



## בבית המשפט העליון

רע"א 2063/16

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט צ' זילברטל

המבקש: הרב יהודה גליק

נגד

המשיבה: משטרת ישראל

ידידת בית המשפט: האגודה לזכויות האזרח בישראל

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המחוזי בירושלים  
מיום 17.1.16 בע"א 62946-03-15 (השופטים א' פרקש, ד"ר  
י' מרזל, א' דראל)

תאריך הישיבה: כ"ו בתמוז התשע"ו (1.8.16)

בשם המבקש: עו"ד איריס אדרי

בשם המשיבה: עו"ד מלי אומיד-ברגר

בשם ידידת בית המשפט: עו"ד דן יקיר

### פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטים א' פרקש, ד"ר י' מרזל וא' דראל) מיום 17.1.16 בתיק ע"א 62946-03-15 בו התקבל ערעורה של המשיבה על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (השופטת ח' אביב) מיום 28.2.15 בתיק ת"א 16009-03-11. עניינו של ההליך תביעת נזיקין של המבקש כנגד המשיבה בגין נזקים שנגרמו לו עקב התרשלותה לכאורה. השאלה המשפטית שבפנינו עיקרה היחס והממשק בין הליכים מינהליים להליכים נזיקיים, וספציפית, האם בטרם תביעת נזיקין כלפי הרשות על "התרשלות מינהלית" נדרשת תקיפה ישירה של ההחלטה בהליך מינהלי, בג"צ.

ב. המבקש – כיום חבר כנסת – פעיל מכבר למען עליית יהודים להר הבית ומימוש זכויותיהם בהר. במהלך השנים הוצאו כנגד המבקש צוי הרחקה ממתחם הר הבית. בהמשך חתם המבקש על מספר כתבי התחייבות, שבמסגרתם הובהרו לו התנאים וההגבלות לשהייתו במתחם הר הבית (ראו בג"ץ 4852/09 יהודה גליק נ' משטרת ישראל (2009)). בין היתר, התחייב "שלא לבצע בהר כל פעולה דתית או פולחנית בעלת סממנים חיצוניים או מופגנים". ביום 13.2.11 שודרה בערוץ 10 כתבה בה נראה המבקש מתפלל בהר הבית שעה שהדריך קבוצת תיירים במקום. המשיבה ראתה בתפילתו של המבקש הפרה של ההתחייבות עליה חתם, וביום 16.2.11 נמסרה לו הודעה בעל-פה, כי נאסר עליו לעלות להר הבית. ההשתלשלות מתוארת על-ידי בית המשפט המחוזי בפסקה 39 לפסק דינו; בתצהיר נצ"מ ביטון מן המשטרה נאמר כי "הוא פירט בפני המבקש את הנימוקים להחלטה, ואיפשר לו למסור את התיחסותו אליהם" האיסור שהוטל על המבקש נשאר בעינו במשך כשנתיים, עד לביטולו ביום 5.2.13.

ג. ביום 27.2.11, 11 יום לאחר ההודעה על הרחקתו ממתחם הר הבית, הגיש המבקש תובענה לבית המשפט לעניינים מקומיים בקרית ארבע (התביעה הועברה לאחר מכן לבית משפט השלום בירושלים, באותו מותב), במסגרתה טען, כי האיסור על עליה להר הבית פגע בו, בשמו הטוב ובפרנסתו, ותבע פיצוי בגין פגיעות אלה. סכום התביעה הועמד בתחילה על סך 75,000 ₪. לצד התביעה לפיצוי כספי, עתר המבקש למתן צו מניעה, אשר יורה למשיבה להתיר את עלייתו להר הבית. ביום 12.4.11 נעתר בית משפט השלום לבקשה, והורה למשיבה להתיר למבקש לעלות להר הבית לאלתר. על החלטה זו הוגשה והתקבלה בקשת רשות ערעור לבית המשפט המחוזי בירושלים (רע"א 11-04-24322), וצו המניעה הזמני בוטל ביום 9.6.11 (השופטת נ' בן-אוד).

ד. עם התמשכות הרחקתו של המבקש מהר הבית, תוקן כתב התביעה ביום 30.10.11, ולבסוף הועמד הסכום על סך 500,000 ₪, בעבור 100 שבועות בהם לא עלה המבקש להר הבית, ונשללה ממנו, לטענתו, פרנסתו כמדריך קבוצות.

ה. בית משפט השלום דחה את טענתה המקדמית של המשיבה, לפיה יש לסלק את התביעה על הסף כיון שתביעת המבקש נועדה לתקוף החלטה מינהלית למנוע את עלייתו להר הבית, תביעה אשר מקומה בבית המשפט הגבוה לצדק. בית המשפט קבע כי אין פגם בתקיפה עקיפה של החלטה מינהלית, במקרה בו קיים סעד ממשי שהוא מהותה של התביעה האזרחית. נפסק, כי המבקש רשאי לתבוע סעד כספי בבית משפט אזרחי, גם אם משמעותה של תביעה זו היא תקיפה עקיפה של ההחלטה המינהלית.

ו. לאחר מכן סקר בית משפט השלום את פסיקת בית המשפט העליון לאורך השנים, שבמסגרתה עוגנה זכות היהודים להתפלל בהר הבית, וציין כי זו תוגבל אך ורק כאשר קיימת "סכנה קרובה לודאית וממשית לפגיעה קשה וחמורה לשלום הציבור". בית המשפט בחן האם החלטתה של המשיבה לאסור על המבקש לעלות להר הבית עולה בקנה אחד עם המבחנים שנקבעו בפסיקה. נפסק, כי הרחקת המבקש נעשתה ללא הצדקה, ובניגוד למבחנים הללו. עוד ציין בית המשפט, כי אין נהלים מפורשים באשר לכללי ההתנהגות בהר הבית, ובהיעדרם יש לדחות את טענה המשיבה כי המבקש הפר נהלים כאלה. באשר לתחולת סעיפים 4 ו-5 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971 נפסק, כי סעיפים אלה נועדו למצבי חירום ולא לשימוש יומיומי, ולכן אינם יכולים לשמש מקור סמכות להרחקתו של המבקש.

