

אחריותו של המפקח על הביטוח להתמוטטות

חברת ביטוח

ד"ר תמר גדרון*

בע"א 915/91 מדינת ישראל נגד יצחק לוי ואח'י¹ שניתן ביום 17.5.94 דן בית-המשפט העליון בשאלה, האם ניתן לתבוע את המדינה בנוזיקין בשל מעשיו ומחדליו של המפקח על הביטוח. לשאלה זו השלכה ישירה על פרשנותם של אירועים נוספים שאירעו במשק הישראלי בשנים האחרונות, ודומה כי בפסק-דינו כיוון בית-המשפט העליון את דבריו גם אליהם, בעיקר בכל הנוגע לשיקולי מדיניות משפטית.

הרקע

המקרה הנדון עסק בתאונת-דרכים שחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים² לא חל עליה. באותה תאונה נהרג אבי-משפחת התובעים. הנהג הפוגע היה מבוסס בחברת ביטוח שנכנסה להליכי פירוק. כספי המפרק אזלו, והסתבר כי אין סיכוי להיפרע מן החברה, לא בארץ ולא בחו"ל. המוסד לביטוח לאומי פיצה את התלויים, ולאור סעיף 152 לחוק הביטוח הלאומי³ הוסכם כי במידה והתביעה נגד המדינה תתקבל, יזכו התלויים בעשרים וחמישה אחוזים מסכום הפיצוי, הואיל והנוק שנגרם להם זהה לסכום הקצבאות שקיבלו ושיקבלו בעתיד מן המוסד לביטוח לאומי. התביעה להכיר באחריות המדינה בנוזיקין הושתתה על הטענה כי המפקח על הביטוח פעל בהתרשלות ותוך הפרת חובתו החקוקה, כאשר לא החליט על שלילת רשיונה של החברה ולא פנה אל בעלי הפוליסות והודיע להם כי החברה נמצאת בסכנה של חדלות פירעון. זאת, למרות שידע על קשייה של החברה ואף ניהל מגעים לאיתור מבטח חלופי, שייקח על עצמו את התחייבויותיה של החברה.

* ד"ר למשפטים, מרצה בכיה"ס למשפטים של המכללה למינהל. תודה לפרופ' נילי כהן על הערותיה המועילות.

** לאחר מסירתה של רשימה זו לדפוס התפרסם מאמרו של ד"ר ישראל גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 339. אי לזאת לא נכללו הפניות למאמר זה.

1. ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי ואח'י פ"ד מח (3) 45 (להלן: פסק-הדין).

2. חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה—1975, ס"ח 234.

3. חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח—1968, ס"ח 108.

לאחר מספר תביעות־נפל ולאחר שבתובענה הנוכחית נמחק הנתבע השני — הוא הנהג הפוגע — קיבל בית־המשפט המחוזי בחיפה את תביעת התלויים. השופט אריאל קבע, כי המפקח ובאמצעותו המדינה, אחראים לנזקיהם של התובעים הן ברשלנות והן בהפרת חובה חקוקה. המדינה ערערה על פסק־הדין בפני בית־המשפט העליון.

עיקרי החלטתו של בית־המשפט העליון בערעור:

פסק־דינו של בית־המשפט העליון ניתן מפי הנשיא שמגר, שלדעתו הצטרפו השופטים אור ומצא. שלוש שאלות עיקריות עמדו בפני בית־המשפט העליון: הראשונה, האם ניתן לחייב את המדינה בהיעדר פסק־דין נגד הנהג הפוגע; השנייה, האם אחראית המדינה, באחריות שילוחית או באחריות ישירה, על־פי עולת הרשלנות המוגדרת בסעיפים 35 ו־36 לפקודת הנזיקין⁴; והשלישית, האם קיימת אחריות על־פי העוולה של הפרת חובה חקוקה שבסעיף 63 לפקודת הנזיקין.

בפסק־דינו פותר הנשיא שמגר את השאלה הראשונה על־ידי צירופו הפורמלי של הנהג הפוגע כנתבע נוסף, בצינו הן את נסיבותיו יוצאות הדופן של המקרה בכל הנוגע למאמצים שהושקעו באיתורו של הנהג ובהסכמתה של המדינה למחיקתו מכתב התביעה עוד בבית־המשפט המחוזי, והן את ספיקותיו לגבי ההלכה⁵ המחייבת קבלת פסק־דין נגד המבוטח על־מנת לחייב את חברת הביטוח. פסק־דין כזה הינו תנאי לחבותה של המדינה, שכן נזקם של התלויים מתבטא בסכום שאותו יכולים היו לתבוע מחברת הביטוח לולא התמוטטה. על־אף שהלכה זו "מחייבת הרהור שני", כדברי בית־המשפט⁶, אין הוא משתמש בהזדמנות שנקרתה לו לבטלה אלא עוקף אותה, תוך קביעה שנסיונות המקרה נופלות למסגרת החריג לכלל השולל צירוף נתבע נוסף בערעור.

בנוגע לשאלה השלישית קובע בית־המשפט, כי אין בסיס לחיובה של המדינה בגין הפרת חובה חקוקה הואיל והתנאי הראשון לקיומה של עוולה זו, קיום החובה, אינו מתקיים במקרה זה. תפקידו העיקריים של המפקח על הביטוח לפי החוק אינם יוצרים חובה אלא מקנים לו בעיקר סמכות שבשיקול־דעת. "די בחובות הזהירות הנגזרות מעוולת הרשלנות. הפיכת חובות מתחום המשפט הציבורי ל'חובות חקוקות' ומתן סעדים אורחיים בגין הפרתן" אינה רצויה, קובע בית־המשפט. "תרה מך, מכיון שמדובר בהלכה כללית, החלה לאו דווקא על רשויות ציבור, יש בה כדי להרחיב עד בלי סוף את האחריות הנזיקית ללא כל הצדקה"⁷.

גם אם אין בדברים אלו משום סתירה לפסיקה קודמת בנושא החובה שבעוולת הפרת חובה חקוקה⁸, נראה, כי משתקפת בהם מגמה רצויה של צמצום תחומי העוולה, וביטוי

4. פקודת הנזיקין [נוסח חדש] ס"ח תשכ"ח 266, להלן — פקודת הנזיקין.

5. ע"א 489/79 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עזרון צאיג ואח', פ"ד לה (2) 123.

6. לעיל, הערה 1 בע' 63.

7. שם, בע' 90.

8. ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לו (1) 113.

לתחושה, כי הפרשנות שניתנה לה בשנים האחרונות⁹ היא רחבה מדי. הנשיא שמגר קובע, כי במקרים מסוימים, כמו במקרה הנדון, יש לשים סייגים לפרשנות המרחיבה של העוולה.

גם על השאלה השנייה עונה בית-המשפט העליון בשלילה. פסק-הדין שולל את קיומה של אחריות המדינה ברשלנות, ישירה או שילוחית, לעניין הפיקוח על חברת הביטוח. זאת, אפילו בהנחה שהחלטה אחרת או דרך פעולה שונה של המפקח היה בה כדי למנוע את נזקיהם של התלויים. המקרה הנדון יוצר, לטעמו של הנשיא שמגר, חריג "שיקול-דעת", המצדיק "החלת אמת-מידה מגבילה באשר להכרה באחריות המדינה בגין נזקים שגרמו החלטותיה"¹⁰.

