

אחריות נזיקית של רשויות רגולטוריות בישראל

מאת

טל מזר*

הדיון באחריות 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 האלפיים ועד לשנת 2020. לאחר בדיקה זו נבחנה השאלה אם מפלס זה רצוי לאור התמורות שחלו במדיניות הרגולטורית בישראל. לאחר מכן נבחנו מידת ההתייחסות של פסיקה זו למאפיינים מרכזיים של מתודות רגולטוריות מודרניות ואופן ההתייחסות, ואם היא עולה בקנה אחד עם מפלס האחריות הרצוי; **השנייה**, נקודת מבט פרספקטיבית, שבמסגרתה נבחנו הדרכים שבהן פסיקה זו יכולה להמשיך ולהתפתח כדי ליתן מענה ראוי לתמורות המאפיינות את המדינה הרגולטורית.

הממצא המרכזי שעלה מהמחקר הוא שמפלס האחריות הנזיקית במקרים של רשלנות רגולטורית, שהם מקרים המבטאים הרחבת אחריות, אינו גבוה. להפך, נמצא כי אחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות היא מצומצמת, בייחוד בעשור האחרון. בתוך כך הציג המחקר הנוכחי תמונה שונה מזו שהצטיירה בספרות ובפסיקה אשר עסקו בתביעות נזיקין נגד רשויות ציבוריות ככלל. 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. עם זאת הובהר כי לצד שמירה על ביקורת שיפוטית "מצמצמת" רצוי להוסיף גם ביקורת ש"תתמרץ" את הרשות הרגולטורית לפעול לפי המאפיינים 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

* 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", מכללת נתניה; מתרגל בקורסים שונים בפקולטה למשפטים, בפקולטה למנהל עסקים ובפקולטה למנהל מערכות בריאות, מרכז האקדמי פרס. ברצוני להודות לחברי מערכת כתב העת **משפטים**, ובייחוד לעורכים חגי יעקובי וגיא כהן, על עבודתם המסורה ועל הערותיהם המחכימות והמעשירות שתרמו מאוד לכתובת המאמר.

התייחסות זו מתאימה גם למפלס האחריות הרצוי. לבסוף המאמר הציע שתי דרכים לשיפור הפסיקה הקיימת: דרך אפשרית אחת היא התמקדות ב"סבירות הליכית", אשר תבחן את ההליך הרגולטורי (בשונה מתוכן הרגולציה); דרך נוספת היא שיפור הביקורת השיפוטית באמצעות הדגשת השלבים השונים של המושג רגולציה, והבחנה בסוג הרגולטורים והמפוקחים ובמספרם בין סקטורים 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 הנזיקית של רשויות רגולטוריות בראי הרפורמה הרגולטורית.** 1. היקף האחריות הנזיקית 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 בסוגם ובמספרם של המפוקחים ושל הרגולטורים. **ד. סיכום.**

מבוא

רבות נכתב על אחריותו הנזיקית של רשויות ציבוריות בישראל.¹ אולם כתיבה זו לא העמיקה את הדיון במפלס האחריות של רשויות רגולטוריות בכלל ובעידן "המדינה הרגולטורית"² בפרט. התמקדות בזווית מחקר זו חשובה, משני טעמים עיקריים: ראשית, חקירת הנושא חשובה בשל התמורות השונות שהתרחשו במדיניות הרגולטורית בישראל בעשור האחרון, אשר כונו "הרפורמה הרגולטורית".³ שיאה של הרפורמה הגיע לאחרונה עם כניסתו לתוקף של חוק עקרונות האסדרה בשנת 2022,⁴ שטרם קיבל התייחסות מספקת בספרות או בפסיקה. במוקד תמורות אלה ניצבת מדיניות רגולציה

¹ ראו בעיקר ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 1027–1156 (2012) (להלן: גלעד דיני נזיקין); תמר גדרון "אחריות המדינה, גופים ציבוריים וממלאי תפקידים ציבוריים לנזק שנגרם ברשלנות – מדרון חלקלק" הפרקליט נא(2) 443 (2012); חיה זנדברג "תביעות נזיקין נגד הרשות המבצעת – על תנועת המטוטלת" הפרקליט נב(2) 3 (2013); אריאל פורת נזיקין כרך א 201–222 (2013).

² Giandomenico Majone, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, 17 WEST EUR. POL. 77 (1994).

³ ראו יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" משפט וממשל יח 219, 257 (2017) (להלן: רויטמן "המשפט המנהלי"); יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 425 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים) (2016) (להלן: רויטמן "הרפורמה הרגולטורית"); יובל רויטמן "דברי ברכה" מחקרי רגולציה ה: קורונה 17–20 (2022).

⁴ חוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021, ס"ח 125 (להלן: חוק האסדרה).

(Regulatory Policy) המבוססת על מתודות רגולטוריות מודרניות שפותחו בחו"ל ועיקרן בהסרת חסמים, בהקלת נטלים ובמעבר למודלים פיקוחיים מתקדמים יותר. המתודה המרכזית שאומצה בשלוש החלטות ממשלה בישראל⁶ ועוגנה לאחרונה בחוק האסדרה, היא מתודת ה-RIA (Regulatory Impact Assessment). על פי מתודה זו, על הרגולטור להגדיר את הבעיה שעמה הוא מבקש להתמודד, להגדיר מטרות, לבחון חלופות ולבסס את הרגולציה על תשתית עובדתית מקצועית. לצד זאת ארגו הכלים הרגולטורי כולל מתודות נוספות,⁷ כגון ניהול סיכונים,⁸ רגולציה מבוססת ראיות, רגולציה מבוססת על תובנות התנהגותיות,⁹ עקרון הזהירות המונעת¹⁰ ועוד. הדרישה המודרנית לבסס רגולציה על מתודות מקצועיות הקנתה לרגולטור מומחיות שונה מזו שנמסרה לו עד כה. אם בעבר נדרש הרגולטור להפעיל שיקול דעת "כללי", עתה שיקול דעתו ספציפי, מובנה ומקצועי יותר.¹¹ נטען כי המתודות הרגולטוריות מובילות לרגולציה אחראית ושקופה יותר, המסייעת לרגולטור להעניק לגיטימיות לפעולותיו האסדרתיות, בייחוד במקרים של ביקורת ציבורית

⁵ Jonathan B. Wiener, *Risk Regulation and Governance Institutions*, in RISK AND REGULATORY POLICY: IMPROVING THE GOVERNANCE OF RISK 133, 135 (OECD 2010).

⁶ ראו החלטה 2118 של הממשלה ה-33 "הפחתת הנטל הרגולטורי – דיון בהחלטת ועדת שרים לענייני חברה וכלכלה מס. חכ/39 מיום 14.9.2014" (להלן: החלטה 2118); החלטה 4398 של הממשלה ה-34 "רגולציה חכמה – יישום המלצות ארגון ה-OECD ותיקון החלטת ממשלה" (להלן: החלטה 4398); החלטה 218 של הממשלה ה-36 "תכנית לאומית לשיפור הרגולציה ותיקון החלטות ממשלה" (להלן: החלטה 218).

⁷ על כך שמומלץ לשלב את מתודת ה-RIA עם מתודות אחרות, ראו OECD, *Best Practice Principles for Regulatory Impact Analysis*, in REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 14, 18 (2020) (להלן: OECD, *Best Practice*): "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 2018) <https://bit.ly/3226ANV>.

⁹ לשימוש ברגולציה מבוססת ראיות ושימוש בתובנות התנהגותיות, ראו עומר זליבנסקי אדן ויובל פלדמן **תובנות התנהגותיות לטיוב עבודת הממשל** 39–45 (מחקר מדיניות 120, 2019).

¹⁰ לשימוש בעקרון הזהירות המונעת בתקופת הקורונה, ראו למשל בג"ץ 2109/20 **בן מאיר נ' ראש הממשלה**, פס' 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (נבו 26.4.2020) ("במצב החירום בו אנו מצויים כיום בעקבות מגפת הקורונה [...] הרשויות רשאיות לפעול על פי עקרון הזהירות המונעת, והן אכן נוהגות כך").

¹¹ על הכישורים והמומחיות הנדרשת לצורך RIA, ראו OECD, *Best Practice*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 21 "Skills are essential for RIA: [...] is a very challenging activity, which requires good expertise and the ability to communicate and trigger adequate learning". על שיקול הדעת המקצועי והספציפי במסגרת ניהול סיכונים, ראו Elizabeth Fisher, *Risk Regulatory Concepts and the Law*, in RISK AND REGULATORY POLICY: IMPROVING THE GOVERNANCE OF RISK 45, 51 (OECD 2010): "The significance of this shift is that the goal of regulators is now more specifically defined than in the past".

ושיפוטית.¹² אם כך, שאלה חשובה שניתן לשאול היא אם שינויים אלה מצריכים בחינה מחודשת של הביקורת השיפוטית במסגרת תביעות נזיקין נגד רשויות רגולטוריות. מהלך דומה נעשה בספרות הישראלית בנוגע למשפט המנהלי ובנוגע לדיני החוזים הרגולטוריים.¹³ ואולם, למיטב הבנתי, מלבד כמה זוויות מחקר "נזיקיות" ספציפיות¹⁴ טרם נערך דיון אקדמי המתמקד בסוגיית מפלס האחריות של רשויות רגולטוריות ובהשפעת השינויים של המדינה הרגולטורית על נושא זה, כמו גם דיון אקדמי בנושא חוק האסדרה, ומכאן החשיבות לחקירת הנושא.

שנית, בחינת היקף האחריות של רשויות רגולטוריות חשובה אף בשל המחלוקת הנוטשה בספרות האקדמית ובבתי המשפט בדבר מפלס האחריות הנזיקית של רשויות ציבוריות בישראל. בתמצית, היקף האחריות של רשויות ציבוריות בנזיקין תואר בספרות: "תנועת מטוטלת".¹⁵ עד לשנות השמונים נטען כי הגישה הייתה מצמצמת אחריות, כלומר הפסיקה נטתה להשתמש באמצעים לבקרת אחריותן של רשויות ציבור. ¹⁶ ברם בשנות השמונים ניתנו פסקי דין¹⁷ שהרחיבו את אחריות הרשויות ותוארו ככאלה אשר "עקרו" את האמצעים לבקרת אחריות.¹⁸ בתחילת שנות התשעים ניתן פסק הדין בעניין לוי.¹⁹ באותו

¹² Julia Black, *The Role of Risk in Regulatory Processes*, in THE OXFORD HANDBOOK OF REGULATION 302, 327–335 (Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge eds., Gregory Bounds, *Challenges to Designing Regulatory Policy Frameworks to Manage Risks*, in RISK AND REGULATORY POLICY: IMPROVING THE GOVERNANCE OF RISK 15, 28 (OECD 2010): "it can assist in providing defensible rationale for decision making, that can withstand external challenge from the courts, or potentially the media".

¹³ למחקר על המשפט המנהלי, ראו רויטמן "המשפט המנהלי", לעיל ה"ש 3. למחקר על חוזים רגולטוריים, ראו שרון ידן **רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים** (2016) (להלן: ידן **חוזים רגולטוריים**).

¹⁴ המלומד בעז סגל חקר את הנושא בכתיבתו בהקשרים ספציפיים: הקשר אחד בחן את ההרתעה של רגולטורים באמצעות דיני הנזיקין (ראו בעז סגל "הרתעת מאסדרים באמצעות דיני הנזיקין: ההבחנה בין דיני הפיצוי לדיני האחריות" **משפטים** מט 571 (2019) (להלן: סגל "הרתעת מאסדרים"); הקשר נוסף בחן את הגבלת אחריותן של רשויות רגולטוריות במסגרת כללי אחריות שונים (ראו בעז סגל "כלל הארכאיות יחד ולחוד – רשלנות מנהלית בפיקוח כמקרה בוחן" **חוקים** יד 49 (2020) (להלן: סגל "כלל הארכאיות").

¹⁵ זנדברג, לעיל ה"ש 1. להסבר דומה בנוגע לשינויים בהיקף האחריות של רשויות ציבוריות בנזיקין, ראו גם גלעד **דיני נזיקין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1030–1031.

¹⁶ שם, בעמ' 1057–1064. האמצעים השונים הם "מבחן השילוש", המתייחס לאלה: יחסים מיוחדים, קבלת אחריות והסתמכות סבירה; חומרת ההתרשלות; סוג הנזקים והניזוקים (למשל נזקים כלכלים טהורים מצמצמים אחריות); הבחנה בין מעשה למחדל טהור; הבחנה בין סוגים שונים של שיקול דעת שלטוני ("מדיניות" מול "ביצוע"); הבחנה בין מקרים שבהם הופעל שיקול דעת לעומת כאלה שלא הופעל; קיומה של חובה ציבורית; החלה ישירה של שיקולי הגבלת אחריות כגון הרתעת יתר ועוד.

¹⁷ ראו ע"א 862/80 **ציריית חדרה נ' זוהר**, פ"ד לז (3) 757 (1983); ע"א 243/83 **ציריית ירושלים נ' גורדון**, פ"ד לט (1) 113 (1985).

¹⁸ גלעד **דיני נזיקין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1093.

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.²⁰ לכן נטען כי פסק דין זה שיקף מגמה לצמצום אחריות. מאז עניין לוי ועד לסוף העשור הראשון לשנות האלפיים נטען בספרות האקדמית כי "חלה עלייה ניכרת בגובה מפלס אחריותן של רשויות ציבור",²¹ וכי היעדר הטלת אחריות הפך להיות ה"יוצא (מאוד מאוד) מהכלל".²² עמדה דומה הובעה גם בפסיקת בית המשפט העליון, שם נטען כי "הלכת לוי, נדמה, לא הכתה שורשים".²³ יתרה מזאת, קיימות עדויות שבתקופה זו פרקליטים בשירות המדינה טענו ש"הרטוריקה המרחיבה ורוח האקטיביזם המנשבת מהחלטות בית המשפט העליון אכן גורמות לערכאות השלום והמחוזי להרחיב עוד ועוד את האחריות עד כדי 'אנרכייה', 'אנדרלמוסיה' ו'אבסורד'".²⁴ עם זאת מתחילת העשור השני לשנות האלפיים הרושם הוא שנטושה מחלוקת בדבר מפלס האחריות: מצד אחד יש שטענו כי המטוטלת שוב החלה לנוע לכיוון מצמצם אחריות,²⁵ וכי "הלכת לוי עדיין חיה ובוועטת",²⁶ ומצד אחר עדיין נטען בעשור זה כי הפסיקה היא בכיוון המרחיב אחריות.²⁷

עיקר המחלוקת באשר למפלס האחריות נסבה על מקרים המובילים להרחבת אחריות, דהיינו: מקרים שהטלת אחריות בגינם מרחיבה מאוד את מפלס האחריות של רשויות ציבוריות. מדובר 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 הוא תביעות נזקין

¹⁹ ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994).

²⁰ להרחבה על הלכת לוי (שם), ראו את הדיון בתת-פרק א.1.א(6) להלן.

²¹ גלעד דיני נזיקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1139.

²² גדרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 473.

²³ ע"א 10078/03 שחיל נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד סב(1) 803, פס' 24 לפסק דינו של השופט לוי (2007).

²⁴ גלעד דיני נזיקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1142.

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

²⁶ רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פס' 45 (ד) לפסק דינו של השופט עמית (נבו 19.1.2017). עמדה זו הובעה מפי השופט עמית גם בע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' איבי, פס' 6 לפסק דינו (נבו 3.9.2015) ("דומה כי הלכה זו [הלכת לוי] טרם נס ליחה בפסיקה [...] ולטעמי היא עדיין חיה ובוועטת"). עמדה דומה הובעה לאחרונה מפי השופט מיניץ בע"א 6313/19 רשות ניירות ערך נ' שמואל, פס' 1 לפסק דינו (נבו 11.4.2022) (להלן: עניין רותם עליין) ("חותמה של הגישה המצמצמת 'המסורתית' עודנו ניכר, בפרט במקרים בהם מדובר בהפעלת סמכויות פיקוח ואכיפה").

²⁷ עניין גליק, לעיל ה"ש 26, בפס' מב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, אשר דחה את עמדתו החולקת של השופט עמית אגב הפניה לספרות מרחיבה ("נדמה שחברי מבקש לשנות מגמה זו ואת ההלכה שהתפתחה בבית משפט זה לאורך השנים...").

נגד רשויות רגולטוריות. תביעות אלה מערבות ביתר שאת סוגיות הקשורות לשיקול דעת רגולטורי; למחדלים טהורים או לנזקים כלכליים שנגרמו מפעילות של מפוקח בסקטור מסוים; לחשש מפני הרתעת יתר של הרגולטור. לפיכך בחינת מפלס האחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות חשובה, שכן היא עשויה לשפוך אור נוסף על המחלוקת הנוטשה על המקרים המובילים להרחבת אחריות. למשל, אם יימצא שמפלס האחריות הוא נמוך, תהיה בדבר אינדיקציה שהטענות ל"עלייה ניכרת" או ל"אנרכיה" בכל הנוגע לתביעות נגד רשויות רגולטוריות המובילות להרחבת אחריות, היו מוגזמות.²⁸

בשל 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 ייבדקו, מבחינה כמותנית ואיכותנית, החלטות של בתי המשפט בישראל שעסקו במקרים של "רשלנות רגולטורית".²⁹ מחקר זה ינסה לתור אחר מפלס האחריות של רשויות רגולטוריות בעשרים ואחת השנים האחרונות בבתי משפט 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.³⁰ בשלב השני תיבחן השאלה אם מפלס האחריות הנלמד מממצאי המחקר עולה בקנה אחד עם התמורות המאפיינות את הרפורמה הרגולטורית. במסגרת זאת תיבחן השאלה הנורמטיבית אם מפלס זה רצוי לאורן של מתודות מודרניות. לאחר מכן יוצג ניתוח איכותני שיבחן אם הפסיקה התייחסה למאפיינים מרכזיים של הרפורמה, ואם התייחסות זו

²⁸ עם זאת כבר בשלב זה יובהר כי המחקר הנוכחי אינו חף מקשיים אמפיריים. כפי שיוצג בתת-פרק א.3 להלן, אוכלוסיית המחקר הנוכחי תעסוק בפסקי דין שעסקו בתביעות בגין רשלנות רגולטורית מאז שנות האלפיים, לעומת המחקרים שהוצגו בספרות וטענו ל"אבסורד" שעסקו בתביעות נזיקיות נגד רשויות ציבוריות ככלל מאז קום המדינה. כמו כן מבחינה אמפירית ייתכן כי לקריאות שהוצגו בספרות הייתה השפעה על מפלס האחריות שיימצא במחקר הנוכחי, או אז קיים קושי במסקנה כי הן היו "מוגזמות".

²⁹ יובהר כי המאמר יתמקד אך ורק בעולות הרשלנות, שכן עולות זו היא המקור הנורמטיבי העיקרי לפיתוח דיני הנזיקין הישראליים (ראו ס' 35–36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266; גדרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 446). יתרה מזאת, נראה כי היא העולה העיקרית להטלת אחריות על רשויות ציבוריות, שכן הגישה בנוגע להטלת אחריות על רשויות ציבוריות באמצעות עולות הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין 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 דיני נזיקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1028; ס' 3 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב–1952. לאחריות שילוחית, ראו ס' 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 של שיקול-דעת" משפטים טו 245, 276–282 (1985) (להלן: דותן "האחריות הנזיקית").

³⁰ גלעד דיני נזיקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1033 ("ניתוח החלטות מרכזיות של בית המשפט העליון בסוגיה").

מתאימה למפלס האחריות הרצוי. על יסוד ממצאי המחקר תוצגנה דרכים אפשריות שבהן הפסיקה העוסקת ברשלנות רגולטורית יכולה לפסוע כדי לשפר את הביקורת השיפוטית במקרים אלה.

סדר הדברים יהיה זה: בפרק א יוצגו מתודולוגיית המחקר הכמותני והאיכותני וממצאיו בנוגע לשאלת היקף האחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות. בפרק ב יוצג דיון במפלס האחריות הרצוי של רשויות רגולטוריות בראי הרפורמה הרגולטורית, וכן יוצג ניתוח איכותני בנוגע למידת ההתייחסות של הפסיקה למאפיינים מרכזיים של מתודות רגולטוריות ולאופן התייחסות זו. בפרק ג 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 בסוגם ובמספרם של המפוקחים ושל הרגולטורים בסקטורים השונים. לבסוף, אסכם.

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

1. מתודולוגיית המחקר הכמותני

לצורך המחקר בניתי מאגר מידע³¹ 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. בשל הטענות שהובעו בספרות ובפסיקה **השערת המחקר** שנבחרה היא שמפלס האחריות הנזיקית שיימצא יהיה גבוה מאוד, כלומר שהיעדר הטלת אחריות על רשות רגולטורית יימצא בהחלטות ספורות בלבד ("היוצא מאוד מאוד מן הכלל").

(א) אופן החיפוש באתר נבו

לשם איתור ההחלטות הרלוונטיות השתמשתי במאגר "נבו", על פי השאילתות האלה: (1) חיפוש כל פסקי הדין שאזכרו את פסק הדין בע"א 915/91 **מדינת ישראל נ' לוי**,³² הן ברובריקה של "ביטוי" והן לפי "אזכורים"; (2) חיפוש באמצעות אזכור של פסקי דין מרכזיים נוספים בתחום אחריות רשויות ציבוריות בנוזיקין, ובכללם ע"א 243/83 **עיריית**

³¹ המאגר נבנה באמצעות תוכנת Excel. לקובץ המאגר, ראו "מאגר – אחריות נזיקית של רשויות רגולטוריות בישראל" **משפטים** (23.5.2022) <https://bit.ly/3INuGjd>. כמו כן, לקבלת קובץ המאגר ניתן לפנות גם למחבר בדוא"ל talmazar4@gmail.com.

³² עניין **לוי**, לעיל ה"ש 19.

ירושלים נ' גורדון,³³ ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר,³⁴ ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות,³⁵ ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מגורה³⁶ וע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוני.³⁷ החיפוש נעשה בשילוב כל אחת מהמילים האלה: 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",³⁸ גדרון "מדרון חלקלק",³⁹ זנדברג "תנועת מטוטלת",⁴⁰ דותן "עובדי ציבור"⁴¹ ופורת "דיני נזיקין".⁴² החיפוש נעשה הן עם המושגים האלה והן בלעדיהם: מדינה, רשות ציבורית ורשות מנהלית.

עוד יובהר כי במקרים שבהם איתרתי הן פסק דין של ערכאה דיונית והן פסק דין של ערכאת הערעור התייחסתי לכל אחד מהם כאל פריט עצמאי במאגר אף שפסק הדין של הערכאה הדיונית "נבלע" מבחינת תוקפו בפסק הדין של ערכאת הערעור (ובלבד שפסקי הדין בערכאות הנמוכות התקבלו בתוך תקופה המחקר). עשיתי זאת כי מטרת המחקר העיקרית היא להתחקות על היקף האחריות של רגולטורים בנוזיקין בערכאות השונות.⁴³ כמו כן אותרו במחקר 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 לא הוכנסו למאגר החלטות אשר דחו בקשות לסילוק על הסף, שאינן מסיימות את ההליך. במקרים אלה נעשה ניסיון לאתר את פסק הדין הסופי באותו הליך. אם לא אותר

³³ עניין גורדון, לעיל ה"ש 17.

³⁴ עניין חדרה, לעיל ה"ש 17.

³⁵ עניין שתיל, לעיל ה"ש 23.

³⁶ ת"א (שלום ת"א) 63271/94 מגורה חברה לביטוח בע"מ נ' משרד החקלאות (נבו 22.8.2002).

³⁷ ע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו 23.6.2005).

³⁸ גלעד דיני נזיקין, לעיל ה"ש 1.

³⁹ גדרון, לעיל ה"ש 1.

⁴⁰ זנדברג, לעיל ה"ש 1.

⁴¹ דותן "האחריות הנזיקית", לעיל ה"ש 29.

⁴² פורת, לעיל ה"ש 1.

⁴³ בכל מקרה מדובר ב-18 פסקי דין בלבד, ולכן ההתייחסות אליהם כפריט אחד לא הייתה משנה את תוצאות המחקר שינוי דרמטי. עם זאת במלאכת החיפוש אותרה החלטה של בית המשפט העליון העוסקת בערעור אשר נמחק לאחר שהרשות חזרה בה ממנו (ראו ע"א 6930/11 אגף המכס ומע"מ נ' ג'וניור קרטל בע"מ (נבו 29.4.2013)). הואיל שמהחלטה זו לא ניתן ללמוד על עמדתו האמיתית של בית המשפט העליון כלפי התביעה, היא לא נכללה במאגר.

פסק הדין הסופי, ההחלטה הרוחה לא הוכנסה למאגר.⁴⁴ נוסף על זה, במלאכת החיפוש נודע על 3 פסקי דין (של שלוש הערכאות) שעסקו בהמרצת פתיחה שבה נטען, בין היתר, ל"רשלנות" של רשות רגולטורית. הואיל ופסקי הדין של השלום ושל המחוזי לא פורסמו במאגרים משפטיים, וההמרצה עסקה בסעד הצהרתי בלבד ולא בסעד כספי-נזיקי, הוחלט שלא לכלול את שלושת פסקי הדין במאגר.⁴⁵

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

כבר במסגרת החיפוש הראשוני עלה כי קיימות שתי משוכות גבוהות שיש לעבור לצורך איתור וקידוד פסקי הדין הרלוונטיים למחקר. המשוכה הראשונה קשורה להגדרת המושג "רשלנות רגולטורית". המושגים "רגולציה" ו"רגולטור" קיבלו הגדרות רבות ושונות בספרות ובדברי חקיקה בישראל, והמשימה להגדירם אפוא הייתה קשה מהמצופה. עם זאת כדי להיצמד להגדרה טכנית וברורה, שמצד אחד תהיה ממוקדת מספיק, ומצד אחר תהיה רחבה ותכלול מספיק מקרים לצורך גיבוש נתונים כמותניים למחקר, בחרתי להגדיר את המושגים "רגולציה" ו"רגולטור" כך:

המושג "רגולציה" הוגדר לפי ההגדרה שהציעה ידין במאמרה.⁴⁶ הגדרה זו מדגישה את שלושת שלבי הרגולציה: (1) הסדרה – יצירה ופרסום של נורמות משפטיות (חוק, תקנות, נהלים, חוזרים, הנחיות ומפרטים); (2) פיקוח – הפעלת בקרה כדי לוודא שהמפוקחים מציינים לנורמות הרגולטוריות המסדירות ולאתר הפרות באמצעות פקחים, מנגנוני דיווח וגילוי; (3) אכיפה – אכיפת הנורמות באמצעות כלי אכיפה פלילית, מנהלית, פתרונית

⁴⁴ להחלטות אלו, ראו ת"א (מחוזי חי') 10767-06-14 פלוני נ' דרויש (נבו 17.10.2018); בש"א (מחוזי חי') 2373/98 מדינת ישראל נ' עובון חזן (נבו 14.3.2000); ת"א (מחוזי חי') 32519-02-17 אביטן נ' מדינת ישראל (נבו 13.2.2018).

⁴⁵ מדובר בהמרצת פתיחה נגד רשות המיסים (אגף המכס) אשר בה התבקש בית המשפט להצהיר שהתובעת פרעה את המיסים וההיטלים בגין טובין ששוחררו מהמכס. בית משפט השלום קיבל את ההמרצה (ה"פ שלום חי') 1101/00 פרמוט חברה לחיסון עצים בע"מ נ' מדינת ישראל – אגף המכס בע"מ; בית המשפט המחוזי קיבל את הערעור ודחה את ההמרצה נגד רשות המיסים (ע"א (מחוזי חי') 2721/01 פרמוט חברה לחיסון עצים בע"מ נ' אגף המכס בע"מ (25.7.2002)); בית המשפט העליון דחה את בקשת הרשות לערער שהגישה התובעת (רע"א 6602/03 פרמוט חברה לחיסון עצים בע"מ נ' אגף המכס בע"מ (נבו 18.5.2006)). אם כן, והיות ששתי החלטות דחו את ההמרצה נגד הרשות, הרי שאף אם ההחלטות היו נכללות במאגר, הן לא היו משנות את מסקנת המחקר.

⁴⁶ שרון ידין "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשוניים של המונח בחקיקה הישראלית" חוקים בקצרה 1 (2014) (להלן: ידין "מהי רגולציה?"). "אסדרה" הוגדרה כך: "פעילות שיטתית הנעשית בידי גוף מנהלי ברשות המבצעת של המדינה, העוסק בגיבוש ובהוצאה לפועל 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" (שם, בעמ' 9).

הסכמיים ואחרים (למשל אזהרת הציבור מפני המפוקח).⁴⁷ נראה כי הצעה זו מתאימה להגדרה המצויה בהחלטות הממשלה,⁴⁸ להגדרה שעוגנה בחוק האסדרה,⁴⁹ ולטעמי היא המדויקת ביותר לצורך המחקר בענייננו.⁵⁰ יתרה מזאת, במחקר אמפירי שבחן את השימוש במושג "רגולציה" בפסיקה הישראלית נטען כי ההגדרה המתאימת לשלוש פעולות אסדרתיות (קביעת כללים, פיקוח ואכיפה) היא הנפוצה ביותר בפסיקה.⁵¹

המושג "רגולטור" הוגדר כרשות מנהלית, לרבות רשות סטטוטורית, העוסקת ב"רגולציה".⁵² יש להדגיש כי כדי להיחשב רגולטור, על גוף מנהלי להיות מוסמך לבצע את כל שלושת שלבי הרגולציה.⁵³ נוסף על זה, פעולתו הרגולטורית צריכה להיעשות במסגרת "פעילות שיטתית" העוסקת במדיניות ל"הכוונת שווקים".⁵⁴ לצורך החיפוש אחר תביעות נגד רגולטורים נעזרתי גם בספר הרגולטורים הממשלתי.⁵⁵ ספר זה כולל רשימה של כל הרגולטורים בישראל, לפי ההגדרה המצויה בהחלטות הממשלה, כאשר לצד כל רגולטור מפורטת מהות תפקידו הרגולטורי. הואיל והחלטת הממשלה לא כללה רשויות רגולטוריות סטטוטוריות, הן אינן מופיעות בספר הרגולטורים. עם זאת וכפי שהובהר בדברי ההסבר לחוק האסדרה, קיימות רשויות סטטוטוריות, כגון הרשות לניירות ערך, הרשות השנייה

⁴⁷ שם, בעמ' 11–12.

