



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2362/19

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערים: פלוני

נגד

המשיבים: 1. הרשות הפלסטינית
2. הארגון לשחרור פלסטין

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
(כבוד השופטת ע' כהן) בת"א 5009/03, ת"א 7029/05,
ת"א 6028/04 ו-ת"א 5107/03 שניתן ביום 17.2.2019

תאריך הישיבה: י"ז בתמוז התש"ף (9.7.2020)

בשם המערערים: עו"ד רולנד רוט, עו"ד יעל טנדלר,
עו"ד מאיר סחיווסחורדר

בשם המשיבים: עו"ד אביטל שרון, עו"ד יפעת גרנות

פסק-דין

השופט י' עמית:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטת ע' כהן) מיום 17.2.2019, בגדרו נדחתה טענת המערערים כי הרשות הפלסטינית נושאת באחריות לפעולות טרור שבהן נהרגו קרוביהם. הערעור מעלה את השאלה אם תשלום כספים על ידי הרשות הפלסטינית לאסירים ביטחוניים ולבני משפחותיהם הוא בבחינת אישור של פעולות טרור שביצעו האסירים כמשמעות המונח בסעיף 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין או הפקודה), כך שניתן להטיל על הרשות הפלסטינית את האחריות על תוצאותיהן.

רקע ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

1. ענייננו בארבע תביעות שהוגשו נגד הרשות הפלסטינית (להלן גם: הרש"פ) וארגון השחרור הפלסטיני (להלן: אש"ף) ונדונו במאוחד. למרבה הצער, התובעים בכל אחת מהתביעות, שהם המערערים בהליך שלפנינו, איבדו את יקיריהם באחד מבין ארבעה פיגועים רצחניים שאירעו בירושלים בין השנים 2001-2002: פיגוע התאבדות במסעדת סבארו שאירע ביום 9.8.2001 והביא למותם של 15 בני אדם ולפציעתם של 130 אחרים; פיגוע התאבדות כפול ופיצוץ מכונית תופת באזור מדרחוב בן יהודה שאירע ביום 1.12.2001 והביא למותם של 11 בני אדם ולפציעתם של 170 אחרים; פיגוע התאבדות בקפה מומנט שאירע ביום 9.3.2002 והביא למותם של 11 בני אדם ולפציעתם של 60 אחרים; פיגוע באמצעות מטען חבלה בקמפוס הר הצופים של האוניברסיטה העברית שאירע ביום 31.7.2002 והביא למותם של 9 אנשים ולפציעתם של 100 אחרים. כפי שהקוראים הבחינו, כל ארבעת הפיגועים אירעו במהלכה של האינתיפאדה השנייה.

לא הייתה מחלוקת כי האחראי לכל אחד מארבעת הפיגועים היה איש החמאס עבדאללה ברגותי, ובמוקד הדיון בבית המשפט המחוזי עמדה השאלה אם ניתן לייחס לרשות הפלסטינית ולאש"ף אחריות בגין פיגועים אלה (פסקאות 4-5 לפסק הדין).

2. בפסק דינו, בית המשפט דחה את טענת הרש"פ לחסינות מדינה ולאי שפיטות, ודן בשאלת מעורבות הרש"פ בפיגועים מושא התביעה על רקע פסקי הדין בע"א 2144/13 עזבון המנוח עמית עמוס מנטין ז"ל נ' הרשות הפלסטינאית (6.12.2017) (להלן: עניין מנטין) (בקשה לדיון נוסף נדחתה – דנ"א 9977/17 הרשות הפלסטינית נ' עזבון המנוח מנטין עמית עמוס ז"ל ל (21.4.2021)) וע"א 1206/14 אר-אל חברת מלונות ופנסיונים בע"מ נ' הרשות הלאומית הפלשתינית (11.7.2018) (להלן: עניין אר-אל). אציין כי במקרה דנן לא הוגשה תעודת שר חוץ בשאלת החסינות, ובפסק הדין נקבע כי ככל שרצתה הרש"פ תעודת שר חוץ היה עליה לפעול על מנת לקבלה; כי תעודות שר חוץ שניתנו במקרים אחרים תומכות בדחיית טענת החסינות; וכי גם אם חוק חסינות למדינות זרות, התשס"ט-2008, חל על הרש"פ, אין לה חסינות מפני התביעה לנוכח סעיף 5 לחוק זה.

בית המשפט קבע כי חוות דעתו של מר אלון אביתר, המומחה מטעם המערערים, התבססה על מסמכים שלא הוגשו כראיות ועל מסמכים המהווים עדות שמיעה, ולא די בה כדי לקבוע ממצאים עובדתיים ומסקנות ביחס למעורבות הרשות הפלסטינית בפעילותו של עבדאללה ברגותי. על כן נקבע, כי בהעדר תשתית עובדתית מספקת ולאור חוות הדעת מטעם הרש"פ, המערערים לא עמדו בנטל להוכיח את טענותיהם, אף לא לצורך העברת הנטל אל כתפי הרש"פ לפי "כלל הידיעה המיוחדת" (עניין מנטין, פסקה 92).

בית המשפט נדרש אף לטענת המערערים, שהועלתה בעקבות חקיקתו של החוק להקפאת כספים ששילמה הרשות הפלסטינית בזיקה לטרור מהכספים המועברים אליה מממשלת ישראל, התשע"ח-2018 (להלן גם: החוק להקפאת כספים), לפיה יש לראות בתשלומים שמעבירה הרשות הפלסטינית למבצעי פיגועים כאישרור של הפיגועים, באופן המטיל עליה אחריות מכוח סעיף 12 לפקודת הנזיקין.

בהקשר זה קבע בית המשפט כי המערערים עמדו בנטל להוכיח כי למבצעי הפיגועים, וביניהם עבדאללה ברגותי, מועברים תשלומים מהרשות הפלסטינית, וכי יש בתשלומים כדי להוות תמריץ כלכלי לפעילות טרור. עם זאת, נקבע כי אין לראות בכך כאישרור בדיעבד מצד הרש"פ של כל הפיגועים שבוצעו על ידי אסירים המקבלים את התשלומים. בית המשפט הטעים כי החוק להקפאת כספים אמנם קובע כי הכספים המשולמים לפעילי טרור במהלך מאסרם הם כספים שמשלמת הרש"פ בזיקה לטרור, אך אין בו כדי לבסס את אחריותה לפיגועים שבוצעו על ידי מקבלי התשלומים. בית המשפט הוסיף כי העובדה שהתשלומים לא מבוצעים בעקבות הפיגועים עצמם תומכת בכך שמדובר בתמיכה כלכלית, שאינה בבחינת אישרור של הפיגועים, וגם אי שינוי מדיניות התגמולים למרות חילופי השלטון ברשות הפלסטינית תומך במסקנה זו. בית המשפט הוסיף וקבע כי המערערים לא הוכיחו כי במקרים הנדונים קיים קשר סיבתי בין מדיניות ביצוע התשלומים לבין החלטת המפגעים לבצע את הפיגועים. סופו של דבר, שתביעת המערערים הן נגד הרשות הפלסטינית הן נגד אש"ף נדחתה, ועל כך נסב הערעור שלפנינו.

מהלך הדיון בערעור וטענות הצדדים

3. בערעורם שבו וטענו המערערים למעורבות הרש"פ בביצוע הפיגועים, בהתייחס לנסיבות מעצרו של עבדאללה ברגותי ושחרורו על ידי הרש"פ. עוד נטען כי היה מקום להטיל אחריות על הרש"פ גם מכוח סעיף 12 לפקודת הנזיקין, כמי שאישררה את הפיגועים באמצעות תשלום תגמולים למפגעים.

בדיון שנערך ביום 9.7.2020 נשמעו טענות הצדדים, ובסופו קיבלו המערערים את המלצתנו "לחזור בהם מן הערעור במישור העובדתי, כך שטענת המערערים תתמקד אך ורק בנושא תחולת סעיף 12 לפקודת הנזיקין, וזאת בהתייחס לתשלום תגמולים על ידי הרשות הפלסטינית לאסירים הביטחוניים ומשפחותיהם".

4. הצדדים השלימו את טיעוניהם ביחס לשאלה שעל הפרק. בסיכומים משלימים מיום 13.9.2020 טענו המערערים כי מדיניות ממוסדת בדין הפלסטיני של תשלום תגמולים למחבלים ולמשפחותיהם עולה כדי אישור בדיעבד ולקחת אחריות על המעשים. תשלומי התגמולים אינם בגדר "עזרה סוציאלית" כטענת הרש"פ, והם מהווים הפרת חובה חקוקה של חקיקה ישראלית ובין-לאומית האוסרת על מימון טרור. כעולה מההיסטוריה החקיקתית שלו, החוק להקפאת כספים נותן תוקף משפטי מחייב למדיניות תגמול הטרור של הרש"פ, ומטיל עליה אחריות ישירה לטרור.

המערערים טענו כי קיים קשר סיבתי בין התשלומים שמשלמת הרש"פ לבין ביצוע פיגועים, וכי מדיניות הרש"פ "הכינה את הקרקע" לגיוס מחבלים. לשיטתם, סכום התגמול נקבע לפי מספר היהודים שנהרגו בפיגועים; התשלום משולם לאסיר, ועל מנת שמשפחתו תקבל את התשלום נדרש האסיר לחתום על יפוי כוח. נטען כי לא קם ספק ביחס למטרתם של תשלומים אלה; וכי הרש"פ הייתה מודעת לפיגועי הטרור ואף השתתפה בהם באופן פעיל באמצעות מימונם, ומכאן שיש לראותה כמאשררת באופן המקיים לה חבות בנוזיקין.

5. בתגובת הרש"פ נטען כי התשלומים ניתנים למשפחות האסירים ולא לאסירים עצמם. בסיכומים משלימים מטעמה מיום 20.10.2020, פרסה הרש"פ יריעה רחבה על דוקטרינת האישור במשפט המקובל, האנגלי והאמריקאי, ממנו "יובאה" הדוקטרינה לדיני הנזיקין הישראליים. בין יתר הדברים, הרש"פ טענה כי לפי המשפט המקובל, התקיימות דוקטרינת האישור מותנית בשלושה תנאים מצטברים: הסכמה חד משמעית של המאשרר למעשי המעוול; ידיעת המאשרר על הפעולה המאשררת; ושהפעולה המאשררת תבוצע לטובת (for) המאשרר או עבורו (on behalf). עוד נטען כי הפסיקה האמריקאית קבעה קטגוריות של מקרים שאינם מהווים אישור, ביניהן מתן תמיכה כספית למעוול.

לשיטתה של הרש"פ, יישום הדברים על ענייננו מביא למסקנה כי אין להטיל עליה אחריות כמאשררת מכוח סעיף 12 לפקודת הנזיקין, באשר המערערים לא הוכיחו כי במועד הרלוונטי לתביעות שולמו תשלומים למשפחות אסירים וחללים; לא הוכיחו כי המעוולים במקרים הנדונים קיבלו כספים מהרש"פ; לא הוכיחו כי המעוולים פעלו מתוך מוטיבציה לקבל כספים; ולא הוכיחו קשר סיבתי בין התשלומים לפיגועים. נטען כי מתן תמיכה למשפחות אסירים-מעוולים על ידי הרש"פ אינו מהווה אינדיקציה חד משמעית להסכמה למעשיהם, כי לא הוכח שהרש"פ ידעה על המעשים, וכי לא ניתן לקבוע שמעשי המעוולים, אנשי חמאס, בוצעו עבור הרש"פ. עוד נטען כי קביעות

המומחה מטעם המערערים בעניין זה אינן מבוססות וחורגות מתחום מומחיותו, ואין לראות בתמיכה במשפחות האסירים כאישרור מעשי האסירים לפי סעיף 12 לפקודה.

הרש"פ הוסיפה וטענה כי אין בחוק להקפאת כספים כדי לבסס את אחריותה, וכפי שנלמד מהתייחסותו של בית משפט זה למקרי עבר דומים, אין להטיל אחריות נזיקית בגין פעולה כללית וגורפת. החלת דוקטרינת האישרור על תמיכה כלכלית במשפחות אסירים מרחיבה יתר על המידה את גבולות האחריות בנזיקין וחושפת גורמים שונים לתביעות, כמו מדינת ישראל המשלמת קצבה לאסירים משוחררים.

6. לאחר הגשת הטיעונים התבקש היועץ המשפטי לממשלה לחוות דעתו בשאלה אם תשלום תגמולים על ידי הרש"פ, כשלעצמו ולאור החוק להקפאת כספים, הוא בבחינת אישרור של מעשי הטרור מושא הערעור כמשמעותו בסעיף 12 לפקודה (החלטה מיום 2.12.2020). לבקשת היועץ המשפטי, ניתנו מספר ארכות להגשת עמדתו, ולאחר שנתבקשה ארכה נוספת, מן הטעם שטרם הסתיימה ההתייעצות עם גורמים שונים, ניתנה החלטתנו מיום 8.7.2021 שבה נאמר: "קשה להלום כי הצגת עמדה בשאלה משפטית ממוקדת תארוך תשעה חודשים. לאור הסכמת הצדדים, ניתנת בזה הארכה המבוקשת. מובהר כי בית המשפט ערוך ליתן פסק דינו גם ללא עמדת היועץ המשפטי, ואם היועץ המשפטי יבקש 'להשתחרר' ממתן עמדתו בסוגיה, הרי שככל שתוגש בקשה מתאימה בית המשפט ייעתר לה".

7. ואכן, בעקבות החלטתנו הנ"ל, הודיע היועץ המשפטי לממשלה ביום 5.9.2021 כי אין בדעתו להתייצב להליך, ונביא את הודעתו כלשונה:

" [...] מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להודיע לבית המשפט הנכבד, כי לאחר שעמדות כלל גורמי המדינה הרלוונטיים הובאו לפניו ולאחר שבחן ושקל את מלוא ההיבטים של הסוגיה – לרבות אלה הכרוכים ביחסי החוץ והביטחון של מדינת ישראל, הוא מבקש להודיע שלא יתייצב להליך".

7. ביני לביני הוגשה בקשת עמותת "מגן לנפגעי טרור" (להלן: העמותה) להצטרף לערעור כ"ידידת בית המשפט", ולבקשתה צורפה עמדה כתובה. משהביעה העמותה ממילא את עמדתה, לא מצאנו לצרפה במעמד של "ידיד בית המשפט" לאור השלב שבו נמצא ההליך. בהמשך לכך, המערערים ביקשו להגיש טיעונים משלימים המסתמכים על בקשת העמותה, ויצוין כי הטיעונים שהוגשו ביום 21.4.2021 כללו את עמדת העמותה ככתבה וכלשוונה.

לטענת המערערים, יש לראות את הרש"פ כמאשררת בדיעבד של כל מעשה טרור באמצעות מתן תגמול קונקרטי, "תפור למידותיו" של כל מפגע, שניתן בהתאם לעבירה הקונקרטית שאותו מפגע ביצע ובגינה נאסר. כך, מדברי החקיקה הפלסטיניים, שעל פיהם פועלת הרשות הפלסטינית לענייני אסירים ומשחררים המעניקה את התגמולים, עולה כי התגמולים ניתנים רק לאסירים, אסירים משוחררים ובני משפחותיהם, שנאסרו בכלא הישראלי בעקבות מעשים שבוצעו על רקע לאומני; כי הרשות לענייני אסירים מנהלת מאגר מידע הכולל נתונים על כל אסיר ואסיר ובכלל זאת סיבת מעצרו, כתב האישום שהוגש נגדו בישראל ופסק הדין בעניינו; וכי גובה התגמול נגזר ממספר שנות המאסר בכלא הישראלי, כך שככל שבוצעה עבירה חמורה יותר, שבגינה הוטל מאסר ארוך יותר, כך גדל התשלום שמעניקה הרש"פ לאסיר.

מכל אלה יש להסיק, כך לטענת המערערים, כי "קיים קשר הדוק וישיר בין מעשה הטרור הקונקרטי שביצע מפגע קונקרטי לבין גובה התגמול הקונקרטי שהרש"פ מעניקה לו" (ההדגשות במקור), ומתן תגמול באופן מודע ומכוון לכל מפגע ומפגע בהתאם למעשה הטרור הקונקרטי שביצע, מביא למסקנה כי הרש"פ מעורבת בכל אחד ממעשי הטרור ומאשררת אותו בדיעבד, כמשמעות המונח בסעיף 12 לפקודה.

עוד לטענת המערערים, הענקת התגמולים מהווה תמריץ לבצע מעשי טרור ולרש"פ תפקיד אינטגרלי ומשמעותי בשרשרת האירועים שהובילה לביצועם, כך שיש לראות בה כמשדלת ומפתה לביצועם. כמו כן, הענקת התגמולים מקרבת את הרש"פ אל סף האחריות של המעוול העיקרי מכוח העוולה של הפרת חובה חקוקה, כך שיש לראותה כמי ששיתפה עצמה בכל מעשה טרור קונקרטי. לשיטתם של המערערים, לאחר שנמצא כי הרש"פ היא מעוולת על פי אחת או יותר מהחלופות שבסעיף 12 לפקודה, יש להטיל עליה אחריות גם בשל שיקולי הרתעה, ודי בכך שהרש"פ יוצרת סיכון כללי לגרימת נזק לחיי אדם כדי להטיל עליה אחריות בגין כל פיגוע קונקרטי, ולמצער להעביר אליה את נטל ההוכחה.

8. הרש"פ מנגד חזרה והדגישה כי לצורך הטלת אחריות עליה, יש להוכיח קשר ישיר בין הפיגוע לבינה. עוד נטען כי הטלת אחריות בגין תשלום תגמולים משנה את ההלכה הנוהגת, ויש לה השפעות רוחב על יכולת ההישרדות של הרש"פ ועל משמעות חלופת האישור שבסעיף 12 לפקודה, גם בתביעות נזיקיות שלא עוסקות באירועי טרור כבענייננו. הרש"פ טענה כי המערערים הוסיפו טענות עובדתיות ומשפטיות חדשות שלא נטענו בסיכומיהם ושלא הוכחו בראיות קבילות בפני בית משפט קמא, והפנתה לחוות

דעת מטעם שר האסירים לשעבר ברשות הפלסטינית, שהוגשה מטעמה בתביעות אחרות, שבה יש פירוט על אודות טיב התשלומים המוענקים למשפחות האסירים ועל נסיבות נתינתם.

הרש"פ טענה כי לא מתקיימים התנאים הנדרשים להטלת אחריות מכוח סעיף 12 לפקודה בנסיבות דנן: נטען כי בתשלום גמלה למשפחת אסיר המרצה עונש לאחר שביצע עוולה, אין לרש"פ יסוד נפשי של מודעות למעשה העוולה. הגמלה משולמת משיקולים סוציאליים, למשפחה של כל אסיר שמוכיחה כי האסיר מרצה עונש מאסר בישראל ומסווג על ידי שב"ס כאסיר בטחוני. אין לרש"פ עניין בעוולה שהביאה למאסר, אין לה כל כוונה שהמעוולים יבצעו עוולה שביצועה פוגע באינטרסים שלה, ובמתן התגמולים היא אף מקטינה סיכון לאלימות חוזרת. הרש"פ לא משלמת את התגמולים על עצם הפעולה שהביאה למאסר אלא משלמת אותם בתקופת המאסר כתמיכה סוציאלית. עוד נטען כי תשלום כללי, אחיד, סוציאלי ומוסדר בחוק במהלך תקופת מאסר ובסמוך לאחר השחרור ממאסר, אינו מהווה תרומה למעשה העוולה שביצע האסיר. תשלום הגמלה אינו קשור למעשה העוולה אלא רק לעצם המאסר בידי כוח צבאי ונועד להרחיק את האסיר ובני משפחתו מארגוני הטרור ומהלחצים שהם מפעילים.

הרש"פ חזרה וטענה כי היא לא עומדת בתנאים המצטברים הנדרשים להטלת אחריות מכוח דוקטרינת האישור במשפט האנגלי והאמריקאי, שכן לא הביעה הסכמה מלאה וחד משמעית למעשה העוולה, לא ידעה על מעשה העוולה, והמעשים לא מבוצעים לטובתה או עבורה ואף להפך. עוד נטען כי תשלום גמלה למשפחות אסירים בתקופת המאסר אינו בבחינת שידול, פיתוי או השתתפות במעשה העוולתי שהביא למאסר, ואין קשר סיבתי בין מתן התשלומים לאחר ביצוע המעשה לבין המעשה העוולתי עצמו; וכי המערערים לא הוכיחו שהכספים שהרש"פ משלמת למשפחות האסירים מפתים או משדלים יחידים לבצע מעשי טרור, ומאז הוסדרו התשלומים בחקיקה הפלסטינית בשנת 2004 ירד מספר הפיגועים באופן משמעותי.

לבסוף, נטען כי מכיוון שבחלופת האישור בדיעבד עסקינן, למאשרר אין כל אפשרות לשנות את התוצאות השליליות של העוולה, ושיקולי הרתעה אינם רלוונטיים גם לנוכח חלוף הזמן מאז בוצעו הפיגועים מושא הערעור והידוק התיאום הביטחוני שבין הרש"פ למדינת ישראל. הטלת אחריות על הרש"פ בגין פעולה כללית וגורפת תעקר מתוכן החלטות קודמות של בית משפט זה לעניין הקשר הסיבתי הנדרש לצורך הטלת חבות בנזיקין; על הרש"פ תוטל הלכה למעשה אחריות בגין כל מעשה שביצע פלסטיני שנעצר ונכלא בישראל, מבלי שייבחן מי ביצע את העוולה, מה קשריו לרש"פ ואם היא

ניסתה למנוע את מעשיו; והטלת אחריות כזו תביא לקריסה כלכלית של הרש"פ, מה שעלול להביא לעליית גורמים קיצוניים לשלטון כך שההסתברות לנזקים נוספים תגדל משמעותית. בהקשר זה נטען כי מאז שניתנו פסקי הדין בעניין מנטין ובע"א 71/18 הרשות הפלסטינית נ' יורשי המנוחה שרון בן שלום ז"ל (10.3.2021) (להלן: עניין בן שלום), הוגשו עשרות תביעות חדשות כנגד הרש"פ, וככל שייפסקו לחובת הרש"פ סכומים לפי אמות המידה של פסקי דין אלה, הדבר עלול להביא לקריסתה.

9. עד כאן טיעוני הצדדים. כעת, משנאסף כלל החומר בשלה העת להכריע בערעור, ולכך אפנה כעת.

דיון והכרעה

10. סעיף 11 לפקודת הנזיקין עניינו באחריות ביחד ולחוד של מעוולים בצוותא; סעיף 13 עניינו באחריות שילוחית של מעביד לעוולה שביצע עובדו ("אם הרשה או אישר את המעשה"); סעיף 14 עניינו באחריות שילוחית בכלל; וסעיף 15 עניינו בהטלת אחריות על מי שהתקשר בחוזה עם מי שאינו עובדו או שלוחו, וזאת בתנאים המפורטים בסעיף. סעיף 12 לפקודת הנזיקין קובע כדלקמן:

אחריות של משתף ומשדל

12. לענין פקודה זו, המשתף עצמו, מסייע, מייעץ או מפתה למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשר אותם, יהא חב עליהם.

סעיף 12 לפקודה מרחיב אפוא את מעגל האחראים בנזיקין. הסעיף מונה שבעה סוגים של שותפים למעשה העוולה: המשתף עצמו, מסייע, מייעץ, מפתה, מצווה, מרשה ומאשר. הסעיף מתייחס לצדדים שונים על ציר הזמן ביחס לביצוע העוולה – עוולה שעומדת להיעשות או כזו שנעשתה כבר (בלשון עבר). סוג המקרים הראשון כולל את מרבית השותפים המפורטים בסעיף, ולשם הנוחות נכנה מכאן ואילך את הנכללים בסוג זה כ"משדל" ואת מבצע הפעולה כ"משודל" (ראו: אהרן ברק "אחריות למעשי הזולת" דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית 438 (ג' טדסקי עורך, מהדורה שנייה מתוקנת ומעודכנת, 1976) (להלן: ברק – אחריות למעשי הזולת)). "המשתף עצמו" ו"המאשר", והם בלבד, מתייחסים לעוולה שנעשתה כבר ("המשתף עצמו" יכול שיתייחס גם לעוולה שמתבצעת או שעומדת להיעשות), ומכאן ייחודו של המאשר במסגרת סעיף 12 כשותף עקיף למעשה העוולה. עודנו באים להתייחס למעמדו המיוחד

של המאשר, נקדים ונעמוד על ייחודו של סעיף 12 לפקודה על רקע העקרונות שבבסיס דיני הנזיקין.

סעיף 12 לפקודה – "אחריות של משתף ומשדל"

11. "העקרון הרגיל הינו כי אדם אחראי למעשיו, ואין הוא אחראי למעשי הזולת" (ברק – אחריות למעשי הזולת, עמ' 435). הוראת סעיף 12 משקפת את הכלל לפיו "מי ששיתף עצמו במעשה או מחדל עוולתיים שנעשו או עומדים להיעשות על ידי זולתו, באחת הדרכים המפורטות בסעיף, יישא אף הוא באחריות נזיקית לאותם מעשים" (ע"א 3024/10 ויינר נ' מויאל, פסקה 26 (2.4.2013) (להלן: עניין ויינר)). הפקודה מכירה אפוא בשורה של פעולות שנעשות בזיקה לעוולה, בעטיין יימצא מבצען כמי שחב עליהן כשם שחב עליהן המעוול העיקרי, ותוטל עליו אחריות ישירה ואישית (ע"א 313/08 נשאשיבי נ' רינראוי, פ"ד (1) 398, 446 (2010) (להלן: עניין נשאשיבי)). באותו מקרה נקבע, בדעת רוב, כי מקום שבו לא ניתן לחייב מנהלים בחברה באופן אישי מכוח רשלנות או הפרת חובה חקוקה, אין לעשות כן מכוח סעיף 12 לפקודה. להתבטאויות לפיהן האחריות מכוח סעיף 12 היא אחריות "מעורבת", ראו ע"א 337/81 בוטקילה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 337, 348 (1984); עמוס הרמן דיני נזיקין 219 (מהדורה שנייה, 2020) (להלן: הרמן)). ההנחה היא שאותו אדם שאליו מתייחס סעיף 12 לפקודת הנזיקין לא ביצע את כל יסודות העוולה בעצמו, שהרי אם היה עושה כן ניתן היה לחייבו בנזיקין באופן ישיר. החידוש בהוראת הסעיף מצוי אפוא באפשרות לייחס לאדם את שביצע שותפו (ע"א 4691/18 טואעד נ' טבאש, פסקה 5 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (25.8.2021) (להלן: עניין טואעד)). באותו מקרה, המערער ירה באוויר כדי להבטיח את הימלטותו שלו ושל אחר מהמקום לאחר שפרצה קטטה בינם לבין צדדים שלישיים ונורו לעבר הצדדים השלישיים יריות שגרמו למותו של אדם. בית המשפט ראה את המערער הן כמבצע בצוותא והן כמסייע לאחר מעשה (פסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל), ולמצער כמי ששיתף עצמו במעשה (פסקה 2 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף) והטיל עליו אחריות מכוח סעיף 12 לפקודה). בהשאלה מהדין הפלילי, ניתן לומר כי ענייננו "בשותפים לדבר עוולה" (עניין ויינר, פסקה 26; וראו גם הרמן, בעמ' 219).

נזכיר כי בחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק), הכיר המחוקק באחריותו הפלילית של המבצע העיקרי והשותף העיקרי (סעיף 29 לחוק), ובאחריותם של אלו המצויים במעגל החיצוני לעבירה: המסייע (סעיף 31 לחוק) והמשדל (סעיף 30 לחוק). ההבחנה בין מסייע לבין מבצע בצוותא בדין הפלילי אינה קלה, וכך גם ההבחנה בין מעוול במשותף לבין מסייע בביצוע העוולה על פי סעיף 12 לפקודה.

בהיקש לדין הפלילי, ניתן לסווג את הצדדים לעוולה על פי מידת קרבתם ל"גרעין הקשה" של ביצוע העוולה (ראו, לדוגמה, ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, פ"ד סד(2) 666, פסקה 22 (2011)).