ז. נוכח האמור, קבע בית משפט השלום כי במקרה דנא התקיימו יסודות עוולת הרשלנות, וחייב את המשיבה בתשלום פיצוי בסך 500,000 ₪, כגובה התביעה, וכן הוצאות בסך 50,000 ₪ ושכר טרחת עורך דין בסך 100,000 ₪ בתוספת מע"מ.

#### פסק דינו של בית המשפט המחוזי

ח. על פסק דינו של בית משפט השלום הגישה המשיבה ערעור לבית המשפט המחוזי בירושלים. לאחר עיון לא מצא בית המשפט המחוזי, כי ההחלטה להרחיק את המבקש מהר הבית חרגה מסטנדרט ההתנהגות של רשות סבירה, או כי הבחירה בהרחקה לא התחייבה מנסיבות המקרה עד כי ניתן לראות את ההחלטה שהתקבלה כמקימה התרשלות. נפסק, כי המשיבה אינה חבה בשל כך שפעלה ללא נהלים ברורים, שכן המבקש הכיר בבירור את הנהלים וקיבל פירוט מלא עליהם, והדבר בא לידי ביטוי בכתבי ההתחייבות עליהם חתם. בקביעתו כי החלטתה הראשונית של המשיבה הייתה סבירה, נתן בית המשפט המחוזי משקל לעדותו של נצ"מ אבי ביטון, מפקד יחידת המקומות הקדושים במרחב דוד בירושלים, בבית משפט השלום. נצ"מ ביטון העיד, כי

התנהגותו של המשיב יצרה "פוטנציאל סיכוני גדול" והעלתה "באופן ברור את סף הרגישות בהר הבית", ומכאן שנדרשה הרחקתו של המבקש מהר הבית.

ט. עם זאת מצא בית המשפט המחוזי, כי על המשיבה היתה חובה לבחון מעת לעת את החלטתה, כי היא נמנעה מכך, וכי הימנעות זו הגיעה כדי התרשלות. לצד זאת נפסק, כי המבקש הפר את החובה המוטלת עליו להקטין את נזקו. הפרה זו התבטאה בכך שהמבקש נמנע מתקיפת החלטת המשיבה באורח ישיר באמצעות עתירה לבג"ץ. בית המשפט המחוזי הפנה לעע"ם 7401/14 קסם מילניום נ' רשות שדות התעופה (2015) – במסגרתו נפסק, כי מציע שקופח במכרז לא יוכל לתבוע סעד של פיצויי קיום בגין אי-זכיה במכרז (תקיפה עקיפה), בלא שיראה כי הקדים לתקוף את ההליך המכרזי עצמו (תקיפה ישירה), או כי אפשרות זו נמנעה ממנו מטעמים שאינם קשורים בהתנהלותו שלו. בית המשפט המחוזי קבע, כי התקיפה הישירה היא העדיפה גם בענייננו, ומנה את השיקולים התומכים בכך: חיוב הנפגע בהגשת עתירה התוקפת את הפגם המינהלי הנטען מקדם את שלטון החוק ועקרון חוקיות המינהל; וקידומו של עקרון הקטנת הנזק ומניעת יצירתו של נזק מוגדל, בשל שיהוי בתקיפת ההחלטה או בהכרזה על בטלותה. בנוסף צוין, כי מסלולי התקיפה השונים משקפים גם הבדלים בסדרי הדין; שכן – כנאמר – מסלול התקיפה הישירה מאפשר קיום בירור מהיר ואפקטיבי יותר של ההחלטה במישור המינהלי.

י. בענייננו נפסק, כי הימנעותו של המבקש מנקיטת ההליך המינהלי מנעה את האפשרות שטענותיו היו מתקבלות בבית המשפט הגבוה לצדק, ושללה מן המשיבה זכויות דיוניות העומדות לה במסגרת ההליך המינהלי, כדוגמת הזכות להציג ראיות חסויות. בית המשפט המחוזי מצא, כי נוכח הפרת חובתו של המבקש להקטין את נזקו, נשללת זכות הפיצוי באופן מלא. מעבר לנדרש לשיטתו זו דן בית המשפט המחוזי גם בשאלת גובה הפיצוי שקבע בית משפט השלום. נפסק, כי סכום הפיצוי שקבע בית משפט השלום משקף פיצוי עונשי בלא שהיה טעם לכך, וככל שהיה מוצא בית המשפט המחוזי לפסוק פיצוי, היה מקום להעמיד את סכום הפיצוי הכולל בגין הנזק שנגרם לפרנסת המבקש על סך כ-85,000 ₪ בלבד, על בסיס חישוב שערך בית המשפט המחוזי אשר הביא בחשבון הפסד ממוני חודשי בגובה 2,500 - 3,000 ₪, על-פי דו"ח שנתי של הכנסות המבקש, וכן פיצוי בעבור נזק לא ממוני; זאת חלף הסכום של 500,000 ₪ כפי שתבע וניתן על-ידי בית משפט השלום.

