

אחריות עובדי ציבור בנוזיקין

בע"א 312/63, אלון נ' פלד (פס"ד י"ז, 2572), דן בית המשפט העליון, זו הפעם הראשונה, בשאלה הקשה של אחריות עובד ציבור לנזקים שנגרמו עקב שימוש בסמכות שלטונית.

במקרה זה הוגשה תביעת נזיקין נגד מנהל משרד הרישוי במחוז ת"א והמרכז. התביעה התבססה על כך שהנתבע שלל את רשיון הנהיגה של התובע, בתוקף סמכות שהוענקה לו לפי סעיף 52 לפק' התעבורה (נוסח חדש), תשכ"א—1961. סעיף זה מסמך את רשות הרישוי, במקרה שהיא סבורה שיש בדרך נהיגתו של אדם משום סכנה לבטיחות התנועה, להחליט את רשיון הנהיגה של אותו אדם עד שיעמוד בבדיקות רפואיות ובחינות מסוימות. בית המשפט המחוזי מחק את התביעה על הסף בקבעו שאין היא מגלה עילה. בערעורו בפני בית המשפט העליון טען התובע — אשר לא היה מיוצג ע"י עו"ד — כי הנתבע פעל בזדון ולא מתוך נימוקים ענייניים.

התעוררה, אפוא, השאלה, האם יוכל התובע, בהנחה שיעלה בידו להוכיח זדון, לזכות בתביעתו, ואם כן מהי עילת התביעה. כמו כן התעוררה שאלה נוספת המתייחסת לחסינות הנתבע לפי סעיף 4 (2) לפק' הנוזיקין. בית המשפט העליון בדונו בשאלות אלו בחר שלא להכריע בהן סופית והחליט בסופו של דבר להרשות לתובע לתקן את תביעתו על ידי הוספת הטענה לפיה פעל הנתבע בזדון, והחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי.

בעקבות פסק דין זה מתעוררות שתי שאלות:

א. מהי עילת התביעה נגד עובד ציבור הגורם נזק לפרט.

ב. מהו היקף החסינות המוענקת לעובד ציבור בפני תביעות נזיקין.

עילת התביעה

לצורך השאלה הראשונה, דהיינו מהותה של עילת התביעה, מן הראוי להבחין בין סוגי פעולות שונות המבוצעות כרגיל על ידי גופים ציבוריים או עובדי

ציבור. פעולות אלו ניתן למיין בדלקמן:

(1) פעולות שיש בהן משום שימוש בסמכות שלטונית, כגון סמכות להפקיע רכוש, להעניק רשיון או לבטלו.

(2) פעולות שהן בגדר שימוש ביכולת או כוח על פי דין (Power). אלו הן פעולות אשר החוק מתיר לרשות ציבורית לבצע, אלא שאין הן פעולות שלטוניות טיפוסיות במובן זה שהשימוש בהן איננו פוגע במישרין בזכויותיהם של אנשים אחרים. על סוג זה של כוחות נמנים, למשל, הכוחות הניתנים לעיריות להקים רשת ביוב או מערכת תאורה עירונית.

(3) פעולות שניתן לכנותן כ"פרטיות", דהיינו פעולות אשר למרות היותן מבוצעות על ידי פקיד ציבור או רשות ציבורית, הן בגדר המשפט הפרטי. בסוג זה של פעולות נכללות פעולות כגון שימוש בכלי רכב לצורך עבודתם של פקידים הרשות הציבורית, גיהול מפעל המתנהל בדומה למפעל פרטי וכד'.

הסמכות מהסוג הראשון היא סמכות שיפוטית נורמטיבית. לגוף הציבורי ניתנת סמכות לשנות זכויות וחובות (כגון בעלות ברכוש) של אנשים פרטיים. לעומת זאת משמעותה של הענקת כוח (במובן Power) היא מחו רשות ל---

הציבורי לבצע פעולות, אשר אלמלא רשות זו שנקבעה בחוק, לא היה מוסמך לבצען. אך פעולות אלו אינן פוגעות במישרין בזכויות הפרט. בדוגמא שהבאנו לעיל היינו מתן כוחות לעירייה להקים רשת ביוב. לא מתעוררת כלל שאלה של שלילת זכויות הפרט. העירייה רשאית להקים את מפעל הביוב ובמסגרת זו אף תוכה להגנות מסוימות. כגון הגנה בפני תביעת מטרד. אולם על יסוד כוח זה בלבד אין היא רשאית לפגוע בזכויות משפטיות של הפרט.

הפעולות מהסוג האחרון שמנינו לעיל אינן מעוררות כל קושי מיוחד. פעולות אלו שייכות לתחום המשפטי הפרטי, ודין כן כדין כל פעולה המבוצעת על ידי הפרט. עובד ציבורי הגורם לתאונה שעה שהוא נוהג בכל רכב (ואפילו נהג לצרכי עבודתו) דינו כדין כל אדם אחר, ועובדות היותו פקיד ציבור אינה מעלה ואינה מורידה.

באמצעות הדוגמא הבאה ננסה להמחיש את סוגי הפעולות השונות: לרשות ציבורית ניתן כוח להניח מסילת ברזל, ולהפעיל קו רכבות. לשם כך נחנת לרשות סמכות להפקיע אדמות עליהם תוכל להניח את המסילה, הסמכות להפקיע אדמות היא סמכות שלטונית השייכת לקטגוריה הראשונה שהוכרנו לעיל: הכוח להקים את מסילת הברזל נכלל בקטגוריה השנייה; אך אם יורוק נהג הקטר סיגריה בוערת תוך כדי נסיעת הרכבת יהיה זה "מעשה פרטי" שדבר אין לו עם השימוש בכוחות הסטטוטוריים.¹

העובדה שבמקרים רבים לא השכילו להבחין בין סוגי הפעולות השונות המבוצעות על ידי גופים ציבוריים גרמה במידה רבה לבלבול העקרונות והמושגים בשטח זה. במאמרנו זה נדון בעיקר בפעולות הנכללות בקטגוריה הראשונה, דהיינו פעולות שיש בהן משום הפעלת סמכות שלטונית,² ובפתח בסקירה קצרה של המשפט האנגלי בעניין זה.

1. אחריות עובד הציבור כדין האנגלי

בדין האנגלי ניתן לחייב את פקיד הציבור בניזקין כאשר הלה חרג מסמכותו או פעל בזדון.

א. אחריות בשל חריגה מסמכות

השקפתו של המשפט המקובל היתה מאז ומתמיד כי פקיד ציבור הפועל מחוץ למסגרת הסמכות שהוקנתה לו בחוק נשללת ממנו החסינות. לה הוא זכאי כרגיל והוא הופך לאדם ברחוב. משום כך אין זה נכון לגרוס כי קיימת עילת תביעה המבוססת על חריגה מסמכות. הנכון הוא שניתן לחייב את עובד הציבור בשל מעשה גזיקין מבלי שיוכל לטעון להגנתו כי עשה את מעשהו במלא את

1. ייתכן, כמובן, שהרשות הציבורית תהיה אחראית אחריות שילוחית למעשה פרטי מעין זה.
2. לא נדון במסגרת מאמר זה בשאלת האחריות השלוחית למעשי עובד הציבור, וכן לא נדון באילו מקרים תהיה הרשות הציבורית אחראית ישירה למעשי עובדיה, דהיינו באילו מקרים פועל עובד הציבור כאורגן של הרשות הציבורית. בעניין זה השווה: ע"א 358/63 מדינת ישראל נ' שוורץ (פס"ד י"א, 2894).

תפקידו.³ בעבר היתה מקובלת ההשקפה כי במסגרת זו ניתן לחייב את פקיד הציבור בניזקין אך ורק אם מעשיו פגעו במישרין ברכושו או בגופו של התובע. במקרה זה נתבע הפקיד בתביעת הסגת גבול (Trespass) ומכיוון שהוא מוחזק כאדם רגיל, הוא אחראי באופן אישי לנזק שנבע ממעשיו. ההגנה היחידה העומדת לרשותו של הנתבע היא שטעה טעות שבעובדה וכי טעות זו היא שגרמה לו לחרוג מסמכותו.⁴ לעומת זאת במקרים בהם נגרם לתובע נזק כלכלי או פיננסי בלבד, לא היתה בנמצא עילת תביעה מוכרת. כך, למשל, אם שלל עובד הציבור שלא כדין את רשונו של התובע, אין התובע יכול להשתית את חבותו של הנתבע על עילת התביעה הרגילות. כפי שנראה להלן,⁵ מסתמנת נטייה לפחות בקנדה, להרחיב את ההכללה כך שניתן יהיה לתבוע את עובד הציבור אף אם מעשיו אינם מהווים Trespass.

