

# תביעות נזיקין נגד הרשות המבצעת – על תנועת המטוטלת

חיה זנדברג\*

- א. פתח דבר
- ב. נתונים מספריים
- ג. הצרת צעדיה של הרשות המבצעת
- ד. "המהפכה השקטה"
- ה. מהפכת שנות השמונים בדיני הנזיקין
  - ה.1. פרשת יערי
  - ה.2. פרשת ועקנין
  - ה.3. פרשת זוהר
  - ה.4. פרשת גורדון
- ו. על המטוטלת בתחום דיני הנזיקין
  - ז. משפט משווה
    - ז.1. משפט עברי
    - ז.2. משפט אמריקני
    - ז.3. משפט אנגלי
  - ח. הלכת לוי
    - ח.1. הכרסום בהלכת לוי: פרשת שתיל
  - ט. על תנועתה של המטוטלת חזרה
  - י. סיכום

## א. פתח דבר

מאז הקמתה עברו על מדינת ישראל שינויים רבים, ובהם שינוי באתוס התרבותי החולש על החברה. זמן קצר לפני הקמת המדינה, ב-19 בדצמבר 1947, כתב המשורר נתן אלתרמן ב"טור השביעי" על אודות הנערה והנער, הלוחמת והלוחם, האומרים לאומה העברית המתחדשת כי "אנחנו מגש הכסף, שעליו לך ניתנה מדינת

---

\* תודתי נתונה לחברי מערכת הפרקליטי, ובפרט לקוראת החיצונית של המאמר, על הערותיהם הטובות למאמר.

היהודים".<sup>1</sup> האתוס הקולקטיביסטי, הפרט למען הכלל, המשתקף בשיר זה, היה אתוס מחויב המציאות במדינה שניהלה מאבק על תקומתה.

השתנו העתים. כעבור כעשרים שנה שאל המשורר נתן זך, בשיר אחר לגמרי, "איך זה שוכב אחד לבד מעז", ובכך העלה על נס את האתוס האינדיבידואליסטי: הפרט במרכז, ולא עוד הכלל, המדינה; קהתה חשיבותו של האתוס הקולקטיביסטי, והחל המעבר הטבעי אל הפרטי.

דור הולך ודור בא. דהה קמעה חנו של האינדיבידואליזם ושל המרד בדור המייסדים. "קיבוצים עירוניים" באים לעולם.<sup>2</sup> משוררים שבים ומבטאים ערגה לתוכן שיש והקולקטיבי מעניק לפרט, ודומה שהשינוי התרבותי עודנו נמשך.

מערכת המשפט היא חלק מהחברה. שינויי העתים משתקפים בעולם המשפט, והאתוס התרבותי מחלחל אט-אט אל הדין. בעקבות שינויי העתים המתוארים, וכעבור פרק זמן מסוים (כמתחייב, כמדומה, מחלחולו האטי של האתוס התרבותי המשתנה אל עולם המשפט), אף על הפסיקה הישראלית עבר ועובר שינוי, מעין תנועת מטוטלת, בדומה לתנועת המטוטלת התרבותית – מהקולקטיבי לפרט, ומהפרט בחזרה לקולקטיבי: בראשית ימיה של המדינה העניקה הפסיקה משקל נכבד ביותר לאינטרס הציבורי בפסיקת הדין; בשנות השמונים והתשעים של המאה שעברה העניקה הפסיקה דגש רב לזכויות הפרט,<sup>3</sup> והרטוריקה המשפטית החלה לנהל את מה שמכונה "שיח של זכויות" – זכויות הפרט, במובחן מהקולקטיבי – ביטוי שלא היה מוכר כלל ועיקר, במובנו זה, לפני שנות התשעים; והנה, משנות האלפיים ואילך, הפסיקה שבה ונדרשת בקביעת הדין לאינטרס הציבורי, לקולקטיבי, שעתה הוא זוכה לכינוי המשפטי "אחריות חברתית".

מטרתו של מאמר זה היא להאיר שינויי עתים אלה באחד מתחומי המשפט, הוא תחום תביעות הנזיקין נגד המדינה. כפי שנראה במאמר, עד סוף שנות השבעים ניכרה בפסיקה רתיעה מלחייב את המדינה בנזיקין בגין פעולות שלטוניות מובהקות, פעולות שתכליתן לסייע לחברה כולה. בשנות השמונים אירעה "מהפכה שקטה" בתחום זה, ותביעות הנזיקין נגד המדינה זכו לעדנה, לטובתו של הפרט-התובע.

<sup>1</sup> נתן אלתרמן, **מגש הכסף**, הטור השביעי (1947). זמין ב- [jpress.org.il/Default/Scripting/Article?Win.asp?From=Archive&Skin=TAUHe&BaseHref=DAV/1947/12/19&EntityId=Ar00205&ViewMode=HTML](http://jpress.org.il/Default/Scripting/Article?Win.asp?From=Archive&Skin=TAUHe&BaseHref=DAV/1947/12/19&EntityId=Ar00205&ViewMode=HTML) (נבדק לאחרונה ב-24.7.2013).

<sup>2</sup> "קיבוץ עירוני" **תנועת העבודה הישראלית** זמין ב- [tnuathaavoda.info/zope/home/100/terms/1174204307](http://tnuathaavoda.info/zope/home/100/terms/1174204307) (נבדק לאחרונה ב-24.7.2013).

<sup>3</sup> כך, למשל, בראשית ימיה של המדינה נדרש בית המשפט העליון – כדי לבסס את ההכרה בזכותו של הפרט לחופש הביטוי – להבהיר שהזכות לחופש ביטוי היא אינטרס ציבורי, ומכאן ההצדקה להכרה בה: בג"ץ 73/53 **קול העם נ' שר הפנים**, פ"ד ז(1) 871 (1953). בחלוף כארבעים שנה, כאשר ביקש בית המשפט העליון לבסס ולחזק את האינטרס הציבורי של המלחמה בפשיעה, הוא בחר לנקוט במהלך הפוך מבחינה רעיונית, ולהציג אינטרס ציבורי זה כזכות אדם, זכות הקורבן. ראו עמדת הנשיא שמגר בדנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589 (1995).

כמתחייב משינויי העתים, ומטעמי צדק שיפורטו, יש לצפות לכך שכחלק מתהליך "השיבה למקורות", דהיינו השיבה ל"אחריות החברתית", תשוב הפסיקה ותידרש ל"אחריות החברתית" גם בתחום תביעות הנזיקין, תוך צמצום מתבקש של אחריות המדינה בנזיקין.

לשם כך אפתח בתיאור "המהפכה השקטה" בתחום הנזיקין. תיאור זה יכלול הן נתונים מספריים הן סקירת הפסיקה וניתוחה. מתוך ניתוח הפסיקה, ומתוך עיון במשפט המשווה, שיבוא בהמשכם של דברים, יהיה אפשר לבסס את העמדה הקוראת לצמצום אחריות המדינה בנזיקין.

## ב. נתונים מספריים

תביעות נזיקין רבות מוגשות כיום נגד מדינת ישראל מדי שנה. לעתים נדמה שהתביעות הן כה רבות עד כי המימרה שרווחה בעבר בדיני הנזיקין, ולפיה "אין המלך עושה עוולה"<sup>4</sup>, הוחלפה במימרה אחרת, ולפיה "המלך מעוול (כביכול) על כל צעד ושעל". כך, למשל, מנתוני מערכת ה-BI של הפרקליטות – שהיא מערכת הכוללת נתונים משנת 1992 ואילך על אודות תביעות המתנהלות נגד המדינה, והמטופלות על ידי פרקליטויות המחוז – עולה שבסוף שנות האלפיים נפתחו בפרקליטות יותר מ-2,000 תיקים נזיקיים חדשים בשנה (למשל, בשנים 2005–2008). לשם השוואה, בשנות התשעים דובר בסדרי גודל של פתיחת כ-1,000 תיקים נזיקיים חדשים בשנה בטיפול הפרקליטות.

תמונה דומה עולה מנתוני "ענבל חברה לביטוח בע"מ". חברה "ענבל" היא חברה ממשלתית, שבין השאר מעניקה למדינה ייצוג משפטי בתביעות נזיקין מסוימות (כגון תביעות רשלנות רפואית). נתוני חברה "ענבל" כוללים תביעות נזיקין המוגשות נגד המדינה (בין שהוגשו לבית המשפט ובין לאו), ואלה נוספות על תביעות הנזיקין המנוהלות על ידי הפרקליטות. מנתונים שנמסרו על ידי חברה "ענבל" עולה שבסוף שנות התשעים (למשל, בשנת 1999) דובר בכ-1,000 תביעות שנפתחו בשנה נגד המדינה, ואילו בשנות האלפיים מדובר בכ-2,000 תביעות.<sup>5</sup>

למותר לציין שהגידול המתואר בתביעות הנזיקין נגד המדינה עולה פי כמה וכמה על הגידול באוכלוסיית ישראל באותה תקופה, ולפיכך אי-אפשר להסביר את הגידול בתביעות בהתבסס על הגידול באוכלוסייה.<sup>6</sup> מנתוני התביעות עולה שבתוך כעשור

<sup>4</sup> גד טדסקי, יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 401 (מהדורה שנייה, גד טדסקי עורך, 1976).

<sup>5</sup> הנתונים נמסרו על ידי מר עוזי שר מחברת "ענבל חברה לביטוח בע"מ", במצגת מ-19 בינואר 2010.

<sup>6</sup> מנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה בעניין אוכלוסיית ישראל, כפי שהם מתפרסמים באתר האינטרנט של הלשכה, עולה, למשל, שבשנת 1998 מנתה אוכלוסיית ישראל 6,041,000 איש,

**הוכפל** מספר תביעות הנזיקין נגד המדינה. לעומת זאת, באותו עשור גדלה אוכלוסיית מדינת ישראל רק בכ- 22%.

### ג. הצרת צעדיה של הרשות המבצעת

ריבוי התביעות נגד המדינה מעורר קשיים רבים. הקושי שאבקש להתמקד בו להלן הוא הצרת צעדיה של הרשות המבצעת. במצב שבו הרשות המבצעת צפויה לתביעת נזיקין על כל צעד ושעל, יכולתה של הרשות המבצעת לפעול נפגעת, ובית המשפט עלול להימצא כמי שמנהל את ענייניה של הרשות המבצעת במקומה. ארחיב עוד בעניין זה בהמשכם של דברים.

### ד. "המהפכה השקטה"

נראה שמשנות השמונים ואילך התחוללה בידי הנזיקין "מהפכה שקטה", כלומר מהפכה שלא הווארה באור הזרקורים ובאור המודעות הציבורית הרחבה. "מהפכה שקטה" זו הביאה לחדירת המשפט המנהלי לדיני הנזיקין. חדירת המשפט המנהלי לדיני הנזיקין עלולה להביא, כאמור, להצרת צעדיה של הרשות המבצעת ולפגיעה ביכולתה לפעול.

"מהפכה שקטה" זו התחוללה בד בבד עם "המהפכה הרועשת" – שזכתה להד ציבורי רב – בתחום המשפט המינהלי והחוקתי. רבות דובר בפסיקה ובספרות המשפטית הישראלית על אודות המהפכה במשפט המינהלי והחוקתי בישראל, שחלה מאז שנות השמונים, והציבור מודע לה היטב. בייחוד מרבים להזכיר בהקשר זה את השינוי שחל בכל הנוגע לטענת חוסר השפיטות ובאשר לטענת זכות העמידה. כך, למשל, לעניין **השפיטות**, נמצאו בפסיקה הוותיקה אמירות כגון:

"אודה ולא אבוש, כי גם אני לא תפסתי מעולם מה טיבו של עובר מונסטרוואזי זה [השפיטות] [...] חקרתי ודרשתי וקראתי וחשבתי הרבה על המונח הנ"ל, והדבר היחיד שהשתכנעתי בו הוא, כי כאשר הקונטרבורסה שבין המבקש והרשות האדמיניסטרטיבית סובבת סביב עניינים של **מדיניות**, אין הסכסוך כשר להבאה לפני בית-המשפט הגבוה לצדק"<sup>7</sup>. (ההדגשה שלי – ח.ז.).

אומר מיד שבעיניי, "המהפכה השקטה" בידי הנזיקין גרמה לכך שעניינים של

<sup>7</sup> ועשור לאחר מכן, בשנת 2008, מנתה אוכלוסיית ישראל 7,374,000 איש. בג"ץ 295/65 אופנהימר נ' שר הפנים, פ"ד כ"ד (1) 309, פס' 9 לפסק דינו של מ"מ הנשיא דאז זילברג (1966).

**מדיניות** יידונו בתביעות נזיקין, ממש כשם שצמצום מחסום השפיטות – כפי שנעמוד עליו עתה – הביא לידי כך שעניינים של **מדיניות** יידונו במשפט החוקתי והמינהלי. על כן מבחינה מהותית, "המהפכה השקטה" בתחום הנזיקין דומה ל"מהפכה הרועשת" בתחום המשפט החוקתי והמינהלי. ואכן, בפסיקה של שנות השמונים, העוסקת במחסום השפיטות, נמצא אמירות, שיצרו את "המהפכה הרועשת", ולפיהן:

"המשפט משתרע על כל הפעולות [...] כל פעולה – ותהא פוליטית או עניין למדיניות ככל שתהא – נתפסת בעולם המשפט, וקיימת נורמה משפטית הנוקטת עמדה כלפיה, אם מותרת היא או אסורה [...] טול למשל את החלטת הממשלה [...] לקיים יחסים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית. זוהי בוודאי החלטה 'פוליטית' מובהקת. עם זאת המשפט אף הוא נוקט כלפיה עמדה. אין זו פעולה מחוץ לעולם המשפט [...] ייתכן כי על ההחלטה לעשות שלום או לצאת למלחמה אין מקום להפעיל את הכללים הרגילים של תורת שיקול הדעת המינהלי. במקרים חריגים אלה תידחה העתירה, לא בשל העדרה של נורמה משפטית, אלא משום העדרה של נורמה אוסרת וקיומה של נורמה מתירה, כלומר בשל העדר עילה. הפעולה אינה בלתי שפיטה. הפעולה היא שפיטה וחוקית".<sup>8</sup>

כאמור, המהפכה שעברה על המשפט המינהלי בישראל מאז שנות השמונים הייתה "מהפכה רועשת". הפסיקה שיצרה את המהפכה הזאת עמדה בעין הסערה הציבורית והתקשורתית. כתיבה רבה נכתבה בתחום, קולמוסים נשברו ופולמוסים נשמעו.<sup>9</sup> "המהפכה השקטה", לעומת זאת, שהתחוללה בתחום דיני הנזיקין, אף שמאפייניה דומים לאלה של "המהפכה הרועשת" כפי שניווכח בהמשך, נותרה הרחק מעין הסערה הציבורית.

ראוי להאיר בזרקור את "המהפכה השקטה" כדי שיתעוררו גם בה הפולמוסים שנשמעו ב"מהפכה הרועשת". מתוך כך ניתן יהיה לבסס את העמדה, שלפיה בתחום הנזיקין – כמו בתחום המשפט המינהלי – יש להיזהר מלפגוע ביכולתה של הרשות

<sup>8</sup> בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, פס" 36 לפסק דינו של הנשיא ברק (1988). וראו המהלך הדומה, שהביא במובנים רבים לביטולה של הדרישה לזכות העמידה, כעולה מעמדתו של הנשיא (בדימי) ברק, שם, בפרשת רסלר.