יא. מכאן הבקשה שלפנינו. ראשית, המבקש טוען כי שגה בית המשפט המחוזי בהתערבו בממצאים עובדתיים ובממצאי מהימנות של בית משפט השלום, אשר קבע כי לא התקיימו התנאים להפעלת סמכות המשיבה למנוע מן המבקש לעלות להר הבית. שנית, נטען כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שפסק את שפסק על סמך עדותו של העד מטעמה של המשיבה – נצ"מ ביטון – בלבד, ללא הנמקה ובניגוד לסעיף 54(3) לפקודת הראיות [נוסח חדש]. סעיף זה קובע, כי כאשר ניתן פסק במשפט אזרחי הנסמך על עדות יחידה של אדם אשר מעוניין בתוצאות המשפט לטובת בעל הדין שקרא אותו להעיד, יפרט בית המשפט מה הניע אותו להסתפק בעדות זו. שלישית, נאמר כי אפילו תתקבל עדותו של נצ"מ ביטון, אין בה כדי לבסס את התנאים הנדרשים להרחקת המבקש מהר הבית, ולא הוכח כי התקיים "פוטנציאל סיכוני". רביעית, נטען כי שגה בית המשפט המחוזי בפסקו כי אי הגשת עתירה על ידי המבקש בגין הרחקתו מן ההר מהוה הפרה של החובה להקטנת הנזק. לטענת המבקש, הנימוקים להלכת קטם המילניום רלבנטיים לתובענות מינהליות בענייני מכרזים, אך לא לכל תקיפה עקיפה. לבסוף, נטען כי אפילו תתקבל גישתו של בית המשפט המחוזי, המקרה דנא בא בגדר החרגיגים שנקבעו בעניין קטם המילניום, ולא היה מקום לפסוק כי הפרת החובה להקטנת הנזק מאיינת את זכותו של המבקש לפיצוי.

#### תגובת המשיבה

יב. המשיבה טוענת כי אין להעניק למבקש רשות ערעור, וכי יש לראות את הקביעות בפסק דינו של בית המשפט המחוזי על רקע נסיבותיו המיוחדות של המקרה, ולא כהלכה רחבה וגורפת. לעמדת המשיבה, נסיבות המקרה מיוחדות וחרגיגות, והצדיקו את המסקנה, כי הימנעותו המכוונת של המבקש מתקיפה ישירה של החלטת המשטרה, חרף דברים מפורשים שנאמרו בהקשר זה על ידי בית המשפט המחוזי (השופטת בן-אור), הפרה את חובתו להקטין את הנזק. המשיבה עומדת על כך, שנסבותיו המיוחדות של המקרה נובעות גם ממעמדו של הר הבית כמקום קדוש, אשר שונה ממקומות אחרים ומחייב הקפדה יתירה על שמירת החוק והסדר הציבורי בו. לשיטת המשיבה, מעמדו של הר הבית מחייב כי החלטות הרשות לגביו ייבחנו על ידי בג"ץ, אשר לו ראייה רחבה וניסיון בעיסוק בהחלטות שלטוניות רגישות, ולא במסגרת תביעה אזרחית.

יג. ביום 20.7.16 הגישה האגודה לזכויות האזרח בישראל (להלן האגודה) בקשה להצטרף להליך כ"ידידת בית המשפט". לעמדת האגודה, צירופה בהליך יאפשר לה לחדד מספר טיעונים אשר לא חודדו בטיעוני הצדדים. עוד צוין בבקשת ההצטרפות, כי האגודה מבקשת להביע עמדתה בשאלה עקרונית אחת כפי שיפורט להלן, ואין בכך כדי לסרב את הדיון.

יד. במ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 553-555 (1999) (להלן עניין קוזלי) עמד הנשיא ברק על השיקולים שיש להביאם בחשבון בעת בחינתה של בקשת הצטרפות של גורם כ"ידיד בית המשפט": התרומה הפוטנציאלית של העמדה המוצעת; מהות הגוף המבקש להצטרף; מומחיותו, נסיונו והייצוג שהוא מעניק לאינטרס בשמו הוא מבקש להצטרף; סוג ההליך והפרוצדורה הנוהגת בו; זהות הצדדים להליך עצמו; השלב שבו הוגשה בקשת ההצטרפות; ומהותה של הסוגיה העומדת להכרעה. כפי שצינו המלומדים ישראל דורון ומנאל תותרי-ג'ובראן, שיקול נוסף שיש ליתן לו משקל הוא עמדת הצדדים באשר לבקשת ההצטרפות (ראו מאמרם "לידתו והתפתחותו של 'ידיד בית משפט' ישראלי" עלי משפט ה' 65, 78 (תשס"ו)). מחקר אמפירי שנערך בנושא ידיד בית המשפט בפסיקה הישראלית כעשור לאחר פסק דינו של הנשיא ברק בעניין קוזלי, מלמד כי בתי המשפט נעתרים לרוב לבקשות ההצטרפות (ראו ישראל (איסי) דורון, מנאל תותרי-ג'ובראן, גיא אנוש וטל רגב "עשור ל'ידיד בית המשפט': ניתוח אמפירי של החלטות בתי-המשפט" עיוני משפט ל"ד 667 (2011)). עוד מצביע המחקר על חוסר אחידות פרוצדורלי באופן הגשת הבקשות. כך, לדוגמה, בחלק מן המקרים מוגשת בקשת ההצטרפות לבדה, ובחלקם מוגשת גם העמדה לגופה (שם, 691-692). עולה מכך השאלה שמא על המחוקק או מחוקק המשנה לשקול קביעת כללים פרוצדורליים ברורים לעניין אופן הגשתן של בקשות הצטרפות כידיד בית המשפט על לשם יתר ודאות בנושא. כך או אחרת, במקרה דנא, לאחר ששקלנו בדבר בעקבות הפסיקה (ראו עניין קוזלי, עמ' 553-555 (1999); ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241, 251-252 (2000)) ונוכח ההיבטים העקרוניים והכלליים של הבקשה שלפנינו, אנו מתירים את הצטרפותה של האגודה במעמד של ידידת בית המשפט. להלן יובאו עיקרי עמדתה.