⁴⁸ ראו החלטה 2118, לעיל ה"ש 6; החלטה 4398, לעיל ה"ש 6. בהחלטה 2118 (שם) 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 (שם) הורחבה ההגדרה גם להנחיות, לחוזרים, לנהלים וכו'. הגדרה זו נשארה על כנה בהחלטת 218, לעיל ה"ש 6, משנת 2021.

⁴⁹ ס' 3 לחוק האסדרה.

⁵⁰ אציין כי למלומדת ידן מקום נכבד במחקר האקדמי העוסק ברגולציה בישראל. ראו למשל עניין מתווה הגז (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 2 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 27.3.2016)) שם אימץ בית המשפט את המונח "חווה רגולטורית", שהציעה ידן בספרה (ידן חוזים רגולטוריים, לעיל ה"ש 13, בעמ' 38).

⁵¹ 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").

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

⁵³ שם, בעמ' 11 ("גוף רגולטורי צריך להיות מוסמך לבצע [...] שלוש פעולות מרכזיות מינימליות כדי להיחשב רגולטור"). על כך ניתן ללמוד גם מהגדרת המושג "אסדרה" בסעיף 3 לחוק האסדרה, שלפיו יש דרישה מצטברת לשלושת שלבי הרגולציה ("ומתקיימים בה כל אלה [...]").

⁵⁴ ידן "מהי רגולציה?", לעיל ה"ש 46, בעמ' 10–11.

⁵⁵ משרד ראש הממשלה **ספר הרגולטורים הממשלתי** (2019) <https://bit.ly/3zodoYp>. הספר אוזכר גם בסעיף 1 להחלטת ממשלה 2118, לעיל ה"ש 6.

לטלוויזיה ורדיו ועוד, שהן בעלות סמכויות רגולטוריות.⁵⁶ לכן גם רשויות אלה נכללו במחקר.

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 נגד המדינה הוא תביעות בגין מחדל של אי-מתן שירותים או אי-הספקת מוצרים שיש בהם כדי להגדיל את רווחתו של הפרט.⁵⁷ למשל: תביעות נגד המדינה בגין רשלנות בהספקת מים,⁵⁸ בגין רשלנות בטיפול בתשתיות ניקוז שהובילו לנזקים משיטפונות,⁵⁹ בגין אי-טיפול בסיכונים טבע שונים⁶⁰ ועוד. מדובר בתביעות שבהן הרשות אינה נתבעת בגין "פעולה אסדרתית" אלא בגין פעולה הקשורה להספקת שירותים או מוצרים.⁶¹ הגם שפעולות כאלה עשויות להיות "שיטתיות", במובן זה שהן מבוססות על עבודות מטה מסוימות (למשל ניהול סיכונים של שיטפונות⁶²), והן כוללות אלמנטים מסוימים של הסדרה או פיקוח, הן אינן עוסקות במדיניות להכוונת שווקים, והן נעדרות סמכויות אכיפה. בכך הן חסרות מאפיינים של הגדרת הרגולציה כפי

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

⁵⁷ גלעד דיני נויקיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1048-1049.

⁵⁸ ראו לדוגמה עניין **שחיל**, לעיל ה"ש 23 (מדובר בתביעה העוסקת ברשלנות של המדינה בהספקת מים במליחות גבוהה מדי אשר גרמו לנזקים לפרחים שגידל התובע); ע"א 8500/06 **חוות צברי אורלי בע"מ נ' מדינת ישראל** (נבו 27.8.2012) (שם דובר על רשלנות של המדינה בהספקת מי קולחין לחווה).

⁵⁹ ראו לדוגמה ע"א 2906/01 **עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ** (נבו 25.5.2006); ת"א (מחוזי נצ') 1283-04 **אדרי נ' מדינת ישראל** (נבו 30.11.2010); ת"א 217331/02 **אוטובוטיק ארו בע"מ נ' מדינת ישראל** (נבו 21.11.2004); עניין **מנורה**, לעיל ה"ש 36.

⁶⁰ ראו לדוגמה ת"א 3242/05 **סולימני נ' רשות שמורות הטבע והגנים** (נבו 2.5.2010) (שם דובר על תביעה נגד רשות הטבע והגנים בגין השבת יחמורים לטבע, מהלך שגרם נזקים למטע ליצי שבעלות התובע); ת"א (שלום קרי') 2708/02 **דימרי נ' רשות שמורות הטבע** (נבו 25.7.2004) (גם במקרה זה דובר על תביעה נגד המדינה בגין רשלנות בקשר ליחמורים); ת"א (מחוזי חי') 53057-10-12 **פלוני נ' מדינת ישראל** (נבו 30.4.2019) (שם דובר על תביעה נגד המדינה בגין טיפול רשלני בבווענים באזור ים המלח).

⁶¹ גם ידיו עומדת על כך שההגדרה המוצעת מסייעת להבחין "בין פעולות ביצועיות או אחרות לבין פעולות אסדרתיות" (ידיו "מהי רגולציה?", לעיל ה"ש 46, בעמ' 12).

⁶² לניהול סיכונים שיטפונות על-ידי משרד החקלאות, ראו "משרד החקלאות משקיע 146 מיליון ₪ בשיפור תשתיות הניקוז בכדי לדאוג לכך שבחורפים הבאים לא נקלע שוב לבעיות ניקוז ושיטפונות" **משרד החקלאות ופיתוח הכפר** (3.8.2020). <https://bit.ly/3Pzkz4F>. לניהול סיכונים שיטפונות בבריטניה, ראו למשל ENV'T AGENCY, NATIONAL FLOOD AND COASTAL EROSION RISK MANAGEMENT STRATEGY (REVISED): STRATEGIC ENVIRONMENTAL ASSESSMENT (SEA) SCOPING REPORT (Sep. 2018), <https://bit.ly/3aHWqsZ>.

שנקבעה לצורך המחקר דנן,⁶³ ולכן פסקי הדין בתביעות אלה לא נכללו במאגר. (2) **רשויות מקומיות**. הגם שיש לרשויות מקומיות סמכויות רגולטוריות מסוימות, כגון רישוי עסקים, תכנון ובנייה ועוד,⁶⁴ פסקי הדין בעניינן לא נכללו במאגר. שתי סיבות לכך: ראשית, החלטות הממשלה וחוק האסדרה לא הגדירו רשויות מקומיות כ"רגולטור";⁶⁵ שנית, בשל קוצר היריעה של מאמר זה החלטתי להתמקד ברשויות ציבוריות ברמה הארצית ולא ברמה המקומית. (3) **משטרת ישראל**. משטרת ישראל אחראית לאכיפת הדין הפלילי.⁶⁶ בכובע זה היא אינה פועלת כרגולטור. לעומת זאת לאגפים שונים במשטרת ישראל, כגון חטיבת אבטחה ורישוי, מסורות סמכויות אסדרתיות.⁶⁷ לפיכך רק תביעות נגד משטרת ישראל התוקפות פעולות אסדרתיות הוכנסו למאגר. (4) **משרד החינוך**. למשרד החינוך מסורות סמכויות אסדרתיות שונות.⁶⁸ למשל, פיקוח בקרה ואכיפה של קיום תנאי הבטיחות במוסדות חינוך.⁶⁹ מקרים כאלה הוכנסו למאגר, שכן הם עוסקים בפעולות אסדרתיות. עם זאת פעמים רבות מוגשות תביעות נגד משרד החינוך בגין אחריות לרשלנות של גורמי חינוך שונים בהשגחתם על תלמידים.⁷⁰ 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, אינה נתבעת בכובעה הרגולטורית, ולכן

⁶³ מעניין כי גם בדברי הסבר לחוק האסדרה (לעיל ה"ש 56, בעמ' 1130) הובהר כי יש להחריג מהגדרת המושג "אסדרה" כללים "שאין בצידם אכיפה שיכולה להתבצע על ידי אחד הגופים המנויים בהגדרה".

⁶⁴ להרחבה על סמכותן הרגולטורית של רשויות מקומיות, ראו למשל גיא מור "רגולציה מקומית" **הרגולטור** (1.10.2018) <https://bit.ly/3aQJ4KY>. לפיכך המחקר גם אינו כולל תביעות התוקפות החלטות של ועדות תכנון ובנייה **מקומיות**. לעומת זאת המחקר כולל החלטות של ועדות תכנון ובנייה **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" (**ספר הרגולטורים**, לעיל ה"ש 55, בעמ' 39).

⁶⁵ המושג "מאסדר" בחוק האסדרה כולל רק "רשות ציבורית", שהגדרתה בחוק זה כוללת רק את הממשלה ואת משרדיה וכן את משטרת ישראל, אך לא רשויות מקומיות.

⁶⁶ לאחריות המשטרה בטיפול בתלונות, ראו ע"א 1678/01 **מדינת ישראל נ' וייס** (נבו 2.6.2004). כמו כן מדובר בתביעות בגין אלימות משטרתית, מעצרים שלא כדין וכו' שאינם נחשבים לרשלנות אסדרתית.

⁶⁷ ראו הגדרת המושג "רשות ציבורית" בסעיף 3 לחוק האסדרה. ראו גם **ספר הרגולטורים**, לעיל ה"ש 55, בעמ' 52; "חטיבת אבטחה ורישוי" **במשטרת ישראל** (עודכן ביום 20.7.2020) <https://bit.ly/3INA9Xh>.

⁶⁸ **ספר הרגולטורים**, לעיל ה"ש 55, בעמ' 13-16.

⁶⁹ ראו למשל ת"א (שלום הר') 4957/99 **טיילור נ' עיריית קרית אנוו** (נבו 21.8.2002). באותו מקרה נטען לרשלנות משרד החינוך בקביעת נהלי בטיחות (הסדרה) ובפיקוח. הודגש כי מדובר בפעולות ברמת המדיניות והפיקוח השלטוני.

⁷⁰ לדוגמה ראו ע"א 2061/90 **מרצלי נ' משרד החינוך והתרבות**, פ"ד מז(1) 802 (1993). במקרה זה משרד החינוך נתבע בגין נזק שנגרם לתלמידה בטיול במסגרת בית-ספרית, ונטען לרשלנות בהשגחה על התלמידה. לסקירת הפסיקה בעניין זה, ראו ת"א (מחוזי ב"ש) 3001-09 **א' ח' ס' נ' משרד החינוך** (נבו 3.5.2013).

הם לא הוכנסו למאגר. (6) **תאונות עבודה בשירות המדינה**. מדובר בתביעות נזיקין של עובדי מדינה בגין נזקים מתאונת עבודה שאירעה במהלך עבודתם בשירות המדינה. בתביעות 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 מכרז. תביעות אלה אינן מערבות טענות בנוגע ל"רשלנות רגולטורית" ולכן לא נכנסו למאגר.⁷¹

כמו כן אותרו מקרים שבעניינם התעורר ספק אם ניתן להחשיבם ל"רשלנות רגולטורית". סוג המקרים הראשון הוא רשלנות בהסדרת פנקס רישום המקרקעין, המנוהל באגף לרישום והסדר מקרקעין במשרד המשפטים (מדובר בשני מקרים) ובפיקוח עליו. הואיל ולפי ספר הרגולטורים האגף מוגדר רגולטור, ותפקידו "ניהול פנקסי המקרקעין", הוחלט להכניס החלטות אלה למאגר. סוג המקרים השני הוא רשלנות בהסדרת מאגר הרישום של משרד התחבורה ובפיקוח עליו (מדובר ב-11 מקרים). הואיל ולפי ספר הרגולטורים אגף הרישום במשרד התחבורה אחראי, בין היתר, ל"רישום ורישוי כלי רכב", ופעולה זו היא חלק משלבים של הסדרה ופיקוח 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 יהיה אפשר להסיק בדבר מפלס האחריות של רשויות רגולטוריות. יש להדגיש כי "מפלס האחריות" מתייחס הן לשאלת **האחריות**, העוסקת בשאלה אם יש מקום להטיל אחריות על הרשות, והן לשאלת **החבות**, העוסקת בהיקף הפיצוי שיש לחייב את הרשות (אם הוטלה אחריות).⁷² על פני הדברים הקריטריון הראשון הוא (1) **תוצאת פסק הדין**. ככל שהתביעות שיימצא שהתקבלו תהיינה רבות יותר, יהיה אפשר להסיק קיומו של היקף אחריות נרחב, ולהפך. ואולם ברי כי עצם הקבלה או הדחייה של תביעה נזיקית נגד רשות רגולטורית אינו יכול להעיד בוודאות על היקף אחריות מסוים. בסופו של דבר, התוצאה

⁷¹ ראו למשל רע"א 2127/18 ארבל מרכז גריאטרי בע"מ נ' משרד הבריאות (נבו 31.12.2018). באותו מקרה המדינה התקשרה באמצעות מכרז עם כמה מרכזים גריאטריים. נטען לרשלנות בקביעת תעריפים במכרז. מעניין שבית המשפט העליון הבהיר שאין מדובר ב"רשלנות רגולטורית". נכתב: "התביעה שהוגשה נגד המדינה לא עסקה במקרה הקשה יותר של רשלנות ברגולציה על פעילותם של גופים אחרים" (שם, בפס' 27).
⁷² סגל "הרתעת מאסדרים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 573. המחבר מציע לקיים הבחנה בין שלב הטלת האחריות לבין שלב קביעת היקף החבות (הפיצוי).

תלויה בנימוקים המשפטיים שהובילו אליה. למשל, ייתכן שתביעה מסוימת התקבלה, אך הנימוקים המשפטיים והרטוריקה השיפוטית אינם מעידים בהכרח על גישה מרחיבת אחריות.

לפיכך המחקר דנן חייב אותי לחפש פרמטרים נוספים שבאמצעותם יהיה אפשר לבחון את מפלס האחריות. גלעד הציע שני מבחנים לבחינת היקף האחריות של רשויות ציבוריות.⁷³ בתמצית, המבחן הראשון הוא **המדד המשולב להיקף אחריות**, המורכב מכמה מדדי משנה הבוחנים את רמת האקטיביזם השיפוטי, את סוג הנזק, את השאלה אם מדובר במעשה או במחדל, את 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, וודאי שמבחן הרטוריקה, הם מבחנים בעלי אופי "איכותני" המבוססים לרוב על ההבנה ועל הפרשנות האישית של החוקר את פסיקת בתי המשפט, בשונה מפרמטרים "טכניים".⁷⁴ לצד זאת במסגרת בחירת הפרמטרים הנוספים למחקר השתמשתי בחלק ממדדי המשנה שהציע גלעד, בניסיון לאתר באמצעותם נתונים "טכניים". יובהר כי יישום פרמטרים אלה אינו חף מקשיים אמפיריים, ולכן לצד הממצאים הכמותניים 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 רגילה**. 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)**

⁷³ גלעד **דיני הנזיקין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1109–1112.

⁷⁴ להרחבה על הקשיים ועל ההטיות 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).

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 העובדה עצמה 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 לעובדות המקרה – סווגו על פי הפרמטר הראשון. 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 התרשלה התרשלות חמורה וקיצונית. לעומת זאת החלטות שבהן הדגיש בית המשפט כי לצורך הטלת אחריות על הרשות נדרשת התרשלות חמורה – קודדו לפי הפרמטר 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;⁷⁵ נזק ראייתי;⁷⁶ הדבר מדבר בעד עצמו.⁷⁷ כשבית המשפט הכיר באחת או יותר מחזקות אלה, העיד הדבר על גישה מרחיבת אחריות, וההחלטה סווגה על פי אחת מחזקות האחריות. לעומת זאת כשלא 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. למשל, גם אם אין מקום להכיר בחזקת חובה משום שהיא אינה רלוונטית לנסיבות המקרה, היינו מצפים שאם הנפוצות שלה הייתה גבוהה, היו בתי המשפט או תובעים מנסים לטעון לה בכל מקרה. ניסיון זה אכן היה מוביל להרחבת אחריות. לפיכך ממצא הכולל מספר גדול של החלטות שאין בהן כל התייחסות לחזקות אחריות (בשונה מהחלטות שהכירו או דחו חזקות אלה) עשוי להחליש את הסברה שנטענה בספרות שלפיה חל שימוש גובר בחזקות אלה, שימוש המרחיב את היקף

⁷⁵ להרחבה ראו גלעד דיני הנויקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1096–1099.

⁷⁶ להרחבה ראו גדרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 502–510.

⁷⁷ שם, בעמ' 504. ראו גם ס' 41 לפקודת הנויקין. להרחבה, ראו גיא שני "כלל הדבר מעיד על עצמו" בידי הנויקין – בחינה מחודשת "משפטים" לה 81 (2004).

האחריות. (4) סוג הנזק. קריטריון זה בחן מהו סוג הנזק שבגיניו הוגשה התביעה. יש 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. אם נמצא שבית המשפט הטיל אחריות בגין נזקים "רחוקים", הדבר יכול להעיד על גישה מרחיבת אחריות. מנגד, בשל ה"קושי" העובדתי לא ניתן להסיק על קיומה של 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 העיקרית היא בין "צד שלישי" ל"רשות".⁷⁸ הטלת אחריות על הרשות בגין סיכון שנוצר ישירות על ידי צד שלישי (דהיינו בגין מחדל טהור) היא מרחיבת אחריות. במקרים שהתעורר קושי בסיווג יוצר הסיכון סוג הן כצד השלישי וכן הרשות.

לבסוף, הואיל ועיקר המחלוקת בנושא אחריות רשויות ציבורית נסבה על עניין לוי, הוחלט לבחון גם את (6) ההתייחסות לפסק דין בעניין לוי. באותו מקרה תלויים של נפגע בתאונת דרכים נותרו ללא פיצוי ביטוחי. נטען לרשלנות המפקח על הביטוח משום שלא הזהיר את המבוטחים שהמבטחת נקלעה לקשיים כלכליים ולא פעל לשלילת רישיונה. בית המשפט המחוזי הטיל אחריות על המפקח אגב התערבות באמות המידה שלפיהן היה על המפקח להפעיל את שיקול דעתו.⁷⁹ 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 בשיקול 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.⁸⁰ לפיכך הואיל ובהחלטה בעניין לוי הפכה הגישה המגבילה את

⁷⁸ הפסיקה מקיימת הבחנה זו. ראו למשל ע"א (מחוזי חי') 4758/98 אורנים סילנסר בע"מ נ' משרד העבודה, פ"מ התשנ"ט(2) 510, פס' 4(ב)(2) לפסק דינו של השופט וסרקרוג (2000) ("ראוי להבחין בין גורם הסיכון הישיר לבין חובת הפיקוח הכללית"); ת"א (מחוזי חי') 512/98 עזרא נ' סקאי קלאב בע"מ, פס' 21 (נבו) 21.9.2005 ("המדינה אינה מהווה גורם הסיכון הישיר").

⁷⁹ ת"א (מחוזי חי') 635/84 לוי נ' מדינת ישראל, פ"מ התשנ"א(1) 453 (1991).
⁸⁰ נימוקים אלה פורטו בעיקר בעניין לוי, לעיל ה"ש 19, בפס' 23-24. יש לציין כי נימוקים מערכתיים אלה "נשאבו" משלושה פסקי דין באנגלייה ובארצות הברית שבהן הגישה המצדדת בצמצום אחריות קיבלה את

האחריות למדיניות מוצהרת בפסיקה הישראלית, לעומת הגישה ששלטה בפסקי דין קודמים,⁸¹ יש חשיבות יתרה בבדיקת ההתייחסות להלכה זו.

כדי לתור אחר אופן ההתייחסות הקידוד השישי חולק לכמה פרמטרים, כדלקמן: (א) **אזכור כרקע נורמטיבי** – מדובר במקרים שבהם ההתייחסות לעניין לוי הייתה במסגרת ה"רקע" הנורמטיבי, והם בעלי אופי "ניטרלי". כלומר, שלא ניתן ללמוד אם בית המשפט מאמץ את הגישה המצמצמת המאפיינת את הלכת לוי, או שמא דוחה אותה לנוכח הגישה המרחיבה;⁸² (ב) **אזכור כנימוק לדחיית התביעה** – החלטות שקודדו על פי פרמטר זה אזכרו את הלכת לוי כחלק מהנימוק לדחיית התביעה, אם באשר ליסוד חובת הזהירות ואם באשר ליסוד ההתרשלות. יש לציין כי פסק הדין בעניין לוי ראה בחריג שיקול הדעת הצדקה לשלילת חובת זהירות, אך גם שיקול התומך ב"ריכוך" סטנדרט הזהירות של הרשות, במסגרת בחינת יסוד ההתרשלות.⁸³ החלטות אלה מעידות על צידוד בגישה המצמצמת אחריות; (ג) **דחיית הלכת לוי בנימוק שאין מדובר בשיקול דעת "רחב"**; (ד) **דחיית הלכת לוי בנימוק שלא הופעל כל שיקול דעת**; (ה) **דחיית הלכת לוי בנימוק שההליך שקדם להחלטה היה רשלני**. בהחלטות שסווגו על פי פרמטרים (ג) עד (ה) בית המשפט התייחס לעניין לוי אך דחה את תחולתו של חריג שיקול הדעת בנימוק שהוא אינו חל בנסיבות העניין, לפי אמות המידה שהוצעו בהלכת לוי. חשוב להדגיש כי הלכת לוי לא שאפה

הבכורה: פסק הדין הראשון ניתן בעניין Hill v. Chief Constable West Yorkshire [1998] (ראו 2 W.L.R. 1049 (AC) (Eng.)). 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, הטלת אחריות במקרים אלה עלולה לגרום לשוטרים לפעול בהסננות, להטיל עומס התדיינות ולשבש את פעילותה; פסק הדין השני ניתן בעניין Kun-yen v. A-G of Hong Kong (ראו 1 All E.R. 705 (Eng.)). במקרה זה נתבע המפקח על מוסדות פיננסיים באנגליה בטענה כי התרשל ברישוי חברה. גם כאן דחתה מועצת המלך את התביעה, בהפנותה לעניין Hill, ובנימוק שחובתו של המפקח לדאוג לציבור היא חובה כללית ולא חובה ספציפית. בנוסף, ההחלטה נומקה על יסוד שיקולי התעעת יתר ואי-התערבות (אי-שפיטות); פסק הדין השלישי ניתן בעניין Gaubert v. United States (1991) 315 (U.S.). בתמצית, בפסק הדין נידון בהרחבה חריג שיקול הדעת האמריקאי. נפסק כי החסינות מכוח החריג תחול גם על הדרג הזוטר הפועל ברמת הביצוע (בשונה מרמת המדיניות). למעשה, החלטה זו הרחיבה את תחולתו של חריג שיקול הדעת והובילה לחיזוק הגישה המצדדת בצמצום אחריות. להרחבה ראו ישראל גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)" **משפט וממשל ג** 55, 64–65 (1994).

⁸¹ ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 2144-09 **מעברות גלקסי אלקטרוניקס (1985) בע"מ נ' מדינת ישראל**, פס' 23 (נבו 10.7.2016) ("ספק אם הנתבעת זכאית לפטור מלא ומוחלט נוכח חריג שיקול הדעת [...] עם זאת, בשים לב לתוצאת פסק הדין, איני נדרש לקבוע עמדה בסוגייה זו[...]").

⁸² פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 214 ("בחלקו הראשון של פסק הדין בית המשפט מפרט את מגוון השיקולים שמהם 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").

להפוך את "חריג שיקול הדעת" לכלל. הודגש בפסק הדין בבירור כי "יש לזכור שהלכה זו היא היוצא מן הכלל, ומרבית פעולות השלטון כפופות לכללים הרגילים בדבר אחריות בנויקין".⁸⁴ לכן מקרים אשר קודדו כדוחים את הלכת לוי בגין אחד הנימוקים שפורטו לעיל (פרמטרים ג-ה) אינם יכולים להיחשב מקרים ששללו את הלכה זו;⁸⁵ (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 להרחיב את האחריות של הרשות. ברי כי מקרים אלה הצביעו על הרחבת אחריות; החלטות שלא נמצאה בהן כל התייחסות לעניין לוי קודדו כ- (ז) לא אוזכר.

(ד) אופן קידוד פסקי הדין

על יסוד המפורט לעיל קודדו פסקי הדין שנמצאו על פי כמה קריטריונים. יובהר כי כדי 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, ועל 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 (אוזכר כרקע נורמטיבי / אוזכר כנימוק לדחיית התביעה / דחייה בנימוק שאין מדובר בשיקול דעת רחב / דחייה בנימוק שלא הופעל כלל שיקול דעת / דחייה בנימוק שההליך שקדם להחלטה היה רשלני / לא אוזכר); סוג ההתרשלות הנדרש (רגילה / חמורה – עובדתי / חמורה – דרישה / לא אוזכרה); שימוש בחזקות אחריות (חזקת חובה / נזק ראייתי / הדבר מדבר בעד עצמו / לא אוזכר); סוג הנזק (כלכלי / נפשי / טהור או נזק לגוף / רכוש); יוצר הסיכון הישיר (רשות / צד שלישי / רשות + צד שלישי).

⁸⁴ עניין לוי, לעיל ה"ש 19, בפס' 30.

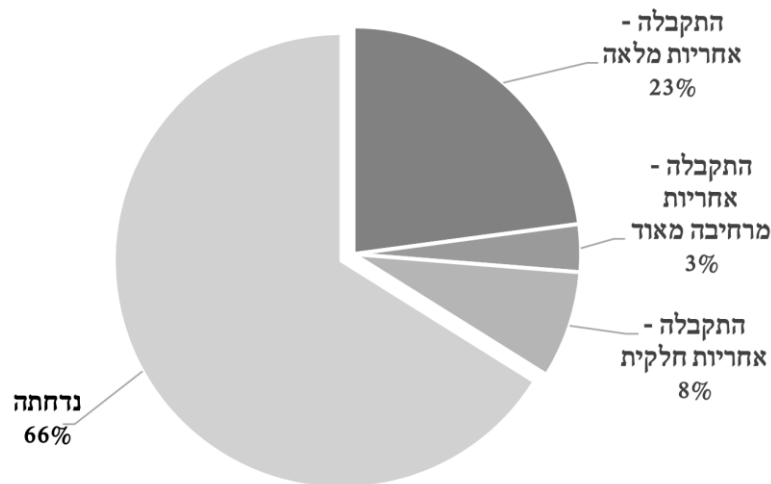
⁸⁵ ראו למשל ת"א (שלום י-ם) 8804/96 החברה המרכזית לשקילה בע"מ נ' רונן, פס' 83 (נבו 11.5.2004). שם בית המשפט הטיל אחריות על הרגולטור תוך הדגשה שהלכת לוי אינה רלוונטית שכן לא מדובר בשיקול דעת "רחב" וההליך שקדם להחלטה היה רשלני ("יוצא לפיכך, שגם לפי פרשת לוי ניתן בענייננו לבחון את שיקול הדעת של המפקח ואין הוא חסין מפני הטלת אחריות בנויקין").

2. ממצאי המחקר הכמותני ומבט איכותני על ממצאיו

(א) פילוח כללי

במחקר 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 הפכה להיות היוצא מאוד מן הכלל – אינה מדויקת כאשר עסקינן בתביעות בגין רשלנות רגולטורית. כפי שיוצג, נראה כי דווקא הגישה הנפוצה בפסיקה, בייחוד 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: שני מקרים בלבד מתוך התביעות שנדחו עשויים להעיד על רטוריקה שיפוטית בעלת פוטנציאל להרחיב מאוד את האחריות.⁸⁶ כלומר, רק במקרים אלה קבע בית המשפט חובת זהירות מכוח חזקת חובה,

⁸⁶ במקרים אלו, ראו ת"א (שלום רמ') 3449/07 יעקב נ' לשכת רישום המקרקעין תל אביב, פס' 41 (נבו 22.8.2011) (שם נטען לרשלנות בקביעת נהלים שימנעו זיוף ברישום הארות אזהרה); ת"א (שלום עכו)

והמקרה נבחן על פי התרשלות רגילה אף שיוצר הסיכון הישיר היה **צד שלישי** (ולא הרשות) ודובר על נזק כלכלי. יתרה מזאת, מקרים אלה עסקו ברשלנות בנוגע להסדרה ולפיקוח של מאגרי רישום, שכאמור לעיל, ספק אם ניתן להגדירם "רשלנות רגולטורית".⁸⁷

ממצא נוסף שעלה מהניתוח הכמותני הוא שב-76% מפסקי הדין שדחו תביעות אוזכר פסק הדין בעניין לוי. ניתוח ממצא זה מלמד שברוב המקרים בתי המשפט הכירו בעקרונות ההלכה. למשל, ב-53% מתוך המקרים שאזכרו את הלכת לוי ניתן להסיק שבית המשפט התייחס לעקרונות ההלכה, ובייחוד לחריג שיקול הדעת, כדי לנמק את דחיית התביעה.⁸⁸ מנגד, רק בשלוש החלטות שדחו תביעות, ושממילא ניתנו בעשור הקודם (2007–2009) ולא בעשור האחרון ציין בית המשפט מפורשות שהגישה המצמצמת המאפינת את עניין לוי לא אומצה בפסיקה.⁸⁹ יתרה מזאת, ניתוח איכותני של ממצא זה מעלה כי אף שבהחלטות רבות בית המשפט ביקר לשלילה את התנהלות הרשות וקרא לשינוי רגולטורי כלשהו, הוא דחה את התביעה ונמנע מלהתערב בשיקול הדעת של הרשות.⁹⁰ רטוריקה

2327/04 סעידי נ' מאזן (נבו 30.3.2006) (שם נטען לרשלנות משרד התחבורה בפיקוח על מאגר רישום כלי רכב מפני מקרים של הונאה).

ראו את הדין בעניין רשלנות רגולטורית, בפרק א.1.(ב)–(ג) לעיל.