<sup>9</sup> רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** (2000); מרדכי מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (1993); זאב סגל וליך ליטור **אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה** (2008).

המבצעת לפעול ולמשול, ובייחוד – להיזהר מלחדור לתחום של מדיניות שלטונית.

## ה. מהפכת שנות השמונים בדיני הנזיקין

בראשית שנות השמונים של המאה שעברה פסק בית המשפט העליון כמה פסקי דין ששינו את מפת דיני הנזיקין בישראל.<sup>10</sup> פסקי הדין המרכזיים יידונו כאן לפי סדרם הכרונולוגי. אתמקד בפסיקה שעסקה באחריות המדינה, ואשר יצרה את "המהפכה השקטה". במקביל, נוצרה מהפכה שקטה גם בתחום גובה הנזק,<sup>11</sup> אולם סוגיה זו חורגת מענייננו.

### ה.1. פרשת יערי<sup>12</sup>

ראשיתה של המהפכה בדיני הנזיקין הייתה דווקא בפסק דין שניתן בהליך פלילי, הוא פסק הדין שניתן בפרשת יערי, שאלה היו עובדותיו: שני חברים, שמואל ויצחק, ראו ממקום מושבם שלא הרחק מהם מוטסים טיסנים. הם ביקשו לראות את הדברים מקרוב, ולכן נסעו במכוניתו של שמואל לקרבת מקום. בין מקום עצירת המכונית למקום הטיסנים הפרידה גדר – מעין ואדי המכוסה צמחייה קוצנית, ומסילת הברזל ירושלים-תל-אביב. השניים יצאו מהמכונית ועברו בזחילה ברווח שבגדר. הם ירדו בוואדי ופילסו דרכם בצמחייה. שמואל הגיע ראשון למסילת הברזל, עלה עליה ונעמד עליה כדי לחזות בטיסן. למרבה הצער, רכבת שהגיעה דרסה את שמואל למוות.

יערי וברונשטיין, שני נהגי הקטר, הועמדו לדין בעבירה של גרם מוות ברשלנות, עבירה לפי סעיף 304 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בית משפט השלום הרשיע את הנאשמים וגזר את דינם. ערעורם של הנאשמים לבית המשפט המחוזי נדחה (ברוב דעות), ועל כך הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון.

בדיון בבית המשפט העליון ניתח בית המשפט את העבירה של גרם מוות ברשלנות בהתבסס על יסודותיה של עוולת הרשלנות הנזיקית, ומכאן חשיבותו של פסק הדין לתחום דיני הנזיקין. בניתוח עוולת הרשלנות נדרש בית המשפט העליון ליסודותיה של העוולה, ובייחוד בחן את יסוד ה"חובה" (כידוע, סעיפים 35-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובעים שאדם יחוב ברשלנות אם "התרשל [...] ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג").

<sup>10</sup> ישראל גלעד "דיני הנזיקין בפסיקתו של אהרן ברק" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 487 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009), וכן את רונן פרי "אקטיביזם שיפוטי בדיני הנזיקין: טקסונומיה של פסקי ברק", שם, בעמ' 541.

<sup>11</sup> ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762 (1982); ע"א 773/81 עיזבון פרייליך נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 816 (1982).

<sup>12</sup> ע"פ 186/80 יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 769 (1980) (להלן: "פרשת יערי").

כאמור בסעיף 36 לפקודה, החובה נוצרת בהתבסס על מבחן ה**צפיות**: "כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל", אזי נוצרת החובה.

והנה, בית המשפט העליון (מפי השופט, כתוארו אז, ברק) חידש בפרשת **יערי** וערך ניתוח אנליטי, שלפיו מושג החובה ומבחן הצפיות, נחלקים לשניים: חובת זהירות מושגית, וחובת זהירות קונקרטית. חובת זהירות **מושגית** פירושה "אם הסוג הכללי, אליו משתייך המזיק, הניזוק, הפעולה והנזק עשויים להקים חובת זהירות"<sup>13</sup>. חובת זהירות **קונקרטית** פירושה כי "בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, על המזיק החובה לצפות לנוכחותו של הניזוק"<sup>14</sup>.

מתוך המושג של חובת הזהירות המושגית, הורחב גם שיקול דעתו של בית המשפט. לדברי בית המשפט העליון בפרשת **יערי**:

"הצורך לאזן בין אינטרסים שונים בקביעת חובת הזהירות הוא המטיל על בית המשפט תפקיד נורמטיבי יוצר [...] תפקיד יוצר זה, שהופקד בידי בתי המשפט, מחייב התחשבות בצרכי החברה מעת לעת. מה שבעבר נראה בלתי רצוי, עשוי להראות רצוי היום, ומה שבעבר נראה כרצוי עשוי להראות כבלתי רצוי כיום. הקטגוריות של הרשלנות לעולם אינן סגורות, לעולם אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על השמרים, אלא נקבעות הן בהתאם לתחושת המוסר והצדק החברתי והסוציאלי וצורכי החברה המשתנים"<sup>15</sup>.

בפרשת **יערי** – שם החל השימוש בחובת הזהירות המושגית – דווקא צומצמה אחריותם של נהגי הרכבת, והם זוכו. בית המשפט העליון קבע שלא הוכח שהנהגים יכלו לראות את שמואל המנוח בטרם נדרס, ולכן לא חבו חובת זהירות כלפי המנוח. בהמשכה של הפסיקה, ובפרט כשדובר באחריות **המדינה והרשות הציבורית**, הורחבה האחריות, והכול תוך שימוש בכלי החדש של "חובת הזהירות המושגית", שהעניק לבית המשפט הנכבד מרחב ניכר של שיקול דעת. מרחב ניכר זה איפשר, הלכה למעשה, לשיקולי **מדיניות** – לרבות **מדיניות שלטונית** – לחדור לתחום הנזיקין.

<sup>13</sup> שם, בפס' 6.

<sup>14</sup> שם, בפס' 11.

<sup>15</sup> שם, בפס' 8.

## ה.2. פרשת ועקנין<sup>16</sup>

בפרשת ועקנין נדון עניינו המצער של שלמה, נער כבן 15, ששהה בבריכה העירונית בבית שמש. הבריכה הייתה בבעלות המועצה המקומית בית שמש, והיא נוהלה על ידי חברת בן-אל שירותים בע"מ. לאחר שהייה של שעות מספר בבריכה קפץ שלמה קפיצת ראש למים. המים היו רדודים, ולכן נחבל ראשו של שלמה בבריכה, ונגרמה לו נכות קשה. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה, ועל כך הוגש ערעור לבית המשפט העליון.

הערעור התקבל. בפסק דינו ניתח בית המשפט העליון את עוולת הרשלנות בהתבסס שוב על ההבחנה בין חובת זהירות מושגית לחובת זהירות קונקרטיית. בניתוח חובת הזהירות המושגית חזר בית המשפט העליון על עמדתו שעליו לשקול במסגרתה "שיקולים של מדיניות משפטית"<sup>17</sup>.

עוד ציין בית המשפט הנכבד שקביעתה של חובת זהירות מושגית, בהתבסס על שיקולי מדיניות, היא "ללא ספק, חקיקה שיפוטית בדרגתה הטהורה ביותר"<sup>18</sup>. לאחר זאת, משנדרש בית המשפט לשאלה אם מתקיימת בעניין שנדון לפניו חובת זהירות מושגית, פסק בית המשפט שלגישתו אין עוד מקום לתת "יחס מיוחד" לרשות הציבורית לפי דיני הנזיקין:

"שיקולים אלה של מדיניות משפטית באים לאזן בין האינטרסים השונים הנאבקים על הבכורה [...] כמובן, עם שינוי הגישות החברתיות, מאבדים אינטרסים מסוימים את חשיבותם, ואילו אינטרסים אחרים זוכים לבכורה. כתוצאה מכך חל שינוי בקטגוריות עצמן. כך, למשל, סברו בעבר, כי האינטרס של רשות ציבורית ראוי להגנה מיוחדת. מכאן ההלכה, כי ניתנת לרשות הציבורית חסינות (כבעלת בתי-חולים וכתופסת כבישים), שאינה ניתנת למזיקים אחרים. כיום שוב איננו גורסים זאת, ושוב איננו נותנים הגנה לרשות הציבורית בתור שכזו. נהפוך הוא: יש הגורסים, כי יש מקום להטיל אחריות על הרשות הציבורית, במקום שזו אינה מוטלת על הפרט"<sup>19</sup>.  
(ההדגשה שלי – ת.ז.)

אין לכחד, התפיסה שאין לתת לרשות "יחס מיוחד" היא תפיסה המושכת את הלב.

<sup>16</sup> ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982) (להלן: "פרשת ועקנין").

<sup>17</sup> שם, בפס' 3.

<sup>18</sup> שם.

<sup>19</sup> שם, בפס' 3-4.



תפיסה זו היא ביטוי לעקרון השוויון בפני החוק, ועיקרון זה הוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".<sup>20</sup>

אף על פי כן, יש לתת את הדעת על כך שפירושה המעשי של האמירה שאין לתת לרשות "יחס מיוחד" עלול להיות שלבית המשפט נתונה הסמכות, הלכה למעשה, לשים את שיקול דעתו במקום שיקול דעתה של הרשות המבצעת. ומכאן החשש לפגיעה ביכולתה של הרשות המבצעת לפעול ולמשול.

להלן ארחיב בעניין זה. מעקרון השוויון בפני החוק אכן מתחייב לומר שהרשות אינה חסינה בפני תביעות נזיקין. לא בכדי נחקק חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, הקובע ש"דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מואגד, פרט לאמור להלן בחוק זה".<sup>21</sup>

חוק זה ביטל את הכלל המשפטי שקדם לו, ולפיו "בתוקף פקודת הנזיקים האזרחיים, 1944, ופקודת המשפטים הממשלתיים, ניתנת למדינה חסינות מפני תביעות בדיני נזיקין".<sup>22</sup> דין קודם זה הפלה בין הפרט לרשות. אפליה זו בוטלה. כיום, כשם שהפרט אינו חסין בפני תביעה בנזיקין, כך גם הרשות אינה חסינה מפני תביעה בנזיקין.

היעדרה של חסינות בהחלט מאפשר לבית המשפט להעביר תחת שבט ביקורתו את התנהגותה של המדינה בדונו בתביעות נזיקין. אולם לעניין מידת ההתערבות של בית המשפט, יש לתת את הדעת על דבריו של פרופ' יואב דותן כדלקמן:

"הטלת אחריות נזיקית של בעל סמכות, שתפקידו לאזן בין שיקולי מדיניות נוגדים, מהווה התערבות של בית המשפט בשיקולה של הרשות המבצעת המוסמכת ובפעולתה. נטען, כי לא ייתכן שבית המשפט, שאין לו הידע, הכלים והסמכות להתערב באיזון שבין האינטרסים הנ"ל, יוכל למעשה לשנות את פניה של החלטת קביעת מדיניות על-ידי החלטת קריטריונים משפטיים שאינם מיועדים ומסוגלים להביא בחשבון את כל ההיבטים הרלבנטיים, או באמצעות הענקת סעדים נזיקיים העלולים לשנות את תוצאת הפעולה המינהלית מקצה אל קצה".<sup>23</sup>

ומה דומה ביקורת זו לביקורת שהוטחה ב"מהפכה הרועשת", שהתחוללה בתחום

<sup>20</sup> בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז(4) 2407, 2415 (1962).

<sup>21</sup> סעיף 2 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952.

<sup>22</sup> דברי הסבר להצעת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, ה"ח 166.

<sup>23</sup> יואב דותן "האחריות הנזיקית של עובד-הציבור המפעיל סמכויות של שיקול דעת" משפטים טו 260, 245 (1985).

המשפט המינהלי בשנות השמונים, במקביל ל"מהפכה השקטה" המתוארת.<sup>24</sup> מכל מקום, טיעוני הוא שעקרון השוויון בפני החוק אמנם מחייב קביעה שהמדינה לא תהיה חסינה בפני תביעה בנזיקין, כפי שקבע המחוקק עוד בשנות החמישים, אולם כאשר בית המשפט נדרש לתביעת נזיקין נגד המדינה, שומה עליו להיזהר בפסיקתו מפני חדירה לתחומיה המובהקים של הרשות המבצעת. חרף הכסות של הליך משפטי נזיקי, ייתכן שקבלת תביעה נזיקית נגד המדינה משמעותה האמיתית לא תהיה אלא התערבות – שלגישתי אין לה מקום – בתחומה של הרשות המבצעת. ועוד, כשם שלגישתנו, עתירה לבג"ץ נגד החלטה של הכנסת והממשלה שלא לחוקק חוק המתיר נישואין אזרחיים בישראל – דינה להידחות,<sup>25</sup> כך גם תביעת נזיקין נגד המדינה בגין העלויות שנשאו בהן בני זוג שנאלצו לנסוע לקפריסין כדי להינשא שם בנישואין אזרחיים בשל היעדר חקיקה מתאימה בישראל – דינה להידחות.<sup>26</sup> מקומם של שני ההליכים המשפטיים הללו – העתירה לבג"ץ והתביעה הנזיקית – בשדה הציבורי-פוליטי-פולמוסי, ולא בבית המשפט. האצטלה המסוימת שההליך המשפטי לובש – הליך מינהלי או אזרחי-נזיקי – אינה יכולה לשנות את המהות.

על כן, לגישתי, כאשר בית המשפט מבקר את פעולתה של הרשות המבצעת בדונו בתביעת נזיקין, ראוי שבית המשפט ייזהר מלחדור אל תחומה המובהק של הרשות. כשאנו זוכרים מסקנה זו, נמשיך ונעיין ב"מהפכה השקטה" שהתחוללה בשנות השמונים בתחום הנזיקין, בד בבד עם "המהפכה הרועשת" הדומה, שחלה בשנות השמונים בתחום המשפט המנהלי.

<sup>24</sup> בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, בפס' 11 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' אלון (1990): "קשה עלי השימוש מרחיק הלכת, מרובה האנפין והבלתי מוגבל, בעקרון הסבירות. עצם עקרון הסבירות, וצאצאו 'מתחם הסבירות', כמבחן כללי ועצמאי לבדיקת פעולות השלטון, טומן בחובו קשיים ניכרים מבחינת יישומו [...] כיצד ישקול בית המשפט שהמשקל שנתן השלטון לשיקולים הרלוואנטיים והאיזון שנעשה ביניהם אינם ראויים ובלתי סבירים? האם יש בידי בית המשפט הידע והכלים המקצועיים הדרושים לשקילת סבירותו או אי סבירותו של איזון זה? מה טעם ומה תועלת בכך שאנו מכנים בדיקה זו בשם בדיקת המשפטיות של ניהול תחקירי עריכת מלחמה? וכי השם והכינוי גורמים? מי אנו ומה אנו, מה כוחנו ומה גבורתנו, כשופטים, שנכריע בשאלה פוליטית וצבאית כה מובהקת? הרי אלה נושאים שמעצם מהותם וטיבם רק גופים אחרים ראויים ומיומנים לעסוק בבדיקתם [...] אך אנו, השופטים, אפילו כולנו חכמים וכולנו נבונים, מה לנו ולרזי יציאה למלחמה וכניסה לדיפלומטיה? [...] לדעתי, בלתי סביר לחלוטין הוא, לצפות באופן סביר, כי בית משפט יבדוק סבירותם של נושאים מעין אלה".

<sup>25</sup> בג"ץ 4058/95 בן מנשה נ' שר הדתות, פ"ד נא(3) 876 (1997).