יה. האגודה טוענת, כי אין מקום לחייב את התובע פיצוי כספי בגין פעולה של הרשות לפנות להליך משפטי להפסקת הפעולה המינהלית קודם להגשת תביעת הפיצויים. נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי כאשר קבע שהמבקש נמנע מהקטנת נזקו. לעמדת האגודה, סוגיה זו רלבנטית רק לאחר השלמת מעשה הנזיקין, ועד להתגבשות העוולה רלבנטי עקרון האשם התורם. ואולם, לשיטתה אין לייחס תובע

אשם תורם ביצירת הנזק שנגרם, להבדיל מאי נקיטת פעולה להפסקתו. לשיטתה יש לקבוע, ככלל, כי רשות מינהלית מעוולת אינה יכולה להמנע מפיצוי על נזק שגרמה לפרט שלא כדין, בטענה שהיה על הפרט לפנות לבית המשפט כדי שיוורה לרשות להפסיק את העוולה, וכי הניזוק ימלא אחר הדרישה להקטין את נזקו על ידי פניה לרשות המינהלית.

#### הכרעה

יו. לאחר עיון בבקשה ובנספחיה, בתגובה ובנספחיה ובעמדת האגודה, אציע לחבריי לדון בבקשה כאילו הוגש ערעור על פי הרשות שניתנה, ולקבל באופן חלקי את הערעור.

יו. הערעור דנא כורך בתוכו שאלות מתחום דיני הנזיקין, המשפט המינהלי המהותי והפרוצדורלי וקוי הגבול בין ענפי המשפט והערכאות השונות. בהקשר זה יוער, כי הקושי המרכזי שיש להידרש אליו, לדידי, הוא שאלת הסעדים וההבדל בין הסעדים במשפט המינהלי ובדיני הנזיקין. אחד העקרונות המנחים בדיני הפיצויים בנזיקין הוא השבת המצב לקדמותו (ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 311-315 (תשע"ב-2012) (להלן גלעד); אלעד פלד "תרופת האכיפה בדיני הנזיקין" דין ודברים ו' 601 (תשע"ב) (להלן פלד, תרופת האכיפה). לפי עיקרון זה, יש לפסוק לניזוק פיצוי שיעמידו, ככל הניתן באמצעים כספיים, במצב בו היה נתון אלמלא מעשה העוולה, גם אם לא תמיד ניתן להשיב את הגלגל אחור במובן הפיסי, כגון מקום שעסקינן בפגיעה גופנית בלתי הדירה (ראו נילי קרקו אייל "השבת המצב לקדמותו בתביעות לפיצוי על נזקי גוף – עקרון יסוד שאבד עליו הכלח?" דין ודברים ט' 175 (תשע"ו)). קרי, ככלל (לא תמיד), הסעד צופה פני עבר. לעומת זאת, במשפט המינהלי הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל, ככלל (לא תמיד), צופה פני עתיד, והסעד העיקרי – והנחשב חזק ומשמעותי – הוא סעד הציווי. משמעותו של סעד הציווי היא חיוב הרשות המינהלית לפעול בדרך פעולה שונה מזו שעליה החליטה (ראו דפנה ברק-ארז עוולות חוקתיות 27 (1993) (להלן ברק-ארז, עוולות חוקתיות)). אכן, בית משפט זה הכיר באפשרות לפסוק פיצויים בבג"ץ (ראו בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון ואח', פ"ד כח(2) 449 (1974)), והיתה זו יצירתיות חדשנית לעת ההיא, אולם הסעד הכספי נותר שולי במשפט המינהלי. אדגיש, כי חרף הכלל פיצויים אינם צופי עבר בלבד, ובאופן דומה גם צוים אינם צופי פני עתיד בלבד. כך, פיצויים עשויים להכוין את התנהגותה העתידית של הרשות, ובכך ניתן להם ממד עתידי, וצוים עשויים לשמש כדי

לתקן עוולות עבר ולא רק את התנהלות הרשות ממועד מתן הצו ואילך (ראו John Jeffris "The Right-Remedy Gap in Constitutional Law" 109 Yale L.J. 87, 105-106 (1999); (Owen M. Fiss, The Civil Rights Injunction 9-12 (1978)). עם זאת, פעולתם העיקרית, על פי הרוב, היא כאמור מעלה (ראו גם גלעד, בעמ' 1034-1037). שאלה היא האם מצב הדברים הנוכחי, משמעו כי הניזוק מפעולתה של הרשות נדרש לפתוח בהליכים שונים כדי להשיב את המצב לקדמותו, ואינו יכול לקבל את מלוא קשת הסעדים במסגרת דיון בערכאה אחת בלבד; השקלא-וטריא בענייננו מצביעה לכאורה על כך. אם אכן זהו המצב החוקי דהיום בכל האמור לתביעה נזיקית כלפי רשויות המדינה, אין הדבר רצוי, ועל כך בהמשך. מאידך גיסא, אין מקום לפתוח את השער לרווחה לתביעות "בנוסח ישראלי מצוי" מן הגורן ומן היקב. מהו האיזון הנכון?

תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה של החלטות מינהליות

יח. ניגש איפוא לבחינת הדברים. שאלה מקדמית לשאלת חבותה של המדינה בנזיקין בנדון דידן היא שאלת סמכותו של בית משפט השלום לדון בתביעה מעיקרא. זהו הפרוזדור שעל המבקש לעבור בטרם כניסתו אל הטרקלין, קרי, הדיון בתביעה לגופה. כאמור, בענייננו הגיש המבקש תביעה נזיקית כנגד הרשות. לצד הבקשה לפיצויים התבקש גם צו מניעה זמני. אמנם, ההכרזה כי בפעולתה חרגה המשיבה ממתחם הסבירות או צו עשה לא התבקשו כסעד סופי בתביעה, אולם בבחנו את הטענה בדבר רשלנותה של הרשות נדרש בית המשפט לשאלה האם הרחקתו של המבקש ממתחם הר הבית הייתה סבירה אם לאו.

יט. לצורך בחינת סמכותו של בית משפט השלום לדון בסעדים המבוקשים אקדיש דברים קצרים להבחנה בין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה של החלטה מינהלית. בתקיפה ישירה פונה אדם לבית המשפט במטרה לבטל החלטה מינהלית, בטענה כי ההחלטה בלתי חוקית. בתקיפה עקיפה, לעומת זאת, הסעד המבוקש אינו קביעה באשר לתוקפה של החלטה המינהלית, אלא סעד אחר כדוגמת חיוב כספי של הרשות, ושאלת חוקיותה של החלטה המינהלית מתעוררת רק באופן עקיף (ראו דנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית (2015) (להלן עניין עיריית ירושלים); יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתיאוריה" משפט ועסקים טו, תשע"ב 225, 260; להרחבה בנושא תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה, ראו יצחק זמיר השפיטה בעניינים מנהליים 57-19 (1987)). להבחנה



בין דרכי התקיפה חשיבות לעניין הסמכות העניינית לדון בהליך ולטענות הגנה במסגרתו.

כ. בענייננו, בית המשפט המחוזי בחן את תביעתו הנזיקית של המבקש כפריזמה של תקיפה עקיפה, תוך שביקר את הימנעותו מפנייה לבג"ץ בתקיפה ישירה נגד פעולת המשטרה עצמה. אף שבית המשפט המחוזי התייחס לכל הסוגיה בחדא מחתא כתקיפה עקיפה, למעשה ניתן להשקיף על ענייננו כך: תקיפה עקיפה – לכל היותר תביעת הפיצויים כנגד הרשות; תקיפה ישירה – הבקשה לצו מניעה זמני. בהקשר זה, אין משמעות לשם שניתן לבקשה אלא למהות, שהיא מתן צו עשה. ויוצר, כי שני הסעדים אף הוגשו בתחילה בנפרד (ראו גם פסק דינה של השופטת בן אור ברע"א 24322-04-11). לפיכך, יש לבחון בנפרד את שאלת סמכותו של בית משפט השלום לדון בתביעה הנזיקית ואת שאלת סמכותו לעניין צו המניעה. אציין תחילה, כי בעוד שקשה לחלוק, לטעמי, על כך שבקשתו של המבקש לצו עשה עולה כדי תקיפה ישירה-מינהלית – אשר הוגשה לערכאה שאינה מוסמכת לדון בכך, ועל כך להלן – אבקש להשאיר בצריך עיון את השאלה האם פנייתו לבית המשפט האזרחי בתביעה נזיקית עולה כדי תקיפה עקיפה של החלטת הרשות המינהלית, כפי שקבע בית המשפט המחוזי. על פני הדברים, יתכן שיש ממש בעמדת האגודה לזכויות האזרח לעניין זה, לפיה כאשר מדובר בתביעה ישירה של ניזוק בגין הנזק שנגרם לו, העובדה שמדובר ברשות מרשויות המדינה אינה מעלה ואינה מורידה לעניין זה, ואין מדובר בתקיפה עקיפה של החלטה מינהלית, גם אם מטבע הדברים עולות שאלות הנמצאות בתפר הנזיקי-מינהלי. אולם, סבורני כי בנסיבות, משלא נמצא כי פנייתו של המבקש לערכאה האזרחית חלף בג"ץ נחסמה – ועל כך בהמשך – אינני מוצא להידרש כאן להבחנה האמורה, שלמעשה נותרה במקרה זה תיאורטית, והדיון לעניין הנזיקין יקוים במשקפי התביעה העקיפה, בכפוף להסתייגות זו.

כא. תקיפה עקיפה במישור הנזיקי: לעניין התביעה הנזיקית, לבית משפט השלום סמכות לדון בתביעה האזרחית שהגיש המבקש מכוח סעיף 51(א)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984. אמנם, הדיון בשאלת התרשלותה של המשיבה דורש הכרעה בסוגיות מן המשפט המינהלי, אולם הסמכות לדון בתביעה כספית נתונה לבתי המשפט האזרחיים, שזו מלאכתם (ראו, למשל, ע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה, פ"ד כד(2) 577 (1970); רע"א 483/88 מפעלים פטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל – אגף המכס והבלו, פ"ד מד(3) 812 (1990)). אכן, בתי המשפט יימנעו לעתים מהענקת סעד מקום בו בחר התובע במסלול של תקיפה עקיפה ונמנע מהעמדת הפגם הנטען לביקורת בדרך של תקיפה ישירה (ראו, למשל, עניין עיריית ירושלים, פסקה 28

לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס; רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 (2000); ע"א 7958/10 פלאפון תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל (2012); דנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו פריח (2015) (להלן עניין אבו פריח)). בעניין אחרון זה נזדמן לי לכתוב:

"מבלי לפגוע חלילה כהוא זה בכתי המשפט האחרים, תקיפה עקיפה משמעה דלת אחורית להכרעות שהמחוקק נתן בידי בית משפט זה. אכן, בית משפט זה עמוס באופן כמעט לא אנושי, אך הדרך לטפל בעניינים שהעביר אליו המחוקק היא דרך המלך, קרי, להותירה בידי כבעל הסמכות המקורי. על בית משפט זה למנוע היוצרותם של 'בתי שופטים', קרי, הכרעות סותרות בכתי המשפט השונים שימתינו ליישוב הסתירות בבית משפט זה בגדרי ערעור, מקום שניתן לחסוך זאת" (פסקה ו' לחוות דעתי).