ב. אחריות בשל פעולה זדונית

שונה לחלוטין היא אחריותו של עובד הציבור כאשר בסיסה של התביעה נגדו הוא הזדון המיוחס לו. בעבר, במקרה זה, לא היתה התביעה חייבת להיות מבוססת על Trespass אלא היתה on the case. במקרה זה עצם עשיית הפעולה בזדון מקנה לתובע את עילתו וזאת בין שחרג עובד הציבור מסמכותו ובין אם לאו.

נדגים הלכה זו במשפט עתיק בו נתבע שופט שלום לדין על כך שסירב לאפשר חקירת עד מסויים ועל ידי כך הכשיל תביעה ממונית של התובע.⁶ יצוין שלא נתעוררו כל ספיקות בשאלת סמכותו של שופט השלום לדון באותה תביעה. הדיון התרכז בשאלת חסינותו של הנתבע, אולם בית המשפט הניח, כמובן מאליו, כי קיימת עילת תביעה,⁷ וזאת למרות שאין כל אפשרות לשבץ את התנהגות

3. התקדים הקלאסי בו קבע זקן השופטים קוק הלכה זו הוא: *The Marshalsea*, 1027 E.R. 77 (1612). להסבר דיון האנגלי וניתוחו בשאלה זו, ראה: Rubinstein, *Liability in tort of Judicial officers* (1964) University of Toronto L.J. 317.

להתפתחות ההלכה בארה"ב, ר'.

- L.L. Jaffe, *Suits Against Governments and Officers* (1963) 77 *Harvard L.R.* 1, 209.
4. *Palmer v. Crone* [1927] 1 K.B. 804.

5. ר' עמ' 72 להלן.

6. מבחינת קיומה או אי קיומה של עילת תביעה במקרים כאלה, אין, כמובן, כל הבדל בין שופט לבין פקיד ציבור אחר, אולם כבר מימים קדומים נהוג שופטים בבתי משפט רגילים מחסינות רחבה יותר מזו של פקדי ציבור אחרים. במשך השנים הורחבה חסינות זו והוחלה גם על טריבונלים נוספים. במילים אחרות מבחינת עילת התביעה דין שופט כדין כל פקיד ציבור אחר אולם חסינותו רחבה יותר. ראה בשאלה זו מאמרו המאלף של ד"ר ד. תומפסון: *Judicial Immunity and the Protection of Justices* (1958) 21 M.L.R. 517.

7. *Green v. Buccleuchurches* [1589] 74 E.R. 294.

ראה גם *Ashby v. White* [1703] 87 E.R. 810 שבו נתקבלה תביעה שהוגשה נגד פקיד בחירות אשר שלל כמיוך את זכות הבחירה של התובע. וכן ראה את האסמכתאות המוזכרות בהערה 62 למאמרו של ד"ר רובינשטיין הנזכר בהערה 3 לעיל.

השופט באחד מראשי הנוזיקין המוכרים (כגון תקיפה או הסגת גבול). במקרים בהם יש אפשרות כזאת, כגון שבעקבות צו השופט נשלח התובע למאסר, אינן קושי במציאת עילת תביעה מתאימה.

פס"ד חדיש המאשר בעקפיין הלכה זו הוא: *David v. Abdul Cader* [1963] 1 W.L.R. 834. במקרה זה טען התובע כי הרשות המקומית התבעת סירבה בזמן ושלל כדין לתת לו רשיון לניהול בית קולנוע. השאלה שהתעוררה — ואשר לא הוכרעה סופית — היתה, האם יש לתובע עילת תביעה כלשהי, שאלה זו צריכה היתה להיחלץ בהתאם לדין ההולנדי-רומי אשר חל בעניין זה בציילון. אולם בית המשפט בציילון דחה את התביעה בהסתמכו, בין השאר, על הדין האנגלי. מועצת המלך, מבלי שהוכירה את האסמכתאות שהובאו לעיל, ציינה כי במשפט האנגלי לא קיים עקרון השולל את זכות התביעה במקרים של שימוש זדוני בסמכות סטטוטורית. והתנהגות כזאת עשויה להעניק לנפגע עילת תביעה בנוזיקין. הדיון הוחזר לבית המשפט בציילון על מנת שידון בו לעצם העניין.

מכאן שקיימת עקרונית זכות תביעה במקרים של שימוש בסמכות חוקית מתוך זדון. אולם תחומי העילה רחוקים מלהיות ברורים. בדרך כלל ניתן לומר שעילת התביעה קיימת רק אם נפגעה זכות של התובע. הבעיה מתעוררת בכל תומרתה כאשר השימוש בסמכות עליו קובל התובע לא שלל ממנו זכות קיימת (כגון שנשלל רשיון אשר כבר היה בידי התובע) אלא מנע ממנו לקבל יתרון או פריבילגיה שהתובע ביקש לקבלם (כגון אי הענקת רשיון).

2. הדין לפי פק' הנוזיקין המקומית

גם בארצנו לא מתעורר כל קושי, מבחינת עילת התביעה, במקרים בהם ניתן לשבץ את התנהגותו של עובד הציבור במסגרת עילה ברורה ומוכרת. כגון כאשר שוטר עוצר אדם שלא כדין. במקרה כזה יוכל הנפגע לסמוך על עילת תביעה של מאסר שווא (ס' 27 לפקודת הנוזיקין) או תקיפה (ס' 24 לפקודה), והשאלה היחידה שתתעורר היא שאלת חסינותו של אותו שוטר.

שאלת עילת התביעה מתעוררת במקרים מהסוג שנדון בע"א 312/63, אלון נ' פלד הנ"ל, בהם נשלל רשיונו של אדם או במקרים בהם סירבה רשות ציבורית להעניק לו רשיון. הקושי הוא בלשונו של בית המשפט העליון (מפיו של כב' השופט לנדוי):

"האפשר לשבץ את תביעת המערער, שהיא לפי מהותה תביעה בשל גרם נזק בזדון, בין עילות התביעה השונות המנויות בפק' הנוזיקים האזרחיים שלנו, ואם לא — מה המסקנה המשפטית הנובעת מזה?"

הקושי מקורו קודם כל בפסיקה הישראלית אשר הגבילה את עילות התביעה בנוזיקין לאלו המנויות בפקודה המקומית, תוך קביעה שעילות אלו מהוות רשימה סגורה (*numerus clausus*) אשר אין להוסיף עליהן תוך הזקקות לס' 46 לדרבה"מ.

8. ראה: *Davis v. Bromley Corp.* [1901] 1 K.B. 170. כפי שאובחן ב' *David v. Abdul Cader* דיון בעניין זה ראה גם בהערה על פס"ד *David v. Abdul Cader* שפורסמה ב' [1964] Camb. L. J. 4, 7.

9. ראה, למשל, ע"א 153/54, וידר נ' היהל"ש (פס"ד י', 1246).

משום כך לא נוכל להיעזר בעילת התביעה של שימוש זדוני בסמכות, אשר הוכרה כאנגליה כפי שהוזכר לעיל, שכן עילה זו לא הוכנסה לפק' הנוזיקין המקומית. במסגרת עילות התביעה המקומיות ננסה להצביע על שתי עילות עליהן ניתן, אולי, להסתמך לצורך זה: היפר חובה שבחוק (ס' 55 א' לפק' הנוזיקין) ורשלנות (ס' 50 לפקודה).

א. היפר חובה שבחוק

הסעיף מעניק עילת תביעה, בכסף להגבלות שבאותו סעיף, לאדם אשר נפגע כתוצאה מכך שהנתבע הפר חובה שהוטלה עליו בחוק. באופן עקרוני נראה שסעיף זה יוכל להעניק, במקרים מסויימים, סעד כנגד פקיד ציבור אשר השתמש בסמכות שלא כדין, אם כי לא מצאנו כל אסמכתא להשקפה זו לא בפסיקה האנגלית ולא בפסיקה הישראלית. נגיה, דרך משל, שהחוק מחייב מתן רשיון למבקש הממלא את תנאים מסויימים. כך, לדוגמא, ס' 26 א' לחוק המים, תשי"ט—1959, קובע כי:

"מי שהפיק או סיפק מים ביום תחילתו של חוק זה או מתן שנה שקדמה לאותו יום יתן לו נציב המים רשיון הפקה לאותה כמות מים שהפיק או סיפק לפני כן..."
נגיה, איפוא, שהמבקש הפיק מים ביום תחילת החוק, אולם נציב המים מסרב להעניק לו רשיון הפקה. במקרה כזה ניתן, אולי, לטעון שהסירוב מהווה הפרת החובה אשר נקבעה בחוק, וכי המבקש זכאי לתבוע את הנוזקים אשר נגרמו לו עקב הסירוב.¹⁰ מאידך ניתן להטיל ספק בכך אם סעיף 55 א' לפק' הנוזיקין חל על חוקים במישור המשפט הציבורי, להבדיל מחוקים הקובעים סנקציה פלילית (כגון פק' בתי חרושת) עליהם הוטל הסעיף עד היום. כמו כן קיים ספק אם מתמלאים התנאים שבסעיף 55 א' לפק' הנוזיקין, דהיינו אם חוק כזה נועד על פי באורו הנכון להגן על מבקש הרשיון בפני נזק כלכלי הנגרם עקב אי מתן רשיון או עיכובו.