<sup>26</sup> תא (שלום חי') 18832/06 יעקוביץ' ואח' נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.9.2008).

ה.3. פרשת זוהר<sup>27</sup>

בפרשת זוהר החנה זוהר את מכוניתו תחת סככה רעועה. חלק מהסככה נפל ופגע בזוהר ובמכוניתו. החלקה, שבה הייתה הסככה, כלולה באזור חוף הים שבתחום שיפוטה של עיריית חדרה, והייתה שייכת לבני הזוג אבילביץ (שמכרוה לחברת גדות הולדינג פאונדיישן) ולמדינת ישראל. תביעתו של זוהר בגין הנזק שנגרם לו הוגשה נגד העירייה, המדינה ובני הזוג אבילביץ (ששלחו הודעת צד ג' נגד חברת גדות). יוער שמבחינה תכנונית, הקרקע יועדה לשמש דרך ציבורית, אך הדרך עדיין לא תוכננה ולא נסללה. עם זאת, במקום נהגו לעבור מכוניות בדרכן לים. בעבר ניסתה העירייה לחסום את הדרך כדי למנוע גישה לים, אך חסימה מעין זו לא הייתה בשעת האירוע. כמו כן לא היה כל שלט אזהרה בקרבת הסככה. בית המשפט המחוזי קיבל את תביעתו של זוהר נגד הנתבעים כולם, ועיריית חדרה הגישה ערעור על פסק הדין. בית המשפט העליון, בראשות הנשיא ברק, דחה את הערעור, ואגב כך ניתח את עוולת הרשלנות ואת העוולה של הפרת חובה חקוקה בנייתוח החשוב לענייננו, ובניתוח זה נעיין עתה.

בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה נגד עיריית חדרה בהתבסס על עוולת הרשלנות, כשהבסיס המשפטי לקבלת התביעה היה סעיף 235(3) לפקודת העיריות, המטיל על העירייה חובה להסיר מכשול בדרך.<sup>28</sup> בית המשפט העליון (מפי הנשיא ברק) העיר בעניין זה כי בהנמקתו זו של בית המשפט המחוזי נראה שחל עירוב תחומים בין העוולה של הפרת חובה חקוקה לעוולת הרשלנות, וכי לצורך חיוב בעוולת הרשלנות אין די בהצבעה על חובה סטטוטורית שהופרה.

עוד ראה בית המשפט העליון לנכון לציין שהמשפט המקובל האנגלי קישר זמן רב בין העוולה של הפרת חובה חקוקה לעוולת הרשלנות, וכי:

"כתוצאה מכך נפסק, כי גוף סטטוטורי אינו אחראי ברשלנות בגין שימוש בסמכויותיו אלא אם הפר חובה סטטוטורית המוטלת עליו. מכאן גם הגישה, כי במקום שסמכותו של הגוף הסטטוטורי היא סמכות רשות ולא סמכות חובה, אין מוטלת עליו חובה סטטוטורית ועל כן אין מוטלת עליו אחריות ברשלנות".<sup>29</sup>

כלומר, בית המשפט העליון הסב את תשומת הלב לגישה, שלפיה אחריות הרשות בנזיקין מוכרת רק כאשר מוטלת על הרשות חובה סטטוטורית לפעול בדרך מסוימת,

<sup>27</sup> ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לז(3) 757 (1983) (להלן: "פרשת זוהר").

<sup>28</sup> פקודת העיריות [נוסח חדש].

<sup>29</sup> פרשת זוהר, לעיל ה"ש 27, בפס' 5.

והרשות הפרה חובה זו ואילו כאשר נתון לרשות שיקול דעת ("סמכות רשות"), אין מקום להטיל על הרשות חבות בנזיקין. אולם הוסיף בית המשפט העליון והבהיר שאין מקום לגישה מעין זו:

"הסמכות או החובה השלטונית לחוד וחובת הזהירות לחוד. קיומה של האחת אינו מקים את האחרת, ושלילתה של האחת אינה שוללת את האחרת. על כן, אפילו אין מוטלת על רשות שלטונית כל חובה, וסמכותה היא רשות בלבד, עשויה אותה רשות לחוב חובת זהירות ברשלנות בשל אי הפעלה רשלנית של סמכותה או בשל הפעלתה הרשלנית [...] כל חובה ותנאיה שלה, תכונותיה שלה ודרישותיה שלה".<sup>30</sup>

לגישתי, בכל הכבוד, הנמקה זו של בית המשפט העליון אינה פשוטה. ההנמקה היא בעיקרה אנליטית-סכמטית, אולם בתחום המשפט דומה שלא בהכרח שיקולים אנליטיים הם שצריכים להכריע את הכף. נעיינ בדבריו של פרופ' Lawson, בעניין ההגיון הלוגי של דיני הקניין, כשמשלב מסוים הדינים הללו רוכשים להם, כביכול, חיים משלהם:

"The law of property [...] is logical and orderly, its concepts are perfectly defined, and they stand in well recognized relations to one another [...] but once created and defined they seem to move among themselves according to the rules of a game which exists for its own purposes [...] More than anywhere else we seem to be moving in a world of pure ideas from which everything physical or material is entirely excluded".<sup>31</sup>

אמנם דברים אלה נאמרו בהערכה ובקשר לתחום הקניין, אך חשובים הם גם לענייננו. לגישתי, היופי והתבונה של המשפט נעוצים דווקא בשילוב שבין הניתוח האנליטי של הכללים המשפטיים ובין שיקולי הצדק וטעמי המדיניות שבבסיסם של הכללים. אין מקום לכך שהמשפט יקבע עמדה על סמך ניתוח אנליטי בלבד, המנותק משיקולי המדיניות שבבסיס הכללים המשפטיים. לא בכדי שיטות משפט רבות קבעו – כפי שציין הנשיא ברק בעניין ועקנזין לעיל, וכפי שנראה עוד בהמשך, למשל במשפט האמריקני – שהכללים המשפטיים הנוגעים לחבותה בנזיקין של הרשות במקרים של

<sup>30</sup> שם.

<sup>31</sup> F. H. LAWSON, THE RATIONAL STRENGTH OF ENGLISH LAW 79 (1951).

הפעלת סמכות על פי **שיקול דעת**, הם כללים מיוחדים. טעמי המדיניות שבבסיס כלל משפטי זה יסודם ברצון לאפשר לרשות המבצעת להפעיל את שיקול דעתה, כחלק מהפרורוגטיבה הביצועית הנתונה לה על פי חוק, בלי שתבוא הרשות השופטת, כביכול בנעליה של הרשות המבצעת.

מכל מקום, נשוב ונעיין בפסק דינו המהפכני של בית המשפט העליון בפרשת **זוהר**. המשכו של העיון מעלה שבית המשפט העליון סבר אף הוא כי ראוי שיישקלו שיקולים של **מדיניות** בטרם תוטל חבות בנזיקין על המדינה. אלא שבית המשפט העליון סבר שאין מקום לקביעת כללים בעניין זה, והעניין צריך להיות נתון ל**שיקול דעתה** הרחב של הרשות השופטת. לדברי בית המשפט העליון שם:

"הגעתי למסקנה, כי חובת זהירות מושגית בנזיקין קיימת הן לעניין פעולות 'פרטיות' של הרשות השלטונית (כמעבידה או כמחזיקה ברכוש וכיוצא בזה) והן לעניין פעולות 'מינהליות' של הרשות השלטונית, (בין אם הן מעוגנות בהוראה חקוקה ספציפית ובין אם הן נובעות מסמכויות המינהל הכלליות) או של עובדי הציבור הפועלים במסגרתה [...] הבחנות העבר, בין ביצוע חובה סטטוטורית לבין הפעלת סמכות שלטונית שבשיקול-דעת, אבד עליהן הכלח [...] עם זאת יש לזכור, כי קביעתה של חובת זהירות ברשלנות היא עניין של מדיניות משפטית [...] על-פי מבחנים אלה של מדיניות משפטית יש לבחון את חובת הצפיות לעניין הפעלתה של סמכות שלטונית בזהירות, תוך צעידה ממקרה למקרה ותוך בחינת מכלול השיקולים הרלוואנטיים [...] עם זאת יש להימנע מקטגוריזציה מיותרת ומיצירתן של הבחנות שקשה להצדיקן ולהפעילן. ודאי שאין כל צידוק בהבחנה הידועה שבין מעשה או מחדל, שכן חובת הזהירות יכול שתקום בשניהם. יש הגורסים הבחנה בין סמכות שלטונית שעניינה מדיניות לבין סמכות שלטונית שעניינה ביצוע [...] מדוע ניתפס בצבת הבחנה זו? [...] הבחנה אחרת שנתקבלה לאחרונה באנגליה היא זו שבין פעילות שהיא אולטרה-וירס (Ultra Vires) לבין פעילות אחרת, כאשר הגישה היא, כי אחריות בנזיקין בגין רשלנות קיימת רק במקרה הראשון [...] קשה להבין מדוע יש להציב מגבלה זו"<sup>32</sup>.

הנה כי כן, בית המשפט העליון – בפסיקתו המהפכנית בפרשת **זוהר**, שלפיה אין מקום לקביעתם של כללים מיוחדים לתביעות נזיקין נגד המדינה – לא חלק,

<sup>32</sup> פרשת **זוהר**, לעיל ה"ש 27, בפס' 15.

למעשה, על כך שבסופו של דבר הדין החל על תביעות נזיקין נגד המדינה יכול להיות שונה מהדין החל על תביעות נזיקין נגד הפרט. אלא שלפי גישת בית המשפט העליון הברל זה ימצא את ביטוי בפסיקות לפי **שיקול הדעת הרחב** הנתון לבית המשפט בתביעות נזיקין, ולא ייקבע **ככלל** שיגביל **מראש** שיקול דעת זה. בכל הכבוד, דומה שהנמקה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. הנמקתו זו של בית המשפט העליון נוגעת לוויכוח נרחב אחר, הרווח בין חכמי המשפט, והוא הוויכוח בעניין עדיפותם של כללים לעומת סטנדרטים. ההבחנה בין כללים לסטנדרטים (או, במינוח קרוב, ההבחנה בין כללים לעקרונות), תוארה על ידי פרופ' מ' מאוטנר במילים אלה:

"נורמה מובהקת מהסוג של כלל היא זו המתנה תוצאה משפטית מסוימת בהתקיימותם של תנאי מוקדם עובדתי אחד או תנאים מוקדמים עובדתיים אחדים, ששאלת התקיימותם ניתנת להכרעה בקלות. לעומת זאת, נורמה מובהקת מהסוג של סטנדרט היא נורמה המתנה תוצאה משפטית מסוימת בהפעלתו של קריטריון (המגלם, בדרך-כלל, ערך מסוים). ההבדל העיקרי בין כלל ובין סטנדרט מתבטא אפוא במידת הדיוק של התוכן הנמסר באמצעות הנורמה המשפטית: כלל הוא נורמה 'סגורה' [...] **אין היא מצריכה שימוש בשיקול דעת** [...] לעומת זאת, סטנדרט הוא נורמה 'פתוחה' [...] מפעילו של הסטנדרט **נדרש להפעיל שיקול דעת** לצורך הכרעתו במסגרת הקריטריון הקבוע בסטנדרט".<sup>33</sup> (ההדגשות שלי – ח.ז.).

אם ניישם הבחנה זו בענייננו, נראה שהשאלה הנשאלת היא מה עדיף בתחום העוולות הנזיקיות המבוצעות, לפי הטענה, על ידי המדינה: **כלל**, שיקבע בבירור ובחדות מתי המדינה פטורה מחבות בנזיקין (למשל, כלל שלפיו כל אימת שהמדינה הפעילה **שיקול דעת**, אזי המדינה פטורה; או כלל שלפיו כל אימת שהמדינה הפעילה **סמכות שלטונית**, המדינה פטורה; או כלל שלפיו כל אימת שעניין לנו **במחדל** של המדינה, אזי המדינה פטורה מחבות בנזיקין; או כלל שלפיו כל אימת שהמדינה פעלה **בגדר סמכותה**, תהא המדינה פטורה מחבות בנזיקין) או שמא **סטנדרט**, שלפיו על סמך שיקולי מדיניות יש לקבוע את חובת הצפיות המוטלת על המדינה.

בפרשת **זוהר**<sup>34</sup> חולל בית המשפט העליון למעשה מהפכה, בהבהירו שלגישתו עדיף בענייננו **סטנדרט** על פני כלל. עמדתי – שונה היא. לגישתי, בתחום שעניינו פיקוח על הפעלת **שיקול דעתה** של הרשות **המבצעת**, מוטב להסתייע בנורמה מסוג **כלל**, המצמצמת את **שיקול דעתה** של הרשות **השופטת**, לבל ייווצר מצב שבו תחליף

<sup>33</sup> מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 321, 325–326 (1987).

<sup>34</sup> פרשת **זוהר**, לעיל ה"ש 27.

הרשות השופטת את שיקול דעתה של הרשות המבצעת בתחום הנתון לסמכותה (ועל כן, להפעלת שיקול דעתה) של הרשות המבצעת, בשיקול דעתה של הרשות השופטת. ושוב, ניתן להבחין בנקל בדמיון בין "המהפכה הרועשת" ל"מהפכה השקטה": בתחום המשפט המנהלי היו שטענו שהסרת המחסומים של השפיטות ושל זכות העמידה הביאה לידי כך – או יש סכנה שיביאו לידי כך – שהרשות השופטת תחליף את שיקול דעתה של הרשות המבצעת בשיקול דעתה שלה.<sup>35</sup> טיעון זה הוא הטיעון המושמע למעשה כעת בתחום המשפט האזרחי-נזיקי: הטיעון הוא שעל ידי יצירת המושג של "חובת זהירות מושגית" (שהעניק לבית המשפט שיקול דעת רחב), ובדרך של ביטול הכללים שיצרו מחסומים בכל הנוגע לתביעות נזיקין נגד המדינה,<sup>36</sup> התחדדה האפשרות שבית המשפט ישים את שיקול דעתו במקום שיקול דעתה של הרשות המבצעת.

פרופ' מאוטנר מבאר שמשטר משפטי של כללים הוא "צופה פני עתיד"; הוא מסייע להכוונת התנהגות. לעומת זאת, משטר משפטי של סטנדרטים הוא מערפל את פני העתיד, ומידת הצלחתו בהכוונת התנהגות היא נמוכה יחסית. זאת ועוד, משטר משפטי של סטנדרטים צפוי לקונקרטיזציה בדמות שורה של כללי פסיקה שיפרשו את הסטנדרט. אולם כללי פסיקה אלה – כמתחייב מאופייה האקראי של הפסיקה – יהיו אקראיים, מושפעים מעובדות המקרה המסוימות ונעדרי ראייה רחבה של השלכותיה האפשריות של הפסיקה.<sup>37</sup> יתרה מזו, משטר משפטי של כללים הוא רציונאלי יותר ממשטר של סטנדרטים, ומביא להפחתה במספר ההתדיינויות.<sup>38</sup> מנגד, כך מוסיף ומבאר פרופ' מאוטנר, משטר משפטי של כללים עלול להביא, במקרה מסוים, לתוצאה שהיא שרירותית מבחינת ההתאמה שלה למטרת הכלל. לעומת זאת, משטר משפטי של סטנדרטים, המעניק לבית המשפט שיקול דעת רחב, יכול להבטיח שבמקרה המסוים, המובא בפניו, התוצאה תעלה בקנה אחד עם טעמי המדיניות שבבסיס הכלל.<sup>39</sup> כמו כן, משטר משפטי של סטנדרטים זול, יחסית, מבחינת עלויות יצירת הנורמה: נורמה מסוג כלל כרוכה בעלויות גבוהות יחסית, שכן יוצר הנורמה מחויב לשקול את המצבים השונים והרבים שהמציאות עשויה להצימח. לא כן עלויות יצירת נורמה מסוג סטנדרט, שהן זולות יחסית, ומותירות את שיקול הדעת ביצירת הנורמה המסוימת לרשות השופטת.<sup>40</sup> עמדתי היא שבתחום שענייננו הכוונת התנהגותה של הרשות המבצעת, ראוי

<sup>35</sup> הפניות המנויות לעיל בה"ש 9.