12. החלופות הנזכרות בסעיף 12 והתנאים הנדרשים להתקיימותן, כפי שפורשו בפסיקה ובספרות, נסקרו בעניין ויינר, ואפנה את הקוראים לפסקה 27 לפסק הדין ולאסמכתאות הנזכרות שם. בין היתר, נקבע כי האחריות במסגרת סעיף 12 דורשת יסוד נפשי של מודעות, ו"אדם המשתף עצמו בהרפתקה אשר הביאה בסופו של דבר לנזק, יחוב כשותף למעשה הנזיקין אם בהצטרפו למבצע המעשה ידע לקראת מה הוא הולך" (ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פסקה 9 (21.4.2002) (להלן: עניין רינת) (בקשה לדיון נוסף נדחתה – דנ"א 3793/02 רום נ' רינת (11.2.2003)). באותו מקרה, נדחתה הטענה כי יש לראות את מי שהתייחס לפרסום המהווה לשון הרע כנכלל בגדר "המשתף עצמו" או "המשדל"); ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פ"ד סד(3) 740, 765 (20.6.2011) (להלן: עניין בית שוקן) (בקשה לדיון נוסף נדחתה – דנ"א 5004/11 בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ נ' האוניברסיטה העברית בירושלים (11.9.2011)). באותו מקרה נטען להפרה תורמת בדיני זכויות יוצרים, ונקבע כי הכרה בקיומה של הפרה תורמת עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 12; ראו גם עניין נשאשיבי, פסקה 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; עניין ויינר, פסקה 27).

כאמור לעיל, להבדיל מהמאשרר, ה"משדל" נכנס לתמונה בציר הזמן הכרונוולוגי לפני ביצוע העוולה. יש הסוברים שתנאי להטלת אחריות לפי סעיף 12 הוא ש"המשדל" יבצע עוולה או שיבצע מעשה שעוולה היא תוצאה טבעית שלו (ברק – אחריות למעשי הזולת, עמ' 439; עניין נשאשיבי, פסקה 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין; עניין ויינר, פסקה 27). עוד נקבע כי נדרש קשר סיבתי בין הוראת ה"משדל" לבין העוולה שבוצעה (עניין רינת, פסקה 10; וראו והשוו לעניין בית שוקן, פסקה 26). דומה כי דרישה זו אינה קיימת כאשר מדובר במי ששיתף עצמו במעשה או במחדל העוולתי או אישרר אותו בדיעבד (עניין רינת, פסקה 10; וראו גם ע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 757, 789 (1987) (להלן: עניין כרמלי)), זאת מכיוון שכפי שכבר ציינו, אישרור ושיתוף עצמי בדיעבד נעשים לאחר שכבר בוצעה העוולה, להבדיל מהחלופות האחרות שבגדרי סעיף 12 (וראו עניין ויינר, פסקה 27). בנוסף, נפסק כי מכיוון שמדובר בסעיף המקים אחריות אישית, נדרשת תרומה ישירה של "המשדל" לביצוע העוולה (עניין נשאשיבי, פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין), וכי תרומתו או השתתפותו של ה"משדל" צריכה להיות בביצוע מעשה עוולה ולא בביצוע בלתי נאות של מעשה מותר – "אם אני מרשה לפלוני לנהוג במכונית, והוא נוהג בה

לצרכיו האישיים וגורם נזק ברשלנותו, לא אהיה אחראי. אמנם, הרשיתי לו לנהוג לצרכיו שלו, אך לא הרשתי לו לנהוג באופן אסור" (ברק – אחריות למעשי הזולת, עמ' 438; אהרן ברק אחריות שילוחית בדיני נזיקין 115 (1964) (להלן: ברק – אחריות שילוחית); ע"א 209/53 ויצמן נ' צוקר, פ"ד ח 1412, 1421 (1954) (להלן: עניין ויצמן); עניין רינת, פסקה 9; עניין ויינר, פסקה 26).

13. ההצדקה להטלת אחריות מכוח סעיף 12 "היא בכך שפלוגי, שביצע בעצמו עוולה, עשה זאת כידו הארוכה של אלמוני; ועל כן רואה המשפט גם באלמוני כמבצע נוסף של העוולה [...] כמו כן ניתן להצדיק את אחריותו של אדם שנתן עזרה לביצוע מעשה נזיקין או יעץ לבצעו" (ברק – אחריות למעשי הזולת, בעמ' 436; עניין בית שוקן, פסקה 20). לצד זאת, נאמר כי סעיף 12 לפקודת הנזיקין "מרחיב את היקף החייבים באחריות הנזיקית" (ע"א 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקווריטי בע"מ, פ"ד מח(5) 661, 697 (1994)) וכי "הטלת אחריות בנוזיקין מכוח הוראת סעיף 12 צריך שתעשה באופן זהיר ומבוקר [...], על מנת שלא נמצא עוקפים או משבשים הסדרים אחרים של המשפט הפרטי בדרך של התערבות בלתי ראויה בהם" (עניין ויינר, בפסקה 26; עניין בית שוקן, פסקה 21).

14. ככלל, גם כאשר מדובר במעוולים במשותף, ניתן להבחין במעגלים של אחריות במישור של אשם מוסרי ובמישור של חלוקת האחריות בין המעוולים. כך, לדוגמה, לא דומה אחריותו של המבצע הישיר של העוולה לאחריותו של מי שאמור לפקח עליו. הדברים באים לידי ביטוי במיוחד במקרים שבהם מוטלת אחריות על המדינה או על רשות ציבורית בגין התרשלות בפיקוח, רישוי או אסדרה. לדוגמה, ברי כי אחריותו של מי שביצע טיפולים רפואיים רשלניים במרפאה בלתי מורשית, גדולה בהרבה מאחריותו של הגורם שאמור לפקח על פעילותן של המרפאות (להטלת אחריות על המדינה במקרה מעין זה ראו ע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוני (23.6.2005)). אך אף על פי שהפיקוח, האסדרה והרישוי נמצאים במעגל השני או השלישי של האחריות, מחדל רשלני בהפעלת סמכויות אלה יביא להטלת אחריות ביחד ולחוד עם המעוול הראשי (ע"א 7008/09 עדנאן נ' עבד אלקאדר (7.9.2010)).

בדומה, הפסיקה ראתה גם במעוול העיקרי וגם במעוול מכוח סעיף 12 כמעוולים שחיוכם כלפי הניזוק הוא ביחד ולחוד כאמור בסעיף 11 לפקודה (עניין טואנד, פסקה 7 לפסק דינו של השופט הנדל, פסקה 3 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; עניין ויינר, פסקה 36; ראו והשוו גם לע"א 269/82 הילמן נ' כרמי, פ"ד מא(4) 1, 6 (1987). באותו מקרה היה מדובר במספר נערים שהתאמנו בירי מאקדח, וכתוצאה מכך נפגעה עוברת אורח.

נקבע כי אין נפקא מינה מי מבין הנערים ירה את הכדור שגרם לנזק, וניתן להשתית את חיובו של אחד הנערים גם על סעיף 12 לפקודה, כמי ששיתף עצמו בהרפתקה אשר הביאה בסופו של דבר לתוצאה). אמנם חלוקת האחריות הפנימית בין המעוולים תוכרע בהתאם לחלקו ולמידת אשמתו של כל צד (סעיף 84(ב) לפקודה), אך אין בכך כדי לגרוע מאחריותו המלאה של כל אחד מהמעוולים למלוא הנזק כלפי הניזוק, כמצוות סעיף 11 לפקודה.

15. על רקע זה נעשה בסעיף 12 לפקודה שימוש מוגבל כמקור להטלת אחריות במאטריות שונות וניתן לו פירוש מצמצם (עניין נשאשיבי, פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). בעניין ויצמן למשל, לא הוטלה אחריות מכוח סעיף 12 על מי שאישר פעולה שבוצעה באופן רשלני וגרמה לנזק (שם, בעמ' 1421). בעניין רינת, נקבע כי הטלת אחריות כמשתף ומשדל על יסוד מתן ראיון או מתן תגובה לכתבה הכוללת לשון הרע, אינה עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 12 לפקודה, ונדרש כי מי ששתף עצמו במעשה העוולה יגלה כוונה ולמצער מודעות לגבי המעשה (שם, פסקאות 9-14). מנגד, הוטלה כאמור אחריות מכוח הסעיף על מי שהשתתף בתגרה אלימה שבה מצא אדם את מותו, כשהמשתתף ירה באוויר על מנת להבטיח את הימלטותו שלו ושל המעוול העיקרי מהמקום (עניין טואנד, פסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל, פסקה 2 לפסק דינו של השופט גרוסקופף). בעניין ויינר, בית המשפט הטיל אחריות על מי שהשתתף באופן פעיל במעשי עוולה שביצע אביו בזמן עשייתם, וצוין כי השתתפותו הפעילה קירבה אותו אל התנהגות המעוול העיקרי מכוח עוולת הרשלנות עצמה (שם, פסקה 29). עוד נקבע שם כי ידיעה על ביצוע עוולה ושמירת הדברים בסוד מקום שבו אין חובת גילוי לניזוק אינה מצדיקה הטלת אחריות, אך בנטילת כספים שהם פרי העוולה, הופך הנוטל (במקרה הנדון שם, בתו של המעוול) למי ששיתף עצמו בעוולה ועל כן הוא נושא באחריות מכוח סעיף 12 (שם, פסקה 32. כן ראו והשוו לעניין בית שוקן; ע"א 7426/14 פלונית נ' דניאל, פסקה 83 לפסק דיני (14.3.2016). לסקירת פסיקה בנושא ראו עניין נשאשיבי, פסקה 5).

הטלת אחריות מכוח סעיף 12 נדונה גם בתביעות נזיקיות שונות נגד הרשות הפלסטינית לגבי מעורבותה בביצוע פעולות טרור, ולכך עוד אדרש להלן.

אישרוד

16. עניינו-שלנו בהטלת אחריות מכוח סעיף 12 על מי שאִשְׁרָר את המעשה העוולתי.

הערה: פקודת הנזיקין המנדטורית עושה שימוש במונח Ratifies (סעיף 11(1)(א)) לפקודה, ראו פקודת הנזיקין לאור תולדות התהוותה ותיקוניה 34 (גד טדסקי ואברהם רוזנטל עורכים, 1963). מעניין לציין כי המונח Ratification פורש תחילה כ"אישור בדיעבד" או "אישור לאחר מעשה" (ראו ברק – אחריות שילוחית, עמ' 118; ע"א 244/61 ספורמס נ' הלבר, פ"ד טז 1480, 1482 (1962) (להלן: עניין ספורמס), והשוו לנוסח סעיף 11(1)(א) לפקודת הנזיקים האזרחיים, 1944 שקבע כי "כל אדם המשתף עצמו או עוזר, מרשה, מייעץ, פוקד, ממציא או מאשר כל פעל, שנעשה – או עומד להיות נעשה, או כל חדלון-מעשה שבוצע או עומד להיות מבוצע, בידי אדם אחר, יהיה אחראי לאותו פעל או חדלון-מעשה"; עוד ראו גד טדסקי "ההצטרפות בעוולת הזולת והפתעות ה'נוסח החדש'" הפרקליט כה 59 (התשכ"ט)). בנוסח החדש של פקודת הנזיקין, תורגם המונח כ"אישור" ולא כאישור בדיעבד (ברק – אחריות למעשי הזולת, עמ' 439, הטקסט ליד ה"ש 1), ואביא את הגדרת מילון אבן שושן למונח, ולפיה אִשְׁרָה הוא מי ש"נתן אישור סופי בדרג עליון לאחר שכבר אושר בדרג נמוך ממנו".

17. כמו כל המשתתפים המנויים בסעיף 12, גם אחריות המאשרר היא אחריות ישירה (ברק – אחריות שילוחית, עמ' 118). אך כאמור, להבדיל מהמשתתפים האחרים המנויים בסעיף, אחריותו של המאשרר בציר הזמן היא ביחס לעוולה שכבר נעשתה. עמדנו על הפסיקה לפיה "הטלת אחריות בנזיקין מכוח הוראת סעיף 12 צריך שתעשה באופן זהיר ומבוקר" (הדגשה הוספה – י"ע) (עניין ויינר, פסקה 26; עניין בית שוקן, פסקה 21). כוחם של הדברים יפה עוד יותר ביחס לאחריותו של המאשרר, אשר צופה פני עבר, כלפי מעשה שכבר נעשה וכאשר למאשרר כבר אין את היכולת לשנות את נזקי העוולה. בהיבט של אשם, לא דומה מי שיעץ או שידל או סייע לראובן בביצוע עוולה, למי שבדיעבד אישרר את הפעולה שבוצעה על ידי ראובן. עמדנו על נקודות השקה שבין סעיף 12 לפקודת הנזיקין לבין הדין הפלילי, אך דומה כי לא בכדי אנו מוצאים בדין הפלילי מקבילה ל"משדל" ול"מסייע" שבדיני הנזיקין, ואף סיוע לאחר מעשה (סעיף 260 לחוק העונשין), אך איננו מוצאים בחוק העונשין מקבילה ל"מאשרר".

18. דרכי האישורר משתנות בהתאם לנסיבות, ובספרות הובעה עמדה לפיה האישורר יכול להיעשות "על-ידי אמירה או שתיקה, במפורש או מכללא" (ברק – אחריות למעשי הזולת, בעמ' 439-440). עם זאת, בעניין ויינר הנזכר לעיל, הסתייגה השופטת (כתוארה אז) א' חיות מהטלת אחריות כמאשררת על מי שלא נטלה כל חלק במעשה העוולה עצמו ורק אישרה אותו בדיעבד באמירה או בשתיקה. באותו מקרה הנתבעת ידעה כי אביה נטל כספים לא לו ושמרה על סודו, אך לשיטת השופטת חיות, הטלת אחריות על הנתבעת על בסיס נתונים אלה בלבד כמי שאישררה את מעשה העוולה בדיעבד, היא

בבחינת הרחבת-יתר של גבולות האחריות בנוזיקין ללא הצדקה, כאשר היא מטילה אחריות על מי שלכתחילה לא נטל חלק במעשים ואינו חב חובת גילוי או דיווח לנפגעים כתוצאה מביצועם על ידי אחר. בסופו של יום, באותו מקרה כאמור נמצא להטיל אחריות על הנתבעת-הבת בשל כך שנטלה כספים ונהנתה מפירות העוולה, ובכך שיתפה עצמה במעשים לאחר שנעשו באופן המצדיק הטלת אחריות מכוח סעיף 12.

19. חלופת האישור שבסעיף 12 לפקודה לא נדונה בפסיקתו של בית משפט זה באופן תדיר. במקרים שבהם נבחנה האפשרות להטיל אחריות, בין היתר בשל אישור או אישור בדיעבד, נקבע כי יש להראות שהמאשרר ידע שהמעשים שבוצעו מהווים עוולה (עניין ספורמס, עמ' 1482-1483; ברק – אחריות שילוחית, עמ' 118); או שהוא נוטל את הסיכון והאחריות שהמעשה הוא עוולה (עניין כרמלי, פסקה 11(א) לפסק דינה של השופטת נתניהו (שהיתה בדעת מיעוט לעניין התוצאה). ראו גם ברק – אחריות למעשי הזולת, עמ' 440; עניין ויינר, פסקה 27); ומקום שבו מדובר בעוולה של תקיפה, הרי שעל מנת להטיל אחריות ישירה, להבדיל מאחריות שילוחית, האישור צריך להיות מפורש (ע"א 358/63 מדינת ישראל נ' שוורץ, פ"ד יז 2894, 2900 (1963)).

ודוק: כך באחריות ישירה, אך כאשר באחריות שילוחית עסקינן, הרי שלא למותר לציין כי בתיקון מס' 10 לפקודת הנזיקין משנת תשס"ה, בוטלו סעיפים 25, 27 ו-61 שהגבילו את האחריות השילוחית של השולח או המעביד לעוולת התקיפה, כליאת השווא והנגישה רק למקרים שבהם השולח או המעביד במפורש התיר או אישר את התקיפה, כליאת השווא או הנגישה. ביטול סעיפים אלה נעשה, לאחר שהמחוקק מצא כי אין הצדקה "להגביל את האחריות השילוחית של מעבידים ככלל ושל הרשויות הציבוריות בפרט בעוולות אלה" (דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) אחריות עובדי הציבור, התשס"ג-2002, ה"ח הממשלה 6 134, 139, הדגשה הוספה). במילים אחרות, לגבי אחריות שילוחית, המחוקק ביטל את הדרישה להיתר או אישור מפורש, מתוך כוונה להרחיב את אחריותם השילוחית של מעבידים ורשויות ציבור לגבי העוולות המוזכרות. אציין כי בתיקון מס' 10 לפקודה נוסף גם הסדר החסינות של עובד ציבור, לפיו, מקום שבו מוגשת תובענה כנגד עובד המדינה על מעשה שעשה בעת מילוי תפקידו, והמדינה טוענת לחסינות העובד ועותרת לדחיית התביעה כנגדו, אזי "יראו את התובענה כאילו הוגשה נגד המדינה מכוח אחריותה למעשהו של עובד המדינה לפי סעיפים 13 או 14 [סעיפי האחריות השילוחית – י"ע] (סעיף 7(ב) לפקודה).

באשר לחלופת "המאשרר" שבסעיף 12 לפקודה, ככל שידיעתי מגעת, לא נמצא בפסיקתו של בית משפט זה מקרה "טהור" של הטלת אחריות מכוח חלופת ה"מאשרר"

ומכוחה בלבד. המקרה הקרוב ביותר להטלת אחריות היה בעניין כרמלי, שם מדובר היה בתביעה של המערערת בעולה של כליאת שווא לאחר שאושפזה באשפוז כפוי בבית-חולים לחולי נפש והוחזקה ללא אסמכתא חוקית בבית החולים במשך 12 יום. הפסיכיאטר המחוזי אישרר בחתימתו, בדיעבד, את האשפוז הכפוי, לאחר שהמערערת כבר שוחררה לביתה. השופטת נתניהו, בדעת יחיד, סברה כי ניתן להטיל אחריות על הפסיכיאטר המחוזי מכוח החלופה של "המאשרר" בסעיף 12 לפקודה, אולם בשורה התחתונה נדחתה תביעת המערערת בשל ההגנה הקבועה בסעיף 27(3) לפקודה.

בת"א (מחוזי ת"א) 2667/00 מרון נ' גלובס פבלישר עתונות (1983) בע"מ (9.10.2007) הטיל בית המשפט אחריות על הבנק-הנתבע בגין לשון הרע, מאחר שהנהלת הבנק מסרה מידע לא נכון לעיתון. בהערת אגב ציין בית המשפט כי ניתן להטיל אחריות על הבנק גם על פי סעיף 12 לפקודת הנזיקין, מאחר שהבנק גם אישרר את המידע כאשר התובע העלה טענותיו בעניין הפרסום הפוגע, והנהלת הבנק חיזקה את ידי העיתון שפרסם את הידיעה להימנע מפרסום תיקון או הכחשה.

פסק דין מחוזי שבו אכן הוטלה אחריות בשל אישרור המעשה, אנו מוצאים בת"א (מחוזי ת"א) 1412/95 בצלאל נ' התחנה המרכזית החדשה בתל-אביב (8.3.2000). שם נקבע כי ככלל, אין הצדקה להטיל על אדם אחריות בנזיקין במקרים שבהם אין לו קשר לאותו מעשה, רק מכיוון שאישרר אותו. אולם, באותו מקרה נקבע כי "ההנאה" של התחנה המרכזית החדשה בתל אביב (התמח"ת) באה לידי ביטוי בדמי השכירות ששולמו לה על ידי "אגד" ו"דן" בתמורה לשימוש שעשו חברות אלה במבנה התחנה המרכזית לשם פעילות אוטובוסיהן, ומאחר שמיום הפעלת התחנה המרכזית לא עשתה התמח"ת דבר כדי להקטין את מפגעי הרעש וזיהום האוויר שנגרמו כתוצאה מפעילותן של "אגד" ו"דן", נקבע כי ניתן להסיק מעצם שתיקתה, אישרור של עוולות מטרדי הרעש והזיהום. בית המשפט מצא אפוא להטיל על התמח"ת אחריות בגין עוולה של מטרד לציבור הן לנוכח המטרדים הישירים שהיא יוצרת הן לנוכח המטרדים שמבצעות "אגד" ו"דן" ואושררו על ידה. לנוכח טובת ההנאה של התמח"ת באותו מקרה, ספק אם לפנינו מקרה טהור של אישרור, או שמא מדובר בשותפות למעשה. לטעמי, מקום שבו מתקבלת טובת הנאה, קו הגבול בין אישרור לבין שותפות למעשה הוא מטושטש. מכל מקום, כאשר מתקבלת טובת הנאה בגין העוולה, הרציונל לראות בכך גם אישרור הוא ברור יותר, ומשתלב עם אחת ממטרות דיני הנזיקין – השבת מצב הניזוק לקדמותו (וראו בסעיף 27 להלן).

20. כפי שכבר שנינו, מכיוון שמעשה האישור נעשה בדיעבד, לאחר ביצוע המעשה העוולתי, חלופה זו לא דורשת קשר סיבתי בין פעולת האישור לבין מעשה העוולה, שכן מעשה בדיעבד אינו יכול לשמש כוח מניע לעוולה שבוצעה זה מכבר (ראו: גד טדסקי "יפוי-כוח לנזיקין" מסות במשפט 240, 244 (התשל"ח); G. Tedeschi, *Authorization of Torts*, 4 ISR. L. REV. 1, 1-9 (1969)). למעשה, הקשר הסיבתי בחלופת האישור הוא מעין קשר סיבתי הפוך: לא מעשה האישור הוא שהוביל לביצוע העוולה, אלא ביצוע עוולה הוביל למעשה האישור. בכך נבדלת הטלת אחריות נזיקית על המאשרר מחלופות אחרות הקיימות בגדרי סעיף 12 לפקודה, והיא אכן חריגה עד מאוד בנוף הנזיקי בכללותו, בהיותה חריג לעקרון הסיבתיות הנדרש לצורך הטלת אחריות בנזיקין. לנוכח האמור, יש שהציעו להשמיט מסעיף 12 לפקודה מספר חלופות לרבות חלופת האישור, "כאשר לא היה למעשים אלה כוח סיבתי לביצוע העוולה" (גד טדסקי "דיני הנזיקין בקודיפקציה הישראלית" מסות במשפט 315, 319-320 (התשל"ח)). עוד נאמר על חלופת האישור כי מקורה בדיני החוזים ותחולתה המקורית באישור עסקאות שנעשו ללא הרשאה, ולכן:

"ספק בעינינו אם מוצדק להכיר בעקרון זה בכל מקרי הנזיקין; כי מה ההצדקה להטיל אחריות בנזיקין על אדם שאין לו כל קשר לאותו מעשה, פרט לעובדה שהוא מאשרר אותו? הצדקת מה לאותו עקרון עשויה להיות באותם מקרי נזיקין המבוצעים תוך כדי עשיית עסקה משפטית (כגון חוזה). להגבלה כזו בתחולת עקרון האישור אין יסוד בלשון הפקודה. התוצאה היא שאנו מכירים ביד רחבה בכללי האישור מעבר למסגרת הטבעית של עסקאות משפטיות ובכך מאפשרים אנו הטלת אחריות על אדם שאין לו כל קשר עם עוולה שבוצעה" (ברק – אחריות למעשי הזולת, עמ' 440-441).

ואכן, המונח "אישור" משמעו, ברגיל, מתן תוקף לפעולה משפטית, כך שהאישור (במובן של אישור בדיעבד) הוא שמשכלל את אותה פעולה. עובד זוטרי של תאגיד חרג מסמכותו והתקשר בהסכם עם צד שלישי. דירקטוריון החברה מאשרר את הפעולה, ובכך משכלל את אותה פעולה (וראו סעיף 6(ג) לחוק השליחות, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק השליחות) לגבי אישור בדיעבד של תאגיד ביחס לפעולה שנעשתה למענו לפני היווסדו). בהינתן ההצדקה שבבסיס סעיף 12 לפקודה, כפי שהוסבר לעיל (מבצע העוולה עשה זאת כידו הארוכה של אחר, או שאותו אחר סייע ועזר או יעץ לבצע את העוולה), הטלת אחריות בנזיקין על המאשרר היא אכן מוקשית.

21. הקושי בהטלת אחריות על המאשרר גדול במיוחד ככל שמדובר בפיצויים עונשיים. השתת פיצויים עונשיים שמורה למקרים חריגים ומחייבת יסוד נפשי מחמיר

מצד המעוול (עניין בן שלום, פסקאות 81-82 לפסק דינה של השופטת י' וילנר; עניין מנטין, פסקאות 136-139), וכבר ציינתי כי לטעמי הטלת אחריות "ביחד ולחוד" בפיצויים עונשיים היא סבוכה וכי יש לבחון כל מעשה לגופו (עניין בן שלום, פסקה 4 לפסק דיני). כך על דרך הכלל, וכך עוד יותר כאשר במאשר עסקינן, שלגביו אף לא נדרש קשר סיבתי בין מעשה האישור לגרימת העוולה. הטלת אחריות על המאשר מהווה כשלעצמה מעין סנקציה על *mens rea* (ראו *Tedeschi, Authorization of Torts*, עמ' 17), שיש בה מעין אלמנט עונשי.

22. לסיכום חלק זה של הדיון, לא למותר להזכיר את סעיף 367(א) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (להלן: הצעת חוק דיני ממונות) המגלם את עקרונות סעיף 12 לפקודת הנזיקין ומרחיבם למצבים שבהם אדם מבצע את העוולה באמצעות אחר. כלשון הסעיף: "אדם נושא באחריות אישית בנזיקין לעוולה אם ביצע אותה, בעצמו או באמצעות אחר, או השתתף ביוזעין בביצועה בדרך של סיוע, ייעוץ, שידול, ציווי או הרשאה". מנוסח הסעיף עולה מפורשות כי ההשתתפות בביצוע עוולה צריכה להיות ביוזעין "שכן מודעות היא תנאי לאחריות כשותף לביצוע עוולה: אדם אשר אינו מודע להיותו מסייע או משדל, אינו נושא באחריות ככזה" (דברי ההסבר להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 595, 849). עוד צוין בדברי ההסבר להצעה כי "החלופה של 'אשרור' המעשה או המחדל הושמטה. בעניין זה, יחולו הכללים הרגילים באשר למהותה של הרשאה, שיכולה להיות מראש או בדיעבד" (שם). נוסח זה של הצעת חוק דיני ממונות, שבו נשמטה המילה "אשרור", אינו מחייב כמובן, אך לטעמי הוא מעיד על כך שה"אשרור" הוא נטע זר בדיני הנזיקין, ולמצער, כי יש ליתן פרשנות מצמצמת לאשרור בדיעבד של מעשה שכבר נעשה. כאמור, הרשאה היא מונח מדיני השליחות שבדיני החוזים, ואחזור ואפנה לדברים שנאמרו לעיל, כי קיימת הצדקה להטלת אחריות ישירה ואישית "באותם מקרי נזיקין המבוצעים תוך כדי עשיית עסקה משפטית (כגון חוזה)" (ברק – אחריות למעשי הזולת, עמ' 440-441). עם זאת, גם לפי הצעת חוק דיני ממונות, הרשאה יכול שתינתן בדיעבד, כך שאף במבט צופה פני עתיד, המחוקק לא סבור כי יש לסתום את הגולל על אפשרות זו.

ניתוח דוקטרינת האשרור בראי המשפט המקובל

23. על מנת להיטיב להבין את דוקטרינת האשרור ומהותה, נקדיש מספר מילים להתפתחותה במשפט המקובל, שהוא המקור לדוקטרינת האשרור בדיני הנזיקין הישראליים.

