-65 (תשנ"ה).

82 ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 2144-09 מעבדות גלקסי אלקטרוניקס (1985) בע"מ נ' מדינת ישראל (משרד התקשורת) (נבו 10.07.2016). ("ספק אם הנתבעת זכאית לפטור מלא ומוחלט נוכח חריג שיקול הדעת (...) עם זאת, בשים לב לתוצאת פסק הדין, איני נדרש לקבוע עמדה בסוגייה זו").

הרשות, במסגרת בחינת יסוד ההתרשלות.<sup>83</sup> החלטות אלה מעידות על צידוד בגישה המצמצמת אחריות; (ג) דחיית הלכת לוי בנימוק שלא מדובר בשיקול דעת "רחב"; (ד) דחיית הלכת לוי בנימוק שלא הופעל כל שיקול דעת; (ה) דחיית הלכת לוי בנימוק שההליך שקדם להחלטה היה רשלני. החלטות שסווגו על-פי פרמטרים (ג) עד (ה), הם מקרים שבהם בית המשפט התייחס לעניין לוי, אך דחה את תחולת חריג שיקול הדעת בנימוק כי הוא אינו חל בנסיבות העניין, בהתאם לאמות המידה שהוצעו במסגרת הלכת לוי. חשוב להדגיש כי הלכת לוי לא שאפה להפוך את "חריג שיקול הדעת" לכלל. הודגש באופן ברור בפסק הדין כי "יש לזכור שהלכה זו היא היוצא מן הכלל, ומרבית פעולות השלטון כפופות לכללים הרגילים בדבר אחריות בנויקין".<sup>84</sup> לכן, מקרים אשר קודדו כדוחים את הלכת לוי בגין אחד הנימוקים שפורטו לעיל (פרמטרים ג' – ה') – אינם יכולים להיחשב כמקרים ששללו את הלכה זו;<sup>85</sup> (ו) "הלכת לוי לא הכתה שורשים" – מדובר בהחלטות שבהן בית המשפט אזכר את עניין לוי, אך הדגיש כי הגישה המצמצמת שהוצעה שם לא אומצה בפסיקה הישראלית וכי המגמה היא להרחבת האחריות של הרשות. ברי כי מקרים אלה הצביעו על הרחבת אחריות; החלטות שלא נמצאה בהן כל התייחסות לעניין לוי קודדו כ-(ז) לא אזכר.

#### (ד) אופן קידוד פסקי הדין

על יסוד המפורט לעיל, פסקי הדין שנמצאו קודדו על-פי מספר קריטריונים. יובהר כי על מנת להקפיד על אמות-מידה אקדמיות מקצועיות, קודדתי את ההחלטות בשלושה סבבים, כדלקמן: לאחר הקידוד הראשון ערכתי קידוד שני חדש לכל החלטות המאגר, ובסיומו ערכתי השוואה בין הקידודים. במקרים שבהם היה שוני בקידודים נערך קידוד שלישי, שעל-פיו נקבע הקידוד הסופי.

להלן יפורטו הקריטריונים לקידוד: שנת פסק הדין; הערכאה (עליון/ מחוזי/ שלום); סוג הרשלנות הרגולטורית הנטענת (בקשר להסדרה/ פיקוח/ אכיפה); התובע (מפוקח/ פרט); הרשות הרגולטורית; תוצאת פסק הדין (התקבל/ נדחה/ הוטלה אחריות חלקית); התייחסות להלכת לוי (אזכר כרקע נורמטיבי/ אזכר כנימוק לדחיית התביעה/ דחייה בנימוק שלא מדובר בשיקול דעת רחב/ דחייה בנימוק שלא הופעל כלל שיקול דעת/ דחייה בנימוק שההליך שקדם להחלטה היה רשלני/ לא אזכר); סוג ההתרשלות הנדרשת (רגילה/ חמורה – עובדתי/ חמורה – דרישה/ לא אזכר); שימוש בחזקות אחריות (חזקת חובה / נזק ראייתי/ הדבר מדבר בעד עצמו/ לא אזכר); סוג הנזק (כלכלי/ נפשי טהור או נזק לגוף/רכוש); יוצר הסיכון הישיר (רשות/ צד שלישי/ רשות+ צד שלישי).

<sup>83</sup> פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 214 ("בחלקו הראשון של פסק הדין בית המשפט מפרט את מגוון השיקולים שבהם עולה שאין להכיר בחובת זהירות כאשר מדובר בהפעלת שיקול דעת רחב. לאחר מכן נראה כאילו חלה תפנית מחשבתית, ובית המשפט מניח קיומה של חובת זהירות, ולמעשה 'מסב' את שיקולי המדיניות שהביא לעניין חובת הזהירות לשיקולים התומכים בריכוך סטנדרט הנדרש מהרשות המפעילה שיקול דעת רחב").

<sup>84</sup> עניין לוי, לעיל ה"ש 19, בפס' 30.

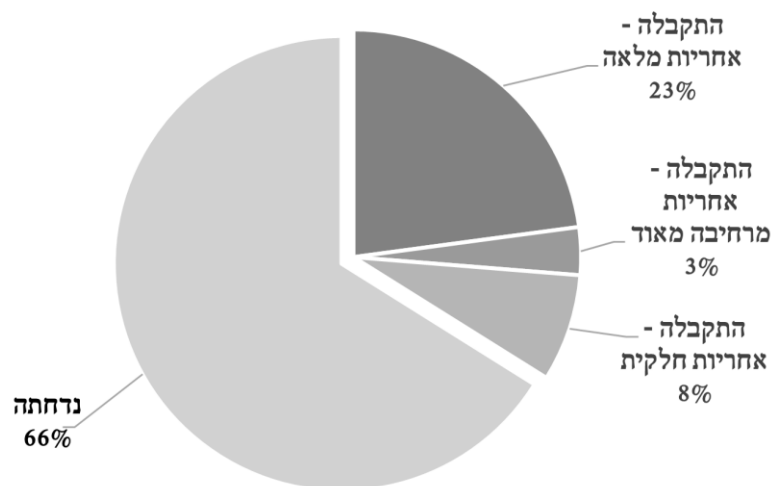
<sup>85</sup> ראו למשל ת"א (שלום ירושלים) 8804/96 החברה המרכזית לשקילה בע"מ נ' ארנון רונן פס' 83 (נבו 11.05.2004). שם בית המשפט הטיל אחריות על הרגולטור תוך הדגשה שהלכת לוי אינה רלוונטית שכן לא מדובר בשיקול דעת "רחב" וההליך שקדם להחלטה היה רשלני ("יוצא לפיכך, שגם לפי פרשת לוי ניתן בענייננו לבחון את שיקול הדעת של המפקח ואין הוא חסין מפני הטלת אחריות בנויקין").

## 2. ממצאי המחקר הכמותני ומבט איכותני על ממצאיו

### (א) פילוח כללי

במסגרת המחקר אותרו כ-118 פסקי דין העוסקים ברשלנות רגולטורית. הממצא המרכזי שעלה מהמחקר הוא שב-66% מפסקי הדין נדחתה התביעה נגד הרשות הרגולטורית, ואילו ב-34% מהמקרים התביעה התקבלה והוטלה אחריות. כבר עתה נראה כי הטענה שלפיה היעדר הטלת אחריות נהפכה להיות היוצא מאוד מן הכלל – אינה מדויקת כאשר עסקינן בתביעות בגין רשלנות רגולטורית. כפי שיוצג, נראה כי דווקא הגישה הנפוצה בפסיקה, בפרט בשנים האחרונות, מצדדת בצמצום האחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות, והטלת אחריות במקרים אלה היא החריג.

### תרשים 1: פילוח פסקי הדין שהתקבלו על-פי תוצאה ופרמטרים נוספים



בחינת פסקי הדין שבהם נדחתה התביעה, מחזקת מסקנה זו. כך, שני מקרים בלבד מתוך התביעות שנדחו עשויים להעיד על רטוריקה שיפוטית בעלת פוטנציאל להרחיב מאוד את האחריות.<sup>86</sup> כלומר, רק במקרים אלה בית המשפט קבע חובת זהירות מכוח חזקת חובה, והמקרה נבחן על-פי התרשלות דגילה, על אף שיוצר הסיכון הישיר היה צד שלישי (ולא הרשות) ודובר על נזק כלכלי. יתרה מזאת, מקרים אלה עסקו ברשלנות ביחס להסדרה ופיקוח של מאגרי רישום, שכאמור לעיל, ספק אם ניתן להגדירם כ"רשלנות רגולטורית".<sup>87</sup> ממצא נוסף שעלה מהניתוח הכמותני הוא שב-76% מפסקי הדין שדחו תביעות, אוזכר

<sup>86</sup> מדובר במקרים הבאים: ת"א (שלום רמ') 3449/07 זהר יעקב נ' לשכת רישום המקרקעין תל אביב פס' 41 (נבו 22.08.2011). שם נטען לרשלנות בקביעת נהלים שימנעו זיוף ברישום הארות אזהרה; ת"א (שלום עכו) 2327/04 אסלם סעיד נ' כרמי מאזן (נבו 30.03.2006). נטען לרשלנות משרד התחבורה בפיקוח על מאגר רישום כלי רכב מפני מקרים של הונאה.

<sup>87</sup> ראו לעיל הדיון שבין ה"ש 71 לה"ש 72.



פסק הדין בעניין לוי. ניתוח ממצא זה מלמד שברוב המקרים בתי המשפט הכירו בעקרונות ההלכה. כך, ב-53% מתוך המקרים שאזכרו את הלכת לוי, ניתן להסיק שבית המשפט התייחס לעקרונות ההלכה, ובפרט לחריג שיקול הדעת, כדי לנמק את דחיית התביעה.<sup>88</sup> מנגד, רק ב-3 החלטות שדחו תביעות, וששמילא ניתנו בעשור הקודם (2007-2009) ולא בעשור האחרון, בית המשפט ציין מפורשות שהגישה המצמצמת המאפיינת את עניין לוי לא אומצה בפסיקה.<sup>89</sup> יתרה מזאת, ניתוח איכותני של ממצא זה מעלה כי למרות שבהחלטות רבות בית המשפט ביקר לשלילה את התנהלות הרשות וקרא לשינוי רגולטורי כלשהו, הוא דחה את התביעה ונמנע מלהתערב בשיקול הדעת של הרשות.<sup>90</sup> רטוריקה שיפוטית כזו, עשויה ללמד על השפעה של הלכת לוי על הפסיקה, המתבטאת בזהירות של בית המשפט מהטלת אחריות נזיקית על רשות רגולטורית בדיעבד, והסתפקות בקריאה לשינוי המצב הרגולטורי בלבד.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> לדוגמא: ת"א (מחוזי ת"א) 28807-01-15 פ. ב' קרנית קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים (נבו) 11.06.2020 ("על כן, ברוח ההלכה בפרשת לוי (...) אין בכך כדי להצדיק במקרה זה הטלת אחריות על המדינה"); ת"א (מחוזי י-ם) 69176-03-17 פלונים נ' מדינת ישראל (נבו) 19.11.2019. ("נקודת המוצא לענייננו מצויה בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין לוי (...) באותו מקרה נפסק כי ככלל, יש לצמצם את אחריות המדינה בכל הנוגע לנוזקים הנובעים מהחלטות מנהליות כלליות המבוססות על שיקול דעת"); ת"א (שלום י-ם) 21889-08 באסם אבו זהרה נ' מדינת ישראל (נבו) 02.10.2012. ("מאחר שהחלטת המפקח על הביטוח מצויה בגדר חריג שיקול הדעת (...) לפיכך, לאור הלכה זו (...) אין מקום להטלת אחריות על המדינה בשל מעשיו או מחדליו של המפקח על הביטוח").

<sup>89</sup> ראו: ת"א (מחוזי תל אביב-יפו) 2292/00 ש.ח. מהנדסים ויועצים בע"מ נ' משרד הבריאות (נבו) 22.01.2009 ("אולם, בפסיקה מאוחרת יותר (ובהשראתם של חוקי היסוד), שוב הורחבה אחריות המדינה בנוזיקין וצומצם חריג שיקול הדעת"); רע"א 4385/04 נוהא פרוך ו 5 אחרים נ' בית החולים מוקאסר (נבו) 21.08.2007. ("בע"א 10078/03 וע"א 1327/04 שתיל (...) צומצם (מפי השופט לוי) הכלל שנקבע בע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי (...) מפי הנשיא שמגר, באשר לשיקול הדעת הרחב של הרשות המינהלית"); ת"א (מחוזי י-ם) 5380/03 עזבון המנוח אלכסנדר רחלין ז"ל נ' דניאל ציטין (נבו) 22.02.2009. ("בע"א 10078/03 וע"א 1327/04 שתיל נ' מדינת ישראל נ' מקורות (פורסם בנבו), להלן - "פרשת שתיל"), צומצם הכלל שנקבע בע"א 915/91").

<sup>90</sup> ראו, לדוגמא: ע"א 2055/99 פלוני נ' הרב ניסים זאב, נה(5) 241 (2001). שם נדחתה תביעה נגד משרד הבריאות בגין רשלנות בהסדרת תחום המוהלים בארץ, אך צוין כי ללא ספק "היה ראוי להסדיר בחקיקה את העיסוק בביצוע מילות ואת הפיקוח" (שם, בפס' 25); ע"א (מחוזי חי') 37277-09-18 מדינת ישראל נ' אלתר ישראל אברהם (נבו) 24.03.2019. שם נדחתה תביעה נגד משרד המשפטים בגין אי-קביעת נהלים שיבטיחו שמירה על הליכי מימוש זכויות במקרקעין, אך נכתב כי "יתכן שטוב וראוי אם במועדים הרלוונטיים היה קיים מתווה כלשהו אשר יצמצם את הסיכון להתרחשותם של אירועים כפי שאירעו במקרה דנן, אולם (...) אין להטיל על המדינה ורשויותיה חבות בנוזיקין רק בשל החלטות המסורות לשיקול דעתן" (שם, בפס' 21); עניין קרנית, לעיל ה"ש 88. שם נדחתה תביעה נגד משרד התחבורה בגין רשלנות בהסדרת תחום האופניים החשמליים. בית המשפט ביקר את התנהלות הרשות וכתב כי "לטעמי יש ממש בחלקן של טענות התובעים שהמדינה שירכה רגליה בכל הנוגע לטיפול בהסדרת השימוש באופניים חשמליים" (שם, בפס' 144); ת"א (מחוזי י-ם) 8356-06 אפגד חברה לעבודות הנדסה ובנין בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה (נבו) 19.10.2015. שם נדחתה תביעה בגין רשלנות בהקצאת היתרים. בית המשפט ציין כי "לטעמי, על אף הביקורת שנשמעה לא פעם על התנהלות מסורבלת של המדינה (...) ישנם שיקולים כבדי משקל על מנת שלא להחיל חובת זהירות על המדינה" (שם, בפס' 70).

<sup>91</sup> גישה זו עולה בקנה אחד עם ממצאי המחקר בקשר לרגולציה בפסיקה הישראלית. הוכמן, חספר ולרגמן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 71 ("כאשר בית המשפט נתקל בחלל כזה, הוא קורא לרגולטור לתקן את מה שנתפס בעיניו כמצב חריג").

לצד זאת, יש לציין כי ניתוח המקרים שבהם נדחתה התביעה העלה כי ב-65% מתוכם בית המשפט לא אזכר את רמת ההתרשלות הנדרשת (חמורה/ רגילה). לכאורה, ממצא זה עשוי להעיד על היעדר דרישה להתרשלות "חמורה" לצורך בחינת יסוד ההתרשלות. ברם, ניתוח איכותני העלה כי ברוב המקרים הסיבה לאי-אזכור של רמת ההתרשלות הייתה שלילת קיומה של חובת זהירות (אשר יתרה את הצורך לבחון את יסוד ההתרשלות) או הסתפקות בהפניה לעניין לוי, שממילא קובע כי יש להטיל אחריות רק במקרים של התרשלות חמורה (ב-55% מתוך ההחלטות שלא אזכרו את רמת ההתרשלות הנדרשת, בית המשפט הפנה לעניין לוי כנימוק לדחיית התביעה). לא זו אף זו, מניתוח החלטות המאגר עולה, כי חזקת האחריות היחידה שהוכרה על-ידי בית המשפט היא חזקת חובה (ב-29% מההחלטות המאגר היא הוכרה). מנגד, ב-67% מהחלטות המאגר בית המשפט לא התייחס כלל לחזקה זו. כאמור, אי-האזכור אינו מלמד על גישה מצמצמת אחריות, אך הוא מחליש את הטענה שלפיה חל שימוש נרחב בפסיקה בחזקת חובה, שימוש אשר עלול להרחיב את אחריות הרשות בנוזקין.<sup>92</sup>

יחד עם זאת, ניתן לטעון כי ב-1/3 מהחלטות המאגר (34%) התקבלה תביעה בגין רשלנות רגולטורית, ונתון זה משקף מפלס אחריות גבוה. ברם, גם ניתוח המקרים שבהם התקבלה התביעה אינו מעיד על הרחבת אחריות. כך, כפי שעולה מתרשים 1, ב-8% מפסקי הדין במאגר בתי המשפט הטילו אחריות חלקית על הרשות. לדוגמא, בעניין דוידוביץ<sup>93</sup> נקבע שהרשות תישא רק ב-10% מהחבות. בעניין פלוני<sup>94</sup> נקבע שהרשות תישא ב-30% מהחבות. בכל המקרים הללו מדובר בתביעות בגין מחדלי פיקוח ואכיפה של הרגולטור ביחס לסיכונים שיצרו צדדים שלישיים. בהתאם לגישה המצמצמת, במקרים אלה הרשות הרגולטורית היא מזיק "משני ועקיף" לנזק, ולכן אין מקום לחייב אותה במלוא הנזק. אלא שאחד החששות שנטענו בספרות הוא שכאשר הרשות נתבעת עם מזיקים נוספים שאינם בעלי "כיס עמוק", היא "לעיתים קרובות"<sup>95</sup> נאלצת לשאת לבדה במלוא החבות (אף אם הוטלה עליה אחריות חלקית) וזאת לאור הכלל של "יחד ולחוד"<sup>96</sup> מצבים אלה מרחיבים את אחריות הרשות. עוד נטען, כי טרם השתמשו בפסיקה בכלל המאפשר להגביל את אחריות הרשות רק לחלק מהנזק.<sup>97</sup> לפיכך, הוצעו בספרות כללים שונים שבאמצעותם ניתן להגביל את אחריות הרשות.<sup>98</sup> ואולם, בחינה איכותנית של ההחלטות שבהן הוטלה אחריות חלקית על הרשות עשויה להפיג את החשש האמור. כך, ב-7 מתוך 9 החלטות אלה, המזיקים הנוספים שחויבו

<sup>92</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1141 ("הגישה בישראל (...) קיומה של סמכות שבחוק נתפס כמקור, בסיס וזרז להטלת אחריות בנוזקין"); גדרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 473 ("חזקת החובה" שמקורה בעניין גורדון, ששבה והתחבבה לא מכבר על בתי המשפט (...) חזקה זו (...) מרחיבה את היקף האחריות").

<sup>93</sup> ת"א (מחוזי חיפה) 1586/94 דוידוביץ ליאור ז"ל נ' שחף סיני (נבו 28.11.2000).

<sup>94</sup> ע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו 23.06.2005).

<sup>95</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1152.

<sup>96</sup> סעיף 11 לפקודת הנזקין; להסבר אודות הסעיף ראו, למשל, עמוס הרמן דיני נזקין 194-196 (2020).

<sup>97</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1152.

<sup>98</sup> שם, בעמ' 1154-1155, גלעד מציע את "מבחן האשמה היחסית"; ראו גם לאחרונה: בעז סגל "כלל הארכאיות יחד ולחוד – רשלנות מנהלית בפיקוח כמקרה בוחן" חוקים יד 49 (2020). שם נידונה בהרחבה הסוגיה והוצע כי בהתאם לנסיבות המקרה, יש להחיל כלל "יחד ולחוד" או כלל של אחריות יחסית או כלל של תקרה סטטוטורית.

יחד עם הרשות הרגולטורית היו מזיקים סולבנטיים בעלי כיס עמוק, ובכלל זה חברות ביטוח, מועצות מקומיות, וגורמים בעלי ביטוח אחריות מקצועית.<sup>99</sup> אם כן, במקרים אלה האחריות החלקית שהוטלה על הרשות נותרה בגבולותיה, במובן זה שהרשות נדרשה לפצות עד לגבול האחריות שנפסק כנגדה (למשל 15%). התוצאה במקרים אלה זהה כפועל למקרים שבהם יפעילו כללי אחריות חלקית כפי שהוצעו בספרות. לפיכך, חרף הטלת אחריות על הרשות במקרים אלה (המערבים מזיקים נוספים בעלי כיס עמוק), ניתן לומר שהגבלת חבות הפיצוי הובילה דה פקטו לתוצאה העולה בקנה אחד עם כללים מצמצמי אחריות.

בנוסף, בחינת המקרים שבהם הוטלה אחריות מלאה על הרשות מעלה, כי 40% מתוך מקרים אלה עסקו בהתרשלות חמורה של הרשות (להבדיל מהתרשלות רגילה).<sup>100</sup> נראה שאף מקרים אלה אינם משקפים גישה מרחיבת אחריות, שכן ככל שהתרשלות הרשות עלתה לכדי התרשלות חמורה, אין סיבה לפטור אותה מאחריות.<sup>101</sup> יתרה מזאת, ברוב המקרים שעסקו בהתרשלות חמורה (61%) ניתן ללמוד כי בית המשפט דרש סטנדרט של התרשלות חמורה, ולא מדובר בגישה הנובעת מעובדות המקרה.<sup>102</sup>

כמו כן, הניתוח העלה שב-65% מתוך המקרים שהתקבלו, בית המשפט התייחס להלכת לוי. ברוב המקרים (60%) נקבע שחריג שיקול הדעת לא חל במקרה הנדון משום שהוא לא מערב שיקול דעת "רחב" (38%),<sup>103</sup> או שהרשות לא הוכיחה שהופעל שיקול דעת כלשהו

<sup>99</sup> לדוגמא: בעניין דוידוביץ, לעיל ה"ש 93, הנתבעים הנוספים היו דולב חברה לביטוח בע"מ וכן חברה בעלת מועדון לילה; בת"א (מחוזי ת"א) 1206-03 קרן ההשתלמות לאקדמאים במדעי החברה והרוח בע"מ נ' גל את ביילי סוכנות ביטוח (1997) בע"מ (נבו 23.05.2012), בין הנתבעים היו אריה חברה לביטוח בע"מ, חברת הביטוח סקוריטס וכן 40 עורכי דין נוספים, שלרובם ביטוח אחריות מקצועית; ת"א (שלום תל אביב-יפו) 119580/00 אדין רוני נ' גאודס מרק (נבו 14.05.2009), שם הנתבעים הנוספים היו רופאים ומכון רפואי בעלי ביטוח אחריות מקצועית.

<sup>100</sup> ראו, לדוגמא: תא"מ (שלום כ"ס) 29187-05-12 צבי גינזבורג נ' מדינת ישראל המשרד לשרותי דת פס' 29 (נבו 04.09.2014). ("התרשלה הנתבעת באופן חמור (Gross Negligence)").

<sup>101</sup> גם המצדדים בגישה מצמצמת אחריות לא טוענים אחרת. ראו גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1150. שם, גלעד קורא להעלות את סף חומרת האשמה במקרים של נזקים ומחדלים טהורים של הרשות לדרגה של התרשלות חמורה.

<sup>102</sup> ראו, לדוגמא: ת"א (שלום י-ם) 13573-06 נטו מ.ע. סחר מוזן בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (נבו 09.08.2010) ("במקרים חריגים, בהם ההחלטה שהתקבלה הינה שגויה באופן קיצוני על פני הדברים, תיתכן קביעה כי גם החלטה שהתקבלה בהליך תקין הינה רשלנית (...) נפנה אם כן לבחינת שאלת ההתרשלות לאור העקרונות האמורים"); ת"א (מחוזי ת"א) 2474-06 ארגון מגדלי הדגים בישראל - אגודה חקלאית שיתופית ארצית בע"מ נ' משרד הבריאות (נבו 08.05.2013) ("ייתכנו מקרים שבהם הפעלת שיקול הדעת חרגה מכל אמת מידה סבירה, או הייתה נעדרת כל אחיזה במציאות (...) ההחלטה עצמה לוקה בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות זועקים לשמים"); ת"א (כלכלית) 11283-09-16 שמואל רותם נ' רשות ניירות ערך (נבו 24.06.2019) ("החלטה תיחשב לרשלנית רק אם היא חורגת באופן משמעותי ממתחם האפשרויות שביניהן רשות מינהלית סבירה רשאית לבחור").

<sup>103</sup> ת"א (שלום חי) 6804-12-08 ציון בונפרד נ' המכללה לחשמל בע"מ פס' 22 (נבו 15.03.2012). ("פעולות אלה, למרות שהן נסמכות על שיקול דעת של הרשות, אין הן נופלות בגדר פעולות הנמצאות במתחם שיקול דעת הרחב של הרשות"); ת"א (שלום תל אביב-יפו) 11949/01 בנק ירושלים בע"מ נ' זבגלוב ולדימיר (נבו 13.02.2006) ("אין מדובר בשיקול דעת חזק או רחב, אלא בשיקול דעת חלש"); עניין החברה המרכזית לשיקלה, לעיל ה"ש 85 ("החלטת המפקח לא עונה על שיקול דעת בלתי שפיט וזאת משום שאחד מהתנאים להפעלת שיקול הדעת לא מתקיים. כוונתי לשיקול דעת במובן "החזק").

104(13%) או שנפסק שהליך איסוף המידע ששימש בסיס להחלטה היה רשלני (9%)<sup>105</sup>. כאמור, גם בעניין לוי הוחרגו מקרים אלה מתחומי ההלכה, שממילא הודגש שהיא "היוצא מן הכלל"<sup>106</sup>. לכן, ממצא זה עשוי ללמד שגם במקרים המועטים שבהם הוטלה אחריות, בתי המשפט לא התעלמו מהלכת לוי. לכל היותר ההלכה יושמה בזהירות ונקבע שהיא אינה חלה בנסיבות העניין, בדומה לכל הלכה אחרת המוחרגת ממקרים מסוימים. נראה כי גם החלטות אלה – שקיבלו תביעות – אינן מצביעות על "פריצת גבולות האחריות" של רשויות רגולטוריות. יתרה מזאת, רק בשתי החלטות (של ערכאות דיוניות) שקיבלו תביעות ניתן להסיק שבית המשפט דחה את תחולתה של הלכת לוי בנימוק שהיא "לא הכתה שורשים"<sup>107</sup>. יחד עם זאת חשוב לציין, כי ב-35% מההחלטות שקיבלו תביעות פסק הדין בעניין לוי לא אזכר. על פניו נתון זה עשוי ללמד על כך שבהחלטות אלה הלכת לוי "לא הכתה שורשים", שכן ניתן לשער כי אילו ההלכה הייתה משתרשת היינו מוצאים לה זכר. מנגד, ניתן גם לשער שהואיל ומדובר בהחלטות שקיבלו תביעות, בית המשפט העדיף שלא להתייחס להלכת לוי, "המשרדת" צמצום אחריות. בין כך ובין אחרת, נראה שברוב ההחלטות קיימת התייחסות להלכת לוי ויש בממצאים אלה כדי להחליש את הטענה שהלכת לוי "לא הכתה שורשים". למעשה, מניתוח המקרים שבהם הוטלה אחריות מלאה, על הרשות הרגולטורית, עולה כי רק 4 פסקי דין, המהווים 3% מפסקי הדין במאגר, עשויים להיחשב כמרחיבים מאוד את אחריות הרשות. כלומר, רק במקרים אלה, דובר על מחדלים שנראה כי יוצר הסיכון הישיר שלהם הוא צד שלישי, הנזק הנתבע סווג ככלכלי, בית המשפט בחן את המקרה על-פי סטנדרט של התרשלות דגילה, קבע חובת זהירות של הרשות מכוח חוקת חובה, והטיל אחריות נזיקית.<sup>108</sup> ואולם, אף מפסקי דין אלה קשה ללמוד על הרחבת אחריות. ראשית, כל

<sup>104</sup> ראו, לדוגמה: עניין גינזבורג, לעיל ה"ש 100, בפס' 28. ("כאשר הרשות נוהגת במחדל ואינה מפעילה כל שיקול דעת לצורך קידום מטרת החוק המסמך, כבענייננו (כפי שנראה להלן), אין מקום להנותה מחריג שיקול הדעת"); ע"א 6181/99 עיריית נתניה נ' גרשון חטיבשוילי (פורסם בנבו, 03.08.2000) ("לא משום שהפעיל שיקול דעת מוטעה, אלא משום שנמנע לחלוטין, כעולה מממצאי בית המשפט קמא, מהפעלת שיקול דעתו").  
<sup>105</sup> ראו, לדוגמה: עניין מגדלי הדגים, לעיל ה"ש 102. ("בפס"ד לוי עצמו נקבע שקני המידה המקובלים לבחינת רשלנותה של המדינה נותרים בעינם ככל שמדובר בניהול רשלני של ההליכים שקדמו לקבלת ההחלטה, כך למשל, במקרה של איסוף רשלני של מידע"); עניין החברה המרכזית לשקילה, לעיל ה"ש 85 ("ההליכים שקדמו לקבלת ההחלטה היו רשלניים, שהרי המידע שקדם לקבלת ההחלטה לא הוצג").

<sup>106</sup> עניין לוי, לעיל ה"ש 19, בפס' 30 לפס"ד.

<sup>107</sup> מדובר במקרים הבאים: עניין גינזבורג, לעיל ה"ש 100, בפס' 28 ("כפי שצינו התובעים בצדק גמור בכתב תשובתם, מאז שניתן פסק דין לוי בשנת 1994 צמצם בית המשפט העליון באופן ניכר את "חריג שיקול הדעת" שנקבע שם, ונראה כי הפסיקה אינה מוכנה עוד להכיר בכלל גורף שכזה"); ת"א (מחוזי מרכז) 1886-08-07 ג'וניר קרטל בע"מ נ' מדינת ישראל פס' 114 לפס"ד (נבו) 26.06.2011 ("סקירת הפסיקה הערכנית בישראל מצביעה על מגמה ברורה של הרחבת אחריותה של המדינה ורשויותיה בגין התנהלות רשלנית").

<sup>108</sup> המדובר במקרים הבאים: ת"א (שלום ירושלים) 6398/02 יצחק קדמי נ' משרד התחבורה אגף הרישוי (נבו) 25.05.2006. ע"א (מחוזי תל אביב-יפו) 2921/01 מדינת ישראל-משרד הרישוי מפרץ חיפה נ' עזאזיה חוסיין (נבו) 30.05.2005; ת"א (שלום פ"ת) 1491/00 פינקלשטיין רונן נ' מדינת ישראל - משרד התחבורה (נבו) 01.02.2001. בכל המקרים הללו נטען לרשלנות אגף הרישוי בהסדרת ופיקוח מאגר המידע של כלי רכב אשר אפשרה זיוף ומרמה של צד שלישי שגרמו לנזקים כלכליים לתובעים. המקרה הרביעי הוא עניין בנק ירושלים, לעיל ה"ש 103. שם נטען לרשלנות של אגף רישום מקרקעין בפיקוח על מרשם המקרקעין שאפשר זיוף והונאה על-ידי צד שלישי שהובילה לנזק כלכלי.

ארבעת המקרים עוסקים בהסדרה ופיקוח על מאגרי מידע, שכאמור ספק אם יש מקום להחשיבם ל"רשלנות רגולטורית". שנית, גם אם מדובר ב"רשלנות רגולטורית", יתכן שניתן לחלוק על סיווג המקרה ככזה שצד שלישי יצר את הסיכון הישיר. נראה כי במקרים אלה לרשות הייתה "שליטה על מהלך האירועים ועל נקיטת האמצעים הנדרשים"<sup>109</sup>. ככל שכך, ניתן לסווג גם את הרשות כיוצרת הסיכון הישיר, או אז לא מדובר בהטלת אחריות בגין "מחדל טהור", שנחשבת למרחיבת אחריות. שלישית, מדובר בהחלטות של ערכאות דיוניות, שאינן בבחינת הלכה מחייבת, והן ניתנו בין השנים 2001-2006, כך שלכל היותר הן "שריד" של העשור הראשון שאינו משקף את היקף האחריות כיום. רביעית, ב-2 מתוך 4 החלטות אלה, בית המשפט התייחס לעניין לוי, ודחה את תחולת ההלכה בנימוק שלא מדובר ב"שיקול דעת רחב".