כל אחת מהשאלות שנדונו בפסק-הדין מחייבת התייחסות נפרדת ומעמיקה. מאמר זה יעסוק רק בשאלה השנייה — אחריות המדינה/המפקח בעוולת הרשלנות.

שלילת אחריותה של המדינה והמפקח על הביטוח בעוולת הרשלנות

עיקרו של פסק-הדין מתייחס לשאלת האחריות ברשלנות. בית-המשפט בוחן את מעשיו ומחדליו של המפקח הן כאורגן של המדינה — שמעשיו מקימים אחריות ישירה שלה — והן כעובד של המדינה — שרשלנותו תטיל עליה אחריות שילוחית. דווקא האחריות מן הסוג הראשון היא המועדפת במקרה זה, אך לאור תוצאת פסק-הדין הופכת שאלה זו למשנית.

שלילת האחריות מבוססת על שני סוגי נימוקים, ודרך הניתוח שונה במידת-מה מזו שהורגלנו לה בפסיקה קודמת ונרחבת בנושא זה. נקודת המוצא היא חובת הזהירות. זו מבוססת, כידוע, על קיומן של שתיים — צפיות טכנית וצפיות נורמטיבית. הצפיות הטכנית עוסקת ביכולת לצפות נזק, ולגביה אין מתעורר כל קושי במקרה זה. הצפיות הנורמטיבית עוסקת בצורך לצפות את אותו נזק — זו קיימת בכל מקרה בו ניתן הנזק לצפייה, אלא אם קיימים שיקולים מיוחדים המצדיקים את שלילת קיומה¹¹.

שאלת קיומה של הצפיות הנורמטיבית נחתכת על-פי שיקולי מדיניות משפטית, הנחלקים לשני סוגים. הסוג הראשון עיסוקו בשיקולים מתחום דיני הנזיקין — "הוא מתמצה בעיקרון ה'שכנות', ושולל קיומה של חובת זהירות כאשר הצדדים רחוקים זה מזה. הסוג השני של השיקולים עשוי לשלול קיומה של חובת זהירות גם מקום שהדרישות של דיני הנזיקין עצמם — הצפיות והשכנות — מתקיימות"¹². סיכומו של הכלל — "דרושים שלושת אלה: ראשית, צפיות, שנית, 'שכנות' או 'קירבה', ושלישית, מסקנה שיפוטית כי הוגן, צודק וסביר שתוטל חובת זהירות נורמטיבית מכוח הדין"¹³.

9. השווה לדוגמא ע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן, פ"ד ז (1) 674 וכן ד"נ 6/66 שאחדה נ' חילו, פ"ד כ (4) 617 עם עניין ועקנין, לעיל הערה 7 וכן עם ע"א 335/80 בריגה נ' מוסטפא, פ"ד לו (3) 32 וע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח (3) 169.

10. לעיל, הערה 1, בע' 89.

11. ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט (1) 113; עניין ועקנין, לעיל הערה 7.

12. לעיל, הערה 1, בע' 65.

13. שם, בע' 66.

דרישת ה"שכנות", לגישתו של הנשיא שמגר, נוספת על דרישת הצפיות הטכנית, כחלק מהצפיות הנורמטיבית. אכן, יש מקרים בהם עצם קיומה של צפיות טכנית מעיד ומלמד על קיומה של "שכנות", אך לא בכל מקרה כך הוא. יש מקרים, ולדעת הנשיא שמגר המקרה הנדון נמנה עמם, בהם, אף כי קיימת צפיות טכנית לנוק, יש לבסס בנוסף גם "שכנות". על קיומה או היעדרה של זו ישפיעו שיקולים בדבר אופי המעשה המזיק, קיומה של הסתמכות סבירה מצד הנפגע, אופי הנזק ואופן אירועו. לכן, כאשר נגרם הנזק כתוצאה ממחדל ולא ממעשה אקטיבי, כאשר נגרם על-ידי פועלו של אדם אחר ולא ישירות על-ידי הנתבע, כאשר אין קיימת הסתמכות של הניזוק על המזיק וכאשר מדובר בנזק כלכלי, ישקול בית-המשפט ביתר זהירות את שאלת ה"שכנות". גם כאשר מדובר בפעולות שלטוניות, הנושאות אופי של פיקוח גרידא על צד שלישי, המבצע למעשה את הפעולה נשוא הפיקוח (בהבדל מפיקוח הכולל בחובו גם שליטה על המהלך העניינים), ייתכן קושי בהכרה בקיום "שכנות" בין המפקח לבין האזרח הנפגע.

ישומם של המבחנים לקביעת קיומה של "שכנות" ביחסים שבין המפקח לבין תלוי הנפגע, שנותרו חסרי פיצוי לאור התמוטטות חברת הביטוח, מעורר ספק. עצם העובדה שאין המדובר במבוטח עצמו אין לה משמעות, אולם — והואיל ועצם קיומה של צפיות טכנית אין די בו במקרה זה ללמד גם על קיומה של "שכנות"; "והואיל ומדובר בצדדים רחוקים (לא משפטית) זה מזה — הנזק אינו ישיר... הוא נזק כלכלי שנגרם עקב הימנעות מפעולה של המפקח"¹⁴; "והואיל ומדובר ב"פעולה שלטונית רגולטיבית ... וקשה גם לטעון שקיימת הסתמכות"; והואיל ולא ניתן ללמוד מעצם קיומה של חובה המוטלת על המפקח לפי החוק על קיומה של קרבה — נוצר קושי משמעותי בשאלת ה"שכנות".

מן הראוי להדגיש, כי הנשיא שמגר אינו מכסס את החלטתו, בדבר היעדר אחריות נזיקית מצדו של המפקח, על היעדר "שכנות" וכפי שנראה בהמשך, גם לא על היעדר חובת זהירות. ניתן היה להגיע לתוצאה הרצויה, מבחינת המדיניות הראויה המוצהרת בפסק-הדין, בהתבסס על הקביעה, כי אין קיימת "שכנות" — לא רק בהסתמך על שיקולים שבדיני נזיקין אלא על סמך שיקולי מדיניות כלליים. אולם, ההכרעה שבפסק-הדין מבוססת על אדנים אחרים — לא על אלו שעיקרם בדיני נזיקין ולא על שלילת חובת הזהירות, שלילה, שהיתה מתבקשת מקיומם של הקשיים האמורים בשאלת הקרבה.

אשר לשיקולי מדיניות ציבורית, שיקולים, החורגים מתחום דיני הנזיקין ומהווים את חזיה השני של הצפיות הנורמטיבית, גם אלו מטים, לדעת הנשיא שמגר, את הכף לכיוון שלילת האחריות הנזיקית. אכן, החסינות המיוחדת שעמדה לה למדינה בעבר מפני תביעות נזיקין בוטלה לגבי "ירושלנות שבמעשה"¹⁵, אולם עדיין יש נפקות לעובדה, כי הנתבעת היא המדינה וכי מדובר בפעולות שלטוניות, שאין להן מקבילה במישור הפרטי. לפיכך, "השאלה, אותה מעמיד ערעור זה על סדר היום, היא: האם כל מעשה

14. שם, בע' 84.

15. חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) תשי"ב-1952, ס"ח 339.