כאמור, המקור לדוקטרינה הוא בדיני החוזים (ברק – אחריות למעשי הזולת, עמ' 440), כשבאמצעות מעשה אישור ניתן היה לחייב את המאשר להסכם שמלכתחילה לא אושר על ידו (על מקורו ההיסטורי של הכלל במשפט הרומי ראו אצל Tedeschi, Gualtiero Procaccia, *On the Theory and History* ; 17 'מעמ' 17; 13-24 (1978-1979) *(of Ratification in the Law of Agency*, 4 TEL AVIV U. STUD. L. 9, 13-24 (1978-1979) (להלן: Procaccia)). בהקשר הנזיקי, דוקטרינת האישור יושמה תחילה בהקשר של עוולות רכושיות ומאוחר יותר הוחלה על עוולות אישיות יותר, כגון תקיפה (Anthony W. Kraus, *Ratification of Torts: An Overview and Critique of the Traditional Doctrine and its Recent Extension to Claims of Workplace Harassment*, 32 TORT & INS. L.J. 807, 810 (1997) (להלן: Kraus, Ratification of Torts)).

24. במשפט האנגלי קיים העקרון לפיו האישור פועל למפרע (relation back), ו"אישור בדיעבד – כהרשאה מלכתחילה" (*omnis ratihabitio retrotrahitur et mandato*) (ברק – אחריות שילוחית, עמ' 440) (*priori aequiparatur*) (ברק – אחריות שילוחית, עמ' 440) (J. Murphy, *Vicarious Liability*; 440 'עמ' 440) (Clerk & Lindsell, *ON TORTS* 422 (21th ed. 2014) (להלן: Clerk & Lindsell); Kraus, *Ratification of Torts*, עמ' 809). עקרון זה הוסבר על ידי הלורד Coke באופן הבא:

"By the common law he that received a trespasser and agreeth to a trespass after it be done is no trespasser, unless the trespass was done to his use and for his benefit, and then his agreement subsequent amounteth to a commandment for in that case *omnis ratihabitio retrotrahitur et mandato aequiparatu*" (מצוטט במאמרו של Procaccia, עמ' 22).

עם זאת, ביקורת נמתחה על הרעיון, וכך כתב השופט האמריקאי הולמס:

"[...] ratification has been made equivalent to command, and that is all. But it will be seen that this is a very great step. It is a long way from holding a man liable as a wrongful disseisor when he has accepted the wrongfully-obtained possession, to allowing him to make justifiable an act which was without justification when it was done, and, if that is material, which was followed by no possession on the part of the alleged principal. For such a purpose why should ratification be equivalent to a previous command? Why should my saying that I adopt or approve of a trespass in any form of words make me responsible for a past act? The act was not mine, and I cannot make it so. Neither can it be undone or in any wise affected by what I may say"

(Oliver W. Holmes Jr., *Agency*, 5 HARV. L. REV. 1, 12-13 (1891)).

ראו גם: Kraus, Ratification of Torts, עמ' 819.

עוד עולה, כי האישור מחייב ביטוי של הסכמה ואימוץ המעשה ותוצאותיו המשפטיות (Clerk & Lindsell, עמ' 421, Kraus, Ratification of Torts; עמ' 810, Restatement (Third) (of agency) §4.01, (להלן: Restatement (Third)) וכן מחייב כי המאשר ידע את העובדות המהותיות למעשה (Clerk & Lindsell, עמ' 421, Kraus, Ratification of Torts; עמ' 812). לצורך קיומו של אישור, על מבצע הפעולה לפעול או להתיימר לפעול כשליח עבור המאשר – "A person may ratify an act if the actor acted or purported to act as an agent on the person's behalf" (Restatement (Third), §4.03 comment (b), §4.01, אך ראו ההערות שם והשוו לכלל הנזכר במקרים אחרים ולפיו מבצע הפעולה צריך לפעול עבור או למען המאשר: Kraus, Ratification of Torts, עמ' 812; ברק – אחריות למעשי הזולת, בעמ' 440). בד בבד, חשוב להדגיש כי נטען שלהבדיל מדיני החוזים, הכלל שלפיו מבצע העוולה צריך להתיימר לפעול עבור המאשר – לא מבוסס היטב בדיני הנזיקין (Clerk & Lindsell, עמ' 421, הטקסט ליד ה"ש 327, Tedeschi, Authorization of Torts; עמ' 15).

25. ואכן, לשיטתו של ברק, התנאי לפיו מבצע העוולה צריך לפעול בשעת ביצועה למען המאשר, לא נזכר במפורש בדין הישראלי וספק אם ניתן לייבא אותו מהמשפט האנגלי בדרך של פירוש המונח "אישור". לדידו, דיני הנזיקין במשפט האנגלי הושפעו מדיני החוזים האנגליים המכירים בעקרון כי אין לאשר חוזה שנערך על ידי אדם בלתי מוסמך מבלי שאותו אדם התכוון לפעול כמורשה למען המאשר, ו"אימוץ זה של עקרון חוזי בדיני נזיקין אינו משכנע כלל. בדיני החוזים מטרת האישור בדיעבד להפוך פעולת המורשה לפעולת המרשה, דהיינו, לקשור יחסים משפטיים ישירים בין המרשה לבין הצד השלישי. אין זה אפשרי להציג תוצאה זו מבלי שהצד השלישי התכוון להתקשר עם המרשה". לעומת זאת, בדיני הנזיקין, "כאן מטרת האישור בדיעבד לשתף את השולח באחריות הכספית לעוולה שבוצעה. אם השולח מוכן לקחת על עצמו אחריות זו, על שום מה נמנע זאת ממנו?" (ברק – אחריות שילוחית, בעמ' 119). במועד מאוחר ציין ברק כי ספק אם הדבר נדרש על פי חוק השליחות, והכרה בתנאי האנגלי במשפט הישראלי עלולה להביא לחוסר התאמה בין דיני הנזיקין לדיני החוזים (ברק – אחריות למעשי הזולת, עמ' 440 והטקסט ליד ה"ש 5). מנגד, לדידו של טדסקי, יש תימוכין לגישה לפיה מבצע העוולה צריך לגלות בזמן המעשה קשר מסוים למאשר, אבל הכלל האמור צריך להיות מיושם באופן שונה בחוזים ובנזיקין (Tedeschi, Authorization of Torts, עמ' 15).

26. במאמרו של Kraus מובא ניתוח פסקי דין אמריקאים שניתנו במאות ה-19 וה-20, וניתן להצביע על חוסר עקביות בסוגי המקרים שהוכרו כאישרור (Kraus, Ratification of Torts, עמ' 814-818). כך למשל, בתי המשפט הכירו כי החזקה או שמירה (retention) של טובת הנאה מוחשית שמקורה במעשה עוולתי מהווה אישרור, ונטען כי במקרים שבהם הרווח הושג ממעשה הונאה, הסגת גבול ואפילו תקיפה – ההכרה בקבלת טובת ההנאה כאישרור לא הייתה שנויה כל כך במחלוקת. שאלות התעוררו כשהמעשה העוולתי נעשה ברשלנות. בפסק דין מוכר במשפט האמריקאי בעניין Dempsey (Dempsey v. Chambers, 28 N.E. 279 (Mass.1891)), התובע הזמין פחם מהנתבעת, חברת פחם, ואדם שלישי שפעל שלא בידיעתה או באישורה של הנתבעת לקח על עצמו להוביל את הפחם, ובזמן ההעברה גרם ברשלנותו נזק לרכוש הקונה. השופט הולמס, אז בשבתו בבית המשפט לערעורים במדינת מסצ'וסטס, הכיר בדרישת הנתבעת כי הניזוק-התובע ישלם עבור הפחם, כאישרור של פעולת המזיק לרבות העוולה שביצע, חרף הבעת הסתייגות מדוקטרינת האישרור. במקרים אחרים, תשלום עבור עבודות בנייה לא הוכר כאישרור של מעשים רשלניים של עובדים (Kraus, Ratification of Torts, עמ' 814 והדוגמאות המובאות בה"ש 37).

עמדות שונות הובעו בשאלה אם דברי שבח או ביטויי אישור (approval) והסכמה למעשה עוולה או למעוול עצמו עולים כדי אישרור. במקרים מסוימים התבטאויות מסוג זה הובילו להטלת אחריות נזיקית ואף לפיצויים עונשיים (שם, בעמ' 815). ב-*Gindin v. Baron*, 78 A.2d 297 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1951) נקבע למשל כי ניתן להסיק שמעשה התקיפה שביצע עובד בבית העסק של המעסיק, נעשה במסגרת תחרות עסקית ולטובת השאת רווחיו של המעסיק. נקבע כי אמרת המעסיק כי "It is a good thing you gave him a good beating, he won't bother our customers the next time" יכולה להעיד על מודעות המעסיק לכך שהתקיפה בוצעה לקידום האינטרסים העסקיים שלו, וניתן להסיק מהאישרור כוונה מוקדמת. במקרים אחרים נקבע כי התבטאויות המביעות שביעות רצון או אישור לא מגלות כוונה ברורה לאמץ את הפסול שבמעשה, ואינן מספיקות כשלעצמן לצורך הטלת אחריות כמאשרר (Kraus, Ratification of Torts, עמ' 815). כך, ב-*Wofford Oil Co. v. Stauter*, 26 Ala. App. 112 154 So. 124, 126 (Ala. Ct. App. 1934) נקבע כי מנהל תאגיד שאמר לעובדו שהתלונן במשטרה כי פעל נכון, לא מהווה אישרור של מעשי העובד על פי החוק. אציין כי זה המצב גם בדין הפלילי בישראל וגם בדין הפלילי בארצות הברית:

"One may rejoice over a murder after its commission without for that being criminally liable; and so may one

approve and applaud an assault and battery committed by one upon another without subjecting himself to liability to the injured party" (*Cooper v. Johnson*, 81 Mo. 483, 489 (1884)).

סוגיות נוספות שנדונו בפסקי דין נוגעות להימנעות המאשרר מלבצע פעולות לתיקון מעשה העוולה (failure to take corrective action), ובפרט הימנעות מנקיטת אמצעיים משמעותיים או פיטורים של עובד-מעוול. בקבוצת המקרים האחרונה, ברוב המקרים נקבע שהשאררת עובד-מעוול בתפקידו, אינה מספיקה כשלעצמה ואינה מהווה אישור של מעשיו (שם, עמ' 816-818). קבוצה נוספת של מקרים שנסקרו עסקה במתן תמיכה משפטית למעוול ובשאלה אם תמיכה מסוג זה עולה כדי אישור. בעוד שבמקרים אחדים הגנה משותפת של המאשרר ומבצע העוולה, שנועדה להצדיק את התנהגות המעוול, הוכרה כאישור של המעשה, הרי שבמקרים אחרים בתי המשפט אחזו בגישה לפיה פעולות משפטיות כמו מימון ייצוג או מתן ערבות לשחרור עובד-מעוול לא מהוות אישור (Kraus, Ratification of Torts, עמ' 815-816, וראו גם § Restatement (Third), 4.01(h)).

27. לעמדתו של Kraus, הטלת אחריות מכוח אישור אינה נובעת מהעקרונות הנהוגים לאחריות בשל ציווי על עוולה (command), ונדמה כי היא מבוססת על טלאי טלאים של דוקטרינות אחרות (Kraus, Ratification of Torts, עמ' 819-820). ב"מקרים הקלים" – אישור של עוולות רכושיות בדרך של קבלת רווח או הטבה כתוצאה ממעשה עוולה – הטלת האחריות משרתת את התכלית של השבת מצבו של הניזוק לקדמותו ומניעת רווח של המזיק מהתעשרות שאינה מוצדקת. מעבר למקרים אלו, הטלת אחריות בשל אישור עוולות היא מורכבת יותר ומשרתת מטרות נוספות כגון הרתעה וחלוקת סיכונים (שם).

28. הביקורת על דוקטרינת האישור עוסקת בחלקה בטיבה של ההתנהגות העשויה להיחשב כאישור. חלק מההתנהגויות ה"מאמצות" לכאורה מעשים עוולתיים הן בעלות תועלת חברתית מסוימת, כמו מימון הליכים משפטיים, או ניהול הגנה משותפת למאשרר ולמבצע העוולה, או השאררת עובד-מעוול במשרתו. הסתייגויות אחרות התייחסו להטלת אחריות במצבים כגון הבעת אישור או שביעות רצון ממעשה אסור. בתי משפט נרתעו מלהטיל אחריות על ביטויים שמאשרים (approve) מעשים לא חוקיים אבל לא מהווים "imminent danger of inciting it". נטען כי יש מקום לסברה שדברי שבח למעשה עוולה הנאמרים לאחר המעשה לא יגלו "immediate danger of inciting more wrongdoing", אם כי הם יכולים לעודד, ולמצער לא להרתיע, מלבצע התנהגויות פסולות בטווח הארוך.

מכאן יכולה להישמע הטענה כי ככל שביטוי מסוג זה מהווה בסיס לאחריות נזיקית, יש להטילה רק במקרים שבהם מוכח קשר סיבתי בין הביטויים לבין הפגיעה עצמה, אם וכאשר מדובר בביטוי חוזר (שם, עמ' 821-822).

היבט נוסף של הביקורת על דוקטרינת האישור, קשור לכך שההתנהגות המאשררת אינה תמיד חד משמעית ולא דווקא מעידה על כוונה ברורה לאמץ מעשה עולתי או לאשר את הישנותו. למשל, הימנעות מחקירה או מנקיטת אמצעים לתיקון ההתנהגות הפסולה יכולה להעיד במידה זהה על חוסר עניין או העדר מעורבות בהתנהגות הפסולה, ולא דווקא על כוונה לאמץ אותה (שם, עמ' 822).

ביקורת נוספת שהושמעה נוגעת להיקף החבות מכוח האישור והעקרון של "ביחד ולחוד". נטען כי אין התאמה בין התנהגות המאשרר לבין אחריותו המלאה כלפי הניזוק למכלול הנזק, וכי מידת האשם שבהתנהגות המאשרר ביחס לזו של מבצע העוולה היא שונה ולא מצדיקה הטלה של סנקציות זהות הלכה למעשה. הפער בין חומרת התנהגות המאשרר לבין זו של מבצע העוולה ניכר אף יותר בהקשר של הטלת פיצויים עונשיים, שאז נלקח בחשבון היסוד הנפשי של הנתבע (שם, עמ' 823-824). עוד נטען כי קיימות אלטרנטיבות מתאימות יותר להטלת אחריות על התנהגויות "מאמצות", ולמשל, מוטב כי הטלת אחריות על מי שלא נקט אמצעים לתיקון מעשה עולתי שביצע עובדו, תהיה ישירה ותצומצם רק לנזקים שנגרמו עקב מחדלי המנהל (שם, עמ' 824-825).

סעיף 12 לפקודת הנזיקין וחלופת "המאשרר" – סיכום ביניים

29. נסכם את עיקרי הדברים עד כה:

(-) לנוכח העקרון הבסיסי שלפיו אדם אחראי למעשיו ואין הוא אחראי למעשי הזולת, הטלת אחריות מכוח סעיף 12 היא חריגה כשלעצמה. הטלת אחריות מכוח סעיף זה היא ישירה ואישית לפי העקרון של אחריות "ביחד ולחוד" עם המבצע העיקרי של העוולה.

(-) בפסיקה נעשה שימוש מוגבל בסעיף 12 לפקודה כמקור להטלת אחריות וניתן לו פירוש מצמצם. נקבע כי הטלת אחריות בנוזיקין מכוח הוראת סעיף 12 צריכה להיעשות באופן זהיר ומבוקר.

(-) סעיף 12 מונה שבעה סוגים של שותפים למעשה העוולה. "המאשרר" הוא החריג שבין השותפים המנויים בסעיף 12 – שכאמור, הוא סעיף חריג כשלעצמו – מאחר

שעניינו של המאשרר מתייחס אך ורק למעשה שכבר נעשה בעבר, ואף לא נדרש קשר סיבתי בין האישור לבין ביצוע מעשה העוולה. הקשר הסיבתי בחלופת האישור הוא מעין קשר סיבתי הפוך: לא מעשה האישור הוא שהוביל לביצוע העוולה, אלא ביצוע עוולה הוביל למעשה האישור.

(-) שורשיה של חלופת "האישור" מצויים בדיני החוזים. לנוכח חריגותה בדיני הנזיקין, ישנם מלומדי משפט שהציעו להשמיטה, והמילה "אישור" הושמטה בהצעת חוק דיני ממונות.

(-) ההצדקה שבבסיס החלופות השונות שבסעיף 12 שונה מזו של חלופת ה"אישור". אמנם יש מצבים שבהם חלופת האישור משרתת את התכלית של השבת מצבו של הניזוק לקדמותו ומניעת התעשרות המזיק שלא כדין (כגון במקרים של קבלת רווח או טובת הנאה עקב ביצוע העוולה), אך ככלל, דומה כי חלופת האישור משרתת תכליות נוספות כגון הרתעה וחלוקת סיכונים.

(-) מלומדי משפט הביעו עמדה לפיה בדין הישראלי, ובשונה מדיני החוזים, בדיני הנזיקין ספק אם מבצע העוולה צריך לפעול בשעת ביצועה למען המאשרר.

(-) לא הוצג בפנינו תקדים להטלת אחריות אך ורק מכוח החלופה של "המאשרר" בסעיף 12 לפקודה, ולמצער, לא נמצא שהוטלה אחריות על מאשרר שלא הייתה לו טובת הנאה ישירה מהמעשה העולתי.

(-) הקושי שבהטלת אחריות נזיקית על ה"מאשרר" לפי סעיף 12 לפקודת הנזיקין, מתחזק עוד יותר ככל שמדובר בתשלום פיצויים עונשיים.

תשלום כספים לאסירים ביטחוניים או למשפחותיהם כאישור מעשי טרור

30. על רקע הפרשנות המצמצמת של חלופת "המאשרר" בסעיף 12 לפקודת הנזיקין, נפנה לדון בשאלה הניצבת לפתחנו: האם תשלום כספים על ידי הרשות הפלסטינית לאסירים ביטחוניים ובני משפחותיהם, מהווה אישור של פעולות האסירים כמשמעות המונח בסעיף 12 לפקודה, באופן המצדיק הטלת אחריות נזיקית על הרש"פ בגין תוצאות מעשיהם?

31. עודנו באים לדון בשאלה זו, נחזור ונחדד את גדרו של הדיון. יש להבחין בין עניינינו-שלנו, לבין מצבים ונסיבות שבהם הוטלה אחריות ישירה על הרשות הפלסטינית

לנזקיהם של מי שנפגעו מפעולות טרור, בגין מעורבות של הרש"פ לפני ביצוע הפיגוע. במקרים אלה, הוכח קשר סיבתי בין מעורבות הרשות לבין ביצוע הפיגוע.

כך, בעניין מנטיון, שניים מביין חברי ההרכב ביססו את אחריותה של הרשות הפלסטינית על השתתפותו של המחבל במחנה אימונים של הרש"פ כ-10 ימים לפני הפיגוע שבו הועברו תכנים מעודדי טרור, וכך על הקביעה כי המחבל אומן על ידי הרשות הפלסטינית וכי קיים קשר סיבתי בין אימונים אלה לבין הרצח שביצע (פסקי הדין של הנשיאה (בדימ') מ' נאור והשופט ע' פוגלמן). בעניין בן שלום, אושרה אחריותם של הרש"פ ומרואן ברגותי לתוצאות הפיגוע הנדון שם, ובין היתר נקבע כי הם היו לכל הפחות אחראים להעברת כספים שאפשרו הלכה למעשה את רכישת תת המקלע ששימש לפיגוע הנדון (שם, פסקה 69 לפסק דינה של השופטת וילנר). גם בעניין שמש (ת"א מחוזי י-ם) 4333/02 שמש נ' הרשות הפלסטינית (2.11.2020) נקבע כי שחרורם של מעורבים בפיגוע ומתן חומר נפץ עולה כדי סיוע והשתתפות במעשה, ובנסיבות הקונקרטיות של המקרה יש להטיל על הרש"פ אחריות לפיגוע על בסיס הוראת סעיף 12 לפקודת הנזיקין (פסקאות 120-127; החלטה לעניין החבות ניתנה ביום 13.9.2018 על ידי המותב שנתן את פסק הדין בהליך דנן, ערעורים על פסק הדין תלויים ועומדים – ע"א 8828/20 וע"א 3814/21). במקרה אחר שבו לא הוכח קשר סיבתי בין מעשי הרשות לבין פיגוע הטרור והנזק שבעקבותיו, לא הוכרה אחריותה של הרש"פ למעשים (עניין אר-אל המתייחס לפיגוע במלון פארק בנתניה). האחריות שהוטלה עד כה על הרש"פ, הייתה אפוא אחריות בגין מעשה ואירוע קונקרטי שלרש"פ היה קשר מוכח לביצועו.

ענייננו מתמקד בפיגועים ובמעשי טרור שבהם לא הוכחו מעורבות או סיוע ישיר או עקיף של הרש"פ טרם המעשים, ובאפשרות להטיל אחריות על הרש"פ אך ורק בשל תשלום תגמולים למפגעים-האסירים הביטחוניים ולבני משפחותיהם.

32. "העובדה שהרש"פ משלמת קצבאות ומענקים למחבלים ולבני משפחותיהם היא מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה, ועובדה זו אף מעוגנת כיום בדין, בחוק להקפאת כספים ששילמה הרשות הפלסטינית בזיקה לטרור מהכספים המועברים אליה מממשלת ישראל, התשע"ח-2018" (דבריי בע"א 1604/19 מדינת ישראל נ' פלונית, פסקה 6 (26.1.2021) (להלן: עניין פלונית)).

ואכן, אין מחלוקת של ממש על כך שהרש"פ משלמת לאסירים ביטחוניים הכלואים בבתי הכלא בישראל, אם ישירות אם באמצעות בני משפחותיהם, תשלומים והטבות בסדרי גודל שונים.

לטענת הרש"פ, מדובר במסורת רבת שנים שראשיתה בשנות ה-70 של המאה הקודמת, והדברים מעוגנים גם בדברי חקיקה פלסטיניים. לעמדתו של מר אשרף עג'רמי מטעם הרש"פ, מי שהיה בעברו שר לענייני אסירים ברשות הפלסטינית, למעלה מ-90% מהעצורים הפלסטינים נעצרו בשל תליית כרזות, הנפת דגלים, השתתפות בהפגנות וכיוצא בזה – מעשים שהרש"פ אינה רואה בהם כמעשי טרור. הרש"פ אינה רואה בתשלומים כתמיכה או כתמריץ לביצוע מעשי טרור, בין היתר, מאחר שההפסד הכלכלי כתוצאה מביצוע פיגוע גבוה עשרות מונים מהתשלומים הניתנים על ידי הרשות הפלסטינית; גובה התשלום עלה דווקא אחרי האינתיפאדה השנייה, בתקופה שבה מעשי האלימות פחתו באופן משמעותי, כך שאין קשר בין התשלומים לבין רף האלימות; ולשיטתה של הרש"פ, מדובר בתשלום סוציאלי שנועד להרחיק משפחות אסירים ממעגל העוני והיאוש, ותשלום התגמולים מונע מגורמים קיצוניים דוגמת החמאס או איראן, לשלם למשפחות ובכך להשתלט על המשפחות ולהפעיל עליהן לחץ לשוב ולפעול בדרכים אלימות. כמו כן, לפי הרש"פ, התשלומים לא מועברים למשפחות ביוזמת הרש"פ אלא רק אם משפחת האסיר פונה למשרד לענייני אסירים ומבקשת קצבה, ואסירים שנשפטים בבתי המשפט של הרש"פ ומורשעים בעבירות שיש עמן קלון מפורטים ממשורותיהם הציבוריות, ולדוגמה, מי שהורשע לאחר שהרג קצין ישראלי פוטר מתפקידו ולא היה זכאי למשכורות מכוח חוק האסירים הפלסטיני. עוד נטען כי לא ניתן לראות בתשלום התגמולים משום תמריץ או גמול, והא-ראיה שבתקופת האינתיפאדה השנייה, שבה התרחשו האירועים מושא הערעור, הסכומים ששולמו עמדו על כ-900 ₪ לחודש בלבד. העלאת סכומי הקצבאות נעשתה לאחר האינתיפאדה השנייה, בתקופה שבה ירד היקף מעשי האלימות, מה שמצביע על העדר קשר בין התשלומים לבין ביצוע פיגועים.

33. כשלעצמי, אני מתקשה לקבל הסברים אלה, שהם דחוקים על פניהם ומתעלמים מהבסיס הרעיוני של תשלומים אלה. אולם איננו נדרשים להרחיק עדותנו, מאחר שהמחוקק הישראלי אמר בהקשר זה את דברו.

החוק להקפאת כספים קובע מנגנון להקפאת כספים המועברים על ידי מדינת ישראל לרשות הפלסטינית בהתאם להוראות חוקים המיישמים את הסכם הביניים שבין ישראל לרשות הפלסטינית. חוק זה, כעולה משמו ומסעיף 1 שבו, "מטרתו להביא להפחתת פעילות טרור ולבטל את התמריץ הכלכלי לפעילות טרור, באמצעות קביעת הוראות לעניין הקפאה של כספים ששילמה הרשות הפלסטינית בזיקה לטרור, מתוך הכספים שמעבירה ממשלת ישראל לרשות הפלסטינית [...]". (הדגשה הוספה – י"ע). בפני המחוקק הישראלי לא עמדו אסירים ביטחוניים שנעצרו בשל תליית כרזות, הנפת

דגלים, או השתתפות בהפגנות כנטען על ידי הרש"פ. לא באלה ביקש המחוקק הישראלי לאסור מלחמה, ולא באלה עניינן של תביעות הנזיקין כנגד הרש"פ. אביא מדברי ההסבר להצעת החוק המדברים בעד עצמם:

"[...] הרשות הפלסטינית וארגון השחרור הפלסטיני משלמים מדי שנה סכומי עתק למי שהיו מעורבים בפעילות טרור נגד ישראלים ולבני משפחותיהם, באמצעות משכורות והטבות למחבלים פלסטינים הכלואים בבתי סוהר ישראליים (במהלך מאסרם ואף לאחר שחרורם) ומענק קצבאות למשפחות פלסטיניות שקרובם נהרג או נפצע בפעילות כאמור. בעצם תשלום כספים אלו יש משום הבעת תמיכה במעשי הטרור.

משמעות הדברים היא שמדינת ישראל מממנת בעקיפין, באמצעות העברת הכספים לרשות הפלסטינית, את התשלומים האמורים. אין מדינה שיכולה להסכין עם הדבר.

לפיכך, מוצע לקזז בכל שנה מהכספים המועברים לרשות הפלסטינית בהתאם לחוקים האמורים סכומים בגובה כספי התמיכה בפעילי טרור ובבני משפחותיהם בשנה שקדמה לה. סכום זה ייקבע בדוח שנתי שיפרסם שר הביטחון" (דברי ההסבר להצעת חוק קיזוז כספים לרשות הפלסטינית בשל תמיכתה בטרור, התשע"ח–2018, ה"ח 764, עמ' 116-117).

[הערה: על אף שבדברי ההסבר נאמר כי מוצע לקזז מתוך הכספים המועברים לרש"פ, הרי שבפועל, המחוקק משתמש במונח "הקפאה" ולא במונח "קיזוז", כך שלהלכה אין מדובר בקיזוז או בניכוי של הכספים אלא ב"הקפאתם".]

החוק להקפאת כספים מלקה אפוא את הרש"פ בכך שעל כל שקל שהיא משלמת לאסירים ולבני משפחותיהם, היא משלמת למעשה שקל נוסף שלא מועבר לה מתוך הכספים המועברים על ידי המדינה לרש"פ.

34. גם בארצות הברית, הכספים שהרש"פ משלמת נתפסים כתמריץ למעשי טרור "The Palestinian Taylor Force Act (Title X of P.L. 115-141) sec(2)(1) ל- הקובע כי Authority's practice of paying salaries to terrorists serving in Israeli prisons, as well (as to the families of deceased terrorists, is an incentive to commit acts of terror". חוק זה מטיל מגבלות על התמיכה בגדה המערבית וברצועת עזה ועל הסיוע הכספי (ESF – Economic Support Fund) שמיטיב באופן ישיר עם הרשות הפלסטינית ועם אש"ף, עד שאלה ינקטו בשורה של צעדים, ביניהם הפסקת תשלומים על מעשי טרור ([...] have

terminated payments for acts of terrorism against Israeli citizens and United States citizens to any individual, after being fairly tried, who has been imprisoned for such acts of terrorism and to any individual who died committing such acts of terrorism, (including to a family member of such individuals").