**תרשים 2: מס' החלטות שקיבלו תביעות ושקודדו עם 1-3 מהפרמטרים המרחיבים**

| מס' פרמטרים מרחיבים | הפרמטרים המתקיימים       |             |          |            | מס' החלטות |
|---------------------|--------------------------|-------------|----------|------------|------------|
| 3                   | התרשלות רגילה            | חזקת אחריות | צד שלישי | גוף / רכוש | 2          |
|                     | התרשלות רגילה            | חזקת אחריות | רשות     | כלכלי      | 1          |
|                     | התרשלות רגילה            | לא אוזכר    | צד שלישי | כלכלי      | 4          |
|                     | התרשלות חמורה / לא אוזכר | חזקת אחריות | צד שלישי | כלכלי      | 3          |
| 2                   | התרשלות רגילה            | חזקת אחריות | רשות     | גוף / רכוש | 1          |
|                     | התרשלות רגילה            | לא אוזכר    | צד שלישי | גוף / רכוש | 3          |
|                     | התרשלות חמורה / לא אוזכר | חזקת אחריות | רשות     | כלכלי      | 3          |
|                     | התרשלות חמורה / לא אוזכר | לא אוזכר    | צד שלישי | כלכלי      | 0          |
|                     | התרשלות רגילה            | לא אוזכר    | רשות     | כלכלי      | 2          |
|                     | התרשלות חמורה / לא אוזכר | חזקת אחריות | צד שלישי | גוף / רכוש | 7          |
|                     | התרשלות רגילה            | לא אוזכר    | רשות     | גוף / רכוש | 0          |
| 1                   | התרשלות חמורה / לא אוזכר | חזקת אחריות | רשות     | גוף / רכוש | 0          |
|                     | התרשלות חמורה / לא אוזכר | חזקת אחריות | רשות     | גוף / רכוש | 0          |

<sup>109</sup> עניין לוי, לעיל ה"ש 19, בפס' 14.

|  |                          |          |          |            |   |
|--|--------------------------|----------|----------|------------|---|
|  | התרשלות חמורה / לא אוזכר | לא אוזכר | צד שלישי | גוף / רכוש | 9 |
|  | התרשלות חמורה / לא אוזכר | לא אוזכר | רשות     | כלכלי      | 1 |

יטען הטוען כי גם החלטות שקיבלו תביעות, אך לא קודדו ככאלה המקיימות את ארבעת הפרמטרים המרחיבים באופן מצטבר, עשויות להיחשב למרחיבות אחריות. ברם, אף בחינה כמותנית ואיכותנית של כל ההחלטות המקיימות 1-3 פרמטרים מלמדת שהן לא מרחיבות. בהתאם לתרשים 2, ב-10 (25%) מהמקרים שהתקבלו התקיימו 3 פרמטרים, ב-16 (40%) התקיימו 2 פרמטרים, וב-10 (25%) התקיים פרמטר אחד. בחינה איכותנית של החלטות אלה מעלה כי רובן המכריע אינן מרחיבות אחריות. כך, חלקן עוסקות במקרים שלרשות הייתה "שליטה על מהלך האירועים";<sup>110</sup> חלקן דחו את הלכת לוי בנימוק שלא מדובר בשיקול דעת רחב או שלא הופעל כלל שיקול דעת או שההליך שקדם להחלטה היה רשלני;<sup>111</sup> חלקן דרשו באופן מפורש דרגה של התרשלות חמורה;<sup>112</sup> ובחלקן הוטלה אחריות חלקית בלבד.<sup>113</sup> מאפיינים אלה מובילים למסקנה שחרף קיומם של פרמטרים העשויים ללמד על גישה

<sup>110</sup> לדוגמא: בת"א (שלום י-ם) 7154-07 ד"ר דייגו אפרים מריאר נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות (נבו 11.10.2010). שם התקיימו 3 פרמטרים מרחיבים (התרשלות רגילה, חזקת חובה ונוק כלכלי) ולכאורה מדובר בהחלטה מרחיבה. יחד עם זאת, לרגולטור, כמי שאחראי על מתן רישיונות לכירופרקטיקה, הייתה "השליטה על מהלך האירועים", אשר על-פי עניין לוי מצמידה את יחסי הקרבה בין הרשות לניזוק; ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, נט(5) 193 (2005). שם התקיימו 2 פרמטרים מרחיבים (התרשלות רגילה ונוק כלכלי), אך לרגולטור הייתה השליטה על הסרת סימן כוכבית מסחורה של התובעים, העוסקים בייבוא נעליים, אשר גרמה להם נזק כלכלי.

<sup>111</sup> לדוגמא: עניין בונפרד, לעיל ה"ש 103, שם אומנם התקיימו 3 פרמטרים מרחיבים (התרשלות רגילה ונוק כלכלי שנגרם על-ידי צד שלישי), אך בית המשפט דחה את תחולת הלכת לוי בנימוק שלא מדובר בשיקול דעת "רחב"; עניין גינבורג, לעיל ה"ש 100, שם התקיימו 2 פרמטרים מרחיבים (חזקת חובה ונוק כלכלי), אך בית המשפט דחה את תחולת הלכת לוי בנימוק שלא הופעל שיקול דעת; עניין נטו, לעיל ה"ש 102, שם התקיימו 2 פרמטרים מרחיבים (חזקת חובה ונוק כלכלי), אך בית המשפט פסק ש"שיקול הדעת של הרשות אינו כה רחב"; עניין החברה המרכזית לשקילה, לעיל ה"ש 85, שם התקיים פרמטר מרחיב אחד (הטלת אחריות בגין נזק כלכלי), אך בית המשפט דחה את הלכת לוי בנימוק שלא מדובר בשיקול דעת רחב וההליך שקדם להחלטה היה רשלני.

<sup>112</sup> לדוגמא: ת"א (שלום נת) 2184/97 בני טאוב נ' מדינת ישראל - משרד הרישוי (נבו 07.06.2001). שם התקיימו 3 פרמטרים מרחיבים (חזקת חובה, נזק כלכלי שנגרם על-ידי צד שלישי), אך בית המשפט פסק שיש לבחון את יסוד ההתרשלות על-פי אמת מידה של התרשלות חמורה ("לאור המבחנים שנקבעו ב-ע"א 915/91 מדינת ישראל נ. לוי (...)) ההתרשלות הישירה והחמורה של רשות הרישוי כלפי התובע"; עניין מגדלי הדגים, לעיל ה"ש 102, שם התקיימו 2 פרמטרים מרחיבים (נזק כלכלי שנגרם על-ידי צד שלישי), אך בית המשפט בחן את המקרה בהתאם להתרשלות חמורה ("ייתכנו מקרים שבהם הפעלת שיקול הדעת חרגה מכל אמת מידה סבירה (...)) ההחלטה עצמה לוקה בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות וזעקים לשמים"; עניין חיטיבשוילי, לעיל ה"ש 104. שם התקיים פרמטר מרחיב אחד (צד שלישי שגרם לסיכון באופן ישיר), אך בית המשפט בחן את המקרה על-פי התרשלות חמורה ("אין ספק בלבנו כי המפקח התרשל בתפקידו התרשלות חמורה וחרג חריגה גסה ממתחם ההתנהגות הסבירה").

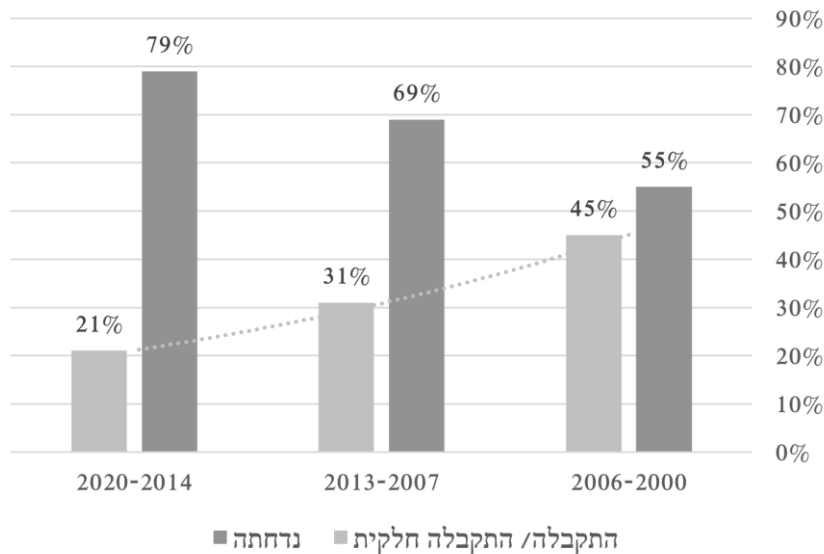
<sup>113</sup> לדוגמא: ת"א (מחוזי ב"ש) 1129/02 סמאי אלון נ' בן טוב טוביה (נבו 08.09.2008), חרף התקיימות שלושה פרמטרים מרחיבים (התרשלות רגילה, חזקת חובה ונוק שנגרם על-ידי צד שלישי), בית המשפט הטיל אחריות חלקית בשיעור 10% על הרגולטור; עניין רוני, לעיל ה"ש 99. שם חרף התקיימות פרמטר מרחיב אחד (נזק שנגרם על-ידי צד שלישי), בית המשפט הטיל אחריות חלקית על הרשות הרגולטורית בשיעור 30%.

מרחיבה, עדיין לא מדובר בהחלטות הסותרות את העקרונות העומדים בגישה המצמצמת, הנלמדת מעניין לוי. יש לציין, כי גם אם קיימות החלטות (שקודדו עם 1-3 פרמטרים) שעשויות להעיד על גישה מרחיבת אחריות, מדובר בהחלטות שניתנו בעשור הראשון לשנות ה-2000, ואינן משקפות את הגישה הנוהגת בפסיקה החל מהעשור השני.<sup>114</sup>

**(ב) פילוח על-פי שנים**

ניתוח פסקי הדין במאגר על-פי פילוח של שנים מחזק את ממצאי המחקר שהוצגו לעיל. כך, בהתאם לתרשים 3, פילוח פסקי הדין על-פי תקופה של 7 שנים (חלוקת תקופת המחקר בת 21 שנים ל-3 תקופות שוות) מציג תמונה זהה. גם בניתוח זה אחוז התביעות הנדחות גבוה יותר מאחוז התביעות המתקבלות, בכל אחת משלוש התקופות. מסקנה משמעותית נוספת העולה מתרשים 3, היא שבמהלך השנים חלה ירידה ניכרת באחוז התביעות המתקבלות (מ-45% ל-21% בלבד). גם ממצא זה אינו עולה בקנה אחד עם הטענה כי חלה "עליה ניכרת בגובה מפלס אחריותן של רשויות"<sup>115</sup>, ומלמד דווקא על צמצום אחריותן של רשויות רגולטוריות. הדברים נכונים בפרט ביחס ל-7 השנים האחרונות (2014-2020) שבמהלכן כ-79% מהתביעות בגין רשלנות רגולטורית נדחו.

**תרשים 3: פילוח החלטות על-פי תקופה של 7 שנים**



<sup>114</sup> לדוגמא: ת"א (שלום ירושלים) 8636/99 גורדון לי נ' מדינת ישראל משרד הפנים (נבו 19.10.2006). נטען לרשלנות של משרד לביטחון פנים בפיקוח על חברות שמירה. אומנם, מתקיימים 2 פרמטרים מרחיבים (התרשלות רגילה, נזק שנגרם על-ידי צד שלישי) ואף הלכת לוי לא אוזכרה בפסק הדין, אך מדובר בפסק דין שניתן בשנת 2006; ע"א 10457/04 ג'מיל עבדאללה אטריק נ' החברה לתפעול החוף השקט 1998 בע"מ (נבו 17.04.2007). נטען לרשלנות של משרד הפנים בפיקוח ואכיפה על חוף בכנרת שהופעל על-ידי חברה. התקיים פרמטר מרחיב אחד (סיכון שנגרם על-ידי צד שלישי), ועניין לוי לא אוזכר, אך מדובר בפסק דין שניתן בשנת 2007.

<sup>115</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1139.

יתרה מזאת, לא זו בלבד שקיימת ירידה באחוז פסקי הדין המטילים אחריות, אלא שגם כמות פסקי הדין העוסקים ברשלנות רגולטורית פחתה מאוד ב-7 השנים האחרונות (מ-40 פסקי דין בין השנים 2000-2006, ל-24 פסקי דין בין השנים 2014-2020). נתון זה מעניין במיוחד, שכן בעשרים השנים האחרונות מספר תיקי הנזיקין שנפתחו בפרקליטות המדינה גדל באופן משמעותי.<sup>116</sup> אם כך, מצופה היה לראות גם גדילה במספר פסקי הדין העוסקים ברשלנות רגולטורית. ייתכן כי ממצא זה עשוי ללמד על הפנמה מסוימת של השוק את רמת האחריות הפסיקתית, במובן זה שלנוכח מפלס אחריות נמוך, מוגשות פחות תביעות נגד רשויות רגולטוריות. יחד עם זאת, יש להיזהר מהסקת מסקנה כזו, שכן יתכן שתביעות נזיקין רבות נגד רשויות רגולטוריות אינן מסתיימות בפסק דין, אלא מסתיימות במסגרת הליכי פשרה או גישור, כאשר אחת הסיבות לכך היא החשש של הרשות הרגולטורית להגיע לפסק דין אשר יטיל עליה אחריות. בהקשר לכך יצוין, כי על-פי נתוני הפרקליטות כ-31% מתיקי הנזיקין שהטיפול בהן הסתיים בשנת 2020, נסגרו בפשרה. הגם שנתון זה איננו מדויק (ועשוי להיות אף גבוה יותר), הוא עשוי לחזק את הטענה שיש להיזהר ממשקנה שלפיה השוק הפנים את רמת האחריות הפסיקתית הנמוכה.

### (ג) פילוח על-פי ערכאה

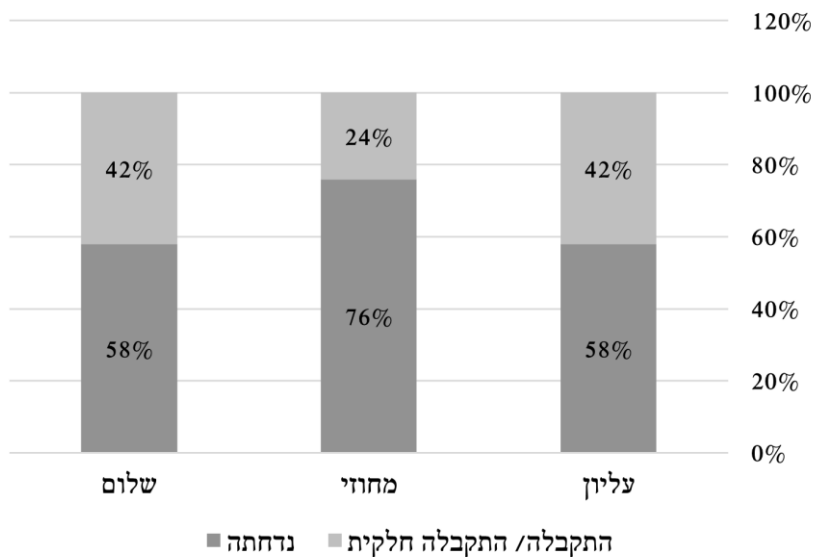
ממצאים דומים נלמדים גם מפילוח תוצאת פסק הדין על-פי ערכאה. כעולה מתרשים 4, אחוז התביעות הנדחות גבוה יותר מאחוז התביעות המתקבלות בכל אחת מערכאות בית המשפט. כך, בבתי המשפט השלום כ-58% מפסקי הדין דחו תביעות בגין רשלנות רגולטורית. אומנם, אחוז התביעות הנדחות אינו גבוה כפי שהוצג על-פי פילוחים אחרים. יחד עם זאת, גם ניתוח פסקי הדין של בתי המשפט השלום באמצעות פרמטרים נוספים אינו מלמד על גישה מרחיבת אחריות, בפרט בעשור האחרון. כך, כ-68% מהמקרים בבית המשפט השלום שקיבלו תביעות נידונו בעשור הקודם (דהיינו עד לשנת 2010). כלומר בעשור האחרון אחוז התביעות המתקבלות בבתי המשפט השלום ירד משמעותית. יתרה מזאת, ב-75% מפסקי הדין בבית המשפט השלום קיימת התייחסות כלשהי לעניין לוי, כאשר רובן המכריע של פסקי דין אלה (80%) עולה בקנה אחד עם העקרונות שנידונו במסגרת הלכת לוי.<sup>117</sup> בפרט בשנים

<sup>116</sup> בסוף העשור הראשון למאה ה-21, נפתחו בפרקליטות יותר מ-2,000 תיקי נזיקין. ראו זנדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5-6; בסוף העשור השני למאה ה-21 (שנת 2019), נפתחו בפרקליטות יותר מ-2,800 תיקי נזיקין בפרקליטות. ראו פרקליטות המדינה **סיכום שנת 2019** 89-90 (2020), <https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/files-general/he/DATA%202019.pdf>. כי ביום 26.4.2021 הגשתי בקשה לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 ביחס למספר תיקי הנזיקין שנפתחו בפרקליטות בין השנים 2000 – 2020, וכן מספר תיקי הנזיקין שנסגרו בפשרה. על-פי מכתב תגובה מיום 22.6.2021, שנשלח על-ידי הגב' מיטל כץ, עלה כי קיים קושי בהנפקת נתונים מדויקים, שכן רק משנת 2018 החלו להיות מוזנים נתונים במערכת ממחושבת של הפרקליטות (תנופה). מכל מקום, על פי הנתונים שנמסרו: בשנת 2018 נפתחו 2,571 תיקי נזיקין, מתוכם 116 (4%) נסגרו בפשרה; בשנת 2019 נפתחו 2,693 תיקי נזיקין, מתוכם 151 (5.6%) נסגרו בפשרה; בשנת 2020 נפתחו 2,733 תיקי נזיקין, מתוכם 115 (4.2%) נסגרו בפשרה. יחד עם זאת, קשה להתייחס ברצינות לנתון התיקים הנסגרים בפשרה, שכן במקרים רבים תיקים אינם נסגרים בשנת פתיחתם, אלא ההליכים לוקחים זמן רב, וייתכן כי תיק ייסגר בפשרה לאחר מספר שנים. חיזוק לכך ניתן למצוא בדו"ח פרקליטות המדינה משנת 2021, שלפיו לפחות 31% מתיקי הנזיקין שהטיפול בהן הסתיים בשנת 2020, הסתיימו בדרך של פשרה (ראו: פרקליטות המדינה **סיכום שנת 2020** 82 (2021)). כלומר, התייחסות להלכת לוי כנימוק לדחיית התביעה או דחיית תחולתה בהסתמך על המקרים שהוחרגו ממנה.



האחרונות, נראה כי בתי המשפט השלום נמנעו מלהתערב בשיקול הדעת של רשויות רגולטוריות. למשל, בעניין Cui Yigao (משנת 2018) בית המשפט דחה תביעה בגין אי-הסדרת הפעילות הכלכלית של ענף הצ'יינג'ינג, תוך התייחסות לחריג שיקול הדעת.<sup>118</sup> דוגמא נוספת היא עניין אוניקה (משנת 2019), שם נדחתה תביעה בגין סירוב של הרשות ליתן לתובעת רישיון ליצוא טובין, והודגש שיקול הדעת הרחב של הרשות.<sup>119</sup>

**תרשים 4 : פילוח תוצאת פסק הדין על-פי ערכאה**



ממצא דומה נלמד גם מניתוח פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים. כעולה מתרשים 4, ב-76% מפסקי הדין נדחו תביעות בגין רשלנות רגולטורית. יתרה מזאת, ב-60% מפסקי הדין בבתי המשפט המחוזיים שהתייחסו לעניין לוי, ההתייחסות שימשה כנימוק לדחיית התביעה. גם כאן, ניתוח איכותני של פסקי הדין מלמד, כי בשנים האחרונות בתי המשפט המחוזיים יישמו את הלכת לוי ונמנעו מלהתערב בשיקול הדעת של הרשות. למשל, בעניין קרנית (משנת 2020) בית המשפט המחוזי דחה תביעה נגד המדינה בגין רשלנות בהסדרת תחום האופניים החשמליים, תוך הדגשת חריג שיקול הדעת.<sup>120</sup> כך גם בעניין פלונים (משנת 2019), נדחתה תביעה נגד משרד הבריאות בגין אי-הטלת חובת ביטוח אחריות מקצועית על בתי חולים,

<sup>118</sup> ת"א (שלום ת"א) 11304-06-12 CUI YIGAO נ' מדינת ישראל פס' 69 (נבו 10.05.2018). ("אין לבית משפט זה הסמכות, במסגרת תובענה זו, לדון בשיקול הדעת של הרשות התקנת התקנות או בחדילה מכך").

<sup>119</sup> ת"א (שלום ת"א) 59818-01-14 אוניקה אלחוטית בע"מ נ' מדינת ישראל- משרד הכלכלה פס' 61 (נבו 12.03.2019). ("במקרים בהם מדובר בפעולות שלטוניות הנובעות מהפעלת שיקול דעת, שיקולי מדיניות מחייבים ריסון בהטלת אחריות בנויקין על המדינה").

<sup>120</sup> עניין קרנית, לעיל ה"ש 88, בפס' 156. ("ימעט בית משפט להחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו (...) הדבר שמור רק למקרים שבהם החלטת הרשות נגועה בחוסר סבירות קיצונית").

והריג שיקול הדעת נידון בהרחבה.<sup>121</sup> לבסוף, גם ניתוח פסקי הדין של בית המשפט העליון אינו מעיד על גישה מרחיבת אחריות. כך, ב-58% מפסקי הדין התביעה נדחתה, ואף אחד מפסקי הדין שקיבלו תביעות לא קודד כמקרה הכולל את ארבעת הפרמטרים המרחיבים. גם ההחלטות שקודדו עם 1-3 פרמטרים מרחיבים לא מעידות על הרחבת אחריות, שכן הן בעלות סממנים מצמצמי אחריות, כגון הטלת אחריות חלקית, דרישה להתרשלות חמורה ושליטה של הרשות על מהלך האירועים. הממצא המעניין הוא שכל פסקי הדין של בית המשפט העליון שקיבלו תביעות בגין רשלנות רגולטורית ניתנו בעשור הראשון לשנות ה-2000, כאשר פסק הדין האחרון ניתן בשנת 2010 בעניין **עבד אל קאדר**. במקרה זה התקבלה תביעה נגד משרד החינוך בגין פיקוח רשלני על תנאי בטיחות בבית ספר עירוני. חרף זאת, הוטלה אחריות חלקית בלבד בשיעור 10%,<sup>122</sup> ונראה כי רטוריקת פסק הדין הייתה זהירה.<sup>123</sup> כמו כן, ניכר שבפסק הדין האחרון של בית המשפט העליון העוסק ברשלנות רגולטורית הודגשה גישה מצמצמת אחריות. מדובר בעניין **פלונים**<sup>124</sup> (משנת 2019), במסגרתו נתבעה, בין היתר, הרשות לניירות ערך (כרגולטור האחראי על שמירת עניינו של ציבור המשקיעים) בגין רשלנות בפיקוח ובאכיפה על מעשי הונאה שגרמו לנזקים כלכליים למשקיעים. בית המשפט העליון דחה את התביעה, תוך הדגשת חריג שיקול הדעת ושימוש ברטוריקה מצמצמת אחריות.<sup>125</sup> יש לציין כי עמדה דומה ניתן למצוא בפסקי דין נוספים מהשנים האחרונות של בית המשפט העליון אשר לא נכללו במאגר.<sup>126</sup> פסקי דין אלה חשובים, שכן הטענות בספרות ביחס לעליית היקף האחריות

<sup>121</sup> עניין **פלונים**, לעיל ה"ש 88 ("אימוץ עמדת התובעים עשוי להוביל לתוצאה לפיה כל בחירה של הרשות לאמץ מדיניות מסוימת, סבירה ככל שתהיה, תקים חובה לפצות (...) תוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת, ועומדת בסתירה לפסיקתו של בית המשפט העליון").

<sup>122</sup> אם כי המזיק הנוסף – העירייה – היה חדל פירעון. לכן, לאור הכלל "יחד ולחוד" נאלצה הרשות לשאת במלוא הפיצוי.

<sup>123</sup> ע"א 7008/09 **ג'אבר עדנאן עבד אל רחים נ' מוסבאח עבד אל קאדר פס' 31** לפס"ד של הש' עמית (נבו 07.09.2010). ("אין משמעות חובה זו כי יש להרחיב את אחריות משרד החינוך לכל ליקוי בטיחותי בבתי הספר בארץ").

<sup>124</sup> ע"א 2394/18 **פלונים נ' משרתת ישראל** (נבו 10.04.2019).  
<sup>125</sup> שם, בפס' 7 ("קביעת מדיניות כללית והקצאת משאבים על ידי הרשות מצויות בליבת שיקול הדעת המקצועי החסין מהתערבותנו"); שם, בפס' 14 ("החלטה זו הייתה בלי ספק בגדר הפעלה שקולה ומאוזנת של שיקול הדעת מצד רנ"ע"); שם, בפס' 26 ("קופת המדינה דלה מכדי לספק ביטוח חיים").

<sup>126</sup> ראו ע"א 1751/18 **עיריית אשקלון נ' פלוני** (נבו 02.10.2019). פסק הדין לא נכלל במאגר בעניינינו שכן לא מדובר ברשות רגולטורית בהתאם להגדרת המחקר (עירייה). יחד עם זאת, בפסק הדין נחלקו הדעות ביחס לסוגיית אחריותן של רשויות ציבוריות במקרי פיקוח (באותו מקרה פיקוח של העירייה על רישיון שניתן למוסך). השופטת וילנר פסקה כי אין להרחיב את אחריותן של רשויות המדינה בנוזיקין במקרים שבהם המזיק הישיר (באותו מקרה בעל המוסך) פטור מאחריות (שם, בפס' 21 לפס"ד של השופטת וילנר). מנגד, השופט וילנר הסתייג מדברים אלה תוך הפנייה לפסיקה שלפיה יש להרחיב את אחריותן של רשויות הציבור (שם, בפס' 3 לפס"ד של השופט אלרון). בסופו של דבר, השופט הנדל הצטרף לעמדתה של השופטת וילנר. בכך, העמדה התומכת בצמצום אחריות היא שזכתה בבכורה; כמו כן, ראו להלן בה"ש 230, את פסק הדין של בית המשפט העליון בערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין **פלונים** (העוסק בחובת ביטוח אחריות מקצועית לבתי חולים). פסק הדין לא נכלל במאגר שכן ניתן בשנת 2021, מעבר לתקופת המחקר. אך גם פסק דין זה משקף את המגמה לצמצום אחריות והדגשת חריג שיקול הדעת שנידון בעניין לוי; בנוסף ראו עניין **רותם עליון**,

הנזיקת של רשויות ציבוריות הסתמכו ברובן על פסקי הדין של בית המשפט העליון. נראה כי גם ממצא זה מחזק את המסקנה שבכל הקשור לאחריותן של רשויות רגולטוריות החששות ל"פריצת גבולות האחריות" היו מוגזמים.

#### (ד) פילוח לפי סוג התובע – פרט או מפקח

החשיבות הקיימת בהבחנה בין תביעות של פרטים לתביעות של מפקחים טמונה במאפיין מהותי המבדיל בין סוגי תביעות אלה. כך, ברוב המוחלט של תביעות המוגשות על-ידי מפקחים, הרשות היא יוצרת הסיכון הישיר ובעלת "שליטה על מהלך האירועים" – אינדיקציות אשר מחזקות את ה"קרבה" בין הרגולטור למפוקח-התובע. כפועל יוצא, תביעות אלה דומות יותר ליחסי הקרבה המאפיינים תביעות נזיקין "רגילות", ולכן, ההצדקה להגבלת אחריות הרשות הציבורית בתביעות אלה פוחתת, ומנגד ההצדקה לעקרון "השוואת המעמד" מתחזקת. לעומת זאת, תביעות של פרטים עוסקות לרוב בטענה שבעקבות מחדל רגולטורי של הרשות ביחס לפעולתו של צד שלישי (לרוב מפקח), נגרם לפרט-התובע נזק. הואיל ובמקרים אלה הרשות אינה יוצרת את הסיכון באופן ישיר, לא היה לה שליטה על מהלך האירועים, ומדובר במחדלים טהורים, הרי שהטלת אחריות על הרשות מרחיבה מאוד את גבולות אחריותה. תביעות אחרונות אלה הן סוג התביעות הרלוונטיות להלכת לוי.

ואכן, עיון בממצאי המחקר הכמותני מלמד כי רוב התביעות (64%) המוגשות על-ידי פרטים נדחות. בנוסף, מבט איכותני מעלה כי ב-71% מהחלטות שעסקו בתביעות של פרטים, קיימת התייחסות כלשהי להלכת לוי, כאשר ב-56% מהמקרים שדחו תביעות של פרטים בית המשפט התייחס להלכת לוי כנימוק לדחיית התביעה. ממצאים אלה מחזקים אפוא את מסקנת המחקר שהוצגה עד כה.

אלא שמסקנה מעניינת יותר נלמדת מבחינת התביעות שהוגשו על-ידי מפקחים. כך, למרות מערכת היחסים הקרובה שבין המפוקח-לרשות, ב-72% מהמקרים בית המשפט דחה את התביעה של המפוקח. יתרה מזאת, למרות שמקרים אלה לא עוסקים ב"מחדל פיקוחי" כפי שנידון בעניין לוי, הרי שב-76% מההחלטות שעסקו בתביעות של מפקחים קיים אזכור כלשהו של הלכת לוי, כאשר ב-48% מההחלטות שדחו תביעות של מפקחים, השתמש בית המשפט בהלכת לוי לצורך נימוק דחיית התביעה. בנוסף, ב-50% מהמקרים שקיבלו תביעות של מפקחים, בית המשפט בחן את המקרה על-פי סטנדרט של התרשלות חמורה. הנה כי כן, דווקא במקרים שלכאורה היה מקום להשוות את מעמדה של הרשות למעמדו של מזיק "רגיל", ולא היה מקום להחיל את הלכת לוי, הפסיקה מצאה לנכון לצמצם את אחריות הרשות הרגולטורית. במובן מסוים פסיקה זו "הרחיבה" את תחולת הלכת לוי גם למקרים שבהם לא מדובר ב"מחדל פיקוחי" על סיכונים שיוצרים צדדים שלישיים. מעבר לכך שממצא זה מחזק

---

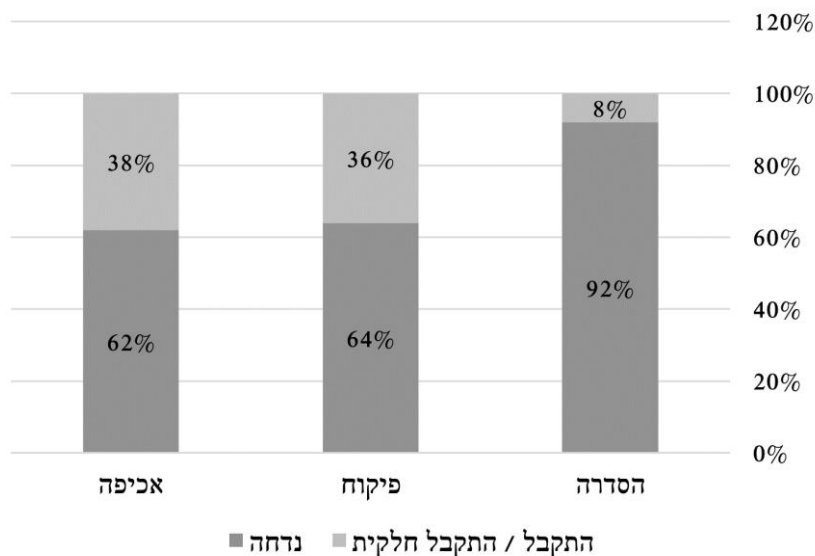
לעיל ה"ש 26. מדובר בערעור על פסק הדין בעניין רותם, לעיל ה"ש 102, במסגרתו בית המשפט העליון קיבל את הערעור וביטל את חיוב הרשות הרגולטוריות בנזיקין. דעת הרוב (השופטים מינץ וגרוסקופף) הדגישה את חריג שיקול הדעת, בפרט במקרים של רשויות רגולטוריות, ודומה כי "החמירה" את יסוד ההתרשלות כך שאחריות תוטל על רשות רגולטורית רק במקרים נדירים שבהם "התנערה באופן בוטה מסמכויות הפיקוח שלה או נמנעה מלהפעיל את סמכויות האכיפה המוקנות לה בצורה הולמת" (שם, פס' 30 לפס"ד של השופט מינץ; פס' 3 לפס"ד השופט גרוסקופף). בכך נדחתה דעת המיעוט (השופט הנדל), אשר אף היא "שידרה" גישה "מצמצמת" מסוימת, אך הדגישה את הצורך בהטלת חובת זהירות מכוח חזקת חובה (שם, פס' 15 לפס"ד של השופט הנדל), וכן הציעה שבית המשפט יתערב באמות המידה שלפיהן פעלה הרשות (שם, בפס' 23).

את מסקנת המחקר בכל הנוגע למפלס האחריות של רשויות רגולטוריות, הוא אף עשוי להרחיב, בזהירות המתבקשת, את מסקנת המחקר גם לעבר תביעות "רגילות" המוגשות נגד רשויות ציבוריות. כלומר, שאף ביחס למפלס האחריות של רשויות ציבוריות באופן כללי, החששות שהוצגו בספרות ובפסיקה היו "מוגזמים".

**(ה) פילוח לפי סוג הרשלנות הנטענת**

ממצאים דומים עולים גם מפילוח תוצאת פסק הדין על-פי סוג הרשלנות הרגולטורית הנטענת. כאמור, רגולציה כוללת שלושה שלבים: הסדרה, פיקוח ואכיפה. כדי לבחון האם יש הבדל בהיקף האחריות ביחס לכל אחד משלבי הרגולציה קודדו פסקי הדין גם על-פי קטגוריה זו.