<sup>36</sup> לכללים שיצרו מחסומים ומגבלות מפני תביעות נזיקין נגד המדינה, ראו דברי הנשיא (בדימ') אהרון ברק, ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרון ברק, לעיל ה"ש 10.

<sup>37</sup> מאוטנר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 326–327.

<sup>38</sup> שם, בעמ' 328–329.

<sup>39</sup> שם, בעמ' 327.

<sup>40</sup> שם, בעמ' 328–329.

לתת משקל נכבד לצורך לאפשר לרשות המבצעת למלא את התפקידים שהעניק לה המחוקק. על כן בתחום זה ראוי להעדיף משטר משפטי של כללים על פני משטר משפטי של סטנדרטים. עמימות מקשה את פעולתה של הרשות המבצעת; תפקידי ביצוע אינם יכולים לסבול עמימות ועלויות התדיינות בלתי פוסקות. כדבריו של פרופ' מאוטנר במקום אחר:

"קיים הבדל מכריע בין האופן שבו מחוקקים פועלים ובין האופן שבו שופטים פועלים: מחוקקים פועלים כקבוצה של בני אדם, המשפיעה על חייה של קבוצה אחרת של בני אדם – בדרך כלל קבוצה גדולה ובלתי מוגדרת של בני אדם; שופט הוא אדם אחד מסוים, המתערב באופן עמוק בחייו של אדם מסוים אחר. אם מביאים בחשבון את כוח ההתערבות העצום של שופטים בחייהם של בני אדם אחרים, המסקנה המתבקשת היא שיש לחתור לצמצום של מידת האקראיות הכרוכה בהתערבות זו".<sup>41</sup>

ומשהובאו הערותיי לפרשת זוהר, ניתן להמשיך ולעיין בפסקי הדין המנחים שיצרו את "המהפכה השקטה" בתחום דיני הנזיקין.

#### ה.4. פרשת גורדון<sup>42</sup>

גורדון מכר את מכוניתו. רישום הבעלות נעשה ב-22 במרץ 1979, והמכונת נמסרה לקונה בו במקום. לאחר יום ההעברה החל גורדון לקבל מעיריית ירושלים, בממוצע אחת לחודש, כתבי אישום בגין עבירות קנס שנעברו על ידי בעל המכונת החדש. את שני הדוחות הראשונים שילם גורדון, אף שלא עשה את העבירה. עם קבלת הדוח השלישי, ב-7 ביוני 1979, כתב גורדון לעירייה וביקש את ביטול הדוח. החלה התכתבות, ובמהלכה בוטלו כמה מהדוחות, ובה בעת נשלחו דוחות נוספים לגורדון. בשלב מסוים הודיע היועץ המשפטי של העירייה לגורדון כי בשל עיכוב בעדכון הרישומים במשרד התחבורה, אי-אפשר להבטיח לגורדון שלא ישלחו אליו דוחות נוספים, אך היועץ המשפטי הבטיח לגורדון שכל דוח שיוגש נגדו – יבוטל. באחד ההליכים הפליליים שננקטו נגד גורדון, הוטל על גורדון מאסר בשל אי-תשלום קנס. המאסר והקנס לא בוטלו מבעוד מועד, וגורדון נאסר, ושחרר רק עם תשלום הקנס.

גורדון הגיש לבית המשפט תביעה נגד העירייה לתשלום פיצויים. התביעה

<sup>41</sup> מנחם מאוטנר "על אי הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223, 249 (2005).

<sup>42</sup> ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985) (להלן: "פרשת גורדון").



נדחתה על הסף בבית משפט השלום, אך ערעור על כך התקבל בבית המשפט המחוזי. על כך הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. רשות ערעור ניתנה, והדיון בערעור זה הוא שעומד במרכז ענייננו עתה, ובייחוד אתמקד בדיון שקיים בית המשפט העליון בעניין עוולת הרשלנות.<sup>43</sup>

בית המשפט העליון חזר, בעיקרם של דברים, על הפסיקה המהפכנית שהובאה לעיל, שהפכה את הכללים המשפטיים בתחום תביעות הנזיקין נגד המדינה לנורמה מסוג של סטנדרט. כן ראה בית המשפט העליון לנכון לשוב ולהבהיר את גישתו הערכית, המתנגדת למתן כל הקלה שהיא לרשות המבצעת במסגרת דיני הנזיקין. אביא להלן רק את האמירה המרכזית של בית המשפט:

"שעתו היפה של המשפט הישראלי הייתה, כשבוטלה החסינות המיוחדת של המדינה (ראה חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952). מדיניות המחוקק היא, כי בתביעה על רשלנות לא תהא זו הגנה, שהמעשה נעשה בסמכות כדין או בתום-לב ובסברה שיש סמכות כדין. אל לנו להכשיל מגמה זו בדרך של הכנסת החסינות והגנת הסמכות בדרך האחורית, באמצעות שלילתה של חובת הזהירות המושגת".<sup>44</sup>

אמנם היה מקום להידרש לתביעה שהגיש גורדון נגד העירייה, ולא היה מקום לדחותה על הסף, שכן לא היה כאן עניין של מדיניות (policy) של הרשות המבצעת אלא אך עניין של "ביצוע" (operation),<sup>45</sup> אולם דומני שהיה אפשר להגיע למסקנה זו בהתבסס על עובדות המקרה המסוים, ולא היה צריך להרחיב את היריעה, כפי שהרחיבה שם בית המשפט העליון.

דומני שאפשר לחשוב על גישה ערכית אחרת, שלדעתי היא מאוזנת יותר. לפי גישה זו, אכן אין מקום לחסינות של המדינה מפני תביעות נזיקין המוגשות נגדה, אולם יש מקום למודעות למורכבות שתביעות נזיקין נגד המדינה מעוררות. מורכבות זו נובעת מהחשש לפגוע ביכולתה של הרשות המבצעת למשול ולפעול במקרה של נורמה מעורפלת, כמו גם מהחשש שבית המשפט לעולם יוגבל לתיק המסוים הנדון לפניו, ולא יראה את התמונה המלאה והמורכבת הנוגעת לפעולתה של הרשות המבצעת במלוא התחום שעל הפרק. הפתרון המאוזן לחששות אלה הוא יצירתה של נורמה ברורה מסוג של כלל, המכוונת בצורה נהירה יותר את התנהגותה של הרשות

<sup>43</sup> בפרשת גורדון נדונו גם עוולת הנגישה והיחס בינה לבין עוולת הרשלנות. עם זאת, דיון זה חורג מגדר ענייננו. שם, בעמ' 123-129.

<sup>44</sup> שם, בעמ' 135.

<sup>45</sup> Connor v. Surrey County Council, (2010) EWCA Civ 286 זמין ב- [www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/286.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/286.html) (נבדק לאחרונה ב-24.7.2013) (להלן: "פרשת קונור").

המבצעת. הכלל שאותו אבקש לבצר ולחזק הוא בעיקר החריג המכונה "חריג שיקול הדעת", שאליו אדרש עוד בהמשך.

## ו. על המטוטלת בתחום דיני הנזיקין

כאמור בשנות השמונים של המאה שעברה התחוללה "מהפכה שקטה" בתחום דיני הנזיקין. כחלק ממהפכה זו, הורחבה עד מאוד נכונותם של בתי המשפט להתערב, בדיעבד, בשיקול דעתה של הרשות המבצעת, ולהטיל על הרשות המבצעת חבות בנזיקין. לגישתי, ראוי שכעת תנוע המטוטלת בכיוון הנגדי, דהיינו בכיוון צמצום נכונותה של הרשות השופטת להתערב בשיקול דעתה של הרשות המבצעת בתביעות נזיקין.

תנועת מטוטלת בתחומי המשפט השונים היא תופעה ידועה.<sup>46</sup> המשפט משפיע על החברה ומשנה אותה.<sup>47</sup> השינוי החברתי יכול, מצדו, להביא שוב לשינוי משפטי, שכן "הפרשנות [המשפטית] חייבת להתמודד עם גורם הזמן".<sup>48</sup> "הפרשנות [המשפטית] אינה סטאטית אלא היא דינאמית".<sup>49</sup>

כך, למשל, ייתכן שבעקבות השינוי החברתי אין עוד הצדקה לנורמה המשפטית שנוצרה לפני השינוי. נורמה משפטית שנוצרה במצב של היעדר עומס בבתי המשפט אינה מתאימה עוד במצב של עומס בבתי המשפט.

הוא הדין בענייננו. הנורמה שנוצרה בתחום דיני הנזיקין במהלך "המהפכה השקטה" הניחה, בין השאר, שאין להירתע מהעומס בבתי המשפט. המציאות העמוסה לעיפה בבתי המשפט טפחה על פניה של נורמה זו, והיא מחייבת כעת שינוי. ואכן, כשנפסקה הלכת זוהר נאמר בה כי:

"ניסיון החיים מוכיח, כי הסרת חסינות מאחריות בנזיקין של המדינה לא גרמה זעזוע, ואין כל בסיס לחשש, כי הטלת חובת זהירות מושגת על גופים שלטוניים, בשל שימוש רשלני או בשל חוסר שימוש רשלני

<sup>46</sup> H. L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. PENN. L. REV. 1 (1964); H. L. PACKER THE LIMITS OF CRIMINAL SANCTION 149 (Stanford, 1968). לתנועת המטוטלת בתחום המשפט החוקתי והמנהלי, ראו מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו 645 (2002); מנחם מאוטנר "שנות התשעים – שנות ההתקרבות?" עיוני משפט כו 887 (2002).

<sup>47</sup> אהרן ברק *פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית* כרך א 264–267 (התשנ"ב); דפנה הקר "הזמנה לסוציולוגיה של המשפט ומיפוי ראשוני של התחום בישראל" *דין ודברים* ד(1) 95 (התשס"ח).

<sup>48</sup> אהרן ברק *פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה* 159 כרך ב (התשנ"ג).

<sup>49</sup> W. N. Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, 135 U. PA. L. REV. 1479, 1482 (1987).

בסמכות שלטונית שעניינה בטיחות, תביא לפגיעה כספית קשה באותם גופים או להצפתם של בתי המשפט בתביעות נזיקין.<sup>50</sup>

דברים דומים נאמרו בהלכת גורדון,<sup>51</sup> אולם כאמור, המציאות כיום אינה המציאות של שנות השמונים. העומס המוטל על בתי המשפט כיום בלתי נסבל,<sup>52</sup> ויש לעשות ככל הניתן כדי לצמצמו. דומה אפוא ששיקול העומס, שעליו אולי היה ניתן למחול בראשית שנות השמונים, הוא שיקול שכיום אין להתעלם ממנו עוד. די אם אציין שוב את הנתונים שהובאו בפתח הדברים, ולפיהם בשנת 2009, למשל, נפתחו בפרקליטות יותר מ-2,000 תיקים נזיקיים חדשים נגד המדינה, לעומת שנת 1999 שבה נפתחו כ-1,000 תיקים נזיקיים חדשים נגדה. מספר תביעות הנזיקין הוכפל אפוא בתוך כעשור.

כללם של דברים, בעבר סבר בית המשפט העליון שבתחום תביעות הנזיקין נגד המדינה ראוי לקבוע נורמה מסוג של סטנדרט, חרף עלויות ההתדיינות הרבות הכרוכות בנורמה מעין זו. כיום, עם שינויי העתים וריבוי ההתדיינות, ראוי שהנורמה תשתנה ותהיה נורמה מסוג של כלל, המביאה למיעוט התדיינות.

ועוד ובעיקר, כפי שנאמר בפתח הדברים, שינויי העתים מצדיקים אף הם את שינויה של הנורמה. בסוף שנות השבעים החברה הישראלית הייתה חברה קולקטיביסטית שהמדינה והכלל היו בראש מעיניה. בחברה מעין זו טבעי שבית המשפט העליון יבקש לאזן את הנטייה האמורה ולהגן על זכויות האדם, זכויות האינדיבידואל,<sup>53</sup> כחלק ממנגנון האיזונים והבלמים שביחסי הרשות המבצעת והרשות השופטת.<sup>54</sup>

אולם כיום החברה שלנו היא אינדיבידואליסטית במובהק, ונדרש איזון דווקא בכיוון ההפוך, כיוון הקולקטיב.<sup>55</sup> ושוב אנו מגיעים לאותה תנועה מתבקשת של המטוטלת, שכעת נדרש להחזירה לכיוון צמצום המעורבות בפעולות המדינה. נהוג לתאר את שני הקצוות, שהמטוטלת נעה ביניהם, באמצעות מודלים. יש המתארים מודל של "ריסון שיפוטי" לעומת מודל של "אקטיביזם שיפוטי".<sup>56</sup> בדרך זו

<sup>50</sup> פרשת זוהר, לעיל ה"ש 27.

<sup>51</sup> שם, בפס' 24.

<sup>52</sup> מערכת בתי המשפט בישראל דו"ח חצי שנתי 1.1.10-30.6.10 (2010). זמין ב- elyon1.court.gov.il/heb/haba/dochot/doc/1-6\_2010.pdf (נבדק לאחורונה ב-24.7.2013).

<sup>53</sup> פרופ' עוז אלמוג פרידה משרוליק – שינוי ערכים באליטה הישראלית (2004).

<sup>54</sup> על מערכת האיזונים והבלמים ועל תפקידה של מערכת זו כחלק מעקרון הפרדת הרשויות, ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 280 כרך א (התשנ"ב); בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 602-603 (1986); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל, פ"ד מט(4) 221, 421 (1995).

<sup>55</sup> חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (2005).