מכל מקום נראה שאין אפשרות להחיל את סעיף 55 א' על מקרה שבו מעניק התובע סמכות רשות (להבדיל ממקרה שבו הוא מטיל חובה מיניסטריאלית) לתת רשיון או לשלול רשיון. מהטעם הפשוט שחוק כזה אינו מטיל על פקיד הציבור כל חובה שהיא. הסעיף מעניק לו סמכות לתת רשיון או לשלול רשיון במקרים מסויימים. קשה לגרוס שחוק כזה מטיל חובה סטטוטורית להימנע משימוש בסמכות בזדון או ברשלנות. נגיה שחוק מסויים מעניק לרשות סמכות להעניק ולשלול, לפי שיקול דעתה, רשיון יבוא. האם ניתן לומר, מקום שהרשות מסרבת לתת רשיון מתוך אפליה פסולה שהרשות הפרה חובה שבחוק, שעה שהחוק אינו מדבר בלשון חובה, אלא בלשון סמכות?

יתר על כן: אם, כפי שנאמר בע"א 312/63, מהווה שלילת רשיון נהיגה מתוך זדון פעולה החורגת מסמכותה של הרשות כפי שנקבעה בס' 52 לפק' התעבורה

10. הדעה המובאת לעיל נוגדת את השקפתו של גלגיל ויליאמס כפי שהובעה במאמרו:

'The Effect of Penal Legislation in The Law of Tort' (1960) 23 M.L.R.

233, בו גורס המחבר כי יש להגביל את התביעה בגין היפר חובה שבחוק למקרים

בהם היתה קיימת חובת זהירות אף בלעדי החובה הסטטוטורית. דעתו של גלגיל

ויליאמס אינה מקובלת אף על המשפטנים באנגליה (ראה, למשל, וינפילד, דיני נוזיקין,

מהדורה 7, עמ' 333—330) ובפקודה המקומית אין למצוא לה אחיות.

נראה הדבר כי אין מקום לתביעה לפי סעיף 55 א' לפקודה מהטעם שפעולה התאגדת מסמכות איננה מנוגדת להוראה סטטוטורית מפורשת. במלים אחרות: אין סעיף האוסר הריגה מסמכות, וחריגה כזו לאמיתו של דבר פעולה שנעשתה מתוך למסגרת החוק המסמיך.¹⁰

ב. רשלנות

הדיון שיובא להלן מבוסס על ההנחה שהשם אשר ניתן לסעיף 50 לפק' הנויקין עשוי להטעות. המושג רשלנות הוא דו משמעי. בלשון יום יום משמעותו צרה, והוא משמש מושג מנוגד לכוונה או פיוזות. אדם הפוגע בחברו בכוונה אין נוהגים לומר עליו שנתג ברשלנות.

אולם לרשלנות כעילת תביעה בנויקין משמעות רחבה יותר, ופירושה התנהגות הנפלת מסטנדרד מסויים שנקבע בדין. המבחן הוא אובייקטיבי ועובדתי בלבד. בית המשפט מודד את התנהגות הנתבע על פי אמת מידה אובייקטיבית המכונה בדרך כלל קנה המידה של "האדם הסביר". התנהגות שאינה תואמת את קנה המידה האובייקטיבי מהווה רשלנות, ואחת היא אם המניע להתנהגות זו הוא רצון מכוון, אי אכפתיות או חוסר תשומת לב.¹¹ נניח שאדם יוצא לנסיעה במכונית שבלמיה פגומים, כשיש בידו האפשרות לעמוד על כך. התנהגות זו מהווה רשלנות בין אם ידע על הפגם בבלמים (שאו נהג במתכוון) ובין אם נעשה הדבר מתוך אדישות או הונחה, שאם לא תאמר כן בגיע לתוצאה אבסורדית.

העובדות במשפט הקלאסי בעניין דונגיו נ' סטיבנסון יכולו לשמש להבהרת נקודה זו. התביעה במשפט זה התבססה על כך שהתובעת סבלה נזק כתוצאה מכך שבקבוק הבירה, אשר ייצרו הנתבעים, נמצא שבלול. בית הלורדים הכיר בכך שבמקרה זה עומדת לתובעת עילת תביעה המבוססת על רשלנות. אין חולקים על כך שאם הגיע השבלול לבקבוק עקב חוסר תשומת לב מצד היצרנים או עובדיהם היה בכך משום רשלנות.

אולם נניח שהיה מחברר כי לא בשוגג הגיע השבלול לבקבוק אלא הוכנס לשם במויד ובכוונה ע"י הנתבעים, היעלה על הדעת כי בשל כך תישלל עילת התביעה? במילים אחרות העולה של רשלנות מושתתת על קיום משגה (fault) ואינה מוגבלת למעשי חוסר זהירות.

נבחן כעת את היסודות העיקריים של עולת הרשלנות כפי שנקבעה ברישא של סעיף 50 לפק' הנויקין ונראה כיצד ניתן להחילה על התנהגותו של פקיד ציבור.

הסעיף קובע, למעשה, שני יסודות המרכיבים את העולה:

(1) עשיית מעשה (או אי שימוש במומחיות מקצועית) שאדם סביר לא היה עושה במסיבות הנדונות.

(2) ביחס לאדם אחר שלו חב הנתבע חובה לנהוג כאדם סביר.

10. אולם נעשו נסיונות לסווג פעולה מחוסרת סמכות כהפרת חובה, ראה הערה 43 במאמרו של רובינשטיין הנזכר בהערה 3 לעיל.

11. "דונגיו (של פקיד הציבור) הנו סטייה מן השורה לא מחות מאשר רשלנותו בריאה"; דברי השופט ב. כהן בע"א 508/59, ת"פ ג' מוניץ (פסקים מחוזיים כ"ה, 89, כ"ע 98).

ראוי להדגיש את חשיבותו של האלמנט השני: קיום חובה כלפי התובע. יסוד זה הוא שמאפשר לבית המשפט לסייג את היקפה של עולת הרשלנות. בית המשפט הוא הקובע באילו מקרים חב הנתבע כלפי התובע חובה לנהוג כאדם סביר, וקביעה זו היא בסופו של דבר, עניין של מדיניות משפטית.

את היקפו הרחב של סעיף 50 מתד ואת הדרך לצמצם את תחולתו באמצעות התנאי של קיום חובה כלפי התובע מאידך, תבהיר הדוגמא הבאה:

א פוגע בחוסר זהירות ב"ב. כתוצאה מכך נגרם נזק ל"ג שהוא מעבידו של ב. שכן עקב הפגיעה שובשה העבודה במפעלו של ג. ג תובע פיצויים מ"א. כאשר התעוררה שאלה דומה בפני בית המשפט העליון נפסק כי "בחלק ג' של הפקודה אין זכר לעולה האזרחית — הקיימת באנגליה — בדבר אבדן שירותים. דהיינו, בארץ אין תאדון יכול לקבל פיצויי נזיקים באם מישוה פגע במשרתו...".¹² לדעתנו צריכה היתה השאלה לבוא על פתרונה במסגרת סעיף 50 לפק' הנויקין. אין ספק ש"א. בדוגמא שהבאנו לעיל, לא נהג כאדם סביר. בכך התמלא התנאי הראשון הקבוע בסעיף. השאלה השניה מתייחסת לקיום חובה כלפי התובע. ניתן להניח כי בית המשפט יקבע ש"א חב כלפי ב חובה לנהוג כאדם סביר, ובכך תהיה תביעתו של ב (הנפגע הישיר) מושלמת. השאלה היא האם ל"ג, מעבידו של ב, יש עילת תביעה כנגד א. התשובה לשאלה זו מותנית בשאלה אם בית המשפט יכיר בכך ש"א חב חובה כלפי ג שלא לפגוע (תוך הפרת כללי הסבירות) ב"ב.

במידה שתוכר חובה כזו יוכל מעביד לתבוע על נזקים שנגרמו לו כתוצאה מפגיעה בעובד המועסק על ידו. ייתכן מאוד, שבתי המשפט לא יראו בעין יפה הרחבה כזו של זכת התביעה בנויקין, ויעדיפו למנוע הגשת תביעות מסוג זה על ידי כך שיקבעו כי הנתבע אינו חב כל חובה (במובן סעיף 50) למעבידו של האדם אשר נפגע על ידו.¹³

לאור הדברים האמורים לעיל נבחן שלוש קבוצות של מקרים:

1. רשלנות במלוי תפקיד שאינה כרוכה בשימוש בסמכות.