**תרשים 5: פילוח תוצאת פסק הדין לפי סוג הרשלנות הרגולטורית**



**(1) הסדרה.** במסגרת המחקר אותרו 39 פסקי דין שבהם נטען לרשלנות בהסדרה, קרי, רשלנות ביצירה ופרסום של נורמות משפטיות, לרבות חוק, תקנות, נהלים, חוזרים, הנחיות מפרטים ועוד. לדוגמא, נטען לרשלנות באי-הסדרת כשירות והסמכה של מוהלים;<sup>127</sup> אי-הסדרת מכוני השיזוף;<sup>128</sup> אי-התקנת תקנות מכוח חוק הגנת חיית הבר;<sup>129</sup> אי פרסום תקנות המזהירות

<sup>127</sup> עניין פלוני, לעיל ה"ש 90; ת"א (שלום הרצ') 12715-04-17 פלוני נ' משרד ראש הממשלה- הרבנות הראשית (נבו 02.05.2018).

<sup>128</sup> ת"א (שלום חי') 19171/07 אינה סטפליוק נ' לייף אנד פיטנס בע"מ (נבו 08.12.2013).

<sup>129</sup> ע"א 4398/06 החברה העירונית ראשון לציון לתרבות ספורט ונופש בע"מ נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים (נבו 29.03.2009).

מאכילת נקניקיות בקרב ילדים;<sup>130</sup> ועוד.<sup>131</sup> הממצא העיקרי מפילוח זה, כעולה מתרשים 5, הוא שבלא פחות מ-92% מהמקרים שבהם נטען לרשלנות בהסדרה, פסק הדין דחה את הטענה. ניתוח איכותני של פסקי הדין במקרים אלה מעלה כי ברוב מוחלט של המקרים בית המשפט שלל אפשרות להטיל חובת זהירות על הרשות הרגולטורית בגין פעולות הקשורות להסדרה. הדברים בעניין **איגוד הכדורסל**, שם נטען לרשלנות בהסדרת תחום רופאי הספורט, מסכמים יפה את עמדת בית המשפט ביחס לרשלנות בהסדרה. נכתב כי "אף אם נניח כי הנטייה העכשווית אינה שוללת עוד באופן גורף התערבות בסמכות שבשיקול דעת של רגולטור והכרה בחובת זהירות מושגית שלו, הרי מכאן ועד הטלת חובה כזו על המדינה בהפעילה כוחות חקיקה [כמו גם בהימנעותה מכך], ארוכה הדרך".<sup>132</sup>

יתרה מזאת, בחינת המקרים שבהם הוטלה אחריות בגין רשלנות בהסדרה אינה מעידה על הרחבת אחריות. המדובר ב-3 מקרים בלבד (8%). הראשון, עניין **אברהם**,<sup>133</sup> שם בית המשפט השלום הטיל אחריות על משרד המשפטים בגין אי התקנת מנגנוני פיקוח על פעילותם של כונסי נכסים. על אף שפסק הדין מרחיב אחריות, שכן המקרה נבחן על-פי **התרשלות רגילה** ודובר על **נזק כלכלי** שנגרם על-ידי **צד שלישי**, בסופו של דבר הוגש ערעור ובית המשפט המחוזי דחה את התביעה, תוך התייחסות לעניין לוי כנימוק לדחיית התביעה.<sup>134</sup> השני, עניין **גינזבורג**,<sup>135</sup> שבמסגרתו הוטלה אחריות על המשרד לשירותי דת בגין אי-הסדרת תחום הקבורה האזרחית. חרף דברי בית המשפט מהם ניתן להסיק כי הלכת לוי "לא הכתה שורשים", דובר על מקרה שבו התרשלות הרשות ממילא הוגדרה כחמורה ("Gross Negligence"). לפיכך, בנסיבות המקרה תוצאת ההחלטה אינה "מרחיבה"

130 ת"א (מחוזי חי') 884/07 פלוני (קטיין) נ' זוגלובק **תשלובת מפעלי מזון בע"מ** (נבו) (07.03.2011).  
 131 ראו, לדוגמה: עניין **אברהם מחוזי**, לעיל ה"ש 90. שם נטען לרשלנות משרד המשפטים באי-קביעת נהלים לכונסי נכסים; עניין **Cui Yigao**, לעיל ה"ש 118. שם נטען לרשלנות משרד האוצר באי-הסדרת הפעילות הכלכלית של ענף הצינינגינג; עניין **קרנית**, לעיל ה"ש 88. שם נטען לרשלנות באי-הסדרת תחום האופניים החשמליים; עניין **פלוניס**, לעיל ה"ש 88. שם נטען לרשלנות משרד הבריאות באי-הסדרת חובת ביטוח אחריות מקצועית לבתי חולים; ת"א (מחוזי חי') 195/01 **גיל אימפורט בע"מ נ' מדינת ישראל-אגף המכס** (נבו) (23.10.2008). שם נטען לרשלנות באי-חקיקת פרט מכס; עניין **עזרא**, לעיל ה"ש 78. שם נטען לרשלנות באי-הסדרת ספורט הצניחה החופשית; ת"א (שלום חיפה) 1707/04 **אחים לוטרינגר בע"מ נ' המשכיר לחלקאי בע"מ** (נבו) (21.02.2008). שם נטען לרשלנות באי התקנת תקנות שבאמצעותן ניתן יהיה לפקח על סיורי חקלאות לאיתור מחלות בצמחים; ע"א (מחוזי חיפה) 1933/05 **העמותה למען איכות סביבה וחיים בנהריה נ' איתנית מוצרי בניה בע"מ** (נבו) (20.8.07). נטען לאי הסדרת מוצרי אסבסט; ועוד.

132 ב"ש"א (שלום ת"א) 162557/03 **מדינת ישראל – משרד המדע והתרבות נ' איגוד הכדורסל בישראל** פס' 21 (נבו) (07.04.2009); כמו כן, מהניתוח עולה כי בית המשפט שלל אף אפשרות להטיל חובת זהירות מכוח חזקת חובה בענייני הסדרה. ראו עניין **אורנים**, לעיל ה"ש 78, בפס' 4. שם נטען לרשלנות באי-התקנת תקנות בעניין הרמת משקל ("נניח שחובה כזו אכן קיימת גם בנסיבותיו של המקרה הנדון – אין בכך בלבד כדי להטיל על הרשות השלטונית חובת זהירות כלפי הפרט שנפגע כתוצאה מהיעדר התקנות").

133 ת"א (שלום חי') 61341-01-12 **אלתר ישראל אברהם נ' מדינת ישראל** (נבו) (13.08.2018).  
 134 עניין **אברהם מחוזי**, לעיל ה"ש 90, בפס' 21-22. ("אני סבורה כי לא היה מקום להטיל אחריות על המדינה בגין אי קביעת הנהלים שיבטיחו שמירה על כספים המשולמים במסגרת הליכי מימוש זכויות במקרקעין על ידי כונסי נכסים (...). ההלכה בעניין לוי אשר סייגה את אחריות המדינה בנויקין הוכרה כ"חריג שיקול הדעת" ולפיו אין עילת תביעה ברשלנות כנגד המדינה כלפי מי שנפגע מפעולה שלטונית הכרוכה בהפעלת שיקול דעת רחב").  
 135 עניין **גינזבורג**, לעיל ה"ש 100.

אחריות. כמו כן, ספק אם ניתן להגדיר מקרה זה כרשלנות רגולטורית.<sup>136</sup> השלישי, עניין זיגדון,<sup>137</sup> שבו הוטלה אחריות על משרד החינוך בגין רשלנות באי כתיבת הוראה מפורשת בחוזר מנכ"ל אודות בטיחות בקייטנות. אכן נראה שרטוריקת פסק הדין מרחיבת אחריות, שכן בית המשפט הטיל אחריות על משרד החינוך כ"מפקח-על" והסיק מפעולות שנקטו על-ידו לאחר האירוע על רמת הזהירות שניתן היה לנקוט לפני האירוע.<sup>138</sup> עם זאת, הוטלה אחריות חלקית (15%), וממילא מדובר בפסק דין יחיד (מתוך 39) של ערכאה נמוכה שהטיל אחריות בגין רשלנות בהסדרה.

יש לציין כי פילוח התביעות העוסקות בהסדרה על-פי סוג התובע (פרט/ מפקח), מעלה כי 100% מהתביעות שהוגשו על-ידי *מפוקחים* ותקפו הסדרה – *נדחו*, ואחוז גבוה (91%) של דחיות קיים גם לגבי תביעות של *פרטים*. כלומר, גם על-פי הפילוח האמור, תביעות של מפוקחים – הקרובות יותר לתביעות רגילות נגד הרשות הציבורית – בעלות אחוז גבוה של דחיות, ומשקפות מפלס אחריות נמוך.

**(2) פיקוח.** מדובר ב-100 מקרים שבהם נטען שהרשות הרגולטורית התרשלה בהפעלת מערך הבקרה והפיקוח על מפוקחים. ניתן לחלק מקרים אלה לשניים. הראשון, מקרים שבהם פרט תבע את הרשות בגין רשלנות בפיקוח על צד שלישי (מפוקח) שגרם לו נזק. למשל, היעדר פיקוח על מכוני לייזר.<sup>139</sup> השני, מקרים שבהם מפוקח תבע את הרשות, כיוצרת הסיכון הישיר, בגין פיקוח רשלני שגרם לו נזק. למשל, התרשלות הרשות בפיקוח על יבוא תפוחי אדמה.<sup>140</sup> בהתאם לתרשים 5, ב-64% מהמקרים שבהם נטען לרשלנות בפיקוח, פסק הדין *דחה* את התביעה. ממצא דומה (61%) נמצא גם ביחס לתביעות שהוגשו רק על-ידי *פרטים*, שהם המקרים המשקפים "מחדל טהור" ומובילים להרחבת אחריות. ביחס לתביעות שהוגשו על-ידי *מפוקחים*, שוב, אחוז התביעות הנדחות גבוה יותר (75%), חרף העובדה שבמקרים אלה הרשות "קרובה" יותר לתובע-המפוקח (בהשוואה לתביעות של פרטים בגין מחדלים שיצרו צדדים שלישיים). כמו כן, ארבעת המקרים (שתוארו לעיל במסגרת הפילוח הכללי ושכוללים את ארבעת הפרמטרים המרחיבים)<sup>141</sup> משתייכים לקטגוריית רשלנות בפיקוח, ועשויים לעורר חשש להרחבת אחריות. עם זאת, כמפורט לעיל, קיימים טיעונים השוללים חשש זה.

**(3) אכיפה.** מדובר ב-50 מקרים שבהם נטען לרשלנות באכיפה. לרוב טענה זו נטענת לצד רשלנות בפיקוח. בהתאם לתרשים 5, ב-62% מהמקרים *נדחו* טענות בגין רשלנות באכיפה. גם כאן פילוח על-פי סוג התובע מעלה כי אחוז ההחלטות ה*דוחות* תביעות של *מפוקחים* (67%) גבוה יותר מאחוז הדחיות של תביעות *פרטים* (57%). אם כן, בשלושת סוגי הרגולציה

<sup>136</sup> יתכן שניתן לסווג מקרה זה כרשלנות באספקת שירותים ציבוריים. יחד עם זאת, הואיל וספר הרגולטורים מאזכר את האגף הבכיר לשירותי דת שאחראי על "המדיניות והביצוע במכלול הנושאים הקשורים לאספקת שירותי דת לאזרחיה היהודיים", הוחלט להכניס את פסק הדין למאגר ולסווגו כרשלנות רגולטורית.

<sup>137</sup> ת"א (שלום ת"א) 10-11-29337-11 **אוריאל זיגדון נ' מועצה אוורית שדות נגב** (נבו 12.05.2015).

<sup>138</sup> שם, בפס' 34. ("אחריות משרד החינוך במקרה זה היא אחריות שמקורה בפיקוח-על, כאשר הפעולות שכן ננקטו בשנת 2006 מלמדות על הפעולות שניתן היה וראוי היה לנקוט גם קודם").

<sup>139</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 2079/04 **רוני פרץ נ' רואים 6/6 לייזר רפואי ומרעי בע"מ** (נבו 05.01.2009).

<sup>140</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 1026/04 **א.ש.ל.י. גידול מיון ושיווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל** (נבו 20.01.2016).

<sup>141</sup> ראו לעיל הדיון בין ה"ש 107 לה"ש 110.

נמצא, כי פרטים מצליחים יותר ממפוקחים בתביעותיהם. על פניו מדובר בנתון מפתיע, שכן מצופה היה שדווקא המפוקחים – בעלי יחסי קרבה הדוקים יותר עם הרשות – יצליחו יותר בתביעותיהם. ייתכן כי נתון זה עשוי להעיד על הסימפטיה שמגלה בית המשפט כלפי הפרט-הניזוק, זאת בהשוואה למפוקחים בעלי עוצמה, הנתפסים כבעלי ידע ובעלי יכולת השפעה על הרגולטור. כפי שיובהר בהמשך, הבדל זה עשוי לעלות בקנה אחד עם השינויים המאפיינים את הרפורמה הרגולטורית.<sup>142</sup>

יתרה מזאת, ניתוח איכותני של ההחלטות העוסקות בתביעות של מפוקחים הטוענות לרשלנות כאכיפה מעלה, כי ברובן (87%) בית המשפט נמנע מלהתערב בשיקול הדעת של הרשות. לדוגמא, בעניין גלקסי (משנת 2016), דובר על תביעה נגד משרד התקשורת בגין רשלנות באכיפת שיווק מכשירי טלפון על-ידי התובעת. נטען שהסנקציות שהוטלו, ובכלל זה עצירת השיווק, התליית היתרים, ואזהרת הציבור היו כלי אכיפה בלתי סבירים, וניתן היה להשתמש בכלי אכיפה רכים יותר. התביעה נדחתה תוך הדגשת שיקול הדעת של הרשות.<sup>143</sup> זאת ועוד, ב-69% מהמקרים שבהם הוטלה אחריות קיימת התייחסות כלשהי לעניין לוי, ונראה שברוב המקרים (62%) בתי המשפט יישמו את עקרונותיו גם לעניין רשלנות כאכיפה. למשל, בעניין מגדלי הדגים, הרגולטור אסר על שיווק דגים על-ידי המפוקחת. התביעה התקבלה בנימוק שהליך איסוף המידע היה רשלני, שהוא אחד החריגים לחריג שיקול הדעת.<sup>144</sup>

### 3. מסקנות המחקר האמפירי ומגבלותיו

לסיכום, התמונה המצטיירת מהמחקר האמפירי היא שבניגוד לתחזיות פסימיות מסוימת, נראה כי הפסיקה בעניין אחריות רשיות רגולטוריות אינה מרחיבת אחריות, ובוודאי שלא משקפת "אנרכייה" ו-"אבסורד". מתוך 118 פסקי דין שניתנו במהלך 21 השנים האחרונות בגין רשלנות רגולטורית, רק ב-34% הוטלה אחריות. ניתוח הממצאים באמצעות פרמטרים כמותיים נוספים, ובחינה איכותנית של הממצאים, הציגו תמונה זוהה, המוכיחה שהחששות לגבי היקף האחריות הנזיקית במקרים של רשלנות רגולטורית (המובילים להרחבת אחריות) היו מוגזמים. למצער, גם אם בתחילת העשור הקודם הפסיקה בעניין רשלנות רגולטורית הייתה "מרחיבה" יותר, ניכר כי בעשור האחרון היא נעה לכיוון צמצום אחריות. כמו כן, ובזהירות המתבקשת, נראה כי ניתן להרחיב את מסקנות המחקר בענייננו גם ביחס לתביעות "רגילות" נגד רשויות ציבוריות. כאמור, נמצא כי בתביעות המוגשות על-ידי מפוקחים (הדומות יותר ליחסי "הקרבה" בתביעות רגילות) מפלס האחריות מצומצם יותר מזה של תביעות המוגשות על-ידי פרטים. לפיכך, דומה כי גם החשש ביחס לתביעות "רגילות" היה מוגזם, ולכל הפחות, ניכר כי בעשור האחרון "המטוטלת" נעה שוב לכיוון מצמצם אחריות. עם זאת, מדובר ב"ראשית ראיה" והדבר דורש מחקר אמפירי מעמיק נוסף. ואולם, אין די בהצגת ממצאי המחקר הנוכחי ב"חלל ריק", וכדי להסיק מסקנות ביחס ל"גובה" מפלס האחריות בענייננו, יש למצוא נקודת ייחוס שאליה ניתן יהיה להשוות את

<sup>142</sup> ראו להלן דיון בה"ש 195 עד ה"ש 198.

<sup>143</sup> עניין גלקסי, לעיל ה"ש 82, פס' 27. ("אני סבור כי ההחלטה הנדונה מצויה במתחם האלטרנטיבות המצויות לפני הנתבעת על פי שיקול דעתה").

<sup>144</sup> ראו, למשל, עניין מגדלי הדגים, לעיל ה"ש 102.

ממצאי המחקר. כאשר אנו דנים במפלס אחריות, ניתן לזהות "סקאלה" של מפלסים התלויים לרוב במשטר האחריות המונהג. מצדה האחד של הסקאלה ניתן למצוא משטר של אחריות חמורה (המטיל אחריות ללא אשם).<sup>145</sup> מצדה השני, ניתן למצוא משטר של חסינות (הפותר מאחריות). ביניהם ניתן למצוא משטר של אחריות "רגילה" (הדורש אשם), שהוא משטר האחריות הרלוונטי לתביעות נזיקין נגד רשויות רגולטוריות בישראל. אלא שכאמור, בספרות נטען כי העדר הטלת אחריות על הרשות הפכה להיות "היוצא מאוד מאוד מן הכלל". לכאורה, ניתן לומר כי נפקות טענה זו היא שאחריות הרשות נעה לכיוון של מפלס הקיים בתביעות המונהגות על-פי משטר של אחריות חמורה, שבהן מפלס האחריות אמור להיות גבוה מאוד.

כדי לנסות "למקם" את מפלס האחריות של רשויות רגולטוריות – כפי שזה נלמד מממצאי המחקר הנוכחי – נשווה אותו תחילה לתביעות הנבחנות על-פי משטר של אחריות חמורה. למשל, כזה הקיים בתביעות ביטוח. בהתאם לנתוני מרכז המידע והמחקר של הכנסת, בשנת 2015 כ-63% מתביעות הביטוח *התקבלו* על-ידי בית המשפט, ורק 37% מהן נדחו.<sup>146</sup> כך גם ביחס לתביעות בגין לשון הרע, שאף בהן מונהג משטר של אחריות חמורה.<sup>147</sup> בהתאם לנתוני הנהלת בתי המשפט, בשנים 2019-2020 כ-73% מהתביעות בגין לשון הרע *התקבלו*, ואילו ב-27% בלבד התביעה נדחתה.<sup>148</sup> נראה כי אם נשווה נתונים אלה לממצאי המחקר בעניינינו המסקנה הסבירה היא כי מפלס האחריות של רשויות רגולטוריות (34%) רחוק מאוד ממפלס האחריות המשקף משטר של אחריות חמורה (63%-73%).

יתרה מזאת, אף השוואת מפלס האחריות של רשויות רגולטוריות לתביעות נזיקין שבהן מונהג משטר של אחריות "רגילה" (למשל תביעות בגין רשלנות רפואית) מעלה, כי מדובר במפלס אחריות מצומצם. כך, בהתאם למחקר שערך המכון הלאומי לחקר שירותי הבריאות (2018), במסגרתו נבדקו 145 פסקי דין שניתנו בשנים 2013-2017 ושעסקו ברשלנות רפואית, נמצא כי 48% מהתביעות *התקבלו*, ואילו 52% מהתביעות נדחו.<sup>149</sup> נטען כי מפלס אחריות זה מתאים למודלים כלכליים של קבלת החלטות של בתי משפט, שלפיהם כאשר בית המשפט

<sup>145</sup> אם כי קיים משטר אחריות מחמיר יותר ממשטר של אחריות חמורה, שהינו משטר של *אחריות מוחלטת*. למשל, כזה המונהג בתביעות פלג"ד. יחד עם זאת, משטר זה פחות רלוונטי לדיונונו, במסגרתו נתמקד במשטר של אחריות חמורה כמשטר המצוי על נקודה בסקאלה המרוחקת יותר ממשטר של אחריות רגילה (מבוסס אשם).

<sup>146</sup> ראו צח בן יהודה "נתונים על תביעות נגד חברות ביטוח המוגשות לבתי המשפט" (הכנסת, מרכז המידע והמחקר, 2017). שם, בעמ' 2, הובהר כי בשנת 2015 הוכרעו בבית המשפט 40,027 תביעות ביטוח כלליות (נזקי רכוש ונזקי דירה). דווח כי 61% מהתיקים נסגרו בפשרה, 22% מהתביעות התקבלו, ו-13% מהתביעות נדחו. אם מבודדים את התביעות שהתקבלו ונדחו, הרי שעולה כי 8,805 תביעות התקבלו (63%); ו-5,203 תביעות נדחו (37%).

<sup>147</sup> על היות עוולת לשון הרע עוולה לפי משטר של אחריות חמורה ראו חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר, בועז שנוור *דיני לשון הרע - הדין המצוי והדין הרצוי* 214 (2019). ("לא נדרש שום יסוד נפשי בעוולת פרסום לשון הרע, ועוולה זו היא עוולת אחריות חמורה").

<sup>148</sup> אבישג גרינצייג "משתלם לתבוע? שני שליש מתביעות לשון הרע מתקבלות או מסתיימות בפשרה; הפיצוי הממוצע: עשרות אלפי שקלים" *גלובס* (02.12.2020), <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001351630>. שם פורט כי על-פי נתוני הנהלת בתי המשפט בשנים 2019-2020 נסתיימו 1,329 תיקי לשון הרע: 48% (641) התקבלו, 18% (237) נסגרו בפשרה, 18% (234) נדחו. היחס בין תביעות שהתקבלו לתביעות שנדחו הוא 73%-27% בהתאמה.

<sup>149</sup> המכון הלאומי לחקר שירותי הבריאות ומידניות הבריאות *אחריות מקצועית – עת לרפורמה?* 24-26 (2018)



לא מוטה נגד אחד מהצדדים, שיעור הזכייה בתיקים יהיה 50%.<sup>150</sup>

גם פנייה למפלס אחריות של רשויות ציבוריות במשפט האמריקאי מחזקת את מסקנת המחקר בענייננו. בתמצית, בשנת 1946 חוקק ה-Federal Tort Claims Act, אשר הסיר את החסינות הריבונית של מדינת ארה"ב, בכפוף למספר חריגים, שהמרכזי שביניהם הוא חריג שיקול הדעת (discretionary function exception). בהקשר לכך ערך Nelson (2010)<sup>151</sup> מחקר אמפירי אודות שיעור ההצלחות של מדינת ארה"ב במסגרת פסקי דין בהליך מקוצר (summary judgment), הדנים בשאלת תחולתו של חריג שיקול הדעת. המחקר התמקד ב-760 החלטות שניתנו משנת 1946 עד לשנת 2007 והתפרסמו במאגר המידע LexisNexis. בהתאם למחקר, ב-74.08% מההחלטות התקבלה הטענה לגבי חריג שיקול הדעת וניתן פסק דין מקוצר שמשמעותו דחיית התביעה הנזיקית שהוגשה נגד הרשות, ואילו ב-25.92% הטענה לתחולת החריג נדחתה. הואיל ואין בדחיית בקשה לפס"ד מקוצר כדי להוביל לקבלת התביעה הנזיקית נגד הרשות, הרי שלא ניתן ללמוד מנתון זה על אחוז המקרים שבהם הוטלה בסופו של דבר אחריות על הרשות הציבורית. כלומר, ייתכן כי אחוז התביעות הנדחות גבוה יותר מ-74.08%. יתרה מזאת, המחקר האמריקאי עסק בתביעות נגד רשויות ציבור באופן כללי, ולא רק נגד רשויות רגולטוריות. אם כך, ובהנחה שמפלס אחריותן של רשויות רגולטוריות נמוך יותר מזה של רשויות ציבור באופן כללי (כפי שניתן להסיק לכאורה מהמחקר בענייננו), ניתן לשער כי אחוז הדחיות בתביעות נגד רשויות רגולטוריות בארה"ב גבוה אף יותר. יחד עם זאת, הספרות האמריקאית ביקרה את נתון זה, ונטען כי די באחוז הנ"ל כדי ללמוד שמפלס האחריות של רשויות בארה"ב הוא מצומצם ביותר, ומוביל דה פקטו לחסינות ריבונית (sovereign immunity) של הרשות הציבורית.<sup>152</sup> לכן, נטען כי יש "למתן" את חריג שיקול הדעת האמריקאי.<sup>153</sup> מהשוואת נתון זה (74.08%) לאחוז התביעות שגדחו בישראל בשנים 2000-2020 (66%), ובשים לב לביקורת על מפלס האחריות האמריקאי – ניתן להסיק כי גם מפלס האחריות של רשויות רגולטוריות בישראל הוא מצומצם יחסית. יתרה מזאת, אם המפלס הישראלי הנוכחי ימשיך לנוע בכיוון זה, ייתכן שאף הוא ישקף בסופו של דבר משטר של "חסינות ריבונית". מסקנה זו נכונה מקל וחומר בפרט ב-7 השנים האחרונות שבהן אחוז התביעות הנדחות הוא לא פחות מ-79% (ככל הנראה גבוה מהנתון האמריקאי). בהקשר לכך יודגש כי על אף שיש להיזהר מהשוואת מפלס האחריות

<sup>150</sup> רוני לינדר "הרופא התרשל בטיפול. מה הסיכוי שתקבלו פיצוי?" **TheMarker** (07.04.2018).  
<sup>151</sup> Stephen L. Nelson, *The King's Wrongs and the Federal District Courts: Understanding the Discretionary Function Exemption to the Federal Tort Claims Act*,

51 S. THX. L. REV. 259, 296 (2010).

<sup>152</sup> Jonathan R. Bruno, *Immunity for Discretionary Functions: A Proposal to Amend* (current doctrine "the Federal Tort Claims Act, 49 HARV. J. ON LEGIS. 411, 412 (2012) the government's immunity from tort claims for discretionary functions is Many potentially meritorious claims against the") 450 בעמ' "formidable government, including claims in which a federal official's carelessness can be proved, are now denied adjudication on the merits, in keeping with the United States' retained ("immunity for discretionary functions.

<sup>153</sup> שם ("Congress should amend the FTCA to eliminate the discretionary function") שם ("exception, replacing it with a more modest exception

בארה"ב לזה בישראל, לאור ההבדלים בין שיטות המשפט,<sup>154</sup> הרי שעדיין חשוב לבצע השוואה זו. כאמור, המחקר האמריקאי מתייחס ל"אוכלוסיית מחקר" של תביעות נגד רשות ציבורית המערבות את "חריג שיקול הדעת". אוכלוסייה זו "קרובה" יחסית לאוכלוסיית המחקר בענייננו (כאמור גם תביעות נגד רשויות רגולטוריות מעוררות לרוב את שאלת שיקול הדעת הרגולטורי).

אם כן, גם כאשר מציבים את ממצאי המחקר בענייננו אל מול נקודות ייחוס אחרות, המסקנה הסבירה המתבקשת היא שמפלס האחריות של רשויות רגולטוריות בישראל הוא נמוך. ואולם, המחקר הנוכחי ומסקנותיו אינו חף מקשיים, שהמרכזיים שבהם יפורטו להלן. ראשית, יש להיזהר מהסקת מסקנות נחרצות ביחס למפלס האחריות. עשויים להיות גורמים נוספים שיסבירו את הצמיחה באחוז התביעות הנדחות אל מול הירידה באחוז התביעות המתקבלות.<sup>155</sup> למשל, גורם אפשרי אחד הוא מספר התיקים הנסגרים בפשרה או מחוסר מעש או לבקשת תובע, שעשוי להוביל לקיומו של פער בין מספר התיקים שמסתיימים בפסק דין לבין קבוצת כלל מקרי תביעות הנזיקין שמוגשות נגד רשויות רגולטוריות. גורמים אלה מעוררים את החשש כי פסקי הדין שאותרו במסגרת המחקר עברו "סלקציה" מסוימת (selection effect).<sup>156</sup> ואכן, מחקרים הראו שאחוז גבוה של מחלוקות אזרחיות מיושבות מחוץ לכותלי בית המשפט. כך למשל, אחוז הפשרות בתיקי סדר דין רגיל בבית המשפט השלום והמחוזי הוא 41%-42%, ובתיקי נזיקין על-פי חוק הפלת"ד, נמצא כי 95% מתיקי הפלת"ד מסתיימים בהסכמים.<sup>157</sup> נתונים דומים ניתן למצוא גם ביחס לתיקי נזיקין המטופלים על-ידי הפרקליטות. כאמור, כ-31% מתיקי הנזיקין המטופלים על-ידי הפרקליטות נסגרו בשנת 2020 בדרך של פשרה.<sup>158</sup> עם זאת, גם אם המחקר הנוכחי אינו מתייחס לגורמים נוספים, כגון תיקים הנסגרים בפשרה, ברי כי הוא בעל תרומה משמעותית לשיח המשפטי, שכן הוא מציג כיצד בתי המשפט פוסקים בתביעות נגד רשויות רגולטוריות המגיעות לשלב של פסק דין.<sup>159</sup>

<sup>154</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1141-1142.

<sup>155</sup> כך למשל, הובהר לאחרונה ביחס לגדילה מעריכית (exponential growth) כי היא יכולה להיות מושפעת מגורמים שונים, ראו Eyal Zamir and Doron Teichman, *Mathematics, Psychology, and Law: The Legal Ramifications of the Exponential Growth Bias* (2021), in the real world, processes of growth") שם בעמ' 6. <https://ssrn.com/abstract=3804329>. and decline are typically affected by multiple factors, and therefore, often cannot be described by a simple mathematical function.

<sup>156</sup> להרחבה ראו George L. Priest & Benjamin Klein, The Selection of Disputes for Litigation, *13 j. legal. stud.* 1, 4 (1984) ("the disputes selected for litigation (as opposed to settlement) will constitute neither a random nor a representative sample of the set of all disputes").

<sup>157</sup> קרן וינשל-מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבלוס "יצירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" **משפטים** מד 769, 809-810 (2018).

<sup>158</sup> ראו לעיל ה"ש 116. יובהר, כי בהתאם לנתוני הפרקליטות, בשל אופן סימון התיקים במערכת, סביר להניח כי הנתון של 31% הוא נתון מינימלי בלבד וסביר כי ישנם תיקים רבים נוספים שהסתיימו בדרך זו.

<sup>159</sup> לטענה דומה ראו המכון הלאומי לחקר שירותי הבריאות, לעיל ה"ש 149, בעמ' 26 ("ניתן ללמוד ממנו איך בתי המשפט פוסקים ביחס לתיקים המופיעים מולם").

מגבלה נוספת הטבועה במחקר האמפירי מתייחסת לקושי להסיק סיבתיות ממחקר זה.<sup>160</sup> כלומר, אף אם נמצאה קורלציה בין שני משתנים אין בכך כדי להעיד על כיוונו של היחס הסיבתי ביניהם, שכן ייתכן שמקורה של הקורלציה בגורם שלישי (נסתר), שהניתוח האמפירי לא בחן את השפעתו על התופעה הנחקרת. בהקשר לענייננו, ייתכן כי בניגוד לטענת המחקר, החששות שהושמעו בספרות ביחס לפריצת גבולות האחריות לא היו "מוגזמים", במובן זה שבהיעדר ביקורת זו היינו מוצאים אחריות רחבה. כלומר, אפשר שביקורת אקדמית זו (כגורם שלישי נסתר) היא שהובילה בפועל את בתי המשפט להתייחס בזהירות המתבקשת לתביעות נגד רשויות רגולטוריות. לעניין זה כבר נטען כי לספרות המשפטית האקדמית חשיבות יתרה לשיפור העשייה המשפטית.<sup>161</sup> יתרה מזאת, נערכו מחקרים אמפיריים אשר ניסו למדוד את השפעתם של כתבי-עת משפטיים על החלטות שיפוטיות.<sup>162</sup> נמצא כי לכתבי עת ביקורתיים חלק משמעותי בתהליך עיצוב המערכת המשפטית, שכן שופטים נוטים לפנות אליהם לצורך ניתוח בעיות משפטיות,<sup>163</sup> ופנייה זו מתגברת עם השנים.<sup>164</sup> נראה כי השפעה כזו ניתן לייחס גם לביקורת האקדמית ביחס למפלס האחריות של רשויות ציבוריות, למצער ביחס להחלטות שניתנו בעשור השני לשנות ה-2000 (לאחר שהושמעה הביקורת). עם זאת, יש להדגיש כי קושי זה קיים אך ורק ביחס למסקנת המחקר שלפיה הטענות שהושמעו בספרות היו "מוגזמות", ואינה רלוונטית למסקנה העיקרית של המחקר שלפיה – כעניין עובדתי מפלס האחריות של רשויות רגולטוריות הוא נמוך.

**שנית**, ניתן לטעון לסלקציה מסוימת ביחס לפסקי הדין המתפרסמים באתר נבו, בפרט בקשר להחלטות של ערכאות דיוניות. ברם, נראה כי תקופת המחקר בענייננו, בפרט בעשור האחרון, אינה מעוררת חשש אמיתי, שכן כמעט כל ההחלטות של שלוש הערכאות מתפרסמות באתר נבו.<sup>165</sup> יתרה מזאת, גם אם לא כל ההחלטות של הערכאות הדיוניות התפרסמו, ממילא אלה המתפרסמות באתר נבו הן ההחלטות ששופטים, עורכי דין, משפטנים

<sup>160</sup> דורון טייכמן ואיל זמיר "מחקר משפטי אמפירי – הארות והערות" **משפטים** מד 671, 675-676 (תשע"ה).