<sup>56</sup> ההגדרה של "אקטיביזם שיפוטי" לעומת "ריסון שיפוטי" היא חמקמקה. נביא כאן את הגדרתו

הלך פרופ' רונן פרי. פרופ' פרי סבור שפסקי דינו של בית המשפט העליון בפרשת גורדון ובפרשת ועקנין מבטאים אקטיביזם של בית המשפט העליון, אם כי לא קיצוני.<sup>57</sup>

בהקשר זה ברצוני להציע לפזול מעט הצדה, לעבר שדה הספרות, ולהסתייע בטרמינולוגיה המשמשת בתחום זה. פול ואלרי (Paul Valéry), המשורר וחוקר הספרות הצרפתי, טען שבתחום השירה יש תנועת מטוטלת בין השירה ה"קלסית", המקפידה על יסודות החרוז והמשקל, לבין השירה ה"רומנטית", שאינה מקפידה על יסודות הצורה – ומבקשת אף "לשבור" יסודות אלה – לטובת הדברים שבלב, שהם המהות של השירה. לאחר פרק זמן שבו ניכרת נהייה לכיוון הרומנטי, תשוב המטוטלת לכיוון הקלסי, והסדר יושב על כנו.<sup>58</sup>

אגב, הדים לתנועת מטוטלת ספרותית זו ניתן למצוא בתנועת המטוטלת בשירה הישראלית, בין התומכים בשירתו הקלסית, המקפידה על החרוז והמשקל, של נתן אלתרמן לבין התומכים בשירתו הרומנטית של נתן זך, שירה המנסה לפרוץ את גבולות הצורה. דומה שבשנות הארבעים-חמישים ידעה שירתו של אלתרמן עדנה. אחר כך, בערך בשנות השבעים-שמונים, הועלתה קרן שירתו של זך, ונראה שלפני כעשור החלה המטוטלת לנוע חזרה, ושבים ונשמעים הקולות הקוראים להעלאתה של שירת אלתרמן על נס.<sup>59</sup>

ברצוני להציע ליטול מתחום הספרות לתחום המשפט את השימוש במונחים "קלסי" ו"רומנטי", במקום המונחים – הנושאים עמם קונוטציות כאלה ואחרות – של "פורמליזם" ו"אקטיביזם" שיפוטי. הלוא שירה קלסית היא שירה המקפידה על כללים (צורניים), ובכך היא דומה למה שמכונה בשם "פורמליזם" שיפוטי. כמו כן,

---

של פרופ' מאוטנר, שלפיה אקטיביזם שיפוטי הוא מצב שבו בית המשפט "נוטל לעצמו תפקיד גדול יותר, בהשוואה לזה של מוסדות שלטון אחרים, בקביעת הערכים שישררו במדינה ובקביעת הדרך שבה יוקצו המשאבים העומדים לחלוקה במדינה", מנחם מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי – הערכה" **עלי משפט** ד 7 (התשס"ה).

<sup>57</sup> רונן פרי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 572. אחרים מתארים תזוזה בין המודל של "הרועה המוסרי" למודל של "הבורר המסויג". בדרך זו פוסע ד"ר יהושע שגב. לפי גישה זו, מודל "הרועה הרוחני" מבטא תפיסה שיפוטית שלפיה תפקידו העיקרי של בית המשפט הוא לקדם אידאליים מוסריים ופוליטיים כגון אידאל הדמוקרטיה. לעומתו, מודל ה"בורר המסויג" מבטא עמדה שיפוטית שלפיה תפקידו העיקרי של בית המשפט הוא לפתור את הסכסוך שהובא בפניו: יהושע שגב "הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל – בחינה מחודשת" **מאזני משפט** ג 303 (התשס"ה).

<sup>58</sup> פול ואלרי **שלוש מסות בפואטיקה** (תרגום יורם ברונובסקי, ספרית פועלים, תל-אביב, 1982).

<sup>59</sup> זיוה שמיר **עוד חוזר הניגון: שירת אלתרמן בראי המודרניזם** (1989); גיטה אבינור "על שלושה משוררים ישראלים: יהודה עמיחי, נתן זך ודוד אבידן" **בצל הזכרונות – מאמרים בביקורת הספרות** 73 (התשל"ה); בני ציפר "חוזר הניגון שזנחנו לשווא" **הארץ** 12.1.2001; אוריין אריה מוריס "מהרסיין ומתקניין"; אורי הולנדר "למרות הכול: קלאסיציסט" **מוסף שבת – מקור ראשון**, 15.4.2011.

שירה רומנטית היא שירה המבקשת להשתחרר מהכללים (הצורניים), ובכך היא דומה למה שמכונה בשם "אקטיביזם" שיפוטי.

ואם נשתמש בטרמינולוגיה מוצעת זו: הגיעה העת, גם בתחום המשפט, לשוב אל הקלאסיקה, אל הכללים המשפטיים המבטיחים שוויון וודאות. בדומה לתחום השירה, גם בתחום המשפט ידענו תנועת מוטטלת מהמשפט הקלסי (המשפט של הכללים, שאפיינ את המשפט הישראלי עד שנות השבעים) אל עבר המשפט הרומנטי (המשפט של שיקול הדעת הרחב, הנתון לבית המשפט, שהחל לחדור למשפט הישראלי בשנות השמונים). בחלוף כשלושה עשורים מאז החלה "המהפכה השקטה", הרומנטית, נטולת הכללים, הגיעה העת לחזור אל המשפט הקלסי.

## ז. משפט משווה<sup>60</sup>

העיון במשפט המשווה מעלה בבירור שהנורמה המשפטית המקובלת בכל הנוגע לתביעות נזיקין נגד המדינה היא נורמה המתחשבת במאפיינים המיוחדים של התנהלות המדינה. נורמה זו כוללת סייגים וגדרים רבים באשר לתביעות נזיקין נגד המדינה. עיון במשפט המשווה מעלה שיש בו ערנות לחשש שאלמלא סייגים וגדרים אלה, תפקידה של הרשות המבצעת – הפועלת לטובת כלל הציבור – עלול להיפגע פגיעה קשה. בעת קביעת הנורמה המשפטית בדיני הנזיקין, האחריות החברתית המוטלת על כתפי הציבור כולו מחייבת לתת משקל ראוי לצורך לאפשר לרשות המבצעת לפעול.

### ז.1. משפט עברי

ד"ר מיכאל ויגודה, ראש תחום משפטי עברי במשרד המשפטים, מפרט בחוות דעת שהכין את עמדת המשפט העברי בשאלת חבותה של המדינה בנזיקין.<sup>61</sup> לדברי ד"ר ויגודה, ההלכה מבחינה בין פעולה שלטונית של המדינה, שתועלתה בצדה, ובין פעולה שאינה שלטונית. לעניין פעולה שלטונית, חלוקים הפוסקים בשאלת קיומה של חסינות למדינה.

<sup>60</sup> ראו עוד, בהרחבה רבה, ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 1027 ואילך (2012); ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק ראשון) משפט וממשל ב 339 (1995); ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק שני) משפט וממשל ג 55 (1995); תמר גדרון "אחריות המדינה, גופים ציבוריים וממלאי תפקידים ציבוריים לנזק שנגרם ברשלנות – מדרון חלקלק?" הפרקליט נא(1) 443 (2011).

<sup>61</sup> "אחריות המדינה בנזיקין וחריג "שיקול הדעת" במשפט העברי (חוות דעת של ד"ר מיכאל ויגודה, 22.12.2009) זמין ב- [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/D0D6E0D0-9B4B-B5BF-](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/D0D6E0D0-9B4B-B5BF-) 0534075787AF/2136381medinanezikin.doc (נבדק לאחרונה ב-24.7.2013).

יש הסבורים שלמדינה יש חסינות בנזיקין. זוהי עמדתו של הרמב"ם, ולפיה "ודרך המלך אין לה שיעור"<sup>62</sup> ועמדתו של הרב קוק, הסבור שיש להחיל את דין המלך – שהוא, כאמור, חסין – על מדינת ישראל: "כשמתמנה מנהיג האומה [...] ודאי עומד הוא במקום מלך"<sup>63</sup>.

לעומתם, יש הסבורים שאין להחיל על מדינת ישראל, כמדינה דמוקרטית שלא בהכרח פועלת לפי דין תורה, את דין המלך (החסין מתביעה בנזיקין), ולכן לגישתם המדינה אינה חסינה בפני תביעת נזיקין:<sup>64</sup> "רבים הגוזלים את היחיד לא מצינו"<sup>65</sup>. הנה כי כן, ברור כבר עתה מהעיון במשפט העברי שיש קושי של ממש בתביעות נזיקין נגד המדינה בגין פעולות שלטוניות. אך גם בגין פעולות שאינן שלטוניות המשפט העברי מציב סייגים בפני תביעות נזיקין נגד המדינה.

ראשית, נראה שלפי המשפט העברי ממילא המדינה פטורה מחבות בגין **מחדל**, ובפרט מחדל שעניינו פיקוח לקוי או אי-הסדרה,<sup>66</sup> שכן הכלל בהלכה הוא שחבות בנזיקין אינה קמה במקרה של "גרמא", והכלל במשפט העברי הוא ש"גרמא בנזיקין פטור"<sup>67</sup>. "גרמא" פירושו נזק רחוק. נזק קרוב, שרק הוא המקים חבות במשפט העברי, הוא נזק שנגרם במישרין מהתנהגות המזיק, "נזק בידיים". לפי המשפט העברי, כל המחודלים הם בבחינת "גרמא", הפטורים מחבות בנזיקין, ואף מעשים, שהם רחוקים, יכולים להימצא פטורים בהיותם "גרמא".

שנית, לעניין ההגדרה של **מעשה** רשלני: במשפט העברי יש נטייה לפסוק שאין רשלנות בבחירה שבחר אדם, המופקד על עניין מסוים, כאשר נתונה לו אפשרות הבחירה בין כמה דרכי פעולה, והוא בוחר מהן לפי **שיקול דעתו**. בחירתו לא תיחשב לרשלנית גם אם בדיעבד מתברר שהדרך שבחר בה לא השיגה את המטרה המקווה, ודרך אחרת אולי הייתה משיגה מטרה זו.<sup>68</sup>

כך, למשל, נפסק בעניינו של אפוטרופוס המופקד על נכסי יתומים. ככלל, אסור לאפוטרופוס לסכן את רכוש היתומים, ואסור לו, למשל, להעביר את סחורתם בדרך הים, שנחשבה לדרך מועדת לסכנה. אולם כאשר רכושם של היתומים עלול להתקלקל אם לא יועבר דרך הים (כגון יין שעשוי להחמיץ), אזי על האפוטרופוס

<sup>62</sup> רמב"ם, הלכות מלכים ומלחמותיהם, פרק ה, הלכה ג.

<sup>63</sup> שו"ת משפט כהן (ענייני ארץ-ישראל), סימן קמד.

<sup>64</sup> הרב אברהם שיינפלד **חוק לישראל – נזיקין** 135 (תשנ"ב).

<sup>65</sup> תשב"ץ, חלק ד (החוט המשולש), טור ראשון, סימן נז.

<sup>66</sup> אבל ראו הסתייגותו המסוימת של החתם סופר מדברים אלו, כשלגישתו במקרים של שמירה ושליחות אולי יש חבות בנזיקין גם בגין נזקים עקיפים (שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קמ). כן ראו הערתו של ד"ר ויגודה בחוות הדעת, לעיל ה"ש 61, בעמ' 12. ניתן להסיק מדעה זו גם לעניין חבותה של המדינה, כנאמן הציבור.

<sup>67</sup> חוות דעתו של ד"ר ויגודה, שם, בעמ' 12. בפרט, ראו ההפניה שם לבבא קמא, ס, ע"א, ולאנציקלופדיה תלמודית, כרך ו, ערך גרמא בנזיקין.

<sup>68</sup> שם, בעמ' 15.

להפעיל את **שיקול דעתו**, ובכל מקרה הוא יהיה חסין בפני תביעה בנזיקין, גם אם לבסוף נגרם נזק.<sup>69</sup>

כך נפסק בעניינו של רופא שטעה ב**שיקול הדעת**, וחולה נפטר בשל כך. החבות אינה קמה "כלל כשהטעות הייתה בשיקול הדעת",<sup>70</sup> שכן לדברי הרמב"ן "אין באומן הטועה במלאכתו משום מזיק".<sup>71</sup>

כללם של דברים, העיון במשפט העברי מעלה שלעניין תביעות נזיקין נגד המדינה העמדה היא שיש להסתייע בהבחנות האלה: מעשה **שלטוני** לעומת מעשה שאינו שלטוני, שהראשון פטור בנזיקין, והשני חייב; **מחדל** לעומת מעשה, שהראשון פטור בנזיקין, והשני חייב; הפעלה של **שיקול דעת** לעומת מעשה שאינו כרוך בהפעלה של שיקול דעת, שהראשון פטור בנזיקין והשני חייב. יישומן של הבחנות אלה, העולות מן המשפט העברי, מביאנו לכלל מסקנה התומכת בצמצום אחריות המדינה בנזיקין. והרי רבות מהתביעות מעוררות הקושי נגד המדינה עניינן מעשים **שלטוניים**, **מחדלים** (כגון תביעות היעדר הפיקוח) או פעולות הכרוכות בהפעלת **שיקול דעת**.

ושבו אנו מגיעים להבחנות שהועלו בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **זוהר**<sup>72</sup> ונדחו (כזכור, בפסק הדין צוינו ההבחנות האלה: מעשה שלטוני; מחדל; שיקול דעת; פעולה החורגת מסמכות). דחייתן של הבחנות אלה בפרשת **זוהר** נעשתה לפי גישת בית המשפט העליון שמוטב לנקוט נורמה משפטית מסוג של סטנדרט, ולא נורמה משפטית מסוג של כלל. גישתי שלי אחרת, ומכל מקום נראה לי ששינויי העתים מחייבים את שינויה. בוודאי ניתן למצוא לגישתי זו תימוכין במשפט העברי.

## 2.2. משפט אמריקני<sup>73</sup>

במשפט האמריקני חריג **שיקול הדעת** לעניין תביעות נזיקין נגד המדינה שולט ביד רמה. מן הבחינה העיונית-תיאורטית, נקודת המוצא במשפט האמריקני היא, עדיין, הכלל של המשפט המקובל, שלפיו "המלך אינו יכול לעוול", כלל שהביא בארצות-הברית לכלל המסקנה המשפטית שהמדינה חסינה מפני תביעה בנזיקין.<sup>74</sup> עם זאת, מובן שלמדינה נתונה הסמכות לוותר על חסינותה זו. ואכן, המדינה

<sup>69</sup> שם, ד"ר ויגודה מפנה שם לפסיקה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף י.

<sup>70</sup> שו"ת מנחת שלמה, חלק ב, סימן פב, אות ח.

<sup>71</sup> חידושי הרמב"ן, בבא מציעא פב ע"ב, ד"ה ומצאתי.

<sup>72</sup> פרשת **זוהר**, לעיל ה"ש 27.

<sup>73</sup> ראו בהרחבה, H. Cohen & V.K. Burrows *CRS Report for Congress, Federal Tort Claim Act* (December 11, 2007) [www.fas.org/sgp/crs/misc/95-717.pdf](http://www.fas.org/sgp/crs/misc/95-717.pdf) (נבדק לאחרונה ב-24.7.2013).

<sup>74</sup> *United States V. Chemical Foundation, INC.*, 272 U. S. 1, 20 (1926) supreme. [justia.com/us/272/1/case.html](http://justia.com/us/272/1/case.html) (נבדק לאחרונה ב-24.7.2013).

הסכימה לוותר על חסינותה עם חקיקתו של החוק הפדרלי בעניין תביעות נזיקין מ-1946 (Federal Tort Claims Act).<sup>75</sup> חוק זה קובע את הגדרים לתביעה נגד המדינה.

סעיף 1346 לחוק קובע בסעיף-קטן (b) שניתן לתבוע את המדינה בנזיקין בגין מעשה או מחדל רשלניים של עובד המדינה, שנעשו במילוי תפקידו, בנסיבות שבהן אילו המדינה הייתה אדם פרטי, היא הייתה מחויבת בנזיקין.<sup>76</sup> לפי לשון הסעיף אין לכאורה מקום לחייב את המדינה בגין פעילות שלטונית, שכן פעילות שלטונית אינה פעילותו של אדם פרטי. אם מדובר ביצירת שוויון בין המדינה לפרט, כי אז השוויון מחייב שלא להטיל על המדינה חבות כאשר הפרט אינו חב בנזיקין. וראו גם את החריג בעניין חסינות המדינה בשל "פעולה מלחמתית", שבוודאי אינה בגדר פעולה פרטית, הקבוע בסעיף-קטן (j) לסעיף 2680 לחוק הפדרלי בעניין תביעות נזיקין.<sup>77</sup> יתר על כן, החוק מוסיף וקובע שיש מקרים שבהם המדינה פטורה מחבות בנזיקין גם אם אדם פרטי היה חב חבות מעין זו, וכוונתי בעיקר לחריג המכונה "חריג שיקול הדעת".