87 ראו לדוגמה ת"א (מחוזי ת"א) 28807-01-15 פ"ב נ' קרנית קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פס' 163 (נבו 11.6.2020) ("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, פס' 6 (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 לנזקים הנובעים מהחלטות מנהליות כלליות המבוססות על שיקול דעת"); ת"א (שלום י-ם) 21889-08 אבו זהרה נ' מדינת ישראל, פס' 22–23 (נבו 2.10.2012) ("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").

89 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2292/00 ש.ח. מהנדסים ויועצים בע"מ נ' משרד הבריאות, פס' 13 (נבו 22.1.2009) ("אולם, בפסיקה מאוחרת יותר (ובהשראתם של חוקי היסוד), שוב הורחבה אחריות המדינה בנויקין וצומצם חריג שיקול הדעת, בהתאם לתוכנה של החלטה השלטונית"); רע"א 4385/04 פרוך נ' בית החולים מאסד, פס' 9) לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (נבו 21.8.2007) ("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 עובון רחלין נ' ציסין, פס' 170 (נבו 22.2.2009) ("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").

90 ראו לדוגמה ע"א 2055/99 פלונים נ' זאב, פ"ד נה(5) 241, פס' 25 לפסק דינו של השופט מצא (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 על העוסקים בכך"); ע"א (מחוזי חי') 37277-09-18 מדינת ישראל נ' אלטר, פס' 21 לפסק דינה של השופטת קרא-גירון (נבו 24.3.2019) (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 הרלוונטים היה קיים מתווה כלשהו אשר יצמצם את הסיכון להתרחשותם של אירועים כפי שאירעו במקרה דנן, אולם [...] אין מקום להטיל על המדינה ורשויותיה חבות בנויקין רק בשל החלטות המסורות לשיקול דעתן"). כן ראו עניין קרנית, לעיל ה"ש 88, בפס' 144 (שם נדחתה

שיפוטית כזאת עשויה ללמד על השפעה של הלכת לוי על הפסיקה, המתבטאת בזהירות שנוקט בית המשפט בהטלת אחריות נזיקית על רשות רגולטורית בדיעבד ובהסתפקות בקריאה לשינוי המצב הרגולטורי בלבד.⁹¹

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 ייתרה 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 החלטות שלא אזכרו את רמת ההתרשלות הנדרשת הפנה בית המשפט לעניין לוי כנימוק לדחיית התביעה). לא זו אף זו, מניתוח החלטות המאגר עולה כי חזקת האחריות היחידה שהוכרה בבית המשפט היא חזקת חובה (ב-29% מההחלטות המאגר היא הוכרה). מנגד, ב-67% מהחלטות המאגר לא התייחס בית המשפט 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 בנוזיקין.⁹²

עם זאת ניתן לטעון כי בשליש 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. כפי שעולה מתרשים 1, ב-8% מפסקי הדין במאגר בתי המשפט הטילו אחריות חלקית על הרשות. לדוגמה: בעניין דוידוביץ⁹³ נקבע שהרשות

תביעה נגד משרד התחבורה בגין רשלנות בהסדרת תחום האופניים החשמליים. בית המשפט ביקר את התנהלות הרשות וכתב כי "לטעמי יש ממש בחלקן של טענות ב"כ התובעים שהמדינה שירכה רגליה בכל הנוגע לטיפול בהסדרת השימוש באופניים חשמליים"; ת"א (מחוזי י-ם) 8356-06 אפגד חברה לעבודות הנדסה ובנין בע"מ נ' משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, פס' 70 (נבו 19.10.2015) (שם נדחתה תביעה בגין רשלנות בהקצאת היתרים. בית המשפט ציין: "לטעמי, על אף הביקורת שנשמעה לא פעם על התנהלות מסורבלת של המדינה [...], ישנם שיקולים כבדי משקל על מנת שלא להחיל חובת זהירות על המדינה").

⁹¹ גישה זו עולה בקנה אחד עם ממצאי המחקר בקשר לרגולציה בפסיקה הישראלית, ראו 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").

⁹² ראו גלעד דיני הנוזיקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1141 ("הגישה בישראל [...] קיומה של סמכות שבחוק נתפס כמקור, בסיס וזרז להטלת אחריות בנוזיקין"); גדרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 473 ("חזקת החובה" שמקורה בעניין גורדון, ששבה והתחכבה לא מכבר על בתי המשפט [...] חזקה זו [...] מרחיבה את היקף האחריות").

⁹³ ת"א (מחוזי חי') 1586/94 דוידוביץ נ' סיני (נבו 28.11.2000).

תישא רק ב-10% מהחבות; בעניין פלוני⁹⁴ נקבע שהרשות תישא ב-30% מהחבות. בכל המקרים הללו מדובר בתביעות בגין מחדלי פיקוח ואכיפה של הרגולטור הנוגעים לסיכונים שיצרו צדדים שלישיים. לפי הגישה 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"⁹⁵ נאלצת לשאת לבדה במלוא החבות (אף אם הוטלה עליה אחריות חלקית) בשל הכלל של "יחד ולחוד".⁹⁶ מצבים אלה מרחיבים את אחריות הרשות. עוד נטען כי טרם השתמשו בפסיקה בכלל המאפשר להגביל את אחריות הרשות רק לחלק מהנזק.⁹⁷ לפיכך הוצעו בספרות כללים שונים שבאמצעותם ניתן להגביל את אחריות הרשות.⁹⁸ ואולם, בחינה איכותנית של ההחלטות שבהן הוטלה אחריות חלקית על הרשות עשויה להפיג את החשש האמור. למשל, ב-7 מתוך 9 החלטות אלה המזיקים הנוספים שחויבו עם הרשות הרגולטורית יחד היו מזיקים סולבנטיים בעלי כיס עמוק, ובכלל זה חברות ביטוח, מועצות מקומיות וגופים בעלי ביטוח אחריות מקצועית.⁹⁹ אם כן, במקרים אלה האחריות החלקית שהוטלה על הרשות נותרה בגבולותיה, במובן זה שהרשות נדרשה לפצות עד לגבול האחריות שנפסק נגדה (למשל 15%). התוצאה במקרים אלה זהה בפועל 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 הפיזיו הובילה דה פקטו לתוצאה העולה בקנה אחד עם כללים מצמצמי אחריות. נוסף על זה, בחינת המקרים שבהם הוטלה אחריות מלאה על הרשות מעלה כי 40% מתוך מקרים אלה עסקו בהתרשלות חמורה של הרשות (בשונה מהתרשלות רגילה).¹⁰⁰

⁹⁴ עניין פלוני, לעיל ה"ש 37.

⁹⁵ גלעד דיני הנוזיקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1152.

⁹⁶ ס' 11 לפקודת הנוזיקין. להסבר אודות סעיף זה, ראו עמוס הרמן דיני נוזיקין 194–196 (מהדורה שנייה 2020).

⁹⁷ גלעד דיני הנוזיקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1152.

⁹⁸ שם, בעמ' 1154–1155 (גלעד מציע את "מבחן האשמה היחסית"). ראו גם לאחרונה סגל "כלל הארכאיות", לעיל ה"ש 14 (שם נידונה בהרחבה הסוגיה, והוצע כי לפי נסיבות המקרה, יש להחיל כלל "יחד ולחוד" או כלל של אחריות יחסית או כלל של תקרה סטטוטורית).

⁹⁹ לדוגמה בעניין דוידוביץ, לעיל ה"ש 93, הנתבעים הנוספים היו דולב חברה לביטוח בע"מ וכן חברת חור באוון בע"מ, 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 23.5.2012), הנתבעים היו אריה חברה לביטוח בע"מ, חברת הביטוח סוקוריטס סוכנות ביטוח 1997 בע"מ וכן עורכי דין ורואי חשבון רבים, שלרובם ביטוח אחריות מקצועית. כן ראו ת"א (שלום ת"א) 119580/00 אדין נ' גאידס (נבו 14.5.2009), שם הנתבעים הנוספים היו רופאים ומכון רפואי בעלי ביטוח אחריות מקצועית.

¹⁰⁰ ראו לדוגמה תא"מ (שלום כ"ס) 29187-05-12 גינבורג נ' המשרד לשרותי דת, פס' 29 (נבו 4.9.2014) ("התרשלה הנתבעת באופן חמור (Gross Negligence)").

נראה שאף מקרים אלה אינם משקפים גישה מרחיבת אחריות, שכן אם התרשלות הרשות עלתה לכדי התרשלות חמורה, אין סיבה לפטור אותה מאחריות.¹⁰¹ יתרה מזאת, ברוב המקרים שעסקו בהתרשלות חמורה (61%) ניתן ללמוד כי בית המשפט דרש סטנדרט של התרשלות חמורה, ואין מדובר בגישה הנובעת מעובדות המקרה.¹⁰²

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 אינו מערב שיקול דעת "רחב" (38%),¹⁰³ או שהרשות לא הוכיחה שהופעל שיקול דעת כלשהו (13%),¹⁰⁴ או שנפסק שהליך איסוף המידע ששימש בסיס להחלטה היה רשלני (9%).¹⁰⁵ כאמור, גם בעניין לוי הוחרגו מקרים אלה מתחומי ההלכה, שממילא הודגש שהיא "היוצא מן הכלל".¹⁰⁶ לכן ממצא זה עשוי ללמד שגם במקרים המועטים שבהם הוטלה אחריות לא התעלמו בתי המשפט מהלכת לוי. לכל היותר ההלכה יושמה בזehירות ונקבע שהיא אינה

¹⁰¹ גם המצדדים בגישה מצמצמת אחריות אינם טוענים אחרת, ראו גלעד דיני נויקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1150. גלעד קורא להעלות את סף חומרת האשמה במקרים של נזקים ומחדלים טהורים של הרשות לדרגה של התרשלות חמורה.

¹⁰² ראו לדוגמה ת"א (שלום י-ם) 13573-06 נטו מ.ע. סחר מזון בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פס' 18 (נבו 9.8.2010) ("במקרים חריגים, בהם ההחלטה שהתקבלה הינה שגויה באופן קיצוני על פני הדברים, תיתכן קביעה כי גם החלטה שהתקבלה בהליך תקין הינה רשלנית...") (עניין כיר ניר בפסקה 26 לפסק הדין). 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, פס' ד (2) (נבו 8.5.2013) ("יתכנו 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 ת"א) 11283-09 רותם נ' רשות נירות ערך, פס' 33 (נבו 24.6.2019) ("החלטה תיחשב לרשלנית רק אם היא חורגת באופן משמעותי ממתחם האפשרויות שביניהן רשות מינהלית סבירה רשאית לבחור").

¹⁰³ ראו ת"א (שלום חי) 6804-12-08 בונפרד נ' המכללה לחשמל בע"מ, פס' 22 (נבו 15.3.2012) ("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 ת"א) 11949/01 בנק ירושלים בע"מ נ' זבגלוב 12 (נבו 13.2.2006) ("אין מדובר בשיקול דעת חזק או רחב, אלא בשיקול דעת חלש"); עניין החברה המרכזית לשקילה, לעיל ה"ש 85, בפס' 83 ("החלטת המפקח לא עונה על שיקול דעת בלתי שפיט וזאת משום שאחד מהתנאים להפעלת שיקול הדעת לא מתקיים. כוונתי לשיקול דעת במובן 'החזק'").

¹⁰⁴ ראו לדוגמה עניין גינזבורג, לעיל ה"ש 100, בפס' 28 ("כאשר הרשות נוהגת במחדל ואינה מפעילה כל שיקול דעת לצורך קידום מטרות החוק המסמך, כבעניינו (כפי שנראה להלן), אין מקום להנותח מחריג שיקול הדעת"); ע"א 6181/99 עיריית נתניה נ' חטיבשוילי, פס' 17 (נבו 3.8.2000) ("המפקח התרשל בתפקידו התרשלות חמורה [...] – לא משום שהפעיל שיקול דעת מוטעה, אלא משום שנמנע לחלוטין, כעולה מממצאי בית המשפט קמא, מהפעלת שיקול דעתו").

¹⁰⁵ ראו לדוגמה עניין מגדלי הדגים, לעיל ה"ש 102, בפס' ד (2) ("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, בפס' 83 ("ההליכים שקדמו לקבלת ההחלטה היו רשלניים, שהרי המידע שקדם לקבלת ההחלטה לא הוצג").

¹⁰⁶ עניין לוי, לעיל ה"ש 19, בפס' 30 לפסק דינו של השופט שמגר.

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"¹⁰⁷. עם זאת חשוב לציין שב-35% מההחלטות שקיבלו תביעות פסק הדין בעניין לוי לא אוזכר. על פני הדברים, נתון זה עשוי ללמד שבהחלטות אלה הלכת לוי "לא הכתה שורשים", שכן ניתן לשער כי אילו הייתה ההלכה משתרשת היינו מוצאים לה זכר. מנגד, ניתן לשער גם שהואיל ומדובר בהחלטות שקיבלו תביעות, בית המשפט העדיף שלא להתייחס להלכת לוי, ה"משרת" 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 ארבעה פסקי דין, שהם שלושה אחוזים מפסקי הדין במאגר, עשויים להיחשב למרחיבים מאוד את אחריות הרשות. כלומר, רק במקרים אלה דובר על מחדלים שנראה כי יוצר הסיכון הישיר שלהם הוא צד שלישי, הנזק הנתבע סווג כנזק כלכלי, בית המשפט בחן את המקרה על פי סטנדרט של התרשלות רגילה, קבע חובת זהירות של הרשות מכוח חוקת חובה והטיל אחריות נזיקית.¹⁰⁸ ואולם, אף מפסקי דין אלה קשה ללמוד על הרחבת אחריות. ראשית, כל ארבעת המקרים עוסקים בהסדרת מאגרי מידע ובפיקוח עליהם, שכאמור ספק אם יש מקום להחשיבם ל"רשלנות רגולטורית". שנית, גם אם מדובר ב"רשלנות רגולטורית", ייתכן שניתן לחלוק על סיווג המקרה ככזה שצד שלישי יצר בו את הסיכון הישיר. נראה כי במקרים אלה הייתה לרשות "שליטה על מהלך האירועים ועל נקיטת האמצעים הנדרשים"¹⁰⁹. אם אכן כך, ניתן לסווג גם את הרשות כיוצרת הסיכון הישיר, או אז

¹⁰⁷ למקרים אלו, ראו עניין גינבורג, 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 מר') 1886-08-07 ג'זניר קרטל בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 114 (נבו 26.6.2011) ("סקירת הפסיקה העדכנית בישראל מצביעה על מגמה ברורה של הרחבת אחריותה של המדינה ורשויותיה בגין התנהלות רשלנית").

¹⁰⁸ למקרים אלו, ראו ת"א (שלום י-ם) 6398/02 קדמי נ' משרד התחבורה - אגף הרישוי (נבו 25.5.2006); ע"א (מחוזי ת"א) 2921/01 משרד הרישוי מפרץ חיפה נ' חוסיין (נבו 30.5.2005); ת"א (שלום פ"ת) 1491/00 פינקלשטיין נ' משרד התחבורה (נבו 1.2.2001). בכל המקרים הללו נטען לרשלנות אגף הרישוי בהסדרת מאגר המידע של כלי רכב אשר אפשרה זיוף ומרמה של צד שלישי שגרמו לנזקים כלכליים לתובעים, ובפיקוח על מאגר זה. המקרה הרביעי הוא עניין בנק ירושלים, לעיל ה"ש 103, שם נטען לרשלנות של אגף רישום מקרקעין בפיקוח על מרשם המקרקעין שאפשר זיוף והונאה בידי צד שלישי שהובילה לנזק כלכלי.

¹⁰⁹ עניין לוי, לעיל ה"ש 19, בפס' 14.

אין מדובר בהטלת אחריות בגין "מחדל טהור", שנחשבת למרחיבת אחריות. **שלישית**, מדובר בהחלטות של ערכאות דיוניות שאינן בבחינת הלכה מחייבת, והן ניתנו בשנים 2001–2006, ולכן הן לכל היותר "שריד" של העשור הראשון שאינו משקף את היקף האחריות כיום. **רביעית**, בשתיים מתוך ארבע החלטות אלה התייחס בית המשפט לעניין לוי ודחה את תחולת ההלכה בנימוק שאין מדובר ב"שיקול דעת רחב".

תרשים 2. כמה 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

			אחריות	לא אוזכר	
	גוף / רכוש	צד שלישי	לא אוזכר	התרשלות חמורה / לא אוזכר	9
	כלכלי	רשות	לא אוזכר	התרשלות חמורה / לא אוזכר	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 אינן מרחיבות. לפי תרשים 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: חלקן עוסקות במקרים שלרשות הייתה "שליטה על מהלך האירועים";¹¹⁰ חלקן דחו את הלכת לוי בנימוק שאין מדובר בשיקול דעת רחב או שלא הופעל כלל שיקול דעת או שההליך שקדם להחלטה היה רשלני;¹¹¹ חלקן דרשו במפורש דרגה של התרשלות חמורה;¹¹² בחלקן הוטלה אחריות

¹¹⁰ לדוגמה בת"א (שלום י-ם) 7154-07 מרקיאר נ' משרד הבריאות (נבו 11.10.2010), 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 (לעיל ה"ש 19) מצמידה את יחסי הקרבה בין הרשות לניזוק. בע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005), התקיימו 2 פרמטרים מרחיבים (התרשלות רגילה ונוק כלכלי), אך לרגולטור הייתה השליטה על הסרת סימן כוכבית מהסחורה של התובעים, העוסקים בייבוא נעליים, אשר גרמה להם נזק כלכלי.

¹¹¹ ראו לדוגמה עניין בונפורד, 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 גינזבורג, 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, בפס' 12 (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).

¹¹² ראו לדוגמה ת"א (שלום נת) 2184/97 טאוב נ' משרד הרישוי, פס' 19–20 (נבו 7.6.2001), 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 (נוק כלכלי שנגרם על ידי צד שלישי), אך בית המשפט בחן את המקרה בהתאם להתרשלות חמורה; 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").

חלקית בלבד.¹¹³ מאפיינים אלה מובילים למסקנה שחרף קיומם של פרמטרים העשויים ללמד על גישה מרחיבה, עדיין אין 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 האלפיים, והן אינן משקפות את הגישה הנוהגת בפסיקה למן העשור השני.¹¹⁴

(ב) פילוח על פי שנים

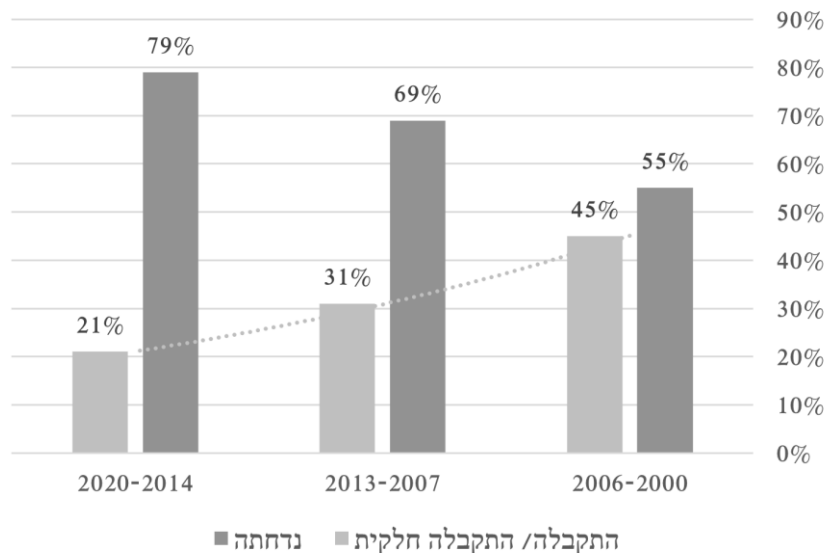
ניתוח פסקי הדין במאגר על פי פילוח של שנים מחזק את ממצאי המחקר שהוצגו לעיל: לפי תרשים 3, פילוח פסקי הדין על פי תקופה של 7 שנים (חלוקת תקופת המחקר בת 21 שנים ל-3 תקופות שוות) מציג תמונה זהה. גם בניחות זה שיעור התביעות הנדחות גבוה משיעור התביעות המתקבלות, בכל אחת משלוש התקופות. מסקנה חשובה נוספת העולה מתרשים 3 היא שבמהלך השנים חלה ירידה ניכרת בשיעור התביעות המתקבלות (מ-45% ל-21% בלבד). גם ממצא זה אינו עולה בקנה אחד עם הטענה כי חלה "עלייה ניכרת בגובה מפלס אחריותן של רשויות",¹¹⁵ והוא מלמד דווקא על צמצום אחריותן של רשויות רגולטוריות. הדברים נכונים בייחוד ל-7 השנים האחרונות (2014-2020) שבמהלכן כ-79% מהתביעות בגין רשלנות רגולטורית נדחו.

¹¹³ ראו לדוגמה ת"א (מחוזי ב"ש) 1129/02 סמאי נ' בן טוב (נבו 8.9.2008), שם חרף התקיימות שלושה פרמטרים מרחיבים (התרשלות רגילה, חזקת חובה ונזק שנגרם על ידי צד שלישי), בית המשפט הטיל אחריות חלקית בשיעור 10% על הרגולטור. ראו גם עניין אדין, 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%.

¹¹⁴ ראו לדוגמה ת"א (שלום י-ם) 8636/99 גורדון נ' משרד הפנים (נבו 19.10.2006), שם נטען לרשלנות של המשרד לביטחון פנים בפיקוח על חברות שמירה. אומנם מתקיימים שני פרמטרים מרחיבים (התרשלות רגילה, נזק שנגרם על ידי צד שלישי), ואף הלכת לוי לא אוזכרה בפסק הדין, אך מדובר בפסק דין שניתן בשנת 2006. כן ראו ע"א 10457/04 אטריק נ' החברה לתפעול החוף השקט 1998 בע"מ (נבו 17.4.2007), שם נטען לרשלנות של משרד הפנים בפיקוח ובאכיפה בחוף בכינרת שהפעילה חברה. התקיים פרמטר מרחיב אחד (סיכון שנגרם על ידי צד שלישי), ועניין לוי לא אוזכר, אך מדובר בפסק דין שניתן בשנת 2007.

¹¹⁵ גלעד דיני נויקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1139.

תרשים 3. פילוח החלטות על פי תקופה של שבע שנים



יתרה מזאת, לא זו בלבד שקיימת ירידה בשיעור פסקי הדין המטילים אחריות, אלא שגם כמות פסקי הדין העוסקים ברשלנות רגולטורית פחתה מאוד בשבע השנים האחרונות (מ-40 פסקי דין בשנים 2006–2000, ל-24 פסקי דין בשנים 2020–2014). נתון זה מעניין במיוחד, שכן בעשרים השנים האחרונות גדל מספר תיקי הנוזיקין שנפתחו בפרקליטות המדינה במידה ניכרת.¹¹⁶ אם כך, היה מצופה לראות גם גדילה במספר פסקי הדין העוסקים ברשלנות רגולטורית. ייתכן כי ממצא זה עשוי ללמד על הפנמה מסוימת של השוק את רמת

¹¹⁶ בסוף העשור הראשון למאה העשרים ואחת נפתחו בפרקליטות יותר מ-2,000 תיקי נזיקין (זנדברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5–6); בסוף העשור השני למאה העשרים ואחת (שנת 2019) נפתחו בפרקליטות יותר מ-2,800 תיקי נזיקין בפרקליטות (משרד המשפטים **פרקליטות המדינה: סיכום שנת 2019** 89–90 (2020) <https://bit.ly/3RIKIi6>, שם מצוין ש-13% מכלל 22,279 תיקי הפרקליטות שנפתחו בשנת 2019, הם תיקי נזיקין). יצוין כי ביום 26.4.2021 הגשתי בקשה לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח–1998 בנוגע למספר תיקי הנוזיקין שנפתחו בפרקליטות בשנים 2000–2020, וכן בנוגע למספר תיקי הנוזיקין שנסגרו בפשרה. ראו מכתב ממיטל כץ, הממונה על העמדת מידע לציבור, לטל מזור, מחבר המאמר, בעניין מספר תיקי הנוזיקין שנסגרו בפשרה בשנים 2000–2020 (22.6.2021), שממנו עלה כי קיים קושי בהנפקת נתונים מדויקים, שכן רק משנת 2018 החלו בהזנת נתונים במערכת ממחושבת של הפרקליטות (תנופ"ה). 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. עם זאת קשה להתייחס ברצינות לנתון התיקים הנסגרים בפשרה, שכן במקרים רבים תיקים אינם נסגרים בשנת פתיחתם, כי ההליכים מצריכים זמן רב, וייתכן שתיק ייסגר בפשרה לאחר כמה שנים. חיוק לכך ניתן למצוא במשרד המשפטים **פרקליטות המדינה: סיכום שנת 2020** 82 (2021) <https://bit.ly/3OjWL2q>, שלפיו לפחות 31% מתיקי הנוזיקין שהטיפול בהן הסתיים בשנת 2020, הסתיימו בדרך של פשרה.

האחריות הפסיקתית, במובן זה שלנוכח מפלס אחריות נמוך מוגשות תביעות מעטות יותר נגד רשויות רגולטוריות. עם זאת יש להיזהר מהסקת מסקנה כזו, שכן ייתכן שתביעות נזיקין רבות נגד רשויות רגולטוריות אינן מסתיימות בפסק דין אלא בהליכי פשרה או גישור, כאשר אחת הסיבות לכך היא החשש של הרשות הרגולטורית להגיע לפסק דין אשר יטיל עליה אחריות. בהקשר זה יצוין כי על פי נתוני הפרקליטות, כ-31% מתיקי הנזיקין שהטיפול בהם הסתיים בשנת 2020, נסגרו בפשרה. הגם שנתון זה איננו מדויק (ועשוי להיות אף גבוה יותר), הוא עשוי לחזק את הטענה שיש להיזהר ממסקנה שלפיה השוק הפנים את רמת האחריות הפסיקתית הנמוכה.

(ג) פילוח על פי ערכאה

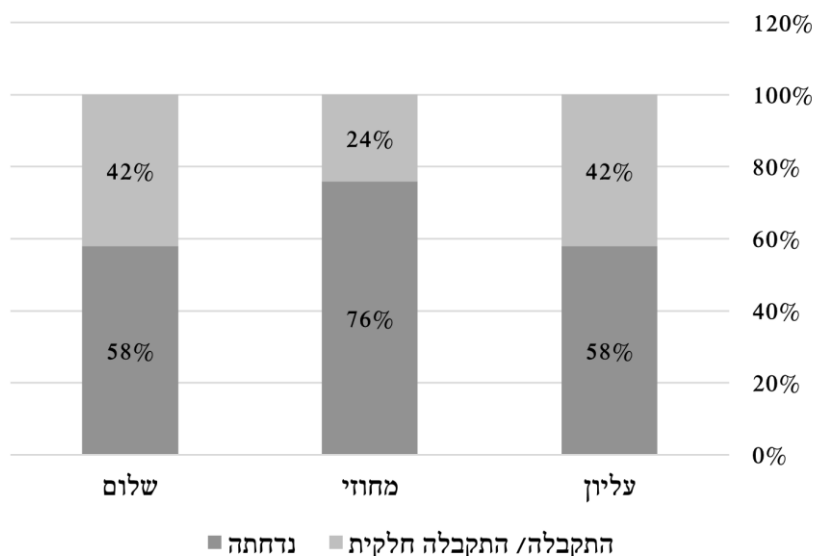
ממצאים דומים נלמדים גם מפילוח תוצאת פסק הדין על פי ערכאה. כעולה מתרשים 4, שיעור התביעות הנדחות גבוה משיעור התביעות המתקבלות בכל אחת מערכאות בית המשפט – בבתי משפט השלום כ-58% מפסקי הדין דחו תביעות בגין רשלנות רגולטורית. אומנם שיעור התביעות הנדחות אינו גבוה כפי שהוצג על פי פילוחים אחרים, ועם זאת גם ניתוח פסקי הדין של בתי משפט השלום באמצעות פרמטרים נוספים אינו מלמד על גישה מרחיבת אחריות, בייחוד לא בעשור האחרון: כ-68% מהמקרים בבית משפט השלום שבהם **קיבלו** תביעות נידונו בעשור הקודם (דהיינו עד לשנת 2010). כלומר בעשור האחרון ירד שיעור התביעות המתקבלות בבתי המשפט השלום במידה ניכרת. יתרה מזאת, ב-75% מפסקי הדין בבית משפט השלום קיימת התייחסות כלשהי לעניין לוי, כאשר רובם המכריע של פסקי דין אלה (80%) עולה בקנה אחד עם העקרונות שנידונו במסגרת הלכת לוי.¹¹⁷ נראה שבייחוד בשנים האחרונות נמנעו בתי משפט השלום מלהתערב בשיקול הדעת של רשויות רגולטוריות. למשל, בעניין **Cui Yigao** (משנת 2018) דחה בית המשפט תביעה בגין אי-הסדרת הפעילות הכלכלית של ענף הצ'יינג'ינג, אגב התייחסות לחריג שיקול הדעת.¹¹⁸ דוגמה נוספת היא עניין **אויניקה** (משנת 2019), שם נדחתה תביעה בגין סירוב של הרשות ליתן לתובעת רישיון לייצוא טובין, והודגש שיקול הדעת הרחב של הרשות.¹¹⁹

¹¹⁷ כלומר, התייחסות להלכת לוי כנימוק לדחיית התביעה או דחיית תחולתה בהסתמך על המקרים שהוחרגו ממנה.

¹¹⁸ ת"א (שלום ת"א) 11304-06-12 CUI YIGAO נ' **מדינת ישראל**, פס' 69 (נבו 10.5.2018) ("אין לבית משפט זה הסמכות, במסגרת תובענה זו, לדון בשיקול הדעת של הרשות התקנת התקנות או בהדילה מכך").

¹¹⁹ ת"א (שלום ת"א) 59818-01-14 **אויניקה אלחוטית בע"מ** נ' **משרד הכלכלה**, פס' 61 (נבו 12.3.2019) ("במקרים בהם מדובר בפעולות שלטוניות הנובעות מהפעלת שיקול דעת, שיקולי מדיניות מחייבים ריסון בהטלת אחריות בנוזיקין על המדינה").