2. נזק הנגרם כתוצאה מפעולה שנעשתה ללא סמכות.

3. נזק הנגרם עקב שימוש פסול בסמכות.

1. את הקבוצה הראשונה ניתן להמחיש בעזרת הדוגמאות הבאות:

א. הנתבע מזכיר ועדה צבורית שבסמכותה להעניק רשימות, מעכב במשך מספר חודשים, מתוך חוסר תשומת לב. את בקשתו של התובע לקבלת רשיון, כאשר מובאת הבקשה בפני הועדה היא זוכה לאישור בו במקום. התובע דורש פיצויים על הנזק שנגרם לו עקב העיכוב בהוצאת הרשיון. ב. הנתבע, מזכיר ועדה צבורית המוסמכת להעניק רשימות, איננו שולח לתובע במשך תקופה ממושכת את הרשיון שניתן לו ע"י הועדה.

ג. הנתבע, מזכיר ועדה צבורית המוסמכת להעניק רשימות, מוטר לאזרח התובע, מתוך חוסר תשומת לב, אינפורמציה מוטעית לפיה לא תתכנס

12. ע"א 153/54, נידר נ' היוהמ"ש (פס"ד י', 1246, 1248).

13. תשומת לבן של ביהמ"ש העליון והפנתה בע"א 153/54, נידר נ' היוהמ"ש (פס"ד י').

1246, 1225) לנקודה זו, אולם השופט גייסין לא היה מוכן להרחיב את חוג האנשים

הזכאים לתבוע בעילת רשלנות מעבר לתחומי האלמנה האנגלית.

הועדה במשך שנה כתוצאה מכך נמנע התובע מלהגיש בקשה לקבלת רשיון. אילו הוגשה הבקשה היה התובע זוכה ברשיון.

ד. הנתבע, עובד בביקורת גבולות ומתפקידו למנוע יציאת אנשים מהארץ כהתאם לצווים של בתי משפט. מתוך חוסר תשומת לב אין הוא מבחין בצו עיכוב יציאה מן הארץ שהוצא לגבי פלוני. כתוצאה מכך נגרם לתובע, שהוא נושה של פלוני, נזק ניכר, באשר אין הוא יכול לגבות את חובו.

המשותף לכל הדוגמאות שהובאו לעיל, הוא שמדובר במה שניתן לכנות כ"רשלנות פקידותית" או "רשלנות ביורוקרטית". היינו עובד הצבור איננו פועל כפי שניתן לצפות שעובד סביר יפעל במסיבות המקרה. בכך דומה מצבו לכל בעל מקצוע שאינו פועל במומחיות הנדרשת מאדם במקצועו (ראה סעיף 50 (1) (ב) לפקודה). והתנאי הראשון, החריגה מסטנדרד האדם הסביר, מתקיים. השאלה הקובעת היא האם יהיה בית המשפט מוכן להכיר בקיומו של התנאי השני, היינו בכך שעובד הצבור חב כלפי האזרח התובע חובה לנהוג על פי הסטנדרד הנדרש בסעיף 50.

כאשר בוחנים את השאלה מנקודת ראותו של המשפט האנגלי נתקלים אנו קודם כל בקושי שהמדובר הוא בנזק פיננסי או נזק כלכלי בלבד. בתי המשפט באנגליה נמנעו, במשך תקופה ארוכה, מלהפעיל את עילת הרשלנות במקרים בהם לא נפגעו התובע או רכושו באופן פיסי, ואשר בהם היה הנזק מוגבל להפסד כלכלי.¹³ בישראל אין קושי זה קיים: זכות התביעה בגין נזק פיננסי מוכרת מזה שנים אחדות.¹⁴ והעובדה שנוזק של האזרח התובע הוא פיננסי בלבד, לא תעמוד לו למכשול. חזרת אם כן השאלה: האם חב עובד הצבור חובה כלפי האזרח התובע? בית משפט אוסטרלי השיב על כך בשלילה. עובדות המקרה היו דומות לאלו שבדוגמא (א) לעיל (המדובר היה בעיכוב רשיון 'בוא'), והתביעה נדחתה מפאת העדר חובה כזאת.¹⁵ אך נראה לנו שאין זה פתרון משביע רצון כלל ועיקר. קשה לראות מה ההבדל בין פקיד הצבור, בדוגמאות שהובאו לעיל, לבין נהג העגבנה בשיירות המדינה, הפוגע בהולך רגל במהלך עבודתו, אם נתעלם מן ההבחנה הפסולה בין נזק כלכלי לנזק פיסי, נווכה כי ההבדל היחידי בין שני המקרים נעוץ במקצועות השונים של הנהג והפקיד. על כל פנים, לשונו של סעיף 50 (2) הקובעת את היקף החובה היא ברורה: כל אדם חב חובה לכל בני אדם "שאדם נכון צריך היה לצפות" — במסיבות הנדונות — כי הם או הוא עלולים להיות נפגעים — במהלך העניינים הרגיל — על ידי עשייתו או אי עשייתו של מעשה

13. רק לאחרונה מסתמנת באנגליה נטיה להכיר בזכות התביעה גם במקרים של נזק פיננסי. ראה: *Hedley Byrne v. Heller* (1964) A.C. 465.

13A. המר' 106/54, רישיון י קרימה (פס"ד ח', 1317); עם זאת יכזרו בתהליך להעניק סעד באותם מקרים בהם אומדן הנזק נעשה על פי המחכמה המוכרת של הערכת נזקי רכוש וגוף ואבדן משכורת. גופה מעיר במאמרו הנזכר בהערה 3 לעיל כי משום כך סיבבו בתי המשפט בארה"ב להעניק סעד במקרה של שלילת רשיון בעוד שלא היססו לעשות זאת במקרים של פטורין שלא כדין; ר' שם, ע' 226.

14. *Revész v. Commonwealth of Australia* [1951] 51 S.R. (N.S.W.) 63.

כל שהוא או על ידי המנעות משמוש במומחיות נאותה...¹⁴.

הגדרה זו של היקף החובה לקוחה מפסק דינו של לורד אסקין במשפט *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562. באנגליה הסתייגו, לא אחת, מהגדרה זו בהיותה, לדעת השופטים, רחבה מדי והמצב שם רחוק מלהיות ברור.¹⁵ מכאן שיש להתייחס בהזירות לתקדימים האנגליים בסוגיית היקף החובה, ואין כל טיבה להרתע מהכרה בקיום חובה מצד פקיד צבור כלפי אזרחים העשויים להפגע כתוצאה מפעולותיהם.

דוגמה (ג) המובאת לעיל ממחישה את ההגיון שבהשקפתנו. פקיד צבור הגורם נזק לאזרח על ידי מצג שוא רשלני במהלך עבודתו, מדוע יהיה דינו שונה מדינו של כל בעל מקצוע אחר האשם במעשה מאותו סוג?¹⁶ מסקנתנו זו לא תשתנה אם בכל הדוגמאות שהובאו לעיל פעל הפקיד לא מתוך חוסר זהירות או חוסר תשומת לב, אלא מתוך כוונה או זדון להרע לאזרח. כפי שצינו לעיל, העוולה של רשלנות היא לאמיתו של דבר עוולה של פשיעה, והאחריות בגין עוולה זו יכולה להתבסס על מעשה מכון כשם שהיא יכולה להתבסס על חוסר תשומת לב.

2. געבור לקבוצת הדוגמאות השנייה המתייחסת לחוסר סמכות:

ה. לפקיד רישוי ניתנת סמכות להעניק רישיונות ולבטלם בהתקיים תנאים מסוימים, שהנם תנאי מוקדם לשימוש בסמכותו: הוא רשאי, למשל, לבטל רשיון באם עבר בעל הרשיון עבירה פלילית. עקב טעות בהוק מבטל פקיד הרשוי את רישיונו של פלוני מבלי שנתמלאו התנאים

14A. בפסק דינו של לורד לורדבורו בעניין *Shiells v. Blackburne* [1789] 126 E.R. 94

מוסברת אחריותם של בעלי מקצוע למעשי רשלנות במסגרת עבודתם. בהקשר זה מונה השופט בנשימה אחת פקיד מכס יחד עם בעלי מקצוע שאינם נושאים תפקיד ציבורי כאחראים לרשלנות במילוי תפקידם.