35. לטענת הרש"פ, ענייננו במדיניות תשלום סוציאלית כללית לכלל האסירים הביטחוניים ולמשפחותיהם. לכן, לגישה, אין להטיל אחריות נזיקית בגין פעולה כללית וגורפת שאין לה קשר סיבתי לפיגועים ולמעשים הקונקרטיים, הנבדלים זה מזה במובנים רבים, לרבות בשיוך הארגוני של האסירים והמפגעים. הרש"פ הוסיפה והצביעה על כך שמדיניותה בנוגע לתשלומים היא מדיניות שהרש"פ דבקה בה חרף התמורות ביחסים שבין ישראל לבין הפלסטינים וחרף התיאום הביטחוני הקיים כיום.

36. כאמור, כשלעצמי, אני מתקשה לקבל את ההסבר "הסוציאלי" של הרש"פ למדיניות התגמולים שלה, ואין צורך להרחיק עדותנו על מנת להגיע למסקנה כי מאחורי מדיניות זו עומד נרטיב לאומי-פלסטיני. סעיף 1 לחוק האסירים והמשוחררים הפלסטיני (قانون الاسرى والمحررين) משנת 2004 מגדיר "אסיר – כל מי שנכלא בבתי הכלא של הכיבוש בגין השתתפותו במאבק נגד הכיבוש" (الاسير - كل من يقبع في سجون الاحتلال علي خلقية مشاركته في النضال ضد الاحتلال). סעיף 2 לחוק זה מגדיר את האסירים כ"מגזר לוחם" (شريحة مناضلة) וסעיף 9 לחוק קובע כי המשרד לענייני אסירים יכין בסיס נתונים לגבי האסירים, הכולל את הסיבות למעצרו ואת הפשעים שבוצעו כלפיהם על ידי הכיבוש. כלל התשלומים האמורים משולמים מתקציב הרשות הפלסטינית. אלה שולמו בעבר על ידי גוף ממשלתי בשם "המשרד לענייני האסירים והמשוחררים" אך בעקבות ביקורת בין-לאומית, החל משנת 2014, הקימה הרש"פ את "הרשות לענייני האסירים והמשוחררים" שתוקצבה על ידי הרש"פ באמצעות "הקרן הלאומית הפלסטינית" שהוכרזה כהתאחדות בלתי מותרת בישראל ומוגדרת כיום כארגון טרור לפי חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: חוק המאבק בטרור). בשנת 2018 הועבר מימון הרשות לענייני אסירים ומשוחררים מאחריותה של "הקרן הלאומית הפלסטינית" בחזרה לאחריות הרש"פ ומשרד האוצר הפלסטיני, ובעקבות ביקורת בין-לאומית על הרש"פ בשל כך, משולמים הכספים באמצעות מוסדות אש"ף.

37. ייאמר מיד ובקול צלול וברור. מדיניות התגמולים של הרש"פ מעוררת שאט נפש. הדעת אינה סובלתה. הלב מתכווץ ומתקומם כנגדה. העין חשה בעוצמה את דקירתה. דקירת העין המטאפורית מצטרפת לכאב ולייסורי הלב והנפש של בני משפחותיהם של קורבנות פיגועי הטרור – ולא נוכל לפרטם כי רבים הם. קשה שלא

להזדעק אל מול פרקטיקה זו של קצבאות המשתלמות אך ורק לאסירים בטחוניים, להבדיל מאסירים פליליים "רגילים". לדוגמה, פלסטיני שרצח את פלוני במהלך פריצה לביתו ונשפט בגין כך לעונש מאסר בישראל – לא יזכה לתגמולים. לעומתו, פלסטיני שרצח נשים וילדים בפיוע טרור, יזכה גם יזכה לכך. התגמול המוענק לאסירים ביטחוניים ובני משפחותיהם בעקבות פנייתם אף אינו שווה לכל נפש. גובה התשלום החודשי משתנה בהתאם לתקופות המאסר שנגזרו על האסיר הביטחוני. ככל שתקופת המאסר ארוכה יותר, כך גדל שיעור התמיכה החודשית, ולא דומה מיידה אבנים שנידון למספר חודשי מאסר, לרוצח שנשפט למאסר עולם. התגמולים החודשיים המשולמים כיום לאסירים בטחוניים שעליהם נגזרו עשרות שנות מאסר, הם סכומים משמעותיים הגבוהים פי שלושה וארבעה מהשכר הממוצע ברשות הפלסטינית. צא ולמד, שפלסטיני שעלה בידו לרצוח מספר ישראלים והוא מרצה בשל כך מספר מאסרי עולם, יזכה לתגמול כספי, שאם נתרגם אותו למונחים של שכר ממוצע במשק בישראל – הוא שקול לסדר גודל של כ-40,000 ₪ לחודש. יש בכך כדי להחליש עוד יותר את טענת הרש"פ כי מדובר ב"תשלום סוציאלי", שהרי אם בתשלום סוציאלי חודשי גרידא עסקינן, מה לי אסיר ביטחוני שנגזרו עליו 3 שנות מאסר ומה לי אסיר ביטחוני שנגזרו עליו 30 שנות מאסר? בנוסף לקצבאות החודשיות, זכאים אסירים משוחררים למענקי שחרור, ובכפוף לתנאים מסוימים, זכאים גם להיקלט במשרה ציבורית. המענקים, המשכורת והדרגה בשירות הציבורי – כל אלה הולכים וגדלים בהתאם למספר שנות המאסר שריצו האסירים.

במאמר מוסגר: מאחר שהיועץ המשפטי לממשלה העדיף שלא להציג את עמדתו, אנו חסרים תשתית עובדתית. עם זאת, נראה שאין חולק כי גם מחבלים ערבים אזרחי ישראל נהנים מתמיכה חודשית של הרשות הפלסטינית, כפי שעולה מפרוטוקול העתירות שהוגשו על ידי אסירים ביטחוניים אזרחי ישראל כנגד צווי תפיסה מינהליים של כספים ששולמו להם על ידי הרש"פ (עת"מ 20-06-59090, וראו פירוט צווי התפיסה הנזכרים בעתירה המינהלית הנ"ל באתר המטה הלאומי ללוחמה כלכלית בטרור [.https://nbctf.mod.gov.il/he/PropertyPerceptions/Pages/seizures.aspx](https://nbctf.mod.gov.il/he/PropertyPerceptions/Pages/seizures.aspx)).

38. כפי שציינתי במקום אחר: "בית משפט בישראל אינו אמור להדהד נרטיב פלסטיני שכל כולו מנוגד לתקנת הציבור בישראל, ולעניין זה אין נפקא מינה אם אותו נרטיב משמש כטענת הגנה או כטענת התקפה, אם כצינה או כחנית" (ע"א 5105/17 פלוני נ' הרשות הפלסטינית, פסקה 15 (11.5.2021)). בהיבט של תקנת הציבור, קשה להלום כי בית משפט בישראל יגלה הבנה או "יכיל" את הנרטיב הפלסטיני כלפי טרוריסטים ומפגעים שבמעשיהם קיפחו חייהם של ישראלים חפים מפשע. התגמולים הכספיים החודשיים המשתלמים לאסירים ולבני משפחותיהם ולמשפחות "שהידים"-מפגעים

שנהרגו בעת ביצוע פיגוע או בקשר לפיגוע, אינם שקולים לתמיכה סוציאלית בנוסח התמלוגים והקצבאות המשתלמים על ידי הביטוח הלאומי בישראל. לא בכדי הדגשנו את דברי ההסבר בהצעת חוק הקפאת כספים, שם הביע המחוקק את עמדתו כי יש בתשלומים אלה משום תמריץ, וכאמור, כך סבור גם המחוקק בארצות הברית. מפגע שיודע כי במותו, או בשבתו מאחורי סורג ובריח, ציווה למשפחתו רווחה כלכלית, ידו תהא מן הסתם קלה יותר על ההדק או על כפתור ההפעלה או על הסכין.

מתן גמול על ביצוע מעשה טרור, אם מראש אם בדיעבד, הוא מעשה חמור ופסול ברמה הערכית והמוסרית, וכיום הוא מהווה גם עבירה פלילית. על פי חוק המאבק בטרור, העברת תגמול עבור ביצוע של עבירת טרור חמורה – גם כאשר מקבל התגמול אינו מי שביצע את העבירה או התכוון לבצעה – עולה כדי עבירה פלילית בהתקיים הנסיבות והתנאים המפורטים בחוק (וראו סעיפים 31 ו-32 לחוק זה וגם סעיפים 8-9 לחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 שקדם לו). זו הסיבה שבגינה מדינת ישראל תופסת ומחלטת בצווי תפיסה מינהליים כספים המשולמים למפגעים, כספים שהמדינה רואה כתגמול או שכר (כפי שעולה מתשובת המדינה לעתירה בעת"מ 59090-06-20 הנ"ל).

39. אם נעצור את הילוכנו בנקודה זו, אזי ניתן להגיע למסקנה כי מדיניות התגמולים הכללית של הרש"פ עלולה להוות תמריץ ומניע לפעולה, וככזו, ייתכן שיכולה להיכנס לגדרו של שידול ופיתוי באותם מקרים שבהם ניתן להוכיח קשר סיבתי בין התמריץ בדמות התגמולים לבין פיגוע קונקרטי.

מאחר ששאלה זו לא הונחה לפתחנו, לא אקבע מסמרות בעניין זה. אציין כי במקרים מושא דיוננו, המומחה מטעם המערערים נשאל והשיב כי "אין לי כאן אמירה פוזיטיבית של אחד מהמפגעים הללו שאומר שכיוון שידעתי שאני אקבל כסף, הלכתי לעשות את הפיגוע...", וגם בית משפט קמא ציין בפסק הדין את תשובתו זו של המומחה (עמ' 68 לפרו' מיום 16.5.2017, ופסקה 93 לפסק הדין).

ענייננו אינו בחלופות האחרות בסעיף 12 לפקודה, אלא בחלופת האישור, והשאלה שלפנינו היא אם ניתן לראות בתשלום תגמולים לאסירים ולבני משפחותיהם משום "אישור" כמשמעותו בסעיף 12 לפקודת הנזיקין.

40. כאמור, בית משפט קמא הגיע למסקנה כי תשלום כספים על ידי הרש"פ לאסירים או לבני משפחותיהם אינו מהווה אישור של הפיגועים שבוצעו על ידי האסירים כמשמעותו בסעיף 12 לפקודה. למסקנה דומה הגיע גם בית המשפט המחוזי בת"א (מחוזי

ח"י) 57066-01-16 פלוני נ' הרשות הפלסטינית, פסקאות 173-180 (28.12.2020) (השופטת ר' פוקס) (להלן: ת"א 57066-01-16), שערעור עליו תלוי ועומד (ע"א 1017/21). באותו מקרה, נדחתה הטענה כי מתן כספים למפגעים בתקופת מאסרם וכן למשפחת המחבלת המתאבדת, כמו גם פרסום שיר הלל למחבלת שנכתב על ידי משורר פלסטיני והודפס והופץ במימון הרשות הפלסטינית לצד יצירות אחרות – מהווים אישור של הפיגוע. לעמדה הגורסת כי ניתן לראות במדיניות התשלומים משום אישור ראו ת"א 2538/00 (מחוזי י-ם) נורד'ץ נ' הרשות הפלשתינית, פסקאות 2679-2758 להחלטה בסוגיית החבות מיום 8.7.2019 (השופט מ' דרורי); בקשת רשות לערער על ההחלטה נדחתה – רע"א 7513/19 מיום 8.3.2020).

41. עמדנו על כך שסעיף 12 הוא חריג בדיני הנזיקין, ומכאן השימוש המוגבל שנעשה בסעיף כמקור להטלת אחריות, וכן על הפירוש המצמצם שניתן לו בפסיקה (עניין נשאשיבי, פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). גישה מצמצמת זו הובעה כבר בעניין ויינר כמפורט לעיל, וכאמור שם, יישום זהיר ומבוקר של הוראת סעיף 12 נדרש "על מנת שלא נמצא עוקפים או משבשים הסדרים אחרים של המשפט הפרטי בדרך של התערבות בלתי ראויה בהם" (שם, פסקה 26). כך הדברים לגבי סעיף 12 בכלל, וכך הדברים על דרך של קל וחומר לחלופת ה"מאשרר" שכאמור, היא החלופה היחידה המתייחסת בציר הזמן רק למעשה עוולתי שכבר נעשה אף ללא דרישה לקשר סיבתי, והזכרנו את הביקורת שנמתחה על חלופה זו בישראל ומחוצה לה.

עוד עמדנו על כך שההצדקה להטלת אחריות ישירה ואישית מכוח סעיף 12 היא בכך ש"פלוני, שביצע בעצמו עוולה, עשה זאת כידו הארוכה של אלמוני; ועל כן רואה המשפט גם באלמוני כמבצע נוסף של העוולה..." (ברק – אחריות למעשי הזולת, בעמ' 436); "התפיסה היא, אפוא, שמקום בו פרט משדל אחר לבצע עוולה, תורם לביצועה או מעודד את קיומה – יש להטיל עליו אחריות לנזק שנגרם" (עניין בית שוקן, פסקה 20). האחריות המוטלת מכוח סעיף 12 היא אחריות אישית, כך שנדרשת תרומה ישירה של "המשדל" לביצוע העוולה, ובמצב הדברים הרגיל, כל אלה, אינם קיימים לגבי "המאשרר".

42. זאת ועוד. התנהגות הנחזית כמאשררת לכאורה, אינה בהכרח חד משמעית, ולא כל מעשה העשוי להתפרש כתמיכה או כעידוד של פעולה מזיקה, יחשב באופן אוטומטי לאישור. המעשה צריך להעיד על נטילת אחריות לביצועה של עוולה (ראו והשוו: ברק – אחריות שילוחית, עמ' 119) או על נטילת הסיכון לכך, באופן שיוצר מעין שותפות במעשה העוולתי, מה שמצדיק הטלת אחריות אישית על המשתתף (השוו לנאמר ב-

"The act of ratification consists of an externally :Restatement (Third), § 4.01(b) observable manifestation of assent to be bound by the prior act of another person..."; 'בעמ' "Ratification must be evidenced by clear adoptive acts...", Clerk & Lindsell (421). כך, לדוגמה, אין להסיק מהעמדת ייצוג משפטי מטעם הסניגוריה הציבורית למבצע מעשה טרור, או להענקת קצבת הבטחת הכנסה לאסיר משוחרר, או אי פטורין של מעוול שלא פעל במסגרת מילוי תפקידו, כנטילת אחריות על המעשים. אף יש הגורסים כי בהטלת אחריות על "המאשרר" יש כדי למעט או להפחית מאחריותו של מבצע העוולה. על המורכבות העולה בסיטואציה מעין זו שלפנינו התייחס כבר בשנת 1969 המלומד טדסקי, המביא כדוגמה מצב של שסע חברתי או לאומי, כאשר חברי אחת הקבוצות מביעים הזדהות ושביעות רצון מפשע שבוצע כלפי הקבוצה היריבה (Tedeschi, Authorization of Torts בעמ' 25).

ובקיצור, אימוץ עמדה מרחיבה וחדשנית למונח של "אישרור" עלול להרחיב את היקף האחריות בנוזיקין ולהטיל אחריות על גורמים שונים ללא הצדקה מספקת, תוצאה שאינה רצויה.

43. על רקע הפרשנות המצמצמת שניתנה לסעיף 12 בכלל ולחלופת האישרור בפרט, לא אכחד כי הסוגיה שלפנינו מעוררת התלבטות.

כאמור, הרש"פ טענה כי תשלום התגמולים הוא בגדר מדיניות כללית ואחידה הנוגעת לכלל האסירים הביטחוניים, ללא הבחנה בין אסיר לאסיר, ללא הבחנה בין השיוך הארגוני של האסירים, גם כאשר האסיר משתייך לארגון שהרש"פ במובהק אינה חפצה ביקרו. כך לדוגמה, כיום, התמלוגים משולמים גם לאסירי חמאס, הגם שארגון החמאס מהווה גורם אופוזיציוני המבקש לתפוס את השלטון ולהחליף את הרש"פ. התמלוגים משתלמים גם לאסיר חמאס שביצע פעולה שמנוגדת במובהק לאינטרס של הרש"פ, ולמצער, מנוגדת לאינטרס המידי של הרש"פ, לעיתים אף כאשר הרש"פ גינתה בפומבי את הפיגוע ולעיתים אף כאשר הרש"פ נקטה באמצעים למניעת מעשה הטרור, כפי שבא לידי ביטוי גם בתיאום הבטחוני בינה לבין גורמי הביטחון בישראל.

מכאן שניתן לטעון כי ענייננו במדיניות כללית שאינה בגדר אישור קונקרטי למעשה ולעוולה קונקרטיים.

לכך יש להוסיף שיקולי רוחב. קבלת גישתם של המערערים משמעה כי הרש"פ עלולה להתחייב בגין כל מעשה טרור, הן שנעשה בעבר והן שייעשה בעתיד, אפילו

בתקופות שבהן הרש"פ מסייעת לישראל, ולו בעקיפין "ומתחת לראדאר", בסיכול ובמניעת פעולות טרור. אף ניתן לטעון כי התוצאה הפוטנציאלית של הטלת אחריות נזיקית גורפת ומוחלטת על הרש"פ, אך ורק בשל מדיניות התמלוגים הכללית שלה, אינה מתיישבת עם הזהירות היתרה הנדרשת בהטלת אחריות מכוח סעיף 12 לפקודה בכלל, ומכוח חלופת "המאשרר" בפרט.

44. למרות טיעונים כבדי משקל אלה, מצאתי כי אין מנוס מלהכיר בכך שתשלום תגמולים לאסירים הבטחוניים על ידי הרש"פ נכנס בגדר החלופה של אישור המעשה העוולתי. אנמק להלן את מסקנתי.

45. עמדנו על טענת הרש"פ כי מדיניות התשלום לאסירים בטחוניים ובני משפחותיהם היא מדיניות כללית. ברם, כאשר אנו מקרבים את מבטנו למדיניות התשלום של הרש"פ, ניתן להבחין בקונקרטיזציה הברורה שמאחוריה.

ראשית, לא כל משפחת אסיר מקבלת תמיכה, אלא רק אסירים בטחוניים, להבדיל מאסירים פליליים "רגילים", ועמדנו על ההבחנה בין פלסטיני שרצח אזרח ישראלי במהלך פריצה לביתו לבין פלסטיני שרצח אזרח ישראלי בפיגוע טרור. רק האחרון יזכה לתגמולים. בדומה, לא כל משפחת הרוג מקבלת את התגמול המיוחד האמור, אלא רק משפחות מפגעים שנהרגו.

שנית, התגמול הכספי המיוחד המוענק לאסירים ביטחוניים ובני משפחותיהם, מתבצע בעקבות פנייה ובקשה קונקרטית של האסיר או משפחתו, כל מקרה על פי מאפייניו.

שלישית, ושמה עיקרו של דבר. עמדנו על כך שהתגמול המיוחד אינו שווה לכל נפש וגובה התשלום החודשי משתנה בהתאם לתקופות המאסר שנגזרו על האסיר הביטחוני. ככל שתקופת המאסר ארוכה יותר (מטבע הדברים בשל חומרת המעשה העוולתי) כך עולה התגמול החודשי. עוד עמדנו על כך שגם לשיטתו של המחוקק הישראלי והמחוקק בארצות הברית, תשלום התגמולים הוא בבחינת תמריץ ותגמול למעוול, והשיקול של מתן תמריץ לביצוע עוולה אינו בהכרח זר לדוקטרינת האישור.

46. לא נעלמה מעיני הטענה כי ענייננו במדיניות כללית ואחידה של הרש"פ. אך קבלת טענה זו מביאה לתוצאה מוקשית, ולפיה אם אדם אישר עוולה פעם אחת אזי תוטל עליו אחריות, אך אם המשיך ואשרר כל עוולה דומה במקרים עתידיים לא תוטל עליו אחריות. לכן, איני סבור כי יש ללכת שבי אחרי הטיעון של מדיניות כללית ואחידה.

אדרבה, דווקא העובדה שהרש"פ מעניקה תגמולים למחבלים מכל הארגונים – לרבות ארגונים שהיא בקונפליקט עמם – מעידה על כך שהרש"פ נכונה לאמץ וליטול אחריות על כל מעשה עוולתי, חמור ככל שיהא, בשל הנרטיב הלאומי כפי שמוצא את ביטויו בחקיקה הפלסטינית. כפי שהראינו לעיל, לצורך הכרה באישרור "יש להראות שהמאשרר ידע שהמעשים שבוצעו מהווים עוולה [...] או שהוא נוטל את הסיכון והאחריות שהמעשה הוא עוולה" (פסקה 19), וכי לפי ברק, ספק אם נדרש שמבצע העוולה יפעל בשעת ביצועה למען המאשרר. דומה כי תנאים אלו מתקיימים בענייננו – הרש"פ יודעת שהפיגועים הם בגדר עוולה, ואין צורך להראות שהמפגעים פעלו למען הרש"פ.

אכן, יש לפרש את דוקטרינת האישרור בצמצום. ניתן לטעון כי הכרה באישרור בענייננו תופסת ברשתה קשת רחבה של מקרים, באופן שלכאורה אינו הולם יישום זהיר ומבוקר של הדוקטרינה. ברם, לדידי, יש לראות את הדברים אחרת. ענייננו בקטגוריה אחת בלבד של אישרור – תשלום לאסירים הבטחוניים ולבני משפחותיהם, וקטגוריה בודדת זו היא שתופסת בחובה מקרים רבים.

47. ומזווית נוספת. האם יכול להיות מקרה מובהק יותר של אישרור מאשר תשלום למבצע העוולה, תשלום שייתכן שניתן לראות בו גם משום תמריץ או תגמול מקום שבו מוכח קשר סיבתי לעוולה? על אף שבחלופה של "המאשרר" איננו נדרשים לקשר סיבתי, הרי שבמתן תמריץ ותגמול כספי, יש כדי לעודד ולתרום, ולו בעקיפין, למעשה הטרור. בהיבט זה, אחריותה של הרש"פ כגורם ה"מאשרר" בוודאי שאינה נופלת מהאחריות ב"מעגל השני" של רשות ציבורית שהתרשלה בפיקוח, אסדרה או רישוי. מובן גם כי הרש"פ, כגוף שלטוני, היא בבחינת גורם שיש בכוחו "לאשרר" פעולתם של אחרים. העובדה שהתגמולים משולמים מכוח חוק מיוחד שנחקק כדי להיטיב עם המפגעים, האסירים ובני משפחותיהם אינה יכולה להיזקף לזכותה של הרש"פ. נהפוך הוא, חקיקה היא הדרך ההצהרתית והאופרטיבית ה"חזקה" ביותר של אישרור מצד גורם שלטוני. מה עוד נבקש יותר מכך על מנת להביע ולהנביע אישרור?

48. עמדנו על כך שהורתה של חלופת "המאשרר" היא בדיני החוזים. נניח שהרש"פ הייתה מתקשרת בהסכם עם הפלג הצבאי של תנועה כלשהי, ולפיו כל מי שירצח ישראלים ויידון למאסר עולם – הוא או משפחתו יזכו לתגמול חודשי של 12,000 ₪ לאורך תקופת המאסר (תשלום שסכומו המצטבר עשוי להגיע למיליוני שקלים). או-אז, מחבל מבצע פיגוע ונשפט, והרשות עומדת בהתחייבותה ומתגמלת את המחבל ומשפחתו בהתאם. במקרה זה, דומה כי קשה לחלוק על כך שלפנינו דוגמה מובהקת של אישרור המגולם בקיום החיוב החוזי.

איני רואה להבחין בין תשלום מכוח חוזה לבין תשלום מכוח חוק. בשני המקרים יש לראות בביצוע התשלום אקט מאשרר. מתן תגמול חודשי מכוח חוק, יש בו משום הכרה והוקרה למעשיהם הנפשעים של האסירים-המפגעים. ודוק: אכן מדובר במדיניות כללית של הרש"פ מכוח חקיקה, אך התשלום הקונקרטי של תגמולים לאסיר קונקרטי ולבני משפחתו הוא האקט המאשרר של המעשה הקונקרטי שבגינו נידון האסיר למאסר. מכל מקום, וכפי שציינו בסעיף 18 לעיל, דרכי האישור משתנות בהתאם לנסיבות, ואף יש הגורסים כי האישור יכול להיעשות "על-ידי אמירה או שתיקה, במפורש או מכללא" (ברק – אחריות למעשי הזולת, בעמ' 439-440).

49. סיכום ביניים: בהינתן כי יש בתמיכה החודשית המשולמת על ידי הרש"פ לאסירים-מפגעים ובני משפחותיהם משום תמריץ למעשה טרור; בהינתן כי יש בתמיכה החודשית משום תגמול אסור למעשה טרור; בהינתן שיש בתמיכה החודשית כדי להכיר, להוקיר ולתרום – ולו בעקיפין, למעשה הטרור – בהינתן כל אלה, אני סבור כי לפנינו אותו מקרה חריג ונדיר שבו ניתן לצקת תוכן לחלופה של "המאשרר" בסעיף 12 לפקודת הנזיקין, שאם לא כן, נמצאנו מרוקנים חלופה זו מתוכן. בבחירתה של הרש"פ לשלם לאסירים, לבני משפחותיהם ולמשפחות שהידים-מפגעים שנהרגו בעת ביצוע פיגוע, מביעה היא הסכמתה למעשיהם, באופן המביע לקיחת אחריות על המעשים המצדיק כי תוטל עליה אחריות אישית וישירה.

לכן, ועל אף שעמדנו לעיל על נדירותה וחריגותה של חלופת ה"אישור", אני סבור כי מקום שבו הוכח שהרש"פ משלמת תגמול חודשי לאסיר ביטחוני או לבני משפחתו של מפגע, יש הצדקה להכיר ברש"פ כ"מאשררת" לפי סעיף 12 לפקודה של העוולה שביצע אותו אסיר-מפגע, וכפועל יוצא, כ"מעוולת במשותף" לפי סעיף 11 לפקודה.

50. המסקנה אליה הגענו ולפיה ניתן להטיל אחריות נזיקית ישירה על הרש"פ מכוח חלופת "המאשרר" בסעיף 12 לפקודת הנזיקין – היא תקדימית וחריגה. עם זאת, לגישה הזוהירה והמצמצמת הנוהגת לגבי סעיף 12 לפקודה בכלל ולחלופת "המאשרר" בפרט, יש השלכה לגבי סוג הנזק או היקף הנזק שבו ניתן לחייב את הרש"פ, והכוונה היא לפיצויים עונשיים. אסביר.

"על אף תכליותיהם החשובות של הפיצויים העונשיים, הרי שהם מהווים מעין נטע זר בדיני הנזיקין [...] יש לנהוג בזהירות בחיובו של מזיק בתשלום פיצויים

עונשיים", הדבר ייעשה במקרים חריגים ומחייב יסוד נפשי מחמיר מצד המעוול (עניין בן שלום, פסקאות 80-82 לפסק דינה של השופטת וילנר; עניין מנטין, פסקאות 136-139). בעניין בן שלום, הכירה השופטת וילנר בכך ש"לא בכל מצב יהיה מקום לחייב מעוולים בתשלום פיצויים עונשיים ביחד ולחוד, מכיוון שהפיצויים העונשיים נועדו בעיקרם לענישת המזיק על מעשהו ועל מידת אשמתו האינדיווידואלית". אף אני הוספתי וציינתי כי "הסוגיה של 'ביחד ולחוד' בפיצוי עונשי היא סוגיה סבוכה ולטעמי יש לבחון כל מקרה לגופו" (עניין בן שלום, פסקה 4 לפסק דיני).