תרשים 4. פילוח תוצאת פסק הדין על פי ערכאה



ממצא דומה נלמד גם מניתוח פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים. כעולה מתרשים 4, ב-60% מפסקי הדין נדחו תביעות בגין רשלנות רגולטורית. יתרה מזאת, ב-76% מפסקי הדין בבתי המשפט המחוזיים שהתייחסו לעניין לוי, שימש עניין לוי נימוק לדחיית התביעה. גם כאן ניתוח איכותני של פסקי הדין מלמד כי בשנים האחרונות יישמו בתי המשפט המחוזיים את הלכת לוי ונמנעו מלהתערב בשיקול הדעת של הרשות. למשל, בעניין קרנית (משנת 2020) דחה בית המשפט המחוזי תביעה נגד המדינה בגין רשלנות בהסדרת תחום האופניים החשמליים, בהדגישו את חריג שיקול הדעת.¹²⁰ כך גם בעניין פלוני (משנת 2019) נדחתה תביעה נגד משרד הבריאות בגין אי-הטלת חובת ביטוח אחריות מקצועית על בתי חולים, וחריג שיקול הדעת נידון בהרחבה.¹²¹

לבסוף גם ניתוח פסקי הדין של בית המשפט העליון אינו מעיד על גישה מרחיבת אחריות: 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 אינן מעידות על הרחבת אחריות, שכן הן בעלות סממנים מצמצמי

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

¹²¹ עניין פלוני, לעיל ה"ש 88, בפס' 41 ("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").

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 האלפיים, 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%,¹²² ונראה כי רטוריקת פסק הדין הייתה זהירה.¹²³ כמו כן ניכר שבפסק הדין האחרון של בית המשפט העליון העוסק ברשלנות רגולטורית הודגשה גישה מצמצמת אחריות. מדובר בעניין **פלונים נ' משטרת ישראל**¹²⁴ (משנת 2019), שבו נתבעה, בין היתר, הרשות לניירות ערך (כרגולטור האחראי לשמירת עניינו של ציבור המשקיעים) בגין רשלנות בפיקוח ובאכיפה בנוגע למעשי הונאה שגרמו לנזקים כלכליים למשקיעים. בית המשפט העליון דחה את התביעה, בהדגישו את חריג שיקול הדעת ובנוקטו רטוריקה מצמצמת אחריות.¹²⁵ יש לציין כי עמדה דומה ניתן למצוא בפסקי דין אחרים מהשנים האחרונות של בית המשפט העליון אשר לא נכללו במאגר.¹²⁶ פסקי דין אלה חשובים, שכן

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

¹²³ ע"א 7008/09 **עבד אל רחים נ' עבד אל קאדר**, פס' 31 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 7.9.2010) ("איני סבור כי יש להרחיב את אחריות משרד החינוך לכל ליקוי בטיחותי בבתי הספר בארץ").

¹²⁴ ע"א 2394/18 **פלונים נ' משטרת ישראל** (נבו 10.4.2019).
¹²⁵ שם, בפס' 7 ("קביעת מדיניות כללית והקצאת משאבים על ידי הרשות מצויות בליבת שיקול הדעת המקצועי החסין מהתערבותנו"), 14 ("החלטה זו הייתה בלי ספק בגדר הפעלה שקולה ומאוזנת של שיקול הדעת מצד רנ"ע") ו-26 ("קופת המדינה דלה מכדי לספק ביטוח חיים").

¹²⁶ ע"א 1751/18 **עיריית אשקלון נ' פלוני** (נבו 2.10.2019). פסק הדין לא נכלל במאגר בעניינו היות שאין מדובר ברשות רגולטורית לפי הגדרת המחקר (עירייה). עם זאת בפסק הדין נחלקו הדעות בנוגע לסוגיית אחריותן של רשויות ציבוריות במקרי פיקוח (באותו מקרה פיקוח של העירייה על רישיון שניתן למוסך). השופט וילנר פסקה כי אין להרחיב את אחריותן של רשויות המדינה בנזיקין במקרים שבהם המזיק השיר (באותו מקרה בעל המוסך) פטור מאחריות (שם, בפס' 21 לפסק דינה). מנגד, השופט אלרון הסתייג מדברים אלה והפנה לפסיקה שלפיה יש להרחיב את אחריותן של רשויות הציבור (שם, בפס' 3 לפסק דינו). בסופו של דבר הצטרף השופט הנדל לעמדתה של השופטת וילנר, ובכך העמדה התומכת בצמצום אחריות היא שזכתה בבכורה. כן ראו רע"א 8396/19 **פלונים נ' פלוני** (נבו 30.11.2021) (להלן: עניין **פלונים עליון**), העוסק בחובת ביטוח אחריות מקצועית לבתי חולים. פסק הדין לא נכלל במאגר היות שניתן בשנת 2021, לאחר תקופת המחקר. אך גם פסק דין זה משקף את המגמה לצמצום אחריות והדגשת חריג שיקול הדעת שנידון בעניין **לוי** (לעיל ה"ש 19). נוסף על זה, ראו עניין **רוחם עליון**, לעיל ה"ש 26 (מדובר בערעור על פסק הדין בעניין **רוחם**, לעיל ה"ש 102, שבו קיבל בית המשפט העליון את הערעור וביטל את חיוב הרשות הרגולטורית בנזיקין). דעת הרוב (השופטים מינץ וגרוסקופף) הדגישה את חריג שיקול הדעת, בייחוד במקרים של רשויות רגולטוריות, ודומה כי "החמירה" את יסוד ההתרשלות ואחריות אפוא תוטל על רשות רגולטורית רק במקרים נדירים שבהם "התנערה באופן בוטה מסמכויות הפיקוח שלה או נמנעה מלהפעיל את סמכויות האכיפה המוקנות לה בצורה הולמת" (עניין **רוחם עליון**, לעיל ה"ש 26, בפס' 30 לפסק דינו של השופט מינץ, ובפס' 3 לפסק דינו של השופט גרוסקופף). בכך נדחתה דעת המיעוט של השופט הנדל, אשר אף היא "שידרה" גישה "מצמצמת"

הטענות בספרות בנוגע לעליית היקף האחריות הנזיקית 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 מפוקח

החשיבות בהבחנה שבין תביעות של פרטים לתביעות של מפוקחים טמונה במאפיין מהותי המבחין בין סוגי תביעות אלה. כך, ברוב המוחלט של תביעות שמגישים מפוקחים הרשות היא יוצרת הסיכון הישיר ובעלת "שליטה על מהלך האירועים" – אינדיקציות אשר מחזקות את ה"קרבה" בין הרגולטור למפוקח-התובע. בעקבות זאת 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 הנוגע לפעולתו של צד שלישי (לרוב מפוקח), נגרם לפרט-התובע נזק. הואיל ובמקרים אלה הרשות אינה יוצרת את הסיכון ישירות, לא הייתה 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%) שמגישים פרטים נדחות. נוסף על זה, מבט איכותני מעלה כי ב-71% מההחלטות 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 שהגישו מפוקחים: למרות מערכת היחסים הקרובה שבין המפוקח לרשות, ב-72% מהמקרים דחה בית המשפט את התביעה של המפוקח. יתרה מזאת, אף שמקרים אלה אינם עוסקים ב"מחדל פיקוחי" כפי שנידון בעניין לוי, הרי שב-76% מההחלטות שעסקו בתביעות של מפוקחים קיים אזכור כלשהו של הלכת לוי, כאשר ב-48% מההחלטות שדחו תביעות של מפוקחים השתמש בית המשפט בהלכת לוי לצורך נימוק דחיית התביעה. נוסף על זה, ב-50% מהמקרים שקיבלו תביעות של מפוקחים בחן בית המשפט את המקרה על פי סטנדרט של התרשלות חמורה. הינה כי כן, דווקא במקרים שלכאורה היה מקום להשוות את מעמדה של הרשות למעמדו

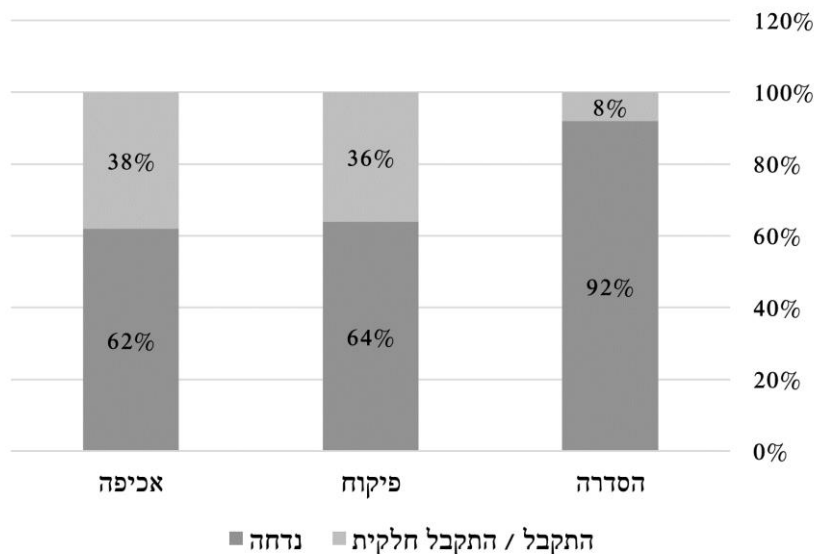
מסוימת, אך הדגישה את הצורך בהטלת חובת זהירות מכוח חוקת חובה (שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט הנדל), וכן הציעה שבית המשפט יתערב באמות המידה שלפיהן פעלה הרשות (שם, בפס' 23).

של מזיק "רגיל", ולא היה מקום להחיל את הלכת לוי, מצאה הפסיקה לנכון לצמצם את אחריות הרשות הרגולטורית. במובן מסוים פסיקה זו "הרחיבה" את תחולת הלכת לוי גם למקרים שבהם אין מדובר ב"מחדל פיקוחי" על סיכונים שיוצרים צדדים שלישיים. לא זו בלבד שממצא זה מחזק 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, אף ביחס למפלס האחריות של רשויות ציבוריות ככלל, 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 אם יש הבדל בהיקף האחריות בין כל אחד משלבי הרגולציה קודדו פסקי הדין גם על פי קטגוריה זו.

תרשים 5. פילוח תוצאת פסק הדין לפי סוג הרשלנות הרגולטורית



(1) **הסדרה.** במחקר אותרו 39 פסקי דין שבהם נטען לרשלנות בהסדרה, קרי רשלנות ביצירה ובפרסום של נורמות משפטיות, לרבות חוק, תקנות, נהלים, חוזרים, הנחיות

מפרטים ועוד. לדוגמה, נטען לרשלנות באי-הסדרת כשירות והסמכה של מוהלים; ¹²⁷ לאי-הסדרת מכוני השיזוף; ¹²⁸ לאי-התקנת תקנות מכוח חוק הגנת חיית הבר; ¹²⁹ לאי-פרסום תקנות המזהירות מאכילת נקניקיות בקרב ילדים, ¹³⁰ ועוד. ¹³¹ 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 שלל בית המשפט 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 בנוגע לרשלנות בהסדרה. נכתב כי "אף אם נניח כי הנטייה העכשווית אינה שוללת עוד באופן גורף ההתערבות 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". ¹³²

יתרה מזאת, בחינת המקרים שבהם הוטלה אחריות בגין רשלנות בהסדרה אינה מעידה על הרחבת אחריות. מדובר בשלושה מקרים בלבד (8%): הראשון, עניין **אלתר**, ¹³³ שם הטיל בית משפט השלום אחריות על משרד המשפטים בגין אי-התקנת מנגנוני פיקוח על פעילותם של כונסי נכסים. אף שפסק הדין מרחיב אחריות, שכן המקרה נבחן על פי

¹²⁷ עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 90; ת"א (שלום הרצ' 17-04-12715) **פלוני נ' הרבנות הראשית** (נבו 2.5.2018).

¹²⁸ ת"א (שלום חי') 19171/07 **סטפליוק נ' לייף אנד פיטנס בע"מ** (נבו 8.12.2013).

¹²⁹ ע"א 4398/06 **החברה העירונית ראשון לציון לתרבות ספורט ונופש בע"מ נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים** (נבו 29.3.2009).

¹³⁰ ת"א (מחוזי חי') 884/07 **פלוני נ' זוגלובק תשלובת מפעלי מזון בע"מ** (נבו 7.3.2011).

¹³¹ ראו לדוגמה עניין **אלתר 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 הצ'יינג'ינג); עניין **קרנית**, לעיל ה"ש 88 (שם נטען לרשלנות באי-הסדרת תחום האופניים החשמליים); עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 88 (שם נטען לרשלנות משרד הבריאות באי-הסדרת חובת ביטוח אחריות מקצועית לבתי חולים). ראו גם 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 חי') 1707/04 **אחים לוטרינגר בע"מ נ' המשביר לחלקאי בע"מ** (נבו 21.2.2008) (שם נטען לרשלנות באי-התקנת תקנות שבאמצעותן ניתן יהיה לפקח על סיורי חקלאות לאיתור מחלות בצמחים); ע"א (מחוזי חי') 1933/05 **העמותה למען איכות סביבה וחיים בנהריה נ' איתנית מוצרי בניה בע"מ** (נבו 20.8.2007) (שם נטען לאי-הסדרת מוצרי אסבסט, ועוד).

¹³² בש"א (שלום ת"א) 162557/03 **משרד המדע והתרבות נ' איגוד הכדורסל בישראל**, פס' 21 (נבו 7.4.2009). כמו כן עולה מהניתוח כי בית המשפט שלל אף אפשרות להטיל חובת זהירות מכוח חוקת 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 נ' מדינת ישראל** (נבו 13.8.2018).

התרשלות רגילה ודובר על נזק כלכלי שנגרם על ידי צד שלישי, בסופו של דבר הוגש ערעור ובית המשפט המחוזי דחה את התביעה, כשעניין לוי שימש לו נימוק לדחיית התביעה;¹³⁴ השני, עניין גינבורג,¹³⁵ שבו הוטלה אחריות על המשרד לשירותי דת בגין אי-הסדרת תחום הקבורה האזרחית. חרף דברי בית המשפט שמהם ניתן להסיק כי הלכת לוי "לא הכתה שורשים", דובר על מקרה שבו התרשלות הרשות ממילא הוגדרה חמורה ("Gross Negligence"). לפיכך בנסיבות המקרה תוצאת ההחלטה אינה "מרחיבה" אחריות. כמו כן ספק אם ניתן להגדיר מקרה זה רשלנות רגולטורית;¹³⁶ השלישי, עניין זיגרון,¹³⁷ שבו הוטלה אחריות על משרד החינוך בגין רשלנות באי-כתיבת הוראה מפורשת בחוזר מנכ"ל בנוגע לבטיחות בקייטנות. אכן, נראה שרטוריקת פסק הדין מרחיבה אחריות, שכן בית המשפט הטיל אחריות על משרד החינוך כ"מפקח-על" והסיק מפעולות שנקט משרד החינוך לאחר האירוע על רמת הזהירות שהיה אפשר לנקוט לפני האירוע.¹³⁸ 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/ מפוקח) מעלה כי 100% מהתביעות שהגישו מפוקחים ושתקפו הסדרה – נדחו. כן היה גבוה שיעור הדחיות של תביעותיהם של פרטים (91%). כלומר, גם על פי הפילוח האמור, תביעות של מפוקחים – הקרובות יותר לתביעות רגילות נגד הרשות הציבורית – הן בעלות שיעור גבוה של דחיות, והן משקפות מפלס אחריות נמוך.

(2) פיקוח. מדובר במאה 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.

¹³⁴ עניין אברהם מחווי, 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 בנוזיקין הוכרה כ"חריג שיקול הדעת" ולפיו אין עילת תביעה ברשלנות כנגד המדינה כלפי מי שנפגע מפעולה שלטונית הכרוכה בהפעלת שיקול דעת רחב").

¹³⁵ עניין גינבורג, לעיל ה"ש 100.

¹³⁶ ייתכן שניתן לסווג מקרה זה כרשלנות בהספקת שירותים ציבוריים. עם זאת הואיל וספר הרגולטורים מאזכר את האגף הבכיר לשירותי דת שאחראי על "המדיניות והביצוע במכלול הנושאים הקשורים לאספקת שירותי דת לאזרחיה היהודיים של מדינת ישראל" (ספר הרגולטורים, לעיל ה"ש 55, בעמ' 43), הוחלט להכניס את פסק הדין למאגר ולסווגו כרשלנות רגולטורית.

¹³⁷ ת"א (שלום ת"א) 29337-11-10 זיגרון נ' מועצה אזורית שדות נגב (נבו 12.5.2015).

¹³⁸ 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").

למשל, היעדר פיקוח על מכוני לייזר;¹³⁹ השני, מקרים שבהם מפוקח תבע את הרשות, כיוצרת הסיכון הישיר, בגין פיקוח רשלני שגרם לו נזק. למשל, התרשלות הרשות בפיקוח על יבוא תפוחי אדמה.¹⁴⁰ לפי תרשים 5, ב-64% מהמקרים שבהם נטען לרשלנות בפיקוח דחה פסק הדין את התביעה. ממצא דומה (61%) נמצא גם בעניינין של תביעות שהוגשו רק בידי פרטים, שהם המקרים המשקפים "מחדל טהור" ומובילים להרחבת אחריות. אשר לתביעות שהגישו מפוקחים, גם כאן היה שיעור התביעות הנדחות גבוה יותר (75%), חרף העובדה שבמקרים אלה הרשות "קרובה" יותר לתובע-המפוקח (לעומת תביעות של פרטים בגין מחדלים שיצרו צדדים שלישיים). כמו כן ארבעת המקרים (שתוארו לעיל במסגרת הפילוח הכללי ושכוללים את ארבעת הפרמטרים המרחיבים)¹⁴¹ משתייכים לקטגוריית רשלנות בפיקוח, והם עשויים לעורר חשש להרחבת אחריות. עם זאת, כמפורט לעיל, קיימים טיעונים השוללים חשש זה.

(3) אכיפה. מדובר בחמישים מקרים שבהם נטען לרשלנות באכיפה. לרוב טענה זו נטענת לצד רשלנות בפיקוח. לפי תרשים 5, ב-62% מהמקרים נדחו טענות בגין רשלנות באכיפה. גם כאן פילוח על פי סוג התובע מעלה כי שיעור ההחלטות הדוחות תביעות של מפוקחים (67%) גבוה משיעור הדחיות של תביעות פרטים (57%). אם כן, בשלושת סוגי הרגולציה נמצא שפרטים מצליחים בתביעותיהם יותר ממפוקחים. על פני הדברים מדובר בנתון מפתיע, שכן היה מצופה שדווקא המפוקחים – שהם בעלי יחסי קרבה הדוקים יותר עם הרשות – יצליחו יותר בתביעותיהם. ייתכן כי נתון זה עשוי להעיד על הסימפתיה שמגלה בית המשפט כלפי הפרט-הניזוק, לעומת מפוקחים בעלי עוצמה, הנתפסים כבעלי ידע ובעלי יכולת השפעה על הרגולטור. כפי שיובהר בהמשך, הברדל זה עשוי לעלות בקנה אחד עם השינויים המאפיינים את הרפורמה הרגולטורית.¹⁴²

יתרה מזאת, ניתוח איכותני של ההחלטות העוסקות בתביעות של מפוקחים הטוענות לרשלנות באכיפה מעלה כי ברובן (87%) בית המשפט נמנע מלהתערב בשיקול הדעת של הרשות. לדוגמה, בעניין גלקסי (משנת 2016) דובר על תביעה נגד משרד התקשורת בגין רשלנות באכיפת שיווק מכשירי טלפון מצד התובעת. נטען שהסנקציות שהוטלו, ובכללן עצירת השיווק, התליית היתרים ואזהרת הציבור היו כלי אכיפה לא סבירים, והיה אפשר

¹³⁹ ת"א (מחוזי ת"א) 2079/04 פרץ נ' רואים 6/6 לייזר רפואי ומדעי בע"מ (נבו 5.1.2009).

¹⁴⁰ ת"א (מחוזי ת"א) 1026/04 א.ש.ל.י. גידול מיון ושיווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל (נבו 20.1.2016).

¹⁴¹ ראו את הדיון בעניין ארבעת הפרמטרים המרחיבים, בתת-פרק א.2 (א) לעיל.

¹⁴² ראו את הדיון בעניין השינויים המאפיינים את הרפורמה הרגולטורית, בתת-פרק ב.1 (3) להלן.

להשתמש בכלי אכיפה רכים יותר. התביעה נדחתה בהדגשת שיקול הדעת של הרשות.¹⁴³ 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 באכיפה. למשל, בעניין מגדלי הדגים אסר הרגולטור על שיווק דגים על ידי המפוקחת. התביעה התקבלה בנימוק שהליך איסוף המידע היה רשלני, שהוא אחד החריגים לחריג שיקול הדעת.¹⁴⁴

3. מסקנות המחקר האמפירי ומגבלותיו

לסיכום, התמונה המצטיירת מהמחקר האמפירי היא שבניגוד לתחזיות פסימיות מסוימות, נראה כי הפסיקה בעניין אחריות רשיות רגולטוריות אינה מרחיבת אחריות, וודאי שאינה 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 זהה, המוכיחה שהחששות בדבר היקף האחריות הנזיקית במקרים של רשלנות רגולטורית (המובילים להרחבת אחריות) היו מוגזמים. למצער, גם אם בתחילת העשור הקודם הייתה הפסיקה בעניין רשלנות רגולטורית "מרחיבה" יותר, ניכר כי בעשור האחרון היא נעה לכיוון צמצום אחריות. כמו כן ובזהירות המתבקשת, נראה כי ניתן להרחיב את מסקנות המחקר בענייננו גם לתביעות "רגילות" נגד רשויות ציבוריות. כאמור, נמצא כי בתביעות שמגישים מפוקחים (הדומות יותר ליחסי ה"קרבה" בתביעות רגילות) מפלס האחריות נמוך מזה של תביעות שמגישים פרטים. לפיכך דומה כי גם החשש באשר לתביעות "רגילות" היה מוגזם, ולכל הפחות ניכר כי בעשור האחרון ה"מטוטלת" נעה שוב לכיוון מצמצם אחריות. עם זאת מדובר ב"ראשית ראייה", והדבר דורש מחקר אמפירי מעמיק נוסף.

ואולם, אין די בהצגת ממצאי המחקר הנוכחי ב"חלל ריק", וכדי להסיק מסקנות בנוגע ל"גובה" מפלס האחריות בענייננו, יש למצוא נקודת ייחוס שאליה יהיה אפשר להשוות את ממצאי המחקר. כאשר אנו דנים במפלס אחריות, ניתן לזהות "סקאלה" של מפלסים התלויים לרוב במשטר האחריות המונהג. מצידה האחד של הסקאלה ניתן למצוא משטר

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

¹⁴⁴ ראו למשל עניין מגדלי הדגים, לעיל ה"ש 102.

של אחריות חמורה (המטיל אחריות ללא אשם),¹⁴⁵ ומצידה 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 היעדר 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. לפי נתוני מרכז המידע והמחקר של הכנסת, בשנת 2015 התקבלו בבית המשפט כ-63% מתביעות הביטוח, ורק 37% מהן נדחו.¹⁴⁶ כך גם באשר לתביעות בגין לשון הרע, שאף בהן מונהג משטר של אחריות חמורה.¹⁴⁷ לפי נתוני הנהלת בתי המשפט, בשנים 2019–2020 התקבלו כ-73% מהתביעות בגין לשון הרע, ורק 27% מהן נדחו.¹⁴⁸ נראה כי אם נשווה נתונים אלה לממצאי המחקר בענייננו, 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. לפי מחקר שערך למשל המכון הלאומי לחקר שירותי הבריאות

¹⁴⁵ אם כי קיים משטר אחריות מחמיר ממשטר של אחריות חמורה, שהוא משטר של אחריות מוחלטת. למשל, כזה המנהג בתביעות פלג"ד. עם זאת משטר זה רלוונטי פחות לדיונונו, שבו נתמקד במשטר של אחריות חמורה כמשטר המצוי על נקודה בסקאלה המרוחקת ממשטר של אחריות רגילה (מבוסס אשם).

¹⁴⁶ ראו מכתב מצח בן יהודה, רכז מחקר ומידע בכנסת, לשרון השכל, חברת כנסת, בעניין נתונים על תביעות נגד חברות ביטוח המוגשות לבתי המשפט 2 (7.6.2017), שם הובהר כי "בשנת 2015 הוכרעו בבית המשפט 40,027 תביעות ביטוח כלליות (נזקי רכוש ונזקי דירה)". דווח כי כ-61% מהתיקים נסגרו בפשרה, כ-22% מהתביעות התקבלו, וכ-13% מהתביעות נדחו. אם מבודדים את התביעות שהתקבלו ונדחו, הרי שעולה כי 8,805 תביעות התקבלו (63%); ו-5,203 תביעות נדחו (37%).

¹⁴⁷ 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, ה"ש 285 (מהדורה שנייה מורחבת 2019) ("לא נדרש שום יסוד נפשי בעוולת פרסום לשון הרע, ועוולה זו היא עוולת אחריות חמורה").

¹⁴⁸ ראו אבישג גרינצייג "משתלם לתבוע? שני שליש מתביעות לשון הרע מתקבלות או מסתיימות בפשרה; הפיצוי הממוצע: עשרות אלפי שקלים" גלובס (2.12.2020) <https://bit.ly/3aMg2w2>, 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%-ו-27% בהתאמה.

(2018), שנבדקו בו 145 פסקי דין שניתנו בשנים 2013–2017 ושעסקו ברשלנות רפואית, נמצא כי 48% מהתביעות התקבלו.¹⁴⁹ נטען כי מפלס אחריות זה מתאים למודלים כלכליים של קבלת החלטות של בתי משפט, שלפיהם "אם בית המשפט לא מוטה נגד אחד מהצדדים, שיעור הזכייה בתיקים יהיה 50%".¹⁵⁰

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 ארצות הברית, כפוף לכמה חריגים, שהמרכזי שבהם הוא חריג שיקול הדעת (Discretionary Function Exception). בהקשר זה ערך גלסון (Nelson) (2010)¹⁵¹ מחקר אמפירי על שיעור ההצלחות של מדינת ארצות הברית בפסקי 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. לפי המחקר, ב-74.08% מההחלטות התקבלה הטענה בדבר חריג שיקול הדעת, וניתן פסק דין מקוצר שמשמעותו דחיית התביעה הנזיקית שהוגשה נגד הרשות, ואילו ב-25.92% נדחתה הטענה לתחולת החריג. הואיל ואין בדחיית בקשה לפסק דין מקוצר כדי להוביל לקבלת התביעה הנזיקית נגד הרשות, הרי שלא ניתן ללמוד מנתון זה על שיעור המקרים שבהם הוטלה בסופו של דבר אחריות על הרשות הציבורית. כלומר, ייתכן כי שיעור התביעות הנדחות גבוה מ-74.08%. יתרה מזאת, המחקר האמריקאי עסק בתביעות נגד רשויות ציבור ככלל ולא רק נגד רשויות רגולטוריות. אם כך, ובהנחה שמפלס אחריותן של רשויות רגולטוריות נמוך מזה של רשויות ציבור ככלל (כפי שניתן להסיק לכאורה מהמחקר בענייננו), ניתן לשער כי שיעור הדחיות בתביעות נגד רשויות רגולטוריות בארצות הברית גבוה אף יותר. עם זאת הספרות האמריקאית ביקרה את הנתון הזה, ונטען כי די בשיעור הזה כדי ללמוד שמפלס האחריות של רשויות בארצות הברית הוא מצומצם ביותר ומוביל דה פקטו לחסינות ריבונית (Sovereign Immunity) של הרשות הציבורית.¹⁵² לכן נטען כי יש "למתן" את חריג שיקול הדעת האמריקאי.¹⁵³ מהשוואת נתון

¹⁴⁹ המכון הלאומי לחקר שרותי הבריאות ומדיניות הבריאות כנס ים-המלח ה-18, 13–14 במרץ 2018: אחריות מקצועית – עת לרפורמה? 24–26 (2018) <https://bit.ly/3INxEUy>.

¹⁵⁰ רוני לינדר "הרופא התרשל בטיפול. מה הסיכוי שתקבלו פיצוי?" *TheMarker* (7.4.2018) <https://bit.ly/3Poak2j>.

¹⁵¹ 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. TEX. L. REV. 259 (2009).

¹⁵² Jonathan R. Bruno, *Immunity for "Discretionary" Functions: A Proposal to Amend the Federal Tort Claims Act*, 49 HARV. J. ON LEGIS. 411, 412, 449–450 (2012): "current

זה (74.08%) לשיעור התביעות שנדחו 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 בייחוד בשבע השנים האחרונות שבהן שיעור התביעות הנדחות הוא לא פחות מ-79% (ככל הנראה גבוה מהנתון האמריקאי). בהקשר זה יודגש כי אף שיש להיזהר מהשוואת מפלס האחריות שבארצות הברית לזה שבישראל, בשל ההבדלים בין שיטות המשפט,¹⁵⁴ 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 אינם חפים מקשיים, והעיקריים שבהם יפורטו להלן.