כב. עם זאת, קיומה של אפשרות לתקיפה ישירה של פעולת הרשות אינו נועל בהכרח את הדלת לתקיפה עקיפה (ראו בג"ץ 6090/08 ברגר נ' משרד המשפטים (2008); בר"ע 2824/91 עיריית חיפה נ' לה נסיונל חברה ישראלית לביטוח בע"מ (1991); רע"א 6567/97 בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עיזבון גת, פ"ד נב(2) 713 (1998); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב' 826-822 (2010) (להלן ברק-ארז, משפט מינהלי)). בענייננו, איני סבור כי יש לקבוע שהאפשרות לתקיפה ישירה חסמה את דרכו של המבקש לתקוף את החלטת המשיבה באמצעות הגשת תביעה נזיקית; משטען המבקש לנזק אותו גרמה לו הרשות במעשיה הרשלניים, ראוי כי טענתו זו תתברר במישור הנזיקי, וזאת כאמור מבלי להכריע בשאלה האם מעיקרא יש לראות זאת כתקיפה עקיפה של הרשות המינהלית. העובדה שמדובר ברשות מינהלית יכול שתילקח בחשבון במסגרת העוולה הנזיקית עצמה, בטרקלין ולא בפרוזודור, למשל בבחינת היקף חובת הזהירות של הרשות כלפי הפרט, או כבענייננו – ועל כך להלן – כחלק מחובת הפרט להקטין את נזקו.

כג. תקיפה ישירה במישור המנהלי: אכן, על פני הדברים, נתונה לבתי המשפט האזרחיים סמכות ליתן צוים כנגד המדינה במסגרת תביעות נזיקין; זאת – לפי סעיף 71 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], ונוכח ביטולו של סעיף 5 לחוק תיקון לסדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, הוראה ארכאית למדי מעידן אחר, אשר קבע כי "לא ייתן בית משפט סעד כנגד המדינה בדרך צו מניעה או צו ביצוע בעין; והוא כשאין בחוק הוראה אחרת". ואולם, הסמכות אינה "אוניברסלית" והיא טעונה יישום מוקפד. בנדון דידן, צו המניעה הזמני שהתבקש תקף את החלטת המשיבה להפעיל את סמכותה מכוח סעיפים 4א ו-5 לפקודת המשטרה, שעניינם חשש ממשי לפגיעה חמורה בבטחון הנפש והרכוש והנמנות במקרים כאלה. סעיפים אלה עוסקים

בפעילות שלטונית מובהקת, אשר הביקורת השיפוטית עליה היא בתחום סמכותו הייחודית של בית המשפט הגבוה לצדק (ראו סעיף 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה; רע"א 5664/04 מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל נ' יואב בן גרא, מנהל עיזבון המנוחה שרה לוי ז"ל, פ"ד נט(6) 193 (2005); ע"א 9379 מיכאל צ'רני נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 822; רע"א 3354/08 המטה למען ארץ ישראל ע"ר נ' ניצב אהרון פרנקו משטרת ישראל (2008) (להלן עניין המטה למען ארץ ישראל)). לפיכך, סעד הציווי לא היה בסמכותו של בית משפט השלום, ובצדק קבעה כך גם השופטת בן-אור ברע"א 24322-04-11 (ראו רע"א 3748/05 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פסקה 5 (2005)).

כד. כידוע, קו הגבול בין הנושאים המצויים בסמכותו הייחודית של בג"ץ לבין הנושאים המצויים בסמכות מקבילה אינו קל לתיחום. יפים לעניין זה דבריו של השופט גולדברג בע"א 23/85 ישראל גולדשטיק נ' אברהם ומרים כהן, פ"ד מ(4) 583, 587 (1986):

"ספק רב הוא, אם ניתן להציב נוסחה, שעל פיה ייקבע קו גבול ברור והחלטי, שעליו יוקם 'הקיר החוצץ' בין שתי הסמכויות (ע"א 256/70, בעמ' 580: ע"א 55/60, בעמ' 845), וממילא לא ניתן לבטל לחלוטין את אזור ה'דמדומים' של סמכות מקבילה' (כהגדרת השופט לנדוי (כתוארו אז) בע"א 256/70 הנ"ל, בעמ' 585). לפיכך, שיקולים שבמדיניות שיפוטית, התגבשות המסגרת הראויה לדיון או העדרה של התגבשות כזאת בפסיקה, מהות הסכסוך וכן יעילות ונוחיות הדיון – הם שיכריעו בסופו של דבר בכל מקרה את הכף".