רשלני, יהיו אשר יהיו אופיו, חשיבותו ותחומו – הוא בגדר מעשה בגינו יש למדינה חובת זהירות כלפי מי מהפרטים החיים בה, והאם הבדיקה בדבר התקיימותה של התרשלות בכל מקרה, היא אותה בדיקה. במילים אחרות, השאלה היא אם ישנם מעשים אשר לגביהם בדיקת האחריות בנוזיקין שונה מזו שנוקטים במקרים ה'רגילים'¹⁶.

התשובה אותה נותן פסק-הדין לשאלה זו ברורה מבחינת תוצאתה, אף כי אינה נקייה מספקות לגבי ביסוסה ומיקומה המשפטי. הנשיא שמגר יוצר בהחלטתו חריג לאחריות המדינה, המבוסס, בראש ובראשונה, על נימוקים מערכתיים. נימוקים אלו מאבחנים בין חובות המוטלות על המדינה בתחום המשפט הציבורי לבין חובותיה בתחום המשפט הפרטי ונוטים לקבוע, כי כל סוג של חובות יידון במערכת המתאימה לו. זאת, משום הקושי בו עלול המשפט הפרטי להיתקל, בעיקר בכל הנוגע לעולות הרשלנות, בבחינת שאלת ההתרשלות עצמה, כאשר במקום בדיקת שאלת החריגה מסטנדרט קיים יעסוק בית-המשפט בקביעת הסטנדרט עצמו. לכן "הקריטריון של דיני הנוזיקין בעניין של התרשלות אינו מתאים לבדיקת החלטות מסוג זה..."¹⁷ ו"אי התאמתו של קריטריון הרשלנות לסיטואציות מעין אלו באה לידי ביטוי גם בניסיון ליישם אותן"¹⁸.

החריג מבוסס גם על נימוקים פרגמטיים כגון: ריבוי תביעות אפשריות, השקעה מיותרת ובעלת השפעה שלילית בבדיקת החלטות הרשות והוצאות התדיינות מיותרות בבדיקת שאלת ההתרשלות בשיקול-הדעת. שיקולי-נגד כגון הפסד הרתעה, אין בהם כדי לפגום במסקנה המתבקשת.

סיכומו של דבר – הפיתרון הראוי על-פי פסק-הדין הוא ריטון האחריות במקרים בהם מדובר בהחלטה שלטונית העוסקת בפיקוח שאין עימו שליטה, ודורשת איזון בין שיקולים כלכליים, חברתיים ומוסריים. כך, במקרה הנדון, העוסק בנוק כלכלי שנגרם כתוצאה ממחדל בפיקוח על חברת ביטוח. עם זאת – וזו אולי הנקודה הקשה ביותר בפסק-הדין – אין מדובר כאן בשלילת חובת הזהירות, לא בכלל ולא בפרט. הנשיא שמגר קובע, כי בהחלט ייתכנו מקרים, שבהם, אף כי מדובר בהפעלת שיקול-דעת המחייב איזון כאמור, ואף כי מדובר במחדל הגורם לנזק פיננסי רחב-היקף, יוכר קיומה של חובה כזו. אלא שנקודת המוצא במקרים כאלו צריכה להיות שונה מברגיל: "על בית-המשפט לצאת מנקודת מוצא כי המדינה לא תחוב בנוזיקין, למעט במקרים חריגים"¹⁹. במקרים בהם לא תחוב המדינה, ניתן לשקול פיצוי באמצעות חקיקה. יישומם של הדברים הללו על המקרה הנדון מוביל למסקנה, כי אכן, לפנינו מקרה בו מדובר בהחלטה הכרוכה בשיקול-דעת מהסוג הנופל לגדר החריג האמור, דהיינו, מצדיק אמת-מידה מיוחדת, שפירושה במקרה זה הוא שלילת אחריותו של המפקח/המדינה בנוזיקין.

חשיבותה של ההלכה שבפסק-הדין אינה מוטלת בספק, בעיקר לאור המציאות הישראלית, המולידה בתדירות גבוהה יחסית אירועים, שעיקרם בהחלטות נושאי

16. לעיל, הערה 1, בע' 71.

17. שם, בע' 77.

18. שם, שם.

19. שם, בע' 81.

תפקידים ציבוריים – החלטות הגורמות, ואפילו לא במישרין, נזק לפרטים רבים בחברה, ומולידות מחלוקות משפטיות, אקדמיות ואחרות. די אם נזכור את פרשת המניות, התמוטטות חברת "הסנה" ואולי אפילו ההתבטאות הידועה בדבר "ברעת הבורסה", שגררה ויכוח מלומד מעל דפי העיתונות בדבר אפשרויות הגשת תביעה משפטית. על רקע זה קל להבין את ההיגיון העומד בבסיסו של פסק-הדין, את הוזהירות המופגנת בניסוחו מחד ואת ההחלטיות שבקביעת המדיניות המשפטית הראויה מאידך. חדשנותה של ההלכה שבפנינו בולטת בעיקר על רקע פסיקתו השוטפת של בית-המשפט העליון, בעיקר בעשור האחרון, הנוקטת פתיחות, נכונות להרחבת האחריות הנוזיקית, ופרשנות גמישה המפגינה אופקים רחבים ודיעות ליברליות – לעתים הרבה יותר מהמקובל במדינות אחרות, שאת משפטן בוחן בית-המשפט העליון לצורך השוואה. בפסק-דינו הנוכחי מנסה בית-המשפט העליון שלא לפגוע או לסטות מפתחותו האופיינית, תוך שהוא מציב בזהירות ראויה גבולות והנחיות האמורות, במקרים המתאימים, לעצור סחף אפשרי שעלול היה לנבוע מהמשך בלתי מבוקר של הגישה המרחיבה. ניתן, כפי שנראה להלן, לבקר את תוצאותיו המעשיות של פסק-הדין, המותרות את הפרט ביחסו עם רשויות המדינה ללא פיצוי. יש לזכור, עם זאת, כי במקרה הנוכחי קיבלו התלויים פיצוי על מלוא הנזק שנגרם להם ומבחינתם, בהבדל מבחינתו של הביטוח הלאומי, היה מדובר רק על עשרים וחמישה אחוזים תוספת פיצוי. כמו כן, יש לזכור את ההמלצה הכלולה בפסק-הדין לגבי התערבות המחוקק במקרים מתאימים לתיקון העוול, אף כי דרך זו הינה איטית ובלתי מספקת.

השאלה העיקרית שמעורר פסק-הדין היא, האם אכן ישנה הצדקה מוסרית, כלכלית, משפטית או חברתית לתוצאת פסק-הדין – יצירת מעין חסינות לרשויות שלטוניות בגין החלטות הכרוכות בשיקול-דעת טהור, הגורמות נזק לפרט. שאלות נלוות לכך הן האם אכן מישור ההתדיינות העדיף הוא מישור המשפט הציבורי, והאם צודק להותיר את הפרט ל"חסדיו" של המחוקק או לחסדיה של המדינה ורשויותיה, כפי שבמקרה הנוכחי מסיים בית-המשפט את פסק-דינו בהמלצה ל"קרנית" לבחון את המקרה. בשאלות אלו נעסוק בקצרה בסיכום הדברים.