ראשית, יש להיזהר מהסקת מסקנות נחרצות בנוגע למפלס האחריות. אפשר שיהיו גורמים נוספים שיסבירו את הצמיחה בשיעור התביעות הנדחות אל מול הירידה בשיעור התביעות המתקבלות.¹⁵⁵ 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 במחקר עברו

doctrine the government's immunity from tort claims for discretionary functions is formidable. [...] Many potentially meritorious claims against the 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"

שם, בעמ' 450 (Congress should amend the FTCA to eliminate the discretionary) (function exception, replacing it with a more modest exception)"¹⁵³

גלעד דיני נזיקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1141–1142.¹⁵⁴

כך למשל הובהר לאחרונה בעניין גדילה מעריכית (Exponential Growth) כי היא יכולה להיות מושפעת מגורמים שונים. ראו: Eyal Zamir & Doron Teichman, *Mathematics, Psychology, and Law: The Legal Ramifications of the Exponential Growth Bias* 6 (Heb. Univ. Jer. Legal Research Paper No. 21-11, Oct. 5, 2021), <https://ssrn.com/abstract=3804329>; "in the real world, processes of growth and decline are typically affected by multiple factors, and therefore, often cannot be described by a simple mathematical function"¹⁵⁵

"סלקציה" מסוימת (Selection Effect).¹⁵⁶ ואכן, מחקרים הראו ששיעור גבוה של מחלוקות אזרחיות מיושבות מחוץ לכותלי בית המשפט. למשל, שיעור הפשרות בתיקי סדר דין רגיל בבית משפט השלום והמחוזי הוא 41% ו-42%, ובתיקי נזיקין על פי חוק הפלת"ד, נמצא כי 95% מתיקי הפלת"ד מסתיימים בהסכמים.¹⁵⁷ נתונים דומים ניתן למצוא גם באשר לתיקי נזיקין המטופלים בפרקליטות. כאמור, כ-31% מתיקי הנזיקין המטופלים בפרקליטות נסגרו בשנת 2020 בדרך של פשרה.¹⁵⁸ עם זאת גם אם המחקר הנוכחי אינו מתייחס לגורמים נוספים, כגון תיקים הנסגרים בפשרה, ברי כי הוא בעל תרומה רבה לשיח המשפטי, שכן הוא מציג כיצד בתי המשפט פוסקים בתביעות נגד רשויות רגולטוריות המגיעות לשלב של פסק דין.¹⁵⁹

מגבלה נוספת הטבועה במחקר האמפירי מתייחסת לקושי להסיק סיבתיות ממחקר זה.¹⁶⁰ 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 של ענייננו, ייתכן כי בניגוד לטענת המחקר, החששות שהושמעו בספרות בנוגע 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.¹⁶¹ יתרה מזאת, נעשו מחקרים אמפיריים אשר ניסו למדוד את השפעתם של כתבי עת משפטיים על החלטות

¹⁵⁶ 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"

¹⁵⁷ קרן וינשל-מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבלוס "יצירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" **משפטים** מד 769, 809-810 (2015), שם מצוין כי תיקי הפלת"ד מתאפיינים בשיעור גבוה של פשרות – יותר מ-60%, ונוסף על זה כמעט בכל התיקים הנמחקים/נדחים לבקשת תובע מקרב תיקי פלת"ד, כ-35%, מושגת פשרה מחוץ לכותלי בית המשפט.

¹⁵⁸ להרחבה, ראו את הדין בנושא לעיל ה"ש 116. יובהר כי לפי נתוני הפרקליטות, בשל אופן סימון התיקים במערכת סביר להניח כי הנתון של 31% הוא נתון מינימלי בלבד, וסביר כי יש תיקים רבים נוספים שהסתיימו בדרך זו.

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

¹⁶⁰ דורון טייכמן ואיל זמיר "מחקר משפטי אמפירי – הארות והערות" **משפטים** מד 671, 675-676 (2015).

¹⁶¹ איל זמיר "על המחקר המשפטי האינטגרטיבי" **דין ודברים** ד 131, 142 (התשס"ח).

שיפוטיות.¹⁶² נמצא כי לכתבי עת ביקורתיים חלק ניכר בתהליך עיצוב המערכת המשפטית, שכן שופטים נוטים לפנות אליהם לצורך ניתוח בעיות משפטיות,¹⁶³ ופנייה זו מתגברת עם השנים.¹⁶⁴ נראה כי השפעה כזו ניתן לייחס גם לביקורת האקדמית בנוגע למפלס האחריות של רשויות ציבוריות, למצער בנוגע להחלטות שניתנו בעשור השני לשנות האלפיים (לאחר שהושמעה הביקורת). עם זאת יש להדגיש כי קושי זה קיים אך ורק כשמדובר במסקנת המחקר שלפיה הטענות שהושמעו בספרות היו "מוגזמות", והוא אינו רלוונטי למסקנה העיקרית של המחקר שלפיה – כעניין עובדתי מפלס האחריות של רשויות רגולטוריות הוא נמוך.

שנית, ניתן לטעון לסלקצייה מסוימת בקשר לפסקי הדין המתפרסמים באתר נבו, בייחוד בקשר להחלטות של ערכאות דיוניות. ברם נראה כי תקופת המחקר בענייננו, בייחוד בעשור האחרון, אינה מעוררת חשש אמיתי, שכן כמעט כל ההחלטות של שלוש הערכאות מתפרסמות באתר נבו.¹⁶⁵ יתרה מזאת, גם אם לא כל ההחלטות של הערכאות הדיוניות התפרסמו, ממילא אלה המתפרסמות באתר נבו הן ההחלטות ששופטים, עורכי דין, משפטנים ואנשי אקדמיה מסתמכים עליהן, ועל יסודן "מתעצב" הדיון המשפטי.¹⁶⁶ מלבד זאת, למחקר הנוכחי יתרון ניכר בכך שהוא עוסק בשלוש הערכאות, שכן הוא אינו מעורר את הקושי הסלקטיבי הקיים במחקרים העוסקים בהחלטות של בית המשפט העליון

¹⁶² Russell Smyth, *Academic Writing and the Courts: A Quantitative Study of the Influence of Legal and Non-Legal Periodicals in the High Court*, 17(2) U. TASMANIA L. REV. 164 (1999).

¹⁶³ Chester A. Newland, *Legal Periodicals and the United States Supreme Court*, 7 U. KAN. L. REV. 477, 477 (1959): "Today, their critical role seems to be an almost inevitable 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"

¹⁶⁴ שם, בעמ' 488 (this quantitative summary shows in broad outline the growth in) (influence of legal periodicals in the judicial process"

¹⁶⁵ השוו לאינדג'ר, זמיר וכץ, לעיל ה"ש 74, בעמ' 34 ("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 בהחלטות בין בתי משפט השלום למחוזיים מבחינת העברתן למאגר, שכן מדובר באותה מערכת ממוחשבת של בתי המשפט. למן שנת 2000 החלה מערכת זו להעביר בשיטתיות את פסקי הדין של ערכאות השלום והמחוזי לאתר נבו. עוד נמסר לי כי למן שנת 2009 גם החלטות טכניות של ערכאות אלה מועברות למאגר נבו.

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

בלבד.¹⁶⁷

שלישית, קידוד המחקר נעשה בידי אדם אחד (אנוכי), והדבר עשוי להוביל לקושי אמפירי בקידוד, ובייחוד להטיה בתוצאות המחקר.¹⁶⁸ עם זאת הקידוד בוצע בשלושה סבבים, מאגר המידע זמין וניתן לבחינה, ודומה כי דרך מחקר זו מקובלת גם במחקרים אחרים, כדוגמת זה שעשה Nelson בנוגע לפסיקה בארצות הברית, אשר נכתב וקודד בידי בלבד.¹⁶⁹

לסיכום, אכן אין להתעלם מהקשיים האמפיריים של המחקר הנוכחי. עם זאת כבר נטען כי "תיאוריות והמלצות מדיניות המתבססות על מידע אמפירי וניסויי בלתי-מושלם עדיפות על תיאוריות והמלצות שאינן מתבססות על מידע אמפירי או ניסויי כלשהו".¹⁷⁰ יתרה מזאת, רוב המגבלות שפורטו לעיל מאפיינות את מרבית המחקרים האמפיריים האקדמיים, ובדרך כלל אין דרך התמודדות סבירה עימן. על כן לדעתי אף אם ממצאי המחקר האמפירי בענייננו מעוררים קשיים מסוימים, עדיין קיימת להם חשיבות רבה לדיון המשפטי והם בוודאי עדיפים על אמירות לא 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 אם יש לבצע חשיבה מחודשת בדבר פסיקה זו בשל השינויים במדיניות הרגולטורית בישראל. כדי להשיב על כך אבחן תחילה (בפרק ב.1.) אם מפלס האחריות הנוכחי, הנלמד מממצאי המחקר האמפירי, עולה בקנה אחד עם התמורות המאפיינות את הרפורמה הרגולטורית. במסגרת זאת אנסה לסרטט מחדש את השיקולים בנוגע למפלס האחריות הרצוי לאורן של מתודות רגולטוריות. לאחר מכן (בפרק ב.2.) אבחן עד כמה הפסיקה במאגר התייחסה למאפיינים של מתודות רגולטוריות מודרניות, ואם התייחסות זו מתאימה למפלס האחריות הרצוי. לאחר שאבחן שאלות אלה נפנה (בפרק ג) לבחינת הנתבים שבהם הפסיקה יכולה לפסוע.

¹⁶⁷ 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").

¹⁶⁸ שם, בעמ' 33.

¹⁶⁹ Nelson, לעיל ה"ש 151, בעמ' 259 ("The data, findings and conclusions in this article are (the author's alone)").

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

1. היקף האחריות הנזיקית הרצוי לאורן של מתודות רגולטוריות מודרניות

כעולה מממצאי המחקר האמפירי, נראה כי היקף האחריות המצוי של רשויות רגולטוריות, בייחוד בעשור האחרון, הוא מצומצם. השאלה המתבקשת היא אם כיוון זה – המצמצם אחריות – הוא הכיוון הרצוי עם עלייתן של מתודות רגולטוריות מודרניות. נזכיר כי הספרות האקדמית שעסקה בנושא לפני כעשור קראה לצמצום אחריותן של רשויות ציבוריות בשל מפלס אחריות גבוה מאוד.¹⁷¹ האם קריאה זו – לצמצום אחריות – עדיין רצויה בשל 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.¹⁷²

כפי שהובהר, בשנים האחרונות חלה רפורמה במדיניות הרגולטורית בישראל שראשיתה בהחלטות ממשלה, המשכה ב"עיון" מתודות מודרניות בדברי חקיקה ספציפיים,¹⁷³ 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.¹⁷⁴ לשינויים אלה השפעה ישירה על מקצועיות שיקול הדעת הרגולטורי. נטען כי בתקופה שקדמה לרפורמה שיקול הדעת של רגולטורים היה מקצועי פחות משיקול דעתם המבוסס על מתודות רגולטוריות מודרניות.¹⁷⁵ כמו כן שיפור המקצועיות מתבטא גם בהקמת רשות אסדרה (regulatory oversight body).¹⁷⁶ תפקידה של הרשות לפעול לקידום אסדרה מיטבית ומקצועית

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

¹⁷² לביקורת על ניהול סיכונים, ראו למשל Fisher, לעיל ה"ש 11, בעמ' 55–59.

¹⁷³ ראו למשל ס' 41, 54(ב), 59(א), 86(ב), 178(א)(ג), 192, 196, 203 לחוק הגנה על בריאות הציבור (מזון), התשע"ו–2015. הסעיפים עוסקים בהפעלת סמכות מנהלית בהתבסס על "ניהול סיכונים". ראו בייחוד שם, בס' 250(א) ("נהלים כאמור ייקבע, בין השאר, בהתאם לניהול סיכונים"); ס' 12 לחוק רישוי עסקים, התשכ"ח–1968 ("התקנת תקנות או צווים, פרסום מפרטים אחידים, מפרטים רשתיים או קביעת הנחיות, לפי חוק זה, ייעשו בהתבסס על ניהול סיכונים"); ס' 4(ו) לפקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ב–1972; הצעת חוק הרשויות המקומיות (ניהול סיכונים תאגידי), התשע"ח–2018, ה"ח פ/5185/20.

¹⁷⁴ רויטמן "הרפורמה הרגולטורית", 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").

¹⁷⁵ ראו למשל גיא מור פערם ובעיות יסוד במערכת הרגולטורית בישראל: לקראת מדיניות רגולציה חכמה 22 (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").

¹⁷⁶ ס' 4 לחוק האסדרה.

בקרב כלל הרגולטורים בישראל, בבחינת "רגולטור-על"¹⁷⁷. על פי חוק האסדרה, שומה על רגולטורים להתייעץ עם הרשות בנוגע לאסדרה חדשה או קיימת, למעט פעולות שלא נכללו בהגדרת המושג "אסדרה". המודל שנקבע בחוק הוא "אמץ או הסבר", שלפיו ברירת המחל היא לאמץ את המלצת הרשות.¹⁷⁸ נקודת המוצא בקביעת חובת ההתייעצות עם רשות האסדרה היא שמדיניות רגולציה (regulatory policy) היא תחום ידע מקצועי שדורש מקצועיות ומומחיות,¹⁷⁹ ולרשות האסדרה הכישורים לכך.¹⁸⁰

אם כן, על פני הדברים נראה כי קיימות שתי מסקנות אפשרויות המתבקשות משינויים אלה: הראשונה היא שיש להמשיך בכיוון מצמצם אחריות. הרי, לכאורה, אם שיקול הדעת הרגולטורי מקצועי יותר, פוחתים הצורך וההצדקה לביקורת שיפוטית; השנייה היא שדווקא משום 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. כדי לבסס מסקנה זו, אפנה עתה לשיקולים המרכזיים שנדונו בספרות בנוגע להטלת אחריות על רשויות ציבוריות ואבחן כיצד השינויים המאפיינים את הרפורמה הרגולטורית השפיעו על כל אחד משיקולים אלה. יצוין כי בשל קוצר יריעת המאמר הדיון שלהלן לא יכלול את כלל השיקולים שנדונו בספרות.¹⁸¹

(1) אי-שפיטות נורמטיבית. ביקורת שיפוטית נזיקית על פעולות של רגולטורים (הרשות המבצעת) מעוררת את השאלה אם 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 כזאת. 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 עיקרון זה. למשל, אחת התמורות המאפיינות את המדינה הרגולטורית היא הקמת תתי-משרדים ברשות המבצעת

¹⁷⁷ רויטמן "הרפורמה הרגולטורית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 440 ("רגולטור של הרגולטורים"). כן ראו פרוטוקול ישיבה 69 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 39 (7.10.2021), דבריו של עוה"ד גור בליי, ממחלקת ייעוץ וחקיקה של הכנסת, שנכח בוועדות הכנסת בעניין חוק האסדרה ("הרשות תהיה מעין רגולטור על שעושה סקונד גסינג כל הזמן למה שהרגולטורים עושים").

¹⁷⁸ דברי הסבר לחוק האסדרה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 1136; ראו גם ס' 7 לחוק האסדרה.

¹⁷⁹ דברי הסבר לחוק האסדרה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 1141 ("מהווה תחום ידע מקצועי הדורש מומחיות ומיומנות, בנוסף לידע המקצועי הספציפי הנדרש בתחום מסוים, אשר לגביו המאסדר הוא הגורם בעל המומחיות").

¹⁸⁰ ס' 5(א)-(ב) לחוק האסדרה (הקובע את חברי מליאת הרשות, שלהם נדרשת "מומחיות בתחום האסדרה").

¹⁸¹ להרחבה על השיקולים להטלת אחריות על רשויות ציבוריות, ראו למשל גלעד דיני נזיקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1040-1057.

בעלי שיקול דעת עצמאי, שתפקידם לדאוג לפן המקצועי של יישום הרגולציה. ביזור זה, כך נטען, מבטא את הרעיון של הפרדת הרשויות בתוך הרשות המנהלית, ולכן היא תחליף (אם כי חלקי) לאידיאל של הפרדת רשויות.¹⁸² יתרה מזאת, נראה כי אף בהקמת רשות האסדרה יש כדי לשנות (גם אם במקצת) את "מאזן הכוחות" שבבסיס עקרון הפרדת הרשויות. כאמור, חובת ההתייעצות עם הרשות היא "בלם" נוסף לעיצוב ההליך הרגולטורי, ומטרתה להוביל לפעולות רגולטוריות תקינות יותר, בעיקר במישור ההליכי-פרוצדוראלי. לעניין זה נטען כי במוסדות שפעילותם תקינה הצורך בפיקוח החיצוני (כגון ביקורת שיפוטית) פוחת.¹⁸³ אם כך, נראה כי הקמת רשות האסדרה היא הצדקה נורמטיבית נוספת לביקורת שיפוטית נזיקת מרוסנת על פעולות של רשויות רגולטוריות.

יתרה מזאת, אף אם תביעות העוסקות ברשלנות רגולטורית "שפיטות" מהבחינה הנורמטיבית, נראה כי בשל התמקצעות שיקול הדעת, לרבות הקמת רשות אסדרה הפועלת כ"מפקחת" נוספת על ההליך הרגולטורי – לא יהיה ראוי להפעיל ביקורת שיפוטית ברוב רובם של מקרים אלה. בהקשר זה טען גלעד כי ההגדרה הפסיקית לאי-שפיטות נורמטיבית מצומצמת מדי, ולכן "אין כמעט סכסוך שלא יהיה שפיט נזיקת".¹⁸⁴ לפיכך הוא הציע להרחיב את המושג ולהחילו על סכסוכים שאומנם אפשר להכריע בהם בבתי משפט אך לא ראוי לעשות כן.¹⁸⁵ ניתן לומר כי הרפורמה הרגולטורית מחזקת את הגדרתו המורחבת של גלעד, והגדרה זו גם עולה בקנה אחד עם המגמה הפסיקיתית (הנלמדת מהמחקר האמפירי) לצמצום אחריותן של רשויות רגולטוריות. יתרה מזאת, גם בית המשפט העליון פסע לאחורונה בכיוון הגדרה מחודשת זו. כך, בעניין פלונים נ' משטרת ישראל (2019) כתב כבוד 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].¹⁸⁶

עם זאת יש להיזהר מפגיעה יתרה בכיוון מצמצם אחריות עד כדי חסינות, שאם לא כן נרוקן מתוכן את מערך ה"איזונים ובלמים" שבבסיס עקרון הפרדת הרשויות. נטען למשל כי

¹⁸² רויטמן "המשפט המנהלי", לעיל ה"ש 13, בעמ' 252–253.

¹⁸³ 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".

¹⁸⁴ גלעד דיני נזיקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1042.

¹⁸⁵ שם.

¹⁸⁶ עניין פלונים נ' משטרת ישראל, לעיל ה"ש 124, בפס' 7 לפסק דינו של השופט שטיין.

המדינה הרגולטורית הובילה לחוסר התאמה בכל הנוגע לעקרון הפרדת הרשויות, שכן רשויות רגולטוריות לעיתים ממלאות את שלושת תפקידי הרשויות, לרבות סמכויות "מעין שיפוטיות".¹⁸⁷ נטען כי אף שמדובר ב"אזור" המסור גם לרשות השופטת, בתי המשפט נמנעים מלבקר החלטות אלה, ולמעשה יוצרים חסינות לרשויות הרגולטוריות.¹⁸⁸ כמו כן חשוב להדגיש שרשות האסדרה אינה בוחנת כל אסדרה, ובייחוד 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 הביקורת ועל טיבה 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 במיוחד לתביעות נזיקין אשר הביקורת השיפוטית בעניינן נעשית בידי שופטים בערכאות נמוכות ושופטים שאינם מתמחים.¹⁸⁹ האם שיקול זה התחזק בשל הרפורמה הרגולטורית? נראה כי התשובה לכך היא חיובית. ניתן לחשוב על שני מישורים שבהם גדל "פער 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";¹⁹⁰ השני קשור לארגו הכלים שבאמצעותו נדרשים רגולטורים לנהל את הסיכונים, הכולל מתודות רגולטוריות מודרניות המהוות תחום מומחיות עצמאי ונוסף על תחום שאותו יש לאסדר. לפי דברי הסבר לחוק האסדרה, הגורם בעל "הכשירות המוסדית" לכך היא רשות האסדרה.¹⁹¹ לעניין זה נטען כי בשונה מרשות האסדרה, לבתי המשפט אין המומחיות לבקר את פעולות הרשות הרגולטורית לפי העקרונות של מתודות מודרניות.¹⁹² אם כן, נראה כי "כפל המומחיות" של

¹⁸⁷ Ariel Bendor & Sharon Yadin, *Regulation and the Separation of Powers*, 28 S. CAL. INTERDISC. L.J. 357, 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"

¹⁸⁸ שם, בעמ' 377.

¹⁸⁹ גלעד דיני נזיקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1043.

¹⁹⁰ רויטמן "המשפט המנהלי", לעיל ה"ש 13, בעמ' 236.

¹⁹¹ ראו דברי הסבר לחוק האסדרה, לעיל ה"ש 56, 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").

¹⁹² 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

הרשות הרגולטורית אכן מחזק את שיקול אי-השפיטות המוסדית, וכפועל יוצא של זה מצדד בגישה מצמצמת אחריות. עם זאת מומחיות זו אינה רלוונטית לכל פעולה רגולטורית. יש פעולות שאין חלה בעניינן חובת התייעצות עם רשות האסדרה, והרגולטור הוא הגורם האחראי ליישום המתודות. נוסף על זה, יש 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.¹⁹³ ייתכן כי במקרים אלה, חרף השיקול המוסדי השגרתי, יהיה מקום לביקורת שיפוטית "מתמצנת" אשר תבחן את התנהלות הרשות הרגולטורית באמצעות התמקדות במאפייני המתודות המודרניות.¹⁹⁴

(3) הקושי שבמיפוי האינטרסים המאוזנים ושקלולם הראוי. הטלת אחריות נזיקית על רשות רגולטורית דורשת מבית המשפט לערוך איזון בין האינטרס הציבורי, שלו 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 מפקח) נתפס כ"חלש", ואילו הרשות נתפסת כבעלת העוצמה והיכולת הכלכלית. נטייה זו עלולה לעוות את הליך איזון האינטרסים.¹⁹⁵ אלא שבשל השינויים במדינה הרגולטורית נטייה זו עלולה להוביל לעיוות גדול אף יותר, בעיקר בתביעות שמגישים מפקחים. במקרים רבים מדובר בפירמות גדולות בעלות אינפורמציה ועוצמה כלכלית רבה, ובכוחן להשפיע על התשתית העובדתית שבבסיס פעולותיו של הרגולטור.¹⁹⁶ נטען כי מדובר ב"שינוי טקטוני" במערך הכוחות במסגרת הליך הביקורת השיפוטית, ולכן "אין עוד מקום לגישה הרומנטית לגבי

LAW 309, 316 (Susan Rose-Ackerman & Peter Lindseth eds., 2011): "judicial review 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"

¹⁹³ השווה עם יובל רויטמן "גישה מוסדית לביקורת השיפוטית" ספר אליקים רובינשטיין 1389, 1406 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה, רינת סופר עורכים) (להלן: רויטמן "גישה מוסדית") ("היעדר ההתייחסות ההולמת והשיטתית של הביקורת השיפוטית למידת המומחיות של הרשות הלכה למעשה [...] פוגעת בתמריץ הכללי של הרשות המבצעת להסתייע במומחים").

¹⁹⁴ ראו הרחבה בסיכום של תת-פרק זה (ב.1) וכן את הצעתי בפרק 1.ג להלן.

¹⁹⁵ גלעד דיני נזיקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1044.

¹⁹⁶ ראו למשל שרון ידין "קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר" דין ודברים ה' 391, 439-440 (2015). ידין טוענת כי המדינה הרגולטורית מאופיינת גם בתופעה של "שבי שלא מדעת". מדובר במצב שבו הרגולטור רואה עצמו כמשיג את האינטרס הציבורי, אך בפועל הוא פועל לטובת האינטרסים של המפקחים. אחד הגורמים לכך הוא יצירת תשתית עובדתית לקויה ולא סימטרית שמפוקחות בעלות עוצמה מציגות לפני הרגולטור.

מערכת היחסים שבין האזרח לבין הרשות".¹⁹⁷ נראה שמגמה זו נלמדת גם מהמחקר האמפירי, שלפיו רוב התביעות שמגישים מפוקחים נדחות. כאמור, ממצא זה עשוי ללמד על נטייתו של בית המשפט לגלות פחות סימפתייה כלפי מפוקחים, שאינם נתפסים כ"חלכאים והנדכאים", אלא כתובעים בעלי עוצמה וידע. נוסף על זה נטען כי בתי המשפט "שדרגו" את מעמדו של אינטרס הפרט לאור חקיקת חוקי היסוד, אך מהלך דומה לא נעשה בקשר לאינטרס הציבורי.¹⁹⁸ נראה כי השינויים הרגולטוריים תומכים בשדרוג מעמד האינטרס הציבורי. ראשית, המתודות הרגולטוריות העמיקו את ה"יסודיות" של רגולציה במדינה המודרנית,¹⁹⁹ ובעקבות זאת חיזקו אינטרס ציבורי לרגולציה איכותית יותר; שנית, המתודות ביצעו "שדרוג" לאינטרס הציבורי באמצעות מתן מעמד בכורה לעקרון התועלת המצרפית.²⁰⁰ מדובר בעקרון יסוד של המתודות המודרניות, שלפיו שומה על הרגולטור לבחור ברגולציה שמובילה למרב התועלת החברתית, ושלא בהכרח כרוכה בתוחלת הנזק הנמוכה ביותר.²⁰¹ שינויים אלה מחזקים את השיקול המתייחס לקושי שבמפוי ובהערכת האינטרסים במסגרת תביעות נזיקין נגד רשויות רגולטוריות, ולכן מצדדים הם 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.²⁰²

(4) האופי המיוחד של פעילות הרשות – מחדל טהור. מחדל טהור הוא מחדל להגן על פרטים מפני סיכונים שיוצרים גורמים אחרים (לרבות סיכוני 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.²⁰³ דומה כי מאפיין זה התחזק ביתר שאת בעידן המדינה הרגולטורית. ראשית, רגולטורים נדרשים להתמודד עם סיכונים מרובים ומורכבים מאלה שנדרשו להם בעבר, עד

¹⁹⁷ רויטמן "המשפט המנהלי", לעיל ה"ש 13, בעמ' 235.

¹⁹⁸ גלעד דיני נזיקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1044.

¹⁹⁹ ראו למשל פרוטוקול ישיבה 65 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 6 (4.10.2021), דבריו של מאיר לוי (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").

²⁰⁰ עיקרון זה עוגן במפורש בחוק האסדרה בסעיף 2(2) לחוק ("האסדרה נקבעת במטרה להביא למרב התועלת לחברה ולמשק [...]"). ראו גם דברי הסבר לחוק האסדרה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 1126 ("מוצע להבהיר שיש לקבוע אסדרה מתוך ראייה רחבה השואפת להשיא את התועלת למשק ולחברה").

²⁰¹ מדרוך 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").

²⁰² ראו את הדיון בתת-פרק 2.2 להלן.

²⁰³ גלעד דיני נזיקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1047–1048.

כדי כך שהועלתה אפשרות כי אנו חיים "במדינת הסיכון"²⁰⁴, שנית, וכפועל יוצא של זה, אחד מעקרונות היסוד של המתודות המודרניות הוא שאין לשאוף ל"אפס סיכון" (Zero Risk), וסיכון הוא חלק מתוצאות הלוואי של רגולציה.²⁰⁵ דוגמה אקטואלית לכך היא הרגולציה של מגפת הקורונה. חרף ניהול סיכונים המבוסס על מתודות מודרניות עדיין התממשו סיכונים רבים. נראה כי שינויים אלה עשויים לחזק את השיקול להגבלת אחריותן של רשויות בגין מחדלים טהורים, שכן מוצדק והוגן שהניזוק – הנהנה מהשתכללות המדיניות הרגולטורית של הרשות ומהתמקצעותה – יישא גם בסיכונה.²⁰⁶ מנגד ניתן לטעון כי דווקא עליית הסיכון במדינה הרגולטורית מצדיקה לחייב את הרשות בגין מחדלים טהורים, כדי שניזוק ספציפי או קבוצה מסוימת באוכלוסייה לא יישאו לבדם בנטל הכבד של הסיכונים ההולכים וגוברים בעידן המדינה הרגולטורית.²⁰⁷ הצדקה נוספת היא שלרוב הרשות מחזיקה במעמד "מונופוליסטי" במניעת סיכונים "לא שגרתיים" ולה היכולת האפקטיבית למונעם.²⁰⁸ טלו למשל תביעה עתידית נגד המדינה הטוענת לרשלנות באי-מניעת התפשטות נגיף הקורונה. על פני הדברים מדובר בתביעה שמקורה במחדל טהור להגן על התובע מפני סיכון לא 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. למשל, אשר לדין ההולנדי נטען כי קיימת אפשרות להטלת אחריות על המדינה בגין ניהול רשלני של רגולציות הקורונה.²⁰⁹ עם זאת יש לזכור כי דוגמה זו אינה משקפת סיכונים שגרתיים, ודומה כי

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

²⁰⁵ דברי הסבר לחוק האסדרה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 1127 ("ככלל, אין זה רצוי מבחינה כלכלית וחברתית לפעול באמצעות אסדרה כדי לאיין סיכונים באופן מוחלט").

²⁰⁶ גלעד דיני נזיקין, 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 מבהיר בספרו כי הנהנה מפעילות מסוימת הוא בדרך כלל המזיק, ולכן שיקול ההגיונות תומך בהטלת אחריות עליו, אולם בהקשר של רשויות ציבוריות מועתק שיקול זה אל הניזוק.

²⁰⁷ ראו והשוו לרונון 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 בסיכונים מסוימים הציבור הרחב הוא שצריך לשאת בעלותם ולא הפרטים הנפגעים בעת התממשותם. להרחבה, ראו ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון)" **משפט וממשל** ב 339, 357–358 (התשנ"ה).

²⁰⁸ גלעד דיני נזיקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1047.