חריג שיקול הדעת קבוע בסעיף-קטן (a) לסעיף 2680 לחוק הפדרלי בעניין תביעות נזיקין. הסעיף קובע שהמדינה חסינה מפני תביעת נזיקין כל אימת שהתביעה הנזיקית תוקפת הפעלה או אי-הפעלה של סמכות שבשיקול דעת, הנתונה לעובד או לשלוח של המדינה.<sup>78</sup> עיון בפסיקה האמריקנית המנחה מלמד על טעמיו של חריג שיקול הדעת.

<sup>75</sup> 28 U.S.C. §§ 1346(b), 2671–2680

<sup>76</sup> וזו לשונו של סעיף 1346, שם, סעיף קטן (b), בחלקים הנוגעים לענייננו, ולפיו ניתן לתבוע את המדינה "[T]he district courts [...] shall have exclusive jurisdiction of civil actions on claims against the United States, for money damages [...] for injury or loss of property, or personal injury or death caused by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment, under circumstances where the United States, if a private person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred"

<sup>77</sup> החוק הפדרלי בעניין תביעות נזיקין, 28 U.S.C. §§ 2680, בסעיף קטן J, שם נקבעה חסינות למדינה ביחס ל: "Any claim arising out of the combatant activities of the military or naval forces, or the Coast Guard, during time of war"

<sup>78</sup> וכך לשון הסעיף: "The provisions of this chapter and section 1346 (b) of this title shall not apply to – (a) Any claim based upon an act or omission of an employee of the Government, exercising due care, in the execution of a statute or regulation, whether or not such statute or regulation be valid, or based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function or duty on the part of a federal agency or an employee of the Government, whether or not the discretion involved be abused"



בפרשת **דלהיט**<sup>79</sup> נדונה תביעת נזיקין שהוגשה נגד המדינה בגין מותו של הנרי דלהיט בפיצוץ שאירע בטקסס בימים 16–17 באפריל 1947. המקרה של דלהיט היה מקרה מבחן, כשלהכרעה המתינו 300 תובעים נוספים בגין נזקי גוף ורכוש בשווי של כ-200 מיליון דולר. התובעים טענו לרשלנות של הגורמים המוסמכים במדינה. לטענתם, ייצור חומרי הדשן שגרמו לפיצוץ והפצתם נעשו לפי הנחיות גורמי המדינה, והדשן נועד להגדיל את התנובה של המזון שסופק באזורים שהיו נתונים לשליטה צבאית אמריקנית לאחר מלחמת העולם השנייה. לפי הטענה, גורמי המדינה התרשלו בכך שלא העמידו את העוסקים בתחום במידה מספקת על הסכנות הטמונות בחומר, ובייחוד על סכנת השריפה והפיצוץ.

מן הבחינה המשפטית, השאלה שעמדה שם במוקד הדיון הייתה שאלת חסינותה של המדינה מפני תביעה נזיקית מכוח חריג שיקול הדעת. בית המשפט העליון של ארצות-הברית ניתח שם את החוק הפדרלי בעניין תביעות נזיקין, וקבע שחוק זה הוא בבחינת ויתור שהמדינה ויתרה על חסינותה מפני תביעות נזיקין מסוימות, אך ברור שהחוק אינו קובע שהמדינה חייבת בנזיקין כל אימת שמי מעובדיה גרם לנזק.<sup>80</sup> לעניין חריג שיקול הדעת ציין בית המשפט העליון שהחריג נועד להבטיח שהמדינה לא תיתבע בגין מעשים בעלי אופי **שלטוני** (Acts of a Governmental Nature Or Function).<sup>81</sup> בית המשפט העליון הוסיף וקבע שיש לפרש את הסעיף, העוסק בחריג שיקול הדעת, באופן שלא יהיה ניתן לתבוע את המדינה בגין פעולות, לרבות פעולות רשלניות, המשפיעות על **תפקידי הממשל**:

“[C]ongress exercised care to protect the Government from claims, however negligently caused, that affected the *governmental functions*”.<sup>82</sup> (ההדגשה שלי – ח.ז.)

כן הבהיר בית המשפט העליון של ארצות-הברית שכאשר יש מקום ל**שיקולי מדיניות**, מופעל שיקול דעת (Where there is room for policy judgment and decision, there is discretion). כלומר חריג שיקול הדעת – המעניק חסינות למדינה – נועד להבטיח שיישמר הפתח לרשות המבצעת לשקול שיקולי מדיניות. לפיכך קבע בית המשפט העליון שדין תביעות של דלהיט להידחות, שכן תכנית הדישון האמורה הייתה תכנית מובהקת של מדיניות ממשל.

<sup>79</sup> Dalehite v. United States, 346 U.S. 15 (1953) זמין ב- [supreme.justia.com/us/346/15/case.html](http://supreme.justia.com/us/346/15/case.html) (נבדק לאחרונה ב-24.7.2013).

<sup>80</sup> שם, בעמ' 17.

<sup>81</sup> שם, בעמ' 28.

<sup>82</sup> שם, בעמ' 32.

נמשיך ונעיין בפסק דין מנחה נוסף, והוא פרשת **ואריג קווי תעופה**.<sup>83</sup> בפרשה זו נדונו שתי תביעות שעניינן סדרי הבטיחות בתעופה האזרחית. התביעות עסקו בתקלות שאירעו בשני מטוסים, תקלות שגרמו למותם של נוסעים ולנזקי רכוש למטוס. הרשלנות הנטענת שיוחסה למדינה בתביעות אלה – שהוגשו על ידי חברות התעופה ועל ידי משפחות הנספים – הייתה מתן רישיון למטוסים אף שהמטוסים לא עמדו בתקנות הנוגעות לבטיחות בטיסה. התברר שהדבר נבע ממדיניות של רשות שדות התעופה, ולפיה המטוסים ייבדקו בבדיקה נקודתית, spot-check, שעיקרה בדיקת הניירת והדוחות שהגישו יצרני המטוס.

בית המשפט העליון של ארצות-הברית קבע שם שדין התביעה נגד המדינה להידחות בהתבסס על חריג שיקול הדעת. בית המשפט העליון הסביר שם שחריג שיקול הדעת מבטא את האיזון שיצר המחוקק בין הנכונות לאפשר תביעות נזיקין מסוימות נגד המדינה ובין הרצון להגן על המדינה מפני תביעה בגין פעולות שלטוניות מסוימות ("certain governmental activities").<sup>84</sup>

בית המשפט ציין שלעמים יש תחום אפור, המקשה את מתן התשובה לשאלה אם יש תחולה לחריג שיקול הדעת. עם זאת, כך הוסיף וציין בית המשפט, אין ספק שחריג שיקול הדעת כולל את כל פעולות הרשות המבצעת כגורם מסדיר (רגולטור), ולכן פעולות אלה כולן חסינות מפני תביעה בנזיקין.<sup>85</sup>

בית המשפט העליון של ארצות-הברית פירט מדוע בדרך כלל ברור שאין לתבוע את המדינה בנזיקין בגין פעולתה כגורם מסדיר. לדבריו, הקונגרס ביקש למנוע מצב של "בחינה שנייה" ("second-guessing") מצד הרשות השופטת של פעולות החקיקה והמינהל המתבססות על טעמים חברתיים, כלכליים ופוליטיים, באמצעות ההליך של תביעת נזיקין. הרצון הוא לאפשר לרשות המבצעת לפעול ביעילות, לבל תהפוך למוגבלת ביותר ("seriously handicap") בפעולתה.<sup>86</sup>

בנסיבות המקרה של פרשת **ואריג קווי תעופה** קבע בית המשפט העליון של ארצות-הברית שרשות שדות התעופה פעלה כגורם מסדיר, השוקל בין השאר את השיקול של מגבלה תקציבית ושל משאבים מוגבלים. אין מקום ל"בחינה מחודשת" של שיקולים פוליטיים, חברתיים וכלכליים אלה על ידי הרשות השופטת, ולכן דין התביעה להידחות בהתבסס על חריג שיקול הדעת.<sup>87</sup>

ושוב אנו באים לטיעון שבפתח הדברים: יש להיזהר ממצב שבו הרשות השופטת, במסגרת הליך נזיקי, תחליף את שיקול דעתה של הרשות המבצעת בעניינים הנתונים

<sup>83</sup> *United States v. Varig Airlines*, 467 U. S. 797 (1984) זמין ב- [supreme.justia.com/us/467/797/case.html](http://supreme.justia.com/us/467/797/case.html) (נבדק לאחרונה ב-24.7.2013).

<sup>84</sup> שם, בעמ' 808.

<sup>85</sup> שם, בעמ' 813-814.

<sup>86</sup> שם, בעמ' 814.

<sup>87</sup> שם, בעמ' 820.

לסמכותה הברורה, **השלטונית-ממשלית**, של הרשות המבצעת, בשיקול דעתה של הרשות השופטת, שאם לא כן, יקשה על הרשות המבצעת לפעול.<sup>88</sup> הנה כי כן, העיון הקצר במשפט האמריקני מלמדנו בבירור שתביעות נזיקין נגד המדינה, בייחוד תביעות שעניינן הפעלת סמכות **שלטונית**, סמכות **שבשיקול דעת**, מחייבות זהירות מיוחדת, ובדרך כלל מתן חסינות למדינה בפני התביעה.

### 3.2. משפט אנגלי<sup>89</sup>

הכלל של המשפט המקובל האנגלי, שלפיו "המלך אינו יכול לעוול", בוטל באנגליה הלכה למעשה ב-1947 עם חקיקתו של חוק התביעות נגד הכתר (Crown Proceedings Act, 1947). סעיף 1 לחוק קובע שלכל אדם הזכות לתבוע את המדינה כשיש עילת תביעה. סעיף 2 לחוק קובע שיש עילת תביעה בנזיקין נגד המדינה כאשר עובד המדינה או שלוח שלה ביצע עוולה; כאשר הופרו חובות הנוגעות לבעלות או להחזקה ברכוש; וכאשר הופרה חובה סטטוטורית שהוטלה על המדינה.

פרופ' ישראל גלעד, במאמר מקיף, מציין שהפסיקה האנגלית יצקה להוראות חוק אלה תוכן שהביא לצמצום חבותה בנזיקין של המדינה.<sup>90</sup> הכללים שיצרה הפסיקה האנגלית בהקשר זה מפורטים בהרחבה במאמרו של פרופ' גלעד, ובהם: הבחנה בין **מחדל** למעשה; בין סמכויות רשות, שהפעלתן מצריכה **שיקול דעת**, לבין סמכויות חובה, שהפעלתן אינה כרוכה בשיקול דעת; בין החלטות **מדיניות** של הרשות המבצעת לבין החלטות ביצוע; בין החלטה הנעשית **בסמכות** לבין החלטה הנעשית תוך חריגה מסמכות; בין פעולת הרשות בשל חובה כללית המוטלת עליה **כלפי ציבור גדול** ולא מסוים, לעומת חובה מוגבלת ומסוימת המוטלת על הרשות; וכן הכלל שלפיו נזקים כלכליים טהורים ונזקים ממוניים טהורים (צער, עוגמת נפש) מוצאים מתחום אחריות המדינה.

כפי שפרופ' גלעד מתאר, הפסיקה האנגלית ידעה תמורות ושינויים, אולם חוט השני – של הגבלת אחריות המדינה – נשמר.

<sup>88</sup> ראו גם: פסקי הדין המנחים של בית המשפט העליון בעניין **ברקוביץ** ובעניין **גאוברט**: Berkovitz v. United States, 486 U.S. 531 (1988); Unites States v. Gaubert, 499 U.S. 315 (1991).

<sup>89</sup> להרחבה בנושא זה, ראו: D. FAIRGRIEVE, STATE LIABILITY IN TORT: A COMPARATIVE STUDY (Oxford, 2003).

לעיון בחלקים מהספר, ראו: books.google.co.il/books?id=vP3T2VJ0yQC&dq=State+Liability+in+Tort:+A+Comparative+Law+Study&hl=en&sa=X&ei=EhmJUdmSicavOfmYgJAO&ved=0CC8Q6AEwAA (נבדק לאחרונה ב-24.7.2013).

<sup>90</sup> ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק ראשון) **משפט וממשל ב** 339 (התשנ"ה); ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק שני) **משפט וממשל ג** 55 (התשנ"ה).

תמונה דומה עולה מהסקירה המקיפה שבספרו של ד"ר פיירגרייב מבריטניה אשר פורסם בשנת 2003.<sup>91</sup> ד"ר פיירגרייב מציין שמכוח הפסיקה שרידי החסינות של המדינה עדיין קיימים. באנגליה, תביעות נזיקין נגד המדינה מוגבלות מכוח הדוקטרינה של "חסינות פעולות מדינה" (Act of State), שעניינה פעולות רגישות של הרשות המבצעת. דוקטרינה זו הורחבה, והיא חלה על כל פעולה שעניינה "מדיניות" (policy) של הרשות המבצעת. פעולות אלה חסינות, כאמור, מתביעה. זאת ועוד, ניתנה חסינות לפעולות הצבא במהלך קרב, לפעולות רשות הדואר ולפעולות שיפוטיות, וכן ניתנה למדינה חסינות מפני תביעה בגין פעולה שבוצעה על פי חוק. להלן נעיין במקצת מהפסיקה העדכנית.

בעניין ג'יי.די.<sup>92</sup> שנפסק על ידי בית הלורדים בשנת 2005, נדון המקרה הזה: גב' ג'יי.די., אחות במקצועה, בת 50, היא אמו של הקטין מ'. למ' הייתה היסטוריה רפואית של התפרצויות אלרגיות שחייבו פיקוח רפואי. ב-1994, כשמ' היה בן 6, הוא שהה כשבוע בבית חולים, לבקשת אמו, כדי לבדוק את האפשרות להתאים למ' מכשיר נשימה, שיאפשר לו לישון לבד בחדרו. הפרופסור שבדק את הקטין חיווה דעתו שאמו של הקטין לוקה בתסמונת מינכהוזן, ומצבו של מ' הוא תרמית שיצרה אמו. האם לא ידעה על אודות חוות הדעת. כשנתיים לאחר מכן מונתה רופאת ילדים מחוזית חדשה. היא נפגשה עם אמו של הקטין, ופנתה לשירותי הרווחה בטיעון שהקטין מ' צפוי לסכנה מאמו, ודרשה פעולה דחופה להגנה על הקטין. הקטין הושם במרכז חירום, ושם הוא נבדק על ידי פרופסור אחר. הפרופסור קבע שאכן הקטין סובל מבעיות אלרגיות חמורות המצריכות טיפול רפואי. הקטין הוצא ממרכז החירום והוחזר לרשות אמו לאחר שהות של כשלושה חודשים במרכז החירום.

אמו של הקטין הגישה תביעה נגד רשויות הרווחה ונגד הרופאים. הדיון אוחד עם שתי תביעות דומות של הורים שנחשדו בטעות בפגיעה בילדיהם. השאלה שנדונה במסגרת ההליך בבית הלורדים הייתה האם יש מקום לדחות את התביעות על הסף. בית הלורדים, בדעת הרוב מפי הלורד ניקולס, קבע כי דין התביעות להידחות על הסף.