<sup>161</sup> איל זמיר "על המחקר המשפטי האינטגרטיבי" **דין ודברים** ד 131, 142 (תשס"ח).

<sup>162</sup> ראו Russell Smyth, *Academic Writing and the Courts: A Quantitative Study of the Influence of Legal and Non-legal Periodicals in the High Court*, U. TASMANIA L. REV. 164 (1998).

<sup>163</sup> ראו Chester A. Newland, *Legal Periodicals and the United States Supreme Court*, 7 U. Today, their critical role seems to be an almost inevitable") KAN. L. REV. 477 (1958) element in the continuing process of fitting the law to the demands of society. It is commonly understood that legal counsel and judges regularly turn to the reviews as ("sources of information and analysis of legal problems.

<sup>164</sup> שם, בעמ' 488 ("this quantitative summary shows in broad outline the growth in influence of legal periodicals in the judicial process.

<sup>165</sup> השוו עם אנדג'ר, זמיר וכץ, לעיל ה"ש 74, בעמ' 34-35 ("רק משנות האלפיים ואילך החל מאגר נבו לכלול בשיטתיות את כל פסיקת בתי המשפט המחוזיים"); כמו כן, מבירור שערכתי עם מערכת אתר נבו ביום 26.4.22, נמסר לי כי אין שוני בין החלטות של בתי המשפט השלום והמחוזי מבחינת העברתן למאגר, שכן מדובר באותה מערכת ממוחשבת של בתי המשפט. החל משנת 2000 מערכת זו החלה להעביר בשיטתיות את פסקי הדין של ערכאות השלום והמחוזי לאתר נבו. עוד נמסר לי כי החל משנת 2009 גם החלטות טכניות של ערכאות אלה מועברות למאגר נבו.

ואנשי אקדמיה מסתמכים עליהן, ועל יסודן "מתעצב" הדיון המשפטי.<sup>166</sup> מעבר לכך, למחקר הנוכחי יתרון משמעותי בכך שהוא עוסק בשלוש הערכאות, שכן הוא אינו מעורר את הקושי הסלקטיבי הקיים במחקרים העוסקים בהחלטות של בית המשפט העליון בלבד.<sup>167</sup> **שלישית**, קידוד המחקר נעשה על-ידי אדם אחד (אנוכי), והדבר עשוי להוביל לקושי אמפירי בקידוד, ובפרט להטייה בתוצאות המחקר.<sup>168</sup> יחד עם זאת, הקידוד בוצע בשלושה סבבים, מאגר המידע זמין וניתן לבחינה, ודומה כי דרך מחקר זו מקובל גם במחקרים נוספים, כדוגמת זה שנערך על-ידי Nelson ביחס לפסיקה בארה"ב, אשר נכתב וקודד על-ידו בלבד.<sup>169</sup>

לסיכום, אכן אין להתעלם מהקשיים האמפיריים של המחקר הנוכחי. יחד עם זאת, כבר נטען כי "תיאוריות והמלצות מדיניות המתבססות על מידע אמפירי וניסוי בלתי-מושלים עדיפות על תיאוריות והמלצות שאינן מתבססות על מידע אמפירי או ניסוי כלשהו".<sup>170</sup> יתרה מזאת, רוב המגבלות שפורטו לעיל מאפיינות את מרבית המחקרים האמפיריים האקדמיים ובדרך כלל לא קיימת דרך התמודדות סבירה עמן. על כן, לדעתי, אף אם ממצאי המחקר האמפירי בענייננו מעוררים קשיים מסוימים, עדיין קיימת להם חשיבות רבה לדיון המשפטי והם בוודאי עדיפים על אמירות בלתי-מבוססות אמפירית, כפי שהוצגו בספרות ובפסיקה.

### **ג. מפלס האחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות בראי הרפורמה הרגולטורית**

לאחר שבחנו את היקף האחריות של רשויות רגולטוריות בפסיקה הישראלית, השאלה שמתעוררת היא האם יש לבצע חשיבה מחודשת ביחס לפסיקה זו לאור השינויים במדיניות הרגולטורית בישראל. כדי להשיב על כך, נבחן תחילה (בפרק 3.1) האם מפלס האחריות הנוכחי, הנלמד מממצאי המחקר האמפירי, עולה בקנה אחד עם התמורות המאפיינות את הרפורמה הרגולטורית. במסגרת זאת, ננסה לשרטט מחדש את השיקולים ביחס למפלס האחריות הרצוי לאורן של מתודות רגולטוריות. לאחר מכן (בפרק 3.2), נבחן עד כמה הפסיקה במאגר התייחסה למאפיינים של מתודות רגולטוריות מודרניות, והאם התייחסות זו מתאימה למפלס האחריות הרצוי. לאחר שנבחן שאלות אלה, נפנה (בפרק 4) לבחינת הנתיבים שבהם הפסיקה יכולה לפסוע.

#### **1. היקף האחריות הנזיקית הרצוי לאורן של מתודות רגולטוריות מודרניות**

כעולה מממצאי המחקר האמפירי, נראה כי היקף האחריות המצוי של רשויות רגולטוריות,

<sup>166</sup> לטיעון דומה ראו, Nelson, לעיל ה"ש 151, בעמ' 286 ("studying reported decisions is still a valuable exercise because of the influence they exert on the legal, judicial, and academic communities").

<sup>167</sup> אנידג'ר, זמיר וכץ, לעיל ה"ש 74, בעמ' 35 ("יש לציין כי המגבלה שמקורה באפקט הסלקציה מאפיינת את כלל המחקרים התצפיתיים העוסקים בפסיקה של ערכאות עליונות").

<sup>168</sup> שם, בעמ' 33.

<sup>169</sup> ראו Nelson, לעיל ה"ש 151 ("The data, findings and conclusions in this article are the author's alone");

<sup>170</sup> איל זמיר ודורון טייכמן "ניתוח התנהגותי של החלטות שיפוטיות: הישגים ואתגרים" משפט ועסקים יט 57, 100-99 (2015).

בפרט בעשור האחרון, הוא מצומצם. השאלה המתבקשת היא האם כיוון זה – המצמצם אחריות – הוא הכיוון הרצוי לאור עלייתן של מתודות רגולטוריות מודרניות. נזכיר, כי הספרות האקדמית שעסקה בנושא לפני כעשור, קראה לצמצום אחריותן של רשויות ציבוריות נוכח מפלס אחריות גבוה מאוד.<sup>171</sup> האם קריאה זו – לצמצום אחריות – עדיין רצויה לאור התמורות המאפיינות את הרפורמה הרגולטורית? על שאלות אלה ננסה להשיב בפרק זה. יובהר, כי הדיון שיוצג להלן לא יעסוק בהצדקות למתודות הרגולטוריות השונות, שהן נושא שנוי במחלוקת בקרב חוקרי כלכלה, מדיניות ציבורית ומשפטים.<sup>172</sup>

כפי שהובהר, בשנים האחרונות חלה רפורמה במדיניות הרגולטורית בישראל, שראשיתה בהחלטות ממשלה, המשכה ב"עיון" מתודות מודרניות בדברי חקיקה ספציפיים,<sup>173</sup> ושיאה בחוק עקרונות האסדרה, שנכנס לתוקף בשנת 2022. "תכלית הקיום" של הרפורמה הרגולטורית היא שיפור איכות הרגולציה השלטונית, ובכלל זה תיעוד איכותי יותר, תשתית עובדתית מבוססת וניתוחי עלות-תועלת משופרים.<sup>174</sup> לשינויים אלה השפעה ישירה על מקצועיות שיקול הדעת הרגולטורי. כך, נטען כי בתקופה שקדמה לרפורמה, שיקול הדעת של רגולטורים היה פחות מקצועי בהשוואה לשיקול דעתם המבוסס על מתודות רגולטוריות מודרניות.<sup>175</sup> כמו כן, שיפור המקצועיות מתבטא גם בהקמת רשות אסדרה (regulatory oversight body).<sup>176</sup> תפקידה של הרשות לפעול לקידום אסדרה מיטבית ומקצועית בקרב כלל הרגולטורים בישראל, בבחינת "רגולטור על".<sup>177</sup> על-פי חוק האסדרה, שומה על רגולטורים להתייעץ עם הרשות ביחס לאסדרה חדשה או קיימת, למעט פעולות שלא נכללו בהגדרת המושג "אסדרה". המודל שנקבע בחוק הוא "אמץ או הסבר", שלפיו ברירת המחדל היא לאמץ את המלצת הרשות.<sup>178</sup> נקודת המוצא בקביעת חובת ההתייעצות עם רשות

<sup>171</sup> ראו גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1142 ("נראה כי מפלס האחריות הנוכחי (...) יוצר פוטנציאל של אחריות רחבה מדי, וכי לכן ראוי לפעול להגבלתו לאלתר").

<sup>172</sup> ראו למשל ביקורת על ניהול סיכונים ראו Fisher, לעיל ה"ש 11, בעמ' 55-59.  
<sup>173</sup> ראו, למשל: ס' 41, 54(ב), 59(א), 86(ב), 178(א)(ג), 192, 196, 203 לחוק הגנה על בריאות הציבור (מזון), תשע"ו-2015. הסעיפים עוסקים בהפעלת סמכות מנהלית בהתבסס על "ניהול סיכונים". ראו בפרט ס' 250(א) לחוק זה ("נהלים כאמור ייקבע, בין השאר, בהתאם לניהול סיכונים"); ס' 12 לחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968 ("התקנת תקנות או צווים, פרסום מפרטים אחידים או קביעת הנחיות, לפי חוק זה, ייעשו בהתבסס על ניהול סיכונים"); ס' 4(ו) לפקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], תשל"ב-1972; הצעת חוק הרשויות המקומיות (ניהול סיכונים תאגידי), התשע"ח-2018, פ/5185/20.

<sup>174</sup> רויטמן, בין הגלוי לסמוי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 459; ראו גם את העקרונות המפורטים בס' 2 לחוק האסדרה. בפרט ראו ס' 4(2) לחוק זה ("האסדרה נקבעת, ככלל, על בסיס כללים ואמות מידה מקצועיים")

<sup>175</sup> ראו, למשל: גיא מור פערם ובעיות יסוד במערכת הרגולטורית בישראל: לקראת מדיניות רגולציה חכמה 22 (פברואר 2021) ("עד היום לא הייתה הכשרה עבור רגולטורים וקובעי מדיניות (...) איש המקצוע נדרש להפוך לקובע מדיניות מבלי שהמערכת הממשלתית מעניקה לו הכשרה סדורה ברגולציה או במדיניות ציבורית לקראת הכניסה לתפקיד").

<sup>176</sup> ס' 4 לחוק האסדרה.

<sup>177</sup> ראו רויטמן, בין הגלוי לסמוי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 440 ("רגולטור של הרגולטורים"); כן ראו דבריו של עורך הדין גור בליי ממתלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים שנכח בוועדות הכנסת בעניין חוק האסדרה, ולדבריו "הרשות תהיה מעין רגולטור על שעושה סקנד גסינג כל הזמן למה שהרגולטורים עושים" (פרוטוקול ישיבה 69 של ועדת החוקה, חוק ומשפט 39 (7.10.2021)).

<sup>178</sup> דברי הסבר לחוק האסדרה, בעמ' 1136; ראו גם ס' 7 לחוק האסדרה.

האסדרה היא שמדיניות רגולציה (regulatory policy) מהווה תחום ידע מקצועי שדורש מקצועיות ומומחיות,<sup>179</sup> ולרשות האסדרה הכישורים לכך.<sup>180</sup> אם כן, על פניו נראה, כי קיימות שתי מסקנות אפשרויות המתבקשות משינויים אלה: הראשונה היא שיש להמשיך בכיוון מצמצם אחריות. הרי, לכאורה, אם שיקול הדעת הרגולטורי מקצועי יותר, יש פחות צורך והצדקה לביקורת שיפוטית. השנייה היא שדווקא בגלל ששיקול הדעת נעשה מקצועי יותר, יש להחמיר גם את "סטנדרט הזהירות" הנדרש מהרשות הרגולטורית. החמרה זו בוודאי טומנת בחובה גם הרחבת אחריות. כפי שיובהר בהמשך, לטעמי המסקנה הראשונה, המצדדת באחריות מצומצמת, מתאימה יותר לשינויים המאפיינים את המדינה הרגולטורית. על מנת לבסס מסקנה זו, נפנה עתה לשיקולים המרכזיים שנדונו בספרות ביחס להטלת אחריות על רשויות ציבוריות ונבחן כיצד השינויים המאפיינים את הרפורמה הרגולטורית השפיעו על כל אחד משיקולים אלה. יצוין כי לאור קוצר היריעה של המאמר, הדיון שלהלן לא יכלול את כלל השיקולים שנדונו בספרות.<sup>181</sup>

**(1) אי-שפיטות נורמטיבית.** ביקורת שיפוטית נזיקית על פעולות של רגולטורים (הרשות המבצעת) מעוררת את השאלה האם ביקורת זו מצויה בתחומי תפקידה של הרשות השופטת על-פי משטר של הפרדת רשויות. אם התשובה לכך היא שלילית, הרי שהסכסוך אינו שפיט נורמטיבית, ואין מקום לביקורת כזו. נשאלת השאלה כיצד השינויים המאפיינים את הרפורמה הרגולטורית השפיעו (אם בכלל) על מאזן הכוחות הקבוע בעקרון הפרדת הרשויות? ניתן לומר כי התמורות במדינה הרגולטורית השפיעו על עקרון זה. כך, אחת התמורות המאפיינות את המדינה הרגולטורית היא הקמת תתי-משרדים ברשות המבצעת בעלי שיקול דעת עצמאי, שתפקידם לדאוג לפן המקצועי של יישום הרגולציה. ביזור זה, כך נטען, מבטא את הרעיון של הפרדת הרשויות כמנוח הרשות המנהלית, ולכן מהווה תחליף (אם כי חלקי) לאידיאל של הפרדת רשויות.<sup>182</sup> יתרה מזאת, נראה כי אף בהקמת רשות האסדרה יש כדי לשנות (גם אם במקצת) את "מאזן הכוחות" העומד בבסיס עקרון הפרדת הרשויות. כאמור, חובת ההתייעצות עם הרשות מהווה "בלם" נוסף לעיצוב ההליך הרגולטורי, ומטרתה להוביל לפעולות רגולטוריות תקינות יותר, בעיקר במישור ההליכי-פרוצדוראלי. לעניין זה נטען כי במוסדות שפועלים בצורה תקינה, הצורך בפיקוח החיצוני (כגון ביקורת השיפוטית) פוחת.<sup>183</sup> אם כך, נראה כי הקמת רשות האסדרה מהווה הצדקה נורמטיבית נוספת לביקורת שיפוטית נזיקית מרוסנת על פעולות של רשויות רגולטוריות.

יתרה מזאת, אף אם תביעות העוסקות ברשלנות רגולטורית "שפיטות" מהבחינה הנורמטיבית, נראה כי לאור התמקצעות שיקול הדעת, לרבות הקמת רשות אסדרה הפועלת

<sup>179</sup> דברי הסבר לחוק האסדרה, בעמ' 1141 ("מהווה תחום ידע מקצועי הדורש מומחיות ומיומנות, בנוסף לידע המקצועי הספציפי הנדרש בתחום מסוים, אשר לגביו המאסדר הוא הגורם בעל המומחיות").

<sup>180</sup> ראו ס' 5 (א) לחוק האסדרה, הקובע את חברי מליאת הרשות, שלהם נדרשת "מומחיות בתחום האסדרה".  
<sup>181</sup> להרחבה אודות השיקולים להטלת אחריות על רשויות ציבוריות ראו למשל גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1057-1040.

<sup>182</sup> רויטמן, המשפט המנהלי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 252-253.

<sup>183</sup> ראו למשל Sidney A. Shapiro, *Why Administrative Law Misunderstands How Government Works: The Missing Institutional Analysis*, 53 WASHBURN L.J. 1, 6 (2013) ("in effective institutions the sanctioning and enforcement processes are built into the structures themselves (...) rather than requiring an external enforcement mechanism.

כ"מפקחת" נוספת על ההליך הרגולטורי – אין זה יהיה לאוי להפעיל ביקורת שיפוטית ברוב רובם של מקרים אלה. בהקשר לכך, נטען על-ידי גלעד כי ההגדרה הפסיקיתית לאי-שפיטות נורמטיבית מצומצמת מידי, כך ש"אין כמעט סכסוך שלא יהיה שפיט נזיקית".<sup>184</sup> לפיכך, הוצע על-ידו להרחיב את המושג ולהחילו על סכסוכים שאמנם אפשר להכריע בהם בבתי משפט אך אין זה לאוי לעשות כן.<sup>185</sup> ניתן לומר כי הרפורמה הרגולטורית מחזקת את הגדרתו המורחבת של גלעד, והגדרה זו עולה גם בקנה אחד עם המגמה הפסיקיתית (הנלמדת מהמחקר האמפירי) לצמצום אחריותן של רשויות רגולטוריות. יתרה מזאת, גם בית המשפט העליון פסע לאחרונה בכיוון הגדרה מחודשת זו. כך, בעניין פלונים (2019) נכתב על-די כב' השופט שטיין כי "ברוב רובם של המקרים אין זה ראוי שבית המשפט יעמיד את שיקול דעתו שלו תחת שיקול דעתה המקצועי של הרשות" (ההדגשה אינה במקור).<sup>186</sup>

יחד עם זאת, יש להיזהר מפגיעה יתרה בכיוון מצמצום אחריות עד כדי חסינות, שאחרת נרוקן מתוכן את מערך "איזונים ובלמים" העומד בבסיס עקרון הפרדת הרשויות. כך למשל, נטען כי המדינה הרגולטורית הובילה לחוסר התאמה בכל הנוגע לעקרון הפרדת הרשויות, שכן רשויות רגולטוריות לעיתים ממלאות את שלושת תפקידי הרשויות, לרבות סמכויות "מעין שיפוטיות".<sup>187</sup> נטען כי למרות שמדובר ב"אזור" המסור גם לרשות השופטת, בתי המשפט נמנעים מלבקר החלטות אלה, ולמעשה יוצרים חסינות לרשויות הרגולטוריות.<sup>188</sup> כמו כן, חשוב להדגיש שרשות האסדרה לא בוחנת כל אסדרה, ובפרט לא פעולות ברמה הביצועית, ולכן "בלם" זה אינו קיים בכל פעולה אסדרתית. לפיכך, לצד הרחבת מושג אי-השפיטות הנורמטיבית וצידוד בגישה לצמצום אחריות, עדיין חשוב שבית המשפט יפעיל ביקורת מסוימת במסגרת תביעות נזיקין. על אופי וטיב הביקורת נרחיב בהמשך הדיון.

**(2) אי שפיטות מוסדית.** על-פי שיקול זה, נקודת המוצא היא שלבית המשפט "נחיתות מוסדית" בעניינים המסורים לרשויות אחרות. שיקול זה רלוונטי בפרט לתביעות נזיקין אשר הביקורת השיפוטית נעשית על-ידי שופטים בערכאות נמוכות ושופטים שאינם מתמחים.<sup>189</sup> האם שיקול זה התחזק לאור הרפורמה הרגולטורית? נראה כי התשובה לכך היא חיובית. ניתן לחשוב על שני מישורים שבהם גדל "פעור המומחיות" שבין הרגולטור לבין בית המשפט. הראשון, מתבטא במורכבות הסיכונים המאפיינים את המדינה הרגולטורית. נטען כי "לבית המשפט יש הבנה מועטה יחסית בסוגיות מקצועיות מורכבות כמו אלה המתעוררות במדינה הרגולטורית המודרנית".<sup>190</sup> השני, קשור לארגון הכלים שבאמצעותו נדרשים רגולטורים לנהל את הסיכונים, הכולל מתודות רגולטוריות מודרניות המהוות תחום מומחיות עצמאי ונוסף

<sup>184</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1042.

<sup>185</sup> שם.

<sup>186</sup> עניין פלונים, לעיל ה"ש 124, בפס' 7 לפסק דינו של השופט א' שטיין.

<sup>187</sup> ראו Bendor and Sharon Yadin *Regulation and the Separation of Powers*, 28 SOUTHERN CALIFORNIA INTERDISCIPLINARY LAW JOURNAL 357 (2019) ("The growth of the modern regulatory state has led to substantial misalignment between constitutional separation of powers (...). agencies which are part of the executive branch often hold all three governmental functions").

<sup>188</sup> שם, בעמ' 377.

<sup>189</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1043.

<sup>190</sup> רויטמן המשפט המנהלי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 236.

לתחום שאותו יש לאסדר. בהתאם לדברי ההסבר לחוק האסדרה, הגורם בעל "הכשירות המוסדית" לכך היא רשות האסדרה.<sup>191</sup> לעניין זה נטען כי בשונה מרשות האסדרה, לבתי המשפט אין את המומחיות לבקר את פעולות הרשות הרגולטורית בהתאם לעקרונות של מתודות מודרניות.<sup>192</sup> אם כן, נראה כי "כפל המומחיות" של הרשות הרגולטורית בהחלט מחזק את שיקול אי-השפיטות המוסדית, וכפועל יוצא מצדד בגישה מצמצמת אחריות. יחד עם זאת, מומחיות זו אינה רלוונטית לכל פעולה רגולטורית. ישנן פעולות שלא חלה לגביהן חובת התייעצות עם רשות האסדרה, והרגולטור הוא הגורם האחראי על יישום המתודות. בנוסף, ישנן פעולות רגולטוריות שאינן מחייבות את הפעלת המתודות, כגון פעולות ברמת הביצוע. לפיכך, ביקורת שיפוטית המתעלמת ממידת המומחיות (בפועל) של הרגולטור בפעולות אלה, עלולה לפגום בתמריץ של הרגולטור לפעול גם במקרים אלה על-פי מתודות מודרניות.<sup>193</sup> ייתכן כי במקרים אלה, חרף השיקול המוסדי השגרתי, יהיה מקום לביקורת שיפוטית "מתמרצת" אשר תבחן את התנהלות הרשות הרגולטורית באמצעות התמקדות במאפייני המתודות המודרניות.<sup>194</sup>

**(3) הקושי שבמיפוי האינטרסים המאוזנים ושקלולם הראוי.** הטלת אחריות נזיקית על רשות רגולטורית דורשת מבית המשפט לערוך איזון בין האינטרס הציבורי, עליו אחראית הרשות, לבין האינטרס של הפרט הניזוק. נטען כי לבית המשפט נטייה להמעט במשקלו של האינטרס הציבורי, שכן בתביעות מסוג זה הגורם הפרטי (פרט או מפוקח) נתפס כ"חלש" ואילו הרשות נתפסת כבעלת העוצמה והיכולת הכלכלית. נטייה זו עלולה לעוות את הליך איזון האינטרסים.<sup>195</sup> אלא שלאור השינויים במדינה הרגולטורית נטייה זו עלולה אף להוביל לעיוות גדול יותר, בעיקר בתביעות המוגשות על-ידי מפוקחים. במקרים רבים מדובר בפירמות גדולות בעלות אינפורמציה ועוצמה כלכלית רבה, ובכוחן להשפיע על התשתית העובדתית העומדת בבסיס פעולותיו של הרגולטור.<sup>196</sup> נטען כי המדובר ב"שינוי טקטוני

<sup>191</sup> ראו דברי הסבר לחוק האסדרה, בעמ' 1141 ("הרשות, כגורם המקצועי בעל המומחיות והכשירות המוסדית בתחום מדיניות האסדרה, היא הגורם המתאים לערוך בקרה ולייעץ לגבי איכות תהליכי העבודה המתוארים בהתאם למתודולוגיה המקצועית המקובלת בעולם").

<sup>192</sup> ראו למשל: Jonathan B. Wiener & Alberto Alemanno, *Comparing Regulatory Oversight Bodies Across the Atlantic: The Office of Information and Regulatory Affairs in the US and the Impact Assessment Board in the EU*, in *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE judicial review* (Susan Rose-Ackerman & Peter Lindseth eds., 2011). LAW 309, 316. ("functions as a kind of ROB, with the authority to reject regulatory decisions, though typically without the expertise and routine oversight role of an executive branch ("ROB").

<sup>193</sup> ראו השונו עם יובל רויטמן "גישה מוסדית לביקורת השיפוטית" ספר אליקים רובינשטיין 181, 199 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה, רינת סופר - עורכים, 2021). ("היעדר ההתייחסות ההולמת והשיטתית של הביקורת השיפוטית למידת המומחיות של הרשות הלכה למעשה (...) פוגעת בתמריץ הכללי של הרשות המבצעת להסתייע במומחים").

<sup>194</sup> ראו פירוט בהמשך תת-פרק זה (3.1). וכן את הצעתי בפרק 4.1.

<sup>195</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1044.

<sup>196</sup> ראו, למשל, שרון ידין "קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר" דין ודברים ח 391, 440 (2015). ידין טוענת כי המדינה הרגולטורית מאופיינת גם בתופעה של "שבי שלא מדעת".



במעריך הכוחות במסגרת הביקורת השיפוטית" ולכן "אין עוד מקום לגישה הרומנטית לגבי מערכת היחסים שבין האזרח לבין הרשות".<sup>197</sup> נראה שמגמה זו נלמדת גם מהמחקר האמפירי, שלפיו רוב התביעות המוגשות על-ידי מפקחים נדחות. כאמור, ממצא זה עשוי ללמד על נטייתו של בית המשפט לגלות פחות סימפטיה כלפי מפקחים, שאינם נתפסים "כחלכאים והנדכאים", אלא כתובעים בעלי עוצמה וידע. בנוסף לכך, נטען כי בתי המשפט "שדרגו" את מעמדו של אינטרס הפרט לאור חקיקת חוקי היסוד, אך מהלך דומה לא נעשה בקשר לאינטרס הציבורי.<sup>198</sup> נראה כי השינויים הרגולטוריים תומכים בשינוי מעין זה. ראשית, המתודות הרגולטוריות העמיקו את "היסודיות" של רגולציה במדינה המודרנית,<sup>199</sup> וכפועל יוצא חיזקו אינטרס ציבורי לרגולציה איכותית יותר. שנית, המתודות ביצעו "שדרוג" לאינטרס הציבורי באמצעות מתן מעמד בכורה לעקרון התועלת המצרפית.<sup>200</sup> מדובר בעקרון יסוד של המתודות המודרניות, שלפיו שומה על הרגולטור לבחור ברגולציה שמובילה למירב התועלת החברתית, ולא בהכרח כרוכה בתוחלת הנזק הנמוכה ביותר.<sup>201</sup> שינויים אלה מחזקים את השיקול המתייחס לקושי שבמפוי והערכת האינטרסים במסגרת תביעות נזיקין נגד רשויות רגולטוריות, ולכן מצדדים בגישה מצמצמת אחריות. חרף זאת, יש לזכור כי לא בכל מקרה "מעריך הכוחות" המודרני הוא רלוונטי, וייתכנו מקרים רבים אחרים שבהם עדיין הרשות היא בעלת העוצמה והידע. לכן, ראוי כי הביקורת השיפוטית תקיים הבחנה בין תובעים שונים.<sup>202</sup>

**(4) האופי המיוחד של פעילות הרשות – מחדל טהור.** מחדל טהור הוא מחדל להגן על פרטים מפני סיכונים שיוצרים גורמים אחרים (לרבות סיכונים טבע, משברים וכו'). ברם, הואיל ומשאביה של הרשות מוגבלים, אין באפשרותה למנוע כל סיכון במדינה. מאפיין זה של פעילות הרשות מעורר שיקול כבד משקל להגבלת אחריותן של רשויות בגין מחדל טהור.<sup>203</sup> דומה כי מאפיין זה התחזק ביתר שאת בעידן המדינה הרגולטורית. ראשית, רגולטורים נדרשים להתמודד עם סיכונים מרובים ומורכבים יותר שלא נדרשו להם בעבר, עד כדי כך שהועלתה אפשרות כי אנו חיים "במדינת הסיכון".<sup>204</sup> שנית, וכפועל יוצא, אחד מעקרונות היסוד של המתודות המודרניות הוא שאין לשאוף ל"אפס סיכון" (zero risk), וסיכון הוא

מדובר במצב שבו הרגולטור רואה עצמו כמשיג את האינטרס הציבורי, אך בפועל הוא פועל לטובת האינטרסים של המפוקחים. אחד הגורמים לכך הוא יצירת תשתית עובדתית לקויה ובלתי-סימטרית המוצגת לרגולטור על-ידי מפוקחות בעלות עוצמה.

<sup>197</sup> רויטמן, המשפט המנהלי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 235.

<sup>198</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1044.

<sup>199</sup> ראו למשל דבריו של מאיר לוין (המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בענייני כלכלה) שנכח בוועדות הכנסת בעניין חוק האסדרה, ולדבריו "המובן מאליו הוא שרגולציה היא אבן יסוד חיונית לתפקודה של כל מדינה" (פרוטוקול ישיבה 65 של ועדת החוקה, חוק ומשפט 8 (4.10.2021)).

<sup>200</sup> עקרון זה עוגן באופן מפורש בחוק האסדרה בס' 2(2) לחוק ("האסדרה נקבעת במטרה להביא למרב התועלת לחברה ולמשק..."); ראו גם דברי הסבר לחוק האסדרה, בעמ' 1126 ("מוצע להבהיר שיש לקבוע אסדרה מתוך ראייה רחבה השואפת להשיא את התועלת למשק ולחברה").

<sup>201</sup> מדיין ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 23-24; הדגש הוא על ניהול סיכונים לציבור, ולא לפרט מסוים (ראו מור, לעיל ה"ש 175, בעמ' 6 ("רגולציה נקבעת על מנת לנהל סיכונים לציבור" [ההדגשה אינה במקור])).

<sup>202</sup> ראו להלן את הדיון בתת-פרק 4.2.

<sup>203</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1047-1048.

<sup>204</sup> ראו Black, לעיל ה"ש 12, בעמ' 339 ("Has the regulatory state [...] become the 'risk regulatory state'?").

חלק מתוצאות הלוואי של רגולציה.<sup>205</sup> דוגמא אקטואלית לכך היא הרגולציה של מגפת הקורונה. חרף ניהול סיכונים המבוסס על מתודות מודרניות, עדיין מתממשים סיכונים רבים. נראה כי שינויים אלה עשויים לחזק את השיקול להגבלת אחריותן של רשויות בגין מחדלים טהורים, שכן מוצדק והוגן שהניזוק – הנהנה מהשתכללות והתמקצעות המדיניות הרגולטורית של הרשות – יישא גם בסיכונה.<sup>206</sup> מן העבר האחר ניתן לטעון, כי דווקא עליית הסיכון במדינה הרגולטורית מצדיקה לחייב את הרשות בגין מחדלים טהורים, זאת כדי שניזוק ספציפי או קבוצה מסוימת באוכלוסייה לא יישאו לבדם בנטל הכבד של הסיכונים ההולכים וגוברים בעידן המדינה הרגולטורית.<sup>207</sup> הצדקה נוספת היא שלרוב הרשות מחזיקה במעמד "מונופוליסטי" במניעת סיכונים "בלתי שגרתיים" ולהיכרות האפקטיבית למנעם.<sup>208</sup> טלו למשל תביעה עתידית נגד המדינה הטוענת לרשלנות באי מניעת התפשטות נגיף הקורונה. על פניו מדובר בתביעה שמקורה במחדל טהור להגן על התובע מפני סיכון בלתי שגרתי שהתממש, וספק אם על פי הפסיקה הישראלית הקיימת ניתן לחייב את המדינה בגין אי מניעתו. אלא שמבט לספרות זרה עדכנית מעלה כי הטלת אחריות על הרשות בגין תביעה כזו לא נשללה על הסף. כך למשל, בהקשר לדין ההולנדי, נטען כי קיימת אפשרות להטלת אחריות על המדינה בגין ניהול רשלני של רגולציית הקורונה.<sup>209</sup> יחד עם זאת, יש לזכור כי דוגמא זו אינה משקפת סיכונים שגרתיים ודומה כי במדינות אחרות, הקרובות יותר למשטר האחריות הישראלי, הטלת אחריות על הרשות בגין מחדלים טהורים מסוג זה נדחתה.<sup>210</sup>

(5) **הרתעת יתר.** כידוע, הטלת אחריות על רשות ציבורית וחיובה בפיצוי עלולים להוביל

<sup>205</sup> ראו דברי הסבר לחוק האסדרה, עמ' 1127 ("ככלל, אין זה רצוי מבחינה כלכלית וחברתית לפעול באמצעות אסדרה כדי לאיין סיכונים באופן מוחלט").

<sup>206</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1054 ("מאחר שהפרטים בחברה מפיקים תועלת רבה מפעילותן של רשויות ציבור, ההגיונות מחייבת כי יישאו גם בסיכונים הכרוכים בפעילות זו"). גלעד מבחיר בספרו, כי בעוד שנהנה מפעילות מסוימת הוא בדרך כלל המזיק, ולכן שיקול ההגיונות תומך בהטלת אחריות עליו, הרי שבהקשר של רשויות ציבוריות מועתק שיקול זה אל הניזוק.