אך נקדים לדיון בשאלה מורכבת זו מספר הערות באשר לבסיס המשפטי של פסק-הדין. לצורך זה נצא מנקודת הנחה שהתוצאה העולה מפסק-הדין הינה אכן התוצאה הראויה והרצויה מבחינת המדיניות המשפטית הכללית, וכי המטרה אליה שואפים היא אכן שלילת אחריות המדינה/המפקת, במקרים בהם מדובר בהחלטה שלטונית שבשיקול-דעת טהור, כאשר הנזק הוא כלכלי ואולי אף רחב-היקף. על בסיס הנחה זו נבדוק האם התשתית הרעיונית שבפסק-הדין מבוססת ושלמה מבחינה משפטית, האם יושמו נכונה דיני הנוזיקין והאם אמנם היה צורך ביצירת "חריג", דבר שאינו רצוי כשלעצמו, או שניתן היה להשיג אותה תוצאה תוך יישום מבחנים מקובלים ומבוססים – לא מחוץ לדיני הנוזיקין, לא כחריג, אלא כפיתוח ופרשנות טבעית המהווה המשך לרצף פסיקתו של בית-המשפט העליון בשנים האחרונות.

חובת הזהירות — האמנם מבחן משולש?

כזכור, מציב הנשיא שמגר שלוש דרישות מצטברות להיווצרותה של חובת הזהירות בעולת הרשלנות. הראשונה, צפיות טכנית. השנייה, "שכנות" או קרבה והשלישית, "מסקנה שיפוטית כי הוגן, צודק וסביר שתוטל חובת זהירות". שתי הדרישות האחרונות הן היוצרות את הצפיות הנורמטיבית. השנייה, שיקוליה מקורם בדיני הנזיקין עצמם ואילו השלישית, שיקוליה הם שיקולי מדיניות כלליים שמחוץ לדיני הנזיקין²⁰.

בחינתו של ניתוח זה ובעיקר של ישומו המדויק שבא בהמשך, מעורר רושם של כפילות מיותרת. העמדתה של סוגיית ה"שכנות" כתנאי נפרד והצגתה כמשקפת שיקולים שמתחום דיני הנזיקין בלבד בעוד ששאלת המדיניות הכללית עומדת כשאלה נפרדת, אינה משתלבת בדרך הניתוח המקובלת והמושרשת, שספק אם היתה כאן כוונה לסטות ממנה. ואם אכן היתה כוונה כזו, ספק אם היא רצויה.

בחינת קיומה של חובת זהירות במקרה נתון העמידה מאז ומתמיד במרכז תשומת הלב את שאלת ה"שכנות". כבר בעניין דונוהיו²¹ הידוע נפסק, כי עיקר הקושי נעוץ בשאלת היותה של צרכנית המשקה הנגוע "שכנתו" של המזיק. בהיעדרם של יחסי חוזה ביניהם היתה שאלת השכנות אמורה ליצור את הקשר המשפטי הדרוש לצורך היווצרות האחריות הנזיקית. שאלת ה"שכנות" קשורה בטבורה לשאלת הצפיות. אין קיימת צפיות בחלל הריק. הצפיות קיימת תמיד כלפי אדם מסוים או קבוצת אנשים או סוג אנשים. השאלה אותה מציב לעצמו בית-המשפט כבואו לענות על השאלה אם קיימת צפיות אינה — האם צפוי נזק. השאלה הינה האם כתוצאה מסוג מסוים של פעולות, הנעשות על-ידי סוג מסוים של אנשים, צפוי נזק מסוג מסוים לסוג מסוים של נפגעים. את אותה שאלה ניתן וצריך, כמובן, להציג ברמות שונות של הפשטה כנדרש מנסיבות המקרה. בשלב הבא על בית-המשפט להכריע האם אותו אדם לו צפוי נזק הינו אכן "השכן", שרק אז תקום חובת הזהירות, כמוגדר בסעיפי פקודת הנזיקין המגדירים את עולת הרשלנות²². כתוצאה מכך, ייתכן בהחלט שפלוגי יחוב חובה כלפי א' ולא יחוב כל חובה כלפי ב', אף כי לשניהם הנזק הוא צפוי. כך — פלוגי המנופף תוך כדי דיבור גלהב בעטו ומנקר את עינו של א' היושב לצדו ימצא חב לו חובת זהירות בעוד שאותו פלוגי, משיכתוב באותו עט חוות-דעת שיש בה כדי להזיק לב' ולגרום לו נזק כלכלי, ימצא חב חובת זהירות רק במקרים מסוימים ומוגדרים, בכפוף לדרישות מגבילות ומצומצמות יחסית. התוצאה השונה נובעת בעיקר משיקולי מדיניות כלליים ופרטיים לדיני נזיקין, בהם נדון בהמשך, אך לענייננו חשוב, כי עצם שאלת הצפיות הטכנית מתייחסת מלכתחילה גם לזהותו של הנפגע הפוטנציאלי וגם לסוג הנזק העלול להיגרם לו, וכך אף שאלת הצפיות הנורמטיבית, שגם היא מכילה בחובה את סוגיית ה"שכנות" בנותנה לנפגע הפוטנציאלי מעמד של קרבה משפטית. אלו אינן שאלות נפרדות אלא בהא תליא. וידועה הדוגמא

20. לעיל, הערה 11.

21. *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C.562 [H.L.]

22. סעיפים 35–36 לפקודת הנזיקין.

של הנהג הדוהר במכוניתו ברחובות העיר העמוסים וצוץ בכל פה אזהרות לעוברים ושבים בסנינית. משייפגע אחד מהם תהיה שאלת חברותו של הנהג כלפיו תלויה בשאלה אם ידע הנפגע סינית והבין את האזהרה או שמא נשמעה לו האזהרה כ"סינית" גרידא²³. כך — בגין אותו מעשה יש שהנוק ייחשב כצפוי כלפי א' ולא כלפי ב'. יש שא' ייחשב כ"שכנו" של פלוני בעוד שב' לא ייחשב ככזה.

הצגתה של ה"שכנות" כדרישה נפרדת העוסקת בשיקולים מתחום דיני הנוזיקין, בעוד ששאלת ה"נכון, צודק וראוי" מבוססת על שיקולי מדיניות משפטית כלליים, אינה מדויקת. השתיים משרתות אותה מטרה ובאותם כלים. די אם נבדוק את השיקולים אותם מציב הנשיא שמגר לעניין ה"שכנות": העובדה שמדובר במחדל; העובדה שמדובר בנוק כלכלי; הפגיעה הבלתי ישירה; הריחוק (הלא-משפטי). האם אין זהות בין שיקולים אלו לבין השיקולים הכלליים, הנמצאים לכאורה מחוץ לדיני הנוזיקין: הצפת בתי-המשפט; שיקולי הרתעה; שיקולים כלכליים? והתשובה ברורה. גם שאלת ה"שכנות" מושפעת מאותם שיקולים משפטיים כלליים. לא ניתן להפריד בין שני המרכיבים של סוגיית הצפיות הנורמטיבית. הקרבה המשפטית (שכנות) מוכרעת על-פי אותם קניי-מידה הקובעים גם את ה"נכון וצודק". כך, למשל, שאלת החובה במחדל אינה מוכרעת אך ורק על-פי נימוקים נזיקיים באופיים. היא מושפעת משיקולים חברתיים, מוסריים וכלכליים, בדומה לשאלת הנוק הכלכלי. כך גם בסוגיית הנוק הנפשי²⁴. גם כאן השאלה היא אם קיימת חובת זהירות עצמאית, והתשובה שתנתן תהא מבוססת על שתיים שהן אחת — "שכנות" הנובעת משיקולי מדיניות, הן אלו שבדיני נזיקין והן אלו שמחוצה להם²⁵.