²⁰⁹ Lucas Bergkamp, *State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law*, 11 EUR. J. RISK REG. 343, 349 (2020): "The Dutch government's response to the COVID-19 epidemic has been inadequate in many

במדינות אחרות, הקרובות יותר למשטר האחריות הישראלי, הטלת אחריות על הרשות בגין מחדלים טהורים מסוג זה נדחתה.²¹⁰

(5) הרתעת יתר. כידוע, הטלת אחריות על רשות ציבורית וחיובה בפיצוי עלולים להוביל להרתעת יתר.²¹¹ נראה כי שיקול זה התחזק בשל הרפורמה הרגולטורית, ובייחוד בשל הדרישה להפחתת הנטל הרגולטורי,²¹² שכן הרתעת יתר עלולה להוביל לעודף רגולציה. במצב זה עלולה להיווצר סתירה אינהרנטית בין מדיניות הנקבעת ברשות הרגולטורית, השואפת להפחתת הנטל הרגולטורי, לבין מדיניות הנקבעת במסגרת הביקורת השיפוטית,²¹³ המובילה לעודף רגולציה. סתירה זו בוודאי אינה רצויה מבחינת מדיניות משפטית ראויה, והיא מצדדת בגישה לצמצום אחריות. בהקשר זה נטען לאחרונה כי בשל המאפיינים של המדינה הרגולטורית די בהטלת אחריות, ללא חיוב בפיצוי, כדי להרתיע את הרגולטור ביעילות.²¹⁴ אף שלטעמי הצעה זו מרחיקה לכת מהדין המצוי, אף היא מחזקת את המסקנה כי יש להיזהר מהרתעת יתר של רגולטורים ומצדדת בגישה המגבילה את אחריותן של רשויות רגולטוריות בעידן הנוכחי. עם זאת יש להיזהר ממתן משקל שווה לשיקול בדבר הרתעת יתר בכל המקרים של רשלנות רגולטורית.²¹⁵ בעידן המדינה הרגולטורית לא כל הגופים הרגולטוריים זהים מבחינה מקצועית, וייתכן שלרשות רגולטורית פלונית מסורת של פעילות לא תקינה בעניין מסוים שבגינה הוגשו נגדה כמה

respects. Consequently, under Dutch tort law, the state of The Netherlands may be liable for damage caused by these omissions”

²¹⁰ לפסיקה הקנדית אשר דחתה תביעות נזיקין שהוגשו נגד המדינה בטענה לרשלנות בניהול מגפת הסארס, ראו למשל Williams v. Can. (A.G) (2009), 249 O.A.C 150, para. 31 (Can.): “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” כן ראו לאחרונה, פסיקה ישראלית, בת”א (שלום ת”א) 3946-08-20 אגסי נ’ מדינת ישראל (נבו 15.2.2022), שם נדחתה על הסף תביעה נגד מדינת ישראל בטענה לרשלנות בניהול מגפת הקורונה.

²¹¹ גלעד דיני נזיקין, לעיל ה”ש 1, בעמ’ 1051.

²¹² לפירוט, ראו להלן ה”ש 236.

²¹³ ראו מנחם מאוטנר “כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת-המשפט של החקיקה” משפטים יז 321, 348 (1987), שם דן מאוטנר ב”תפקידו היוצר” של בית המשפט במסגרת הכרעות המדיניות הכרוכות בהחלטותיו.

²¹⁴ סגל “הרתעת מאסדרים”, לעיל ה”ש 14, בעמ’ 617 (“די בהטלת אחריות – ובתיוג המאסדר והרשות המאסדרת כרשלנים – כדי לכוון ביעילות את התנהגותם”).

²¹⁵ גלעד דיני נזיקין, לעיל ה”ש 1, בעמ’ 1052 (“יש אפוא לשאוף לאיזון ראוי בין החשש מהרתעת-חסר להתעת-יתר – להגביר את ההרתעה מקום שאינה מספקת ולהחלישה מקום שהמינון שלה גבוה מדי”).

תביעות נזיקין.²¹⁶ במקרה זה יהיה מוצדק להפחית ממשקלו של השיקול בדבר הרתעת יתר, שכן מסקנה אפשרית היא שרגולטור המרבה "להתיר" לא הורתע ביעילות (הרתעת חסר). דוגמה למקרה כזה ניתן למצוא בעניין ג'וניר קרטל, שם הגישו יבואניות טובין תביעה בטענה לרשלנות בפיקוח של רשות המיסים (אגף המכס) על סוכני מכס שקרסו כלכלית. בית המשפט הטיל אחריות על הרשות, כשהנימוק 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.²¹⁷ בסופו של דבר נראה שפסק הדין הרתיע ביעילות את הרשות הרגולטורית, אשר ביצעה בעקבותיו שינויים והתאמות בנוהלי אגף המכס.²¹⁸

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 הביקורת השיפוטית ובטיבה ולעשותה "מצמצמת-מתמרצת".²¹⁹ מדובר בביקורת שיפוטית המצדדת בשיקולים להגבלת אחריותן של רשויות ציבוריות (ובכך "מצמצמת" את מפלס האחריות), אך גם שואפת לתמרץ את הרגולטור לפעול לפי עקרונות של מתודות רגולטוריות מודרניות, עקרונות אשר עוגנו לאחרונה על ידי המחוקק בחוק האסדרה. מלבד האפשרות שביקורת שיפוטית המתמקדת במאפייני המתודות תחזק את איכות הרגולציה ואת השימוש בכלים רגולטוריים מודרניים, אפשר שהיא אף תשפר את איכות הביקורת השיפוטית עצמה.²²⁰ על הדרכים

²¹⁶ 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").

²¹⁷ עניין ג'וניר קרטל, לעיל ה"ש 107. פסקי הדין במקרים הקודמים היו אלה שנידונו בעניין פרמוט, לעיל ה"ש 45, שם פסק בית המשפט 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.

²¹⁸ על כך ניתן ללמוד מההחלטה בעניין ג'וניר קרטל ערעור, 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, ההחלטה לא הוכנסה למאגר, שכן הערעור נמחק לבקשת הרשות, ולא ניתן להפיק נתונים רציניים על עמדתו של בית המשפט העליון כלפי התביעה.

²¹⁹ לטענה דומה בהקשר של המשפט המנהלי, ראו רויטמן "המשפט המנהלי", לעיל ה"ש 13, בעמ' 236 ("על בית-המשפט להיות מודע לתפקידו המתמרץ, ולא להסתפק בביקורת שיפוטית מרוסנת").

²²⁰ Alberto Alemanno, *Impact Assessment Before Courts: Evidence-Based Policymaking Meet Judicial Review*, in HANDBOOK ON REGULATORY IMPACT

שבהן הפסיקה יכולה לפסוע כדי לעלות בקנה אחד עם ביקורת רצויה זו אדון בפרק ג.

2. התייחסות הפסיקה למאפיינים של מתודות רגולטוריות מודרניות

לאחר שדנתי במפלס האחריות הרצוי של רשויות רגולטוריות לאורן 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 העיקריות שאימצה ממשלת ישראל במסגרת "הרפורמה הרגולטורית" הן מתודת ה-RIA, ניהול סיכונים ורגולציה מבוססת ראיות.²²¹ מתוך מתודות אלה חולצו מאפיינים עיקריים משותפים, ובכללם תיעוד, הפחתת הנטל הרגולטורי, משאבים מוגבלים ותשתית עובדתית מקצועית. כמוכן 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 האסדרה עשויה לאפיין את המתודות המודרניות.²²² ואולם, מפאת קוצר היריעה של מאמר זה, לא ארחיב אודות מאפיינים נוספים אלה. להלן אדון בכל אחד מארבעת המאפיינים

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 P. Sturm, *Courts*, IA does in turn support courts as well" *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 לפי העקרונות שבבסיס התאוריה של ממשלתיות חדשה (New Governance)).

²²¹ 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) (להלן: מדריך RIA); משרד ראש הממשלה **מדריך: הפחתת הנטל הרגולטורי** (עמיחי פישר עורך 2015) (להלן: מדריך הפחתת הנטל); למתודת רגולציה מבוססת ראיות, ראו זליבנסקי אדן ופלדמן, לעיל ה"ש 9.

²²² 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 בשל 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 received by the competent regulatory oversight bodies). עם זאת בעניין **החברה המרכזית לשקילה**, לעיל ה"ש 85, בפס' 51, ניתן למצוא התייחסות מסוימת לחובת התייעצות. התובעת טענה להתרשלנות הרגולטור בגין הפרת חובת התייעצות עם השר לפני פרסום הוראה רגולטורית. בית המשפט הפנה בפסק הדין לפסיקה מנהלית העוסקת בחובת התייעצות, ובכלל זה אמת מידה שלפיה "נדרש שההתייעצות תהיה התייעצות של-אמת, התייעצות של תוכן, ולכן היא חייבת ללוכש 'צורה של מעין-שיח חכמים ונבונים'" (שם, בפס' 53). ראו גם בג"ץ 5933/98 **פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה**, פ"ד נד(3) 496, פס' 28 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (2000). נראה כי אמות מידה אלה עשויות להיות רלוונטיות לחובת ההתייעצות עם רשות האסדרה. עם זאת ברי שהדבר דורש דיון ומחקר נוספים.

שפורטו לעיל, ונבחן עד כמה וכיצד הפסיקה התייחסה אליו.

(א) תיעוד

מאפיין מרכזי של המתודות הרגולטוריות המודרניות הוא תיעוד ההליך הרגולטורי (על כל שלביו).²²³ 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 תיעדו באמצעות מסמכים את פעולותיהן המנהליות, ובמקרים רבים מסמכים כאלה נהנו מחיסיון.²²⁴ ואולם התיעוד המאפיין את המתודות המודרניות מעודד שקיפות, הוא מקצועי יותר, ולמעשה הוא תנאי בסיסי לקיומן של המתודות.²²⁵ כך, לכל מתודה יש כללים ומסמכים ספציפיים כגון דוחות RIA, דוחות ניהול סיכונים, מאגרי מידע של נתונים במסגרת רגולציה מבוססת ראיות ומסמכים נוספים שחלקם אף מתפרסמים באינטרנט.²²⁶ אם כן, ובשל החשיבות שהמתודות החדשות מייחסות לתיעוד, מעניין לבחון כיצד ועד כמה הפסיקה בעניין רשלנות רגולטורית התייחסה לתיעוד הרגולטורי. שאלה זו חשובה כי קיימת סבירות גבוהה שמסמכים כאלה יוצגו בעתיד הקרוב בזמינות גבוהה בתיקי רשלנות רגולטורית.²²⁷ יודגש כי יש להבחין בין השאלה מהו המידע שעמד לנגד הרגולטור, הרלוונטיות למאפיין של תשתית עובדתית מקצועית (שיידון בהמשך), לבין השאלה איך ניתן להוכיח זאת מבחינה ראייתית, הרלוונטיות למאפיין התיעוד.

²²³ 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"), 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 [...] דוח RIA מחייב פרסום הנקודות העיקריות שעלו בתהליכי השיח"); ראו גם מדריך הפחתת הנטל, לעיל ה"ש 221, בעמ' 40–49 (שם מפורט על אודות כלים לסיכום מידע). לעניין רגולציה מבוססת ראיות, ראו זליבנסקי אדין ופלדמן, 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").

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

²²⁵ חוק האסדרה מעגן את הדרישה לשקיפות בסעיף 2(3) ("בהתאם לעקרונות השקיפות ותוך שיתוף הציבור").
²²⁶ למאגר דוחות RIA, ראו "דוחות" אתר הרגולציה הממשלתי 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 והרווחה 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).

²²⁷ 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").

ניתוח פסקי הדין במאגר מעלה כי במקרים רבים סייע תיעוד ההליך הרגולטורי לרשויות רגולטוריות להוכיח את העובדה שהופעל שיקול דעת. ברוב המקרים ראייה זו הובילה את בית המשפט להימנע מלהתערב בדיעבד בשיקול הדעת של הרשות, ובשל כך דחה את התביעה. בעניין קרנית למשל נטען לרשלנות בהסדרת תחום האופניים החשמליים. בהליך הוצגו פרוטוקולים של דיונים בוועדות הכנסת ובממשלה וכן מסמכים פנימיים נוספים. תיעוד זה סייע לרשות להוכיח כי שקלה את כל הסיכונים הרלוונטיים. 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".²²⁸ לאור זאת נפסק שאין להתערב בשיקול הדעת של הרשות, והתביעה נדחתה. בעניין פלונים דובר על תביעה בגין רשלנות בהסדרתה של חובת ביטוח אחריות מקצועית לבתי חולים. לפני בית המשפט המחוזי הוצג תיעוד רב המתעד את תהליך קבלתה של החלטת הרשות שלא להטיל חובת ביטוח. למשל, הוצגו דוחות של ועדות שדנו בנושא, טיוטת הצעות ממשלה, סיכום דיונים פנימיים ועוד. תיעוד זה הוכיח שהופעל שיקול דעת, ולכן נדחתה התביעה.²²⁹ גישה זו עולה גם מפסיקת בית המשפט העליון, שדחה לאחרונה ערעור שהוגש על פסק הדין בעניין פלונים הנ"ל בהדגישו את העובדה כי הוצג תיעוד המוכיח שהרגולטור הפעיל שיקול דעת.²³⁰ מלבד זאת, קיימות דוגמאות רבות נוספות בפסיקה, גם בקשר לתיעוד של פיקוח ואכיפה.²³¹ כמו כן במקרים

²²⁸ עניין קרנית, לעיל ה"ש 88, בפס' 162.

²²⁹ 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'").

²³⁰ עניין פלונים עליון, לעיל ה"ש 126, בפס' 3 ("שוכנענו שהנושא של ביטוח אחריות מקצועית עלה על שולחנם של הרשויות שבהנושא, הפעילו שיקול דעת[...]"). יצוין כי פסק הדין ניתן לאחר תקופת המחקר האמפירי בענייננו.

²³¹ ראו לדוגמה עניין אויוניקה, לעיל ה"ש 119, בפס' 64 (שם מכתב פנימי שכלל נימוקים מקצועיים ועניינים שהיו ביסוד החלטת הרשות סייע לה להוכיח את שיקול דעתה, ונפסק כי "לא נמצא כל פגם בהתנהלות משרד הכלכלה הן בפן הפרוצדוראלי והן בפן המהותי"); עניין סטפליוק, לעיל ה"ש 128 (שם הוצג תיעוד בדמות דוחות דיונים בוועדות שונות וניירות עמדה אשר סייעו לרגולטור להוכיח נושא פעילות מכוני השיזוף עלה לדין. בית המשפט נמנע מלהתערב ודחה את התביעה). לתיעוד של פיקוח ואכיפה, ראו למשל עניין גלקסי, לעיל ה"ש 82 (שם הוצג תיעוד של דוח 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 כהן נ' חן, פס' 18 (נבו 5.9.2012) (שם דובר על תביעה בגין רשלנות בפיקוח ובאכיפה של המשטרה על עסק. תיעוד שהוצג סייע להוכיח הפעלת שיקול דעת, ונפסק כי "מהמסמכים אשר הונחו לפני עולה, כי המשטרה נקטה בפעולות הנדרשות והמתבקשות בשים לב לטיבו ולטבעו של המקום ובשים לב לדרך תפעולו"); עניין א.ש.ל.י, לעיל ה"ש 140 (שם דוח ביקורת ותוצאות בדיקות המעבדה, סייעו לרגולטור להוכיח את הפיקוח שלו על יכול תפוחי אדמה והיו נימוק מכריע לטעם הפסק).

שבהם לא הוצג תיעוד הוטלה אחריות.²³²

עם זאת במקרים מסוימים הוצג תיעוד ובכל זאת הוטלה אחריות. למשל, בעניין מגדלי הדגים²³³ הציגה הרשות דוח פיקוח על בריכת דגים שהעלה כי ב-3 מתוך 19 דגים התגלה שריד של חומר שיש חשש שהוא מסרטן. חרף התיעוד קבע בית המשפט 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,²³⁴ 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 בתביעות נזיקין נגד פעולות או מחדלים שלה. מלבד העובדה 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.²³⁵

(ב) הפחתת הנטל הרגולטורי

מאפיין מרכזי נוסף של המתודות המודרניות הוא הדרישה להפחית את הנטל הרגולטורי.²³⁶ דרישה זו מבקשת מהרגולטור להימנע משנאת סיכון מוגזמת מתוך הבנה שאין מצב של אפס סיכון ושה"כישלון" הוא חלק מהמדיניות הרגולטורית.²³⁷ ואולם, לפי דוח מסכם

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

²³³ עניין מגדלי הדגים, לעיל ה"ש 102.

²³⁴ במקרים אלה טענות הרשות הוכחו באמצעות עדים מטעמה. לדוגמה עניין פרוץ, 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").

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

²³⁶ ראו ס' 1 לחוק האסדרה ("טיוב האסדרה הקיימת והפחתת נטל אסדרה עודף"); מדריך הפחתת הנטל, לעיל ה"ש 221.

²³⁷ ראו מדריך 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 [...] גם בעת אירוע יש לזכור שעצם התרחשות הסיכון אין משמעה שהמדיניות או הרגולציה נכשלו"). לעניין רגולציה מבוססת ראיות ראו זליבנסקי אדין ופלדמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 42 ("אחד העקרונות החשובים של השיטה מבוססת הראיות הוא עידוד ה'כישלון' והדגשת התוצרים שניסוי ללא תוצאות מובהקות מספק"). יש לציין כי המתודה של עקרונות הזהירות המונעת אינה מאפיינת שנאת סיכון, אלא ההפך.

שנכתב בארגון ה-OECD,²³⁸ גישתם של משרדי הממשלה ושל החברה בישראל היא של "שנאת סיכון" מוגזמת אשר הובילה לעומס רגולטורי, ופרשת רמדיה אוזכרה כגורם לגישה זו.²³⁹ לאור זאת, כחלק מהמאמץ לעודד רגולציה מאוזנת ולא כזו המבוססת על "שנאת סיכון", פורסמה הנחיית פרקליט המדינה²⁴⁰ אשר תיחמה את גבולות הנסיבות שבהן 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. למשל, לרוב מפוקחים טוענים כי עודף רגולציה ושנאת סיכון מוגזמת של הרשות גרמו להם נזק. מנגד, פרטים טוענים בדרך כלל שהיה אפשר לנקוט רגולציה נוספת. אם כך, מעניין לבחון מהי עמדת בית המשפט בנוגע למאפיין זה, ואם הוא תומך בנטל רגולטורי ובשנאת סיכון מוגזמת או שמא סולד מהם.

מצד אחד, עיון בפסיקה מעלה כי קיימים מקרים שבהם בית המשפט הביע עמדה הסולדת משנאת סיכון מוגזמת. למשל: בעניין **מגדלי הדגים** טענה התובעת (מפוקחת) לרשלנות של משרד הבריאות, אשר הורה על הפסקת שיווק דגים שגודלו בבריכות המכילות חומר שקיים חשש שהוא מסרטן. בפסק הדין צוטטו דבריו של שר הבריאות, אשר התייחס לפרשת רמדיה כגורם לגישה שהובילה לשנאת סיכון.²⁴¹ 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".²⁴² התנהגות זו, המשקפת שנאת סיכון מוגזמת,

על פי עקרון הזהירות המונעת, אם ההשלכות של פעילות מסוימת יכולות להיות חמורות וכפופות לחוסר ודאות מדעית, יש לנקוט אמצעי זהירות שימנע את אותה פעילות. כיום מקובל להשתמש בעיקרון זה כחלק משיטת ניהול הסיכונים, ולזמן מוגבל בלבד, וחלה חובה להמשיך לאסוף מידע על הסיכון הלא ודאי. ראו George Taylor, *Understanding Risk and Regulatory Reform*, 39 POL'Y STUD. 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 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (נבו 4.4.2021).

²³⁸ OECD, *Strengthening Capacities and Institutions for Co-ordinating Regulatory Policy and Measuring Regulatory Burdens* (2017), <https://bit.ly/3cpYGW8>

²³⁹ שם, בעמ' 3 ("Israeli ministries have a tendency to be very risk-averse, preferring to (more strictly) regulate "In part as a reaction to past public health and safety) 11 ; (crises, Israeli consumers are often very risk averse").

²⁴⁰ הנחיית פרקליט המדינה 2.37 "מדיניות התביעה בהחלטה על העמדה לדין בגין עבירות של גרימת מוות וגרימת חבלה ברשלנות" (21.1.2018) (להלן: הנחיה 2.37).

²⁴¹ עניין **מגדלי הדגים**, לעיל ה"ש 102, בפס' ד(2) ("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").

נמצאה רשלנית, והוטלה אחריות על הרשות. גישה דומה הסולדת משנאת סיכון הביע בית המשפט גם בעניין **מרקיאור**.²⁴³ באותו מקרה טענו התובעים – כירופרקטים שרכשו את השכלתם בחו"ל – לרשלנות מצד משרד הבריאות, שסירב להנפיק להם תעודת הכרה במשך חמש שנים בשל החשש לבריאות הציבור. בית המשפט קיבל את התביעה וציין כי "פשיטא, שנושאת הנתבעת, למעשה, כמו כל רגולטור אחר, באחריות כלפי כל מי שנפגע מהקפדת יתר, המונעת ממנו להתפרנס, שלא כחוק".²⁴⁴ 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.²⁴⁵ עם זאת ניכר כי לסלידה משנאת סיכון קיים גם סף תחתון. למשל, כאשר טען מפקח שהיה אפשר להסתפק ברגולציה "חובבנית", בית המשפט דחה את הטענה.²⁴⁶

מצד אחר, ניתן ללמוד מהפסיקה גם על גישה המצדדת בשנאת סיכון רגולטורי. למשל, בעניין **פלוני ביסס** בית המשפט העליון טענת רשלנות בפיקוח בנימוק שהיה על הרגולטור (משרד הבריאות) לסגור מרפאה על סמך "פרסומים פומביים".²⁴⁷ גישה זו מנוגדת אפוא 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 טענה התובעת (מפוקחת) שפעולת אכיפה (התליית היתר) הייתה לא סבירה כי 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

²⁴³ עניין **מרקיאור**, לעיל ה"ש 110.

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 או אלפי הסיכונים הקיימים בעולמנו מתממש, שאחרת אין לדבר סוף"); עניין **איתנית**, לעיל ה"ש 131, בפס' 12(ד) ("צא וראה, כי לצד מפגע האסבסט מושא התביעה שלפנינו, ארצנו הקטנה זרועה מפגעים"); עניין **פלונים**, לעיל ה"ש 88, בפס' 8 ("נוקים מפעולה שלטונית של רשות הם סיכון הנובע מהחיים בחברה מודרנית מאורגנת, שניתן לראות בהם 'סיכוני רקע של השיטה'"). עמדה דומה הובעה לאחרונה גם בעניין **רוחם עליון**, לעיל ה"ש 26, בפס' 17 לפסק דינו של השופט הנדל ("תפקידה של הרשות כרגולטור הוא לצמצם סיכונים [...] הטלת חובת זהירות אין משמעה כי הרשות תהיה אחראית לכל הפסד[...]").

²⁴⁶ ראו למשל ת"א (שלום ת"א) 30170-04-17 **משרד החקלאות נ' הראל חברה לביטוח בע"מ** (נבו 16.7.2018), שם טענו התובעים (מפוקחים) כי אף שהבשר לא עמד ברגולציית הקירור הנדרשת, היה השירות הווטרינרי יכול להסתפק בבדיקה של "טעם ריח וצבע של הבשר". בית המשפט דחה עמדה זו וציין כי "קשה להלום מצב בו בדיקה מעין זו, המוצעת על-ידי התובעות, היא בה להכשיר שיוקו של בשר מצונן בישראל שהליך הובלת לישראל אינו עומד בדרישות הקירור במשך למעלה מיממה. דומה שאין להרחיב על כך מילים" (שם, בפס' 42).

²⁴⁷ עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 37, בפס' 30 ("לא ברור כלל מה הביא את המשלחת למסקנה נחרצת זו, המנוגדת בעליל לפרסומים הפומביים").

לי מיוצרי", ולכן התביעה נדחתה.²⁴⁸

היבט נוסף של הפחתת הנטל הרגולטורי הוא שבשל "עודף" הרגולציה בישראל רגולטורים מונחים להסתפק בתקינה בין-לאומית. למשל, בהנחיית פרקליט המדינה הובהר כי אין להעמיד לדין רגולטור שניהל סיכונים על סמך תקן בין-לאומי.²⁴⁹ הדרישה עוגנה גם בחוק האסדרה.²⁵⁰ מעיון בפסיקה ניכר כי בית המשפט נמנע מלהטיל אחריות על הרשות כאשר זו הסתמכה על תקינה בין-לאומית.²⁵¹ עם זאת, ולפי חוק האסדרה, קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות סטייה מהתקינה הבין-לאומית, למשל כאשר "מתקיימים תנאים ייחודיים במדינה אשר מצדיקים קביעה של כללים אחרים".²⁵² למשל: בעניין **אוינוניקה** נטען שהרגולציה שננקטה הייתה מחמירה מהתקן הבין-לאומי. בית המשפט דחה את התביעה בנימוק שקיימים שיקולים המצדיקים להנהיג רגולציה מחמירה יותר בישראל.²⁵³ אף שפסיקה זו לכאורה מצדדת ב"עודף רגולציה", נראה כי היא נומקה באופן שבו היא עולה בקנה אחד עם הקווים לאימוץ תקינה בין-לאומית.

לסיכום, ניכר שקיימת בפסיקה התייחסות למאפיינים של הפחתת הנטל הרגולטורי. 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-ודאות משפטית ולעורר בקרב רגולטורים דילמה באיזו אסטרטגיה רגולטורית עליהם לבחור. מלבד העובדה שמצב זה עלול להוביל להרחבת אחריות (בניגוד למגמה הרצויה), הוא עלול שלא לתמרץ את הרשות הרגולטורית לפעול על

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

²⁴⁹ הנחיה 2.37, 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 כנטילת 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").

²⁵¹ ראו לדוגמה עניין **ש.ח.**, לעיל ה"ש 89, בפס' 19 (שם נתבע משרד הבריאות בגין נזקים שנגרמו לחברה מסירוב לרשום תכשיר וטרינרי 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". לפיכך נפסק כי "מדיניות משפטית ראוייה צריכה לעודד משנה זהירות בהליך אישור ורישום תכשירים רפואיים" והתביעה נדחתה); עניין **אימפורט**, לעיל ה"ש 131, בפס' 45 (שם נקבע שפרשנות הרשות הייתה סבירה, שכן היא "אומצה בסופו של יום על ידי ועדת בריסל" והתביעה נדחתה). יש לציין כי החובה להוכיח הסתמכות על תקן בין-לאומי הוטלה על הרשות, ראו למשל עניין **החברה המרכזית לשקילה**, לעיל ה"ש 85, בפס' 83 (שם המפקח טען שהסתמך על תקן בין-לאומי, ובית המשפט קבע כי "המפקח לא טרח להראותן ולהוכיחן").

²⁵² דברי הסבר לחוק האסדרה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 1127.

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

פי אבן יסוד של המתודות המודרניות, היא השאיפה להפחית את הנטל הרגולטורי. לפיכך טוב אם הפסיקה הנוכחית תתחשב יותר במאפייני זה. למשל, כאשר פרטים יטענו לרשלנות בגין היעדר רגולציה מספקת, רצוי שבית המשפט יימנע מהפעלת ביקורת שיפוטית כאשר הוכח שהרגולטור בחן בפועל גם את האפשרות להוספת דרישות רגולטוריות מחמירות יותר. נראה כי בית המשפט העליון הדגיש בערעור על עניין פלונים נקודה זו כשקבע כי הוכח שמשרד הבריאות בחן את האפשרות להחמיר את הרגולציה (באמצעות הטלת חובת ביטוח אחריות מקצועית לבתי חולים), ולכן נמנע מהטלת אחריות.²⁵⁴ מנגד, כאשר מפוקחים יטענו לרגולציה עודפת, רצוי שבית המשפט יימנע מלהטיל אחריות על הרשות הרגולטורית אם זו הוכיחה שמתקיימות "נסיבות ייחודיות", שנשקלו בזמן אמת, המצדיקות את הסטייה האמורה, לדוגמה: כאשר קיימת נסיבה ייחודית לישראל לעומת רגולציה 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, בשל מצב החירום בתקופת הקורונה, אפשר בית המשפט העליון למדינה לנהוג על פי עקרון הזהירות המונעת.²⁵⁵

(ג) משאבים מוגבלים

מאפייני 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 המשאבים לפי רמות הסיכון.²⁵⁶ לפיכך חשוב לבחון כיצד ועד כמה הפסיקה מתחשבת בעיקרון זה. ממצא מעניין שעלה מהפסיקה במאגר הוא שבמקרים רבים עקרון המשאבים המוגבלים שימש נימוק לבית המשפט לאי-התערבות בשיקול דעתה 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

²⁵⁴ עניין פלונים עליון, לעיל ה"ש 126, בפס' 3.

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

²⁵⁶ 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 האחרים"); מדריך הפחתת הנטל, לעיל ה"ש 221, בעמ' 5 ("ככל שהרגולציה אינה מאוזנת, היא עשויה להטיל על המשק עלויות שאינן הכרחיות לטובת הגנה על האינטרס הציבורי"); זליבנסקי אדן ופלדמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 92 ("להביא להתייעלות כלכלית ולחיסכון תקציבי").

נדחתה.²⁵⁷ עמדה דומה הובעה בעניין פלונים נ' משטרת ישראל (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".²⁵⁸ יש לציין כי עמדה זו הוצגה לאחרונה גם בפסק הדין של בית המשפט העליון בערעור על עניין פלונים (2021), שעסק בחובת ביטוח מקצועית לבתי חולים.²⁵⁹ עמדה דומה הוצגה גם במקרים רבים אחרים בפסיקה.²⁶⁰ נזכיר כי אף לפי עקרונות שהותוו בעניין לוי, כאשר מדובר בשיקול דעת המערב איוון בין שיקולים כלכליים – כדוגמת הקצאת משאבים – יש לראות בכך "שיקול דעת חזק" המצדיק ריסון שיפוטי.²⁶¹ אם כן, לא זו בלבד שהפסיקה הנוכחית מתייחסת לעיקרון מרכזי של המתודות, אלא שהיא אף מחזקת את הגישה המצדדת בצמצום אחריות (המאפיינת את עניין לוי).

לצד זאת ניתוח הפסיקה במאגר העלה כי קיימים שני חריגים שבהם בית המשפט ביקר את חלוקת המשאבים: הראשון, כאשר הרשות התרשלה התרשלות חמורה בחלוקת משאבים.²⁶² חריג זה הובהר גם בבית המשפט העליון בעניין פלונים נ' משטרת ישראל (שעסק בתביעה נגד רשות ניירות ערך), בקובעו כי ביקורת שיפוטית על חלוקת משאבים רגולטורית תיעשה רק אם החלוקה "חורגת באופן ברור ומשמעותי ממתחם

²⁵⁷ ת"א (שלום ת"א) 67831/98 סופיוב נ' ארגון מוניות ת"א - קנים 4–5 (נבו 12.11.2000).