<sup>207</sup> ראו והשוו עם רונן פוליאק "הקצאה הוגנת של נטלי רגולציה בראי רציונל הנטל החריג ועקרון השוויון בנטלים" **משפט וממשל** יח 279 (2017). המחבר דן בצורך לפזר את נטלי הרגולציה בעידן הרפורמה הרגולטורית בישראל בהקשר החוקתי. כמו כן, נראה כי המקור להצדקה זו – התומכת דווקא בהטלת אחריות – הוא "עקרון החלוקה השווה של עלויות הממשל", שלפיו לפחות לגבי סיכונים מסוימים הציבור הרחב הוא שצריך לשאת בעלותם, ולא הפרטים הנפגעים בעת התממשותם (להרחבה ראו: ישראל גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון)" **משפט וממשל ב** 339, 357-358 (תשנ"ה).

<sup>208</sup> גלעד, בעמ' 1047.

<sup>209</sup> ראו: Lucas Bergkamp, *State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: The Dutch* (2020) *International and Dutch Law*, 11(2) EUR. J. RISK REG. 343, 349 government's response to the COVID-19 epidemic has been inadequate in many respects. Consequently, under Dutch tort law, the state of The Netherlands may be "liable for damage caused by these omissions".

<sup>210</sup> ראו למשל את הפסיקה הקנדית אשר דחתה תביעות נזיקין שהוגשו נגד המדינה בטענה לרשלנות בניהול מגפת הסאריס: Williams v Canada (Attorney General), 2009 ONCA 378, 95 O.R. (3d) 401. שם בפס' 31 ("Decisions relating to (...) measures to combat SARS are clear examples of") decisions that must be made on the basis of the general public interest rather than on "the basis of the interests of a narrow class of individuals".

להרתעת יתר.<sup>211</sup> נראה כי שיקול זה התחזק לאור הרפורמה הרגולטורית, ובפרט לאור הדרישה להפחתת הנטל הרגולטורי,<sup>212</sup> שכן הרתעת יתר עלולה להוביל לעודף רגולציה. במצב זה עלולה להיווצר סתירה אינהרנטית בין מדיניות הנקבעת על-ידי הרשות הרגולטורית, השואפת להפחתת הנטל הרגולטורי, לבין מדיניות הנקבעת במסגרת הביקורת השיפוטית,<sup>213</sup> המובילה לעודף רגולציה. סתירה זו בוודאי אינה רצויה מבחינת מדיניות משפטית ראויה, ומצדדת בגישה לצמצום אחריות. בהקשר לכך נטען לאחרונה כי לאור המאפיינים של המדינה הרגולטורית, די בהטלת אחריות, ללא חיוב בפצוי, כדי להרתיע באופן יעיל את הרגולטור.<sup>214</sup> למרות שלטעמי הצעה זו מרחיקה לכת מהדין המצוי, אף היא מחזקת את המסקנה כי יש להיזהר מהתרעת יתר של רגולטורים, ומצדדת בגישה המגבילה את אחריותן של רשויות רגולטוריות בעידן הנוכחי. יחד עם זאת, יש להיזהר ממתן משקל שווה לשיקול בדבר הרתעת יתר בכל המקרים של רשלנות רגולטורית.<sup>215</sup> בעידן המדינה הרגולטורית לא כל הגופים הרגולטוריים זהים מבחינה מקצועית, וייתכן שלרשות רגולטורית פלונית מסורת של פעילות בלתי תקינה בעניין מסוים שבגינה הוגשו נגדה מספר תביעות נזיקין.<sup>216</sup> במקרה זה יהיה מוצדק להפחית את משקלו של השיקול בדבר הרתעת יתר, שכן מסקנה אפשרית היא שרגולטור המרבה ל"התרשל" לא הורתע באופן יעיל (הרתעת חסר). דוגמא למקרה כזה ניתן למצוא בעניין **ג'וניר קרטל**, שם הוגשה תביעה על-ידי יבואניות טובין בטענה לרשלנות בפיקוח של רשות המיסים (אגף המכס) על סוכני מכס שקרסו כלכלית. בית המשפט הטיל אחריות על הרשות, כאשר הנימוק המרכזי לכך היה שמדובר במקרה רביעי שבו סוכן מכס קרס כלכלית ו"מקרה רביעי מעיד על בעיה ועל חשיפה משמעותית של יבואנים לסיכון, ומחייבת התייחסות אחרת" מזו שהונהגה בפסקי דין קודמים שעסקו בפרשות דומות.<sup>217</sup> בסופו של דבר, נראה שפסק הדין הרתיע באופן יעיל את הרשות הרגולטורית, אשר ביצעה בעקבותיו שינויים והתאמות בנהלי אגף המכס.<sup>218</sup>

<sup>211</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1051.

<sup>212</sup> ראו להלן ה"ש 236.

<sup>213</sup> ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת-המשפט של החקיקה" **משפטים** י"ז 321 (תשמ"ח). שם, בעמ' 348, דן מאוטנר ב"תפקידו היוצר" של בית המשפט במסגרת הכרעות המדיניות הכרוכות בהחלטותיו.

<sup>214</sup> סגל, להלן ה"ש 341, בעמ' 617 ("די בהטלת אחריות – ובתיוג המאסדר והרשות המאסדרת כרשלנים – כדי לכוון ביעילות את התנהגותם").

<sup>215</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1052 ("יש אפוא לשאוף לאיזון ראוי בין החשש מהרתעת-חסר להרתעת-יתר – להגביר את ההרתעה מקום שאינה מספקת ולהחלישה מקום שהמינון שלה גבוה מדי").

<sup>216</sup> רויטמן, גישה מוסדית, לעיל ה"ש 193, בעמ' 188 ("מאחר שברור כי לא כל הגופים הציבוריים הם זהים, יש חשיבות לכך שהביקורת השיפוטית תתייחס במקרים המתאימים להבחנות (...) בין גופים שלהם מסורת של פעילות תקינה לבין גופים שבהם חוזרות ומתגלות תקלות").

<sup>217</sup> עניין **ג'וניר קרטל**, לעיל ה"ש 107. פסקי הדין במקרים הקודמים היו אלה שנידונו בעניין **פורמט**, לעיל ה"ש 45, שם בית המשפט פסק כי לאגף המכס אין חובת זהירות כלפי בעל טובין. כאמור ההחלטות שעסקו בעניין זה לא הוכנסו למאגר שכן הן לא עסקו בסעד כספי ולא פורסמו במאגרי המידע.

<sup>218</sup> על כך ניתן ללמוד מההחלטה בערעור על עניין **ג'וניר קרטל**, לעיל ה"ש 43 ("רשמנו לפנינו את הודעת המערערת, כי מאז ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי, הטמיעה המערערת התאמות ועדכונים בנוהלי העבודה של אגף המכס ומע"מ באופן שיקטין את הסיכון להישנות אירועים מן הסוג מושא הערעור"). כאמור,

לסיכום, נראה כי התמורות המאפיינות את הרפורמה הרגולטורית חיזקו את השיקולים להגבלת אחריותן של רשויות רגולטוריות. לפיכך, רצוי לשמור על מפלס אחריות נמוך, אך חשוב גם להיזהר שהמפלס לא יצטמצם יתר על המידה, עד כדי "חסינות ריבונית". נראה כי בשונה מקריאות קודמות שהוצגו בספרות, אין צורך בשינוי "דרמטי" של המפלס המצוי (שממילא מצומצם). עיקר השינוי צריך להתבצע באופי וטיב הביקורת השיפוטית כך שתהיה "מצמצמת-מתמרצת".<sup>219</sup> מדובר בביקורת שיפוטית המצדדת בשיקולים להגבלת אחריותן של רשויות ציבוריות (ובכך "מצמצמת" את מפלס האחריות), אך גם שואפת לתמרץ את הרגולטור לפעול בהתאם לעקרונות של מתודות רגולטוריות מודרניות, עקרונות אשר עוגנו לאחרונה על-ידי המחוקק בחוק האסדרה. מעבר לכך שביקורת שיפוטית המתמקדת במאפייני המתודות עשויה לחזק את איכות הרגולציה והשימוש בכלים רגולטוריים מודרניים, היא עשויה אף לשפר את איכות הביקורת השיפוטית עצמה.<sup>220</sup> על הדרכים שבהן הפסיקה יכולה לפסוע על מנת לעלות בקנה אחד עם ביקורת רצויה זו נדון בפרק 4.

## 2. התייחסות הפסיקה למאפיינים של מתודות רגולטוריות מודרניות

לאחר שדנו במפלס האחריות הרצוי של רשויות רגולטוריות לאורך של מתודות רגולטוריות מודרניות, נבחן עתה עד כמה הפסיקה במאגר התייחסה למאפיינים של מתודות אלה, ועד כמה היא עולה בקנה אחד עם מפלס האחריות הרצוי.

המתודות המרכזיות שאומצו על-ידי ממשלת ישראל במסגרת "הרפורמה הרגולטורית" הן מתודת ה-RIA, ניהול סיכונים ורגולציה מבוססת-ראיות.<sup>221</sup> מתוך מתודות אלה חולצו מאפיינים מרכזיים משותפים, ובכלל זה *תיעוד*; *הפחתת הנטל הרגולטורי*; *משאבים מוגבלים*; *חשיתית עובדתית מקצועית*. כמובן שישנם מאפיינים מרכזיים נוספים, כגון קביעת רגולציה על יסוד ניתוחי עלות-תועלת, השוואת חלופות, שקיפות, מעקב-ובקרה, ועוד. כמו כן, נראה כי גם חובת התייעצות של הרגולטור עם רשות האסדרה שעוגנה לאחרונה בחוק

ההחלטה לא הוכנסה למאגר שכן הערעור נמחק לבקשת הרשות, ולא ניתן להפיק נתונים רציניים אודות עמדתו של ביהמ"ש העליון ביחס לתביעה.

<sup>219</sup> לטענה דומה בהקשר למשפט המנהלי ראו רויטמן, משפט מנהלי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 236 ("על בית המשפט להיות מודע לתפקידו המתמרץ, ולא להסתפק בביקורת שיפוטית מרוסנת").

<sup>220</sup> ראו: Alberto Alemanno, *Impact Assessment before Courts: Evidence-based policymaking meet judicial review*, in HANDBOOK ON REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 1, 18 (C. Radaelli & C. Dunlop eds., 2016). This in turn provides an incentive to policy makers to carefully subject the original proposal, as well as its amendments, to a robust impact assessment (...) While this is what courts offer to IA, Joanne Scott & Susan Sturm, *Courts as Catalysts: Re-Thinking the Judicial Role in New Governance*, 13 COLUM. J. EUR. L. 565, 570 (2006). המחברות טוענות כי על בית המשפט להבטיח שהרגולטורים יפעלו בהתאם לעקרונות שבבסיס התיאוריה של ממשלתיות חדשה.

<sup>221</sup> רוב המתודות פורטו במדריכים של משרד ראש הממשלה שפורסמו בשנים האחרונות. למתודת ניהול סיכונים, ראו מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8; למתודת ה-RIA, ראו: משרד ראש הממשלה *מדריך ממשלתי: הערכת השפעות רגולציה* (עמיחי פישר עורך, 2015); משרד ראש הממשלה *מדריך ממשלתי: הפחתת הנטל הרגולטורי* (עמיחי פישר עורך, 2015). למתודת רגולציה מבוססת ראיות, ראו זליבנסקי, לעיל ה"ש 9.

האסדרה עשויה לאפיין את המתודות המודרניות.<sup>222</sup> ואולם, מפאת קוצר היריעה של מאמר זה, לא ארחיב אודות מאפיינים נוספים אלה. להלן נדון בכל אחד מארבעת המאפיינים שפורטו לעיל, ונבחן עד כמה וכיצד הפסיקה התייחסה אליו.

#### (א) תיעוד

מאפיין מרכזי של המתודות הרגולטוריות המודרניות הוא תיעוד ההליך הרגולטורי (על כל שלביו).<sup>223</sup> הרציונל העומד בבסיס דרישה זו הוא שתיעוד מסייע לחשיבה סדורה של הרגולטור, מעודד שקיפות של ההליך הרגולטורי, ומאפשר לרשות הרגולטורית לעקוב ולבקר אחר הרגולציה שנבחרה. לכאורה, מאז ומתמיד רשויות תיעוד באמצעות מסמכים את פעולותיהן המנהליות, ובמקרים רבים מסמכים כאלה נהנו מחיסיון.<sup>224</sup> ואולם, התיעוד המאפיין את המתודות המודרניות מעודד שקיפות, הוא מקצועי יותר ולמעשה מהווה תנאי בסיסי לקיומן של המתודות.<sup>225</sup> כך, לכל מתודה ישנם כללים ומסמכים ספציפיים כגון דו"חות RIA, דו"חות ניהול סיכונים, מאגרי מידע של נתונים במסגרת רגולציה מבוססת-ראיות ומסמכים נוספים שחלקם אף מתפרסמים באינטרנט.<sup>226</sup> אם כן, ולאור החשיבות שהמתודות

<sup>222</sup> יצוין כי בכל הנוגע לקיום חובת התייעצות עם רשות האסדרה, מדובר במאפיין חדש שלא היה קיים לפני חקיקת חוק האסדרה. לכן, מטבע הדברים לא נמצאה כל התייחסות ספציפית לעניין זה בפסיקת המאגר, כדוגמת טענה לרשלנות עקב הפרת חובת התייעצות עם רשות זו. לאפשרות לטיעון כזה ראו, למשל Alemanno, לעיל ה"ש 220, בעמ' 5 ("One may even claim that the IA did not take into account the comments"). עם זאת, בעניין **החברה המרכזית לשקילה**, לעיל ה"ש 85, ניתן למצוא התייחסות מפורטת לחובת התייעצות. התובעת טענה להתרשלנות הרגולטור בגין הפרת חובת התייעצות עם השר לפני פרסום הוראה רגולטורית (שם, בפס' 51). במסגרת פסק הדין בית המשפט הפנה לפסיקה מנהלית העוסקת בחובת התייעצות, ובכלל זה אמת מידה שלפיה נדרש שההתייעצות תהיה התייעצות של-אמת, התייעצות של תוכן, והיא חייבת ללבוש "צורה של מעין-שיח חכמים ונבונים" (ראו בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, נד(3) 496 (2000)). נראה כי אמות מידה אלה עשויות להיות רלוונטיות לחובת ההתייעצות עם רשות האסדרה. עם זאת, ברי שהדבר דורש דיון ומחקר נוספים.

<sup>223</sup> ראו מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 36 ("התיעוד הוא כלי שמשמש את הארגון (...) ניתוח סדור ומתועד מאפשר לשתף בתהליך עמיתים, מומחים ובעלי עניין מן הציבור. הליכי שיתוף כאלו מעשירים את מקבל ההחלטות במידע וגם מקנים לתהליך לגיטימיות"). שם, בעמ' 39 ("לאורך העבודה חשוב לתעד את התהליך (...) הכתיבה מסייעת לחשיבה"). לעניין תיעוד פיקוח ואכיפה, ראו שם, בעמ' 119; ראו גם מדריך RIA, לעיל ה"ש 221, בעמ' 28 ("מומלץ שהרגולטור יתעד את התהליך וישמור את החומרים באופן מרוכז" ובהמשך "דוח RIA מחייב פרסום הנקודות העיקריות שעלו בתהליכי השיח"); ראו גם מדריך הפחתת הנטל הרגולטורי, לעיל ה"ש 40-49. שם מפורט אודות כלים לסיכום מידע; לעניין רגולציה מבוססת ראיות ראו זליבנסקי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 43, שם הודגש כי מדיניות מבוססת ראיות מספקת תוצרים חשובים – תיעוד ונתונים אמפיריים אשר "מאפשרים לא רק לימוד של איך לייצר מדיניות אפקטיבית" אלא גם "מדוע מדיניות היא אפקטיבית".

<sup>224</sup> לעניין החיסיון ההלכתי בדבר מסמכים פנימיים של הרשות, ראו רע"א 7461/16 מדינת ישראל - אגף המכס ומע"מ נ' פן דור תעשיות בע"מ (נבו) 29.11.2016.

<sup>225</sup> חוק האסדרה מעגן את הדרישה לשקיפות בס' 2(3) ("בהתאם לעקרונות השקיפות ותוך שיתוף הציבור").

<sup>226</sup> למאגר דוחות RIA ראו regulation.gov.il/RIA\_REP. ראו, לדוגמה: המשרד להגנת הסביבה **דוח הערכת השפעות רגולציה: הוספת תנאים להיתר רעלים בנושא הגנה על מידע וסייבר** (2019); משרד העבודה הרווחה והשירותים החברתיים **הליך RIA – נוהל למתן אישור ראשוני למעונות יום** (2019); משרד החקלאות ופיתוח הכפר **דוח בחינת רגולציה חדשה (RIA): התמודדות עם מחלת הברוצלוזיס ברפתות חלב בישראל** (2019).

החדשות מייחסות לתיעוד, מעניין לבחון כיצד ועד כמה הפסיקה בעניין רשלנות רגולטורית התייחסה לתיעוד הרגולטורי. שאלה זו חשובה שכן קיימת סבירות גבוהה שמסמכים כאלה יוצגו בעתיד הקרוב בזמניות גבוהה במסגרת תיקי רשלנות רגולטורית.<sup>227</sup> יודגש כי יש להבחין בין השאלה מהו המידע שעמד לנגד הרגולטור, הרלוונטיות למאפיין של תשתית עובדתית מקצועית (שידון בהמשך), לבין השאלה איך ניתן להוכיח זאת מבחינה ראייתית, הרלוונטיות למאפיין התיעוד.

ניתוח פסקי הדין במאגר, מעלה כי במקרים רבים תיעוד ההליך הרגולטורי סייע לרשויות רגולטוריות להוכיח את העובדה שהופעל שיקול דעת. ברוב המקרים, ראייה זו הובילה לכך שבית המשפט נמנע מלהתערב בדיעבד בשיקול הדעת של הרשות, וכפועל יוצא דחה את התביעה. כך למשל, בעניין קרנית, נטען לרשלנות בהסדרת תחום האופניים החשמליים. במסגרת ההליך הוצגו פרוטוקולים של דיונים בוועדות הכנסת ובממשלה וכן מסמכים פנימיים נוספים. תיעוד זה סייע לרשות להוכיח כי שקלה את כל הסיכונים הרלוונטיים. כך, בית המשפט הפנה בהחלטתו לנספחים שכללו תיעוד זה וקבע כי "אין חולק שמתוך הדיונים בוועדות הכנסת, כמו גם דיונים פנימיים שהתקיימו במשרדים השונים של הממשלה, ניצבו בפני מקבלי ההחלטות מספר שיקולים שחלקם מנוגדים".<sup>228</sup> לאור זאת, נפסק שאין להתערב בשיקול הדעת של הרשות, והתביעה נדחתה. בעניין פלונים, דובר על תביעה בגין רשלנות בהסדרת חובת ביטוח אחריות מקצועית לבתי חולים. בפני בית המשפט המחוזי הוצג תיעוד רב המתעד את תהליך קבלת החלטת הרשות שלא להטיל חובת ביטוח. למשל, הוצגו דוחות של וועדות שדרנו בנושא, טיוטת הצעות ממשלה, סיכום דיונים פנימיים ועוד. תיעוד זה הוכיח שהופעל שיקול דעת, ולאור זאת נדחתה התביעה.<sup>229</sup> גישה זו עולה גם מפסיקת בית המשפט העליון. כך, ביהמ"ש העליון דחה לאחרונה ערעור שהוגש על פסק הדין בעניין פלונים הנ"ל תוך הדגשת העובדה כי הוצג תיעוד המוכיח הפעלת שיקול דעת על-ידי הרגולטור.<sup>230</sup> מעבר לכך, קיימות דוגמאות רבות נוספות בפסיקה, גם בקשר לתיעוד של פיקוח ואכיפה.<sup>231</sup> כמו

<sup>227</sup> לטענה דומה ראו Alemanno, לעיל ה"ש 220, בעמ' 9 ("one may expect that the resultant greater availability of material may affect the court's scrutiny").

<sup>228</sup> עניין קרנית, לעיל ה"ש 88, בפס' 162.

<sup>229</sup> עניין פלונים, לעיל ה"ש 88, בפס' 33 ("על פי התשתית שהוצגה, לא מדובר במקרה בו 'הפעלת שיקול הדעת חרגה מכל אמת מידה סבירה, או הייתה נעדרת כל אחיזה במציאות'").

<sup>230</sup> רע"א 8396/19 פלונים נ' פלונים פס' 3 לפס"ד (נבו 30.11.2021). ("שוכנענו שהנושא של ביטוח אחריות מקצועית עלה על שולחנם של הרשויות שבחנו את הנושא, הפעילו שיקול דעת..."). יצוין כי פסק הדין ניתן לאחר תקופת המחקר האמפירי בענייננו.

<sup>231</sup> ראו לדוגמא: עניין אוניקיה, לעיל ה"ש 119, שם מכתב פנימי שכלל נימוקים מקצועיים וענייניים שעמדו ביסוד החלטת הרשות סייע לה להוכיח את שיקול דעתה, ונפסק כי "לא נמצא כל פגם בהתנהלות משרד הכלכלה הן בפן הפרוצדוראלי והן בפן המהותי" (שם, בפס' 64); עניין סטפליוק, לעיל ה"ש 128, שם הוצג תיעוד בדמות דוחות דיונים בוועדות שונות וניירות עמדה, אשר סייעו לרגולטור להוכיח שנושא פעילות מכוני השיזוף עלה לדיון. בית המשפט נמנע מלהתערב ודחה את התביעה; לתיעוד של פיקוח ואכיפה ראו, למשל: עניין גלקסי, לעיל ה"ש 82, שם הוצג תיעוד של דו"ח הבדיקה ומכתב עצירת השיזוף שכלל את הנימוקים שהובילו להפעלת הסנקציה. תיעוד זה סייע להוכיח הפעלת שיקול דעת בזמן אמת, והוביל לדחיית התביעה; ת"א (מחוזי חי') 1085/06 אדיר כהן נ' שי חן (פורסם בנבו, 05.09.2012). שם דובר על תביעה בגין רשלנות בפיקוח ואכיפה של המשטרה על עסק. תיעוד שהוצג סייע להוכיח הפעלת שיקול דעת ונפסק כי "מהמסמכים אשר הונחו לפני

כן, במקרים שבהם לא הוצג תיעוד, הוטלה אחריות.<sup>232</sup> יחד עם זאת, במקרים מסוימים הוצג תיעוד ובכל זאת הוטלה אחריות. למשל בעניין **מגדלי הדגים**,<sup>233</sup> הרשות הציגה דו"ח פיקוח על בריכת דגים שהעלה כי ב-3 מתוך 19 דגים התגלה שריד של חומר שיש חשש שהוא מסרטן. חרף התיעוד בית המשפט קבע כי מנתונים אלה לא נשקפה סכנה בריאותית מיידית, ותשתית עובדתית זו לא הצדיקה את פעולת האכיפה של הרשות. ממקרה זה ניתן ללמוד כי אין די בהצגת תיעוד, וכי במקרים מסוימים נבחן גם *תוכן התיעוד*. קיימים גם מקרים שבהם לא הוצג תיעוד, ולא הוטלה אחריות,<sup>234</sup> אך הם מועטים. אם כן, נראה כי כאשר מוצגים מסמכים המתעדים את המידע שעל יסודו פעלה הרשות הרגולטורית, ובהנחה שמדובר במידע מספק, הרשות יכולה להבטיח את עצמה במידה רבה של ודאות מפני טענות שיעלו במסגרת תביעות נזיקין כנגד פעולות או מחדלים שלה. מעבר לכך שפסיקה זו מובילה לצמצום אחריות של הרשות, ובכך עולה בקנה אחד עם מפלס האחריות הרצוי, היא גם עשויה לעודד רגולטורים לתעד את ההליך הרגולטורי, ותוכל לתרום לשיפור השימוש במתודות רגולטוריות.<sup>235</sup>

### (ב) הפחתת הנטל הרגולטורי

מאפיין מרכזי נוסף של המתודות המודרניות הוא הדרישה להפחית את הנטל הרגולטורי.<sup>236</sup> דרישה זו מבקשת מהרגולטור להימנע משנאת סיכון מוגזמת, מתוך הבנה שאין מצב של אפס סיכון ו"הכישלון" הוא חלק מהמדיניות הרגולטורית.<sup>237</sup> ואולם, בהתאם לדו"ח מסכם שנכתב

עולה, כי המשטרה נקטה בפעולות הנדרשות והמתבקשות בשים לב לטיבו ולטבעו של המקום ובשים לב לדרך תפעולו"; בעניין **א.ש.ל.י.**, לעיל ה"ש 140, דו"ח ביקורת ותוצאות בדיקות המעבדה, סייעו רגולטור להוכיח את הפיקוח שלו על יבול תפוחי אדמה והיוו נימוק מכריע לטעם הפסק.

<sup>232</sup> למשל בעניין **נטו**, לעיל ה"ש 102, הרשות טענה כי קיים נוהל שלפיו התובעת הייתה צריכה לפעול. אך לא הוצג תיעוד של הנוהל. לאור זאת נפסק כי "מסלול האישור המוקדם לא הוכח כדבעי על ידי הנתבעת (...). הנוהל עצמו לא צורף כראיה" (שם, בפס' 15).

<sup>233</sup> עניין **מגדלי הדגים**, לעיל ה"ש 102.

<sup>234</sup> במקרים אלה טענות הרשות הוכחו באמצעות עדים מטעמה. לדוגמא: עניין **פרץ**, לעיל ה"ש 139, בפס' 35 ("ד"ר לוטן הבהיר מהם השיקולים המקצועיים ששוקל משרד הבריאות בבואו להחליט על מה לפקח בכל הקשור לכירורגיה זעירה").

<sup>235</sup> לעניין ביקורת שיפוטית כאמצעי לשיפור איכות השימוש של הרגולטור במתודת ה-RIA ראו: OECD, "Best Practice Principles", לעיל ה"ש 7, בעמ' 31 ("Thus, the prospect of court action can constitute an important quality assurance mechanism for RIA").

<sup>236</sup> ראו ס' 1 לחוק האסדרה ("טיוב האסדרה הקיימת והפחתת נטל אסדרה עודף"); מודריך הפחתת הנטל הרגולטורי, לעיל ה"ש 182.

<sup>237</sup> ראו מודריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 6-7, 17-18. שם מודגש כי האסטרטגיה המתאימה ביותר לניהול סיכונים היא צמצום הסיכון (risk mitigation), ולא מניעתו לחלוטין (risk avoidance). ראו גם שם, בעמ' 95 ("מכיוון שאין מצב של אפס סיכונים, חשוב להבהיר שהתרחשות הסיכון אינה בהכרח תוצאה של מחדל ממשלתי (...). עצם התרחשות הסיכון אין משמעה שהמדיניות או הרגולציה נכשלו"); לעניין רגולציה מבוססת ראיות ראו זליבנסקי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 42 ("אחד העקרונות החשובים של השיטה מבוססת הראיות הוא עידוד ה"כישלון" והדגשת התוצרים שניסו ללא תוצאות מובהקות מספק"); יש לציין כי המתודה של עקרון הזהירות המונעת אינה מאפיינת שנאת סיכון, אלא ההפך. על-פי עיקרון הזהירות המונעת, אם ההשלכות של פעילות מסוימת יכולות להיות חמורות וכפופות לחוסר וודאות מדעית, יש לנקוט באמצעי זהירות שימנע את אותה

על-ידי ארגון ה-OECD,<sup>238</sup> גישתם של משרדי הממשלה ושל החברה בישראל היא של "שנאת סיכון" מוגזמת, אשר הובילה לעומס רגולטורי, כאשר פרשת רמדיה אוזכרה כגורם לגישה זו.<sup>239</sup> לאור זאת, כחלק מהמאמץ לעודד רגולציה מאוזנת ולא כזו המבוססת על "שנאת סיכון", פורסמה הנחיית פרקליט המדינה<sup>240</sup> אשר תיחמה את גבולות הנסיבות בהן יועמד רגולטור לדין. מטבע הדברים, הפחתת הנטל הרגולטורי דורשת לאזן בין הצרכים של המפוקח (שהם לרוב אינטרסים כלכליים) לבין אינטרסים ציבוריים. איזון זה מתבטא גם בתביעות נזיקין נגד הרשות הרגולטורית. כך, לרוב מפוקחים טוענים כי עורף רגולציה ושנאת סיכון מוגזמת של הרשות גרמו להם נזק. מנגד, פרטים טוענים בדרך כלל שניתן היה לנקוט ברגולציה נוספת. אם כך, מעניין לבחון מהי עמדת בית המשפט ביחס למאפיין זה, האם הוא תומך בנטל רגולטורי ושנאת סיכון מוגזמת או שמא סולד מכך.

מצד אחד, עיון בפסיקה מעלה כי קיימים מקרים שבהם בית המשפט הביעה עמדה הסולדת משנאת סיכון מוגזמת. למשל בעניין **מגדלי הדגים**, התובעת (מפוקחת) טענה לרשלנות של משרד הבריאות, אשר הורה על הפסקת שיווק דגים שגודלו בבריכות עם חומר שקיים חשש שהוא מסרטן. במסגרת פסק הדין צוטטו דבריו של שר הבריאות, אשר התייחס לפרשת רמדיה כגורם לגישה שהובילה לשנאת סיכון.<sup>241</sup> בית המשפט דחה עמדה זו, וציין כי "דרך זו אינה מקובלת עלי". נכתב כי "מה שקרה בפועל כאן הוא, ש'סקופ' תקשורתי גרם לפאניקה במשרד הבריאות".<sup>242</sup> התנהגות זו, המשקפת שנאת סיכון מוגזמת, נמצאה כרשלנית, והוטלה אחריות על הרשות. גישה דומה הסולדת משנאת סיכון הובעה גם על-ידי בית המשפט בעניין **דייגו אפרים**.<sup>243</sup> באותו מקרה התובעים – כירופרקטים שרכשו את השכלתם בחו"ל – טענו לרשלנות מצד משרד הבריאות שסירב להנפיק להם תעודת הכרה במשך 5 שנים, בשל החשש לבריאות הציבור. בית המשפט קיבל את התביעה וציין כי

---

פעילות. כיום מקובל להשתמש בעקרון זה כחלק משיטת ניהול הסיכונים, ולזמן מוגבל בלבד, תוך חובה להמשיך לאסוף מידע על הסיכון הלא וודאי (ראו George Taylor, *Understanding Risk and Regulatory Reform*, 39 POLICY STUDIES 465, 467 (2018)). לאחרונה, בתקופת מגפת הקורונה, אפשר בית המשפט העליון למדינה לבסס מדיניות על יסוד עקרון הזהירות המונעת (ראו: בג"ץ 5469/20 **אחריות לאומית ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל** פס' 3-4 לפס"ד של השופט ח' מלצר (נבו) 04.04.2021).

OECD, *Strengthening Capacities and Institutions for Co-ordinating Regulatory Policy and Measuring Regulatory Burdens* (2017), [http://regulation.gov.il/uploads/reports/7/OECD\\_REPORT.pdf](http://regulation.gov.il/uploads/reports/7/OECD_REPORT.pdf)

שם, בעמ' 3 ("strictly regulate"; שם, בעמ' 11-12 ("In part as a reaction to past public health and safety crises, Israeli consumers are often very risk averse").

"מדיניות התביעה בהחלטה על העמדה לדין בגין עבירות של גרימת מוות וגרימת חבלה ברשלנות" **הנחיות פרקליט המדינה** 2.37 (תשע"ח).

עניין **מגדלי הדגים**, לעיל ה"ש 102, בעמ' 14-15 ("ובלשונו של השר: 'מיד לאחר פרשת רמדיה הגיעה פרשת הדגים. הטיפול בפרשה נראה היסטרי... אני חושב שהיום המערכת כולה מבינה, יצרני המזון כולם, שמדיניות המשרד היא לא מתפשרת. אם הם חרדים לפרנסתם, ובצדק הם חרדים, הם צריכים להיות חרדים גם לבריאות הציבור. תחושת ה'יהיה בסדר' נגמרה. זה היה המסר שרצינו להעביר").

שם, בעמ' 14.

עניין **דייגו אפרים**, לעיל ה"ש 110.