אף אני איני מוצא מקום להתוות קוי הפרדה "אוניברסליים", למעט התוספת המובנת מאליה, כי לשכל הישר מקום גם בנידון דידן. לצורך העניין די בקביעת התחימה הקונקרטיה הדרושה להכרעה בכל מקרה. עם זאת, ברי ומוטעם כי על בתי המשפט האזרחיים לבחון בקפידה את השאלה האם נתונה להם במקרה פלוני סמכות עניינית לדון בצוים כנגד הרשויות. בשורה התחתונה בענייננו לא היה מקום למתן צו עשה כנגד המדינה, נוכח הרקע והתשתית העובדתית שהוצגה, ובדין לא ניתן בסופו של יום.

נזיקין - התרשלות המשיבה

כה. בית המשפט הכיר בחובת הזהירות של גופים ציבוריים ובאפשרות לתבוע  
 בנזיקין את הרשות המינהלית (ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' אלי גורדון, פ"ד לז(3) 757  
 (1983); ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' אלי גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1983)(להלן  
 עניין גורדון)). השופט – כתארו אז – ברק כתב בעניין גורדון, כי "שעתו היפה של  
 המשפט הישראלי הייתה, כשבוטלה החסינות המיוחדת של המדינה" (שם, עמ' 135).  
 אפשרות התביעה נגד רשויות הורחבה גם למצבים בהם הזיקה הרשות לפרט בדרך  
 הפעולה שבחרה, קרי, הליך קבלת ההחלטה היה בלתי תקין. כך, הוטלה אחריות  
 בנזיקין בשל השתהות בקבלת החלטה (ראו, למשל, ע"א 4809/91 הוועדה המקומית  
 לתכנון ולבנייה, ירושלים נ' קהתי, פ"ד מח(2) 190 (1994); ע"א 8557/06 עיריית פתח  
 תקווה נ' חברת אולימפיה בניה השקעות ופיתוח (1994) בע"מ (2010)). כן הוטלה  
 אחריות בגין התרשלות על הנמקה מטעה ואי-מתן זכות טיעון (ע"א 1081/00 אבנעל  
 חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005)). במישור הכללי, מעבר  
 מקרה פרטני זה שלפנינו, הרשות היא משרתת הציבור ולא אדונית – כלשון ש"י עגנון  
 (למשל בסיפור "האדונית והרוכל", בתוך סמוך ונראה) בעקבות מדרש תהלים – של  
 הציבור, ועליה לנהוג על פי חוק, בשיקול דעת, באיזון ובענוה, וכשאינה עושה כן,  
 תוך ניצול ולוא גם רשלני של כוחה הרב, תחוב כלפי הניזוק מפעולתה. מעבר לרצון  
 ולצורך בהשבת מצבו של הפרט לקדמותו כבתובענות נזיקיות שגרתיות, הנה כאשר  
 ענייננו בתובענה נזיקית כנגד רשות מרשויות השלטון, הטלת אחריות וחובת פיצוי  
 מסייעת בהרתעת גורמי השלטון מפני התנהלות רשלנית עתידית, ככל שפסק הדין  
 זוכה לעיון הרשות ולהפצת הנחיות פנימיות מתאימות בבחינת "ממני תראו וכן תעשו"  
 (שופטים ז', י"ז). אינני מבקש להקל ראש חלילה ברשויות השלטון ובאופן בו הן  
 מיישמות את פסיקותיו של בית משפט זה בשבתו כבג"ץ או את פסיקות בתי המשפט  
 לעניינים מינהליים, אולם המציאות מלמדת שמתן סעד מינהלי בלבד, שמעצם טבעו  
 כאמור צופה פני עתיד ואינו מביא את הרשות להפנים את עלויות מעשיה בעבר, לא  
 בהכרח יתרום למניעת הישנותם של מקרים דומים בעתיד; זאת בשונה – כך יש לקוות  
 – מן הסעד הנזיקי, אשר מטבע הדברים ונוכח השלכותיו המידיות על כיסה של  
 הרשות, עשוי לתרום להרתעה; ואולי יבוא יום ש"רשלני רשות" גם ישלמו מכיסם,  
 יותר מן הנהוג והנדיר כיום; לדין הנוהג ראו תיקון מס' 10 לפקודת הנזיקין, התשס"ה-  
 2005; וכן ד"ר דפנה אבניאלי דיני חסינות, פרק ט"ו, בעמ' 453 ואילך (תשע"ד-  
 2014); ובנוסף תמר קלהורה ומיכל ברדנשטיין "חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10)  
 – חסינות עובדי הציבור" הפרקליט נא 293 (תשע"ה); אף ראו בהיקש סעיף 221  
 לפקודת העיריות (נוסח חדש) (וכן הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 8.200 (90.0007)  
 (23.8.01; עודכן ביום 29.12.03)). ראו גם הוראות המשפט העברי לעניין אחריות דיין  
 במקרה רשלנות (ראו בבלי סנהדרין ל"ג, א'; רמב"ם סנהדרין ו' א'-ב'; שולחן ערוך חושן

משפט כ"ה, א'-ד'; ראו גם סיכום הרב י' בן-דוד "אחריות שופט או דיין בנזיקין" פורטל הדף היומי סנהדרין ל"ג, א').

מכל מקום, במלותיו של פרופ' גלעד – זוהי "תוספת ההרתעה" שמייצרת התובענה הנזיקית, הכוללת הן "תוספת הכבדה" על הרשות והן "תוספת סעד" מנקודת מבטו של הניזוק (גלעד, בעמ' 1037; ראו גם י' ביטון "נשים ונזיקין: בין הפליה להשעייה: מחשבות בעקבות ת"א (בית-שמש) 41269-02-13 פיליפ נ' אבוטבול" הארת פסיקה 41, 4, 7 (אפריל 2015)).