²⁵⁸ עניין פלונים נ' משטרת ישראל, לעיל ה"ש 124, בפס' 7.

²⁵⁹ ראו עניין פלונים, לעיל ה"ש 88; עניין פלונים עליון, לעיל ה"ש 126, בפס' 3 ("ענייננו במקרה מובהק של מדיניות, שלגביו חל חריג שיקול הדעת").

²⁶⁰ למקרים נוספים שבהם התייחסו למשאבים מוגבלים והתביעה נדחתה, ראו לדוגמה ת"א (מחוזי חי') 965/03 מנבסקי נ' טל-רוז בע"מ, פס' 11 (נבו 27.2.2011) ("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 להוציאם תוך הפעלת תעדוף 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...'"). ראו גם עניין איתנית, לעיל ה"ש 131, בפס' 12 (ד) ("מטבע הדברים, משאבי הקופה הצבורית 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").

²⁶¹ להרחבה בדיון בעניין שיקול דעת חזק המערב איוון בין שיקולים כלכליים, ראו את האמור בתת-פרק א.1.ג(6) לעיל.

²⁶² ראו למשל עניין רותם, לעיל ה"ש 102, בפס' 33. 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". לצד זאת הודגש כי כדי ליהנות מטענה זו על הרשות "להבהיר ולו ברמת הפשטה כללית" את חלוקת המשאבים והתייעדוף 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 שביניהן רשות מינהלית סבירה רשאית לבחור" (שם, בפס' 33).

האפשרויות;²⁶³ השני, מקרים שבהם טענות בדבר "שיקולי תקציב" נטענו ללא כל בסיס והרשות יכלה לבצע פעולה פשוטה וזניחה לשם מניעת הסיכון.²⁶⁴

נוסף על זה, לפי עקרון המשאבים המוגבלים, השקעת משאבים בסיכון אחד באה על חשבון משאבים של סיכון אחר (Zero-Sum Game).²⁶⁵ לפיכך השקעת המשאבים צריכה להיות מותאמת לרמות הסיכון השונות. למשל, מערך הפיקוח לא יופעל באופן שווה ונוקשה במקום שבו אין הצדקה לכך.²⁶⁶ אחת השיטות לפיקוח יעיל היא פיקוח מבוסס תלונות.²⁶⁷ נראה כי הפסיקה התייחסה גם להיבט זה. למשל, בעניין א.ד. נטען לרשלנות בפיקוח על פעוטון פרטי. בית המשפט התייחס למערך פיקוח באמצעות תלונות כך: "בהיעדר העברת מידע למדינה אודות התנהלות אותו משפחתון בבית פרטי, לא מצאתי כיצד היה על המדינה לדעת אודותיו".²⁶⁸ התייחסות כזו נמצאה במקרים נוספים.²⁶⁹

אם כן, נראה כי משאבים מוגבלים הוא עיקרון המוזכר בעקיבות בפסיקה העוסקת בתביעות בגין רשלנות רגולטורית. הרושם מניתוח של פסקי הדין במאגר הוא שברוב המקרים ההתייחסות לעיקרון זה הובילה ליישום זהיר של הלכת לוי ושימשה נימוק נוסף לאי-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, ובכללם נוסחאות ספציפיות לצורך חלוקת משאבים איכותית יותר. לפיכך נימוק שיפוטי המדגיש את המומחיות הקיימת בחלוקת משאבים רגולטורית יעלה בקנה אחד עם השינויים האמורים ויצדד אפוא בגישה המצמצמת אחריות. נוסף על זה, התייחסות זו אף עשויה לעודד את הרגולטורים להקפיד על חלוקת משאבים נכונה לפי

²⁶³ עניין פלוני נ' משטרת ישראל, לעיל ה"ש 124, בפס' 7.

²⁶⁴ ראו לדוגמה ת"א (שלום ת"א) 11943/08 פלוני נ' אריאל מכרזים רפואיים מקבוצת שורש 7 (נבו 11.7.2011) ("לא נדרשת הקצאת משאבי ביקורת מופלגים (שיקולי מדיניות), שבהם מתגדרת המדינה בסיכומיה), אלא הפניית שאלה למרפאה או לאחד מהיועצים הזמינים למשרד"; ת"א (מחוזי חי') 751/93 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 ת"א) 72965/98 עזאיה נ' מדינת ישראל, פס' 2 (ב) (נבו 6.9.2001) ("לא מדובר גם בקושי טכני תקציבי ו/או כלכלי להעביר את הנתונים, שממילא נמצאים במחשב הנתבעת").

²⁶⁵ ראו מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 8.

²⁶⁶ שם, בעמ' 115-116.

²⁶⁷ שם, בעמ' 111-112.

²⁶⁸ ת"א (שלום חי') 9104-06-08 א"ד נ' מדינת ישראל (נבו 28.7.2010).

²⁶⁹ 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 תלונה ספציפית באשר לרופא המועסק במכון או במרפאה הטעונה פיקוח, שפעל באופן בלתי מקצועי העלול לגרום נזק למטופלים, אין על משרד הבריאות להתערב").

הנוסחאות המקצועיות שבבסיס המתודות המודרניות. מנגד, נראה כי כאשר ימצא שהרשות התרשלה התרשלות חמורה או טענה "סתם" לשיקולי תקציב, בלי שהדבר נשקל בזמן אמת, לא יהיה מקום להשתמש בעקרון המשאבים המוגבלים כנימוק המצדד באי-התערבות שיפוטית. נראה כי כללים אלו הודגשו לאחרונה ביתר שאת בבית המשפט העליון בערעור על פס"ד בעניין רותם (משנת 2022). נזכיר כי בית המשפט המחוזי הטיל אחריות על הרשות לניירות ערך באומרו שהתרשלה בפיקוח ובאכיפה על חברת השקעות שגרמה למשקיעים נזקים כלכליים.²⁷⁰ בית המשפט העליון הפך את התוצאה. מקריאת דעת הרוב ניתן להסיק כי הכלל הוא שלרשות המאסדרת "תעמוד הגנה בדמות טענת עומס ומשאבים מוגבלים",²⁷¹ כפוף לשני חריגים: הראשון הוא "מקום בו התנערה הרשות באופן בוטה מסמכויות הפיקוח שלה או מקום בו קיימה הרשות פיקוח ומצאה ליקויים ואף התריעה עליהם, אך נמנעה מלהפעיל את סמכויות האכיפה המוקנות לה בצורה הולמת",²⁷² השני, כשהטענה למחסור במשאבים נטענה "בעלמא ללא כל פירוט ולו מינימלי",²⁷³ אך לעניין זה הובהר כי אין לבחון את "פעילותה של הרשות במסרקות של ברזל" בבחינת "קוצו של יוד".²⁷⁴

(ד) ביסוס תשתית עובדתית מקצועית

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

²⁷⁰ עניין רותם, לעיל ה"ש 102.

²⁷¹ עניין רותם עליון, לעיל ה"ש 26, בפס' 21 לפסק דינו של השופט מינץ.

²⁷² שם.

²⁷³ שם, בפס' 26.

²⁷⁴ שם, בפס' 25.

²⁷⁵ ס' 2(3) לחוק האסדרה ("תהליך גיבוש האסדרה וקביעתה מתבססים במידה מספקת על נתונים הנוגעים לעניין"). כן ראו מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 22 ("איסוף וניתוח נתונים הם תנאי הכרחי לגיבוש רגולציה ומדיניות ציבורית"), 49 ("ניהול סיכונים מבוסס על מידע"), 121 ("גם מערך הפיקוח והאכיפה מצריך איסוף נתונים"); 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"); זליבנסקי אדן ופלדמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 41-42 ("אימוץ פרקטיקה מבוססת ראיות ושימוש בכלים מדעיים לגיבוש מדיניות ממשלה הם ביטוי של מודרניזציה של עבודת הרגולטור").

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

מקצועיים, סטטיסטיים וכמותיים יותר משהן ממליצות על הנחות והשערות;²⁷⁷ שלישית, הרשות נדרשת לסנן נתונים שאינם רלוונטיים;²⁷⁸ רביעית, היקף המשאבים המוקדשים לאיסוף המידע צריך להלום את הסוגיה הרגולטורית שעל הפרק;²⁷⁹ חמישית, לעולם לא ניתן לאסוף את כל המידע, ואי-ודאות היא נקודת מוצא.²⁸⁰ אם כן, מעניין לבחון אם הפסיקה בעניין רשלנות רגולטורית התייחסה לעקרונות אלה, בייחוד בשל העובדה שבעניין לוי נקבע שאיסוף מידע רשלני אינו חסין בפני ביקורת השיפוטית.

ניתוח הפסיקה במאגר העלה כי פסק הדין המרכזי שממנו ניתן ללמוד על ביקורת שיפוטית על תשתית עובדתית ניתן בעניין ש.ח.²⁸¹ באותו מקרה תבעה חברה לשיווק מזון את משרד הבריאות בגין נזקים שנגרמו לה בעקבות סירובו לרשום תכשיר וטרירי. בית המשפט בחן בפסק הדין את התשתית העובדתית שעל יסודה התקבלה ההחלטה, באמצעות המבחן הזה: "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 בבית המשפט העליון בבג"ץ יורונט.²⁸² כלומר, בית המשפט ביקש בעניין ש.ח. ליישם מבחן מנהלי בתביעה נזיקית. יש לציין כי פסיקת בית המשפט העליון הכירה ביישום מבחנים מנהליים במסגרת תביעות רשלנות נגד רשויות ציבוריות.²⁸³ ניתוח ארבעת המבחנים הללו מעלה כי הם

²⁷⁷ 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"), 50 ("על מנת לקבל החלטה מושכלת, יש להעדיף התבססות על נתונים (evidence based decision)").

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

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

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

²⁸¹ עניין ש.ח. מהנדסים, לעיל ה"ש 89, בפס' 18.

²⁸² בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד (מח) 412 (1994). על הלכה זו חזר בית המשפט לאחרונה בבג"ץ 5309/18 התאחדות המלונות בישראל נ' משרד הפנים, פס' 73 (נבו 6.1.2021) ("קיומה של תשתית עובדתית הולמת הינו תנאי בסיסי מוקדם לקבלתה של כל החלטה מנהלית").

²⁸³ למשל השופט לוי הציע לבחון את ההתרשלות באמצעות מבחן המידתיות, ראו עניין שתיל, לעיל ה"ש 23, בפס' 26-28 לפסק דינו. דוגמה נוספת היא השופטת ארבל בע"א 1617/04 כים ניר שירותי תעופה בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ (נבו 29.6.2008). באותה פרשה נקבע במישור המנהלי כי פעולת הרשות (הבורסה) "לא התבססה על תשתית עובדתית כנדרש" (שם, בפס' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל), ובית המשפט פסק, במסגרת התביעה הנזיקית, כי "במסגרת בחינת ההתרשלות יש לתת משקל משמעותי

מתייחסים כמעט לכל העקרונות הנדרשים. למשל, גם על פי המתודות, הרגולטור נדרש לאסוף נתונים (עיקרון הראשון), לסנן נתונים לא רלוונטיים (עיקרון שלישי) ולבחון את אמינות הנתונים (עיקרון שני). כמו כן על פי המתודות קיימות כמה דרכים להגיע למקורות מידע שאליהם מומלץ לפנות לשם איסוף המידע, ובכללן פנייה למקורות בין-לאומיים, איסוף מידע באמצעות ניסוי שדה / תקופת ניסיון (pilot) ופנייה להערכות של מומחים.²⁸⁴ עיון בעניין ש.ח. מעלה כי בית המשפט הכיר בכל הכלים הללו כאמצעים סבירים לאיסוף מידע ודחה את התביעה.²⁸⁵ קיימים מקרים נוספים שבהם כלים אלה הוכרו כאמצעים סבירים.²⁸⁶

בכל הנוגע למבחן הרביעי בדבר "ראיות מהותיות" אימצה פסיקת בית המשפט העליון את המבחן הנוהג בארצות הברית 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".²⁸⁷ נראה כי גם מבחן זה מתאים לעיקרון הרביעי, שלפיו יש להתאים את איסוף המידע לחומרת הסוגיה הרגולטורית שעל הפרק. 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 לא קבילות.²⁸⁸ דרישה זו אינה עולה בקנה אחד עם המלצת המתודות לראיות מקצועיות (עיקרון שני). נראה כי דווקא הדרישה שהוצגה בבג"ץ מוסטקי לראיות "ברורות, חד-משמעיות

לתהליך גבושה של ההחלטה" (שם, בפס' 26). כמו כן לאחרונה הציע השופט עמית בפרשת גליק, לעיל ה"ש 26, "תרשים זרימה" הכולל מבחנים מהמשפט המנהלי במסגרת בחינת יסודות עוולת הרשלנות. מנגד, ראו עניין חוות צברי, לעיל ה"ש 58, בפס' 41 (ג) לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (המציין כי קשה למצוא הסכמה גורפת בנוגע למבחנים שהוצעו בעניין שחיל, לעיל ה"ש 23).

²⁸⁴ מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 50 ("כאשר אין בנמצא נתונים מתייחסים למדינת ישראל או כאשר מבקשים להעשיר את היצע המידע, ניתן לפנות לנתונים זרים"), 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)"), 51 ("בהיעדר נתונים קשיחים ניתן לפנות להערכות של מומחים").

²⁸⁵ עניין ש.ח. מהנדסים, לעיל ה"ש 89, בפס' 20 ("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 ואישרו עריכת ניסוי-שדה ברפתות בישראל").

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

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

²⁸⁸ שם, בפס' 10(ג).

ומשכנעות" מתאימה יותר לדרישת המתודות,²⁸⁹ וניתן לייבאה גם לעניין המבחן הנזיקי שהוצג בעניין ש.ח.; השנייה, המבחן הפסיקטי אינו מתחשב בעקרון אי-הוודאות (עיקרון חמישי). חוסר ודאות יכול להיגרם למשל גם במקרים שבהם המידע מצוי אצל המפוקחים, וחוסר שיתוף פעולה מצידם 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 פטר בית המשפט את הרשות מחובת זהירות, בין היתר בנימוק שתחנות הדלק "לא הראו נכונות לספק פריטים" לרגולטור.²⁹⁰

אם כן, ניכר שהמבחן הפסיקטי שצוין בעניין ש.ח., כפוף לשתי הנקודות שצוינו לעיל, יכול לסייע לבית המשפט לבחון אם לפני הרשות עמד "המידע הטוב ביותר הזמין למקבל ההחלטות",²⁹¹ כנדרש על פי המתודות. עם זאת אם איסוף המידע התבסס על מידע ספקולטיבי או שהרשות התעלמה מראיות משיקולים זרים, נראה שיש מקום לביקורת שיפוטית. בעניין ש.ח. למשל הודגש שראיות הרשות לא נסמכו "על שיקולים זרים ועל נתונים שאינם קשורים לעניין".²⁹² יצוין כי קריטריונים דומים הוצעו גם בספרות הזרה בנוגע לבחינת התשתית העובדתית של רשויות בארצות הברית שהשתמשו בשיטת ה-RIA.²⁹³ לסיום, 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,²⁹⁴ ומצד אחר, גם כאשר הוצג תיעוד, בית

²⁸⁹ בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, פס' 38 לפסק דינו של השופט אור (2004) ("הן צריכות להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות כדי שיוכלו להוות תשתית להחלטה. כגודל הזכות העלולה להיפגע כן גודלה ועוצמתה של הראיה הנדרשת").

²⁹⁰ ת"א (מחוזי י-ם) 1529/96 דחף דלק נ' מינהל הדלק, פס' 31 (נבו 24.10.2002).

²⁹¹ ראו במדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8.

²⁹² עניין ש.ח. מהנדסים, לעיל ה"ש 89, בפס' 19.

²⁹³ Reeve Bull & Jerry Ellig, *Judicial Review of Regulatory Impact Analysis: Why Not the Best?* (Mercatus Working Paper, 2017), <https://bit.ly/3Oh1SAK>. המאמר מנתח אמפירית עד כמה התייחסו בתי המשפט המנהליים בארצות הברית לעקרונות ה-RIA, ומה היה סוג הביקורת. ראו שם, בעמ' 83 ("the court would examine the evidence on the record and determine whether (the agency used the best available information)"); בעמ' 98 ("Engaging in speculation. Summary assertions unsubstantiated by any (evidence in the record are insufficient to support an agency's conclusions)").

²⁹⁴ ראו למשל עניין החברה המרכזית לשקילה, לעיל ה"ש 85, שם דובר על תביעה של מפוקחת נגד משרד הכלכלה (בעבר משרד התמ"ת) בגין הוראה בנוגע 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, בפס' 83).

המשפט עשוי לבחון את תוכן התיעוד. כאמור, בעתיד צפויים להיות מוצגים דוחות מקצועיים יותר, כגון דוחות הערכת סיכונים. למשל, בעניין **בירה בוקסר** הרגולטור הציג **דוח הערכת סיכונים**, ובית המשפט יחס למסמך זה משקל גדול במסגרת הנימוקים לדחיית התביעה הנזיקית נגד הרשות הרגולטורית.²⁹⁵ עם זאת יש להיזהר ממתן משקל מוחלט למסמכים מקצועיים כאלה. הדבר עלול להוביל להתנהלות רגולטורית הנעשית "על הנייר" בלבד²⁹⁶ ולמפלס אחריות נמוך מאוד, שכמעט גובל בחסינות ריבונית בכל עת שיוצג תיעוד רגולטורי. לפיכך יש להקפיד גם על בחינת התשתית העובדתית המקצועית המפורטת במסמכים אלה, לפי המבחנים שפורטו לעיל.

ג. מבט לעתיד

מן האמור עולה כי היקף האחריות של רשויות רגולטוריות בישראל אינו רחב כפי שנטען בספרות ובפסיקה. היפוכו של דבר, הרושם העולה מהמחקר הוא שהפסיקה נוטה לכיוון גישה המצמצמת אחריות. ראינו כי גישה זו רצויה בשל התמורות המאפיינות את הרפורמה הרגולטורית, אך יש להיזהר מצמצום יתר הגובל בחסינות ריבונית. כמו כן נמצא כי קיימת התייחסות למאפיינים עיקריים 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 כדי ליתן מענה לתמורות ולאתגרים שהרפורמה הרגולטורית מציבה.²⁹⁷ במילים אחרות, מהן הדרכים שבהן יכולה הפסיקה לפסוע 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.

²⁹⁵ ת"א (מחוזי י-ם) 7191/05 **בירה בוקסר ישראל בע"מ נ' משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה** (נבו 14.1.2009). תביעת נזיקין נגד המדינה בגין טיפול רשלני בבקשת המפוקחת לייבא בירה המכילה שמן קנביס. נכתב כי "הוציא משרד הבריאות דוח הערכת סיכונים" (שם, בפס' 20) המוכיח "עריכת כל הבדיקות הנדרשות ועמידה בדווקנות על קיומן" (שם, בפס' 28).

²⁹⁶ על החשיבות בביקורת השיפוטית גם על-כך שהרגולטור אינו משתמש בהערכת השפעות רגולציה באופן "קוסמטי", ראו Alemanno, לעיל ה"ש 220, בעמ' 3 ("judicial oversight [...] may").

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

1. "סבירות הליכית": התמקדות במאפייני המתודות הרגולטוריות

דרך אפשרית אחת שבה הפסיקה יכולה לפסוע היא בחינת יסוד ההתרשלות בעוולת הרשלנות על פי הקריטריונים והעקרונות של המתודות. כלומר, אם ימצא שהרשות הפעילה שיקול דעת סדור לפי דרישת 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 שהמדינה בחרה בה המבוססת על מתודות מודרניות, ראוי גם שבית המשפט יבקר את הרשות הרגולטורית לפי אמות מידה אלה.²⁹⁸ מטבע הדברים, ביקורת שיפוטית נזיקית המתמקדת במאפייני המתודות תשקף "סבירות הליכית" יותר משתשקף "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).²⁹⁹ סבירות הליכית, כך נטען, מתמקדת בכך שהליך קבלת ההחלטות המנהלי יהיה רציונלי, מובנה ושיטתי יותר, ומובילה את בית המשפט לפעול בצניעות רבה יותר ולהיות אקטיביסטי פחות.³⁰⁰ 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 להתמקד גם בשאלה אם הרשות עמדה בסטנדרט מסוים, ולא בשאלה אם הרשות הציבה סטנדרט ראוי, שאלה המעוררת את הקשיים הידועים בדבר הפרדת רשויות, אי-שפיטות מוסדית ונורמטיבית ועוד,³⁰¹ שכאמור "התחזקו" עוד יותר בעקבות התמורות הרגולטוריות.

ניתן לחשוב על כמה 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)³⁰² ובתוך כך הוא פועל כ"מעין רגולטור"

²⁹⁸ לטענה דומה בדבר ביקורת שיפוטית על ניתוח עלות-תועלת (Benefit-Cost Analysis), ראו Bridget C. E. Dooling, *An OIRA Rule on Rules*, REGUL. STUD. 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"

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

³⁰⁰ שם, בעמ' 427, 456–459. עניין לוי, לעיל ה"ש 19, בפס' 23. ראו גם דותן, לעיל ה"ש 299, בעמ' 459, שם נכתב בכל הנוגע ל"סבירות הליכית" "החשש מפני סטנדרטים כלליים ועמומים שייושמו אד-הוק על ידי השופטים היושבים לדין בהתאם לתפיסותיהם הערכיות והשקפותיהם לגבי תוצאות המקרה הנדון – הוא בלתי קיים".

³⁰² Elbert R. De Jong et al., *Judge-Made Risk Regulation and Tort Law: An Introduction*, 9 EUR. J. RISK REG. 6 (2018).

("Semi-Regulator")³⁰³. אם כך, ובניגוד לנטען לעיל, אין כל קושי שבית המשפט יבחן בתביעות נזיקין גם את השאלה אם הרשות הציבה סטנדרט ראוי. כמה 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.³⁰⁴ נוסף על זה, יש להסתכל על בית המשפט כחלק מתפיסת החיים הציבוריים (Public Life Conception), המייחסת לו גם תפקיד של קביעת נורמות ואכיפתן.³⁰⁵ דוגמה מפסיקה זרה המבטאת את תפקידו של בית המשפט כמווסת סיכונים באמצעות דיני הנזיקין היא הפסיקה בפרשת **Urgenda** ההולנדית.³⁰⁶ במקרה זה חייב בית המשפט המחוזי בהאג את מדינת הולנד לצמצם את פליטת גזי החממה במדינה ב-25% עד לשנת 2020, בעוד היעד שקבעה המדינה היה 17%.³⁰⁷ בית המשפט ביסס את החלטתו על מושג חובת הזהירות ודוקטרינת הרשלנות המסוכנת והעניק לתובעים צו מניעה נגד המדינה. ערעור על החלטה זו נדחה.³⁰⁸ 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 חשופים להטיות קוגניטיביות פחות מהדיוטות בכל הנוגע לקבלת החלטות בענייני סיכון.³⁰⁹ אם כך, ייתכן כי הטענה שבית המשפט אינו כשיר לבחון את התנהלות הרגולטור, העוסקת ברובה בניהול סיכונים, אינה עולה בקנה אחד עם מחקרים אלה; **שלישית**, משמעותה של בחינת התנהלות הרשות הרגולטורית על פי סבירות הליכית המתמקדת במאפייני המתודות היא שפיטה המבוססת על אמות מידה ספציפיות.

³⁰³ 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'" Elbert R. De Jong, *Tort Law and Judicial Risk Regulation: Bipolar and Multipolar Risk Reasoning in Light of Tort Law's Regulatory Effects*, 9 EUR. J. RISK REG. 14, 15 (2018) (להלן: De Jong, *Tort Law*).

³⁰⁴ ראו שם, בעמ' 16; De Jong et al., לעיל ה"ש 302, בעמ' 9.
³⁰⁵ Marc A. Loth, *The Civil Court as Risk Regulator: The Issue of its Legitimacy*, 9 EUR. J. RISK REG. 66, 74–75 (2018).

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

³⁰⁷ 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".

³⁰⁸ 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) (Neth.).

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).

במילים אחרות, על קְדִידָה. אם כך, כבר נטען כי אומנם מדידות מאפשרות להתגבר על חוסר הסכמה בנוגע לפירוש סטנדרטים, אך המדידה "הופכת דברים מורכבים לפשוטים, פשוטים הרבה יותר מידי".³¹⁰ במקום זאת ניתן להסתפק באמות המידה הגמישות של בית המשפט, המעניקות לו יתרון על פני הרשות הרגולטורית;³¹¹ רביעית, ניתן לטעון כי פסיקת בית המשפט בתביעות נזיקין מאפשרת לו "להשלים" את פסיקתו בהליכים מנהליים,³¹² ולכן אין מקום להיצמד לביקורת שיפוטית מנהלית, המאופיינת בריסון ובהתמקדות בסבירות הליכית.

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

³¹⁰ צבי טריגר ומנחם מאוטנר "דיאלוג על החינוך המשפטי" המשפט יט 79, 118 (2014).
³¹¹ 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 פרוקציה "מתואמים או משלימים? דיני הנזיקין והפסיקה בבג"ץ" משפטים נ 713 (2021).

³¹³ עניין קרנית, לעיל ה"ש 88, בפס' 163.
³¹⁴ ידין "מהי רגולציה?", לעיל ה"ש 46, בעמ' 10 ("טעות נפוצה היא לכנות את ההלכות היוצאות מתחת ידי בתי המשפט – רגולציה").

³¹⁵ "some authors see in the failure of courts (De Jong, *Tort Law*, לעיל ה"ש 303, בעמ' 18) 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 J. ECON. LIT. 401 (2003) (שם מוצג כיצד ארצות הברית החליפה את ההתדיינות המשפטית באמצעות רגולציה).

³¹⁶ ראו De Jong, *Tort Law*, לעיל ה"ש 303, 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"

שיפוטי עלול לייצר תוצאות לוואי, כגון רגולציה עודפת, רגולציה בחסר והצפת תביעות.³¹⁷ 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 זה היא שבתי המשפט אינם עומדים בקצב השינויים הטכנולוגיים המצריכים רגולציה.³¹⁸

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, שבה 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, ואף שבתי המשפט נוטים לאזכר אותה, הם מתקשים מאוד להתמודד עם השפעתה.³¹⁹ לא זו אף זו, מחקרים מצאו כי לאנשים נטייה לראות עצמם חשופים פחות להטיות קוגניטיביות מאנשים אחרים. הטיה זו כונתה "הטיית הכתם העיוור" (Blind Spot Bias).³²⁰ נמצא כי אנשים בעלי "תחכום קוגניטיבי" חשופים יותר להטיית הכתם העיוור.³²¹ ממצא זה עשוי להיות רלוונטי בייחוד 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. למשל: בעניין **מרקיאד** נכתב כך: "מה לעניין חוכמה שבדיעבד ולענייננו, לא אבין כלל".³²² מנגד, התמקדות בעקרונות המתודות עשויה לשפר את איכות הביקורת השיפוטית עצמה, והיא תהיה אפוא

³¹⁷ שם, בעמ' 22–23.

³¹⁸ שם, בעמ' 28.

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

³²⁰ Irene Scopelliti et al., *Bias Blind Spot: Structure, Measurement, and Consequences*, 61 MGMT. SCI. 2468 (2015).

³²¹ Richard F. West, Russell J. Meserve & Keith E. Stanovich, *Cognitive Sophistication Does Not Attenuate the Bias Blind Spot*, 103 J. PERS. & SOC. PSYCHOL. 506 (2012), שם נתנו החוקרים 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 הייתה קורלציה חיובית וכך "more cognitively sophisticated participants showed larger bias blind spots" (שם, בעמ' 511).

³²² עניין **מרקיאד**, לעיל ה"ש 110, בפס' 6(ג).

חשופה פחות להטיות קוגניטיביות ונעדרת רציונליות.³²³

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 עולת הרשלנות.³²⁴ כמו כן אם בעבר פסק דין מנהלי לא חסם את הדרך להגשת תביעה נזיקית,³²⁵ הרי שלאחרונה נפסק בעניין **פטרוכים** כי פסק דין מנהלי הקובע כי פעולת הרשות הייתה סבירה מקים השתק פלוגתא במסגרת תביעה נזיקית שהוגשה על-ידי תובע שהגיש את העתירה המנהלית.³²⁶ פסיקות אלה משקפות מגמה להיצמד לכללי המשפט הציבורי גם במסגרת תביעות נזיקין נגד רשות רגולטורית.

פסיקה נוספת המצדדת בביקורת שיפוטית המתמקדת במאפייני המתודות היא בעניין **שטרן**. לפי פסיקה זו, אם המזיק קבע לעצמו סטנדרט זהירות מחמיר, יש לבחון את התרשלותו על פי סטנדרט זה.³²⁷ בהיקש לענייננו ניתן לטעון כי אמות המידה שנקבעו במתודות הרגולטוריות המודרניות, ושאוּמְצו על ידי הממשלה, הן סטנדרט זהירות גבוה שהממשלה הציבה לפני רשויות 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. לכן, לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, גם שר שהוא בעל סמכות עצמאית מכוח חוק מחויב לפעול על פי החלטת ממשלה.³²⁸ מכל מקום, נראה כי סוגיה זו נפתרה בשל עיגון המתודות בחוק האסדרה ובדברי חקיקה ספציפיים. יתרה מזאת, נראה כי גם במקרים שבהם לא חל חוק האסדרה או שאין מוטלת על הרגולטור החובה לערוך RIA, עדיין ראוי שהביקורת השיפוטית תבחן את הסוגיה על פי עקרונות המתודות. למשל, בתי משפט בארצות הברית הפעילו ביקורת שיפוטית על הערכת השפעות רגולציה (RIA) של רשויות רגולטוריות באמצעות התייחסות לעקרונות המתודה גם כאשר הדבר

³²³ 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)).