238

239

240

241

242

243



"פשיטא, שנושאת הנתבעת, למעשה, כמו כל רגולטור אחר, באחריות כלפי כל מי שנפגע מהקפדת יתר, המונעת ממנו להתפרנס, שלא כחוק".<sup>244</sup> יתרה מזאת, מעיון בפסיקה ניכר שבתי המשפט הדגישו במקרים רבים את העובדה שאין מצב של אפס סיכון, וכי סיכון הוא תוצאת לוואי של הפעולה הרגולטורית.<sup>245</sup> יחד עם זאת, ניכר כי לסלידה משנאת סיכון קיים גם סף תחתון. למשל, כאשר נטען על-ידי מפקח שניתן היה להסתפק ברגולציה "חובבנית", בית המשפט דחה את הטענה.<sup>246</sup>

מצד שני, ניתן ללמוד מהפסיקה גם על גישה המצדדת בשנאת סיכון רגולטורי. למשל, בעניין פלוני, בית המשפט העליון ביסס טענת רשלנות בפיקוח בנימוק שהיה על הרגולטור (משרד הבריאות) לסגור מרפאה על סמך "פרסומים פומביים".<sup>247</sup> גישה זו עומדת אפוא בניגוד לעמדת בית המשפט המחוזי בעניין מגדלי הדגים, שם נקבעה רשלנות בשל הסתמכות הרשות על "סקופ תקשורתי". על עמדה פסיקתית המצדדת בשנאת סיכון מסוימת ניתן ללמוד גם מעניין גלקסי. שם התובעת (מפוקחת) טענה שפעולת אכיפה (התליית היתר) הייתה בלתי סבירה שכן נעשתה "בזריזות" יתר. בית המשפט הדגיש כי "ענייננו כאן הוא בטענה בדבר נקיטה מהירה יתר-על-המידה של צעדים (מנע) שלטוניים. אוי לי מיצרי ואוי לי מיוצרי", ולכן התביעה נדחתה.<sup>248</sup>

היבט נוסף של הפחתת הנטל הרגולטורי הוא שלאור "עודף" הרגולציה בישראל, רגולטורים מונחים להסתפק בתקינה בינלאומית. למשל בהנחיית פרקליט המדינה הובהר כי אין להעמיד לדין רגולטור שניהל סיכונים על סמך תקן בינלאומי.<sup>249</sup> הדרישה עוגנה גם בחוק האסדרה.<sup>250</sup> מעיון בפסיקה ניכר כי בית המשפט נמנע מלהטיל אחריות על הרשות כאשר זו

244 שם, בפס' 4(א).

245 ראו, לדוגמה: עניין זוגלובק, לעיל ה"ש 130, בפס' 22 ("לא ניתן לדרוש לחייב את המדינה בנויקין כל אימת שאחד ממאות אלפי הסיכונים הקיימים בעולמנו מתממש, שאחרת אין לדבר סוף"); עניין איתנות, לעיל ה"ש 131, בפס' 12(ד) ("צא וראה, כי לצד מפגע האסבסט מושא התביעה שלפנינו, ארצנו הקטנה זרועה מפגעים"); עניין פלוני, לעיל ה"ש 88, בפס' 8 ("נזקים מפעולה שלטונית של רשות הם סיכון הנובע מהחיים בחברה מודרנית מאורגנת, שניתן לראות בהם 'סיכונים רקע של השיטה'"). עמדה דומה הובעה לאחרונה גם בעניין רותם עליון, לעיל ה"ש 26 ("תפקידה של הרשות כרגולטור הוא לצמצם סיכונים (...). הטלת חובת זהירות אין משמעה כי הרשות תהיה אחראית לכל הפסד...") (שם, בפס' 17 לפס"ד של השופט הנדל).

246 ראו, למשל, ת"א (שלום ת"א) 30170-04-17 משרד החקלאות נ' הראל חברה לביטוח בע"מ (נבו 16.07.2018). שם התובעים (מפוקחים) טענו, כי למרות שהבשר לא עמד ברגולציית הקירור הנדרשת, השירות הוטרינרי יכול היה להסתפק בבדיקה של "טעם ריח וצבע של הבשר". בית המשפט דחה עמדה זו וציין כי "קשה להלוט מצב בו בדיקה מעין זו, המוצעת על ידי התובעות, יהא בה להכשיר שיווקו של בשר מצונן בישראל שהליך הובלתו לישראל אינו עומד בדרישות הקירור במשך למעלה מיממה. דומה שאין להרחיב על כך מילים" (שם, בפס' 42). עניין פלוני, לעיל ה"ש 94, בפס' 30 ("לא ברור כלל מה הביא את המשלחת למסקנה נחרצת זו, המנוגדת בעליל לפרסומים הפומביים").

248 עניין גלקסי, לעיל ה"ש 82, בפס' 28.

249 הנחיית פרקליט, לעיל ה"ש 240, בפס' 16 ("כאשר נקבעה מדיניות רגולטורית הכוללת ניהול סיכונים, בהתאם למקובל במדינות מפותחות או ברשויות בין לאומיות מתקדמות (...). לא יראו במדיניות זו כנסילת סיכון בלתי סביר אף אם הסיכון התממש").

250 ס' 4(2) לחוק האסדרה ("האסדרה נקבעת, ככלל, על בסיס כללים ואמות מידה מקצועיים שגובשו בארגונים בין-לאומיים").

הסתמכה על תקינה בינלאומית.<sup>251</sup> יחד עם זאת, ובהתאם לחוק האסדרה, קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות לסטות מהתקינה הבינלאומית, למשל כאשר "מתקיימים תנאים ייחודיים במדינה אשר מצדיקים קביעה של כללים אחרים".<sup>252</sup> כך למשל, בעניין **אויניקה**, נטען שהרגולציה שנקטה הייתה מחמירה יותר מהתקן הבינלאומי. בית המשפט דחה את התביעה בנימוק שקיימים שיקולים המצדיקים להנהיג רגולציה מחמירה יותר בישראל.<sup>253</sup> על אף שפסיקה זו לכאורה מצדדת ב"עודף רגולציה", נראה כי היא נומקה באופן שבו היא עולה בקנה אחד עם הקווים לאימוץ תקינה בינלאומית.

לסיכום, ניכר שקיימת בפסיקה התייחסות למאפיינים של הפחתת הנטל הרגולטורי. יחד עם זאת, בניגוד לתיעוד, הפסיקה בעניין זה אינה אחידה. במקרים מסוימים הרטוריקה השיפוטית מעודדת שנאת סיכון ועודף רגולציה ובמקרים אחרים היא משקפת סלידה מכך. חוסר אחידות עלול להוביל לאי וודאות משפטית, ולעורר בקרב רגולטורים דילמות באיזון אסטרטגיה רגולטורית עליהם לבחור. מעבר לכך שמצב זה עלול להוביל להרחבת אחריות (בניגוד למגמה הרצויה), הוא עלול שלא לתמרץ את הרשות הרגולטורית לפעול על-פי אבן יסוד של המתודות המודרניות, היא השאיפה להפחית את הנטל הרגולטורי. לפיכך, טוב אם הפסיקה הנוכחית תתחשב יותר במאפייני זה. כך, כאשר פרטים יטענו לרשלנות בגין היעדר רגולציה מספקת, רצוי שבית המשפט ימנע מהפעלת ביקורת שיפוטית כאשר הוכח שהרגולטור בחן בפועל גם את האפשרות להוספת דרישות רגולטוריות מחמירות יותר. נראה כי בית המשפט העליון בערעור על עניין **פלונים** הדגיש נקודה זו משקבע כי הוכח שמשרד הבריאות בחן את האפשרות להחמיר את הרגולציה (באמצעות הטלת חובת ביטוח אחריות מקצועית לבתי חולים), ולכן נמנע מהטלת אחריות.<sup>254</sup> מנגד, כאשר מפוקחים יטענו לרגולציה עודפת, רצוי שבית המשפט ימנע מלהטיל אחריות על הרשות הרגולטורית אם זו הוכיחה כי מתקיימות "נסיבות ייחודיות", שנשקלו בזמן אמת, המצדיקות את הסטייה האמורה. לדוגמא, כאשר קיימת נסיבה ייחודית לישראל בהשוואה לרגולציה זרה, או כאשר הרשות בחרה להשתמש במתודה של עקרון הזהירות המונעת (השואפת לאפס סיכון) כדי להתמודד עם אי-הוודאות המאפיינת מצבי חירום (כגון מגפת הקורונה). יצוין, כי לאחרונה, לאור מצב החירום בתקופת הקורונה, אפשר בית המשפט העליון למדינה לנהוג על-פי עקרון

<sup>251</sup> ראו, לדוגמא: עניין **ש.ח.**, לעיל ה"ש 89. שם נתבע משרד הבריאות בגין נזקים שנגרמו לחברה עקב סירוב לרשום תכשיר וטריוני שביקשה לייבא. בפסק הדין הובהר כי "ההססנות הממושכת היה לה על מה להסתמך, ומדינות רבות בעולם, לרבות מדינות האיחוד האירופאי, התלבטו ארוכות בשאלה האם לאשר את השימוש בתכשיר" (שם, בפס' 19). לפיכך, נפסק כי "מדיניות משפטית ראוייה צריכה לעודד משנה זהירות בהליך אישור ורישום תכשירים רפואיים" והתביעה נדחתה (שם); בעניין **אימפורט**, לעיל ה"ש 131, נקבע שפרשנות הרשות הייתה סבירה שכן היא "אומצה בסופו של יום על ידי ועדת בריסל" והתביעה נדחתה (שם, בפס' 45). יש לציין כי החובה להוכיח הסתמכות על תקן בינלאומי הוטלה על הרשות, ראו, למשל, עניין **החברה המרכזית לשקילה**, לעיל ה"ש 85. שם המפקח טען שהסתמך על תקן בינלאומי, ובית המשפט קבע כי "המפקח לא טרח להראותן ולהוכיחן" (שם, בפס' 83).

<sup>252</sup> דברי הסבר לחוק האסדרה, בעמ' 1127.

<sup>253</sup> עניין **אויניקה**, לעיל ה"ש 119, בפס' 28 ("למדינת ישראל אינטרס ברור שמוצרים צבאיים ו/או דו שימושיים לא יגיעו למדינות עוינות").

<sup>254</sup> לעיל ה"ש 230.

הזהירות המונעת.<sup>255</sup>

### (ג) משאבים מוגבלים

מאפיין נוסף של המתודות הרגולטוריות הוא עקרון המשאבים המוגבלים, המתייחס למשאביה המוגבלים של הרשות, כגון זמן ותקציב. המתודות המודרניות נוצרו כדי לייעל את הרגולציה ולשפר את הקצאת משאבים בהתאם לרמות הסיכון.<sup>256</sup> לפיכך, חשוב לבחון כיצד ועד כמה הפסיקה מתחשבת בעקרון זה. ממצא מעניין שעלה מהפסיקה במאגר הוא שבמקרים רבים עקרון המשאבים המוגבלים שימש את בית המשפט כנימוק לאי-התערבות בשיקול הדעת של הרשות. למשל, כבר בעניין סופיוב (משנת 2000), הודגש כי "נושא ההעדפות וחלוקת המשאבים בין האפיקים השונים נתון לשיקול דעתה של הרשות המבצעת בלבד, ואין זה מסמכותו של ביהמ"ש להתערב בנושאים כגון אלה", והתביעה נדחתה.<sup>257</sup> עמדה דומה הובעה בעניין פלוניס (משנת 2019) שנידון לעיל, שם נדחתה תביעה נגד רשות ניירות ערך ובית המשפט העליון הדגיש כי "קביעת מדיניות כללית והקצאת משאבים על ידי הרשות מצויות בליבת שיקול הדעת המקצועי החסין מהתערבותנו".<sup>258</sup> יש לציין כי עמדה זו הוצגה לאחרונה גם בפסק הדין של בית המשפט העליון בערעור על עניין פלוניס (2021), שעסק בחובת ביטוח מקצועית לבתי חולים.<sup>259</sup> עמדה דומה הוצגה גם במקרים רבים נוספים בפסיקה.<sup>260</sup> נזכיר, כי אף בהתאם לעקרונות שהותוו בעניין לוי, כאשר מדובר בשיקול דעת המערב איזון בין שיקולים כלכליים – כדוגמת הקצאת משאבים – יש לראות בכך "שיקול דעת חזק" המצדיק ריסון שיפוטי.<sup>261</sup> אם כן, לא זו בלבד שהפסיקה הנוכחית מתייחסת לעקרון

<sup>255</sup> ראו עניין הבית שלי, לעיל ה"ש 237. אומנם, ההחלטה עוסקת בעתירה חוקתית, אך היא בהחלט עשויה להיות רלוונטית גם לביקורת שיפוטית עתידית במסגרת תביעות נזיקין.

<sup>256</sup> ראו מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 25-26; מדריך RIA, לעיל ה"ש 221, בעמ' 49 ("שיקולים בנוגע למשאבים הנדרשים ולתהליך ההתארגנות צריכים ללוות את תהליך הערכת הרגולציה (...). הדיון על משאבים וההתארגנות מתלווה למעשה לכל אחד ממרכיבי הרגולציה"); מדריך הפחתת הנטל הרגולטורי, לעיל ה"ש 221, בעמ' 5 ("ככל שהרגולציה אינה מאוזנת, היא עשויה להטיל על המשק עלויות שאינן הכרחיות לטובת הגנה על האינטרס הציבורי"); וליבנסקי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 92 ("להביא להתייעלות כלכלית ולחיסכון תקציבי").

<sup>257</sup> ת"א (שלום תל אביב-יפו) 67831/98 אהרון סופיוב נ' ארגון מוניות ת"א 5 (נבו 12.11.2000).

<sup>258</sup> עניין פלוניס, לעיל ה"ש 124, בפס' 7.

<sup>259</sup> עניין פלוניס, לעיל ה"ש 88; עניין פלוניס עליון, לעיל ה"ש 230, בפס' 3 ("עניינו במקרה מובהק של מדיניות, שלגביו חל חריג שיקול הדעת").

<sup>260</sup> למקרים נוספים שבהם התייחסו למשאבים מוגבלים והתביעה נדחתה ראו, לדוגמא: ת"א (מחוזי חי') 965/03 ויטלי מנבסקי נ' טל-רז בע"מ פס' 13 (נבו 27.02.2011). ("יש לשוב ולהזכיר את הידוע, היינו, כי במציאות הכלכלית השוררת במשק הישראלי הרי שמשאבי המדינה בתחומים רבים מוגבלים"); עניין סטפליוק, לעיל ה"ש 128, בפס' 53 ("מסעות ההסברה עולים ממון ולמשרד תקציב מוגבל שיש להוציא תוך הפעלת תערוף בהתאם לתמונה הכללית של צרכים אל מול משאבים (...). ולא על נקלה ימיר בית המשפט את שיקול דעתו בשיקול דעת הרשות"); עניין זוגלובק, לעיל ה"ש 130, בפס' 20 ("אני מקבל את דבריה של ד"ר רובין, בתצהירה, ולפיהם: משאבי ההסברה של משרד הבריאות מוגבלים"); עניין איתנית, לעיל ה"ש 131, בפס' 12 (ד) ("מטבע הדברים, משאבי הקופה הציבורית מוגבלים"); עניין יעקב, לעיל ה"ש 86, בפס' 41 ("הצעות התובע למניעה מוחלטת של פעולות המרמה עולות ממון רב, אשר יש לקבוע להן הוראות מיוחדות בחוק התקציב או בסדרי העדיפויות של הנתבעת 2").

<sup>261</sup> ראו לעיל הדיון בין ה"ש 78 לה"ש 81.

מרכזי של המתודות, אלא שהיא אף מחזקת את הגישה המצדדת בצמצום אחריות (המאפינת את עניין לוי).

לצד זאת, ניתוח הפסיקה במאגר העלה כי קיימים שני חריגים שבהם בית המשפט ביקר את חלוקת המשאבים. הראשון, כאשר הרשות התרשלה באופן חמור בחלוקת משאבים.<sup>262</sup> חריג זה הובהר גם על-ידי בית המשפט העליון בעניין פלונים (שעסק בתביעה נגד רשות ניירות ערך), בקבעו כי ביקורת שיפוטית על חלוקת משאבים רגולטורית תעשה רק אם החלוקה "חורגת באופן ברור ומשמעותי ממתחם האפשרויות".<sup>263</sup> השני, מקרים שבהם טענות בדבר "שיקולי תקציב" נטענו ללא כל בסיס והרשות יכלה לבצע פעולה פשוטה וזניחה לשם מניעת הסיכון.<sup>264</sup>

בנוסף לכך, בהתאם לעקרון המשאבים המוגבלים, השקעת משאבים בסיכון אחד באה על חשבון משאבים של סיכון אחר (zero-sum game).<sup>265</sup> לפיכך, השקעת המשאבים צריכה להיות מותאמת לרמות הסיכון השונות. למשל, מערך הפיקוח לא יופעל באופן שווה ונוקשה, היכן שאין הצדקה לכך.<sup>266</sup> אחת השיטות לפיקוח יעיל היא פיקוח מבוסס תלויות.<sup>267</sup> נראה כי הפסיקה התייחסה גם להיבט זה. למשל, בעניין א.ד. נטען לרשלנות בפיקוח על פעוטון פרטי. בית המשפט התייחס למערך פיקוח באמצעות תלויות באופן הבא "בהיעדר העברת מידע למדינה אודות התנהלות אותו משפחתון בבית פרטי, לא מצאתי כיצד היה על המדינה לדעת אודותיו".<sup>268</sup> התייחסות כזו נמצאה במקרים נוספים.<sup>269</sup>

אם כן, נראה כי משאבים מוגבלים הוא עקרון המוזכר באופן עקבי בפסיקה העוסקת בתביעות בגין רשלנות רגולטורית. הרושם מניתוח של פסקי הדין במאגר הוא שברוב המקרים ההתייחסות לעקרון זה הובילה ליישום זהיר של הלכת לוי ושימשה כנימוק נוסף לאי-

<sup>262</sup> ראו למשל, עניין רוחם, לעיל ה"ש 102. בית המשפט הדגיש כי "יש להביא בחשבון את העובדה שלרשותה של הרשות - כגוף ציבורי - עומדים משאבים מוגבלים. שיקול-הדעת ביחס לאופן ההקצאה של המשאבים הללו נתון לרשות" (שם, בפס' 33). לצד זאת, הודגש כי כדי ליהנות מטענה זו על הרשות "להבהיר ולו ברמת הפשטה כללית" את חלוקת המשאבים והתעדוף שלה (שם, בפס' 58). מקריאת פסק הדין ניכר כי בית המשפט הגדיר את חלוקת המשאבים של הרשות כהתרשלות חמורה, בכותבו "חורגת באופן משמעותי ממתחם האפשרויות שבניהן רשות מינהלית סבירה רשאית לבחור" (שם, בפס' 33).

<sup>263</sup> עניין פלונים, לעיל ה"ש 124, בפס' 7.

<sup>264</sup> ראו, לדוגמא: ת"א (שלום תל אביב-יפו) 11943/08 פלוני נ' אריאל מכרזים רפואיים מקבוצת שורש 7 (נבו 11.07.2011) ("לא נדרשת הקצאת משאבי ביקורת מופלגים [שיקולי מדיניות], שבהם מתגדרת המדינה בסיכומיה, אלא הפניית שאלה למרפאה או לאחד מהיועצים הזמינים למשרד"); ת"א (מחוזי חיפה) 751/93 בלהה שטרן נ' חב' השמירה זר. גלעד בע"מ פס' ל"ז (נבו 21.11.2003) ("הדרישה לקבלת אישורו של רופא המשפחה אין בה כדי להטיל נטל תקציבי על המדינה (...). כך שגם שיקול תקציבי איננו עולה על הפרק"); ת"א (שלום תל אביב-יפו) 72965/98 עזאזיה חוסיין נ' מדינת ישראל 4 (נבו 06.09.2001) ("לא מדובר גם בקושי טכני תקציבי ו/או כלכלי להעביר את הנתונים, שממילא נמצאים במחשב הנתבעת").

<sup>265</sup> ראו מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 8.

<sup>266</sup> שם, בעמ' 115-116.

<sup>267</sup> שם, בעמ' 111-112.

<sup>268</sup> ת"א (שלום חיפה) 9104-06-08 א.ד. נ' מדינת ישראל (נבו 28.07.2010).

<sup>269</sup> ראו, למשל: עניין אימפורט, לעיל ה"ש 131, בפס' 23 ("התובעת אינה יכולה לבוא בטרוניות אל הנתבעת, לאחר שזו ביקשה ממנה פרטים אודות היבואנים שפועלים שלא כדין, אך לא נענתה"); עניין פרץ, לעיל ה"ש 139, בפס' 36 ("כל עוד לא הוגשה למשרד הבריאות תלויה ספציפית באשר לרופא המועסק במכון או במרפאה הטעונה פיקוח, שפעל באופן בלתי מקצועי העלול לגרום נזק למטופלים, אין על משרד הבריאות להתערב").

התערבות בשיקול הדעת הרגולטורי. אומנם ניתן לטעון כי עקרון המשאבים המוגבלים היה קיים עוד לפני הרפורמה. אלא שכאמור, המתודות הרגולטוריות העניקו לרגולטור כלים מקצועיים יותר, ובכלל זה נוסחאות ספציפיות לצורך חלוקת משאבים איכותית יותר. לפיכך, נימוק שיפוטי המדגיש את המומחיות הקיימת בחלוקת משאבים רגולטורית יעלה בקנה אחד עם השינויים האמורים וכפועל יוצא יצדד בגישה המצמצמת אחריות. בנוסף, התייחסות זו אף עשויה לעודד את הרגולטורים להקפיד על חלוקת משאבים נכונה בהתאם לנוסחאות המקצועיות העומדות בבסיס המתודות המודרניות. מנגד, נראה כי כאשר ימצא שהרשות התרשלה באופן חמור או טענה "סתם" לשיקולי תקציב, מבלי שהדבר נשקל בזמן אמת, לא יהיה מקום להשתמש בעקרון המשאבים המוגבלים כנימוק המצדד באי-התערבות שיפוטית. נראה כי כללים אלו הודגשו לאחרונה ביתר שאת על-ידי בית המשפט העליון בערעור על פס"ד בעניין רותם (משנת 2022). נזכיר כי בית המשפט המחוזי הטיל אחריות על הרשות לניירות ערך בכך שהתרשלה בפיקוח ובאכיפה על חברת השקעות שגרמה למשקיעים נזקים כלכליים.<sup>270</sup> בית המשפט העליון הפך את התוצאה. מקריאת דעת הרוב ניתן להסיק, כי הכלל הוא שלרשות המאסדרת "תעמוד הגנה בדמות טענת עומס ומשאבים מוגבלים",<sup>271</sup> וזאת בכפוף לשני חריגים. הראשון, הוא "מקום בו התנערה הרשות באופן בוטה מסמכויות הפיקוח שלה או מקום בו נמנעה מלהפעיל את סמכויות האכיפה המוקנות לה בצורה הולמת".<sup>272</sup> השני, מקום בו הטענה למחסור במשאבים נטענה "בעלמא ללא כל פירוט ולו מינימלי",<sup>273</sup> אך לעניין זה הובהר כי אין לבחון את "פעילותה של הרשות במסרקות של ברזל" בבחינת "קוצו של יוד".<sup>274</sup>

#### (ד) ביסוס תשתית עובדתית מקצועית

מאפיין מרכזי נוסף של המתודות הוא ביסוס תשתית עובדתית מקצועית לצורך קביעת רגולציה (על כל שלביה). ניתן לחלץ מספר עקרונות ממאפיין זה. ראשית, הרשות נדרשת לאסוף נתונים לצורך גיבוש רגולציה.<sup>275</sup> שנית, רף המידע המומלץ הוא זה שנקבע על-ידי ארגון ה-OECD שלפיו יש לקבוע מדיניות על-פי המידע הטוב ביותר הזמין למקבל ההחלטות.<sup>276</sup> במסגרת זאת הרשות נדרשת לבדוק את אמינות הנתונים. המתודות ממליצות

<sup>270</sup> עניין רותם, לעיל ה"ש 102.

<sup>271</sup> עניין רותם עליון, לעיל ה"ש 26, בפס' 21 לפס"ד של השופט מינץ.

<sup>272</sup> שם.

<sup>273</sup> שם, בפס' 26.

<sup>274</sup> שם, בפס' 25.

<sup>275</sup> ראו ס' 3) לחוק האסדרה ("תהליך גיבוש האסדרה וקביעתה מתבססים במידה מספקת על נתונים הנוגעים לעניין"); ראו מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 22 ("איסוף וניתוח נתונים הם תנאי הכרחי לגיבוש רגולציה ומדיניות ציבורית"). שם, בעמ' 49 ("ניהול סיכונים מבוסס על מידע"). שם, בעמ' 121 ("גם מערך הפיקוח והאכיפה מצריך איסוף נתונים"); ראו מדריך RIA, לעיל ה"ש 221, בעמ' 45 ("שם המשחק הרגולטורי הוא מידע, כדי שיהיו לרגולטור נתונים עדכניים שיאפשרו לו לעדכן את הרגולציה, להפעיל את מערך הפיקוח והאכיפה"); ראו זליבנסקי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 41-42 ("אימוץ פרקטיקה מבוססת ראיות ושימוש בכלים מדעיים לגיבוש מדיניות ממשלה הם ביטוי של מודרניזציה של עבודת הרגולטור").

<sup>276</sup> מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 27 ("on the basis of best available information").

על נתונים מקצועיים, סטטיסטיים, כמותיים ופחות על הנחות והשערות.<sup>277</sup> שלישית, הרשות נדרשת לסנן נתונים שאינם רלוונטיים.<sup>278</sup> רביעית, היקף המשאבים המוקדשים לאיסוף המידע צריך להלום את הסוגיה הרגולטורית שעל הפרק.<sup>279</sup> חמישית, לעולם לא ניתן לאסוף את כל המידע, ואי ודאות היא נקודת מוצא.<sup>280</sup> אם כן, מעניין לבחון האם הפסיקה בעניין רשלנות רגולטורית התייחסה לעקרונות אלה, בפרט לאור העובדה שבעניין לוי נקבע שאיסוף מידע רשלני אינו חסין מביקורת השיפוטית.

ניתוח הפסיקה במאגר העלה, כי פסק הדין המרכזי שממנו ניתן ללמוד על ביקורת שיפוטית על תשתית עובדתית הוא זה שניתן בעניין ש.ח.<sup>281</sup> באותו מקרה חברה לשיווק מזון תבעה את משרד הבריאות בגין נזקים שנגרמו לה בעקבות סירובו לרשום תכשיר וטרינרי. במסגרת פסק הדין בחן בית המשפט את התשתית העובדתית שעל יסודה התקבלה ההחלטה, באמצעות המבחן הבא: "תשתית עובדתית צריכה לעמוד בארבעה מבחנים: איסוף נתונים; התחשבות בנתונים רלוונטיים בלבד ודחיית נתונים לא שייכים; בחינת אמינות הנתונים; וראיות מהותיות". מעיון בפסק הדין עולה כי מדובר במבחן מנהלי, שנקבע על-ידי בית המשפט העליון בבג"ץ יורונט.<sup>282</sup> כלומר, בית המשפט בעניין ש.ח. ביקש ליישם מבחן מנהלי במסגרת תביעה נזיקית. יש לציין כי פסיקת בית המשפט העליון הכירה ביישום מבחנים מנהליים במסגרת תביעות רשלנות נגד רשויות ציבוריות.<sup>283</sup> ניתוח ארבעת המבחנים הללו מעלה כי הם מתייחסים כמעט לכל העקרונות הנדרשים. כך, גם על-פי המתודות, הרגולטור נדרש לאסוף נתונים (עקרון הראשון), לסנן נתונים לא רלוונטיים (עקרון שלישי) ולבחון את

<sup>277</sup> שם, בעמ' 49 ("בכל מקור מידע חשוב לבחון כיצד ומהיכן הוא נאסף ולבדוק האם מדובר במידע אמפירי או האם מדובר במידע שמבוסס על הנחות והערכות"); שם, בעמ' 50 ("על מנת לקבל החלטה מושכלת, יש להעדיף התבססות על נתונים (evidence based decision)").

<sup>278</sup> למשל בניהול סיכונים לפני שלב "אפיון הסיכונים" הרגולטור נדרש "לסנן סיכונים שאינם רלוונטיים וסיכונים תיאורטיים" (שם, בעמ' 45); "סינון הסיכונים תלוי בשיקול הדעת ובנסיבות איתן מתמודד מקבל ההחלטות" (שם, בעמ' 51).

<sup>279</sup> שם, בעמ' 27 ("היקף המשאבים שמוקדשים לאיסוף מידע צריך להלום את הסוגיה ואת החלטה שעל הפרק"); מדריך RIA, לעיל ה"ש 221, בעמ' 16 ("בתהליך רחב של הערכת השפעת רגולציה יושקעו משאבים רבים באיסוף מידע").

<sup>280</sup> מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 8 ("אי ודאות היא מצב מוצא שאיתו צריך להתמודד, לא נתון שעל בסיסו אפשר לגבש מסקנה"). שם, בעמ' 27 ו-49 ("איסוף ועיבוד מידע הוא תהליך שדורש זמן, ולעולם לא יהיה בדינו כל המידע").

<sup>281</sup> עניין ש.ח., לעיל ה"ש 89, בפס' 18.

<sup>282</sup> בג"ץ 987/94 יורונט קרוי זהב (1992) בעמ' נ' שרת התקשורת, הגב' שולמית אלוני, מח(5) 412 (1994). על הלכה זו חזר בית המשפט לאחרונה: בג"ץ 5309/18 התאחדות המלונות בישראל נ' משרד הפנים פס' 73 (נבו 06.01.2021) ("קיומה של תשתית עובדתית הולמת הינו תנאי בסיסי מוקדם לקבלתה של כל החלטה מנהלית").

<sup>283</sup> למשל השופט לוי בעניין שחיל, לעיל ה"ש 23, הציע לבחון את ההתרשלות באמצעות מבחן המידתיות (שם, בפס' 26-28 לפסק דינו של השופט א' לוי); דוגמא נוספת היא השופטת ארבל בע"א 1617/04 כים ניר שירותי תעופה בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ (נבו 29.06.2008). באותה פרשה נקבע במישור המנהלי כי פעולת הרשות (הבורסה) "לא התבססה על תשתית עובדתית כנדרש" ובית המשפט, במסגרת התביעה הנזיקית, פסק כי "במסגרת בחינת ההתרשלות יש לתת משקל משמעותי לתהליך גיבושה של ההחלטה"; כמו כן, לאחרונה הוצע על-ידי השופט עמית בפרשת גליק, לעיל ה"ש 26, "תרשים זרימה" הכולל מבחנים מהמשפט המנהלי במסגרת בחינת יסודות עולת הרשלנות. מנגד, ראו עניין חוות צברי, לעיל ה"ש 58, בפס' 41(ג) לפסק דינו של השופט מלצר, המציין כי קשה למצוא הסכמה גורפת ביחס למבחנים שהוצעו בשתיל.

אמינות הנתונים (עקרון שני). כמו כן, על-פי המתודות קיימים מספר מקורות מידע שאליהם מומלץ לפנות לשם איסוף המידע. בכלל זה פנייה למקורות בינלאומיים, איסוף מידע באמצעות ניסוי-שדה/ תקופת ניסיון (pilot), ופניה להערכות של מומחים.<sup>284</sup> עיון בעניין ש.ח. מעלה כי בית המשפט הכיר בכל הכלים הללו כאמצעים סבירים לאיסוף מידע, ודחה את התביעה.<sup>285</sup> קיימים מקרים נוספים שבהם כלים אלה הוכרו כאמצעים סבירים.<sup>286</sup> בכל הנוגע למבחן הרביעי בדבר "ראיות מהותיות", פסיקת בית המשפט העליון אימצה את המבחן הנוהג בארה"ב המכונה "Substantial evidence rule". על-פי מבחן זה הרשות נדרשת להוכיח שהתשתית העובדתית הייתה מוצקה במידה מספקת, דהיינו ש"המשקל של הנתונים שלפני הרשות יהיה כבד יותר ככל שהחלטה המנהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר".<sup>287</sup> נראה כי גם מבחן זה מתאים לעקרון הרביעי, שלפיו יש להתאים את איסוף המידע לחומרת הסוגיה הרגולטורית שעל הפרק. יחד עם זאת, במבחן הפסיקתי חסרה התייחסות לשתי נקודות. האחת, היא ההמלצה לאיסוף נתונים מקצועיים. על-פי בג"ץ יורונט, הרשות רשאית להסתמך גם על שמועות וראיות בלתי קבילות.<sup>288</sup> דרישה זו אינה עולה בקנה אחד עם המלצת המתודות לראיות מקצועיות (עקרון שני). נראה כי דווקא הדרישה שהוצגה בבג"ץ מוסטקי, לראיות "ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות" מתאימה יותר לדרישת המתודות,<sup>289</sup> וניתן לייבאה גם לעניין המבחן הנוזקי שהוצג בעניין ש.ח. השנייה, המבחן הפסיקתי אינו מתחשב בעקרון אי-הוודאות (עקרון חמישי). חוסר וודאות יכול להיגרם למשל גם במקרים שבהם המידע מצוי אצל המפוקחים, וחוסר שיתוף פעולה מצדם עלול להוביל למחסור במידע בקרב הרגולטור. נראה כי התחשבות בעקרון אי-הוודאות תוכל להקל על הרשות הרגולטורית בכל הנוגע להיקף התשתית העובדתית הנדרשת במקרים כאלה. למשל, בעניין דלק בית המשפט פטר את הרשות מחובת זהירות, בין היתר, מהנימוק שתחנות הדלק "לא הראו נכונות לספק פרטים" לרגולטור.<sup>290</sup> אם כן, ניכר שהמבחן הפסיקתי שצוין בעניין ש.ח., בכפוף לשתי הנקודות שצוינו לעיל,

<sup>284</sup> מדין ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 50 ("כאשר אין בנמצא נתונים המתייחסים למדינת ישראל או כאשר מבקשים להעשיר את היצע המידע, ניתן לפנות לנתונים זרים"); שם, בעמ' 27 ("אם למקבל ההחלטות חסר מידע, ניתן להגביל את ההחלטה, כך שהיא תחול רק לתקופה מוגבלת או על היקף מצומצם של פעילויות (ובכך לבצע מעין תקופת ניסוי – pilot)"); שם, בעמ' 51 ("בהיעדר נתונים קשיחים ניתן לפנות להערכות של מומחים").