15. ביק. המשפטנים האנגליים עדיין נטושה המחלוקת אם אותה נוסחה רחבה של "שכנות" בה דל לורד אסקין משקפת נכונה את החוק האנגלי בשטח זה; דברי השופט אגנס בהמר' 106/54 הגיל בעמ' 1339. אך בשנים האחרונות ניכרת התקרבות להשקפת לורד אסקין; ראה את פסה"ד הנזכר בהערה 13 לעיל.

16. בהמר' 106/54 הגיל נקבעה האחריות של מהנדס למצג שוא רשלני. שאלה זו ממש התעוררה לגבי עובד צבור בפס"ד אוסטרלי: *McRae v. Commonwealth Disposals Commission* (1951) 84 C.L.R. 371 שם הציגה ועדה ממשלתית מצג שוא באמרה לתובע כי במקום מסוים מצויה אניה טבועה. עקב מצג שוא זה, שנעשה ברשלנות, התקשר התובע עם הועדה בחוזה לרכישת האניה, ורק לאחר מכן נתברר כי האניה לא הייתה כלל בנמצא. פסה"ד שניתן לטובת התובע עוסק אך ורק בשאלת אחריותה של הנתבעת על פי חוזה. אולם, כפי שמציין ר. סטיוונס, ניתן היה לחייב את הועדה בנוקדין בשל התנהגותה הרשלנית:

Hedley Byrne v. Heller: Judicial Creativity and Doctrinal Possibility [1964] 27 M.L.R. 121 at 156.

לאפשרות של חיוב עובד צבור בגין הצהרת שוא רשלנית דאה גם הערה ב' [1964].

Camb. L. J. 4

הקבועים בחוק, או במילים אחרות הפקיד מתימר לבטל את הרשיון ללא סמכות.

העובדות כדוגמא ה', אולם פעולתו של פקיד הצבור נעשתה בידועין (היינו בכוחו לפגוע בפלוגין), או מתוך חוסר תשומת לב. במילים אחרות: הפקיד פעל בנסיבות בהן לא היה פקיד סביר מבטל בשום פנים את רשיונו של פלוגין.

ז. פקיד מכס שיש לו סמכות לחלט טובין (בעברית: להחרים חפצים) במקרים מסוימים, מחלט, עקב טעות בחוק וללא סמכות, סחורה השייכת לתובע.

התכונה המאפיינת את הדוגמאות שהובאו לעיל היא שפקיד הצבור התימר להשתמש בסמכות שלטונית, אולם בכל המקרים הללו חרג מהסמכות שהוקנתה לו בחוק. כפי שכבר ציינו, לא מתעורר כל קושי, לא במשפט האנגלי ולא במשפט הישראלי, בדוגמא (ז) המובאת לעיל. זהו מקרה טפוסי של פגיעה ישירה בנכסיו של התובע, שלגביה הפעילה, מאז ומתמיד, את עילות התביעה המוכרות של השגת גבול או גזילה (סעיפים 42 ו-34 לפק' הנוזיקין)¹⁷. לעומת זאת מעוררות דוגמאות (ז) ו-(י) קשיים ניכרים. ראשית, נשאלת השאלה מהו הנזק שנגרם לתובע, שהרי אם לא היה זה בסמכות הפקיד לבטל את הרשיון נשאר זה — לפחות באופן תאורטי — בתקפו, ההתובע לא סבל כל נזק עקב ה"ביטול"¹⁸. שנית: קשה, כאמור, לשייך את הנזק לעילת תביעה מוכרת.

לא נוכל להצביע על עילת תביעה אפשרית בדוגמא (ה) המובאת לעיל, שבה כפי שאנו מניחים, למרות שחרג הפקיד מסמכותו לא היה בהתנהגותו משום פגיעה או חריגה מהסטנדרד של האדם הסביר, המדובר הוא לכל היותר בטעות בשקול דעת או בטעות בפירוש החוק¹⁹. לעומת זאת, בדוגמא (ו) ניתן, אולי, לבסס את עילת התביעה על פשיעתו של הפקיד. במקרה זה מבוססת התביעה לא על עצם החריגה מסמכות, אלא על הפגיעה, דהיינו על כך שהפקיד הפר את חובתו להתנהג על פי סטנדרד הסבירות כלפי האזרח התובע. במובן זה אין כל הבדל אם הפקיד פעל

17. אם כי יתכן, כמובן, שהמזג לפקיד הגנה במסגרת סעיף 4 (2) לפקודה, בו נדון להלן.

18. במשפט האנגלי נטו בתי המשפט להתייחס למעשה שנעשה ללא סמכות כאל מעשי אסתי שאין לו כל תוצאה משפטית ומשום כך לא היו מוכנים להכיר בעובדה שמעשה כזה עלול לגרום נזק. ראה: 2 K.B. 504 [1916] *Stott v. Gamble*; אולם השקפה זו לא נתקבלה על דעתו של לורד דינגו; ראה את דבריו בפסה"ד בענין *Bonsor v. Musicians' Union*, (1954) 1 Ch. 479, at 513. ואכן, בית המשפט העליון בקנדה פסק כי במקרה כזה הברירה בידי האזרח הנפגע: להתעלם מהפעולה השלטונית שנעשתה ללא סמכות או לציית להוראה השלטונית ולתבוע פיצויים על הנזק שנגרם עקב כך: ראה [1959] S.C.R. 121 *Roncarelli v. Duplessis*. ההשקפה הקנדית נראית מתקבלת על הדעת, שכן אין לצפות לכך שהאזרח יצו להסתכן ולהמרות את פי השלטונית, אפילו במקרים בהם פעלו ללא סמכות.

19. קשה להניח שניתן יהיה לתבוע על הפרת חובה שבחוק ראה בענין זה את הדיון המובא לעיל בעמ' 65-66. בהקשר זה ראוי להזכיר גם את פסה"ד הקנדי בענין *Roncarelli v. Duplessis* [1959] S.C.R. 121 שבו ראו בעובדת החריגה מסמכות כשלעצמה, משגה שעליו ניתן להשתית את עילת התביעה: ר' להלן, עמ' 72.

במסגרת סמכותו או חרג ממנה. בכך מגיעים אנו לקבוצת הדוגמאות הבאה של פעולות במסגרת סמכות, והאמור לגבי קבוצה זו כוחו יהיה יפה גם לגבי המקרים של חריגה מסמכות עקב פשיעה.

3. קבוצה שלישית: נזק הנגרם עקב שמוש פסול בסמכות

כאשר פועל הפקיד במסגרת סמכותו, כלל הוא שאין לאזרח הנפגע כל עילת תביעה שכן הפקיד פעל כדין, אולם, אם חוץ כדי שמוש בסמכותו חרג הפקיד מהסטנדרד של האדם הסביר יתעוררו קשיים ניכרים. קשיים אלו נדונו כבר בחלקם בדוגמאות שהבאנו בקבוצה הראשונה של רשלנות פקידותית. אולם קיים קושי נוסף, הנובע מעצם העובדה שהפקיד נשאר בתחום סמכותו, הנחשב בעיני המשפט האנגלי כתחום מוגן בפני אחריות בנוזיקין. משום כך סרבו בתי המשפט באנגליה להכיר באחריותו של פקיד צבור שפעל במסגרת סמכותו, אפילו אם התרשל²⁰. אולם, כפי שראינו לעיל, מכיר המשפט האנגלי בעילת תביעה עצמאית המבוססת על שימוש בסמכות מתוך זדון²¹.

להבחנה זו בין זדון לבין רשלנות "תמימה" אין מקום במשפט ארצנו. האפשרות היחידה, הנראית לנו, היא להשתית את עילת התביעה על סעיף 50 לפקודה. נמחיש את השקפתנו זו בדוגמאות הבאות:

ח. התובע הגיש בקשה לרשיון לפקיד המוסמך. הפקיד, מתוך עצלות, לא קרא אותה כלל, והחליט לסרב לבקשה. מוכח שאילו היה קורא את הבקשה בעיון היה מעניק את הרשיון. כשם שנהג בעבר לגבי מבקשים בעלי נתונים דומים.

ט. העובדות כמו בדוגמא (ח), אלא שסיבת הסרוב לא נעוצה באי קריאת

הבקשה אלא ברצונו של הפקיד לפגוע במבקש.

כפי שצינו, באנגליה קיימת עילת תביעה בדוגמא (ט) אך לא בדוגמא (ח). מהו המצב בישראל? אם יהיו בתי המשפט בארץ מוכנים להכיר בכך שפקיד צבור חב כלפי האזרח — אפילו בעת שהוא משתמש בסמכות המוענקת לו בחוק — חובה למלא את הסטנדרד שבסעיף 50 לפק' הנוזיקין, אזי אין כל מניעה להכיר בעילת תביעה במקרה (ח). לאור השקפתנו שהובאה לעיל לא יהיה מבחינה זו, כל הבדל בין דוגמא (ח) לדוגמא (ט). ההגיון מחייב שאם בדוגמא (ח) קיימת עילת תביעה הרי בדוגמא (ט) על אחת כמה וכמה. אולם נראה לנו שאין צורך להזקק לעקרון של קל וחומר וכי ניתן לומר בפשטות כי גם בדוגמא (ט) אחראי הפקיד לפי סעיף 50 כלשונו.