כך נאמר במקרים שבהם הוכרה אחריות ישירה של הרש"פ בגין מעשיה ומחדליה עובר למעשה הטרור. ועל דרך של קל וחומר, מקום שבו מדובר בהטלת אחריות בגין תשלום שבוצע לאחר מעשה. פיצויים עונשיים נפסקים בזהירות ובמשורה (עניין מנטין, פסקה 143) וכאמור, הפיצוי העונשי הוא נטע זר בדיני הנזיקין. עמדנו על כך שגם חלופת ה"אישור" בסעיף 12 לפקודת הנזיקין היא נטע זר בדיני הנזיקין. לדידי, אין להרכיב נטע זר על נטע זר ולהרחיב את אחריותו של "המאשר" בגין מעשה שנעשה בדיעבד, גם על פיצוי עונשי. כאמור, הטלת אחריות על המאשר מהווה כשלעצמה מעין סנקציה על *mens rea* (ראו Tedeschi, Authorization of Torts, עמ' 17), שיש בה מעין אלמנט עונשי. לכן, גם במקרה החריג והנדיר שבו נמצא להטיל אחריות על מי שאישרר מעשה עוולתי מכוח סעיף 12 לפקודה, וזה המקרה שלפנינו, איני סבור כי ניתן להשית על המאשר גם פיצויים עונשיים.

51. יש להניח כי לשלילת האפשרות לתבוע פיצוי עונשי מכוח חלופת האישור, תהא השלכה מעשית על היקף הפיצויים שבו תהיה חייבת הרש"פ הלכה למעשה, אם בכלל. אסביר.

כידוע, נפגעי פעולות איבה וקרוביהם זכאים על פי רוב לתשלומים מאוצר המדינה מכוח חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970 או מכוח חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950 (להלן יחד: חוקי התגמולים). זכאי מכוח חוקי התגמולים רשאי לתבוע את התשלומים המגיעים לו לפי חוקים אלה, וכן רשאי הוא לתבוע פיצויים המגיעים לו עקב אותו האירוע מכוח חוקים אחרים, למשל פקודת הנזיקין (להרחבה ראו עניין בן שלום, פסקאות 94-96; עניין מנטין, פסקאות 97-98). הניזוק לא רשאי לגבות את הסכומים שייפסקו במסלול הנזיקי ובמסלול של חוקי התגמולים גם יחד, אך כפי שנפסק בעניין בן שלום, מגבלה זו לא חלה על פיצויים עונשיים המגיעים לניזוק במסגרת התביעה הנזיקית, והוא רשאי לגבותם בנוסף לתשלומים מכוח חוקי התגמולים (שם, פסקאות 97-108). לכן, ככל שהניזוק יבחר

להמשיך לקבל את התשלומים המשתלמים לפי חוקי התגמולים, תרופתו היחידה היא בפיצויים עונשיים שיושתו על מבצע העוולה, ולא על "מאשרר" העוולה.

בשורה התחתונה, מאחר שהטלת אחריות ישירה על הרש"פ כמאשררת (להבדיל מאחריות ישירה בגין מעשה שנעשה עובר לביצוע העוולה) אינה מאפשרת להשית עליה פיצויים עונשיים, רק במידה שהרש"פ תמצא אחראית לנזקי התובעים מכוח חלופות אחרות בסעיף 12, ייתכן שניתן יהיה להשית עליה פיצויים עונשיים שעליהם היא תהיה אחראית ביחד ולחוד עם המעוולים האחרים.

52. מקום שבו הוטלה חבות על הרש"פ מכוח חלופת האישור, הרש"פ תחויב בפיצוי בגין נזקיהם של התובעים ובגינם בלבד (להבדיל מפיצויים עונשיים). במקרה כאמור, יש לפעול על פי הוראת סעיף 17(ב) לחוק נפגעי פעולות איבה, כפי שיושמה בהלכה שנקבעה בהרכב מורחב בע"א 1162/96 וייס נ' מאק, פ"ד נג(2) 79 (1999) (להלן: עניין וייס), ושעליה נסמך בית המשפט בעניין מנטין (פסקאות 97-98) (וראו גם ההוראה המקבילה בסעיף 21 לחוק חיילים שנספו במערכה).

לכן, ככל שהתובעים יבחרו בסוף הדרך להודיע כי בכוונתם להמשיך ולקבל את התשלומים מכוח חוקי התגמולים, הרי שהרש"פ לא תתחייב כלל בפיצוי. זאת, בין אם שיעור הפיצויים שייפסקו גדול מסכום התגמולים ובין אם שיעור הפיצויים שיפסקו קטן מסכום התגמולים, באשר "אדם הזכאי לפיצויים משני מקורות חוקיים רשאי לנקוט צעדים משפטיים למימוש זכויותיו על-פי שני החוקים, אך הוא לא יגבה פיצויים משני המקורות" (ע"א 2856/00 שקוי נ' הדר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נו(2) 518, 527 (2002); וראו גם פסקאות 11-13 בעניין וייס). כך, לא ניתן "ליהנות במצטבר מהסעדים הניתנים בכל אחד מהמסלולים, ויהיה עליהם לבחור האם לגבות תשלומים לפי חוק משפחות החיילים או שמא פיצויים לפי החוק האחר" (ע"א 201/13 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (11.5.2015)).

ככל שהתובעים יבחרו בסוף הדרך להודיע כי בכוונתם לגבות מהרש"פ, הרי שמכוח סעיף 17(ב) לחוק התגמולים לנפגעי פעולת איבה, יחול בשינויים המחוייבים סעיף 36(א)(5) לחוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959 [נוסח משולב] הקובע כלהלן:

"כל עוד לא גבתה המדינה בכל דרך שהיא, את המגיע לה לפי פסקה (2), רשאי הנכה, בהסכמת קצין התגמולים להחזיר לה את ההענקה, התשלומים או התגמולים וכן את

הסכום שיקבע קצין תגמולים תמורת כל יתר טובות הנאה שקיבל מכוח חוק זה, בשל הנכות המשמשת עילה לתביעתו לפי החוק האחר, ומששולמו הסכומים האמורים תפקע זכותה של המדינה לתבוע לפי פסקה (2), והנכה יהא זכאי לתבוע לפי החוק האחר;

(הוראה דומה נקבעה בסעיף 21(א)(4) לחוק חיילים שנספו במערכה).

דהיינו, יהא על התובע-הנפגע להפסיק לקבל תגמולים מכוח חוקי התגמולים ולהחזיר את כל התגמולים וכל טובות ההנאה שקיבל מכוח חוקי התגמולים למוסד לביטוח לאומי, ובלבד שקיבל את הסכמת המוסד לביטוח לאומי או הסכמת קצין התגמולים (במקרה שהתגמולים שולמו מכוח חוק חיילים שנספו במערכה).

בנקודה זו אסתייג מהאמור בפסקה 99 לפסק הדין בעניין מנטיון, שם נאמר כי גם אם הנפגע-הניזוק החליט בסופו של דבר לבחור במסלול התגמולים ולא במסלול הנזיקי, הרש"פ תהא חייבת בתשלום שכר טרחה בגין הסכום שנפסק. לטעמי, כפי שאין פוסקים שכר טרחה בתביעת נזיקין מקום שבו סכום הפיצוי שנפסק נבלע בתגמולי המל"ל, כך אין לפסוק שכר טרחה בתביעה נגד הרש"פ, מקום שבו התובע בחר בסוף הדרך לקבל את התשלומים מכוח חוקי התגמולים, שאם לא כן, נמצא מעודדים הגשת תביעות אך ורק לשם גביית שכר טרחה.

כאמור, על פי מדיניות התגמולים של הרש"פ, התגמולים משולמים רק בעקבות פנייה של האסיר או בני משפחתו. אזכיר כי בעניין פלונית הגענו למסקנה כי אין מקום לחייב את השב"כ להשיב אם המידע בסוגיה הנ"ל נמצא ברשותו אם לאו. יש להניח כי מאחר שהמידע נמצא ברשות הרש"פ, הרי שהנטל יעבור אליה להוכיח כי לא שילמה קצבאות לאסיר או בני משפחתו, אך כידוע, הנטל להוכחת עובדה שלילית הוא נמוך.

53. בשולי הדברים.

משהזכרנו את חוקי התגמולים, אציין כי המדינה בחרה שלא לפעול כלפי הרש"פ כמעולת לפי סעיף 12 לפקודת הנזיקין. כאמור, המדינה מקפיאה שקל מול כל שקל המשתלם על ידי הרש"פ לאסירים ולבני משפחותיהם, אך אינה חוזרת על הרש"פ בתביעת שיבוב בגין כל התשלומים המשתלמים על ידה או על ידי המוסד לביטוח לאומי לנפגעי הטרור, מכוח חוקי התגמולים (ראו סעיף 17(ב)(2) לחוק נפגעי פעולות איבה). מאחר שהיועץ המשפטי לממשלה בחר בסופו של יום שלא להתייצב בתיק זה, על אף

השלכות הרוחב, לא ברור אם הדבר נובע משיקולי מדיניות או מניתוח משפטי שונה של הסוגיה.

סיכום וסוף דבר

54. הרשות הפלסטינית מעניקה תגמול מיוחד לפלסטינים שביצעו עבירות ביטחוניות, בשל העובדה שהועמדו לדין בישראל ונדונו לעונשי מאסר. ככל שהעבירה הביטחונית חמורה יותר ותקופת המאסר ארוכה יותר – כך גדל שיעורו של התגמול המיוחד, שיכול להגיע לכדי תשלום חודשי שוטף של פי ארבעה מהשכר הממוצע בשטחי הרש"פ.

הגם שהטלת אחריות על "המאשרר" מהווה חריג בדיני הנזיקין, הפרקטיקה של תשלום תגמולים לאסירים בטחוניים בגין מעשיהם אף היא חריגה. בהתנהלות זו יש משום תגמול, תמריץ, תרומה והוקרה של מעשי טרור, על פניו אף בניגוד לחוק המאבק בטרור, ויש לראות בה משום "אישרור" של העוולות שביצעו האסירים-המפגעים מקבלי התגמולים.

55. אסקור בקצרה את התחנות שעברנו בדרכנו:

(-) היועץ המשפטי לממשלה ביכר שלא להתייבב בהליך זה, לאחר שבתן ושקל ההיבטים השונים של הסוגיה, לרבות אלה הכרוכים ביחסי החוץ והביטחון של המדינה.

(-) לא הוכח כי יש להטיל אחריות על הרש"פ בגין מעורבות ישירה או עקיפה בביצוע מעשי הטרור עצמם, שבגינם הוגשו התביעות מושא ההליך דנן.

(-) סעיף 12 לפקודה, המאפשר הטלת אחריות ישירה ואישית, הוא חריג כשלעצמו, ומכוחו ניתן להטיל אחריות "ביחד ולחוד" עם המבצע העיקרי של העוולה. בפסיקה נעשה בסעיף זה שימוש מוגבל כמקור להטלת אחריות, וניתן לו פירוש מצמצם על מנת שלא להרחיב יתר על המידה את היקף האחריות בנזיקין. מבין סוגי השותפים למעשה העוולה על פי סעיף 12, "המאשרר" הוא החריג שבין החריגים מהסיבות הבאות: מקורו בדיני החוזים; הוא מתייחס אך ורק למעשה שכבר נעשה בעבר; לא נדרש קשר סיבתי בין האישור לבין ביצוע מעשה העוולה; אין לו מקבילה בדין הפלילי. לאור זאת, חלופת "המאשרר" נתפסת כנטע זר בדיני הנזיקין.

(-) על אף שאין תקדים להטלת אחריות אך ורק מכוח החלופה של "המאשרר" בסעיף 12 לפקודה, הגענו למסקנה כי מדיניות התשלום של הרש"פ היא מקרה חריג ונדיר של מתן תמריץ ותגמול למעשה טרור, הכרה, הוקרה ותרומה לו, ומשכך, ניתן להחיל עליה את החריג של חלופת "המאשרר".

(-) הפיצוי העונשי הוא נטע זר בדיני הנזיקין. אין להרכיב נטע זר על נטע זר ולכן אין להרחיק לכת ולחייב את הרש"פ, כ"מאשררת" לפי סעיף 12 לפקודת הנזיקין, לשאת בתשלום פיצויים עונשיים.

56. לאחר הדברים האלה, הונחו לפני חוות דעתם של חבריי, השופטים ד' מיןן ו-ע' גרוסקופף, ואתיחס אליהן בקצרה.

א. תמים דעים אני עם חברי השופט גרוסקופף על אודות חריגות חלופת האישור בדיני הנזיקין ותחומה המצומצם. אכן, יש להישמר ולהיזהר מפריצת גבולותיה. עוד אסכים לאמירתו של חברי לפיה "אין די בכך שאדם יאמץ את פעולתו של אחר, אלא נדרש שיהיה הוא בעל הכוח המשפטי לבצע את פעולת האשרור" (פסקה 9 לפסק דינו). לדידי, הדבר נובע מעצם הגדרת המונח "אישור" (המתייחסת למי ש"נתן אישור סופי בדרג עליון לאחר שכבר אושר בדרג נמוך ממנו", Ratification), זאת, במובחן מ"אישור בדיעבד" (וראו פסקה 16 לפסק דיני). מסיבה זו אני סבור כי בנסיבות המקרה דנו, בהיותה של הרשות הפלסטינית גוף שלטוני, שבדבר חקיקה פרי עטו בחר לתגמל, להוקיר ולתמרץ את מעשי המעוולים – הרש"פ היא בבחינת דרג עליון ובכיר ויש בכוחה לבצע פעולת אישור של מעשי המפגעים.

ודוק: בניגוד למה שעשוי להשתמע מדברי חברי, עמדתי אינה כי "כל אדם המביע בדיעבד תמיכה במעשה עוולה יראה כמאשרר" (פסקה 12 לפסק דינו). רחוק מכך. אף לשיטתי, והבהרתי את הדברים חזור והבהר, הטלת אחריות נזיקית מכוח חלופת האישור היא נדירה וחריגה. ברם, אף מצב הדברים במקרה שלפנינו הוא נדיר וחריג, שלא לומר יחידאי. לפנינו גוף שלטוני, שחוקק חוק מיוחד, שנועד לתגמל מחבלים ובני משפחותיהם בסכומים לא מבוטלים. חוק זה מוגשם הלכה למעשה על בסיס בקשות פרטניות של המחבלים ובני משפחותיהם, ושיעורו של התגמול נגזר ממאפייני העבירה הביטחונית הקונקרטי שבוצעה. כשלעצמי, התקשיתי להעלות בדעתי אקט מאשרר מובהק יותר המעניק "משנה תוקף" למעשה העוולה, ולטעמי "הזיקה המהותית" בין מעשה האישור למעשה העוולה – ברורה ועולה מאליה. משכך, החשש שעולה מפסק דינו של חברי מפני "פריצת הגבולות" של חלופת המאשרר, אינו חשש מבוסס בעיניי, ובטוחני כי ככל שיתעוררו מקרים בעתיד שבהם תעלה טענה מכוח חלופת האישור,

ניתן יהיה להבחין בין האקט המאשרר במקרה החרגי שלפנינו לבין מקרים מסוגים אחרים.

ב. כשלעצמי, מצאתי לתת משקל לעמדתו של ברק לפיה ספק אם ניתן לייבא לדיני הנזיקין הישראליים את הדרישה כי העוולה נעשתה או נחזתה להיעשות למען המאשרר. ההנמקה שממנה מסתייג חברי ("אם השולח מוכן לקחת על עצמו אחריות זו, על שום מה נמנע זאת ממנו?"), משקפת גישה שלפיה גם אם המעוול לא פעל או נחזה לפעול למען המאשרר, נטילת האחריות מצידו של המעוול על המעשה העוולתי היא שעשויה להצדיק הטלת אחריות נזיקית עליו, וזאת בשל מעשיו שלו-עצמו. גישה זו מציבה במוקד את מעשיו של המאשרר, לאחר ביצוע העוולה, בעוד שגישתו של חברי בוחנת את מעשי המעוול במועד ביצוע העוולה ואת זיקתו לגורם המאשרר. אכן, יש להיזהר מביטול "כל צורך בקשר כלשהוא בין מעשה האשרור לבין מעשה העוולה". עם זאת, מאחר שלשיטתי במעשי הרש"פ יש משום הכרה במעשה העוולתי השקול לנטילת אחריות, ויש בידה את הכוח המשפטי לאשרר את פעולות המעוולים – די בכך כדי להטיל עליה אחריות.

ג. חברי מציע כי לצורך הטלת אחריות נזיקית מכוח חלופת האשרור, נדרשת התקיימותו של תנאי מקדים לפיו קיימת זיקה מהותית והדוקה בין המעוול לבין מי שהביע תמיכה בדיעבד במעשיו, כבר בעת ביצוע מעשה העוולה. חברי אינו קובע מסמרות באשר לטיבה הספציפי של זיקה זו, אך מזכיר מספר חלופות שעשויות ליפול בגדרה (פסקה 13 לפסק דינו). בהתייחס לנסיבות המקרה שבו עסקינן, מגיע חברי למסקנה כי "לא הצליחו המערערים להצביע בערכאה הדיונית על זיקה מהותית והדוקה בין הרש"פ לבין פיגועי הטרור..." (בהפנותו לפסקאות 44-76 בפסק דינו של בית משפט קמא, וראו בפסקה 20 לפסק דינו).

בזהירות המתבקשת אציין כי גישתו של חברי ויישומה במקרה הנדון ממחישות את הקושי הקיים בתנאי המוצע על ידו, והכוונה לטשטוש שבין הטלת אחריות מכוח חלופת האשרור לבין הטלת אחריות מכוח דוקטרינות אחרות, כגון אחריות ישירה בגין מעורבות ישירה או אחריות שילוחית. חלופת האשרור אינה דורשת מעורבות ישירה של הנתבע במעשה העוולתי ואינה דורשת הוכחת קשר סיבתי בין מעשה האשרור לבין מעשה העוולה. במבחן התוצאה, תמהני מה טיבה ומאפייניה של "זיקה מהותית והדוקה" שאליה מתייחס חברי, בהתחשב בייחודה ובנבדלותה של חלופת האשרור.

ועתה אדרש לחוות דעתו של חברי השופט מינק.

א. בפסקה 12 לפסק דינו, מצייין חברי כי תכלית הפיצויים העונשיים היא לגמול למעוול על מעשה העוולה ולהרתיע את המעוול מפני הישנות מעשה העוולה. אך יש לזכור כי בענייננו, המעוול העיקרי הוא לא המאשרר כי אם המבצע הישיר של העוולה. לא דומה אחריותו של המבצע הישיר לאחריותו של המאשרר, וחלוקת האחריות הפנימית בין המעוולים תוכרע בהתאם, לפי מידת אשמתו של כל צד. יש לדברים נפקות גם במישור הפיצויים העונשיים. ודוק: המחוקק היה נכון להרחיב ולהכניס את המאשרר תחת מוטת האחריות הנזיקית, אך אין לגזור מהאמור את ההרחבה הנוספת המוצעת על ידי חברי.

ב. בפסק דיני הצבעתי על כך שאין תקדים בפסיקה להטלת אחריות נזיקית מכוח חלופת המאשרר בסעיף 12 לפקודת הנזיקין. למרות זאת, ולנוכח מדיניות התגמולים של הרש"פ, הגעתי למסקנה כי זה המקרה החריג והנדיר שבו ניתן ליישם את חלופת המאשרר. והנה, חברי השופט מ'ינץ צועד צעד נוסף ומבקש להשית על הרש"פ גם פיצוי עונשי, שהוא כשלעצמו חריג ונדיר. על פניו, אין מעמיסים חריג נדיר על גבי חריג נדיר. הלכה למעשה, חברי לא מעמיד את שני ההסדרים זה לצד זה כהסדרים משלימים, אלא זה על גבי זה. בכך נמצאנו שוברים את מפרקתה של חלופת המאשרר, שלטעמי אינה יכולה לשאת עליה גם פיצוי עונשי.

57. לאור כל האמור, אציע לחבריי לקבל את הערעור ולהורות על החזרת התיק לבית המשפט המחוזי על מנת שיבחן את גובה הפיצוי המגיע למערערים (כאמור, אין לחייב את הרש"פ בפיצויים עונשיים). בהתאם לכך יפעלו המערערים כאמור בפסקה 52 לעיל.

לאור הסוגיה העקרונית שנבחנה במסגרת ערעור זה, אציע כי לא ייעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

מסכים אני עם עיקר חוות דעתו של חברי השופט י' עמית, אך חלוק אני עמו בסוגיית פסיקת פיצויים עונשיים גם כאשר עילת התביעה מבוססת על סעיף 12 לפקודת

הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין). אך עוד עובר לדיון בנושא השנוי במחלוקת ביני לבין חברי, אומר מספר מילים על הסוגיה העיקרית מההיבט של הדין העברי.

שלוחו של אדם כמותו – אין שליח לדבר עבירה

1. "שלוחו של אדם כמותו" (בבלי, קידושין מא, ע"ב). היינו השלוח נכנס לנעליו של שולחו ויכול לבצע פעולות משפטיות המיוחסות לשולח. לכלל זה קיים חריג "שאין שליח לדבר עבירה". פירושו של דבר, כאשר אדם נשלח לשליחות שכרוך בה ביצוע עבירה או עוולה כלפי חברו, לא נוצרת השליחות והשלוח יישא באחריות לביצוע העבירה לבדו ולא השולח. חריג זה חל הן בדיני נפשות, כפי שנאמר: "האומר לשלוחו צא הרוג את הנפש, הוא חייב ושולחיו פטור" (בבלי, קידושין מג, ע"א; וראו: משנה תורה, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ב, הלכה ב); והן בדיני ממונות: "דתנן (שלמדנו במשנה) השולח את הבעירה ביד חרש שוטה וקטן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. שילח ביד פיקח, פיקח חייב. ואמאי? (מדוע) נימא שלוחו של אדם כמותו? שאני התם (שונה הדבר שם) דאין שליח לדבר עבירה" (בבלי, קידושין מב, ע"ב). וכפי שנאמר: "אמר לשלוחו צא וגנוב לי וגנוב, פטור" (בבלי, בבא מציעא ח, ע"א).

2. אחד הטעמים העומדים מאחורי הכלל לפיו אין שליח לדבר עבירה, בא לידי ביטוי באמרה: "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?" (בבלי, קידושין מב, ע"ב; וראו טעם נוסף בעניין: ש"ך, חושן משפט, סימן שמ"ח, ס"ק ו' מדין גזירת הכתוב). על פי הדימוי הבא לידי ביטוי במשל זה, נותן ההלכה הוא "הרב" ואילו השולח הוא "התלמיד" וכאשר תלמיד אומר דבר המנוגד לדברי הרב, יש לציית לרב ולא לתלמיד. לפיכך על השלוח מוטלת החובה לציית להלכה, ולא לשעות לבקשת השולח. לכן השלוח יישא באחריות בגין הפרת ההלכה והאחריות תוטל עליו לבדו ולא על השולח (רמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קפב, סעיף א; כן ראו: חידושי הריטב"א, קידושין מב, ע"ב, ד"ה "שליח ביד פקח הפקח חייב", בו נאמר כי השולח פטור מלשאת בנזקי הניזוק בשל כך שהשלוח כבר נשא בפיצויו). כפועל יוצא מכך, ומהצד השני, כאשר מדובר בשלוח שהוא "חרש שוטה וקטן", היינו אדם ללא כושר משפטי, הסברה של "דברי הרב ודברי התלמיד" איננה חלה, מאחר שלא התגבשה אצל אותו שלוח מודעות שהוא מבצע מעשה אסור. או אז במקרה שהנזק וודאי, השולח יישא בחובת הפיצוי (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תיח, סעיף ז המציין כי: "השולח את הבעירה ביד חרש שוטה וקטן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים. במה דברים אמורים, כשמסר להם גחלת וליבוה, שדרך הגחלת להכבות מאיליה קודם שתעבור ותדליק. אבל אם מסר להם שלהבת, חייב, שהרי מעשיו גרמו").

3. ויצוין שאף ללא הטעם האמור של "דברי הרב דברי התלמיד דברי מי שומעין", יש המפרשים שהטלת האחריות על השלוח תוך מתן פטור לשולח לביצוע העבירה, נעוץ בעובדה שלא ניתן מעצם טבעו של מוסד השליחות למנות שליח לביצוע עבירה (פני יהושע, קידושין מב, ע"ב, ד"ה "והדתניא"). יחד עם זאת, מקום שבו השלוח מוחזק כאדם אשר מבצע בדרך קבע עבירות מושא השליחות, יש שפסקו שגם השולח יישא באחריות ביצוע מעשה העבירה (רמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שפח, סעיף טו; וראו הסתייגויות הש"ך על אתר, ס"ק ס"ז; וכן ראו חריגים לכלל "אין שליח לדבר עבירה": אנציקלופדיה תלמודית, ערך "אין שליח לדבר עבירה", עמ' תשל"א).

4. מגמת ההלכה היא אם כן שאין לאפשר מצב שבו הניזוק יוותר ללא תרופה – קרח מכאן ומכאן. או שהמזיק הישיר (השלוח) יישא בחובת הפיצוי או הנושא באחריות השילוחית (השולח) יישא בחובת הפיצוי (וראו: דוד בריזל משפט המזיק, דיני אדם המזיק 164 (2015)). זאת למעט מקרים שבהם השלוח לא יישא באחריות בשל חוסר כשרותו המשפטית וגם השולח לא יישא באחריות בשל אי וודאות קרות הנזק (בבלי, בבא קמא נו, ע"א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תיח, סעיף ז דלעיל).

5. על פי פשטותם של דברים אפוא, המשפט העברי שולל "אחריות שילוחית" לביצוע עוולות אזרחיות ועבירות פליליות גם יחד. הדברים נכונים ככל שמדובר בשידול לדבר עוולה או עבירה, וודאי נכונים על דרך הקל וחומר בכל הנוגע לאישרור ביצוע עוולה או עבירה לאחר מעשה. יחד עם זאת, אין פירושו של דבר, שהשולח או המשדל את חברו לביצוע עוולה או עבירה פטור בלא כלום. את דינו הוא ייתן לפני "שמיים". היינו נדבק בשולח פגם מוסרי חמור, ובמישור זה, בבוא היום יבואו עמו חשבון בשמיים (בבלי, קידושין מג, ע"א; וראו: אהרן קירשנבאום "עיונים בשליחות לדבר עבירה" דיני ישראל כרך ד 55 (תשל"ג); וכן סקירה בעניין "חייב בדיני שמיים": ת"א (מחוזי י-ם) 5380/03 עזבון המנוח אלכסנדר רחלין ז"ל נ' ציטין, פסקאות 408-423 (22.2.2009); כן ראו הסתייגות הריטב"א דלעיל, הפוסק כי חלה חובת תשלום גם על אלו החייבים "מדיני שמיים", למרות שלא ניתן לאכוף את התשלום באמצעות בית דין; וכן ראו בעניין זה: תוספות, בבא קמא נו, ע"א, ד"ה "אלא" (המבחין בין השולח אדם לביצוע פעולה עוולתית לבין שוכר אדם לעשות כן); רמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לב, סעיף ב; קצות החושן, חושן משפט, סימן לב, סעיף א).

6. יחד עם זאת, לצד הכלל שאין שליח לדבר עבירה, קיים כלל הלכתי נוסף והוא כי "אין מחזיקין ידי עוברי עבירה". היינו, קיים איסור לתמוך בידי עוברי עבירה (בבלי, גיטין סא, ע"א). זאת, אפילו על ידי דיבור; כגון האומר לחברו שעה שעושה עבירה,

תחזקנה ידיך או יישר כוחך וכיו"ב (רש"י, גיטין סב, ע"א ד"ה "למימרא להו אחזוקו"). הטעם לכך, בין היתר הוא, מפני שחל איסור על אדם להכשיל את חברו, כמאמר הכתוב "ולפני עֵגֶר לא תתן מכשל" (ויקרא יט 14). וכך אומר הרמב"ם (פירוש המשנה לרמב"ם, שביעית, פרק ה, משנה ו):

"הכוונה בזה שמי שעוורה אותו התאוה והדעות הרעות אל תעזרהו על עוורונו ותוסיף להתעותו. ולפיכך אסור לסייע לעבריינים בעשיית העבירות ולא לגרום למה שיביאם לכך, אלא נעשה בהיפך."