בית הלורדים הניח שהרופאים, שאבחנו בשגגה את מצב הקטין, אכן התרשלו. אף על פי כן קבע בית הלורדים, כאמור, שדין התביעות להידחות על הסף, בשל החשש מפני הרתעת יתר של הגורמים המוסמכים להגן על ענייניהם של קטינים בסיכון. הלורד ניקולס ראה לנכון לומר שם דברים כלליים לעניין חבותה בנזיקין של הרשות. הוא ציין שבמשך שנים ברור לכול שהטלת חבות בנזיקין בגין רשלנות

<sup>91</sup> T. CORNFORD TOWARDS A PUBLIC LAW OF TORT (2008) ; לעיל ה"ש 89; FAIRGRIEVE וההפניות הרבות המופיעות שם.

<sup>92</sup> *J.D. v. East Berkshire Community Health* (2005) UKHL 23 זמין ב- [www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/23.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/23.html) (נבדק לאחרונה ב-24.7.2013).

הופכת קשה יותר ויותר, בעיקר בכל הנוגע לפעולות של הרשות. הלורד ניקולס אף נדרש לאפשרות לשנות את דרישת החובה, שהיא תנאי להטלת חבות בנזיקין, ולהתאימה למורכבות בתחום הציבורי כגון בתחום הנוגע לפגיעה בקטינים. הוא לא דחה הצעה זו, אך הצביע על חוסר בהירות שעלול להיווצר בעקבות שינוי המצב המשפטי, ולפיכך הוא לא הכריע בעניין, אם כי הוא ציין ששינוי כאמור בוודאי מתבקש בהקשר של עוולות חוקתיות.<sup>93</sup> לדבריו:

“For some years it has been all too evident that identifying the parameters of an expanding law of negligence is proving difficult, especially in fields involving the discharge of statutory functions by public authorities”.<sup>94</sup>

הוא שאמרתי: הפסיקה האנגלית מכירה במיוחדות של תביעות נזיקין נגד המדינה, וגם אם היא מתחבטת בבחירת התבניות המשפטיות המדויקות שבהן נכון לילך, אין ספק שהיא מכירה בצורך לגבש גישה מיוחדת לתביעות אלה.

נעייין כעת בפסק דינו של בית המשפט לערעורים משנת 2010 בפרשת **קונור**.<sup>95</sup> קונור הועסקה כמורה בבית ספר עירוני מסוים מאז שנת 1974. היא מונתה לסגנית המנהלת ב-1994, ולמנהלת בשנת 1998. בשנת 2005 היא פרשה מעבודתה מטעמי בריאות. היא תבעה את רשות החינוך בתביעת נזיקין וטענה שבעיות הבריאות נגרמו לה מחמת עקה (stress) בעבודה.

הערכאה הראשונה קבעה שרשות החינוך התרשלה בשניים: (א) לא החליפה את הגוף המפקח על בית הספר לפי הסמכויות המוקנות לה בחוק. (ב) החליטה לחקור תלונה שהוגשה נגד קונור בטענה שקונור היא גזענית הסובלת מאיסלמופוביה. על החלטה זו של הדרגה הראשונה הגישה רשות החינוך ערעור, שהתברר בבית המשפט לערעורים. בערעור טענה רשות החינוך שההחלטות האמורות שקיבלה הן חלק מסמכויותיה הציבוריות, ולכן אי-אפשר לתבוע בגינן בנזיקין.

בית הספר המדובר היה בית ספר רב-תרבותי, שתלמידיו, רובם ככולם, היו מוסלמים. נוסף על כך, לרבים מן התלמידים היו קשיים לימודיים ואחרים. ב-2003 נבחר נציג חדש מטעם ההורים לוועד המנהל של בית הספר. בעקבות זאת החלו להתגלע חילוקי דעות בין המנהלת, קונור, לנציג ועד ההורים בעניינים הקשורים לרב-תרבותיות ולדת (תפילה בשעות הבוקר בבית הספר ועוד).

בית המשפט לערעורים דחה את הערעור בנימוק שחובת הזהירות של רשות החינוך כלפי המנהלת נובעת מכך שרשות החינוך כאן היא בגדר **מעביד**, ואין מדובר

<sup>93</sup> שם, ב'פס' 92-94 לפסק דינו של הלורד ניקולס.

<sup>94</sup> שם.

<sup>95</sup> פרשת **קונור**, לעיל ה"ש 45.

בחובה מתחום המשפט הציבורי, כפי שניסה לטעון בא כוח רשות החינוך. עם זאת, אגב קביעה זו, נדרש בית המשפט שם לחריג **שיקול הדעת**. בית המשפט סקר בהסכמה את הפסיקה שקבעה שאין מקום להגשת תביעת נזיקין בגין הפעלת שיקול דעת שהוענק בהוראה סטוטורית,<sup>96</sup> והבהיר שפסיקה זו עניינה, למעשה, ההבחנה בין "מדיניות" (policy) לבין "ביצוע" (operations). פעולות של מדיניות הן שחסינות מפני תביעה בנזיקין, אך לא כן פעולות של ביצוע.

טעמו של הכלל הפסיקתי האמור, שלפיו "מדיניות" הרשות המבצעת חסינה מתביעה בנזיקין, הוא שבידי בית המשפט אין הכלים הנחוצים להכרעה בשאלות של מדיניות, המערבות שיקולים של הקצאת משאבים מוגבלים.<sup>97</sup> כמו כן, הדבר נובע מעקרון "עליונות המחוקק"; המחוקק ראה לנכון להעניק את הסמכות ואת שיקול הדעת לביצועה של פעולה מסוימת לרשות המבצעת, ולא לרשות השופטת, ועל כן אין מקום לאפשר תביעה במישור המשפט הפרטי נגד פעולת הרשות: "legislative supremacy requires that the actor is immunised from private law suit"<sup>98</sup>. לבסוף, כאמור, קבע בית המשפט לערעורים שאין מקום לדחות את פסיקת הערכאה דלמטה, שכן חובתה של רשות החינוך כלפי המורה נבעה מיחסי עובד-מעביד שביניהם. עם זאת, הדגיש בית המשפט לערעורים שהכרעתו זו נוגעת לנסיבות המקרה המיוחדות עד מאוד שהובאו לפניו, וכי אין בהכרעה זו כדי להשפיע על תביעות עתידיות אחרות נגד רשויות הציבור, שעניינן הכרעות קשות ורגישות, לרבות החלטות של מדיניות, המתקבלות על ידי הרשות המבצעת.<sup>99</sup>

כללם של דברים, העיון במשפט המשווה מלמדנו שהרשות השופטת נזהרת עד מאוד בתביעות נזיקין נגד הרשות המבצעת, ובייחוד בתביעות בעלות אופי **שלטוני**, אופי של **מדיניות**, כדי שלא תימצא מסיגה את גבולה של הרשות המבצעת. עיון זה מאפשר לי כעת להידרש להלכת **לוי**, היא ההלכה שהכירה בחריג שיקול הדעת במשפט הישראלי. כאמור, אני מבקשת לחזק חריג זה.

## ח. הלכת לוי<sup>100</sup>

כאמור, בשנות השמונים של המאה שעברה התחוללה "מהפכה שקטה" בדיני הנזיקין, מהפכה שעיקרה הוא נכונות מוגברת להידרש לתביעות נזיקין נגד המדינה. נוכחנו שבמשפט המשווה העמדה המשפטית היא אחרת, ובתי המשפט נזהרים

<sup>96</sup> שם, בפס' 80.

<sup>97</sup> שם, בפס' 80-82.

<sup>98</sup> שם, בפס' 82.

<sup>99</sup> שם, בפס' 114.

<sup>100</sup> ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי ואח', פ"ד מה(3) 45 (1994).

בתביעות מעין אלה בעיקר בשל החשש לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות ובשל החשש להצפה.

והנה, בשנת 1994, ניתן על ידי בית המשפט העליון פסק הדין בפרשת לוי, אשר לכאורה אינו עולה בקנה אחד עם "המהפכה השקטה", והוא דווקא מתיישב עם המצב במשפט המשווה. נעיין בפרשת לוי מקרוב.

מר לוי נדרס למוות על ידי נהג מונית. נהג המונית היה מבוטח בחברת ביטוח זרה, שהמפקח על הביטוח העניק לה "רישיון לעסוק בעסקי ביטוח". החברה החלה לצבור גירעונות, והמפקח על הביטוח דרש ממנה לכסות גירעונות אלה. לא התקבלה תגובה, ולאחר זמן מה התמוטטה החברה. בעקבות ההתמוטטות הורה המפקח על הביטוח על הפסקת מכירת פוליסות הביטוח של החברה. תאונת הדרכים, שבה נהרג מר לוי, אירעה לאחר התמוטטות החברה, אך בתקופת התאונה פוליסת הביטוח של נהג המונית – שהוצאה לפני ההתמוטטות – הייתה עדיין בתוקפה.

בשל ההתמוטטות של חברת הביטוח, האלמנה והיתומים של מר לוי המנוח לא קיבלו דבר מחברת הביטוח, והם תבעו את מדינת ישראל בטיעון שהמפקח על הביטוח התרשל כלפיהם והפר חובה חקוקה. בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה, ועל כך הגישה המדינה ערעור לבית המשפט העליון.

בפסק דין רחב יריעה קיבל בית המשפט העליון את ערעור המדינה. בהסתמך על הפסיקה האנגלית קבע בית המשפט העליון שדרישת החובה, שהיא תנאי להטלת חבות בגין רשלנות, מותנית בהתקיימותם של שלושה תנאים: (א) צפיות "טכנית" (האם המזיק היה יכול לצפות את התוצאה); (ב) "שכנות"; (ג) מסקנה שיפוטית ש"הוגן, צודק וסביר שתוטל חובת זהירות נורמאטיבית מכוח הדין".<sup>101</sup>

לעניין ה"שכנות", פסק בית המשפט העליון שלצורך הקביעה שבין המזיק לניזוק יש יחסי שכנות, יש לשקול, בעקבות הפסיקה האנגלית, את השיקולים הבאים: סוג הפעולה שבה מדובר (בעל מקרקעין, בעל מקצוע, בעל שליטה בנכס); מעשה או מחדל; מי גרם לנזק (המזיק במחדל, המזיק במעשה, גורם אחר); סוג הנזק (פיזי או כלכלי).<sup>102</sup>

עוד קבע בית המשפט העליון שלעניין יחסי "שכנות" בתביעת נזיקין של הפרט נגד השלטון יש להידרש להבחנה בין פעולה שלטונית לפעולה שאינה שלטונית. בפרט ציין בית המשפט העליון כי: "בסיטואציות שבהן הקשר בין השלטון לאזרח מתמצה בפיקוח בלבד קשה יותר, אם כי אין זה בלתי אפשרי, למצוא את השלטון נושא בחובת זהירות".<sup>103</sup>

בית המשפט העליון הוסיף וקבע, כאמור, שגם אם צפיות "טכנית" קיימת, וגם

<sup>101</sup> שם, בעמ' 66.

<sup>102</sup> שם, בעמ' 66–69.

<sup>103</sup> שם, בעמ' 69.

אם ישנם יחסי "שכנות", עדיין כדי שתקום חבות בנזיקין, יש לשקול שיקולים של מדיניות ציבורית שיכולים להביא לכלל מסקנה שלא "הוגן, צודק וסביר שתוטל חובת זהירות נורמטיבית". לעניין שיקולי המדיניות הציבורית ציין בית המשפט העליון שההשקפה שהביאה לביטול חסינות המדינה בנזיקין – היא ההשקפה שלפיה אין הבדל בין המדינה לבין אזרח רגיל – אין בה כדי לספק "הצדקה להטלת אחריות על המדינה כאשר מדובר בפעולות שלטוניות אשר להן אין מקבילה במישור הפרטי"<sup>104</sup>. מתוך כך, ולאחר עיון במשפט המשווה, קבע בית המשפט העליון כי "יש לשלול חובת זהירות מקום בו חל חריג שיקול הדעת"<sup>105</sup>. הנימוק העיקרי התומך בעמדה זו ש"קיימים תחומים שיש להתירם לטיפול המשפט הציבורי בלבד"<sup>106</sup>, הוא נימוק הפרדת הרשויות.

עוד ציין בית המשפט העליון את החשש לריבוי תביעות ולעומס שיוטל על מערכת המשפט;<sup>107</sup> את העלויות הכרוכות בבדיקת החלטות הרשות;<sup>108</sup> את הקושי שבהוכחת התרשלות בענייני מדיניות, ומכאן את המסקנה שאין הצדקה לנהל דיון ארוך ויקר, שתוצאתו במקרים רבים היא דחיית התביעה;<sup>109</sup> ואת החשש מפני מדיניות הססנית ואטית של הרשות המבצעת, שבמקום לשקול שיקולים חברתיים, כלכליים ופוליטיים תעניק משקל נכבד מדי לחשש מפני תביעה אזרחית.<sup>110</sup> לאחר כל אלה פסק בית המשפט העליון שדין ערעורה של המדינה להתקבל, וכי "הנימוקים שמקורם במדיניות ציבורית כללית מוליקים למסקנה שהחלטת המפקח על הביטוח נופלת בגדר החריג המצדיק החלת אמת מידה מגבילה באשר להכרה באחריות המדינה בגין נזקים שגרמו החלטותיה"<sup>111</sup>.

#### ח.1. הכרוסום בהלכת לוי: פרשת שתיל<sup>112</sup>

הלכת לוי ניתנה במהלך "המהפכה השקטה" בדיני הנזיקין. אמנם הלכת לוי מציינת את פסקי הדין שיצרו את "המהפכה השקטה", אולם האמת ניתנת להיאמר: לא ברור עד כמה הלכת לוי עולה בקנה אחד עם ה"מהפכה השקטה". "המהפכה השקטה" היא ביטוי לעמדה המעדיפה יתר ביקורת שיפוטית על החלטות הרשות המבצעת, ואילו

<sup>104</sup> שם, בעמ' 71.

<sup>105</sup> שם, בעמ' 75.

<sup>106</sup> שם.

<sup>107</sup> שם, בעמ' 78.

<sup>108</sup> שם, בעמ' 75.

<sup>109</sup> שם.

<sup>110</sup> שם, בעמ' 79.

<sup>111</sup> שם, בעמ' 89.

<sup>112</sup> ע"א 10078/03 שתיל נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(1) 803 (2007).



הלכת לוי מבטאת עמדה הדוגלת בריסון שיפוטי.

לנוכח סתירה זו, הפסיקה שניתנה לאחר הלכת לוי מיתנה וסייגה את ההלכה באופן שתעלה בקנה אחד עם "המהפכה השקטה". דומה שפסק הדין, שצמצם ביותר את הלכת לוי, הוא פסק הדין בפרשת שתיל.<sup>113</sup> שתיל היה בעליו של משק חקלאי במושב מרחביה. הוא גידל פרחי ציפורן, שאותם ניתן לגדל במים מלוחים במידת מה. בפועל סופקו לשתיל מים במליחות גבוהה יתר על המידה, וב-1992 ירד לטמיון רוב יכול הפרחים של שתיל. המים היו מלוחים יתר על המידה משום שהרשויות לא השכילו להביא לידי כך שמפעל ההשקיה, שסיפק מים לשתיל, יספק מים במליחות נמוכה.