ולכן — לא שלושה אלא שניים: צפיות טכנית ושיקולים ערכיים. שאלת ה"שכנות" תיענה על-פי האחרונים בכפוף לקיומה של צפיות טכנית. "שכנות" — במובן הנוזיקי אך לא רק בהתאמה ובכפיפות לשיקולים נזיקיים.

חריג או היעדר חובת זהירות

אף-על-פי שבמשפטן של המדינות, אליהן פונה הנשיא שמגר לצורך השוואה, נפסק כי בנסיבות דומות לענייננו אין קיימת חובת זהירות; אף-על-פי שמסקנה זו ישימה גם לשיטתו של המשפט הישראלי; ואף-על-פי שהספקות בקשר לקיומה של "שכנות" הם מרובים, כפי שהוסבר לעיל, אין בית-המשפט קובע כי ביחסים שבין המפקח על הביטוח לבין תלוייו של הנפגע אין קיימת חובת זהירות.

23. הדוגמא לקוחה מפסק-הדין בעניין פריצקר נ' פרידמן, לעיל הערה 9 בע' 687, מפי השופט זילברג, בנושא המחלוקת שנתגלעה באותו מקרה בינו לבין השופט אגרנט כאשר האחרון סבר כי הנפגע לא היה "שכנו" של הפוגע ואילו השופט זילברג סבר כי אף כי היה בבחינת "שכן" הרי שהחובה כלפיו מולאה. גישתו של השופט אגרנט עדיפה בעיני.

24. אף כי במהותם שונים שני סוגי נוק אלו, ההתפתחות לגביהם היתה דומה ונשמעה על שיקולים כלליים.

25. רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון דהאן, פ"ד מ"ד (3) 394 וע"א 642/89 עיזבון המנוח שניידר נ' עיריית חיפה, פ"ד מו (1) 470.

את היעדר אחריות המדינה בנוזיקין מבסס הנשיא שמגר על חריג, אותו הוא קובע משיקולים שלגישתו נמצאים מחוץ לתחום דיני הנוזיקין. בפסק-הדין נקבע כי במקרה בו מדובר בהחלטה שלטונית ששיקול-דעת הוא מרכיב עיקרי בקבלתה, כאשר לגבי אותו שיקול-דעת אין קריטריונים ידועים וקבועים, וכאשר כרוך בו איזון בין שיקולים חברתיים, פוליטיים וכלכליים – לא ייבחנו ההחלטה ומקבלה על-פי אמות-מידה נזיקיות כגון צפיות והתשלום. החלטה כזו נופלת בגדר החריג, ותיבחן אך ורק על-פי אמות המידה של המשפט הציבורי.

כלומר – התוצאה זהה לזו המתקבלת בשיטות משפט דומות אולם הדרך – שונה. גישתו של הנשיא שמגר מתמקדת באמות-המידה הראויות לבדיקת החלטות שלטוניות מסוימות, שאינן אמות-מידה שמתחום דיני הנוזיקין, ולא על שלילת חובת הזהירות. גישה זו ניכרת לכל אורך פסק-הדין, ונסמכת על שיקולים משני סוגים – שיקולים מדיני נזיקין ושיקולים שבמדיניות ציבורית. ראשית, קובע הנשיא שמגר, כי דיני הנוזיקין, מבחינת מטרתם והכלים שלרשותם, אינם מתאימים לבחינת ההתרשלות לה נטען במקרה זה. שנית, לגישתו, ראוי ורצוי כי החלטות שלטוניות מסוימות כלל לא תהינה כפופות לביקורת המשפט הפרטי. דהיינו, "החלת אמת-מידה מגבילה באשר להכרה באחריות המדינה בגין נזקים שגרמו החלטותיה"²⁶.

הן הגישה המוציאה את ההחלטה השלטונית הנדונה מתחום תחולתה של עוולת הרשלנות והן הגישה השוללת קיומה של חובת זהירות ובהמשך לכך שוללת אחריות ברשלנות – משיגות תוצאה קונקרטית זהה. הבסיס המשפטי שונה, אך בעיקר שונה התפיסה העקרונית. יש הבדל, ולא רק תיאורטי, בין הקביעה כי אין קיימת חובת זהירות לבין הקביעה כי חריג, בנסיבות מסוימות ומוגדרות היטב, עדיף כי החלטות מסוימות תהיינה נושא לביקורת שיפוטית בתחום המשפט הציבורי בלבד.

עם זאת, דומה כי עדיף היה לו מיקם כבוד הנשיא את התוצאה האמורה במסגרת עוולת הרשלנות עצמה, כפי שעשה בהקשר לעוולה של הפרת חובה חקוקה, ולולא יצר חריג לתחולתה של העוולה, יהא מצומצם כאשר יהיה.

ההימנעות מקביעה מפורשת, כי במקרים מסוימים אין קיימת חובת זהירות, משקפת תפיסה מצומצמת של משמעותה של קביעה זו. לא תמיד יש לפרש קביעה בדבר היעדרה של חובת זהירות כלשונה באופן דווקני. להיפך, פעמים רבות באה קביעה כזו לאמר, אולי בשפה בוטה יותר מזו של החריג, כי הנושא הנדון אינו כפוף לתחום שלטונה של עוולת הרשלנות, שדיני הנוזיקין אינם כשרים, אולי רק בינתיים ואולי רק חלקית, לעסוק בנושא. והרי זוהי משמעותו המדויקת של החריג שכאן. כך למשל, במקרים בהם מביעים בתי-המשפט הסתייגות מקיומה של חובת זהירות במקרה של מתדל טהור. הנימוקים הינם נימוקים חברתיים, כלכליים, פסיכולוגיים ומשפטיים, ומשמעותם היא, כי הנושא הושאר מחוץ לדיני הנוזיקין. כך גם במקרים מסוימים של נזק כלכלי טהור ובאופן חלקי, גם בנושא הנזק הנפשי.

הן דרך התפתחותה של סוגיית החובה בעוולת הרשלנות והן התגבשותו הסופית של

הרעיון הגלום בה, משקפים מסקנה זו בבירור. התפיסה הנרחבת של מושג החובה מאפשרת לכלול את כל ה"חריגים" למיניהם תחת הכותרת הבלתי מחייבת, שאינה משקפת מילולית את תוכנה המדויק, של היעדר חובת זהירות. בעוד שבאנגליה נרתע בית הלורדים מן המבחן הדו-שלבי הרחב שהוצע בעניין *ANNS* הידוע²⁷, ושב בשנים האחרונות למבחנים המצומצמים של קרבה — *PROXIMITY*, המקבילה חלקית לדרישת ה"שכנות", כשהוא מתמקד בעיקר בשאלת היחסים המיוחדים בין הצדדים לצורך יצירתה של חובת זהירות, אין המשפט הישראלי מפגין מגמה דומה, נהפוך הוא, מאז אומץ בארץ המבחן המשולב של צפיות טכנית עם צפיות נורמטיבית²⁸ הפכה עוולת הרשלנות לכלי גמיש המאפשר "תחום משחק" נרחב ויעיל. נקודת המוצא של שאלת הצפיות הנורמטיבית הינה חיובית בעיקרה. דהיינו, כל עוד אין קיימים נימוקים כבדי משקל, טעמים שבמדיניות משפטית כללית, קיימת חובת זהירות. בדרך זו התמודד המשפט הישראלי באופן אחיד, הגיוני ורצוף עם שאלות קשות שנקרו בדרכו בנושא הרשלנות, ללא יצירת חריגים בלתי רצויים. מטבעם של חריגים, יהא תוכנם אשר יהא, שהם יוצרים חטוטרט על מרקמה האחיד של השיטה. יתר-על-כן, יצירתו של חריג אחד פותחת פתח בלתי רצוי ליצירתם של חריגים נוספים. הניסיון האנגלי לברוח בעזרת חריגים מתוצאותיה הנרחבות יתר על המידה של הלכת *ANNS*, והכישלון שבא בעקבותיו — יוכיחו. ולכן, אם אכן סבור בית-המשפט, כי החלטות שלטוניות מסוימות אינן צריכות לגרור אחריות בעוולת הרשלנות אין הוא צריך להירתע מלנסח זאת בדרך של קביעת היעדר חובה, אפילו אם מבחינה מילולית אין התנסחות זו משקפת נכונה את רוח הדברים.