וכן בפירוש המשנה לרמב"ם, תרומות, פרק ו, משנה ג נאמר:

"הכלל אצלינו אין שליח לדבר עבירה. והעושה את העבירה בעצמו הוא שמענישין אותו בית דין. והמתענה ומביא אותו לידי מכשול, או שצוהו על העבירה, או שסייעו עליה באיזה סיוע שהוא, אפילו בדיבור מועט, נענש בידי שמים כפי ערך מה שעשה בסייעו או בהוקישו את חברו. ואינו מתחייב שום עונש מכל העונשים האמורים בתורה, אבל עובר הוא על מה שאמר ה' ולפני עור לא תתן מכשול אם גרם לעבירה. או שעובר על דבר ה' אל תשת ירך עם רשע אם סייע לחוטא."

כך גם פוסק הרמב"ם הלכה למעשה (משנה תורה, הלכות רוצח ושמירת הנפש,

פרק יב, הלכה יד) בזו הלשון:

"[...] וכן כל המכשיל עור בדבר והשיאו עצה שאינה הוגנת או שחזק ידי עוברי עבירה שהוא עור ואינו רואה דרך האמת מפני תאות לבו הרי זה עובר בלא תעשה שנאמר ולפני עור לא תתן מכשול הבא ליטול ממך עצה תן לו עצה ההוגנת לו."

וכך גם פוסק שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שפ, סעיף ב:

"האומר לחברו, שבר כליו של פלוני על מנת שאתה פטור, ושברו, הרי זה חייב. ואף על פי שהעושה הוא חייב לשלם, הרי זה האמור לו שותפו בעוון, ורשע הוא שהרי הכשיל עיוור וחזק ידי עוברי עבירה."

7. ברם, לצד קיומו של האיסור לחזק את ידיהם של עוברי עבירה, לא קיימת סנקציה

אזרחית ממונית (וראו לעניין התייחסות ההלכה למשיא עצה לחברו לגרום עוול לחברו:

בבלי, בבא בתרא קלז, ע"א; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רמח, סעיף ג שאיש כזה נקרא

רשע). יש אפילו כאלו שמצאו תימוכין מפורשים לכך שדעת ההלכה היא שאין מקום לחייב אדם בתשלומי נזק מקום בו רק חיזק ידי עוברי עבירה (וראו: אברהם שיינפלד נזיקין (חוק לישראל בעריכת נחום רקובר) 59 (1991)).

8. המשפט העברי, בניגוד לסעיף 12 לפקודת הנזיקין, אינו מכיר אפוא, בדרך כלל, בהענקת פיצויים בעילה המבוססת על אחריות אדם המאשר את נזקיו של זולתו. דיני הנזיקין במשפט העברי מבוססים על אחריות אישית. אף כאשר אדם משלח את חברו לביצוע עוולה נגד צד שלישי, לא ניתן לכפות תשלום על המשלח לפצות את הצד השלישי על נזקיו, חרף הפגם המוסרי הדבק בו בשל התנהגותו. השלוח יישא בנזקים בגפו, אלא אם הוא מוחזק כאדם אשר ביצוע העוולות הוא לחם חוקו, שאז גם השולח יישא בנזקים, נושא הקרוב ביותר לענייננו.

9. אם כי בעניין זה ייאמר כי אין בכך כדי להוציא מסמכותו הכללית של בית הדין להתקין תקנות הבאות למנוע התפשטות התנהגות נזיקית או עבריינית (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ב, סעיף א). וכדברי הרמב"ם:

”וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחוייבין מיתת בית דין. אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם הרשות בידו. וכן אם ראו בית דין להרגם בהוראת שעה. אם היתה השעה צריכה לכך יש להם רשות כפי מה שיראו. הרי שלא הרגם המלך ולא היתה השעה צריכה לכך לחזק הדבר הרי בית דין חייבין מכל מקום להכותם מכה רבה הקרובה למיתה לאסרם במצור ובמצוק שנים רבות ולצערן בכל מיני צער כדי להפחיד ולאיים על שאר הרשעים שלא יהיה הדבר להם לפוקה ולמכשול ויאמר הריני מסבב להרוג אויבי כדרך שעשה פלוני ואפטר” (משנה תורה, רוצח ושמירת הנפש, ב', ד-ה; וראו גם: סנהדרין, כ"ד, י').

אם בעונש מיתת בית דין כך, קל וחומר בעניין הענקת פיצויים.

10. ולבסוף יצוין כי ניתן למצוא התבטאויות לפיהן אדם הנמנע מלתמוך באופן מעשי בהבאת אדם אחר לדין בשל כך שעוול או עבר עבירה חמורה, ייחשב כאילו (מבחינה מוסרית) הוא עצמו ביצע את העבירה. וכך כותב המנחת יצחק:

”ואשיבה כמו רגע, לדברי הכ"מ הנ"ל, במה שכתב באי נמי, דכשם שאילו היו רוצים להרגו, וזה יודע לו זכות היה חייב להעיד להצילו, כדי שלא ישפך דם נקי, הוא הדין נמי אם רוצים לפוטרו, לפי שאין עדים, וזה יודע לו חובה, שהוא כאלו הרגו לאחר, כיון שיודע עדות לנקום נקם ואינו נוקם,

וכמ"ש הרא"ש (בפרק קמא דמכות), שכל הרואה דבר ערוה חייב להעיד, לקיים ובערת הרע מקרבך עד כאן לשונו, ואשמיענן בזה דבר חדש, דהכובש עדותו ברוצח, נחשב כאלו היה הוא הרוצח, ודבר זה צריך ביאור, ונראה דאף דובעת הרע מקרבך, נאמר אפילו בבעלי חיים עיין (חולין קמ"א ע"א), מכל מקום עיקר דבר זה נלמד ממה שנאמר לבית דין, שלא לחמול על הרוצח, וכתב בחינוך (תקכ"א), דעל זה נאמר לא תחוס עיניך נפש בנפש וגו', ולא תחוס עיניך ובערת דם הנקי, שאם לא נסיר המזיקים ונבער דם מקרינו, איש את רעהו חיים בלעו, ולא יתיישבו המדינות עיין שם, ועיין ברמב"ם (פ"ב מהלכות רוצח), דלבער הרצחנים, יש משום תקנת העולם עיין שם, ועל כן כיון שעל ידי מניעתו להעיד על הרוצח, יתרבה הרציחות, נחשב כאילו הרגו הוא, וממילא על ידי עדותו מונע הרציחות והוי ממש כאילו מעיד של ישפך דם נקי, ושפיר תלוי זה בזה כנ"ל (שו"ת מנחת יצחק, חלק ה סימן ח ד"ה "ואשיבה").

דברים אלו מקבלים משנה תוקף בענייננו, שעה שמדובר לא רק בהימנעות מלהושיט עזרה בהבאת רוצחי נפש לדין, אלא במתן תמיכה כספית במשפחותיהם.

פיצויים עונשיים נגד מאשרר עוולה

11. כפי שצינתי לעיל, אני מצטרף לעמדתו של חברי לפיה התנהלותה של הרשות הפלסטינית עולה כדי "אשרור" לפי סעיף 12 לפקודת הנזיקין. חברי עמד על הטעמים שביסוד קביעה זו בהרחבה ואינני רואה צורך להוסיף על הדברים. אציין רק בתמצית, כי המשיבים הרחיבו בטענותיהם את הדיבור על הדין האמריקאי תוך הפניה לפסקי דין המלמדים לטענתם כי תמיכה כספית במעוול לא מהווה אשרור. אלא שמעיון בפסקי הדין אליהם הפנו המשיבים, עולה כי אין בהם כדי ללמד על המקרה שלפנינו. בעניין Mallory v. O'Neil, 69 So. 2d 313 (1954) דובר באדם שהועסק על ידי בעל בניין דירות, אשר גם התגורר באחת הדירות בבניין. אותו אדם ירה בתובעת וגרם לה לנכות לצמיתות, כאשר הטענה הייתה שבעל הבניין אישרר את פעולות העובד בין היתר בכך שנתן לו להמשיך להתגורר בבניין, שכר לו עורך דין וסייע לו להעמיד ערבות. בעניין Draper v. Olivere, 54 Del. 433 (1962) Paving & Constr. Co., דובר באדם שעבד בחברה שהתקשרה עם העירייה לצורך ביצוע עבודות שיפוץ של כביש. בין אותו אדם לבין התובע, שעבר בכביש שנחסם בשל עבודות השיפוץ, התפתחה תגרה אלימה שבעקבותיה אושפז התובע ונגרמו לו חבלות. נטען בתביעה כי החברה המעסיקה אישררה את מעשיו של העובד בכך שסייעה לו בטיפול בערבות ובשחרור על תנאי, ובכך שהעסיקה אותו בשנית לאחר המעשים. די בתיאור קצר זה של פסקי הדין כדי ללמד כי מדובר במקרים שבהם התמיכה הכספית מצויה ברף נמוך ביותר. מקרים אלה רחוקים אפוא כמטחווי קשת מנסיבות ענייננו, בהן הרשות הפלסטינית מעבירה באופן קבוע תשלומים למחבלים ולבני

משפחותיהם מכוח חקיקה, שכפי שציין חברי וכפי שיורחב להלן, יש בהם כדי להוות תמריץ לביצוע פעולות טרור בעתיד.

12. ולעניין פסיקת פיצויים עונשיים. כפי שהצביע חברי, סוגיה זו נדונה לאחרונה באופן מקיף בשני פסקי דין שניתנו בבית משפט זה (ע"א 2144/13 עזבון המנוח עמית עמוס מנטין ז"ל נ' הרשות הפלסטינאית (6.12.2017) (להלן: עניין מנטין); ע"א 71/18 הרשות הפלסטינית נ' יורשי המנוחה שרון בן שלום ז"ל (10.3.2021) (להלן: עניין בן שלום)) וכל המוסיף על האמור בהם – גורע. די שאזכיר כי בתי המשפט הכירו בסמכות לחייב מזיק בתשלום פיצויים עונשיים בשיעור כספי גבוה יותר מזה שבו הוערכו נזקיו (ראו גם: ע"א 140/00 עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 566, 486 (2004) (להלן: עניין אטינגר); יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 579 (מהדורה שניה, גרסאות עורך 1976) (להלן: ברק, אחריות למעשי הזולת)). קביעת גובה הפיצויים העונשיים מושפעת מחומרת מעשיו של המזיק, נוכח התכלית המרכזית של מוסד פיצויים זה הנשענת על רציונליים של ענישה והרתעה (כפי שנסקר בהרחבה בעניין מנטין, פסקאות 108-119; עניין אטינגר, עמ' 562-564; עניין בן שלום, פסקאות 76-78; ע"א 4576/08 בן-צבי נ' פרופ' יהודה היס, פסקאות 35 ו-38 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' דיבלין (7.7.2011) (להלן: בן-צבי)). בתמצית ניתן לומר שעיקר תכלית הפיצויים העונשיים היא לגמול למעוול על מעשה העוולה שביצע כך שתתקיים הלימה בין הענישה לבין החומרה המוסרית שבמעשיו. בכך גם משתקפת סלידה חברתית מהתנהגות המזיק. בנוסף, חיוב המזיק בפיצויים עונשיים נועד ליצור הרתעה כלפי היחיד והרבים, הרתעה שתמנע את הישנותם של מעשי עוולה. חיוב מזיק בפיצויים עונשיים יגרום לכך שהמזיק יפנים את מלוא הנזק שיצר ויימנע לעתיד לבוא מעשיית פעולות פוגעניות. זאת בעיקר במצבים שבהם אין בפיצויים הנזיקיים הרגילים כדי ליצור הרתעה יעילה דיה (עניין בן שלום, פסקה 77; עניין אטינגר, עמ' 564; עניין בן-צבי, פסקה 37).

13. במאמר מוסגר יצוין כי הצורך בהרתעה נגד האדם המזיק בא לידי ביטוי גם בדין העברי. ההלכה היא ש"הנזיקין שמין להם בעידית" (בבלי, גיטין מח, ע"ב; שולחן ערוך, חושן משפט סימן שפט, סעיף ב). היינו אדם המזיק לחברו חייב לפצותו מתוך היפה שבנכסיו. הגמרא מסבירה את הטעם העומד מאחורי הלכה זו:

"אמר רבי שמעון: מפני מה אמרו הנזיקין שמין להן בעידית? מפני הגזלנים ומפני החמסנין. כדי שיאמר אדם למה אני גוזל ולמה אני חומס. למחר בית דין יורדין לנכסי ונוטלין שדה נאה שלי וסומכים על מה שכתוב בתורה 'מיטב

שדהו ומיטב כרמו ישרלם' (שמורת כב 4) לפיכך אמרו הניזקין שמין להן בעידית" (בבלי, גיטין מט, ע"ב).

ההלכה ערה אפוא לטבעו של אדם. אדם עלול להיות אדיש כלפי האפשרות לגרימת נזק לחברו אם הוא יישא במחיר שבנקל יעמוד בו ולא ייגרמו לו נזקים כלכליים עקיפים מעבר לעלות הפיצויים שישלם לניזוק. לעומת זאת, אם המזיק יחויב במנגנון פיצוי שעלול לגבות ממנו אי נוחות כלכלית ועלויות תקורה בנוסף לנשיאה בתשלום הפיצוי על מלוא נזקי הניזוק, הוא יישמר ביתר שאת מהתנהגות עוולתית כלפי חברו. אמנם הניזוק לא יקבל פיצוי יתר על נזקיו, אך חיוב המזיק לפצות את הניזוק מתוך היפה שבנכסיו, עשוי להוות גורם מרתיע לגרימת נזק לאחר.

14. ובחזרה לענייננו. אכן, אופיים המיוחד ("הלא תרופתי") של הפיצויים העונשיים מהווה חריג בנוף הנזיקי והאזרחי. נוכח אפיונם של פיצויים עונשיים כמצויים על קו התפר בין המשפט האזרחי, שמטרתו פיצוי הניזוק, לבין המשפט הפלילי, שמטרתו ענישת המזיק, בפסיקה ננקטה לגביהם גישה זהירה (עניין אטינגר, עמ' 563-564). בין היתר נטען כי אין מקום להטיל על מזיק פיצויים שביסודם מונחים שיקולי ענישה וגמול, שהם שיקולים שאינם עולים בקנה אחד עם דיני הנזיקין; כי פסיקת פיצויים עונשיים מחדירה להליך האזרחי כלים ונורמות השמורים להליך הפלילי, תוך קיפוח המזיק בכך שנשללות ממנו ההגנות הדיוניות שעומדות לו בהליך הפלילי; וכי פסיקת פיצויים עונשיים מעמידה את המזיק במצב של ענישה "כפולה" (עניין מנטין, פסקה 121; עניין בן שלום, פסקה 80; עניין בן-צבי, פסקה 36). אף מנקודת מבטו של הניזוק, נאמר שהפיצוי החורג משיעור הנזק מהווה "מתת שמים" שאין לו הצדקה, שכן פיצויים אלו נועדו להגשמת מטרת חברתיות (עניין בן שלום, פסקה 80; עניין מנטין, פסקה 121; עניין בן-צבי, פסקה 36). מן העבר השני, לא מעט שיקולים עומדים לטובת פסיקת פיצויים עונשיים במקרים המתאימים (וראו: יששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח 489 (2018)); וכי הגבול בין ההליכים אינו כה חד ואין לשלול עקרונית שימוש בדיני הנזיקין לצורך ענישה במצבים חריגים (עניין אטינגר, עמ' 563; עניין מנטין, פסקה 122).

15. לצד כל זאת, ובשים לב לקשיים הטמונים ביסוד השתת פיצויים עונשיים, מוסכם על הכל כי יש לנהוג בזהירות בהשתת פיצויים עונשיים וזאת רק במקרים חריגים, בהם בוצעה עוולה מקוממת וחמורה במיוחד או כזו שיש עמה פגיעה קשה בזכויות חוקתיות (עניין בן שלום, פסקה 81; עניין מנטין, פסקה 134; עניין אטינגר, עמ' 563; ע"א 1080/07 עזבון המנוח פלוני ז"ל נ' משטרת ישראל, פסקה 9 (8.11.2009); ע"א 9656/03 עזבון

המנוחה ברטה מרציאנו ז"ל נ' זינגר, פסקה ל"ד (11.4.2005)). כך גם נפסק כי פיצויים עונשיים יוטלו בעיקר במקרים של עוולה שבוצעה מתוך כוונה או זדון ולא ברשלנות גרידא (עניין מנטין, פסקה 136; עניין בן-צבאי, פסקה 38; ע"א 5850/10 חברת דפרון בע"מ נ' עזבון המנוח יבגני גולובין, פסקה מ"ה (15.4.2012)). אם כי, במקרים מסוימים ניתן יהיה להסתפק אף ברשלנות רבתי מצד המזיק כביצוע העוולה, או באדישות באשר לתוצאותיה האפשריות (ראו: עניין בן-צבאי, פסקה 45; וכך ראו בהרחבה: עניין מנטין, פסקאות 136-139). היינו פיצויים עונשיים נפסקים בזהירות ובמשורה באותם מקרים חמורים במיוחד ומעוררי סלידה, הן מבחינת אופי המעשים עצמם והן מבחינת היסוד הנפשי הנלווה לעשייתם (וראו דעת המשפט העברי בסוגיית פיצויים עונשיים: עניין מנטין, פסקאות 145-147).

16. אם ניישם את המבחנים שפורטו לעיל, בנקל נגיע למסקנה כי מכלול השיקולים הרלוונטיים מטילים את הכף לטובת השתת פיצויים עונשיים בענייננו. כפי שציין חברי בחוות דעתו (בעיקר בפסקאות 37-38), מדובר במדיניות הרשות הפלסטינית המעוררת שאט נפש שהדעת אינה סובלתה; היא מקוממת; היא חמורה במיוחד; היא מעוררת סלידה; היא נעשית בכוונת מכוון ו"בזדון" ולא ברשלנות גרידא; והיא לא רק מאשררת את ההתנהגות בדיעבד, אלא יש בה כדי לתמרץ ביצוע פעולות טרור, וכדברי חברי "ייתכן שיכולה להיכנס לגדרו של שידול ופיתוי באותם מקרים שבהם ניתן להוכיח קשר סיבתי בין התמריץ בדמות התגמולים לבין פיגוע קונקרטי" (פסקה 39 לחוות הדעת). כמו כן, פסיקת פיצויים עונשיים נגד הרשות הפלסטינית במקרים המתאימים ממלאת אחר הרציונל העומד ביסוד פסיקת הפיצויים של מניעת פעולות פוגעניות לעתיד לבוא. מה עוד דרוש כדי לשקול השתת פיצויים עונשיים על הרשות הפלסטינית? הסיבה היחידה שבעטיה שולל חברי פסיקת פיצויים עונשיים, היא שחלופת ה"אישור" בסעיף 12 לפקודת הנזיקין היא "נטע זר" בדיני הנזיקין, ופסיקת פיצויים עונשיים אף היא "נטע זר", ואין "להרכיב נטע זר על נטע זר ולהרחיב את אחריותו של 'המאשר' בגין מעשה שנעשה בדיעבד, גם על פיצוי עונשי" (פסקה 50 לחוות דעתו). אני לא רואה כיצד יש בנימוק האמור כדי לשמוט את הקרקע מתחת לאפשרות להשית פיצויים עונשיים במקרים המתאימים לכך.

17. ראשית, הרכבת "נטע זר על נטע זר" אינה זרה לשיטת משפטנו. דוגמה לכך, קרובה במידת מה לענייננו, ניתן למצוא בפסיקת פיצויים לנפגע עבירה במסגרת הליך פלילי מכוח סעיף 77 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). לגבי הוראה זו נקבע כי "מעיקרה ובתוכנה, מהווה היא נטע זר בדין העונשין. המחוקק שתל זרע של משפט אזרחי בתוככי דין העונשין, אך זריעה זו לא שינתה מאופיו ומאפיונו של הזרע

ושל צאצאיו" (רע"פ 2976/01 אס"פ נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418, 462 (2002); ראו גם: ע"פ 961/16 אלהרוש נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (25.11.2018)). חרף זאת, האפשרות לפסוק פיצויים עונשיים בהליך אזרחי מקום בו נפסקו פיצויים מכוח סעיף 77 לחוק העונשין לא נשללה לחלוטין (ראו: רע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני, פסקאות כ"ב-כ"ז (6.7.2009) (להלן: עניין פלונית); וראו עמדתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין שם, לפיה אין בפסיקת פיצויים מכוח סעיף 77 לחוק העונשין כדי להשליך על האפשרות לחייב את מבצע העבירה בפיצויים עונשיים בהליך נזיקי). דוגמה זו יש בה כדי ללמדנו, כי עצם היותם של שני הסדרים "נטעים זרים" לדין, אינה שוללת לחלוטין את אפשרות קיומם של שניהם גם יחד.

18. שנית, וכאן העיקר – אף שמדובר בשני "נטעים זרים" לדיני הנזיקין, הם אינם זרים זה לזה אלא משלימים זה את זה. כאמור לעיל, אחת התכליות המרכזיות העומדות ביסוד השתתפות פיצויים עונשיים היא הרתעת המעוול מפני הישנותם של מעשי עוולה. כמו כן, כפי שציין חברי בחוות דעתו, גם ביסודה של חלופת האישור שבסעיף 12 לפקודת הנזיקין עומדת בין היתר תכלית הרתעתית. הואיל וביסוד שני ההסדרים עומדת תכלית דומה, אין סיבה לשלול את האפשרות לעשות בהם שימוש זה לצד זה רק מהטעם ששניהם חריגים בנוף דיני הנזיקין. אדרבה, השימוש בשני ההסדרים יחדיו לא רק שאינו מעורר קושי, הוא אף מתבקש במקרים בהם אין די במנגנונים הרגילים שבדיני הנזיקין או אף בדין הפלילי כדי להשיג את ההרתעה במידה הנדרשת. מדובר אפוא בשני מנגנונים שקיומם זה לצד זה עשוי להידרש במקרים בהם התכלית ההרתעתית אינה מושגת באמצעות הטלת האחריות לבדה. בהקשר זה אף יצוין כי התכלית שעניינה השגת הרתעה ממשית כאשר מדובר בפיגועי טרור, על החומרה היתרה הטמונה בהם, הוכרה ככזו המצדיקה הטלת פיצויים עונשיים אף כאשר הוטל עונש בהליך פלילי (עניין בן שלום, פסקה 86). זאת כחריג לכלל לפיו אין להטיל פיצויים עונשיים מקום בו הוטל עונש בהליך פלילי (עניין פלונית, פסקה כ"ג; עניין אטינגר, עמ' 564; עניין מנטין, פסקה 140).

19. דברים אלה באים לידי ביטוי באופן מובהק בנסיבות ענייננו. כפי שציין חברי, החוק להקפאת כספים ששילמה הרשות הפלסטינית בזיקה לטרור מהכספים המועברים אליה מממשלת ישראל, התשע"ח-2018 נועד "להביא להפחתת פעילות טרור ולבטל את התמריץ הכלכלי לפעילות טרור [...] (סעיף 1 לחוק האמור). במסגרת חוק זה המחוקק הביע את דעתו כי יש בתשלומים שמעבירה הרשות הפלסטינית למי שהיו מעורבים בפעילות טרור נגד ישראלים ולבני משפחותיהם, משום הבעת תמיכה במעשי טרור (דברי ההסבר להצעת חוק קיזוז כספים לרשות הפלסטינית בשל תמיכתה בטרור, התשע"ח-

2018, ה"ח 764, עמ' 116). ושוב תוך מבט לעבר מדינת הים, אף הקונגרס האמריקאי הביע את עמדתו כי תשלומים שמעבירה הרשות הפלסטינית למחבלים שביצעו מעשי טרור המרצים מאסר בישראל ולבני משפחותיהם, מהווים תמריץ לביצוע מעשי טרור "The Palestinian Authority's practice of paying salaries to terrorists serving in Israeli prisons, as well as to the families of deceased Taylor Force Act, §2(1), שלשונו: "salaries to terrorists serving in Israeli prisons, as well as to the families of deceased (terrorists, is an incentive to commit acts of terror".

20. קביעתו של חברי כי המקרה שלפנינו נכנס לאותם מקרים של "אישור" מבוססת גם, ואף בעיקר, על כך שיש במדיניות התשלום של הרשות הפלסטינית משום תמריץ ותגמול למעשי טרור (פסקאות 49 ו-54 לחוות דעתו). אלא שהטלת האחריות כשלעצמה אינה מעניקה הרתעה מספקת מפני המשך קיום מדיניות זו. כפי שציין חברי, נפגעי פעולות איבה וקרוביהם זכאים לתשלומים מאוצר המדינה מכוח חוקי התגמולים (חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970 וחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950), והם אף רשאים לתבוע פיצויים מכוח חוקים אחרים כגון פקודת הנזיקין. עם זאת, מדובר בשני מסלולים מקבילים כאשר הנפגעים אינם רשאים לגבות את הסכומים שייפסקו במסלול הנזיקי ובמסלול של חוקי התגמולים גם יחד. החריג לכך, אשר נקבע בעניין בן שלום, הוא פיצויים עונשיים. ניזוק רשאי לגבות פיצויים עונשיים המגיעים לו במסגרת תביעה נזיקית בנוסף לתשלומים המשולמים לו מכוח חוקי התגמולים (פסקה 51 לחוות דעתו של חברי וההפניות שם). נוכח זאת, עמדתו של חברי השוללת הטלת פיצויים עונשיים על הרשות הפלסטינית כמאשררת, תוביל לריקון גורם ההרתעה ואילו ההכרה באפשרות לחייב את הרשות הפלסטינית בפיצויים עונשיים בגין התשלומים שהיא מבצעת, תעמיד אותה בסכנה מפני הגשת תביעות נגדה ובכך תושג ההרתעה הנדרשת. אכן לעמדת חברי, הטלת אחריות על מאשרר "מהווה כשלעצמה מעין סנקציה על *mens rea* [...], שיש בה מעין אלמנט עונשי", ומשכך אין להטיל על המאשרר גם פיצויים עונשיים (פסקה 50 לחוות דעתו). אינני שותף לעמדה זו. אף בהתאם לתפישה לפיה הטעם להטלת אחריות בגין אישורו הוא רק "המחשבה הפלילית" (*mens rea*) הנלווית לאשרור – היינו למרות שהאשרור אינו גורם לנזק, הטלת הסנקציה מוצדקת בשל עצם הבעת רצונו או גילוי דעתו של המאשרר בעד ביצוע העוולה (G. Tedeschi, Authorization of Torts, 4 ISR. L. REV. 1, 17 (1969)) ולכן קיימת הצדקה לחייבו רק בפיצויים בשיעור הנזק – מקום בו קרוב האישור ל"שידול" מבחינת מהותו ועוצמתו ואינו מתבטא אך בגילויי אהדה לביצוע העוולה, אין הדבר מונע הטלת פיצויים עונשיים מעבר לשיעור הנזקים הישירים.

21. חברי מציין עוד, כי הואיל ופיצויים עונשיים נועדו בעיקרם לענישת המזיק על מעשהו ועל אשמתו האינדיבידואלית, הטלתם על מעוולים ביחד ולחוד היא סוגיה סבוכה; והדברים אמורים מקל וחומר במקרים שבהם מדובר בהטלת אחריות בגין תשלום שבוצע לאחר מעשה. מקובל עליי כי על דרך הכלל, לא דומה מידת אשמו של המבצע הישיר של העוולה לזו של המשדל או המסייע בביצוע העוולה, או לזו של המאשרר לאחר העוולה. חרף זאת, לעמדתי אין לשלול את האפשרות שבמקרים מסוימים מידת אשמו של המאשרר תעלה כדי מידת האשם הנדרשת לצורך הטלת פיצויים עונשיים (והשוו לעמדתה של השופטת י' וילנר בעניין בן שלום, פסקה 146).