האחריות לפי סעיף 50 מבוססת, כאמור, על כך שהתנהגותו של התובע נפלה מהסטנדרד הנדרש. אם, כפי שאנו מניחים, היה פקיד סביר מעניק לתובע את הרשיון המבוקש, תחול על התובע אחריות בגין סירוב להעניק את הרשיון. ואחת היא אם סיבת הסרוב מקורה בחוסר תשומת לב או בכוונת זדון²². אולם,

20. 631 A.C. (1921) *Everett v. Griffith*. במקרה זה נזחחה תביעת נוזיקין של אדם אשר התבצע הוציא נזקו צו אשפוז, (לדבריו, ברשלנות), כאשר הצו הוצא במסגרת סמכות.

21. ראה, לעיל, עמ' 63-64.

22. ראוי להדגיש כי לפי הגיתוח ולעיל לא הוזן הוא היוצר את העילה אלא הסתיה מהסטנדרד הנדרש, והזון בדוגמא שהובאה לעיל רק גרם לאותה סתיה.

כפי שצויין לעיל, אין זה ברור אם יהיו בתי המשפט מוכנים להכיר במקרים אלו בקיום חובה, במובן סעיף 50 לפקודה, לגבי שימוש בסמכות קיימת, כמובן, אפשרות שנית המשפט לא יכיר בקיום חובה כללית מעין זו אלא יקבע בכל מקרה ומקרה אם, לאור העובדות הספציפיות, יש מקום להכיר בקיום חובה מסוג זה. לנו נראה כי יש להכיר בקיומה של חובה זו בכל מקרה שהנוק שנגרם לאזרח היה חייב להיות צפוי מראש.

בהקשר זה נפנה לפסה"ד הקנדי בענין *Roncarelli v. Duplessis* (1959) S.C.R. 121 למרות שזה התייחס להריגה מסמכות, עובדות פסק הדין: ראש ממשלת קויבק, תוך הריגה מסמכות, ביטל את רשיונו של התובע למכירת משקאות משכרים, בנימוק שהתובע הסכים לשמש כערב להכריז כח "עדי ה" שנאשמו בעבירות פליליות. ראש הממשלה חויב בתשלום פיצויים לתובע.

פס"ד זה מוסבר על יסוד סעיף 1053 לקודקס האזרחי של מדינת קויבק, קודקס זה מושתת על קוד גפוליאון, וסעיף 1053 מקביל לסעיפים 1382 ו-1383 לקודקס האזרחי הצרפתי. הסעיף קובע בלשון כללית ביותר כי כל אדם אחראי לנזקים שהוא גורם לאחר עקב משגהו (*faute*) בין על ידי מעשה פוזיטיבי, חוסר תבונה (*imprudence*), הונחה, או חוסר מומחיות.

בית המשפט ראה במעשהו של ראש הממשלה הנתבע "משגה" במובן הסעיף, אך לא הבהיר אם עצם גרימת הנזק עקב חריגה מסמכות היא כשלעצמה מהווה משגה, או שהתנהגות הנתבע בנסיבות המקרה היא שהוותה "משגה" במובן הסעיף. אם הדעה השניה נכונה הרי שאחריות ראש הממשלה היתה נקבעת אפילו פעל בתחום סמכותו.²³ יתר על כן: אם דעה זו נכונה, יש בה כדי לתמוך בהשקפה שהובעה לעיל לפיה ניתן לבטל את אחריותם על פקיד צבור על משגה (או רשלנות) ואחת היא אם חרגו מסמכותם אם לאו. על אף השוני בין סעיף 50 לפקודה המקומית לסעיף 1053 של הקודקס הקויבקי, ניתן ללמוד מפסה"ד הקנדי על האפשרות להשתית את עילת התביעה נגד פקיד צבור על סעיף הקובע אחריות אזרחית בין אדם לרעהו.

החסינות המוענקת לעובד ציבור

אפילו נניח שיעלת בידי התובע להצביע, באחת מן הדרכים שתוארו לעיל, על עילת תביעה בגין נזקים שנגרמו לו על ידי פקיד צבור, עדיין עומד בפניו מכשול נוסף: החסינות או הגנה המוענקים לפקיד צבור, בחוקי הארץ מצויות הוראות שונות ומגוונות שבצילן עשויים פקיד צבור לחסות.²⁴ אנו נסתפק בדיון בסעיף 4 (2) לפק' הנויקין, על פיו מוגנים עובדי מדינה ופקיד צבור אחרים בפני תביעות המתיחסות למעשים שנעשו בתחום הרשאתם החוקית; ההגנה משתרעת גם על מקרי חריגה מסמכות בתנאי שהנתבע פעל בתום לב תוך שימוש מדומה בסמכות. סייג חשוב להגנה זו הוא שאין כוחה יפה מקום שהתביעה מבוססת על עוולת רשלנות. סעיף זה לקוי בנסוחו וכפי שנראה להלן קשה לעמוד על משמעותו והיקפו.

23. C. A. Sheppard: 'Roncarelli v. Duplessis: Article 1053 C.C. Revolut-ionized' (1960) 6 McGill, L.J. 75.

24. ראה למשל ס' 49 לפק' המשטרה, סעיפים 11, 53 ו-56 לפק' בתי הדואר.

בדרך כלל כאשר פועל הנתבע בגדר סמכותו יש הצדקה מלאה להגנה המוענקת לו. הקושי מתעורר מקום שהנתבע פעל, אמנם, בגדר הרשאתו החוקית, אך יש דופי בפעולתו כגון שפעל עקב מגיעים פסולים, או מתוך זדון או שפעל ברשלנות.

העובדה הראשונה הבולטת לעין היא שלא נקבע ברישא של הסעיף כי ההגנה המוענקת לנתבע לגבי פעולה בתחומי סמכותו מותנית בכך שפעל בתום לב. השמטה זו, כשלעצמה, אינה כה חשובה: בדרך כלל ניתן להניח שהגנת סעיף כזה מותנית בתום לבו של הנתבע, ואפילו לא נקבע תנאי זה במפורש יניח בית המשפט את קיומו מכללא.²⁵ הקושי הוא שהאלמנט של תום לב אינו נזכר בס' 4 (2) מקום שהסעיף מדבר בפעולה של הפקיד בגדר הרשאתו החוקית, בה בשעה שאלמנט זה של תום לב מוזכר במפורש מקום שהסעיף מדבר בחריגה מסמכות.

האם פירוש הדבר שמקום שפעל עובד הצבור במסגרת הרשאתו החוקית יהיה מוגן בפני תביעת נזיקים אפילו פעל שלא בתום לב ומתוך כוונה לפגוע בתובע? בית המשפט בע"א 312/63 אלון נ' פלד (פס"ד י"ז 2572, 2574) נטת לדעה כי התשובה לכך היא שלילית:

"תוצאה מרחיקת לכת היא, המנוגדת גם להלכה הרוחת במשפט המקובל האנגלי, שפקיד צבור יוכל לנצל לרעה את הסמכות, שנתנה לו על פי החוק, מתוך מגיעי זדון בלי שתחול עליו ועל המדינה כל אחריות אזרחית כלפי האזרח הנפגע".