שני סוגי שיקולים מניעים את בית-המשפט בבואו לקבוע כי לא קיימת אחריות ברשלנות מבחינתה של המדינה ביחסיה עם תלויי הנהגה המנוח — שיקולים מערכתיים ושיקולים פרגמטיים. הסוג השני, המיישם שאלות בדבר הטלת עומס בלתי רצוי על מערכת המשפט, הוצאות מנהלתיות, שיקולי הרתעה, שיקולי הוצאות מניעה וכד', מקובל עלינו ממילא בכל מקרה בו התוצאה היא שלילת קיומה של חובת זהירות. עיקר מטרת השימוש בשיקולים אלה הוא צמצום הצפיות הטכניות. גם במקרה שלפנינו יכול יישומם להצדיק את הקביעה כי אין קיימת חובת זהירות. מאידך, אין בהם דבר המחייב יצירת חריג והוצאת הנושא כולו מחוץ לתחומם של דיני הנוזיקין. הקושי מתמקד בסוג השיקולים הראשון, השיקולים המערכתיים. אלו מדגישים את אי-התאמתה של המערכת הנוזיקית להתמודדות עם החלטה שלטונית הכרוכה בשיקול-דעת טהור. ואולם, נראה שגם בשיקולים אלו אין כדי לשכנע כי הפיתרון העדיף הינו יצירת חריג ולא שלילת חובת הזהירות. ככלל, הם גם פחות משכנעים מהשיקולים מן הסוג השני: מטרותיהם של דיני הנוזיקין, הן מן ההיבט החברתי, הן מן ההיבט המוסרי והן מן ההיבט הכלכלי, רחבות ורב-גוניות דיין. אמות המידה של דיני הנוזיקין אינן נוקשות ומוכתבות מראש והן

27. *Ann v. Merton* [1977] 2 All E.R. 492, 498. להתפתחות המשפט האנגלי בשנים האחרונות

ראה *J.G. Fleming — "Requiem to Anns" 106 L.Q.Rev. (1990) 595.*

28. ראה עניין ועקנין, לעיל הערה 8 ועניין גורדון, לעיל הערה 11.

ניתנות להתאמה גם לנושא הנדון כאן. הקושי שביישום קנה-המידה לבדיקת סטנדרט ההתנהגות אינו מיוחד דווקא לתחום ההחלטה השלטונית. קשיי הערכה והצורך ביצירת סטנדרט, בהבדל מהשוואה לסטנדרט קיים, מעולם לא הרתיעו את בתי-המשפט בארץ מפני התמודדות עם נושא חדש²⁹, וידועים המקרים בהם מחליף בית-המשפט את הסטנדרט המצוי והמקובל על בעלי מקצוע בסטנדרט חדש, פרי יצירתו הוא, כאשר רצוי הדבר בעיניו.

עיקר חששו של בית-המשפט הוא מפני קביעה גורפת בדבר היעדר חובת זהירות ויצירת חסינות בלתי רצויה. לכן הוא דואג להשארת פתח שיאפשר לקבוע כי במקרים מיוחדים, גם לגבי החלטה שלטונית, יוכר קיומה של חובת זהירות — "המודל ההשוואתי" — שלילת חובת הזהירות — אינו מקובל עלי. שלילת חובת זהירות פיורשה חסינות. לאחר שלילת החובה לא מגיעים כלל לשאלת ההתרשלות. מבחינה אנליטית, שלילת חובת הזהירות בנסיבות נתונות גוזרת את דין התביעה להידחות. כאמור, ייתכנו מקרים של הטלת אחריות בנסיבות של הפעלת שיקול-דעת רחב. אפילו שיקול-הדעת נוגע לתחום פיננסי מורכב; אפילו מדובר במחדל; אפילו מדובר בנוק כלכלי בהיקף רב... לטעמי, כאשר ענינה של טענת הרשלנות הוא בהפעלת שיקול-דעת, על בית-המשפט לצאת מנקודת מוצא כי המדינה לא תחוב בנוזקין, למעט במקרים חריגים³⁰. כל הנימוקים הללו אינן בהם כדי לשכנע בצורך ביצירת החרגי. קביעה כי לגבי החלטות שלטוניות שבשיקול-דעת טהור אינן קיימת חובת זהירות, אינה סוגרת את הפתח בפני קביעה שונה במקרים אחרים. מטבעה של עוולת הרשלנות שתנאיה נקבעים בהתאם לנסיבות המקרה. אין השלכה אוטומטית ממקרה אחד למשנהו. אם המטרה היא לקבוע כי בהבדל ממקרי רשלנות אחרים, בהם נקודת המוצא היא שאכן קיימת חובת זהירות אלא אם כן ישנם נימוקים כבדי-משקל המכתיבים תוצאה שלילית, ואילו במקרים כגון דא נקודת המוצא צריכה להיות הפוכה כאמור, הרי גם תוצאה זו ניתנת להשגה על-ידי הגדרה מדויקת של תחום הפעילות הנדון, כפי שנעשה בפסק-הדין. הגדרתו זו תמנע הרחבת השלילה למקרים אחרים, בהם עדיף קנה-המידה המקובל. לכן, מבחינה משפטית עדיפה היתה הלכה שאינה מוציאה את ההחלטה השלטונית שבשיקול-דעת מגדר דיני הנוזקין. כשם שנקבע כי אין חובה לעניין הפרת חובה חקוקה כך ניתן היה לקבוע כי לא קיימת, בנסיבות המצומצמות הנדונות, חובה ברשלנות. האחידות העיונית היתה נשכרת והתוצאה הרצויה מבחינת המדיניות הכללית לא היתה נפגמת.

עד כאן, כאשר לבסיס התיאורטי, לדרך האנליטית המובילה לתוצאה של שלילת האחריות הנוזקית. ומכאן — לתוצאה עצמה.

29. השווה ע"א 518/82 ייצוב נ' כץ, פ"ד מ (2) 85.

30. לעיל, הערה 1 בע' 81.