22. אין חולק בקשר להנחת היסוד, כפי שתוארה חברי בהרחבה, כי הטלת אחריות בנזיקין מכוח הוראת סעיף 12 לפקודת הנזיקין צריכה להיעשות באופן זהיר ומבוקר (פסקה 17 לחוות דעתו), ורק במקרים בהם המעשה הצביע על נטילת אחריות לביצועה של העוולה או על נטילת הסיכון לכך (פסקה 42 לחוות דעתו). תנאים קפדניים אלה נועדו לוודא כי האחריות תוטל רק במקרים שבהם מוצדק לעשות כן. אלא שלא מן הנמנע כי דווקא באותם מקרים מובהקים תימצא במעשי המאשרר אשמה וחומרה במידה כזו שיש בה כדי לחזק את ההצדקה לחייבו גם בפיצויים עונשיים, והמקרה שלפנינו יעיד על כך.

23. הואיל וחברי בחר להסיט את מבטו אל מעבר לים, עשיתי זאת גם אני. בהכללה ניתן לומר כי הדין האמריקאי מכיר באפשרות להטיל פיצויים עונשיים גם על מעסיק בגין מעשים של עובדיו, למרות שלמעסיק לא היה יד ורגל במעשי העובד. בצד זאת, חלק ממדינות ארצות הברית בחרו להגביל את האפשרות להטיל פיצויים עונשיים על מעסיק למקרים מיוחדים בלבד. אלא שגם באותן מדינות "מגבילות", על המקרים המיוחדים המאפשרים הטלת פיצויים עונשיים נמנים גם מקרים בהם המעסיק אישר את מעשיו של העובד (וראו: ליאור בן דוד פיצויים עונשיים – היבטים תיאורטיים, משפט ישראלי, סקירה משווה ושיקולים לחקיקה, עמ' 116 (הכנסת, הלשכה המשפטית, תחום חקיקה ומחקר משפטי, 2016) (להלן: הכנסת, פיצויים עונשיים – סקירה משווה); Anthony J. Sebok, "Punitive Damages in the United States", in Koziol and Wilcox (eds.), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives 155, 156 (2009) (להלן: Sebok)).

24. כך למשל, סעיף 3294(a) ל-Civil Code של מדינת קליפורניה, קובע כי בתביעה בגין הפרת התחייבות שאינה נובעת מחוזה, כאשר הוכח בראיות ברורות ומשכנעות כי הנתבע פעל בעושק, במרמה או בזדון, רשאי התובע, בנוסף לפיצויים "רגילים", לתבוע גם פיצויים עונשיים. בצד זאת קובע סעיף 3294(b) כי מעסיק לא יחויב בפיצויים לפי

סעיף משנה (a) על סמך מעשיו של עובד שלו, אלא אם כן הייתה למעסיק ידיעה מוקדמת על אי כשירותו של העובד והוא העסיק אותו תוך התעלמות מודעת מזכויותיהם או ביטחונם של אחרים; המעסיק אישר או אישרר את ההתנהגות הפסולה שבגינה ניתנים הפיצויים; או המעסיק פעל באופן אישי בעושה, במרמה או בזדון (לפסיקה אשר עסקה בסעיף זה ראו לדוגמה: Rust v. Target Corp., 2021 U.S. Dist. LEXIS 239634 (2021); Furbert v. Aimco Pathfinder Vill. Apts. L.P., 2020 Cal. Super. LEXIS 8761 ((2020)).

25. הוראה בנוסח דומה קיימת גם בסעיפים 42.005 ו-42.007 ל-Nevada Revised Statutes של מדינת נבאדה (וראו: Sierra v. Desert Palace, Inc., 2014 U.S. Dist. LEXIS 136123 (2014); Velasquez v. S.B. Rest. Co., 2011 U.S. Dist. LEXIS 109325; Kentucky Revised Statute-ל-411.184, ובסעיף (2011)), ובסעיף 411.184 של מדינת קנטקי (וראו למשל: MV Transp. Inc. ; St. Joseph Healthcare, Inc. v. Thomas, 487 S.W.3d 864 (2016); (v. Allgeier, 433 S.W.3d 324 (2014)).

26. גם במדינת קנזס ניתן למצוא הוראה בעלת אופי דומה. סעיף 3702(a) לפרק 60 ב-Kansas Statutes Annotated, המצוי תחת הפרק העוסק בפרוצדורה אזרחית, קובע כי בכל תובענה אזרחית שבה ניתן לתבוע פיצויים עונשיים, ייקבע תחילה האם יש לאפשר לתובע פיצויים עונשיים; וככל שהדבר יאושר, יתנהל הליך נפרד לקביעת סכום הפיצויים שיש לפסוק. סעיף 3702(d) מוסיף וקובע, כי לא יושתו פיצויים לדוגמה על מנהל או מעסיק בגין מעשיו של סוכן או עובד שלהם, אלא אם ההתנהגות הנדונה אושרה או אושררה; וכן לא יחייב עמותה, שותפות או תאגיד בגין מעשיו של חבר, שותף או בעל מניות, אלא אם כן הם אישרו או אישררו את ההתנהגות הנדונה (ליישומו של סעיף זה בפסיקה ראו למשל: Walls v. MiraCorp, Inc., 2011 U.S. Dist. LEXIS 46326 (2011); (JCM, LLC v. Heinen Bros. Agra Servs., 2013 U.S. Dist. LEXIS 173019 (2013)).

27. דוגמה נוספת להטלת פיצויים עונשיים במקרה של אשרור מצויה ב-Civil Practice and Remedies Code של מדינת טקסס. סעיף 41.005 לקוד האמור קובע כי בית המשפט לא יחייב אדם בפיצויים עונשיים במסגרת תביעה שביסודה פגיעה שנגרמה לתובע בגין מעשה פלילי שנעשה על ידי אדם אחר. בצד זאת קובע הסעיף חריג לפיו ניתן יהיה לחייב את הנתבע בפיצויים עונשיים מקום בו המעשה בוצע על ידי עובד שלו, וזאת אם המעסיק הורה לעובד לבצע את המעשה; העובד לא היה כשיר לבצע את העבודה והמעסיק פעל בזדון בהעסקתו; העובד הועסק בתפקיד ניהולי ופעל במסגרת העסקתו; או המעסיק אישר או אישרר את המעשה.

28. ויודגש, בכל המדינות בארצות הברית בהן ניתן להטיל פיצויים עונשיים, הטלתם מותנית בהוכחת מידה של חומרה ביחס להלך הרוח של המעוול. הטלת פיצויים עונשיים תיעשה רק בנסיבות בהן הוכח כי התנהגות המעוול הייתה שערורייתית או ראויה לגנאי; התבטאה בפגיעה מכוונת או זדונית בזכויותיהם של אחרים; או לכל הפחות הייתה בה התעלמות, אדישות מכוונת, קלות דעת, פזיזות או רשלנות רבתי (הכנסת, פיצויים עונשיים – סקירה משווה, עמ' 106; Sebok ; עמ' 181-184). כמו כן, הטלת אחריות בגין אישור על פי הדין האמריקאי גם היא מותנית בהוכחת תנאים קפדניים (פסקה 24 לחוות דעתו של חברי וההפניות שם). אף על פי כן, הדין האמריקאי אינו שולל את האפשרות להטיל פיצויים עונשיים על מאשרר אלא מכיר בכך שייתכנו מקרים שבהם עשויה להיות הצדקה לעשות כן. אין לחדד כי באותן מדינות האפשרות להטיל פיצויים עונשיים על מאשרר קבועה מפורשות בחקיקה, בשונה מענייננו. ברם, פיצויים עונשיים בישראל ככלל הם יציר הפסיקה ואינם מעוגנים בדין, ומשכך לצורך הדיון אין נפקות לעיגון המפורש של הטלת פיצויים עונשיים על מאשרר בארצות הברית.

מכל הטעמים האמורים לעיל, דעתי היא כי אין לשלול באופן עקרוני את האפשרות להטיל פיצויים עונשיים על מאשרר. בכל הנוגע למקרה שלפנינו, דעתי היא כי מתקיימים כל התנאים המצדיקים הטלת פיצויים עונשיים על הרשות הפלסטינית. שותף אני אפוא לדעת חברי שיש להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לשם בחינת גובה הפיצוי הנזיקי המגיע למערערים, ובתוך כך לבחון גם את גובה הפיצוי העונשי שיושת על הרשות.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

חברי, השופט יצחק עמית, כתב ברוב כשרונו פסק דין מקיף ומפורט, אשר לעיקריו מצטרף גם חברי השופט דוד מיינץ (פרט לעניין פסיקת פיצויים עונשיים). לצערי, לא אוכל לצרף דעתי לדעתם, משעמדתי בנוגע להיקף תחולתה של חלופת האשורר הקבועה בסעיף 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין או הפקודה) שונה מעמדתם.

1. בטרם אפנה לבחינת הסוגיה המשפטית, אפתח באשר אינו שנוי במחלוקת. מדיניות התגמולים של הרשות הפלסטינית (היא המשיבה 1. להלן: הרש"פ) – במסגרתה מעניקה האחרונה קצבאות ומענקים למחבלים הכלואים בישראל בגין מעשי טרור שביצעו נגד אזרחי ישראל ולמשפחות מחבלים שנהרגו בעת ביצוע מעשי טרור כאמור (להלן: מדיניות התגמולים) – היא מדיניות בזויה ומתועבת, הראויה לגינוי במישור המוסרי, ומצדיקה הטלת סנקציות במישור המשפטי. ואכן, מדינת ישראל אינה עוברת בשתיקה על מדיניות פסולה זו, וכחלק מן הצעדים שנקטו נגדה, חוקקה הכנסת בשנת 2018 את החוק להקפאת כספים ששילמה הרשות הפלסטינית בזיקה לטרור מהכספים המועברים אליה מממשלת ישראל, התשע"ח-2018. חוק זה מטיל סנקציה כספית על הרש"פ בשל מדיניות התגמולים בה היא נוקטת, וקובע כי מתוך הכספים שמעבירה מדינת ישראל בכל שנה לרש"פ, יוקפאו סכומים בשווי כספי התמיכה שהעניקה האחרונה לפעילי טרור ולמשפחותיהם בשנה שקדמה לה (סעיף 4(א) לחוק). כך, כפי שציין השופט עמית (בפסקה 33 לפסק דינו), על כל שקל שמעבירה הרש"פ לפעילי טרור ולבני משפחותיהם, היא נדרשת לשלם שקל נוסף אשר נגרע מן הכספים המועברים לה על ידי מדינת ישראל. המדובר איפוא בסנקציה הולמת, הגומלת לרש"פ מידה כנגד מידה על מדיניות התגמולים המחפירה בה היא נוקטת.

2. ואולם גינוי וסנקציות לחוד, והטלת אחריות בנזיקין לחוד. על אף שמדובר במדיניות תגמולים פסולה, אשר ניתן וצריך לפעול לגינויה ולמיגורה, לדידי לא ניתן לראות במדיניות זו, כשהיא עומדת לבדה, בסיס משפטי להטלת אחריות נזיקית על הרש"פ מכוח חלופת האשורר הקבועה בסעיף 12 לפקודת הנזיקין. אבאר להלן את גישתי.

סעיף 12 לפקודת הנזיקין וחלופת האשורר

3. סעיף 12 לפקודת הנזיקין קובע כי "המשתף עצמו, מסייע, מייעץ או מפתה למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשרר אותם, יהא חב עליהם". כפי שציין השופט עמית (בפסקאות 10-11 לפסק דינו), סעיף זה מרחיב את מעגל החייבים באחריות נזיקית, ומאפשר להטיל אחריות ישירה לא רק על המבצע העיקרי של העוולה, אלא גם על מי ששיתף עצמו בעוולה באחת מן הדרכים המנויות בסעיף (וראו: ע"א 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקויריטי בע"מ, פ"ד מח(5) 661, 697 (1994) (להלן: עניין צוק אור); ע"א 3024/10 וינר נ' מויאל, פסקה 26 (2.4.2013) (להלן: עניין וינר)). בכך, חורג סעיף זה מן העיקרון הרגיל החל בדיני הנזיקין – לפיו "אדם אחראי למעשיו, ואין הוא אחראי למעשי הזולת" (ראו: אהרן ברק "אחריות למעשי הזולת" דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 435, 435 (מהדורה שנייה, גר טדסקי עורך, 1976) (להלן: ברק, אחריות למעשי הזולת). כן ראו: *Frederic R. Kellogg Ratification*

of the Unauthorized Acts of an Agent as a Ground of a Principal's Liability,
 ; (Kellogg :להלן) both in Contract and Tort 2 COLUM. L. T. 10, 10 (1888)
 אהרן ברק אחריות שילוחית בדיני הנזיקין 36 (1964) (להלן: ברק, אחריות שילוחית)). על
 כן, העמדה הרווחת היא כי יש לפרש את היקף תחולתו של הסעיף באופן מצמצם, ולנקוט
 בזהירות ובמשורה בבואנו להטיל אחריות נזיקית מכוחו (וראו: רע"א 729/04 מדינת
 ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, פסקה 29 (26.4.2010); ע"א 313/08 נשאשיבי נ' דינראוי, פ"ד
 סד(1) 451-450, 446, 398 (פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין ופסקה
 2 לחוות דעתה של השופטת עדנה ארבל) (2010); ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית
 בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פ"ד סד(3) 763, 740 (2011) (להלן: עניין
 בית שוקן); עניין ויינר, בפסקה 26). ואכן, לאורך השנים מיעטה הפסיקה לעשות שימוש
 בסעיף 12 לפקודה כמקור להטלת אחריות נזיקית (וראו לעניין זה פסקה 15 לפסק דינו
 של השופט עמית. ראו גם: עמוס הרמן דיני נזיקין 219 (מהדורה שנייה, 2020) (להלן:
 הרמן)).

4. ואם כך הוא ביחס להטלת אחריות בנזיקין מכוח סעיף 12 לפקודה ככלל, הרי
 שהדברים מקבלים משנה תוקף שעה שמדובר בהטלת אחריות מכוח חלופת האשרור
 הנזכרת בו. זאת, שכן כפי שציין השופט עמית (בפסקה 17 לפסק דינו), בשונה ממרבית
 החלופות האחרות הנזכרות בסעיף 12 לפקודה, חלופת האשרור נוגעת למעשים שבוצעו
 בדיעבד – קרי, פעולות שננקטו על ידי המאשרר לאחר שהעוולה שבגינה מוטלת אחריות
 על המבצע העיקרי כבר בוצעה והושלמה (להשלמת התמונה יוער כי גם החלופה של
 "המשתף עצמו" יכול שתתייחס למעשים שבוצעו לאחר מעשה העוולה. וראו, לדוגמה:
 עניין ויינר, פסקאות 32-36, שם הוטלה אחריות מכוח סעיף 12 לפקודה על מי ששיתפה
 עצמה בדיעבד במעשה העוולה שביצע אביה, בכך שנטלה לכיסה ביודעין כספים שהושגו
 כתוצאה ממעשה העוולה). לאור אופייה ה"בדיעבדי" של חלופת האשרור, נקבע בפסיקה
 כי לצורך הטלת אחריות מכוחה יש להראות כי בעת האשרור ידע המאשרר כי המעשים
 שבוצעו מהווים עוולה או שנטל על עצמו את הסיכון והאחריות לכך (ראו: עניין ויינר,
 בפסקה 27; ברק, אחריות למעשי הזולת, בעמ' 440; הרמן, בעמ' 219); ואולם, לא נדרש
 להראות כי התקיים קשר סיבתי כלשהו בין האשרור לבין מעשה העוולה (ראו: ע"א
 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 789, 757 (פסקה 11 לחוות דעתו של השופט
 גבריאל בך) (1987) (להלן: עניין כרמלי); ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פסקה 10
 (21.4.2002); עניין בית שוקן, בעמ' 767; עניין ויינר, בפסקה 27). משמעות הדברים היא
 כי מכוח חלופת האשרור ניתן להטיל חבות נזיקית על אדם בגין עוולה שביצע אחר, וזאת
 מבלי שמעשיו תרמו, אף לא באופן שולי, לביצועה, ועל אף שבמועד האשרור כבר לא
 הייתה לו כל יכולת להשפיע על ביצוע העוולה. בכך, כפי שציין חברי (בפסקה 20 לפסק

דינו), חורגת חלופת האשרור חריגה ניכרת מן המסגרת הרגילה של דיני הנזיקין, ומאפשרת לעקוף את אחת מדרישות היסוד להטלת אחריות נזיקית – היא דרישת הסיבתיות העובדתית, הקבועה בסעיף 64 לפקודת הנזיקין, לפיו "[...] רואים אדם כמי שגרם לנזק בְּאִשְׁמוֹ, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק" (ראו לעניין זה: Gad (1969) *Tedeschi Authorization of Torts* 4 ISR. L. REV. 1, 1-9 (להלן: *Tedeschi*); ג' טדסקי "יפוי-כוח לנזיקין" מסות במשפט 240, 241-245, 248 (1978). על מרכזיותה של דרישת הסיבתיות העובדתית בדיני הנזיקין, ראו למשל: ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 144 (1982); דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 411, 428 (2003). ראו גם: אריאל פורת נזיקין כרך א' 317 ואילך (2013). יצוין כי פרופ' פורת מצביע על מצבים בהם מוצדק משיקולים ראייתיים לרכך את דרישת הסיבתיות העובדתית, תוך המרת מבחן האלמלא ("הגורם-בלעדיו-אין") במבחנים גמישים יותר, כדוגמת אחריות הסתברותית ודוקטרינת הנזק הראייתי. ואולם, אין הוא מזכיר כלל מצבים בהם מוצדק להטיל אחריות נזיקית על מי שבאופן מובהק אינו אחד מהגורמים להתרחשות הנזק – לא באופן עובדתי ואף לא באופן הסתברותי).

5. על רקע דברים אלו, אין זה מפליא כי השופט עמית, אשר סקר את הפסיקה הישראלית לדורותיה, לא מצא בה ולו מקרה אחד בו הטיל בית משפט זה אחריות בנזיקין מכוח חלופת האשרור. גם בפסיקתם הענפה של בתי המשפט המחוזיים, איתר חברי רק מקרה בודד בו התבססה האחריות בנזיקין על חלופת האשרור, ואף לגביו ציין, ובצדק, כי ספק אם הייתה זו החלופה הנכונה לאותו עניין (וראו פסקה 19 לפסק דינו, והתייחסותו לת"א (מחוזי ת"א) 1412/95 בצלאל נ' התחנה המרכזית החדשה בתל-אביב (8.3.2000)). ממצאים אלו אינם חסרי משמעות. הם משקפים את תחומה המצומצם של חלופת האשרור, הנובע מהיותה "נטע זר בדיני הנזיקין" (כלשון חברי). תחום זה, כפי שאבהיר בהמשך, מוגבל מעצם טיבה וטבעה של חלופת האשרור לאותם מקרים בהם הנתבע לא רק תמך בדיעבד במעשה העוולה ובמעוול, אלא שהתקיימה בינו לבינם זיקה מהותית והדוקה כבר במועד ביצוע העוולה – זיקה אשר מכוחה נמצא הוא במעמד לאשרר את המעשים.

6. ויודגש – כפי שמציין השופט עמית (בפסקה 18 לפסק דינו), מעשה האשרור עצמו יכול לבוא לידי ביטוי בדרכים שונות, וזאת "על ידי אמירה או שתיקה, במפורש או מכללא" (ברק, אחריות למעשי הזולת, בעמ' 439-440. ראו גם: Anthony W. Kraus *Ratification of Torts: An Overview and Critique of the Traditional Doctrine and Its Recent Extension to Claims of Workplace Harassment* 32 TORT &

(1997) Ins. L.J. 807, 810 (להלן: Kraus). להסתייגות מאמירה זו, ראו: עניין ויינר, בפסקה 32). בתוך כך, דומה כי תשלום למעוול בגין מעשה עוולה, עשוי, בנסיבות המתאימות, לבטא תמיכה ועידוד במעשה העוולה ובמעוול, ולעלות כדי מעשה אשרור. ואולם, אין די בכך שאדם יביע תמיכה בדיעבד במעשה העוולה ובמעוול כדי להטיל עליו אחריות בנזיקין בגין מעשה עוולה שכבר הושלם, אלא נדרש כי הבעת התמיכה תתגבש לכדי "אשרור" (ratification) של מעשה העוולה – דהיינו מתן הכשר בדיעבד לביצועו. לשם כך, נדרש קיומו של תנאי מקדים המתייחס לזהותו של מבצע פעולת האשרור, וההופך אותו כבר בעת ביצוע מעשה העוולה לגורם המוסמך לתת הכשר לפעולת המעוול. לשם כך נדרש כי תתקיים זיקה מהותית והדוקה בין המעוול לבין מי שהביע תמיכה בדיעבד במעשיו. אבהיר עניין זה.

על טיבו וטבעו של האשרור

7. כפי שמציין השופט עמית (בפסקה 23 לפסק דינו), מקורה של דוקטרינת האשרור במשפט המקובל, ופועלה המוכר יותר הוא בתחום דיני החוזים. שם, נעשה בה שימוש כדי ליתן תוקף להסכם בו התקשר אדם עם צד שלישי בשמו של אדם אחר, מבלי שניתנה לו הרשאה לכך – או-אז, רואים את האשרור כאילו ניתנה הרשאה מלכתחילה לחתימה על ההסכם בשמו של המאשרר, באופן שמאפשר לחייב אותו בקיום ההסכם כלפי הצד השלישי (ראו: Kraus, בעמ' 809. ראו גם: Eric Blackwood Wright *The Law of Principal and Agent* 64 (Second Edition, 1901) (להלן: Wright); ברק, אחריות למעשי הזולת, בעמ' 440). בשונה מדיני החוזים – שם התמריץ של אדם לאשרר בדיעבד חוזה שנחתם בשמו ללא הרשאה נובע לרוב מקיומה של תועלת כלשהי שצפויה לצמוח לו מקיום החוזה; בהקשר הנזיקי, לא רק שלא צפויה לצמוח למאשרר כל תועלת מאשרור העוולה בדיעבד, אלא שבעצם האשרור הוא נוטל על עצמו את האחריות (יחד עם המעוול המקורי) לביצוע מעשה העוולה ולנזקיה. משכך, החלתה של דוקטרינת האשרור בדיני הנזיקין היא חריגה ביותר (ראו: Kraus, בעמ' 809-810. ראו גם: Tedeschi, בעמ' 15-14). אף על פי כן, נעשה שימוש בדוקטרינה זו במשפט האנגלו-אמריקאי גם במסגרת דיני הנזיקין, וזאת במקרים בהם מבקשים להטיל חבות נזיקית על אדם אשר אשרר בדיעבד מעשה עוולה שבוצע על ידי אחר, בין בפועל ובין לכאורה, למענו של המאשרר. כך, התפיסה היא כי בעצם האשרור, נוטל על עצמו המאשרר אחריות לביצוע העוולה שנעשתה למענו, כאילו שנעשתה תחת הרשאתו מלכתחילה (שם, בעמ' 812. ראו גם: Restatement (Third) of Agency, ; 64, 55-54, Wright; 17, 12, בעמ' Kellogg, בעמ' 12, 17, Wright; 17, 12, בעמ' Restatement 3d: §4.01 (להלן: Restatement 3d)).

8. ודוק – הנחת המוצא הניצבת בבסיסה של דוקטרינת האשרור במשפט המקובל (הן בדיני החוזים והן בדיני הנזיקין) היא שאין אדם יכול לאשרר פעולה שנעשתה בעבר אלא אם היא נעשתה, או למצער נחזתה להיעשות, בעבורו או למענו. דרישה זו נתפסת כטבועה במהותה של פעולת האשרור – היא-היא שמעניקה למאשרר את הכוח המשפטי לתת תוקף לפעולת המבצע בדיעבד. יפים לעניין זה דבריו של המלומד Kraus במאמרו הנזכר לעיל:

The most fundamental, and perhaps only well-settled, requirement for ratification is that the conduct that is ratified must have been undertaken, either actually or professedly, for the benefit of the principal. This limitation on ratification is inherent in the concept of agency, as explained by Story in his seminal text on American agency law:

...a ratification can only be effectual between the parties when the act is done by the agent avowedly for or on account of the principal and not when it is done for or on account of the agent himself or some other person. This would seem to be an obvious deduction from the very nature of a ratification, which presupposes the act to be done for another but without competent authority from him; and therefore gives the same effect to the act as if it had been done by the authority of the party for whom it is purported to have been done and as his own act.

Thus, no matter how supportive retrospectively a putative principal may appear of conduct undertaken by another, he cannot be deemed to have ratified the act if it was not undertaken on his behalf. Although there is no requirement that the tortious conduct actually benefit the principal, the tortfeasor must at least have believed that it would.

(שם, בעמ' 812. ראו גם: *Kellogg*, בעמ' 13-12; *Wright*, בעמ' 54-55, 65, 70-72; *Tedeschi*, בעמ' 9. כן ראו: §4.03 and comment (b), §4.01 *Restatement 3d*; *Kristensen v. Dempsey v. Chambers*, 154 Mass. 330, 28 N.E. 279 (1891); *Credit Payment Servs.*, 879 F.3d 1010 (9th Cir. 2018). יוער כי בהתאם לדרישה

זו, הן בהקשר החוזי והן בהקשר הנזיקי נוהגים לכנות את הצד המאשרר כ-"Principal" ואת הצד שביצע את הפעולה כ-"Agent". ראו: *Tedeschi*, בעמ' 9).

בפסק דינו מעיר חברי (בפסקה 24), כי "להבדיל מדיני החוזים, הכלל שלפיו מבצע העוולה צריך להתיימר לפעול עבור המאשרר – לא מבוסס היטב בדיני הנזיקין". אלא שעיון במקורות אליהם הוא מפנה אינו מבסס מסקנה זו. פרופ' גד טדסקי אכן מציין כי "In *Tedeschi* torts this element is not firmly based", (בעמ' 15), ואולם מן ההקשר בו נאמרו הדברים, עולה כי אמירה זו מתייחסת לדרישה, שמוצבת בהקשר החוזי, כי מבצע הפעולה הצהיר כבר בשעת מעשה כי הוא אינו פועל בעבור עצמו, אלא כשליח של אחר (שאחרת לא ניתן לכפות בהקשר החוזי את מעשה השליחות על הצד השלישי, אלא חלה הדוקטרינה של "שליחות נסתרת", המעוגנת במשפט הישראלי בסעיף 7 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965). ומכלל ההן יובן גם הלאו, אין אמירה זו מתייחסת לדרישה הבסיסית יותר לפיה מבצע הפעולה פעל, או למצער נחזה כפועל, למענו של המאשרר. וראו לעניין זה גם את הדיון ב-*Restatement 3d, §4.03 comment (b)*, ובפרט את ההתייחסות ל-*Disclosed, unidentified, and undisclosed principal*. בדומה, גם בספרם של Clerk & Lindsell, אליו מפנה חברי, נכתב מפורשות כי לצורך אשרור עוולה נזיקית נדרש כי מעשה העוולה נעשה למען המאשרר ("An act done for another"), כאשר בהערת שוליים 327, אליה מתייחס חברי באופן ספציפי, מוזכר כי ישנה שאלה האם לצורך התגבשותו של אשרור נדרש שבשעת המעשה יצהיר מבצע הפעולה, בין באמירה ובין במעשה, כי הוא פועל בשמו של המאשרר (Whether, in order to allow of a ratification, the doer of the act must show by express words or conduct at the time that he is acting on behalf of the person who subsequently ratifies is not clear in tort) (ראו: John Murphy "Vicarious Liability" in *Clerk & Lindsell On Torts* 355, 379 n.327 (21st Edition, 2014)). נראה, אם כן, כי הספק הקיים במשפט המקובל איננו בשאלה האם מבצע הפעולה צריך לפעול, או להיחזות כמי שפועל, בשעת המעשה עבור המאשרר – דרישה הקיימת הן בדיני החוזים והן בדיני הנזיקין; אלא בשאלה האם מבצע הפעולה צריך להצהיר, בין באמירה ובין במעשה, כי הוא פועל בעבור אחר בשעת המעשה, על מנת להקנות לאחרון את כוח האשרור. דרישה אחרונה זו נהוגה בהקשר החוזי, ונראה כי ניתן לרכך אותה בהקשר הנזיקי.