אולם בסופו של דבר לא הכריע בית המשפט סופית בשאלה זו. לעומת זאת פסק בית המשפט המחוזי בתל-אביב בע"א 508/59, תיק נ' מוניץ (פסקים מחוזיים כ"ה 89), כי במקרה של חוסר תום לב לא יוכל פקיד הצבור להנות מההגנה הקבועה בסעיף 4 (2), וזאת משום שפקיד צבור הפועל בזדון חורג ממסגרת הרשאתו החוקית. להשקפה זו יש, כאמור, סימוכין בפסיקה האנגלית. עם זאת ראוי לציין שמבחינה אנליטית קשה לזהות באופן אוטומטי, ובכל מקרה, חוסר תום לב עם חוסר סמכות.²⁶

מבחינה הסטורית נראה שהסיבה להשמטת הסיג של תום לב במקרי פעולה בגדר סמכות נעוצה בזיקתם של מנסחי הסעיף לדין האנגלי, הדין האנגלי לא מכיר כלל באחריותם בנויקין של פקיד צבור הפועלים בגדר סמכותם אלא במקרי זדון. זדון מזהה, איפוא, תנאי-בלעדיו אין לאחריותו של פקיד צבור הפועל במסגרת סמכותו. יסוד הזדון מהווה חלק מעילת התביעה. מכיוון שכך, לא ראו, כנראה, לנכון לציין במיוחד את התנאי של תום לב בהוראה המעניקה הגנה לפעולה במסגרת סמכות. לעומת זאת, במקרים בהם חרג הפקיד מסמכותו היה בדרך כלל אחראי בנויקין, על פי המשפט המקובל, אפילו פעל בתום לב. במגמה לצמצם אחריות זו, החקו באנגליה, שווה של חוקים המגיינים על פקיד צבור החורגים מסמכותם. באותם חוקים נקבע לרוב במפורש שההגנה מותנית בקיום תום לב.²⁷ ונסת דומה מופיע בס' 4 (2) המקומי לגבי פעולות החורגות ממסגרת הסמכות. אם דעה זו נכונה

25. ראה, *Lamb v. Benoit* [1959] S.C.R. 321. פס"ד קנדי שבו נקבע כי ההגנה של פקיד צבור מותנית בקיום תום לב מצדו, אפילו כאשר הידר לא נזכר בחוק. קיימים גם פס"ד אנגליים רבים ככהן זה. ראה את פסקי הדין המקובלים בריג'סט כרך 38 (החלפה) בעמ' 124-130.

26. השווה: *Smith v. East Elve R.D.C.* [1956] A.C. 736.

27. ראה, למשל, ס' 141 (1) ל- *Mental Health Act, 1959*.

יש בה כדי לתמוך במסקנתו של בית המשפט המחוזי בע"א 508/59 הנ"ל, והתנאי של תום לב קיים הן במקרים של פעולה בגדר סמכות והן במקרי חריגה מסמכות.²⁸ ההגנה כולה אינה חלה מקום שהתביעה נגד פקיד הצבור היא בגין רשלנות — לפי הנוסח האנגלי "an action for negligence". סייג זה ניתן לפרשו בשתי דרכים:

א. ההגנה אינה חלה מקום שהתביעה היא בגין רשלנות לפי סעיף 50 לפקודת הנויקין.

ב. ההגנה אינה חלה מקום שהיתה רשלנות, לאו דוקא במובן של עילת תביעה אלא במובן כללי יותר של התרשלות *inadvertance*, תהא עילת התביעה אשר תהיה.

לכאורה נראה מלשון הסעיף שהפירוש הראשון הוא הנכון. הסעיף לא מדבר ברשלנות סתם אלא בעילת רשלנות, ועילה זו מוגדרת בסעיף 50 לפקודה. מאידך, מעורר פירוש זה קשיים ניכרים. על פי פירוש זה תקבע חסינותו של פקיד הציבור לא לפי מהותו של המעשה, או מידת הדופי שבו, אלא בהתאם לסעיף בפקודת הנויקין שלתוכנו ניתן לשבץ את עילת התביעה. הקושי קיים ביתר שאת בהתחשב בכך שסעיף 50 הינו רחב ביותר ומעשים רבים המהווים עוולה לפי סעיפים שונים בפקודה ניתן לשבצם גם במסגרת סעיף 50.²⁹ נבהיר דברינו על ידי הדוגמא הבאה: אדם נעצר על ידי המשטרה והרכוש שנמצא בידו מוכנס לפקדון בתחנת המשטרה. קצין משטרה, מבלי לערוך בירור מספיק, מוכר את הרכוש במסגרת מכירת חפצים ללא בעלים. נניח לרגע שעילת התביעה היחידה המתאימה במקרה זה תהיה העילה של גולה (*conversion*) לפי סעיף 37 לפק' הנויקין, אם כך הדבר הרי שלפי פירוש (א) בו אנו עוסקים יהיה הקצין מוגן, שכן אין התביעה מבוססת על עילת רשלנות לפי סעיף 50. הקצין פעל בתום לב והעובדה שהתרשל אין בה כדי לשלול את ההגנה. לעומת זאת אם נניח שניתן לסווג את התנהגותו של קצין המשטרה תחת עילת הרשלנות — לא תעמוד לו ההגנה שסעיף 4 (2) לפקודה. ואכן, כפי שהבהרנו, יתכן מאוד כי למרות שמכירת החפץ מהווה גולה (*conversion*) אין כל מניעה לתבוע גם בגין רשלנות.³⁰

קביעת חבותו של קצין המשטרה תהיה, איפוא, מקרית לחלוטין. שאלת חסינותו של פקיד הציבור תיקבע לא על פי מידת פשיעתו, או על פי יסוד הגיוני אחר, אלא באורח מקרי בלבד. תוצאה בלתי סבירה זו תובהר ביתר שאת אם נשנה את הדוגמא שהובאה לעיל ובמקום מכירה של הפקדון יהיו העובדות שקצין המשטרה לא שמר את החפץ בזהירות מספיקה, כגון שהפקירו בחוץ בגשם ולאחר מכן החזירו לאסיר כשהוא פגום. במקרה זה אין מקום לתביעה בגין גולה או

28. אולם במקרי חריגה מסמכות אין בתי המשפט באנגליה מסתפקים בתום לבו של פקיד הצבור הנחבץ. ההגנה במקרי חריגה מסמכות מותנית גם בכך שהיה לנתבע יסוד להאמין כי הוא פועל במסגרת סמכותו, ראה למשל, *Spooner v. Juddow* [1850] 18 E.R. 734. שאלה זו קשורה בשאלת הרשלנות שבה נדון להלן.

29. כפילות כזו תהיה קיימת ביתר שאת לפי הפירוש הרחב לסעיף 50 שהוצע על ידינו לעיל.
30. בפסיקה האנגלית ניתן למצוא דוגמאות למכביר בהן נקבע כי אותה התנהגות ניתן להשתייך עליה שתי עילות תביעה, האחת של השגת גבול (*trespass*). והשנייה של רשלנות. ראה, למשל, *Fowler v. Lanning* [1959] 1 Q.B. 426.

עיכוב נכסים שלא כדין. עילת התביעה היחידה הבאה בחשבון היא רשלנות. והקצין לא יוכל להסתמך על ההגנה שבסעיף 4 (2) לפקודה. אם כך הדבר, קשה לראות מהי ההצדקה להפעלת סעיף 4 (2) במקרה שבו החפץ לא רק נפגם אלא נאבד לחלוטין ובנסיבות בהן היתה פשיעתו של הנתבע גדולה הרבה יותר מאשר במקרה בו מבוססת התביעה על עילת רשלנות.

אנו רואים איפוא שאין כל בסיס הגיוני להבחנה בין תביעה המבוססת על עילת רשלנות לתביעה המבוססת על עילה אחרת. ההבחנה יכולה להיות בין מקרים בהם היתה פשיעה — במובן הרחב של חריגה מסטנדרד הסבירות — מצידו של הנתבע (ואחת היא אם עילת התביעה מושתתת על רשלנות לפי ס' 50 לפקודה אם לא) לבין מקרים בהם לא היתה פשיעה כזו.

משום כך נראה לנו כי למרות שסעיף 4 (2) לפי לשונו מדבר על שלילת החסינות במקרים בהם מבוססת התביעה על עילת רשלנות, מחייב ההגיון לפרשו כשולל את החסינות גם אם התביעה מבוססת על עילה אחרת. כל עוד היתה פשיעה מצד הנתבע.³¹

מסקנה זו מתחזקת לאור ההסבר הנראה לנו ללשון המזורה שקט המחוקק המנדטורי בס' 4 (2). הסבר זה נעוץ בהבחנה בין שימוש בסמכות שילטונית נורמטיבית לבין שימוש בכוח (במובן *Power*) עליה עמדנו בתחילת המאמר. במקרה של שימוש בסמכות אין בדין האנגלי עילת תביעה נגד פקיד הציבור שפעל במסגרת סמכותו ואחת היא אם פעל ברשלנות אם לאו (פרט למקרים הנדירים שבהם ניתן להוכיח זדון). לעומת זאת במקרה של שימוש בכוח (במובן *Power*) נתעוררה השאלה מה יהיה הדין כאשר העבודה שנעשתה על פי הכוח שהוענק לנתבע בוצעה ברשלנות. בשטח זה התפתחה פסיקה ענפה שהתייחסה לנוקמים שנגרמו על ידי רכבות, סלילת כבישים ושרותים ציבוריים אחרים. דיון מפורט בפסיקה זו חרג ממסגרת המאמר הנוכחי אך נסתפק בציון העובדה שבתי המשפט קבעו בסופו של דבר כי בכל חוק המעניק כוח מסוג זה קיים תנאי מכללא לפיו יש לפעול על יסוד הכוח שבחוק ללא רשלנות.³² במקרים אלו ניתן היה לתבוע רשות ציבורית בנויקין רק כאשר זו פעלה ברשלנות.