האמנם רצוי פטור מאחריות ברשלנות

השאלה הקונקרטית בה הכריע פסק-הדין נוגעת לאחריותו ברשלנות של המפקח על הביטוח כלפי תלויי הנהג שנפגע. אולם התשובה הניתנת בו מתייחסת לשאלה רחבה בהרבה — שאלת אחריותה בנוזיקין של רשות ציבורית לגבי החלטות שבשיקול-דעת טהור, הדורש איזון בין שיקולים שונים, כלכליים, חברתיים ומוסריים, בתחום שאין לו מקבילה במשפט הפרטי ובנושא בו אין לרשות שליטה ממשית אלא רק פיקוח וקביעת מדיניות.

הרחבת הסוגייה על-ידי בית-המשפט נבעה מגישתו העקרונית, שנווסה מלכתחילה לכוון של יצירת חריג הפוטר את המדינה מאחריות בנוזיקין. יצירתו של חריג כזה הצריכה הגדרות עקרוניות של סוג הפעילות והתנאים להיווצרותו של הפטור, ללא יצירת חסינות רחבה מדי. אולם, אם אמנם יצירתו של חריג כזה מיותרת אפילו בהתחשב במטרתו הסופית של בית-המשפט, מטרה של פטור מאחריות, דומה שיש להעמיד את השאלה בניסוח שונה במידת-מה ואף לבדוק את נכונת הנימוקים התומכים בתוצאה הסופית אליה הגיע בית-המשפט.

בקונטקסט של סוגיית קיומה של חובת זהירות, הגדרת נושא הדיון אינה בהכרח כה רחבה. השאלה המדויקת היא האם חבה רשות ציבורית, שתפקידה לפקח על פעילותו של צד ג', חובת זהירות כלפי מי שנפגע באופן ישיר מביצוע פעילות מזיקה על-ידי אותו צד ג' כאשר המפקח עצמו יכול היה, על-ידי הפעלת סמכות הפיקוח, למנוע את הנוזק או לצמצמו. על שאלה זו השיב בית-המשפט העליון בשלילה תוך קביעה כי נכון, צודק וראוי לפטור את המדינה מאחריות. ובאשר לעשיית צדק לפרט הנפגע, מדגיש בית-המשפט בפסקאות האחרונות לפסק-דינו כי ראשית, לאחר כניסתו לתוקף של חוק הפיצויים לנפגעי תאונות-דרכים לא יישנו עוד מקרים מסוג זה; שנית, כי עצם חקיקתו של החוק מלמדת על מודעותה של המדינה ועל הפעלת סמכותה במקרים המתאימים להסדרת הנושא בכללותו בדרך של חקיקה; ושלישית, כי מן הראוי שגם במקרה זה, אף שאירע קודם לכניסתו של החוק לתוקף, רצוי ש"קרנית", המשמשת כיום כמבטח משנה לחברות ביטוח, תבחן את העניין.

פתרון המקרה הפרטי בדרך זו אין בו כדי לעמעם את הצורך בבדיקה מחודשת של השאלה הכללית שהוצגה לעיל — האמנם ראוי, צודק ונכון לפטור את המדינה מחובת זהירות. ניתוח כלל נימוקיו של בית-המשפט לעומק מצריך דיון נפרד ונסתפק כאן במספר הערות בלבד. סיכומן יעלה, כי ספק אם הנימוקים שנתן בית-המשפט העליון לביטוס מסקנתו השלילית, הן הנימוקים שבדיני נוזיקין והן אלו שבשיקולי מדיניות ציבורית, הן המערכתיים והן הפרגמטיים, כולם במצטבר וכל אחד מהם לחוד, יש בהם כדי לשכנע.

1. החלטות הכרוכות בשיקול-דעת אינן כולן בהכרח כאלה הניתנות לסינון בקטיגוריה אחת. יש הבדל בין החלטה הקובעת מדיניות עקרונית כללית, כלכלית או אחרת — מיסוי רווחי הבורסה, למשל — החלטה המטילה חובת שירות צבאי או לאומי, החלטה העוסקת בנטל תשלום מיסים, החלטה בדבר סדרי עדיפות בפעילות המשטרה המכוונת

ללכידת פושעים, החלטה בדבר הקמת בית־ספר או סלילת כביש — לבין ההחלטה בה מדובר כאן. ההבדל אינו מתבטא רק ברמת קבלת ההחלטה או בהיקף השלכותיה. אמת, גם החלטתו של המפקח היתה כרוכה בהפעלת שיקול־דעת ובאיוון בין שיקולים שונים. זו לא היתה החלטה קלה כלל³¹. אולם היא שונה במהותה, באופיה, בדרגת הקרבה (ה"לא משפטית", כלשונו של הנשיא שמגר) בין המפקח לבין הנפגעים הפוטנציאליים, ואף במספרם, זהותם והיקף נזיקיהם של נפגעים אלו³². הדגשת אלמנט הפיקוח חסרה בפסק־הדין. מודגשים בו אלמנטים המייחדים החלטות שבשיקול־דעת באופן כללי, שייתכן והפיקוח במקרה שבפנינו אכן עונה עליהם, אך אין מודגשים הקווים בהם מתייחד דווקא מקרה זה, בהבדל מהמקרים האחרים ששמשו כאסמכתא.

2. באשר להשוואה למצב המשפטי בארה"ב ובאנגליה יש לזכור כי בארה"ב כפוף הנושא להסדר תחיקתי, ולו גם חלקי, המשליך על שיקולי מדיניות בתחומים קרובים, ואילו באנגליה נובעת הגישה המצמצמת בעיקרה מן ההסתייגות מהכרה בחובת זהירות מקום שמדובר בנזק כלכלי טהור³³. בארץ, לעומת זאת, הפגין בית־המשפט העליון עד עתה גישה מרחיבה עקרונית בשאלת קיומה של חובת זהירות במקרה בו מדובר בנזק כזה³⁴. לולא התמקד הנשיא שמגר בפסק־הדין באפשרות יצירת חריג לאחריות הנזיקית, ייתכן ושאלת הנזק הכלכלי היתה נדונה כאן לעומקה תוך קביעת עמדה ברורה בנושא שיקולי המדיניות המיוחדים לנזק כזה, לצורך הכרעה בדבר קיומה של חובת זהירות. 3. את השיקולים המערכתיים מבסס הנשיא שמגר בעיקר על אי־התאמתה של מערכת המשפט הפרטי, דיני הנזיקין, לתחולה על פעולה שעיקרה קבלת החלטה שבשיקול־דעת על־ידי רשות ציבורית. הקושי העיקרי אותו מדגיש בית־המשפט בהקשר זה הוא בקביעת ההתרשלות — הסטייה מסטנדרט הזהירות הסביר. קושי זה מקורו בחשש כי בהיעדר סטנדרט זהירות מוכר, ייאלץ בית־המשפט עצמו לקבוע סטנדרט כזה.

ואולם, הקושי בקביעת הסטנדרט לצורך בחינת התרשלותה של הרשות הציבורית אין בו כדי להשפיע על ההכרעה בדבר קיומה של חובת זהירות מצדה. שאלת קיומה של חובת זהירות ושאלת הפרתה — ההתרשלות — הן שתי שאלות נפרדות. השנייה עולה לדיון רק מקום בו ניתנה תשובה חיובית לראשונה.

לפיכך, יכול היה בית־המשפט לקבוע, כפי שאכן רצוי היה שיקבע, כי במקרה הנדון קיימת חובת זהירות. קביעה זו אינה מונעת מבית־המשפט להחליט, מטעמי מדיניות

31. שם, בע' 87.