9. הנה כי כן, האשרור נתפס במשפט האנגלו-אמריקאי כהפעלת כוח אשר ניתן לאדם מסוים (המאשרר) על ידי עושה המעשה. משמעותה של הפעלת כוח זו היא שהפעולה, אשר נעשתה מלכתחילה ללא אישורו של המאשרר, מיוחסת בדיעבד

למאשרר, והוא זכאי ליהנות מתוצאותיה, ונדרש לשאת בעלויותיה. מכאן, שעל מנת שתבוצע פעולה של אשרור, המזכה ומחייבת את המאשרר, אין די בכך שאדם יאמץ את פעולתו של אחר, אלא נדרש שיהיה הוא בעל הכוח המשפטי לבצע את פעולת האשרור. כמובנה, המבחן המקובל במשפט האנגלו-אמריקאי לצורך זיהוי בעל כוח האשרור הוא שהפעולה נעשתה, או למצער נחזתה כנעשית, בעבורו או למענו. כך הן בדיני החוזים והן בדיני הנזיקין. ככל שקיימים הבדלים בין הפעלתה של דוקטרינת האשרור בין תחומי המשפט, הרי שהם אינם נוגעים למבנה האנליטי האמור, אלא לשאלה מהן הנסיבות בהן ניתן ללמוד כי פעולה נעשתה, או למצער נחזתה להיעשות, בעבור אדם פלוני, באופן שהקנה לו את הכוח לאשררה (בדיני חוזים נדרשת הצהרה, במעשה או באמירה, בעת ביצוע הפעולה; בדיני הנזיקין נראה שניתן להפעיל מבחן גמיש יותר).

10. מפסק דינו של השופט עמית עולה כי לשיטתו אין מקום לייבא דרישה זו – לפיה אדם יכול לאשרר פעולה רק ככל שנעשתה או נחזתה להיעשות למענו – לדיני הנזיקין הישראליים (וראו פסקאות 25 ו-46 לפסק דינו). בקביעתו זו נסמך חברי בעיקר על אמירה של פרופ' אהרן ברק, לפיה:

במשפט המקובל האנגלי קיימת הדרישה כי בשעת ביצוע העוולה פעל השליח למען השולח. בהעדר תנאי זה לא יתפוס האישור בדיעבד. שאלה יפה היא אם תנאי זה הכרחי גם במשפט הישראלי. [הסעיף הרלוונטי בפקודת הנזיקין המנדטורית] אינו מזכיר תנאי זה. מקורו בדיני החוזים האנגליים, בהם קיים העקרון כי אין לאשר חוזה שנערך על ידי אדם בלתי מוסמך בלי שאותו אדם התכוון לפעול כמורשה למען המאשר. אימוץ זה של עקרון חוזי בדיני הנזיקין אינו משכנע כלל. בדיני החוזים מטרת האישור בדיעבד להפוך פעולת המורשה לפעולת המרשה. דהיינו, לקשור יחסים משפטיים ישירים בין המרשה לבין צד שלישי. אין זה אפשרי להשיג תוצאה זו מבלי שהצד השלישי התכוון להתקשר עם המרשה. לא כן בדיני הנזיקין. כאן מטרת האישור בדיעבד לשתף את השולח באחריות הכספית לעוולה שבוצעה. אם השולח מוכן לקחת על עצמו אחריות זו, על שום מה נמנע זאת ממנו? [...]

(ברק, אחריות שילוחית, בעמ' 119. ראו גם: ברק, אחריות למעשי הזולת, בעמ' 440).

11. אודה ולא אכחד, הדברים מוקשים בעיני. דוקטרינת האשרור איננה עוסקת במצב בו אדם נוטל על עצמו באופן וולונטארי לפצות ניזוק בגין עוולה שגרם חברו. היא עוסקת במצב בו הדין מטיל על אדם אחריות נזיקית בשל כך שאשרר בדיעבד את מעשה העוולה, וזאת בין אם רצה לשאת בחבות זו ובין אם לאו. מכאן שההנמקה המובאת בציטוט ("אם השולח מוכן לקחת על עצמו אחריות זו, על שום מה נמנע זאת ממנו?") אינה הנמקה

משכנעת. אדם המביע תמיכה במעשה עוולה אינו מסכים, מניה וביה, לשאת בעלויות שגרם מעשה העוולה. נהפוך הוא – במקרה הרגיל, רוצה הוא במעשה, אך אין הוא מוכן לשאת בעלויותיו. ממילא, ביסוס אחריות המאשרר אך על יסוד חוזי של הסכמה לשאת בחבות אינו במקומו. זאת ועוד, הטלת אחריות נזיקית על אדם רק בשל כך שהביע תמיכה בדיעבד במעשה הנזיקי, מתרחקת יתר על המידה מן המסגרת המסורתית של דיני הנזיקין, וחותרת תחת ההצדקה, המוקשית ממילא, להטלת אחריות למעשה עוולה על מי שכלל לא השפיע על ביצועה, אלא אך אשרר אותה בדיעבד. עמדתי לעיל על כך שהטלת אחריות מכוח חלופת האשרור היא יוצאת דופן בדיני הנזיקין, משאין היא דורשת קיומו של קשר סיבתי בין מעשה האשרור למעשה העוולה. ודוק, ביטול הדרישה הבסיסית לפיה לצורך הטלת אחריות נזיקית מכוח חלופת האשרור נדרש כי העוולה נעשתה או נחזתה להיעשות למען המאשרר, למעשה מבטלת כל צורך בקשר כלשהו בין מעשה האשרור לבין מעשה העוולה, ובכך מרחיבה הרחבה יתרה את מעגל החייבים הפוטנציאליים מכוח חלופת האשרור בדיני הנזיקין (לביקורת על אודות ההתרחקות מדרישה זו במקרים של תביעות נזיקיות בעילה של הטרדה במקום העבודה בבתי המשפט בארה"ב, ראו: *Kraus*, בעמ' 825-831. ראו גם את הביקורת שמביע פרופ' ברק עצמו, ביחס ל"הטלת אחריות על אדם שאין לו כל קשר עם עוולה שבוצעה" – ברק, אחריות למעשי הזולת, בעמ' 440-441).

12. בהמשך לאמור – אף אם אקבל, כשיטת חברי, כי אין מקום לייבא באופן דווקני לדיני הנזיקין הישראליים את הדרישה כי כוח האשרור נתון אך בידי מי שהפעולה בוצעה למענו כפשוטה, עדיין אין בכך כדי ללמד כי ראוי לפרוץ את הגבולות כליל, ולא לקבוע כל מגבלה על זהות הגורמים היכולים לבצע פעולת אשרור של מעשה עוולה. לדידי, לכל הפחות, לצורך התגבשותו של אשרור בדיני הנזיקין הישראליים נדרש קיומה של זיקה מהותית והדוקה בעת ביצוע מעשה העוולה בין מי שהביע תמיכה בדיעבד במעשה עוולה לבין מעשה העוולה והמעוול – שאחרת, מנין נוצר לראשון המעמד לאשרר את מעשיו של המעוול? אכן, ניתן לקבל כי זיקה מהותית והדוקה בזמן אמת יכול שתתקיים לא רק במצבים בהם העוולה נעשתה או נחזתה להיעשות למען מי שהביע בה תמיכה בדיעבד (כדרישת המשפט המקובל), אלא גם במצבים בהם קיימת בין הצדדים זיקה חזקה אחרת הנוגעת למעשה העוולה. כך למשל, כשאב מאשרר בדיעבד פעולה שביצע בנו ביחס לרכוש המשפחתי (כגון סילוק אדם שלישי מבית המשפחה), או כשחברה מאשררת בדיעבד פרסום שבוצע למען עסקיה על ידי אחד מעובדיה. ואולם, מהרחבת קשת המצבים בהם ניתן לבצע פעולת אשרור בהקשר הנזיקי, לא משתמע כי כל אדם המביע בדיעבד תמיכה במעשה עוולה יראה כמאשרר, ויישא בחבות נזיקית בהתאם. הווה אומר, אין די בכך שאדם תמך בדיעבד במעוול ובמעשה העוולה שביצע כדי להפכו לאחראי לנזקים שנגרמו בגינו מכוח חלופת האשרור, אלא נדרש כי אותו אדם ימנה על אותה

קבוצת גורמים מצומצמת המצויה בדרגת קרבה מספקת המעניקה להם את המעמד הדרוש כדי לאשרר את מעשה העוולה. לשם כך, נדרשת קיומה של זיקה מהותית והדוקה בינו לבין המעוול ומעשה העוולה, כבר בעת שבוצע מעשה העוולה.

13. ויובהר, מעבר לאפיון הכללי של הזיקה הנדרשת לצורך הקמת כוח האשרור כ- קשר מהותי והדוק בין המאשרר לבין המעוול ומעשה העוולה, המתקיים כבר במועד ביצוע העוולה, אין בכוונתי לקבוע בשלב זה מסמרות באשר לחלופות השונות שעשויות להיכנס תחת הגדרה זו. כמו במשפט המקובל, החלופה המובהקת העונה על דרישה זו ("מקרי הליבה" (core cases)) מתקיימת כאשר המעוול פעל (או למצער נחזה כמי שפעל) בזמן אמת בעבור אדם אחר (כגון, מנהל שפעל למען החברה או עובד שפעל למען מעסיקו). במקרים אלה, אותו אדם אחר שהפעולה בוצעה למענו (החברה או המעסיק בדוגמאות לעיל) מחזיק בכוח לאשררה. ואולם, ניתן להעלות על הדעת חלופות נוספות שעשויות להקים את הזיקה הדרושה. כך למשל, זיקה כאמור יכול שתקום מקום בו בשעת מעשה התקיימו בין המעוול לבין "המאשרר הפוטנציאלי" יחסי קרבה מיוחדים (למשל, קרבת משפחה או יחסי ידידות קרובים), וזאת ככל שמעשה העוולה בוצע בקשר עם יחסים אלו (דוגמה אפשרית היא אב המאשרר פעולה שביצע בנו עבור המשפחה). עם זאת, סבורני כי לעת הזו יש להימנע מלשרטט את גבולותיה המדויקים של זיקה זו, ולאפשר לגבולות אלו להתעצב ולהתחדד בעתיד, בחקיקה שיפוטית הנעה ממקרה למקרה.

על רקע דברים אלו אעבור לבחון את השאלה האם די בכך שהרש"פ נוקטת במדיניות התגמולים על מנת להטיל עליה אחריות נזיקתית מכוח חלופת האשרור שבסעיף 12 לפקודת הנזיקין.

האם מדיניות התגמולים של הרש"פ עולה כדי אשרור?

14. השופט עמית דן בהרחבה בשאלה האם תשלום כספים על ידי הרש"פ לאסירים ביטחוניים ולבני משפחותיהם עולה לכדי פעולת אשרור של פעולות האסירים, כמשמעו בסעיף 12 לפקודת הנזיקין, באופן המצדיק הטלת אחריות נזיקתית על הרש"פ בגין תוצאות מעשיהם (ראו פסקאות 30-43 לפסק דינו). לבסוף, הוא מגיע למסקנה כי חרף הלבטים שהסוגיה מעלה, "אין מנוס מלהכיר בכך שתשלום תגמולים לאסירים הבטחוניים על ידי הרש"פ נכנס בגדר החלופה של אישרור המעשה העוולתי" (פסקה 44 לפסק דינו). דומה כי הסיבה העיקרית לקביעתו זו היא כי לשיטתו יש בתשלומים אלו משום תמריץ ותגמול למעוול, אשר בכוחם לעודד ולתרום, אף אם בעקיפין, למעשה הטרור (ראו פסקאות 45, 47 ו-49 לפסק דינו). כן מציין חברי כי אף אם מדובר במדיניות כללית של הרש"פ מכוח חקיקה, הרי ש"התשלום הקונקרטי של תגמולים לאסיר קונקרטי ולבני

משפחתו הוא האקט המאשר של המעשה הקונקרטי שבגיננו נידון האסיר למאסר" (פסקה 48 לפסק דינו); וכי "בבחירתה של הרש"פ לשלם לאסירים, לבני משפחותיהם ולמשפחות שהידיים-מפגעים שנהרגו בעת ביצוע פיגוע, מביעה היא הסכמתה למעשיהם, באופן המביע לקיחת אחריות על המעשים" (פסקה 49 לפסק דינו). על אף שאינני חולק על קביעות אלו, סבורני כי אין די בהן כדי להוביל למסקנה שניתן להטיל אחריות על הרש"פ כמי שאשרה את המעשים.

15. ראשית, עלינו להבחין בין הטלת אחריות נזיקית מכוח חלופת האשרור – אשר היא הסוגיה שניצבת לפתחנו כעת, לבין הטלת אחריות מכוח יתר החלופות הקבועות בסעיף 12 לפקודה, ובפרט מכוח חלופת השידול. במסגרת חלופת האשרור אין בוחנים האם פעולתו של הנתבע עוודדה את המעוול ואת ביצוע העוולה; עניין זה נבחן במסגרת חלופת השידול, הדורשת בנוסף גם קיומו של קשר סיבתי בין הפעולה "המשדלת" לביצוע העוולה (ואף חברי מכיר בכך בפסקה 39 לפסק דינו). חלופת האשרור לעומת זאת, בוחנת את השאלה האם יש לראות בנתבע כמי שנתן בדיעבד משנה תוקף למעשה העוולה, ולשם כך אין די בכך שבמעשיו הביע תמיכה במעשה או אף עודד את ביצועו, אלא נדרש, כמובהר לעיל, שיהיה מלכתחילה במעמד מיוחד המקנה לו את הכוח המשפטי לבצע את פעולת האשרור.

במשקפיים אלה אף יש לבחון את הדוגמה שמציג חברי בפסקה 48 לפסק דינו. שם, מתאר חברי מצב היפותטי בו הייתה הרש"פ מתקשרת בהסכם עם הפלג הצבאי של תנועה כלשהי, לפיו כל מי שירצח ישראלים ויידון למאסר עולם יזכה לתגמול חודשי של 12,000 ש"ח לאורך תקופת המאסר; ומציין כי במצב זה "קשה לחלוק על כך שלפנינו דוגמה מובהקת של אישרור המגולם בקיום החיוב החוזי". מכך מקיש חברי כי גם בענייננו מדובר באשרור. ואולם, סבורני כי חברי לא נותן דעתו לשני הבדלים מהותיים הקיימים בין העניין בו עסקינן לבין דוגמה זו: האחד, כי בשונה מענייננו, במצב ההיפותטי שמתאר חברי סביר להניח כי ניתן יהיה לבסס קשר סיבתי בין החתימה על ההסכם האמור לבין מעשי הטרור שיבוצעו לאחריו על ידי חברי אותו פלג צבאי, באופן שיאפשר להטיל אחריות על הרש"פ מכוח חלופת השידול; והשני, כי בדוגמה אותה מציג חברי עצם החתימה על ההסכם מבעוד מועד עשויה כשלעצמה לבסס קיומה של זיקה מהותית והדוקה בעת ביצוע מעשה העוולה בין הרש"פ לבין חברי אותו פלג צבאי ופעולות הטרור שיבוצעו על ידם, ולהציב את הרש"פ במעמד הדרוש כדי לאשרר את המעשים.

16. שנית, ועיקרו של דבר, בנימוקים אותם מציג חברי אין כדי לבסס, מניה וביה, כל זיקה מהותית והדוקה שהתקיימה בין הרש"פ לבין אותם אסירים ביטחוניים בעת שביצעו

את מעשי הטרור הנפשעים – זיקה אשר לשיטתי רק בהתקיימה יכולה הרש"פ להיות במעמד המאפשר לה לאשרר את המעשים. ויודגש, אינני חולק על שיטתו של חברי, לפיה מדיניות התגמול של הרש"פ ביחס לאסירים ביטחוניים מבטאת תמיכה ועידוד במעשי הטרור, ועל כן עשויה בהחלט להיחשב כמעשה אשרור. ואולם, לצורך התגבשותו של אשרור המאפשר הטלת אחריות על הרש"פ בגין מעשי טרור מכוח חלופת האשרור, אין די בכך שהיא ביצעה פעולה שנכנסת תחת ההגדרה של מעשה אשרור, אלא נדרש בנוסף שהיא תימצא במעמד של מי שיש בכוחו לאשרר את מעשה העוולה בו מדובר – דהיינו, שתהיה לה זיקה מהותית והדוקה בזמן אמת למעוול ולמעשה העוולה.

17. טלו לדוגמה את כל אותם גורמים אשר הביעו תמיכה בפעולותיו של "מרגל האטום", מרדכי ואנונו, ועודדו את ביצוען ומבצען לאחר מעשה. כזכור, ואנונו, שעבד כטכנאי בקריה למחקר גרעיני, מסר לעיתונאים זרים תצלומים מתוך מתקני הקריה ומודיעין טכנולוגי על יכולתה הגרעינית של ישראל במטרה לפגוע בישראל; ובשנת 1988 הורשע בגין כך בעבירות של בגידה וריגול חמור נגד המדינה. לאחר חשיפתה של פרשה זו, גורמים שונים הביעו תמיכה פומבית בואנונו, וחלקם אף שיבחו בדיעבד את מעשיו. ניתן להניח שהיו ביניהם גם כאלה שתרמו כספים למענו. האם מכך ניתן להסיק שגורמים אלה אשררו את מעשה העוולה של ואנונו, וכי מדינת ישראל, לה נגרם נזק מפעולותיו של ואנונו, יכולה להגיש תביעה נגד אותם גורמים בטענה לאחריות נזיקית? התשובה היא כמובן שלילית. הטעם לכך הוא שאותם גורמים לא היו מצויים בעת ביצוע המעשה בעמדת קרבה מספקת לואנונו ולמעשה שעשה, המעניקה להם את הכוח לאשררו. רק אם היה מתברר שקיים אדם או גוף אשר בשמו או בעבורו פעל ואנונו בזמן אמת, או כי התקיימה זיקה מהותית והדוקה אחרת בין ואנונו לבין מי שהביע בדיעבד תמיכה במעשיו, ניתן היה לראות בו כמי שמצוי בדרגת הקרבה הדרושה לצורך התגבשותו של אשרור. לשם הדוגמה, נניח כי בעת שביצע את מעשיו היה ואנונו מבקש לפעול למען גורם עוין מסוים, ובדיעבד אותו גורם עוין היה מביע תמיכה בו ומאמץ את פעולתו – או-אז ניתן היה לראות באותו גורם עוין כמי שאשרר את מעשיו של ואנונו, ולפיכך כמי שאחראי להם כמעוול.

18. ודוק – כפי שהדגשתי לעיל, תנאי הזיקה המהותית וההדוקה בזמן אמת חיוני לטעמי על מנת לתחום את גבולותיה של חלופת האשרור. הוא חיוני במיוחד בהינתן העדר הדרישה לקשר סיבתי בין פעולת המאשרר לבין מעשה העוולה (וראו פסקאות 4 ו-11 לעיל). השמט אותו ונמצא כי לחלופה זו אין גבול ואין שיעור. כך, למשל, גם מי שיתמוך בפועלו של מעוול שנים רבות לאחר ביצוע העוולה, ואולי אף לאחר מותו של המעוול, עשוי למצוא עצמו אחראי לנזק כמי שאשרר את מעשה העוולה. לפרשנות

מרחיקת לכת שכזו אין באפשרותי להסכים, וזאת גם ביחס למדיניות פסולה ונפשעת כדוגמת מדיניות התגמולים של הרש"פ. רבות הוזהרנו כי "מקרים קשים יוצרים דין רע"; אל ניתן למקרה שלפנינו להיות דוגמה נוספת לכך.

19. דומה כי התייחסותו היחידה של חברי לדרישת הזיקה המהותית וההדוקה מצויה בפסקה 47 לפסק דינו, שם הוא כותב: "מובן גם כי הרש"פ, כגוף שלטוני, היא בבחינת גורם שיש בכוחו 'לאשרר' פעולתם של אחרים". התייחסות זו מלמדת שגם לשיטתו לא די במעשה האשרור לבדו כדי להקים אחריות נזיקית, אלא נדרש גם מעמד מיוחד המאפשר את התגבשותו של אשרור. ואולם, נראה כי חברי מניח כמובן מאליו שהרש"פ מחזיקה במעמד מיוחד זה מכוח היותה "גוף שלטוני". אינני רואה כיצד ניתן לבסס מסקנה גורפת מעין זו. האם כל "גוף שלטוני" (או כל "גוף מעין-מדינתי") יכול לאשרר כל מעשה עוולה שבוצע על ידי כל אדם שהוא (או כל אדם הפועל בתחומי המדינה)? האין להבחין בין מצב בו הפעולה בוצעה למען אותו "גוף שלטוני" (גם אם לא אושרה מראש) או למצער בזיקה מהותית והדוקה אחרת אליו, לבין מצב בו המעוול לא פעל ולא התכוון לפעול בעבור אותו "גוף שלטוני" או בזיקה כלשהי אליו (ואולי אף פעל נגדו)? ונשוב לדוגמת ואנונו – האם תמיכה של הרש"פ בו, כספית או הצהרתית, הייתה הופכת אותה למעוולת עמו מכוח חלופת האשרור? ברי כי מסקנה מעין זו לא יכולה לעמוד, שהרי אין די בעובדה שהעוולה שבוצעה משרתת באופן כזה או אחר את האינטרסים של אדם אחר כדי להקנות לו מעמד כמי שיכול לאשרר את הפעולה לאחר מעשה, אלא נדרשת זיקה מהותית והדוקה שהתקיימה בשעת המעשה בינו לבין המעוול ומעשה העוולה. ויובהר – "גוף שלטוני" (או "גוף מעין-מדינתי") אינו שונה מכל נתבע אחר. דרישת הזיקה המהותית וההדוקה צריכה להיבחן לגביה בהתאם לנסיבות המקרה. בימינו אומנם אין הוא פטור באופן גורף מאחריות נזיקית, כפי שהיה בעבר (וראו לעניין זה: אהרן ברק "חסינות מאחריות או מתביעה: שלילת זכות הניזוק או שלילת תביעתו" דיני הניקין – תורת הניקין הכללית 349, 401-403 (מהדורה שנייה, גד טדסקי עורך, 1976)), אך גם לא ניתן לראותו כאחראי באופן גורף. לא בכדי, במקרים אחרים בהם הועלו טענות דומות לאלו הנשמעות בענייננו, נזהר בית משפט זה מלהטיל אחריות נזיקית על הרש"פ בשל תמיכתה בדיעבד בפעולות הטרור לבדה, וראה לעשות כן רק במקרים בהם נמצא כי הייתה מעורבות ברמה כזו או אחרת של הרש"פ לפני או במהלך ביצוע הפיגוע, והוכח קשר סיבתי בין מעורבות זו לבין הוצאתו של הפיגוע לפועל (וראו פסקה 31 לפסק דינו של חברי וההפניות שם).

20. הנה כי כן, סבורני כי לצורך הטלת אחריות נזיקית על הרש"פ בגין פעולות טרור מכוח חלופת האשרור, נדרש להוכיח התקיימותם של שני תנאים: האחד – כי בשעת

ביצוע הפעולה הייתה קיימת זיקה מהותית והדוקה בין הרש"פ לבין המפגע-הטרוריסט ומעשה הטרור; והשני – כי לאחר שהושלמה הפעולה, הביעה הרש"פ תמיכה בה, באופן שעולה כדי מעשה אשרור. בענייננו, בעוד שכאמור איני חולק על מסקנת חברי כי התנאי השני מתקיים – קרי, כי התשלומים שמעבירה הרש"פ לאסירים ביטחוניים ולמשפחותיהם יכולים להיחשב כמעשה אשרור מצידה; דומה כי לא הצליחו המערערים להצביע בערכאה הדיונית על זיקה מהותית והדוקה בין הרש"פ לבין פיגועי הטרור שגרמו לנזקיהם ומבצעייהם, באופן שמבסס את התקיימותו של התנאי הראשון (וראו פסקאות 44-76 לפסק הדין קמא). כך, למשל, הם לא ביססו כי מעשי הטרור בהם עסקינן בוצעו בשעתו, או נחזו כמבוצעים, לטובת הרש"פ (לפי מקרי הליכה של חלופת האשרור); בדומה, לא נקבע ממצא לפיו התקיימה בזמן ביצוע הפיגועים קרבה מיוחדת בין מבצעי הפיגועים הללו לבין הרש"פ, וכי הפיגוע בוצע בקשר לאותם יחסי קרבה, באופן המקנה לרש"פ את הכוח המשפטי לבצע פעולת אשרור (לפי החלופה המרחיבה לחלופת האשרור שהובאה בפסקה 13 לעיל).

21. על כן, לכאורה, היה מקום לדחות את הערעור ולהותיר את פסק דינו של בית המשפט קמא על כנו. עם זאת, לנוכח ייחודיותה וחריגותה של חלופת האשרור, כמו גם העובדה שעד היום סוגיה זו לא נידונה והתבררה לעומקה בפסיקתו של בית משפט זה, סבורני כי יש מקום לאפשר לצדדים הזדמנות לטעון ולהציג ראיות באופן ממוקד לעניין התקיימותה של חלופת האשרור, ובפרט ביחס להתקיימותו של תנאי הזיקה המהותית וההדוקה בזמן ביצוע המעשים בין הרש"פ לבין הפיגועים ומבצעייהם. על כן, לו דעתי הייתה נשמעת, היינו משיבים את התיק לבית המשפט קמא על מנת שיברר ויכריע האם אכן התקיימה זיקה מהותית והדוקה בזמן אמת בין הרש"פ לבין הפיגועים והמפגעים אשר אחראים לנזקיהם הקשים של המערערים; ובהתאם האם יש להטיל אחריות על הרש"פ בגינם.

22. אשר לסוגיית פסיקת הפיצויים העונשיים – חבריי, השופט עמית והשופט מין, נחלקו ביניהם ביחס לסוגיה זו. כך, השופט עמית סבור שאין לאפשר פסיקת פיצויים עונשיים כאשר האחריות הנזיקית מוטלת מכוח חלופת האשרור, בעוד שהשופט מין סבור כי ניתן לעשות כן במקרים מתאימים – והמקרה שלפנינו בכללם. נוכח התוצאה אליה הגעתי, לפיה לא הונחה בשלב זה תשתית עובדתית מספיקה להטלת אחריות נזיקית על הרש"פ מכוח חלופת האשרור בגין פיגועי הטרור שהובילו לנזקי המערערים, לא ראיתי צורך לדון בסוגיה זו, ואבקש להותירה בצריך עיון. עם זאת, מאחר שנותרתי בדעת מיעוט לעניין האחריות הנזיקית של הרש"פ, אצטרף לעניין זה לתוצאה אליה הגיע חברי,

השופט עמית, לפיה אין מקום במקרה זה, על פי המצע הראייתי הקיים, לחייב את הרש"פ בפיצויים עונשיים.

שופט

אשר על כן, הוחלט ברוב דעות (השופטים י' עמית ו-ד' מין), כנגד דעתו החולקת של השופט ע' גרוסקופף), כי תשלום כספים על ידי הרשות הפלסטינית לאסירים ביטחוניים ולבני משפחותיהם, מהווה אישור כמשמעות המונח בסעיף 12 לפקודת הנזיקין. כפועל יוצא, הרשות הפלסטינית שותפה לעוולות שביצעו האסירים-המפגעים לפי סעיף 11 לפקודה וחבה באחריות נזיקית כלפי המערערים. כן הוחלט ברוב דעות (השופטים י' עמית ו-ע' גרוסקופף, כנגד דעתו החולקת של השופט ד' מין), כי אין מקום לחייב את הרשות הפלסטינית בתשלום פיצויים עונשיים.

אי לכך, הערעור מתקבל, והתיק יוחזר לבית המשפט המחוזי על מנת שיבחן את גובה הפיצוי הנזיקי המגיע למערערים. בהתאם לכך, יפעלו המערערים כאמור בפסקה 52 לפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ט' בניסן התשפ"ב (10.4.2022).

שופט

שופט

שופט