<sup>285</sup> עניין ש.ח., לעיל ה"ש 89, בפס' 21 ("משרד הבריאות והמשנה למנהל לא חסכו במשאבים על-מנת לאסוף את מלוא הנתונים הרלוונטיים לקבלת החלטה בדבר אישור התכשיר. הם אספו נתונים מדעיים ומחקריים שהצטברו בעולם, ערכו מחקר משווה בדבר מצב אישור התכשיר במדינות שונות בעולם, הקימו ועדות מומחים ואישור עריכת ניסוי-שדה ברפתות בישראל" (ההדגשות אינן במקור)).

<sup>286</sup> עניין נטו, לעיל ה"ש 102. הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו ערכה "מחקר משווה בנושא הרגולציה". על-אף שהתביעה התקבלה, בית המשפט פסק כי בנקודה זו לא הייתה התרשלות וציין כי "תהליך איסוף החומר העיוני ששימש יסוד להחלטות הנתבעת היה רציני ומעמיק" (שם, בפס' 21).

<sup>287</sup> בג"ץ יורונט, לעיל ה"ש 282, בפס' 10(ד).

<sup>288</sup> שם, בפס' 10(ג).

<sup>289</sup> בג"ץ 3379/03 אביבה מוסטקי ו-372 אח' נ' פרקליטות המדינה, נח(3) 865, 900 (2004). ("הן צריכות להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות כדי שיוכלו להוות תשתית להחלטה. כגודל הזכות העלולה להיפגע כן גודלה ועוצמתה של הראיה הנדרשת").

<sup>290</sup> ת"א (מחוזי ירושלים) 1529/96 דחף דלק ו-67 אח' נ' מדינת ישראל - מינהל הדלק פס' 31 (נבו 24.10.2002).

יכול לסייע לבית המשפט לבחון האם בפני הרשות עמד "המידע הטוב ביותר הזמין למקבל ההחלטות"<sup>291</sup>, כנדרש על-פי המתודות. עם זאת, ככל שאיסוף המידע התבסס על מידע ספקולטיבי או שהרשות התעלמה מראיות משיקולים זרים, נראה שיש מקום לביקורת שיפוטית. למשל בעניין ש.ח. הודגש שראיות הרשות לא נסמכו "על שיקולים זרים ועל נתונים שאינם קשורים לעניין"<sup>292</sup>. יצוין, כי קריטריונים דומים הוצעו גם בספרות הזרה ביחס לביחנת התשתית העובדתית של רשויות בארה"ב שעשו שימוש בשיטת ה-RIA.<sup>293</sup> לסיים, למאפיין של תשתית עובדתית מקצועית יש קשר ישיר למאפיין של תיעוד. מצד אחד, מהפסיקה עולה כי אם הרשות לא הציגה תיעוד היא תתקשה להוכיח שהחלטתה התקבלה על יסוד תשתית עובדתית מקצועית.<sup>294</sup> מצד שני, גם כאשר הוצג תיעוד, בית המשפט עשוי לבחון את תוכן התיעוד. כאמור, בעתיד צפויים להיות מוצגים דו"חות מקצועיים יותר, כגון דו"חות הערכת סיכונים. למשל, בעניין בירה בוקסר, הרגולטור הציג דו"ח הערכת סיכונים, ובית המשפט ייחס למסמך זה משקל משמעותי במסגרת הנימוקים לדחיית התביעה הנזיקית נגד הרשות הרגולטורית.<sup>295</sup> עם זאת, יש להיזהר ממתן משקל מוחלט למסמכים מקצועיים כאלה. הדבר עלול להוביל להתנהלות רגולטורית הנעשית "על הנייר" בלבד,<sup>296</sup> ולהוביל למפלס אחריות נמוך מאוד, הגובל כמעט בחסינות ריבונית בכל עת שיוצג תיעוד רגולטורי. לפיכך, יש להקפיד גם על ביחנת התשתית העובדתית המקצועית המפורטת במסמכים אלה, בהתאם למבחנים שפורטו לעיל.

<sup>291</sup> ראו במדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8.

<sup>292</sup> עניין ש.ח., לעיל ה"ש 89, בפס' 19.

<sup>293</sup> ראו Reeve Bull and Jerry Ellig, *Judicial Review of Regulatory Impact Analysis: Why Not the Best?*, MERCATUS WORKING PAPER (2017), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3191363](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3191363). המאמר מנתח אמפירית עד כמה התייחסו בתי המשפט מנהליים בארה"ב לעקרונות ה-RIA, ומה הייתה סוג הביקורת. שם, בעמ' 83 ("the court would examine the evidence on the record and determine whether the agency used the best available information"; ביחס לפסילת ראיות ספקולטיביות ראו שם, בעמ' 98 Engaging in speculation. Summary assertions unsubstantiated by any evidence in the "record are insufficient to support an agency's conclusions").

<sup>294</sup> ראו למשל, עניין החברה המרכזית לשקילה, לעיל ה"ש 85. דובר על תביעה של מפוקחת נגד משרד הכלכלה (בעבר משרד התמ"ת) בגין הוראה ביחס למשקלות ששיווקה. נפסק כי "בהימנעות המפקח מלפרוש ולהציג את מלוא התמונה שעמדה בפניו (לרבות התכתבות מקצועיות בנושא) יש משום ראייה לחובתו" (שם, בפס' 70); ובהמשך "ההליכים שקדמו לקבלת ההחלטה היו רשלניים, שהרי המידע שקדם לקבלת ההחלטה לא הוצג" (שם, בעמ' 83).

<sup>295</sup> ת"א (מחוזי י-ם) 7191/05 בירה בוקסר ישראל בע"מ נ' משרד התעשייה המסחר והתעסוקה (נבו) 14.01.2009. תביעת נזיקין נגד המדינה בגין טיפול רשלני בבקשת המפוקחת לייבא בירה המכילה שמן קנביס. נכתב כי "הוציא משרד הבריאות דוח הערכת סיכונים" (הדגשות אינן במקור) (שם, בפס' 20), המוכיח "עריכת כל הבדיקות הנדרשות ועמידה בדיוקנות על קיומן" (שם, בפס' 28).

<sup>296</sup> על החשיבות שהביקורת השיפוטית תפקד גם על כך שהרגולטור לא משתמש בהערכת השפעות רגולציה באופן "קוסמטי" ראו Alemanno, לעיל ה"ש 220, בעמ' 3 ("judicial oversight (...) may also address the risk that IA will be performed 'cosmetically' by policy makers").



### ג. מבט לעתיד

מן האמור עולה, כי היקף האחריות של רשויות רגולטוריות בישראל אינו גבוה כפי שנטען בספרות ובפסיקה. היפוכו של דבר, הרושם העולה מהמחקר הוא שהפסיקה נוטה לכיוון גישה המצמצמת אחריות. ראינו כי גישה זו היא רצויה לאור התמורות המאפיינות את הרפורמה הרגולטורית, אך יש להיזהר מצמצום יתר הגובל בחסינות ריבונית. כמו כן, נמצא כי קיימת התייחסות למאפיינים מרכזיים של המתודות הרגולטוריות, אך התייחסות זו אינה שלמה, ונחוץ לדייק את הביקורת השיפוטית. השאלה המתבקשת עתה היא כיצד הפסיקה הישראלית העוסקת ברשלנות רגולטורית אמורה להמשיך להתפתח על מנת ליתן מענה לתמורות והאתגרים שהרפורמה הרגולטורית מציבה.<sup>297</sup> במילים אחרות, מהן הדרכים שבהן יכולה לפסוע הפסיקה בעניין רשלנות רגולטורית? האם יש לבצע בחינה מחודשת של הביקורת השיפוטית על פעולות רגולטוריות במסגרת תביעות נזיקין? על כך ננסה להשיב בפרק זה. יודגש כי הסקירה שתוצג להלן תנסה לעורר תהיות ראשוניות בלבד, ומטבע הדברים לא תכלול את כל הדרכים האפשריות.

#### 1. "סבירות הליכית": התמקדות במאפייני המתודות הרגולטוריות

דרך אפשרית אחת שבה הפסיקה יכולה לפסוע היא לבחון את יסוד ההתרשלות בעולת הרשלנות על-פי הקריטריונים והעקרונות של המתודות. כלומר, אם ימצא שהרשות הפעילה שיקול דעת סדור בהתאם לדרישת המתודות, לא יהיה מקום לביקורת שיפוטית נזיקית, אלא במקרים חריגים שבהם שיקול הדעת חרג מכל אמת מידה סבירה. המצדדים בדרך זו יטענו כי הואיל והמדיניות שנבחרה על-ידי המדינה היא כזו המבוססת על מתודות מודרניות, ראוי גם שבית המשפט יבקר את הרשות הרגולטורית בהתאם לאמות מידה אלה.<sup>298</sup> מטבע הדברים, ביקורת שיפוטית נזיקית המתמקדת במאפייני המתודות תשקף יותר "סבירות הליכית" מאשר "סבירות מהותית". על הבחנה זו עמד דותן במאמרו, בקשר למשפט המנהלי, והוסבר כי סבירות הליכית בוחנת את ההליך שבו התקבלה ההחלטה המנהלית, ולא את תוכן ההחלטה (סבירות מהותית).<sup>299</sup> סבירות הליכית, כך נטען, מתמקדת בכך שהליך קבלת ההחלטות המנהלי יהיה רציונלי, מובנה ושיטתי יותר, ומובילה את בית המשפט לפעול באופן צנוע יותר ואקטיביסטי פחות.<sup>300</sup> אם כך, נראה כי ביקורת שיפוטית כזו תעלה בקנה אחד עם המגמה לצמצום היקף האחריות של רשויות רגולטוריות. יתרה מזאת, אם בית המשפט יתמקד באמות המידה של המתודות, הוא יוכל גם להתמקד בשאלה האם הרשות עמדה בסטנדרט מסוים,

<sup>297</sup> ראו למשל הוכמן, חספר ולרגמן, לעיל ה"ש 51, שם נטען כי "עולה מהפסיקה כי התפקיד המרכזי שבית המשפט לוקח על עצמו ביחס לרגולטור הוא תפקיד של פיקוח" (שם, בעמ' 81). השאלה היא איזה סוג של פיקוח? האם פיקוח מרוסן או שמא אקטיביסטי?

<sup>298</sup> לטענה דומה ביחס לביקורת שיפוטית על ניתוח עלות-תועלת (benefit-cost analysis), ראו: Bridget C. Dooling, *An OIRA Rule on Rules*, REGULATORY STUDIES CENTER 1, 3 (2019) ("when courts probe an agency's benefit-cost analysis they should be able to draw upon the toolkit that the executive branch has assembled").

<sup>299</sup> יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר – מאמרים חלק א' 417 (מיכל לוצקי, רון ורד וכפיר מזרחי עורכים, 2003).

<sup>300</sup> שם בעמ' 427, 456-459.

ולא האם הרשות הציבה סטנדרט ראוי, שאלה המעוררת את הקשיים הידועים בדבר הפרדת רשויות, אי-שפיטות מוסדית ונורמטיבית ועוד,<sup>301</sup> שכאמור, "התחזקו" עוד יותר לאור התמורות הרגולטוריות.

ניתן לחשוב על מספר טיעוני נגד לדרך זו. ראשית, ניתן לטעון שגם לבית המשפט תפקיד רגולטורי. למשל, נטען כי לשופט האזרחי בתביעות נזיקין יש תפקיד של "מווסת סיכונים" (judge-made risk regulation),<sup>302</sup> ובתוך כך הוא פועל כ"מעין רגולטור" ("semi-regulator").<sup>303</sup> אם כך, ובניגוד לנטען לעיל, אין כל קושי שבית המשפט יבחן במסגרת תביעות נזיקין גם את השאלה האם הרשות הציבה סטנדרט ראוי. מספר טיעונים עשויים לתמוך בעמדה זו. הראשון הוא שדיני הנזיקין הם כלי המסייע להתמודד עם הקשיים הקיימים בניהול הסיכונים של המדינה, כגון אי-ודאות מדעית, שבי-רגולטורי ועוד.<sup>304</sup> בנוסף, יש להסתכל על בית המשפט כחלק מתפיסת החיים הציבוריים (public life conception), המייחסת לו גם תפקיד של קביעת נורמות ואכיפתן.<sup>305</sup> דוגמא מפסיקה זרה המבטאת את תפקידו של בית המשפט כמסוות סיכונים באמצעות דיני הנזיקין היא הפסיקה בפרשת Urgenda ההולנדית.<sup>306</sup> במקרה זה בית המשפט המחוזי בהאג חייב את מדינת הולנד לצמצם את פליטת גזי החממה במדינה ב-25% עד לשנת 2020, בעוד שהיעד שקבעה המדינה היה 17%.<sup>307</sup> בית המשפט ביסס את החלטתו על מושג חובת הזהירות ודוקטרינת הרשלנות המסוכנת והעניק לתובעים צו מניעה כנגד המדינה. ערעור על החלטה זו נדחה.<sup>308</sup> אומנם אין הדין ההולנדי דומה לדין הישראלי, אך פרשה זו מדגימה כיצד שופט אזרחי יכול להיות שותף לניהול סיכונים ציבוריים. שנית, ניתן להוסיף ולטעון כי על-פי מחקרים התנהגותיים, שופטים נמצאו פחות חשופים להטיות קוגניטיביות מהדיוטות בכל הנוגע לקבלת החלטות בענייני

<sup>301</sup> עניין לוי, לעיל ה"ש 19, בפס' 22.

<sup>302</sup> ראו: Elbert R De Jong, Michael G Faure, Ivo Giesen and Peter Mascini, *Judge-made Risk Regulation and Tort Law: An Introduction*, 9 EUR. J. RISK REG. 6 (2018)

<sup>303</sup> שם, בעמ' 6 ("In other words, the concept of judge-made risk regulation indicates that a "civil judge in a certain way also operates as a "semi-regulator""). ראו גם De Jong, להלן ה"ש 304, בעמ' 15.

<sup>304</sup> Elbert R De Jong, *Tort Law and Judicial Risk Reasoning in Light of Tort Law's Regulatory Effects*, 9 EUR. J. RISK REG. 14, 16 (2018) ראו גם: De Jong & Faure, לעיל ה"ש 302, בעמ' 9. ראו גם: Elbert R De Jong, *Tort Law and Judicial Risk Reasoning in Light of Tort Law's Regulatory Effects*, 9 EUR. J. RISK REG. 14, 16 (2018)

<sup>305</sup> ראו Marc A Loth, *The Civil Court as Risk Regulator: The Issue of its Legitimacy*, 9 EUR. J. RISK REG. 66, 74-75 (2018)

<sup>306</sup> Rb. Den Haag 24 juni 2015, AB 2015, 336 m. nt. Ch.W. Backes (Urgenda/Het ministerie van Infrastructuur en Milieu)

<sup>307</sup> שם, בפס' 5.1. ראו גם את נימוק בית המשפט המבוסס על מושג ניהול הסיכונים, שם, בפס' 4.22 ("the court concludes that in view of risk management and from scientific considerations, there is a strong preference for the 450 scenario, as the risks are much higher with a 500 scenario." (ההדגשה אינה במקור)).

<sup>308</sup> Hof Den Haag 9 oktober 2018, AB 2018, 417 m. nt. G.A. van der Veen en Ch.W. Backes (Urgenda/Het ministerie van Infrastructuur en Milieu)

סיכון.<sup>309</sup> אם כך, יתכן כי הטענה שבית המשפט אינו כשיר לבחון את התנהלות הרגולטור, העוסקת ברובה בניהול סיכונים, אינה עולה בקנה אחד עם מחקרים אלה. **שלישית**, המשמעות של בחינת התנהלות הרשות הרגולטורית על-פי סבירות הליכית המתמקדת במאפייני המתודות משמעותה שפיטה המבוססת על אמות מידה ספציפיות. במילים אחרות, על מדידה. אם כך, כבר נטען, כי אומנם מדידות מאפשרות להתגבר על חוסר הסכמה ביחס לפירוש סטנדרטים, אך המדידה "הופכת דברים מורכבים לפשוטים, פשוטים הרבה יותר מדי".<sup>310</sup> במקום זאת, ניתן להסתפק באמות המידה הגמישות של בית המשפט, המעניקות לו יתרון על פני הרשות הרגולטורית.<sup>311</sup> **רביעית**, ניתן לטעון כי פסיקת בית המשפט בתביעות נזיקין מאפשרת לו "להשלים" את פסיקתו בהליכים מנהליים,<sup>312</sup> ולכן אין מקום להיצמד לביקורת שיפוטית מנהלית, המאופיינת בריסון והתמקדות בסבירות הליכית.

אכן, אין להתעלם מטיעונים אלה, אך ניתן להשיב עליהם במספר מישורים. **ראשית**, טענה כי בית המשפט יכול לנהל סיכונים משמעותה הרחבת האחריות הנזיקית המתבטאת בכך שהשופט היושב בדין יחליף בדיעבד את שיקול הדעת של הרשות הרגולטורית. גישה זו עומדת בניגוד למגמת הפסיקה לצמצום אחריות, שנמצאה כאמור כמגמה הרצויה. הדברים שנכתבו בעניין **קרנית**, מבטאים חשש זה, כדלקמן: "קביעה אחת תביא לכך שקביעת המדיניות תעשה בהתאם לשיקול הדעת של השופט היושב לדין ולא של הגורם שקיבל לכך את המנדט מהבוחר".<sup>313</sup> **שנית**, יש הטוענים כי אין לראות בפסיקת בית המשפט "רגולציה".<sup>314</sup> נטען כי דווקא כישלונם של בתי המשפט להתמודד עם הסכנות הקיימות במהפכה התעשייתית הובילו לעלייתה של המדינה הרגולטורית ובכלל זה לשימוש במתודות רגולטוריות שונות.<sup>315</sup> כמו כן, נטען כי המסגרת הדו-צדדית של דיני הנזיקין מגבילה את אפשרויות בתי המשפט לעסוק בוויסות סיכונים.<sup>316</sup> יתרה מזאת, ניהול סיכונים שיפוטי עלול

309 Reid Hastie & W. Kip Viscusi, *What Juries Can't Do Well: The Jury's Performance as a Risk Manager*, 40 ARIZ. L. REV. 901 (1998)

310 צבי טריגר ומנחם מאוטנר "דיאלוג על החינוך המשפטי" **המשפט** יט 79, 118 (2014).

311 ראו Maria Lee, *The Sources and Challenges of Norm Generation in Tort Law*, 9 EUR. J. RISK REG. 34, 46 (2018) ("The malleability of open-ended, rhetorically fact-based, standards like the reasonable person can be a significant advantage").

312 אהוד גוטל, ליאט דאשט ויובל פרוקצ'יה "מתואמים או משלימים? דיני הנזיקין והפסיקה בבג"ץ" **משפטים** כרך נ (צפוי להתפרסם ב-2021).

313 עניין **קרנית**, לעיל ה"ש 88, בפס' 163.

314 דין, לעיל ה"ש 46, בעמ' 10 ("טענות נפוצה היא לכנות את ההלכות היוצאות מתחת ידי בתי המשפט – 'רגולציה'").

315 De Jong, לעיל ה"ש 304, בעמ' 18 ("some authors see in the failure of courts to deal with the hazard of the industrial revolution, an explanation for the rise of the regulatory state").  
להרחבה ראו Edward L. Glaeser & Andrei Shleifer, *The Rise of the Regulatory State*, 41(2) JOURNAL OF ECONOMIC LITERATURE 401 (2003). שם מוצג כיצד ארצות הברית החליפה את ההתדיינות המשפטית באמצעות רגולציה.

316 De Jong, לעיל ה"ש 304, בעמ' 33 ("the bipolar procedural framework of tort law potentially limits the courts' possibilities to assess regulatory concerns and hence to engage in risk regulation").

לייצר תוצאות לוואי, כגון רגולציה עודפת, רגולציה בחסר ולהצפת תביעות.<sup>317</sup> כאמור, ראינו כי התייחסות הפסיקה לנושא של שנאת סיכון ונטל רגולטורי אינה אחידה, וכי חל גידול במספר תיקי הנזיקין בפרקליטות. ממצאים אלה תומכים אפוא בחששות האמורים. טענה נוספת בהקשר לכך, היא שבתי המשפט אינם עומדים בקצב השינויים הטכנולוגיים המצריכים רגולציה.<sup>318</sup>

**שלישית**, אף אם נמצא ששופטים מסוגלים להתמודד עם הטיות בקשר לסיכונים, אין הדבר אומר שהם עושים זאת טוב יותר מהרשות הרגולטורית. הדברים אמורים ביתר שאת כאשר הבחינה נעשית בדיעבד (ex-post) במסגרת תביעה נזיקית, שבמסגרתה בתי המשפט חשופים להטיה של "חוכמה לאחר מעשה" (Hindsight Bias). מחקר אקדמי רב עסק בסוגיה זו, ומצא כי החשש להתרחשות ההטיה קיים בעיקר בתביעות נזיקין, ולמרות שבתי המשפט נוטים לאזכר אותה, הם מתקשים מאוד להתמודד עם השפעתה.<sup>319</sup> לא זו אף זו, מחקרים מצאו כי לאנשים נטייה לראות את עצמם חשופים פחות להטיות קוגניטיביות מאנשים אחרים. הטיה זו כונתה "הטיית הכתם העיוור" (Blind Spot Bias).<sup>320</sup> נמצא כי אנשים עם "תחכום קוגניטיבי" חשופים יותר להטיית הכתם העיוור.<sup>321</sup> ממצא זה עשוי להיות רלוונטי בפרט לשופטים, אשר ניתן לטעון כי רמת התחכום הקוגניטיבי שלהם גבוהה, ומשכך יש סיכוי שהם יהיו חשופים יותר להטיה זו. עיון במאגר העלה, כי אכן שופטים מסוימים "פסלו" אפשרות לקיומן של הטיות קוגניטיביות בקרבם. כך, למשל, בעניין **דייגו אפרים**, נכתב כך "מה לעניין חוכמה שבדיעבד ולענייננו, לא אבין כלל".<sup>322</sup> מנגד, התמקדות בעקרונות המתודות עשויה לשפר את איכות הביקורת השיפוטית עצמה, כך שתהיה פחות חשופה להטיות קוגניטיביות ונעדרת רציונאליות.<sup>323</sup>

<sup>317</sup> שם, בעמ' 22-23.

<sup>318</sup> שם, בעמ' 28.

<sup>319</sup> ראו Jeffrey J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, *Judgments made under objective* ("591 שם בעמ' 65(2) U. CHI. L. REV. 571 (1998) standards, such as a determination of negligence in tort, invite the hindsight bias's Many judicial opinions explicitly recognize the prejudicial") ; שם בעמ' 573 ("influence aspect of judging in hindsight, but the influence of the hindsight bias is difficult to avoid").

<sup>320</sup> ראו Irene Scopelliti, Carey K. Morewedge, Erin McCormick, H. Lauren Min, Sophie Lebrecht, Karim S. Kassam *Bias Blind Spot: Structure, Measurement, And Consequences*, 61(10) MGMT. SCI. 2468 (2015).

<sup>321</sup> ראו Richard F West, Russell J Meserve, Keith E Stanovich, *Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot*, 103(3) J. PERS. & SOC. PSYCH. 506 (2012). שם החוקרים נתנו לסטודנטים ארבעה מדדי "תחכום קוגניטיבי" ("Cognitive sophistication") הנמדד בדרך כלל באמצעות שניים: יכולת קוגניטיבית (cognitive ability), למשל אינטליגנציה, ונטיות חשיבה (thinking dispositions), למשל חשיבה בראש פתוח. נמצא כי בכל ארבעת המדדים נמצאה קורלציה חיובית כך ש"more cognitively sophisticated participants showed larger bias blind spots" (שם, בעמ' 511).

<sup>322</sup> עניין **דייגו אפרים**, לעיל ה"ש 110, בפס' 6(ג).

<sup>323</sup> ראו Alemanno, לעיל ה"ש 220, בעמ' 19 ("judicial references to IA may counter the natural tendency of judges to apply a predominantly intuitive rationale in judicial review and (promote a more rational-based approach to adjudication").

**רביעית**, קיימים פסקי דין שונים, שעסקו בסוגיות משפטיות משיקות, אשר יכולים לתמוך בטענה שעל הפסיקה לבחון את התנהלות הרשות על-פי מאפייני המתודות, בבחינת "סבירות הליכית". למשל, ראינו כי פסיקות שונות הציגו לאמץ מבחנים מנהליים לתוך עוולת הרשלנות.<sup>324</sup> כמו כן, אם בעבר פסק דין מנהלי לא חסם את הדרך להגשת תביעה נזיקית,<sup>325</sup> הרי שלאחרונה בעניין **פטרוכים**, נפסק כי פסק דין מנהלי הקובע כי פעולת הרשות הייתה סבירה מקים השתק פלוגתא במסגרת תביעה נזיקית שהוגשה על-ידי תובע שהגיש את העתירה המנהלית.<sup>326</sup> פסיקות אלה משקפות מגמה להיצמד לכללי המשפט הציבורי גם במסגרת תביעות נזיקין נגד רשות רגולטורית.

פסיקה נוספת המצדדת בביקורת שיפוטית המתמקדת במאפייני המתודות, היא הפסיקה בעניין **שטרן**, שלפיה אם המזיק קבע לעצמו סטנדרט זהירות מחמיר, יש לבחון את התרשלנות על-פי סטנדרט זה.<sup>327</sup> בהיקש לענייננו, ניתן לטעון כי אמות המידה שנקבעו במתודות הרגולטוריות המודרניות, ושאומוצו על-ידי הממשלה, הן סטנדרט זהירות גבוה שהממשלה הציבה לרשויות רגולטוריות, ולפיהן יש לבחון את התנהלותן. יצוין, כי נראה שאין קושי לקבוע שסטנדרט שנקבע בהחלטת ממשלה מחייב גם את הרגולטור בעל סמכות עצמאית על-פי חוק. כך, בהתאם להנחיית יועמ"ש גם שר שקיימת לו סמכות עצמאית מכוח חוק מחויב לפעול על-פי החלטת ממשלה.<sup>328</sup> מכל מקום, נראה כי סוגיה זו נפתרה לאור עיגון המתודות בחוק האסדרה, ובדברי חקיקה ספציפיים. יתרה מזאת, נראה כי גם במקרים שבהם לא חל חוק האסדרה או שלא מוטלת על הרגולטור החובה לערוך RIA, עדיין ראוי שהביקורת השיפוטית תבחן את הסוגיה על-פי עקרונות המתודות. כך למשל, בתי משפט בארה"ב הפעילו ביקורת שיפוטית על הערכת השפעות רגולציה (RIA) של רשויות רגולטוריות באמצעות התייחסות לעקרונות המתודה, זאת גם כאשר הדבר לא נדרש מהרשות על-פי חוק.<sup>329</sup>

פסק דין נוסף שעשוי לתמוך בבחינה המתמקדת במאפייני המתודות, הוא זה שניתן בעניין **זליגמן**.<sup>330</sup> שם נפסק כי יש "להטות אוזן" לעמדתו הפרשנית של המאסדר, ובמקרים שבהם נמצא כי קיימת לרשות הרגולטורית מומחיות וזו הופעלה בפועל בתום לב, יש לאמץ את פרשנותה. עיון בפסיקת המאגר מעלה כי במקרים שונים בית המשפט העדיף את פרשנות

<sup>324</sup> לעיל ה"ש 283.

<sup>325</sup> גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1038 ("פעולה שאינה מקימה את עילת אי-הסבירות המנהלית יכול שתקיים את עילת אי-הסבירות הנזיקית").

<sup>326</sup> ת"א (מחוזי ב"ש) 39906-06-13 **פטרוכים החברה למחזור בע"מ נ' מדינת ישראל המשרד להגנת הסביבה** (נבו) 22.01.2015.

<sup>327</sup> ע"א 3056/99 **רועי שטרן נ' המרכז הרפואי על שם חיים שיבא**, נ(2) 936 (2002).

<sup>328</sup> ראה לעניין זה "המעמד של החלטת הממשלה בעניין מסוים כלפי השר המוסמך באותו עניין" **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** 1.1001 (התשמ"ו). בסעיף 9 להנחיה נכתב "המסקנה העולה מכל האמור לעיל היא, שהממשלה רשאית לקבל החלטה גם בעניין שנמסר על-ידי חוק לסמכותו של שר מסוים, ואותו שר חייב לפעול באותו עניין על-פי החלטת הממשלה".

<sup>329</sup> ראו למשל Reeve Bull and Jerry Ellig, *Statutory Rulemaking Considerations and Judicial* courts have"). *Review of Regulatory Impact Analysis*, 70 ADMIN. L. REV. 873, 884 (2018) also occasionally conducted this sort of review even in the absence of a statutory requirement to assess a rule's economic effects.

<sup>330</sup> דנ"א 4960/18 **שולמית זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (נבו) 04.07.2021.

הרשות הרגולטורית ופטר אותה מאחריות נזיקית.<sup>331</sup> אם כך, ניתן לפסוע צעד אחד קדימה, ולטעון כי יש לתת גם מעמד בכורה לאמות המידה שהרשות הרגולטורית קבעה לצורך יצירת רגולציה, הן המתודות הרגולטוריות.

פסק דין נוסף שעשוי להצדיק היצמדות לבחינה נזיקית הליכית מקורו בדיני תאגידים. בשנת 2016, הכיר בית המשפט העליון בכלל שיקול הדעת העסקי (BJR) בעניין ורדניקוב.<sup>332</sup> כלל זה הקנה לנושא המשרה מעין "חסינות" מפני הפעלת ביקורת שיפוטית מהותית על תוכן החלטתו העסקית, ומתמקד בהליך קבלת ההחלטה. הוא בוחן שלושה פרמטרים: ההחלטה התקבלה בהעדר ניגוד עניינים; ההחלטה התקבלה בתום לב; ההחלטה "מיודעת" (התקבלה על יסוד תשתית עובדתית). החריגים לכלל זה הם מקרים שבהם נושא המשרה לא הפעיל כל שיקול דעת, או כאשר ההחלטה הייתה "בלתי-רציונאלית הנעדרת כל בסיס עסקי". הקשר של פסיקה זו לענייננו נעוץ בכך שהמתודות הרגולטוריות, ובפרט מתודת ניהול הסיכונים, פותחו במקור במגזר הפרטי לפני שנים רבות.<sup>333</sup> שיטות אלה הבנו את שיקול הדעת העסקי ועודדו נטילת סיכונים. מאפיינים אלה מתבטאים גם בהצדקות לכלל שיקול הדעת העסקי, ובכלל זה החשש מהרתעת יתר של נושאי משרה לנטול סיכונים שהוא עיסוק "בליבת תפקידם";<sup>334</sup> חוסר הוודאות הנלווה באופן אינהרנטי להחלטותיהם; היעדר כשירותו ומומחיותו של בית המשפט בהחלטות עסקיות וחשש מחוכמה בדיעבד; ועוד.<sup>335</sup> לנימוקים אלה טענות נגד,<sup>336</sup> אך הם לא מנעו מבית המשפט העליון להכיר בכלל זה.

ניתן לטעון כי יש לאמץ כלל דומה גם בקשר לשיקול הדעת הרגולטורי. כך, גם המתודות הרגולטוריות המודרניות הבנו את שיקול הדעת הרגולטורי, הפכו אותו למקצועי יותר,<sup>337</sup> ומעודדות את הרגולטור לנטול סיכונים (להימנע משנאת סיכון מוגזמת ולהפחית את הנטל

<sup>331</sup> ראו, לדוגמה: עניין כהן, לעיל ה"ש 231, בפס' 14 ("דווקא ההגדרה הבלתי ברורה מצדיקה, בהעדר ראיה אחרת ולאור פסקי הדין האמורים לעיל, קבלת ההסבר שניתן על ידי הרשויות (...)) לאור האמור לעיל אני קובעת כי לא נפל פגם בהתנהלות המשטרה, בכל הנוגע לחוק רישוי עסקים"); ת"א (שלום כפר סבא) 6478/02 בורגר ראני' מרכז 1983 בע"מ נ' מדינת ישראל משרד בריאות פס' 36 (נבו, 30.03.2006). ("אין מקום להטיל על הנתבעת אחריות בגין מתן פירוש שגוי, אם מחמת שהענין נופל בחריג שיקול הדעת, ואם מחמת טעות שאינה עולה כדי רשלנות"); ת"א (מחוזי ירושלים) 748/94 אברהם בכר נ' השילוח תעופה (1984) בע"מ, תסס(2) 556, 481 (2001) ("כלל פרשנות ידוע הוא כי במתן פירוש לחוק מייחס בית-המשפט משקל רב לפירוש שנתנה לו הרשות המנהלית (...)) יש לייחס כאמור משקל רב לפירוש שניתן על-ידי לתקנה 99 לתקנות התייעוד"; עניין אימפורט, לעיל ה"ש 131, בפס' 36 ("טעות של הרשות המינהלית בפירוש דין – ובמקרה שלפנינו סיווג לא נכון של פריט מסויים בצו המכס – אינה מקימה עילת תביעה"). עם זאת, יש מקרים שהוטלה אחריות בגין פרשנות בלתי סבירה של הרשות, ראו עניין אריאל מכרזים, לעיל ה"ש 264, עמ' 10 ("המדינה פשוט התעלמה ממנו, מפני שפירשה את התקנות באופן מצמצם כל כך עד שרוקנה אותן מתוכן חשוב שבהן").

<sup>332</sup> ע"א 7735/14 אילן ורדניקוב נ' שאול אלוביץ (נבו 28.12.2016).