32. בהתאמה לאמרתו המפורסמת של השופט קרדווי בעניין *Ultramares Corp. v. Touch Niven & Co.* (1931) 74 A.L.R. 1139

33. *Murphy v. Brentwood District Council* [1990] 2 All.E.R. 908 *Caparo Industries P.L.C. v. Dickman* [1990] 1 All.E.R. 568 J. Stapelton "Duty of Care and Economic Loss a Wider Agenda" 107 *L.Q.Rev* [1991] 249

34. עניין גורדון, לעיל הערה 11. ע"א 248/86 עובדן לילי הנגשוילי נ' רוטם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ"ה (2) 529. בקטגוריות יחסים מוגדרות ובכל הנוגע לאחריות לנזק כלכלי הנובע מחיווי דעה רשלני הופגנה גישה רחבה מאז המ' 106/54 ויינשטיין נ' קדימה, פ"ד ח (2) 1317.

משפטית, כי המפקח לא הפר את חובתו זו. למרות שהמפקח יכול היה להגיע למסקנות שונות מאלו שאליהן הגיע לאחר הפעלת שיקול-דעתו, שאז היו נזקיהם של התובעים נמנעים או מצטמצמים, עומד לו הכלל הידוע כי לא כל טעות שבשיקול-דעת דינה כדין התרשלות, ולא כל החלטה מוטעית גוררת אחריות בנוזיקין.³⁵

4. נימוקים כבדי-משקל, שמקובל לעשות בהם שימוש ביני נזיקין, תומכים דווקא בהכרה בקיומה של חובת זהירות במקרה הנדון. שקילת זהותם ומעמדם של שני הצדדים לדין, המפקח מחד ותלויי הנפגע מאידך, מחייבת קביעה כי מניעת הסיכון וצמצום האפקטים השליליים העלולים לנבוע מהחלטה שגויה, לפחות מבחינת הנפגעים, היתה נתונה בידי המפקח וכידיו בלבד. הנוק הכלכלי שנגרם כאן מבטא אובדן כללי מבחינת החברה כולה, ואינו בבחינת נזק הנגרם לאחד מיחיד החברה אך מתקזז על-ידי רווח שנוצר לאחר. פיזור הנוק וחלוקת הסיכון, שיקולי הרתעה, אפילו הסתמכות, ולו גם פסיבית ומובלעת, בעיקר כאשר מדובר בעריכת ביטוח שהדין מחייב קיומו, קיימת כאן. כל אלו מטים את הכף לכיוון ההכרה בקיומה של חובה, הכרה שכאמור, מהווה רק צעד ראשון בדרך להטלת אחריות נזיקית.³⁶

5. שיקולי מדיניות כלליים תומכים אף הם בהטלת חובת זהירות. כל השיקולים המוזכרים בפסק-הדין לא מנעו בעבר את ההכרה בקיומה של חובת זהירות בהקשר לביצוע רשלני של תפקיד על-ידי רשות ציבורית. חובת זהירות הוטלה גם במקרים של הפעלת שיקול-דעת רשלני על-ידי גופים ומוסדות שהתוצאות שהיו עשויות לצמוח מקביעה כזו לגביהם היו דומות לאלו שבמקרה הנדון — ריבוי אפשרי של תביעות, עומס כבד על המערכת וסכנה להתהוות מדיניות ציבורית דפנסבית.³⁷

35. הנשיא שמגר מנתח את שאלת ההתרשלות בעיקר לצורך הכרעה כסוגית קיום החובה. בדבריו אלו הוא מודגיש את האבחנה האמורה בין התרשלות לבין טעות בשיקול-דעת שאינה עולה כדי הפרת חובת הזהירות. ראה בעיקר פסקאות 24 ו-36 לפסק-הדין. בע' 77 ו-87 לפסק-הדין. לשיקולים אלו ונוספים ראה:

36. R.O'Dair "Murphy v. Brentwood D.C.: A House with Firm Foundation?" 54 *M.L.Rev.* (1991) 561; B.S. Markesinis & Deakin "The Random Element of Their Lordships' Infallible Judgment: An Economic Loss and Comparative Analysis of the Tort of Negligence. From Anns to Murphy" 55 *M.L.Rev.* (1992) 619; P. Cane "Economic loss in Tort: Is the Pendulum out of Control" 52 *M.L.Rev.* (1989) 200 ע"א 196/90 עיני, חברה לבנין בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, קריות, פ"ד מז (2) 111, עמ' 125-130. כללית ראה עוד G. Calabresi *The Costs of Accidents* (New Haven and London, 1970) P.Cane *Tort Law and Economic Interests* (Clarendon Press, Oxford 1991) בעיקר ב"Appendix" (Toronto 2d. ed. 1989) *Economic Negligence* (Feldthusen).

37. בעיקר בכל הנוגע לרשויות מקומיות — ע"א 324/82 עיריית בני ברק נ' רוטברד, פ"ד מה (4) 102. ע"א 80/87 זלסקי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ראשון לציון, פ"ד מה (4) 604. ע"א 209/85 עיריית קרית אתא נ' אילנקו, פ"ד מב (1) 190 (אף כי כאן התוצאה שונה). ע"א 196/90 225/90 217/90 הועדה המקומית לתכנון ובניה קריות נ' עיני חברה לבנין בע"מ לעיל הערה 36. ע"א 119/86 קני בתים בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, נתניה פ"ד מז (5) 727.

א' פורת "דיני הנזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"א), 256.

סיכום

מהדברים שלעיל מתבקשת המסקנה, כי יש להכיר בקיומה של חובת זהירות מצד המפקח/המדינה כלפי תלויי הנהג הנפגע. אין במסקנה זו כדי להשפיע בהכרח על התוצאה הסופית של פסק-הדין, שכן אין בו התייחסות מספקת לעובדות האמורות לבסס את ההכרעה בדבר הפרתה של חובה זו, וכבר הודגש לעיל, כי ייתכן וזהו הפתח דרכו יכול המפקח לחמוק מאחריות, במידה והיה נקבע כי שגיאתו או טעותו, אם אכן היתה כזו, אינה עולה כדי התרשלות.

ודוק, אין בכוונת הדברים להציע קביעה גורפת לפיה כל החלטה שבשיקול-דעת יוצרת בסיס להכרה בקיומה של חובת זהירות. שהרי זוהי גדולתה של עולת הרשלנות, שהיא מאפשרת אבחנה וסיווג. העוולה פותחת פתח — בדיון העקרוני, הערכי, המושגי — לקביעה שונה לגבי סוגי מקרים שונים, כאשר רמת ההפשטה בהגדרתם ועצם הקביעה כי קיים שוני ביניהם, נתונה לשיקול-דעתו של בית-המשפט. כך תסווג כל החלטה והחלטה בהתאם למהותה, לתכנה, למערכת היחסים בין מקבלה לבין מי שעלולים לשאת בתוצאותיה. שאלת קיום חובת הזהירות בגינה תיקבע לפי השיקולים האופייניים לה והדומיננטיים לסוג עליהם היא נמנית. רק אז יגיע תורה של שאלת ההתרשלות, הכרוכה אף היא בשיקולי מדיניות נכבדים. במסגרת שאלה זו יהיה על בית-המשפט לשקול שנית את מרביתם של השיקולים אותם העלה הנשיא שמגר לביסוס הכרעתו בפסק-דינו, וניתן להניח, כי בחלק גדול מן המקרים אכן תהיה התוצאה וזהו לזו שבפנינו.