³²⁴ לפירוט, ראו לעיל ה"ש 283.

³²⁵ גלעד **דיני נזיקין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1038 ("פעולה שאינה מקימה את עילת אי-הסבירות המנהלית יכול שתקיים את עילת אי-הסבירות הנזיקית").

³²⁶ ת"א (מחוזי ב"ש) 39906-06-13 **פטרוכים החברה למחזור בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה** (נבו 22.1.2015).

³²⁷ ע"א 3056/99 **שטרן נ' המרכז הרפואי על שם חיים שיבא**, פ"ד נו(2) 936 (2002).

³²⁸ ראו לעניין זה, הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.1001 "המעמד של החלטת הממשלה בעניין מסוים כלפי השר המוסמך באותו עניין" (15.5.1986), שם 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" (שם, בס' 9).

לא נדרש מהרשות על פי חוק.³²⁹

פסק דין נוסף שעשוי לתמוך בבחינה המתמקדת במאפייני המתודות ניתן בעניין **זליגמן**,³³⁰ שם נפסק כי יש "להטות אוזן" לעמדתו הפרשנית של המאסדר, ובמקרים שבהם נמצא כי יש לרשות הרגולטורית מומחיות וזו הופעלה בפועל בתום לב, יש לאמץ את פרשנותה. עיון בפסיקת המאגר מעלה כי במקרים שונים העדיף בית המשפט את פרשנות הרשות הרגולטורית ופטר אותה מאחריות נזיקית.³³¹ אם כך, ניתן לפסוע צעד אחד קדימה ולטעון כי יש לתת מעמד בכורה גם 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**.³³² כלל זה הקנה לנושא המשרה מעין "חסינות" בפני הפעלת ביקורת שיפוטית מהותית על תוכן החלטתו העסקית, ומתמקד בהליך קבלת ההחלטה. הוא בוחן שלושה פרמטרים: ההחלטה התקבלה בהיעדר ניגוד עניינים; ההחלטה התקבלה בתום לב; ההחלטה "מידועת" (התקבלה על יסוד תשתית עובדתית). החריגים לכלל זה הם מקרים שבהם נושא המשרה לא הפעיל כל שיקול דעת, או כאשר ההחלטות היו "בלתי-רציונאליות הנעדרות כל בסיס עסקי".³³³ הקשר של פסיקה זו לעניינינו נעוץ בכך שהמתודות הרגולטוריות, ובייחוד מתודת ניהול הסיכונים, פותחו במקור במגזר הפרטי לפני שנים

³²⁹ ראו למשל Reeve T. Bull & Jerry Ellig, *Statutory Rulemaking Considerations and Judicial Review of Regulatory Impact Analysis*, 70 ADMIN. L. REV. 873, 884 (2018): "courts have also occasionally conducted this sort of review even in the absence of a statutory requirement to assess a rule's economic effects"

³³⁰ דנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (נבו 4.7.2021).

³³¹ ראו לדוגמה עניין **כהן**, לעיל ה"ש 231, בפס' 14–15 ("דווקא ההגדרה הבלתי ברורה מצדיקה, בהעדר ראייה אחרת ולאור פסקי הדין האמורים לעיל, קבלת ההסבר שניתן על ידי הרשויות [...] לאור האמור לעיל אני קובעת כי לא נפל פגם בהתנהלות העירייה והמשטרה, בכל הנוגע לחוק רישוי עסקים"); ת"א (שלוש כ"ס) 6478/02 **בורגר ראנץ' מרכז 1983 בע"מ נ' משרד הבריאות**, פס' 36 (נבו 30.3.2006) ("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 י-ם) 748/94 **בכר נ' השילוח תעופה (1984) בע"מ**, פ"מ התש"ס(2) 481, פס' 17 (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 9 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, בעמ' 10 ("המדינה פשוט התעלמה ממנו, מפני שפירשה את התקנות באופן מצמצם כל כך עד שרוקנה אותן מתוכן חשוב שבהן").

³³² ע"א 7735/14 **ורדניקוב נ' אלוביץ** (נבו 28.12.2016).

³³³ שם, בפס' 69 לפסק דינו של השופט עמית.

רבות.³³⁴ שיטות אלה הבנו את שיקול הדעת העסקי ועודדו נטילת סיכונים. מאפיינים אלה מתבטאים גם בהצדקות לכלל שיקול הדעת העסקי, ובכלל זה החשש מהרתעת יתור של נושאי משרה ליטול סיכונים שהיא פעולה המצויה ב"ליבת תפקידם",³³⁵ חוסר הוודאות הנלווה אינהרנטית להחלטותיהם; היעדר כשירותו ומומחיותו של בית המשפט בהחלטות עסקיות וחשש מחוכמה בדיעבד, ועוד.³³⁶ לנימוקים אלה טענות נגד,³³⁷ 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,³³⁸ והן מעודדות את הרגולטור ליטול סיכונים (להימנע משנאת סיכון מוגזמת ולהפחית את הנטל הרגולטורי) בתנאי אי-ודאות. 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".³³⁹ יתרה מזאת, קיים שוני מהותי בין הרגולטור לנושא משרה, אשר מצדיק אימוץ כלל דומה מ"קל וחומר". למשל, ביקורת שיפוטית על שיקול דעת רגולטורי מערבת שיקולים נוספים כדוגמת אי-שפיטות מוסדית ונורמטיבית, הרלוונטיים פחות לביקורת נזיקית על התנהלות של נושאי משרה. שיקולים אלה הם "אפקט נוסף"³⁴⁰ המצדיק ביקורת שיפוטית מרוסנת. נוסף על זה, נושא המשרה יוצר את הפעילות העסקית, נהנה מהתועלת שהיא מייצרת ושולט על פרופיל הסיכון הכרוך בה, ואילו הרגולטור אינו יוזם את הפעילות, לרוב הוא אינו יוצר את הסיכון ואינו נהנה במישורין מן התועלת הכרוכה בה.³⁴¹ לפיכך מבחינה תאורטית, לרגולטור אין עניין אישי בתוצאת הפעולה הרגולטורית, ולכן הוא תמיד ישאף להשיא את התועלת החברתית.³⁴² לפיכך בשונה מנושא משרה, הטלת אחריות נזיקית על

³³⁴ מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 20–21.

³³⁵ ת"א (מחוזי מר') 47302-05-16 **בטר פלייס ישראל (ח.ת.) 2009 בע"מ (בפירוק) נ' אגסי**, פס' 66 (נבו, 12.9.2018).

³³⁶ עניין **ורדניקוב**, לעיל ה"ש 332, בפס' 68 לפסק דינו של השופט עמית.

³³⁷ שם, בפס' 70.

³³⁸ ראו רע"א 9778/16 **זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ**, פס' 37 (ב) (נבו, 31.5.2018), שם הובהרה ה"מקצועיות" של הרגולטור (מאסדר) כך: "המאסדר הוא בעל מומחיות מיוחדת בתחומו – בדרך כלל למאסדר ידע מקצועי מובהק ומומחיות מיוחדת בתחומו[...]. דברים אלו הובהרו לאחרונה גם בהיקשר של תביעות נזיקין בעניין **רוחם עליון**, לעיל ה"ש 26, בפס' 7–9 לפסק דינו של השופט מינץ.

³³⁹ הנחיה 2.37, לעיל ה"ש 240, בסעיף 12.

³⁴⁰ לשימוש במושג זה ראו גלעד **דיני נזיקין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1034.

³⁴¹ מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 20.

³⁴² סגל "הרתעת מאסדרים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 579.

רגולטור היא חמורה יותר, שכן דווקא הטלת אחריות עלולה ליצור בקרבו עניין אישי הנובע מהחשש להטלת אחריות.³⁴³ אומנם מבחינה מעשית ספק אם לרגולטור אין אינטרס אישי, ולעניין זה קיימים טיעוני נגד רבים המשתייכים לתורת הבחירה הציבורית (Public Choice Theory).³⁴⁴ 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 רציונליות; כאשר לא הופעל כלל שיקול דעת – לא תהיה תחולה לכלל, ויהיה אפשר להפעיל ביקורת שיפוטית על התנהלות הרשות הרגולטורית. כפי שראינו, ברוב המקרים נמנעה הפסיקה בעניין אחריות רשויות רגולטוריות 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 עליהם את חריג שיקול הדעת, הטילה הפסיקה אחריות על הרשות. לכן נראה כי נתיב אפשרי זה אינו מעורר חשש לצמצום יתר או לפטור מוחלט מאחריות. מעניין שדווקא המחשבה לאזכר את כלל שיקול הדעת העסקי בתביעת נזיקין נגד רשות רגולטורית נעשתה בעניין נטו, שם בסופו של דבר הוטלה אחריות.³⁴⁵

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 שיש 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

³⁴³ 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 דיני נויקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1046–1047.

³⁴⁴ על-פי תאוריה זו, גם אנשי הציבור הם רציונליים 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).

³⁴⁵ עניין נטו, לעיל ה"ש 102, בפס' 18 ("הפסיקה קובעת כי לא כל החלטה שגויה היא בהכרח החלטה רשלנית. הנה כן, בתחום הרחוק מענייננו, תחום דיני החברות, מוכרת בהקשר של אחריות דירקטורים הדוקטרינה האמריקאית של 'כלל שיקול הדעת העסקי'").

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 שלאחר תקופת המחקר בענייננו ניתנו כמה פסקי דין המלמדים על מגמה ליישום חריג שיקול הדעת אגב התמקדות בסבירות הליכית. למשל: בעניין **פלונית** (מרץ 2021) נדחתה תביעה נגד משרד הבריאות בגין רשלנות בהסדרת השימוש בחומצה פולית. בית המשפט המחוזי התייחס למאפיינים של תיעוד, של איסוף תשתית עובדתית מקצועית (באמצעות "פיילוט") ושל הפחתת נטל רגולטורי (הסתמכות על רגולציה זרה).³⁴⁶ הודגש כי רק במקרים של התרשלות חמורה יהיה אפשר להפעיל ביקורת שיפוטית, אך לא כך הם פני הדברים במקרה זה, ולכן התביעה נדחתה.³⁴⁷ מנגד, בעניין **פלונית** (אפריל 2021) התקבלה תביעה נגד רשות הספנות והנמלים בגין רשלנות בהסדרת הוראות בטיחות לשיט באופנועי ים. 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.³⁴⁸ הואיל ונמצא כי הליך איסוף המידע היה רשלני ונעדר "מקצועיות" במידה קיצונית, הוטלה אחריות.³⁴⁹ 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" ושובו והדגישו את חריג שיקול הדעת שנקבע בעניין **לוי**.³⁵⁰ שיאה של

³⁴⁶ ת"א (מחוזי מר') 34172-12-17 **פלונית נ' מדינת ישראל** (נבו 3.3.2021). התייחסות לתיעוד: "הוגש תיק מוצגים הכולל מסמכים רבים המתעדים את תהליכי העבודה והדיונים שהתקיימו במשרד הבריאות בנושא זה" (שם, בפס' 18); התייחסות לאיסוף מידע באמצעות פיילוט (שם, בפס' 22); התייחסות לאימוץ של רגולציה זרה (שם, בפס' 59-63).

³⁴⁷ שם, בפס' 65 ("במקרים חריגים שבהם הפעלת שיקול הדעת חרגה מכל אמת מידה של סבירות").
³⁴⁸ ת"א (מחוזי ב"ש) 32354-01-13 **פלונית נ' רשות הספנות והנמלים**, פס' 33 (התייחסות להתרשלות חמורה), 48 (התייחסות למקרים שבהם יחול חריג שיקול הדעת), 56 (התייחסות לשיקולי תקציב והתערבות רק במקרים ששיקול הדעת חרג מכל אמת מידה סבירה) (נבו 27.4.2021).

³⁴⁹ שם, בפס' 43-45, 54, 70, ובייחוד בפס' 42 ("היעדר כל יוזמה מערכתית לשיחור נתונים מקצועי, שיטתי ואסרטיבי, כדי להבטיח שבידי רספ"ן יהיה בסיס נאות לקבלת החלטות רציונלית ואחראית"). יש לציין כי לאחר סיום כתיבת מאמר זה, ערעור שהוגש על פסק הדין בעניין רשות הספנות על-ידי הרגולטור (רספ"ן) לבית המשפט העליון – התקבל, במובן זה שבוטלה אחריותו (ע"א 3709/22 **מדינת ישראל נ' פלונית** (נבו 8.6.2023)). בית המשפט העליון שב וחזר על החשיבות של הלכת לוי, וניכר שאימץ את הלך הרוח של הדברים הנטענים במאמר זה ביחס לאחריות המצמצמת של רשויות רגולטוריות (המאמר הנוכחי אוזכר בפס' 29 לפסק הדין עוד בטרם פרסומו).

³⁵⁰ ראו עניין **פלונים**, לעיל ה"ש 88; עניין **פלונים עליון**, לעיל ה"ש 126, פס' 2-3 ("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 [...]").

מגמה זו ניתן למצוא בפסק הדין של בית המשפט העליון בערעור על עניין רותם (אפריל 2022). דעת הרוב הבהירה כי בכל הנוגע לאחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות – יש לקבוע מתחם שיקול דעת רחב, בהדגשת פרמטרים פרוצדוראליים, כגון תשתית עובדתית ועקרון המשאבים המוגבלים.³⁵¹ מקרים אלה מעידים שחריג שיקול הדעת עודנו "חי ובעוט", וכי הפסיקה נוטה להתמקד באמות מידה פרוצדוראליות כאשר עסקינן ברשויות רגולטוריות.

2. הבחנה בין שלבי הרגולציה והתחשבות בסוגם ובמספרם של המפוקחים ושל הרגולטורים

דרך נוספת שבה הפסיקה יכולה לפסוע בעניין רשלנות רגולטורית היא להבחין בין שלבי הרגולציה, וכן להתחשב בסוגם ובמספרם של הרגולטורים ושל המפוקחים בשווקים השונים. כאמור, ממצאי המחקר האמפירי העלו כי קיים שוני בהיקף האחריות בגין רשלנות בהסדרה לעומת רשלנות בפיקוח ואכיפה.³⁵² ואולם, ניכר כי הפסיקה לא הקפידה מספיק על הבחנה בין שלבים אלה. לעיתים המושג "הסדרה" כלל גם פיקוח ואכיפה, או שהמושג "פיקוח" כלל גם הסדרה ואכיפה.³⁵³ נוסף על זה, לעיתים המושג "אסדרה" (רגולציה) התייחס רק להסדרה (קביעת נורמות) ולא לפיקוח ואכיפה.³⁵⁴ ניתן לשער כי הסיבה לכך היא חוסר האחידות בחקיקה ובאקדמיה כאשר למושג "רגולציה"³⁵⁵ לפיכך חשוב שהפסיקה תקפיד על הבחנה בין שלבים אלה.³⁵⁶

כאמור, אשר לאחריות בגין רשלנות בהסדרה נמצא כי ב-92% מפסקי הדין במאגר

³⁵¹ 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. לעמדותי, במקרים אלה, 'מתחם הסבירות הנזיקי' של ההחלטה [...]), היינו מתחם הסבירות של ההחלטה לצורך קביעת התרשלנות של המאסדר, ראוי שיהיה רחב יותר").

³⁵² 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").

³⁵³ לממצא דומה ראו שם, בעמ' 57 ("הפסיקה לא עוסקת בהבחנה בין שני סוגי הפעילות הביצועית – האכיפה והפיקוח").

³⁵⁴ ראו למשל עניין פלונית, לעיל ה"ש 348, בפס' 1 (שם 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")).

³⁵⁵ ידין "מהי רגולציה?", לעיל ה"ש 46, בעמ' 1-5.

³⁵⁶ נראה כי לאחרונה הדגיש בית המשפט העליון בעניין זליגמן, לעיל ה"ש 330, בפס' 3 לפסק דינו של השופט מינץ, את שלושת השלבים של הרגולציה והבחין בפסק דינו בין התרשלנות ב"פיקוח" לבין התרשלנות ב"אכיפה" ("אחד המאפיינים המרכזיים של המדינה המודרנית הוא האסדרה. אסדרה באה לידי ביטוי בשלוש פעולות שלטוניות עיקריות: יצירת כללים, פיקוח עליהם ואכיפתם"). על דברים אלה שב וחזר השופט מינץ בעניין רותם עליון, לעיל ה"ש 26, בפס' 5-7 (שעסק ברשלנות רגולטורית).

הטענה נדחתה. לפיכך יטענו המצדדים בגישה מצמצמת אחריות כי ניתן לפסוע צעד נוסף ולטעון כי תביעות בגין רשלנות בהסדרה הן לא שפיטות. לטענה זו ניתן להשיב בשלושה: ראשית, פטור מאחריות אינו עולה בקנה אחד עם המגמה הרצויה וודאי שלא עם דיני הנזיקין המודרניים אשר ביטלו את הכלל האנכרוניסטי של "The king can do no wrong"; שנית, פטור מאחריות בהסדרה עלול להיות תמריץ שלילי לרגולטורים שלא לקיים הסדרה ומדיניות לפי העקרונות של המתודות. למשל, שלא להקפיד על יישום מעקב ובקרה אחר המדיניות שנבחרה;³⁵⁷ שלישית, ממילא נראה שהפסיקה הנוכחית הגדירה מקרים אלה כלא שפיטים, למעט מקרים חריגים.³⁵⁸ לפיכך ספק אם קיימת משמעות מעשית להגדרה פורמלית של אותם מקרים כלא שפיטים.

בכל הנוגע לרשלנות בפיקוח ובאכיפה ההבנה שפיקוח ואכיפה נבדלים בין סקטורים שונים עשויה להשפיע על הביקורת השיפוטית.³⁵⁹ ניתן למשל להבחין בפיקוח ובאכיפה בין שווקים שבהם מספר רב של מפוקחים לבין שווקים שבהם מעט מפוקחים.³⁶⁰ ההבדל הוא שבשווקים שבהם מפוקחים רבים מדובר בפיקוח ואכיפה "רחבים", ואילו בשווקים שבהם מפוקחים מעטים מדובר בפיקוח ובאכיפה צמודים יותר ו"יום-יומיים". אם כך, צעד אחד שבו הפסיקה יכולה לפסוע בהקשר זה הוא לקבוע שכשמדובר בסקטור שבו מספר רב של מפוקחים, יחסי הקרבה והשכנות מתרופפים וכפועל יוצא של זה יש מקום לשלול חובת זהירות של הרשות הרגולטורית, ולהפך. דוגמה 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 בהדגישו את מספרן הרב של התחנות (מפוקחות)

³⁵⁷ מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 22 ("מעקב אחר התוצאות בפועל לאחר היישום של כלי המדיניות"); בהקשר זה נראה כי ביישום של מדיניות יש להתחשב גם בהתייחסות של הרשות להמלצות של דוח מבקר המדינה. הפסיקה הכירה באפשרות שרשות תיחשב רשלנית אם לא התייחסה להמלצות מבקר המדינה (ראו ת"א (מחוזי חי') 52925-02-12 קונדיטוריה שפיק בע"מ נ' מדינת ישראל (נבו 25.2.2015)).

³⁵⁸ ראו למשל עניין אימפורט, לעיל ה"ש 131, בפס' 57 ("טרם מצאתי שאי הסדרת נושא מסויים בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה, הקימה עילת תביעה בנוזיקין"). כן ראו לאחרונה (אפריל 2021) עניין פלונית, לעיל ה"ש 348, שם הוטלה אחריות על רשלנות בהסדרה.

³⁵⁹ 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").

³⁶⁰ ביטוי לכך ניתן למצוא בדברים שצוטטו בת"א (מחוזי ת"א) 1113/04 ש"ג נ' משרד הרווחה, פס' 11 (נבו 20.3.2011) (שם מצוטטים דבריה של נציגת משרד הרווחה בוועדה בכנסת שדנה בנושא של פיקוח על עמותות לאימוץ: "המשרד לא הקפיד כנראה לעשות את הפיקוח הזה [...] אמרתי לחבריי לעבודה, זה לא 100 או 200 עמותות שמישהו יכול להגיד שקשה לפקח עליהן אלא 9-10 עמותות, שחלקן גם לא גדולות וניתן לפקח עליהן גם ארגונית ומנהלית").

אשר אינו מחייב את הרשות ללמוד את כל הפרטים הרלוונטיים לכל מפוקח.³⁶¹ דוגמה נוספת ניתן למצוא בעניין א.ד., שם נשללה חובת זהירות של משרד הרווחה והודגש כי אין מצופה ממנו לאתר כל אדם שפתח עסק של פעוטונים בישראל ולפקח עליו.³⁶² לעומת זאת כאשר מדובר בשוק 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 למפוקח (למשל הסכמים רגולטוריים).³⁶³ מגמה זו עשויה להשפיע על האופן שבו ייבחנו פיקוח ואכיפה של הרגולטור על מפוקחים בשווקים מצומצמים, לדוגמה שוק הסלולר. ייתכן כי מקרים אלה יצדיקו להפעיל פיקוח ואכיפה רכים יותר, כגון הידברות מוקדמת עם המפוקח. למשל, בעניין גלקסי, אף שלא הוטלה אחריות בגין אכיפה רשלנית, ניכר שבית המשפט העדיף גישה המעודדת הידברות בין הרגולטור (משרד התקשורת) למפוקחת (גלקסי) בטרם התליית ההיתר שלה.³⁶⁴ הבחנה זו עולה בקנה אחד עם פסיקה אחרת שקבעה כי מידע שהועבר בין הרגולטור למפוקח לצורכי רגולציה נתון בחיסיון כדי להבטיח את המשך שיתוף הפעולה ביניהם.³⁶⁵ גישה זו עולה גם בקנה אחד עם סעיף 2(5) לחוק האסדרה, שלפיו רגולציה תיקבע "בהתחשב בסוגי הגורמים שהיא חלה עליהם ומאפייניהם".³⁶⁶ כמו כן קיימים שווקים שבהם רשויות רגולטוריות שונות מטפלות באותם סיכונים או באותם יוצרי סיכונים מזוויות שונות. המתודות המודרניות אף מעודדות שיתוף פעולה בין

³⁶¹ 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").

³⁶² 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").

³⁶³ ראו Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance* (2004) 342 MINN. L. REV. 89; רויטמן "המשפט המנהלי", לעיל ה"ש 13, בעמ' 230-231. לחוזה רגולטורי, ראו בג"ץ **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 50.

³⁶⁴ 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").

³⁶⁵ תנ"ג (כלכלית ת"א) 21785-02-11 **בן עמי נ' מנורה מבטחים החזקות בע"מ**, פס' 65 (נבו 7.9.2011) ("ישנה חשיבות למתן חיסיון לשם שמירת שיתוף הפעולה בין הגופים המפוקחים לרגולטור").

³⁶⁶ ראו גם דברי הסבר לחוק האסדרה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 1127 ("כאשר אסדרה חלה באופן אחיד על כלל הגורמים, היא עלולה להטיל נטל לא פרופורציונלי על חלקם, ובשל כך אף להביא להשפעות שליליות").

הרגולטורים השונים המטפלים באותם מפוקחים.³⁶⁷ דרישה זו ל"תיאום רגולטורי" אף עוגנה בסעיף 2(7) לחוק האסדרה.³⁶⁸ לפיכך הבחנה נוספת שהפסיקה יכולה לקיים בעניין רשלנות רגולטורית היא בין שווקים שכוללים מספר רב של רשויות רגולטוריות לבין שווקים שמערכים רגולטורים ספורים. ניכר שהפסיקה כבר ביצעה בפועל את ההבחנה האמורה: 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",³⁶⁹ ומצד אחר, בעניין קרנית (משנת 2020) נדחתה טענה ל"תיאום פעילויות" בהדגשת העובדה כי סוגיית הסדרת האופניים החשמליים מערבת מספר רב של רגולטורים "לצורך יצירת פתרון כולל".³⁷⁰ מפסיקה זו ניתן ללמוד כי כאשר מדובר בסקטור שבו רגולטורים ספורים, ו"הקרבה" ביניהם הדוקה יותר, ניתן להטיל חובת תיאום פעילויות, שאף עולה בקנה אחד עם דרישת המתודות המודרניות. מנגד, כאשר הרגולציה מערבת מספר רב של רגולטורים, למשל סקטור הגז הטבעי הכולל לא פחות מ-13 רשויות רגולטוריות,³⁷¹ אין מקום להטיל חובת תיאום העשויה להקים אחריות בנזיקין. הרצינול להבחנה זו הוא שככל שהרגולטורים רבים יותר, כך קשה יותר להגיע להסכמה רגולטורית כוללת. דוגמה עכשווית לכך היא אי-ההסכמה שאפיינה את הרגולציה של משבר הקורונה.³⁷²

ד. סיכום

הדיון על אחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות בישראל הוא דיון אקטואלי וחשוב

³⁶⁷ מדריך ניהול סיכונים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 123 ("מומלץ לבצע שיתופי פעולה עם יחידות ממשלתיות משיקות ועם יחידות ממשלתיות שמטפלות באותם מפוקחים").

³⁶⁸ ראו לשון סעיף 2(7) לחוק האסדרה ("באופן שמקדם תיאום, שיתוף פעולה והעברת מידע שמותר להעבירו על פי כל דין בין מאסדרים").

³⁶⁹ עניין **שתיל**, לעיל ה"ש 23, בפס' 36. ראו גם גלעד **דיני נזיקין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1133.
³⁷⁰ 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").

³⁷¹ ראו מבקר המדינה **פיתוח משק הגז הטבעי** 12 (2015), שם מפורטים כל הרגולטורים. בדוח זה הובהרה גם הבעייתיות בשילוב של מספר רגולטורים ("מאסדרים אחדים פעלו מתוקף תפקידם לקידום המטרות [...] לעתים פעולות אלו לא עלו בקנה אחד עם פעילותם של מאסדרים אחרים ונעשו ללא תיאום ובכך הגבירו את אי-הוודאות בו" (שם, בעמ' 15)).

³⁷² ראו למשל אריאל כהנא, מיטל יסעור בית-אור "ללא הסכמות על הגבלות: הסתיימה ישיבת קבינט הקורונה" **ישראל היום** (20.12.2020) <https://www.israelhayom.co.il/article/831619>.

שנחקר בהקשרים ספציפיים בלבד בספרות האקדמית.³⁷³ 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 זאת נבדק מפלס האחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות מאז תחילת שנות האלפיים, ואם מפלס זה רצוי לאורן של מתודות מודרניות. נוסף על זה נבדקה מידת ההתייחסות של פסיקה זו לתמורות שחלו במדיניות הרגולטורית בישראל, ואם התייחסות זו עולה בקנה אחד עם מפלס האחריות הרצוי; **השנייה**, נקודת מבט **פרספקטיבית**, שלפיה נבחנו הדרכים שבהן הפסיקה העוסקת ב"רשלנות רגולטורית" יכולה להמשיך ולהתפתח כדי ליתן מענה ראוי לתמורות המאפיינות את המדינה הרגולטורית.

הממצא המרכזי שעלה מהמחקר הוא שמפלס האחריות הנזיקית במקרים של רשלנות רגולטורית, שהם מקרים המבטאים הרחבת אחריות, אינו גבוה. להפך, נמצא כי הטלת אחריות על הרשות הרגולטורית היא חריגה, בייחוד בעשור האחרון. בתוך כך המחקר הנוכחי הציג תמונה שונה מזו שהצטיירה בספרות ובפסיקה אשר עסקו בתביעות נזיקין נגד רשויות ציבוריות ככלל. 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 בנוגע לאחריות הנזיקית של רשויות רגולטוריות ויתרמו לשיח המשפטי על אחריות הנזיקית של רשויות ציבוריות בכלל.

עוד נמצא כי מפלס האחריות המצומצם הנלמד מהמחקר האמפירי הוא מפלס האחריות הרצוי, בשל 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 למאפיינים עיקריים של מתודות רגולטוריות מודרניות. אף שנראה כי התייחסות זו אינה שלמה, והיא דורשת שינויים מסוימים, אין מדובר בפער גדול שלא ניתן "להתאימו" למציאות הרגולטורית המשתנה. כפי שהוצג במאמר, דרך אפשרית אחת לביצוע התאמה זו

³⁷³ לחשיבותה של המדינה הרגולטורית והשלכתה 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).

היא התמקדות בסבירות הליכית אשר תבחן את ההליך הרגולטורי (בשונה מתוכן הרגולציה). נתיב נוסף הוא שיפור הביקורת השיפוטית באמצעות הדגשת השלבים השונים של המושג רגולציה והבחנה בין סוגם ומספרם של הרגולטורים ושל המפוקחים בסקטורים שונים.

מלבד זאת, קיימות דרכים נוספות שבהן הפסיקה יכולה להתפתח בעניין זה, ושמאמר זה לא עסק בהן. למשל: ייתכן שניתן להציע דרכים משפטיות אחרות, שלא מכוח עוולת הרשלנות, להתמודדות עם חיוב הרשות לפצות ניזוק בעקבות סיכונים הנוצרים מפעילות רגולטורית; ניתן לשקול אחריות ללא אשם,³⁷⁴ פתרונות לבר-נזיקיים,³⁷⁵ פיצוי מכוח עקרון השוויון בנטלים³⁷⁶ או פיצוי מכוח מודל משולב להגנה על זכויות אדם בהפרטות.³⁷⁷ 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.

³⁷⁴ ניתן לקבוע מנגנון אחריות שאינה מבוססת אשם על רשויות המדינה במצבים מסוימים, 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 לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; יואב דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם" **משפט וממשל** ב 97 (1994).

³⁷⁵ למשל בדומה למנגנון הקבוע בחוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989. ראו את קריאתו של השופט עמית לפתרון כזה בע"א 6102/13 **עצמון נ' חיפה כימקלים בע"מ**, פס' 46 (נבו 24.9.2015).

³⁷⁶ פוליאק, לעיל ה"ש 207.

³⁷⁷ לילך ליטור "הטלת אחריות על המדינה בשירותים מופרטים: לקראת אימוץ מודל משולב להגנה על זכויות אדם בהפרטות" **ספר מרכזי (מוטה) קרמניצר** 365, 384-404, 406-408 (2017).