<sup>333</sup> מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 20-21.

<sup>334</sup> ת"א (מחוזי מרכז) 47302-05-16 בטר פלייס ישראל (ח.ת.) 2009 בע"מ (בפירוק) נ' שי אגסי פס' 66 (נבו 12.09.2018)

<sup>335</sup> עניין ורדניקוב, לעיל ה"ש 332, בפס' 66 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>336</sup> שם, בפס' 70.

<sup>337</sup> רע"א 9778/16 שולמית זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (נבו, 31.05.2018) הובהרה "המקצועיות" של הרגולטור (מאסדר) כך: "המאסדר הוא בעל מומחיות מיוחדת בתחומו – בדרך כלל למאסדר ידע מקצועי מובהק ומומחיות מיוחדת בתחומו..." (שם, בפס' 37(ב)). דברים אלו הובהרו לאחרונה גם בהיקשר לתביעות נזיקין בעניין רוחם עליון, לעיל ה"ש 26, בפס' 7-9 לפס"ד של השופט מיניץ.

הרגולטורי) בתנאי אי-וודאות. דברים אלה הובהרו בהנחיית פרקליט המדינה אשר הגדירה את תפקידם של רגולטורים כפועלים על-פי מדיניות של ניהול סיכונים אשר "כוללת בחובה, באופן מובנה, נכונות מוגברת של הממשלה לנטילת סיכונים".<sup>338</sup> יתרה מזאת, קיים שוני מהותי בין הרגולטור לנושא משרה, אשר מצדיק אימוץ כלל דומה מ"קל וחומר". כך, ביקורת שיפוטית על שיקול דעת רגולטורי מערבת שיקולים נוספים כדוגמת אי-שפיטות מוסדית ונורמטיבית, שפחות רלוונטיים לביקורת נזיקית על התנהלות של נושאי משרה. שיקולים אלה הם "אפקט נוסף"<sup>339</sup> המצדיקים ביקורת שיפוטית מרוסנת.

בנוסף, בעוד שנושא המשרה יוצר את הפעילות העסקית, נהנה מהתועלת שהיא מייצרת ושולט על פרופיל הסיכון הכרוך בה, הרי שהרגולטור אינו יוזם את הפעילות, לרוב הוא אינו יוצר את הסיכון, ואינו נהנה במישרין מן התועלת הכרוכה בה.<sup>340</sup> לאור זאת, מבחינה תיאורטית, לרגולטור אין עניין אישי בתוצאת הפעולה הרגולטורית, וכפועל יוצא הוא תמיד ישאף להשיא את התועלת החברתית.<sup>341</sup> לפיכך, בשונה מנושא משרה, הטלת אחריות נזיקית על רגולטור היא חמורה יותר, שכן דווקא הטלת אחריות עלולה ליצור בקרבו עניין אישי הנובע מהחשש להטלת אחריות.<sup>342</sup> אומנם, מבחינה מעשית ספק אם לרגולטור אין אינטרס אישי, ולעניין זה קיימים טיעוני נגד רבים המשתייכים לתורת הבחירה הציבורית (Public Choice Theory).<sup>343</sup> ואולם, גם הנתיב המוצע לא יעניק פטור מאחריות לרשות הרגולטורית. לכל היותר הטענה היא שיש לבחון תחילה את התנהלות הרשות הרגולטורית על-פי סבירות הליכית המתמקדת במאפייני המתודות הרגולטוריות. ניתן לכנות זאת "כלל שיקול הדעת הרגולטורי". גם כאן, בדומה לכלל שיקול הדעת העסקי, כאשר ימצא שהרשות לא נהגה בתום לב; כאשר יוכח ששיקול הדעת הוטא משיקולים זרים; כאשר שיקול הדעת נעדר כל רציונאליות; או כאשר לא הופעל כלל שיקול דעת – לא תהיה תחולה לכלל, וניתן יהיה להפעיל ביקורת שיפוטית על התנהלות הרשות הרגולטורית. כפי שראינו, ברוב המקרים, הפסיקה בעניין אחריות רשויות רגולטוריות נמנעה מלהתערב בשיקול דעתן, ולכן התמקדות בסבירות הליכית אינה שינוי דרמטי מהפסיקה הנוהגת. יתרה מזאת, ראינו כי יישום הלכת לוי נעשה בזהירות, וכאשר מדובר במקרים חריגים שאין מקום להחיל את חריג שיקול הדעת, הפסיקה הטילה אחריות על הרשות. לכן, נראה כי נתיב אפשרי זה אינו מעורר חשש לצמצום יתר או פטור מוחלט מאחריות. מעניין לציין, כי דווקא המחשבה לאזכר את כלל שיקול הדעת העסקי במסגרת תביעת נזיקין כנגד רשות רגולטורית נעשתה בעניין נטו, שם

<sup>338</sup> הנחיית פרקליט, לעיל ה"ש 240, בסעיף 12.

<sup>339</sup> לשימוש במושג זה ראו גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1033.

<sup>340</sup> מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 20.

<sup>341</sup> בעז סגל "הרתעת מאסדרים באמצעות דיני הנזיקין: ההבחנה בין דיני הפיצוי לדיני האחריות" משפטים מט 579, 571 (2019).

<sup>342</sup> שם, בעמ' 579 ("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"); גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1047-1046.

<sup>343</sup> על-פי תאוריה זו גם אנשי הציבור הם רציונאליים ופועלים כדי לקדם אינטרס פרטי ולא (רק) את האינטרס הציבורי. להרחבה על התורה ראו, למשל Mashaw Jerry, *Public Law and Public Choice: Critique and Rapprochement*, in RESEARCH HANDBOOK ON PUBLIC CHOICE AND PUBLIC LAW 19 (Daniel A. Farber & Anne Joseph O'Connell eds., 2010)

בסופו של דבר הוטלה אחריות.<sup>344</sup>

לסיכום, הטיעונים שפורטו לעיל עולים בקנה אחד עם ממצאי המחקר האמפירי, שלפיהם לא זו בלבד שהיקף האחריות של רשויות רגולטוריות אינו גבוה, אלא נראה שקיימת מגמה לצמצום אחריותן. כמו כן, טיעונים אלה עולים בקנה אחד עם המסקנה שקיימת התייחסות בפסיקה למאפיינים של מתודות רגולטוריות מודרניות. ביקורת המתמקדת במאפיינים אלה עשויה לעודד רגולטורים לבצע הליך שיטתי ומסודר בטרם קבלת החלטות, ובתוך כך תוכל גם לתרום לטיוב הפעילות הרגולטורית. בכך היא גם תעלה בקנה אחד עם מפלס האחריות הרצוי.

נשוב ונדגיש כי הדיון שהוצג לעיל איננו ממצה ומדובר בתהיות ראשוניות בלבד, המצריכות מחקר אקדמי נוסף. נראה כי התפתחות הפסיקה בנושא תוכל לסייע במתן מענה לתהיות אלה. מעניין לציין כי לאחר תקופת המחקר בעניינינו ניתנו מספר פסקי דין המלמדים על מגמה ליישום חריג שיקול הדעת תוך התמקדות בסבירות הליכית. כך, בעניין פלונית (מרץ 2021), נדחתה תביעה נגד משרד הבריאות בגין רשלנות בהסדרת השימוש בחומצה פולית. בית המשפט המחוזי התייחס למאפיינים של תיעוד, איסוף תשתית עובדתית מקצועית (באמצעות "פיילוט"), והפחתת נטל רגולטורי (הסתמכות על רגולציה זרה).<sup>345</sup> הודגש כי רק במקרים של התרשלות חמורה ניתן יהיה להפעיל ביקורת שיפוטית, אך לא כך הם פני הדברים במקרה זה, ולכן התביעה נדחתה.<sup>346</sup> מנגד, בעניין פלונית (אפריל 2021), התקבלה תביעה נגד רשות הספנות והנמלים בגין רשלנות בהסדרת הוראות בטיחות לשיט באופנועי-ים. על-אף שהתביעה התקבלה, ניכר שבית המשפט המחוזי הדגיש את חשיבותו של חריג שיקול הדעת ואת הצורך לבחון את התנהלות הרשות על-פי סטנדרט של התרשלות חמורה.<sup>347</sup> הואיל ונמצא כי הליך איסוף המידע היה רשלני ונעדר "מקצועיות" באופן קיצוני, הוטלה אחריות.<sup>348</sup> גישה זו נלמדת גם מפסק הדין של בית המשפט העליון (אוקטובר 2021) בערעור על עניין פלונים (שעסק בחובת ביטוח מקצועית לבתי חולים). כך, שלושה שופטים של בית המשפט העליון אימצו את פסק הדין של בית המשפט המחוזי "על קרבו ועל כרעיו", ושבו והדגישו את חריג שיקול הדעת שנקבע בעניין לוי.<sup>349</sup> שיאה של מגמה זו ניתן למצוא בפסק הדין של בית המשפט העליון בערעור על עניין רותם (אפריל 2022). דעת הרוב בהחירה כי

<sup>344</sup> עניין נטו, לעיל ה"ש 102, פס' 18 ("הפסיקה קובעת כי לא כל החלטה שגויה היא בהכרח החלטה רשלנית. הנה כך, בתחום הרחוק מעניינינו, תחום דיני החברות, מוכרת בהקשר של אחריות דירקטורים הדוקטרינה האמריקאית של "כלל שיקול הדעת העסקי").

<sup>345</sup> ת"א (מחוזי מרכז) 34172-12-17 פלונית נ' מדינת ישראל (נבו 03.03.2021). התייחסות לתיעוד: "הוגש תיק מוצגים הכולל מסמכים רבים המתעדים את תהליכי העבודה והדיונים שהתקיימו במשרד הבריאות בנושא זה" (שם, פס' 18); התייחסות לאיסוף מידע באמצעות פיילוט (שם, פס' 22); התייחסות לאימוץ של רגולציה זרה (שם, פס' 59-63).

<sup>346</sup> שם, פס' 65 ("במקרים חריגים שבהם הפעלת שיקול הדעת חרגה מכל אמת מידה של סבירות").

<sup>347</sup> ת"א (מחוזי באר שבע) 32354-01-13 פלונית נ' מדינת ישראל רשות הספנות והנמלים פס' 33, 48, 56 (נבו 27.04.2021). בפס' 33 התייחסות להתרשלות חמורה; בפס' 48 התייחסות למקרים שבהם יחול חריג שיקול הדעת; בפס' 56 התייחסות לשיקולי תקציב, והתערבות רק במקרים ששיקול הדעת חרג מכל אמת מידה סבירה. שם, בס' 43-45, 54, 70. בפרט בפס' 42 ("היעדר כל יוזמה מערכתית לשיחור נתונים מקצועי, שיטתי ואסרטיבי, כדי להבטיח שבידי רספ"ן יהיה בסיס נאות לקבלת החלטות רציונלית ואחראית").

<sup>349</sup> עניין פלונים, לעיל ה"ש 88; עניין פלונים עליון, לעיל ה"ש 230, פס' 3 ("יש לאמץ את פסק דינו של בית המשפט המחוזי על קרבו ועל כרעיו (...) חל חריג שיקול הדעת כאמור בע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי").



בכל הנוגע לאחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות – יש לקבוע מתחם שיקול דעת רחב, תוך הדגשת פרמטרים פרוצדוראליים, כגון תשתית עובדתית ועקרון המשאבים המוגבלים.<sup>350</sup> מקרים אלה מעידים שחריג שיקול הדעת עודנו "חי ובוועט" וכי הפסיקה נוטה להתמקד באמות מידה פרוצדוראליות כאשר עסקינן ברשויות רגולטוריות.

## 2. הבחנה בין שלבי הרגולציה והתחשבות בסוג ובמספר המפוקחים והרגולטורים

דרך נוספת שבה הפסיקה בעניין רשלנות רגולטורית יכולה לפסוע היא לקיים הבחנה בין שלבי הרגולציה, וכן להתחשב בסוג ובמספר הרגולטורים והמפוקחים בשווקים השונים. כאמור, ממצאי המחקר האמפירי העלו כי קיים שוני בהיקף האחריות בגין רשלנות בהסדרה לעומת רשלנות בפיקוח ואכיפה.<sup>351</sup> ואולם, ניכר כי הפסיקה אינה הקפידה מספיק על הבחנה בין שלבים אלה. לעיתים, המושג "הסדרה" כלל גם פיקוח ואכיפה, או שהמושג "פיקוח" כלל גם הסדרה ואכיפה.<sup>352</sup> בנוסף, לעיתים המושג "אסדרה" (רגולציה) התייחס רק להסדרה (קביעת נורמות) ולא לפיקוח ואכיפה.<sup>353</sup> ניתן לשער כי הסיבה לכך היא חוסר האחידות בחקיקה ובאקדמיה ביחס למושג רגולציה.<sup>354</sup> לפיכך, קיימת חשיבות שהפסיקה תקפיד על הבחנה בין שלבים אלה.<sup>355</sup>

כאמור, ביחס לאחריות בגין רשלנות מהסדרה, נמצא כי ב-92% מפסקי הדין במאגר הטענה נדחתה. לאור זאת, המצדדים בגישה מצמצמת אחריות יטענו כי ניתן לפסוע צעד נוסף, ולטעון כי תביעות בגין רשלנות בהסדרה הן בלתי-שפיטות. לטענה זו ניתן להשיב בשלושה: ראשית, פטור מאחריות אינו עולה בקנה אחד עם המגמה הרצויה ובוודאי שלא עם דיני הנזיקין המודרניים אשר ביטלו את הכלל האנכרוניסטי של "The king can do no wrong". שנית, פטור מאחריות בהסדרה, עלול להוות תמריץ שלילי לרגולטורים שלא לקיים הסדרה ומדיניות בהתאם לעקרונות של המתודות. למשל, שלא להקפיד על יישום

<sup>350</sup> עניין רותם עליון, לעיל ה"ש 26, בפס' 9 ("נוכח מאפייני פעילותו של המאסדר כמתואר לעיל, סבור אני כי ככלל, על בית המשפט לנקוט זהירות גדולה אף יותר בהטלת אחריות על גורם מאסדר מאשר בהטלת אחריות על גורם המפעיל סמכויות פיקוח ואכיפה שאינו מאסדר. לעמדת, במקרים אלה, "מתחם הסבירות הנזיקי" של ההחלטה (...) היינו מתחם הסבירות של ההחלטה לצורך קביעת התרשלותו של המאסדר, ראוי שיהיה רחב יותר").

<sup>351</sup> לממצא דומה, ראו הוכמן, חספר ולרגמן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 77 ("בית המשפט ממקד את העדשה בפעילות רגולטורית ספציפית, היינו לא בקביעת הכללים והמדיניות אלא בביצוע הפיקוח והאכיפה בפועל").

<sup>352</sup> לממצא דומה ראו שם, בעמ' 57 ("הפסיקה לא עוסקת בהבחנה בין שני סוגי הפעילות הביצועית – האכיפה והפיקוח").

<sup>353</sup> ראו למשל עניין פלונית, לעיל ה"ש 347, בפס' 1. נטען לרשלנות אך ורק בשלב של הסדרה, אך בית המשפט ציין שמדובר ב"אסדרה" ("התביעה היא נגד המדינה, בגין אחריותה לאסדרה" (רגולציה) של בטיחות השיט").

<sup>354</sup> ידין, לעיל ה"ש 46, בעמ' 1-5.

<sup>355</sup> נראה כי לאחרונה, בית המשפט העליון בעניין רותם ערער, לעיל ה"ש 26, הדגיש את שלושת השלבים של הרגולציה, וקיים הבחנה בפסק דינו בין התרשלות ב"פיקוח" לבין התרשלות ב"אכיפה" (אחד המאפיינים המרכזיים של המדינה המודרנית הוא האסדרה. אסדרה באה לידי ביטוי בשלוש פעולות שלטוניות עיקריות: יצירת כללים, פיקוח עליהם ואכיפתם" (שם, בפס' 5-7 לפס"ד של השופט מינץ)).

מעקב ובקרה אחר המדיניות שנבחרה.<sup>356</sup> שלישית, ממילא נראה שהפסיקה הנוכחית הגדירה מקרים אלה כבלתי-שפויים, למעט מקרים חריגים.<sup>357</sup> לפיכך, ספק אם קיימת משמעות מעשית להגדרה פורמאלית של אותם מקרים כבלתי-שפויים.

בכל הנוגע לרשלנות בפיקוח ובאכיפה, ההבנה שפיקוח ואכיפה נבדלים בין סקטורים שונים עשויה להשפיע על הביקורת השיפוטית.<sup>358</sup> כך, ניתן להבחין בין פיקוח ואכיפה על שווקים עם מספר רב של מפוקחים לבין שווקים עם מעט מפוקחים.<sup>359</sup> ההבדל הוא שבעוד שבראשונים מדובר על פיקוח ואכיפה "רחבים", הרי שלגבי האחרונים מדובר בפיקוח ואכיפה צמודים יותר ו"יומיומיים". אם כך, צעד אחד שבו הפסיקה יכולה לפסוע בהקשר זה היא לקבוע שככל שמדובר בסקטור עם מספר רב של מפוקחים, יחסי הקרבה והשכנות מתחלשים וכפועל יוצא יש מקום לשלול חובת זהירות של הרשות הרגולטורית, ולהיפך. דוגמא לכך ניתן למצוא בעניין דלק. באותו מקרה, נטען שמשרד האנרגיה התרשל בפיקוח על מחירי דלק כלפי בעלי תחנות דלק. בית המשפט שלל קיומה של חובת זהירות תוך הדגשת מספרם הרב של התחנות (מפוקחות), אשר אינו מחייב את הרשות ללמוד את כל הפרטים הרלוונטיים לכל מפוקח.<sup>360</sup> דוגמא נוספת ניתן למצוא בעניין א.ד. שם נשללה חובת זהירות של משרד הרווחה, והודגש כי לא מצופה ממנו לאתר כל אדם שפתח עסק של פעוטונים בישראל ולפקח עליו.<sup>361</sup>

לעומת זאת, כאשר מדובר על שוק הכולל מספר מועט של מפוקחים, נראה כי יחסי הקרבה והשכנות בין הרגולטור למפוקח הדוקים יותר. יחסי קרבה אלה נלמדים גם מהרגולציה המודרנית המאופיינת במעבר מכללים נוקשים של "ציווי ושליטה" (command and control) לכללים "רכים" (soft), המעודדים הידברות בין הרגולטור

<sup>356</sup> מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 22 ("מעקב אחר התוצאות בפועל לאחר היישום של כלי המדיניות"); בהקשר לכך נראה כי במסגרת יישום של מדיניות יש להתחשב גם בהתייחסות של הרשות להמלצות של דו"ח מבקר המדינה. הפסיקה הכירה באפשרות שרשות תיחשב כרשלנית אם לא התייחסה להמלצות מבקר המדינה (ראו: ת"א (מחוזי חי') 52925-02-12 קונדיטוריה שפיק בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (נבו 25.02.2015)).

<sup>357</sup> ראו, למשל, עניין אימפורט, לעיל ה"ש 131, פס' 57 ("טרם מצאתי שאי הסדרת נושא מסויים בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה, הקימה עילת תביעה בנויקין"); ראו לאחרונה עניין פלונית (אפריל 2021), לעיל ה"ש 347, שם הוטלה אחריות על רשלנות בהסדרה.

<sup>358</sup> לטענה דומה, ראו הוכמן, חספר ולרגמן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 75 ("הבנה של רגולציה כפיקוח מאפשרת להבחין בין סוגים של פיקוח ולגזור מהבחנות אלו את מידת ההתערבות השיפוטית").

<sup>359</sup> ביטוי לכך ניתן למצוא בדברים שצוטטו בת"א (מחוזי ת"א) 1113/04 ש.ג.נ' מדינת ישראל משרד הרווחה פס' 11 (נבו, 20.03.2011). ("המשרד לא הקפיד כנראה לעשות את הפיקוח הזה... אמרתי לחבריי לעבודה, זה לא לפקח עליהן גם ארגונית ומנהלית"). מדובר בדברים שנאמרו על-ידי נציגת משרד הרווחה בוועדה בכנסת שדנה בנושא של פיקוח על עמותות לאימוץ.

<sup>360</sup> עניין דלק, לעיל ה"ש 290, בפס' 31 ("שיקולים דומים מובילים לשלילת קיום חובת הזהירות (...)) לא היה מקום לצפות, כי לצורך הפעלת השפעתה על חברות הדלק תלמד המדינה את הפרטים הספציפיים הנוגעים להשקעה בכל תחנה").

<sup>361</sup> עניין א.ד., לעיל ה"ש 268, בפס' 20 ("אין תפקידה (...) לבלוש מיוזמתה ולאחר כל אדם שפותח תיק במס ערך מוסף כדי לבדוק היכן הוא פתח בפועל עסק כדי שתוכל להפעיל פיקוח עליו מתחום אחר").

למפוקח (למשל הסכמים רגולטורים).<sup>362</sup> מגמה זו עשויה להשפיע על האופן שבו יבחנו פיקוח ואכיפה של הרגולטור על מפוקחים בשווקים מצומצמים, לדוגמה שוק הסלולר. יתכן כי מקרים אלה יצדיקו להפעיל פיקוח ואכיפה רכים יותר, כגון הידברות מוקדמת עם המפוקח. למשל, בעניין **גלקסי**, על אף שלא הוטלה אחריות בגין אכיפה רשלנית, ניכר שבית המשפט העדיף גישה המעודדת הידברות בין הרגולטור (משרד התקשורת) למפוקחת (גלקסי) בטרם התליית ההיתר שלה.<sup>363</sup> הבחנה זו עולה בקנה אחד עם פסיקה אחרת שקבעה כי מידע שהועבר בין הרגולטור למפוקח לצורכי רגולציה נתון תחת חיסיון כדי להבטיח את המשך שיתוף הפעולה ביניהם.<sup>364</sup> גישה זו עולה גם בקנה אחד עם סעיף 2(5) לחוק האסדרה, שלפיו רגולציה תקבע "בהתחשב בסוגי הגורמים שהיא חלה עליהם ומאפייניהם".<sup>365</sup>

כמו כן, קיימים שווקים שבהם רשויות רגולטוריות שונות מטפלות באותם סיכונים או באותם יוצרי סיכונים מזוויות שונות. המתודות המודרניות אף מעודדות שיתוף פעולה בין הרגולטורים השונים המטפלים באותם מפוקחים.<sup>366</sup> דרישה זו ל"תיאום רגולטורי" אף עוגנה בסעיף 2(7) לחוק האסדרה.<sup>367</sup> לפיכך, הבחנה נוספת שהפסיקה בעניין רשלנות רגולטורית יכולה לקיים היא בין שווקים שכוללים מספר רב של רשויות רגולטוריות, לבין שווקים שמעריבים רגולטורים ספורים. ניכר שהפסיקה כבר ביצעה בפועל את ההבחנה האמורה. כך, מצד אחד, קיימת פסיקה אשר הטילה "חובת תיאום פעילויות" בין רשויות המדינה, ושלפיה "חובתן של רשויות המדינה היא למצוא דרך להבטיח, כי מעשיהן יעלו בקנה אחד זה עם זה".<sup>368</sup> מצד שני, בעניין **קרנית** (משנת 2020) נדחתה טענה ל"תיאום פעילויות" תוך הדגשת העובדה כי סוגיית הסדרת האופניים החשמליים מערבת מספר רב של רגולטורים "לצורך יצירת פתרון כולל".<sup>369</sup> מפסיקה זו ניתן ללמוד כי כאשר מדובר בסקטור עם רגולטורים ספורים, ו"הקרבה" ביניהם חזקה יותר, ניתן להטיל חובת תיאום פעילויות, שאף עולה בקנה אחד עם דרישת המתודות המודרניות. מנגד, כאשר הרגולציה מערבת מספר רב של

362 Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance* (2004) 89 Minn. L. Rev. 342; רויטמן, משפט מנהלי, לעיל ה"ש 13, 230-231; לחוזה רגולטורי ראו בג"ץ מתווה הגז, לעיל ה"ש 50.

363 עניין **גלקסי**, לעיל ה"ש 82, בפס' 28 ("אפשר והנתבעת הייתה מיטיבה לעשות אילו פנתה אל התובעת, (...) עובר להתליה, במטרה לשמוע את עמדתה לגבי ממצאים אלה ואולי אף ליתן לתובעת שעת כושר להציע פתרונות חלופיים, שחומרתם קשה פחות לעומת האזהרה שפרסמה הנתבעת").

364 ראו תנ"ג (כלכלית) 21785-02-11 **יונתן בן עמי נ' מנורה מבטחים החזקות** פס' 65 (נבו 07.09.2011) ("ישנה חשיבות למתן חיסיון לשם שמירת שיתוף הפעולה בין הגופים המפוקחים לרגולטור").

365 ראו גם דברי הסבר לחוק האסדרה, בעמ' 1127 ("כאשר אסדרה חלה באופן אחיד על כלל הגורמים, היא עלולה להטיל נטל לא פרופורציונלי על חלקם, ובשל כך אף להביא להשפעות שליליות").

366 מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 123 ("מומלץ לבצע שיתופי פעולה עם יחידות ממשלתיות משיקות ועם יחידות ממשלתיות שמטפלות באותם מפוקחים").

367 לשון הסעיף: "באופן שמקדם תיאום, שיתוף פעולה והעברת מידע שמותר להעבירו על פי כל דין בין מאסדרים".

368 עניין **שתיל**, לעיל ה"ש 23, בפס' 36; גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1133.

369 עניין **קרנית**, לעיל ה"ש 88, בפס' 169 ("הסדרת השימוש באופניים חשמליים לא כללה רק החלטה של משרד החקלאות או הוראה ל"מקורות" כפי פרשת שתיל, אלא הצריכה פעולה משותפת של מספר גופים כמו המשטרה, הפנים התחבורה והמשפטים לצורך יצירת פתרון כולל").

רגולטורים, למשל סקטור הגז הטבעי הכולל לא פחות מ-13 רשויות רגולטוריות,<sup>370</sup> אין מקום להטיל חובת תיאום העשויה להקים אחריות בנזיקין. הרציונל להבחנה זו הוא שככל שקיימים יותר רגולטורים כך קשה יותר להגיע להסכמה רגולטורית כוללת. דוגמא עכשווית לכך היא אי-ההסכמה שאפיינה את הרגולציה של משבר הקורונה.<sup>371</sup>

#### ד. סיכום

הדין אודות אחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות בישראל הוא דיון אקטואלי וחשוב שנחקר בהקשרים ספציפיים בלבד בספרות האקדמית.<sup>372</sup> ואולם, ספרות זו לא התמקדה בסוגיית מפלס האחריות של רשויות רגולטוריות ובהשפעתם של השינויים המאפיינים את המדינה הרגולטורית על נושא זה. המאמר הנוכחי ביקש לבחון לראשונה סוגיה זו משתי נקודות מבט שטרם נידונו לעומק בנוף המשפט הישראלי. האחת, נקודת מבט *דסקריפטיבית*, המתמקדת באופן שבו התפתחה הפסיקה הישראלית העוסקת במקרים של רשלנות רגולטורית. במסגרת כך נבדק מפלס האחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות מאז תחילת שנות ה-2000, והאם מפלס זה רצוי לאורן של מתודות מודרניות. בנוסף לכך, נבדקה מידת ההתייחסות של פסיקה זו לתמורות שחלו במדיניות הרגולטורית בישראל, והאם התייחסות זו עולה בקנה אחד עם מפלס האחריות הרצוי. השנייה, נקודת מבט *פרספקטיבית*, במסגרתה נבחנו הדרכים שבהן הפסיקה העוסקת ב"רשלנות רגולטורית" יכולה להמשיך להתפתח על מנת ליתן מענה ראוי לתמורות המאפיינות את המדינה הרגולטורית.

הממצא המרכזי שעלה מהמחקר הוא שמפלס האחריות הנזיקית במקרים של רשלנות רגולטורית, שהינם מקרים המבטאים הרחבת אחריות, אינו גבוה. להיפך, נמצא כי הטלת אחריות על הרשות הרגולטורית היא חריגה, כפרט בעשור האחרון. בתוך כך, המחקר הנוכחי הציג תמונה שונה מזו שהצטיירה בספרות ובפסיקה אשר עסקו בתביעות נזיקין נגד רשויות ציבוריות באופן כללי. נראה כי הטיעונים למפלס גבוה, הגובל ב"אבסורד", אינם רלוונטיים לסוג המקרים הספציפי של רשלנות רגולטורית. כולי תקווה שממצאים אלה, כשלעצמם, יגבירו את הוודאות המשפטית ביחס לאחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות, ויתרמו לשיח המשפטי ביחס לאחריות הנזיקית של רשויות ציבוריות בכלל.

עוד נמצא כי מפלס האחריות המצומצם הנלמד מהמחקר האמפירי הוא מפלס האחריות הרצוי, וזאת לאור התמורות המאפיינות את הרפורמה הרגולטורית אשר חיזקו את השיקולים להגבלת אחריותן של רשויות רגולטוריות. נמצא כי לצד שמירה על ביקורת שיפוטית "מצמצמת" רצוי להוסיף גם ביקורת ש"תמרץ" את הרשות הרגולטורית לפעול על-פי מאפייני המתודות המודרניות. ואכן, המחקר העלה כי הפסיקה הישראלית התייחסה בפועל

<sup>370</sup> מבקר המדינה דוח ביקורת: פיתוח משק הגז הטבעי (2015). שם, בעמ' 21 מפורטים כל הרגולטורים. בדוח זה הובהרה גם הבעייתיות בשילוב של מספר רגולטורים. שם, בעמ' 15 ("מאסדרים אחדים פעלו מתוקף תפקידם לקידום המטרות (...) פעולות אלה לא עלו בקנה אחד עם פעילותם של מאסדרים אחרים ונעשו ללא תיאום ובכך הגבירו את אי-הוודאות בו").

<sup>371</sup> ראו למשל אריאל כהנא "ללא הסכמות על הגבלות: הסתיימה ישיבת קבינט הקורונה" *ישראל היום* (20.12.2020), <https://www.israelhayom.co.il/article/831619>.

<sup>372</sup> לחשיבות של המדינה הרגולטורית על הפרקטיקה המשפטית ראו הוכמן, חספר ולרגמן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 85 ("תפיסת המדינה כמדינה רגולטורית ותפיסת המציאות כמציאות רגולטורית מורכבת הן בעלות השלכות על הפרקטיקה המשפטית"). כאמור, המלומד בועז סגל חקר את הנושא בהקשרים ספציפיים (ראו לעיל ה"ש 14).

למאפיינים מרכזיים של מתודות רגולטוריות מודרניות. על-אף שנראה כי התייחסות זו אינה שלמה, ודורשת שינויים מסוימים, לא מדובר בפער משמעותי שלא ניתן ל"התאימו" למציאות הרגולטורית המשתנה. כפי שהוצג במאמר, דרך אפשרית אחת לביצוע התאמה זו היא באמצעות התמקדות בסבירות הליכית, אשר תבחן את ההליך הרגולטורי (להבדיל מתוכן הרגולציה). נתיב נוסף הוא שיפור הביקורת השיפוטית באמצעות הדגשת השלבים השונים של המושג רגולציה, וקיום הבחנה בין סוג ומספר הרגולטורים והמפוקחים בסקטורים שונים. מעבר לכך, קיימות דרכים נוספות שבהן הפסיקה בעניין זה יכולה להתפתח, ושמאמר זה לא עסק בהן. כך למשל, ייתכן שניתן להציע דרכים משפטיות אחרות, שלא מכוח עולת הרשלנות, להתמודדות עם חיוב הרשות לפצות ניזוק בעקבות סיכונים הנוצרים מפעילות רגולטורית. למשל, ניתן לשקול אחריות ללא אשם,<sup>373</sup> פתרונות לבר-נזיקיים,<sup>374</sup> פיצוי מכוח עקרון השוויון בנטלים<sup>375</sup> או פיצוי מכוח מודל משולב להגנה על זכויות אדם בהפרטות.<sup>376</sup> לפיכך, הניסיון של מאמר זה להגדיר, לארגן, לבחון ולהציע דרכים נוספות אינו ניסיון לסכם את הדיון, אלא אך נקודת מוצא להעמקת הדיון בסוגיית אחריותן של רשויות רגולטוריות.

<sup>373</sup> ניתן לקבוע מנגנון אחריות שאינה מבוססת אשם על רשויות המדינה במצבים מסויים, על בסיס עקרון הסיכון. ראו, למשל, ע"א 6296/00 **קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(1) 16, 23 (2004); עניין **גליק**, לעיל ה"ש 26, בפס' מג לפס"ד של השופט רובינשטיין; יואב דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם" **משפט וממשל ב** (תשנ"ד).

<sup>374</sup> למשל בדומה למנגנון הקבוע בחוק ביטוח נפגעי חיסון, תש"ן-1989. ראו את קריאתו של השופט עמית לפתרון כזה בע"א 6102/13 **מיכאל עצמון נ' חיפה כימקלים בע"מ פס'** 46 (נבו 24.09.2015).

<sup>375</sup> פוליאק, לעיל ה"ש 207.

<sup>376</sup> לילך ליטור "הטלת אחריות על המדינה בשירותים מופרטים: לקראת אימוץ מודל משולב להגנה על זכויות אדם בהפרטות" **ספר מרכזי (מוטה) קרמניצר** 364, 384-404, 406-408 (2017).