הגורמים המוסמכים התריעו על המליחות הגבוהה, ונעשו כמה ניסיונות לטפל בבעיה, אך ללא הועיל. הוקמו ועדות, ניתנו המלצות, אך אלה לא מומשו על ידי גורמי המדינה. אם לא די בכך, התגלעו סכסוכים בין חברת מקורות לבין תאגיד "פלגי מים" (תאגיד של גורמי ההתיישבות בעמק), שהקשו אף הם על המעורבים להגיע להסכמה.

שתיל תבע את המדינה, את חברת מקורות (וחברת הביטוח שלה) ואת מושב מרחביה בגין הנזקים שנגרמו לחממות הציפורנים שלו בין השנים 1987 ו-1992. בית המשפט חייב את המדינה, ואותה בלבד, בגין הנזק. על כך הוגש ערעור המדינה. בית המשפט העליון דחה, בדעת רוב השופטים, את ערעור המדינה. בית המשפט ציין שלפי עמדתו המדינה עלולה לחוב ברשלנות "אפילו עושה היא שימוש בסמכויותיה השלטוניות, להבדיל מפעולותיה כישות פרטית".<sup>114</sup> לעניין הלכת לוי קבע בית המשפט כי:

"הלכת לוי, נדמה, לא הכתה שורשים בפסיקתו של בית המשפט העליון [...] השקפתי היא כי המציאות המשפטית בת זמננו אינה מצדיקה עוד להידרש לכלל גורף בדמותו של חריג שיקול הדעת. קשה היא בעיני המחשבה, כי בה בשעה שבמישור המנהלי פותחו ואף הוקשחו הכללים, בהם חייבת רשות מנהלית להתחשב בהפעילה את שיקול דעתה, הרי במישור הנזיקי, ועל אף הוכחתו של נזק ממשי שנגרם בגין פעולותיה, קונה היא לעצמה חופש פעולה רחב למדי".<sup>115</sup>

<sup>113</sup> שם. ראו גם את הפסיקה הנוספת שצמצמה את הלכת לוי: ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167 (2004); ע"א 1081/00 אבנעל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005); ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה בע"מ (פורסם בנבו, 25.5.2006); ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 16 (2004).

<sup>114</sup> פרשת שתיל, לעיל ה"ש 112, בפס' 19.

<sup>115</sup> שם, בפס' 24-25 לפסק דינו של השופט לוי.

הנה כי כן, בית המשפט העליון יצר כאן קשר בין "המהפכה הרועשת", שהתחוללה בתחום המשפט המינהלי, לבין "המהפכה השקטה". מקשר זה הסיק בית המשפט הנכבד כי כשם שהתרחב היקף ההתערבות במשפט המינהלי אזי ראוי שיתרחב גם היקף ההתערבות במשפט הנזיקי. לגישתי תיתכן גם גישה אחרת. ייתכן בהחלט לטעון שבשני ההקשרים – המינהלי והאזרחי כאחד – ראוי להיזהר מפני פגיעה ביכולתה של הרשות המבצעת לפעול, ומכל מקום דומני שלו היה שתיל עותר לבג"ץ בזמן אמת, ומוחה על מדיניות הטיפול במים המליחים באזור עמק יזרעאל, עתירתו הייתה נדחית בהיותה עניין מובהק של מדיניות, שנדון שוב ושוב אצל שר החקלאות ונציגי המים, אשר התקשו להביא את כל הגורמים הנוגעים בדבר לכלל הסכמה. או לחלופין, העתירה הייתה נותרת תלויה ועומדת כדי לאפשר לרשויות להיערך ולגבש מדיניות מושכלת בעצמן.

ואכן, השופטת פרוקצ'יה, שדעתה הייתה דעת מיעוט בפרשה זו, ראתה לנכון להסתייג מדברים אלה של הרוב, בציינה כי:

"שאלת היקף אחריות הרשות הציבורית בעוולת רשלנות בנזיקין היא שאלה מורכבת. היא כורכת עימה היבטים הקשורים באמות מידה כלליות החלות ביחסי מזיק וניזוק בעוולות נזיקין, ומעורבים בה גם היבטים כבדי משקל שבמדיניות ציבורית כללית שבשורשן ניצבת השאלה מהו היקף אחריותו של הציבור הרחב לפצות את הפרט על נזקיו עקב מעשי התרשלות של הרשות השלטונית".<sup>116</sup>

ואמנם, אף שהלכת לוי צומצמה עד מאוד, הרי בשנתיים-שלוש האחרונות ניתן להבחין בשינוי מגמה בבית המשפט העליון, ושוב הלכת לוי זוכה לעדנה. עמדתי היא שכך ראוי לה, ויש לחזק ולבצר מגמה זו בין השאר כדי לעצור את ההצפה של בתי המשפט בתיביעות נזיקין נגד המדינה, כמו גם כדי שלא נימצא פוגעים בעקרון הפרדת הרשויות וביכולתה של הרשות המבצעת למשול.

## ט. על תנועתה של המטוטלת חזרה

המטוטלת החלה לנוע חזרה, ובר בבר החלה הפסיקה הישראלית להתנער מ"חובת הזהירות המושגית". כזכור, בשנות השמונים של המאה שעברה באה לעולם בתחום הנזיקין חובת הזהירות המושגית, שהוגדרה על ידי בית המשפט העליון הנכבד "חקיקה שיפוטית בדרגתה הטהורה ביותר".<sup>117</sup> והנה, בחמש השנים האחרונות החל בית המשפט העליון להסתייג שוב ושוב מהצורך להסתייע ב"חובת הזהירות

<sup>116</sup> פרשת עיריית חיפה, לעיל ה"ש 113.

<sup>117</sup> פרשת ועקנין, לעיל ה"ש 16, בפס' 3.

המושגית".<sup>118</sup>

ההתפתחות הטבעית והמתבקשת של ההסתייגות מחובת הזהירות המושגית – והיא חזרה לשיטה של כללים משפטיים הנזהרים בהטלת חבות נזיקית על המדינה – לא איחרה לבוא. אזכיר שלושה פסקי דין מרכזיים מן השנתיים האחרונות.

**הלכת אלקיאשווילי:**<sup>119</sup> גבר תקף את בת זוגו. שוטר הגיע כדי לעצרו ולהביאו לתחנת המשטרה. למרבה הזעזוע תפס הגבר במפתיע את תינוקם המשותף, שנח בעריסה, הטיחו לארץ מגובה רב והרגו. המדינה נתבעה על ידי אמו של התינוק בטיעון שהשוטר התרשל משום שלא אזק את הגבר באזיקים. בית משפט השלום קיבל את התביעה. ערעור שהגישה המדינה לבית המשפט המחוזי התקבל ברוב דעות. ערעור שהגישה האם לבית המשפט העליון נדחה פה אחד. בפסק הדין נאמרו אמירות חשובות, ובהן משתקפת ההכרה במורכבות פעולתה של הרשות המבצעת ובקושי הכרוך בתביעות נזיקין נגד המדינה. למשל:

"אף אם העמדת שוטר בכל פינת רחוב ומעצרו של כל אדם שנשקף ממנו חשש כלשהו לאלימות יהא בהם כדי למנוע נזקים רבים מצד עבריינות אלימה, הרי שהמחיר החברתי שיהא עלינו לשלם לשם כך בזכויות אדם ובקיומנו כחברה חופשית אינו מאפשר זאת. מנגד, אין לזהות בין ריסון משטרתו ושימוש זהיר בסמכויות האכיפה ובין אדישות ורתיעה מפני עימות הדורש שימוש באמצעים חריגים. איזון זה ימצא ברובו במרחב שיקול הדעת המינהלי המסור למשטרה, כרשות מרשויות המדינה. אמנם אין בכך כדי להעניק לה חסינות מפני הטלת אחריות נזיקית, אולם יש בכך כדי להביא למסקנה שאחריות זו תוטל בעיקר במקרים בהם נמנעה המשטרה לחלוטין מלעשות שימוש בסמכויותיה, או עשתה שימוש לוקה בחסר בצורה משמעותית, בשל אדישות, רתיעה או שיקולים אחרים שאינם רלוונטיים לחובתה לשמור על שלום הציבור".<sup>120</sup>

**הלכת עבד אל רחים:**<sup>121</sup> דובר שם במקרה של תלמיד שנפגע במהלך שיעור ספורט בבית הספר. לעניין אחריות מדינת ישראל (משרד החינוך), אמר שם בית המשפט העליון את הדברים הבאים, המשקפים שוב שינוי עמדה בבית המשפט העליון, ובעיקר מודעות למורכבות ולמיוחדות של תביעות נזיקין נגד המדינה:

<sup>118</sup> ע"א 878/06 טרויהפט נ' עטיה (פורסם בנבו, 4.1.2009), בפס' 31 לפסק דינו של השופט דנציגר, והאסמכתאות המנויות שם. כן ראו: גלעד, לעיל ה"ש 10, בעמ' 502–503.

<sup>119</sup> רע"א 5277/08 אלקיאשווילי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.7.2009).

<sup>120</sup> שם, בפס' 27.

<sup>121</sup> ע"א 7008/09 עבד אל רחים נ' עבד אל קאדר (פורסם בנבו, 7.9.2010).

"דומני כי יש לבחון מחדש את מדיניות הטלת האחריות הנזיקית על המדינה ככובעה כגוף מפקח ביחד ולחוד עם המעוולים העיקריים. שאם לא כן, הפכת את המדינה למעין 'מבטח על' של כל הפעילות במשק בכל תחומי החיים שלגביה יש למדינה סמכויות פיקוח, רישוי והסדרה. לא למותר לציין שאת המחיר הכרוך בהטלת אחריות ביחד ולחוד על המדינה – מקום בו המדינה היא שנושאת בפועל במלוא הנזק למרות שאשמה המוסרי קטן בהרבה מהמעוולים במעגל הראשון – משלם בסופו של דבר הציבור הרחב".<sup>122</sup>

**הלכת יוסף:**<sup>123</sup> דובר שם בתביעת נזיקין נגד המדינה בעילת רשלנות בהגשת כתב אישום, בעקבות זיכוי של מי שהועמד לדין והורשע. שוב, ניתן להבחין בשינוי מגמה בבית המשפט העליון, ובמודעות לכך שתביעת נזיקין נגד המדינה שונה מתביעת נזיקין נגד אדם פרטי, בשל המורכבות הרבה הכרוכה בהפעלת שיקול הדעת המינהלי של הרשות המבצעת:

"ככל שבסבירות התנהלותם של גורמי החקירה עסקינן, יש לבחון את הדברים תוך מתן הדעת על כך שבמקרים רבים דומה מלאכתם של גורמים אלה להילוכו של אדם המגשש את דרכו באפילה והמחפש אחר נקודות אחיזה ראייתיות שיאירו את תמונת המצב ויאפשרו לו להביא את האשמים לדין. לא כל טעות הנעשית במהלך החקירה ובזמן אמת מהווה על כן הפרה של חובת הזהירות והתרשלות מצד גורמי החקירה. אכן, חוכמה 'קטנה' בהקשר זה היא 'החוכמה שלאחר מעשה', אותה מציג מי שהתמונה הניצבת בפניו כבר מוארת, בהעלותו כנגד גורמי החקירה טרוניה על כך שלא הבחינו או לא ייחסו חשיבות לרסיס מידע כזה או אחר. לטעמי, בחינת הסבירות של התנהלות גורמי החקירה בהקשר זה ראוי לה כי תיבחן בהתחשב במכלול הנתונים שנגלו או שיכולים היו להתגלות בזמן אמת".

הנה כי כן, נראה שבפסיקת בית המשפט העליון מן השנתיים-שלוש האחרונות ניכרים סימנים של "החזרת העטרה ליושנה". ראוי לחזק מגמה זו. הגיעה העת שהמטוטלת המשפטית תנוע חזרה, ותמותן פסיקת שנות השמונים בתחום הנזיקין. כך עולה מהגיגונם של דברים ומן ההכרח לאפשר לרשות המבצעת לפעול, כמו גם מהמשפט המשווה ומההצפה שחלה בעקבות "המהפכה השקטה". מוטב אפוא שאחתום בדבריו של השופט עמית:

<sup>122</sup> שם, בפס' 46.

<sup>123</sup> ע"א 3580/06 עזבון המנוח יוסף ז"ל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.3.2011).

"התופעה של טשטוש תחומי המשפט כלפי חוץ וטשטוש הגבולות כלפי פנים משתלבת עם רוחות הספקנות, העמימות והיחסיות. בנקודה זו נחזור לדרך הראשית ונעמוד על 'המחיר' של טשטוש הגבולות [...] יש לשאוף כי בסוף פסק הדין ידע הקורא מה הרציו. את הטיעון המשפטי יש להעמיד, ככל האפשר, על בסיס צנוע של דוקטרינה מקומית כמו הפרה של הסכם או עוולה נזיקית, מבלי להידרש לכלים כלליים ועמומים כמו זכויות חוקתיות. עבודת היום-יום של המשפט היא ברובה אפורה, עבודה של חול [...] במרבית המקרים אין צורך להידרש לכלים של חג ומועד".<sup>124</sup>

## י. סיכום

מאז הקמתה עברו על מדינת ישראל שינויים באתוס התרבותי החולש על החברה – מאתוס קולקטיביסטי, בראשית ימיה של המדינה, לאתוס אינדיבידואליסטי בשנות השמונים והתשעים של המאה שעברה. דומה שעתה יש נטייה מסוימת לשוב אל האתוס הקולקטיבי, החברתי.

שינויי האתוס התרבותיים הללו חלחלו לתחום המשפט. עם הביטויים המשפטיים של שינויי האתוס מניתי את ההעלאה על נס של זכויות הפרט, האינדיבידואל, כמו גם את הענקת **שיקול הדעת** הרחב לבית המשפט, שיקול הדעת נטול **הכללים**. לפי האתוס התרבותי האינדיבידואליסטי, שיקול דעת רחב זה נועד לאפשר לבית המשפט לבצר את זכויות הפרט.

דא עקא, הרחבת שיקול הדעת הנתון לבית המשפט, וביטול **הכללים** המנחים את בית המשפט בפסיקתו, משמעותם האמיתית והמעשית היא היעדר ודאות וצמצום שיקול הדעת הנתון לרשות המבצעת. הצרת צעדיה של הרשות המבצעת וצמצום הוודאות פירושה פגיעה בחברה, בציבור, בקולקטיב, שהרשות המבצעת פועלת למענו. מתוך כך, ובשל היעדר הוודאות, חל גידול ניכר במספר ההתדיינות המשפטיות. על כן – ובד בבד עם השיבה אל האתוס התרבותי הקולקטיביסטי – מתבקשת גם בתחום המשפט שיבה אל **הכללים**, אל הוודאות ואל הדאגה לחברה כולה.

דברים אלא יאים לרבים מתחומי המשפט. מאמר זה התמקד בתחום תביעות הנזיקין נגד המדינה. בתחום זה בלטה "תנועת המטוטלת" מה**הכללים** המשפטיים, שחלשו עד סוף שנות השבעים, כללים שצמצמו את תביעות הנזיקין נגד המדינה, אל עבר **שיקול הדעת** הרחב, נטול הכללים, שמאפייין את הפסיקה משנות השמונים

<sup>124</sup> יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" **דין ודברים** 17, 38, 40 (2012).

ואילך, ואשר הביא להצרת צעדיה של הרשות המבצעת ולריבוי תביעות. מתבקשת כעת תנועתה של המטוטלת חזרה. מתבקש צמצום של תביעות הנזיקין נגד המדינה.