במילים אחרות: לקראת סוף המאה ה-19, נתבססה ההשקפה לפיה שוללת הרשלנות, והיא בלבד, את החסינות של נתבע הסומך ידיו על כוח שהוענק לו בחוק. מנסחי ס' 4 (2) ראו, כפי הנראה, לנגד עיניהם מצב דברים זה ולא השכילו להתבחין בין כוח לבין סמכות. לגבי השימוש בכוח הרי ברובם המכריע של המקרים לא יהיה כלל מקום לעילת תביעה אחרת וזאת רשלנות, ומשום כך ימלא הסעיף בדרך כלל את יעודו. לגבי השימוש בסמכות שילטונית ההבחנה בין רשלנות לחוסר רשלנות אינה במקומה, וזאת משום שכאן ייתכנו מקרים בהם עילת

31. זו היתה הדעה אשר בית המשפט בע"א ח"ק נ' מוניץ (פסקים מחוזיים כ"ה עמ' 89) נטה לקבלה.

32. בשאלה זו כרוכה ההבחנה הידועה בין *misfeasance* ל-*non-feasance* לפיה הוטלה בדרך כלל, אחריות במקרי *misfeasance*, היינו בצדק רשלני של העבודה, אך ברוב המקרים לא הוטלה אחריות במקרים בהם לא בוצעה העבודה כלל. דיון מפורט בשאלה סבוכה זו חרג ממסגרת מאמר זה.

התביעה לא תהיה מושתתת על רשלנות. הפידוש היחיד ל' 4 (2) הנ"ל הנראה לנו כסביר הוא שלילת החסינות בכל מקרה של פשיעה מצידו של הנתבע.

ביקורת הדין הקיים

השיטה האנגלית שנתקבלה בארץ מבוססת על אחריות אישית של פקיד הציבור כשעילת התביעה נגדו וזה לעילת התביעה המקובלות בדיני נזיקין. בעבר היו לשיטה זו שני יתרונות בולטים: ראשית, ניתן היה באמצעותה לעקוף את חסינותו של הכתר. דהיינו, למרות שלא ניתן היה לתבוע את הכתר הבריטי, יכול היה האזרח הנפגע לזכות בסעד באמצעות תביעה נגד עובד הכתר אפילו היה זה שר בממשלה. שנית, תביעות אלו היה בהן כדי לשמש גורם מרתיע בפני חריגה מסמכות.³³ אחריות זו נוצרה ונתגבשה בתקופה שבה הפיקוח וההתערבות של הממשל הצטמצמו להתערבות ישירה ברכוש האזרח ובגופו. היינו למעשים שתוצאתם היתה trespass, ואילו ההתערבות הכלכלית בדרך של פיקוח, הכוונה רישוי וכיו"ב כמעט שלא היתה קיימת.

כיום שונה המצב מן הקצה אל הקצה. ניתן לתבוע את הכתר האנגלי ואת המדינה בארץ. הגורם המרתיע איבד כמעט לחלוטין את ערכו עקב החסינות הסטטוטורית הרחבה שהוענקה לעובדי ציבור.³⁴ מצד שני, הגיעה ההתערבות בשטח הכלכלי המסחרי לממדים אשר לא היו מוכרים מעולם. קיים קושי ניכר בהתאמת עילות התביעה האזרחיות למקרי שימוש לרעה בסמכויות פיקוח אלה. יתר על כן, כל הרחבה של זכות האזרח הנפגע לפיצויים חייבת במצב הקיים לגרור אחריה הרחבת אחריותו האישית של פקיד הציבור. יש להניח שהרחבת אחריות כזאת איננה ברת ביצוע. מאידך אין זה מתקבל על הדעת לשלול מן האזרח פיצוי על נזק שנגרם לו כתוצאה משימוש בסמכות שלא כדין. ראוי להדגיש שסמכות הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק אינה יכולה לשמש תחליף לפיצויים על נזק מסוג זה. וזאת משני טעמים עיקריים: אין בכוחו של הבג"צ לפסוק פיצויים על נזק שנגרם עד לתאריך מתן צו החלטי על ידו. כמו כן אין דרך לפסוק פיצויים באותם מקרים בהם אין הבג"צ יכול, או אינו חפץ, להושיט סעד כלל. כבון כשהמעשה של הרשות הציבורית כבר בוצע, העובדות כפי שנתבררו בבג"צ 47/49, ווטוטיאן נ' ברגמן (פס"ד ד', 199), עשויות להמחיש את האמור לעיל. במקרה זה מסר הממונה על מחוז ירושלים שלא כדין וללא סמכות את החוקה בדירתו של המבקש לאדם אחר. פנייתו לבג"צ נדחתה בשל חוסר סמכותו של הבג"צ לצוות על פינוי הדירה. מסירת החוקה הושלמה ובשלב זה כבר לא היה

33. דייסי ראה ביטול המרתיע (להבדיל מהצורך לפצות את הנפגע) את ההצדקה העיקרית לתביעות נגד פקדי צבור, והשקפה זו מצאה לה תמיכה בעת האחרונה. ראה: Lawton: "Dicey Revisited" [1959] 7 Political Studies (Oxford) 109, 120; Marsh: "The Rule of Law in a Free Society" (International Commission of Jurists, Geneva 1959), 218; "The Rule of Law as a Supra-National Concept", Oxford Essays in Jurisprudence [1961] 223 and n. 6 at 263.

34. יתר על כן, תפקיד זה של הרתעה מבוצע במידה רבה של יעילות על ידי בית המשפט הגבוה לצדק.

לאל ידו של הבג"צ להתערב. בנסיבות מעין אלו קיימים כל הסיכויים שתביעת נזיקין נגד פקיד הציבור תידחה אף היא מהטעם שפקיד הציבור — אם פעל בתום לב³⁵ — יוכל ליהנות מהחסינות שנקבעה בסעיף 4 (2) לפקודת הנזיקין.

מצב זה רחוק מלהשביע רצון. ההגיון מחייב שאזרח שרכושו בשלל ממנו שלא כדין יזכה בפיצוי מתאים. כיצד ניתן לעשות זאת? לנו נראה שאין להביא לתיקון המצב הקיים אלא על ידי שינוי יסודי בדיני נזיקין. הפתרון הנראה לנו הוא קביעת אחריותה של הרשות הציבורית בכל מקרה שהאזרח נפגע עקב שימוש בסמכות (או שימוש מתחזה בסמכות) שלטונית שלא כדין, בין אם הנזק הוא פיסי ובין אם הוא כלכלי, בין אם הוא נופל בגדר עילת תביעה מוכרת ובין אם לאו, בין שנעשה בתום לב ובין אם לאו. ההצדקה לכך היא שהמדובר בנזק שנגרם לפרט על ידי פעולה שנעשתה למען אינטרס של הכלל, ונראה שהכלל הוא שחייב לשאת בסיכון הכרוך בפעולה זו ולא הפרט שנפגע על ידה.³⁶ אחריות ציבורית זו תבוא בנוסף לאחריות האישית של פקיד הציבור שגרם לנזק, אלא שהאחריות האישית מן הראוי שתהיה מוגבלת יותר ותצטמצם למקרים בהם היה דופי בהתנהגותו של פקיד הציבור.

ד"ר אמנון רובינשטיין דניאל פרידמן

35. לדעתנו נדרש כאמור גם תנאי נוסף והיינו שפעל ללא רשלנות.

36. במלים אחרות: אנו גורסים חובת פיצוי כחלק מכללי המשפט הציבורי בדומה לדין הצרפתי, בנוסף לזינוי הנזיקין במשפט הפרטי. ראה הסתייגותו של חבר הכנסת (כתארו או) ורופטיג בקריאה השנייה של חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), חש"ב—1952, בהסבירו כי לפי המצב הקיים אחריות המדינה מצומצמת ביותר, מוסיף הוא דברים חשובים אלה: "יש הבדל גדול בין הבסיס החוקי לאחריות בנוקם של איש פרטי לבין הבסיס המוסרי... של אחריות המדינה לנוקם, בשעה שמדובר על יחיד, מקובל בדרך כלל שהוא נושא באחריות לנוקם רק אם הנזק נגרם באשמתו, ע"י מעשה בלתי חוקי, אקס דליקטו... אלא [שלגבי המדינה] קיים האלמנט של שיטת הסיכון, שהמדינה — כבעל הנכסים הגדול או בעל העסקים הגדול — צריכה להביא בחשבון באחד מאותם החשבונות של החוקת השירותים הללו... אחריות המדינה בנוקם חייבת להיות יותר רחבה מאשר בהשואה אל היחיד..." (דברי הכנסת, כרך 12, עמ' 3159).