כו. אחריותה של המשיבה נבחנת במקרה שלפנינו על פי הוראות סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין, שענינם רשלנות וחובת זהירות. עולת הרשלנות מוגדרת בסעיף 35 לפקודה:

"עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה".

סעיף 36 לפקודה מגדיר את חובת הזהירות וקובע, כי זו "מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל...".

כז. הטלת אחריות על המשיבה תלויה איפוא בהוכחת התגבשותם של יסודות עולת הרשלנות: חובת זהירות, התרשלות ונזק שנגרם בגינה (ראו, למשל, עניין גורדון, פסקה 15 לפסק דינו של השופט ברק)). אין חולק כי בהפעילה את חובותיה הסטטוטוריות, חייבת המשיבה, משטרת ישראל, בחובת זהירות כלפי תושבי המדינה. כפי שקבע בשעתו השופט בייסקי:

"לצורך ביצוע התפקידים המוטלים עליה, נתונות בידי המשטרה כל הסמכויות הנדרשות; מה שנדרש מאנשי המשטרה, כמו מיתר הנמנים עם מנגנון המדינה, הוא להפעיל את הסמכויות בתבונה ולהשתמש בכוחות הנתונים להם באותה מיומנות וסבירות ולנקוט אותם אמצעי זהירות, המתחייבים בנסיבות המקרה, כפי שאדם סביר וכשיר לאותו עניין היה נוקט, והכול מתוך המגמה

שלא לגרום נזק מעבר לנדרש לביצוע אותה משימה"  
 (ע"א 337/81 שלמה בוטקילה נ' מדינת ישראל, פ"ד  
 לח(3) 337, 346 (1984); וראו גם בג"ץ 64/91 טלים  
 חילף נ' משטרת ישראל, פ"ד מז 653, 658 (1993)).

אין חולק, כי למבקש נגרם נזק כלשהו כתוצאה מפעולתה של המשיבה, אף אם שיעורו שנוי במחלוקת. לפיכך, השאלה היא האם הפרה המשיבה את חובת הזהירות כלפי המבקש, קרי התרשלה. כאמור, בית משפט השלום סבר כי בעצם הרחקתו של המבקש מהר הבית פעלה המשיבה בחוסר סבירות. לעומת זאת, מצא בית המשפט המחוזי כי חוסר הסבירות בפעילותה של המשיבה נעוץ בכך שלא שקלה מחדש את החלטתה. אומר כבר עתה, לא מצאתי מקום להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי באשר לשאלת ההתרשלות, קרי, כי זו נבעה מ"הקפאת" ההחלטה למנוע את עליית המבקש להר, להבדיל מקבלתה של ההחלטה מעיקרא.

כח. במסגרת הוכחת יסוד ההתרשלות יש כידוע לבחון האם התנהגותו של המזיק הייתה התנהגות בלתי-ראויה, החורגת מן האופן בו אדם סביר היה פועל באותן נסיבות. לשם כך משמש סטנדרט אובייקטיבי – עקרון הסבירות – הנבחן בנסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה (ראו, למשל, ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, 507-508 (1996)). בחינת הסבירות מאזנת בין השיקולים המתנגשים – של המזיק, של הניזוק ושל החברה בכללותה (ראו ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 16 (2004)). בתביעות נזיקין כנגד הרשות יש לבחון, האם פעלה זו כמצופה מרשות סבירה. ודוקו, בין מבחני הסבירות המיושמים על ידי בתי המשפט לצורך ביקורת מינהלית על פעולתה של הרשות ובין אלה המשמשים לבחינת מעשיה או מחדליה של הרשות בדיני הנזיקין לעניין עוולת הרשלנות אין חפיפה מוחלטת. כלשונה של השופטת חיות בע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי, פסקה 23 (2011) (להלן עניין סעידי):

"על אף נקודות ההשקה הקיימות בין אמות המידה הקבועות בדין המינהלי לעניין סבירות התנהלותה של הרשות ובין סטנדרט ההתנהגות הסביר הנדרש מן הרשות לעניין עוולת הרשלנות, אין בהכרח חפיפה ואין זהות בין השניים נוכח התכליות השונות והרציונאלים השונים שביסוד הדין המינהלי מזה ודיני הנזיקין מזה" (ראו גם ע"א 1617/04 כים ניר שירותי תעופה בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ (2008); ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (2006) (להלן עניין עיריית חיפה)).

רוצה לומר, המונח "סבירות" אינו בהכרח נושא אותה משמעות בכל הקשר משפטי, ואין בכך רבותא; שכן "לא ניתן לעמוד על משמעותו של מונח ולפרשו אלא בהקשר הדברים שלו. משתנה העניין, אף פירושו של מונח יכול להשתנות" (ע"פ 146/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' סלאמה, פ"ד יח(4) 501, 504, השופט – כתארו אז – זוסמן (1964); וראו גם בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513 (1970); וכן בג"ץ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793, 840 (1989); וכן א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 104-105 (תשנ"ג-1994)). בעת בחינתה של רמת ההתנהגות הנדרשת מן הרשות כרשות סבירה לצורך הטלת חבות בנזיקין, "ניתן לעשות שימוש בסטנדרט ההתנהגות שנקבע בהוראת החוק המסמיכה את הרשות לפעול והמסדירה את אופן פעולתה ואת החובות המוטלות עליה" (עניין סעידי, פסקה 24). ככלל, יתקיים יחס ישיר בין היקף הסמכויות המוקנות לרשות על-פי דין לצורך ביצוע תפקידה לבין סטנדרט ההתנהגות הנדרש ממנה כרשות סבירה. ככל שנתונות לרשות סמכויות רחבות יותר לצורך ביצוע תפקידה, סטנדרט ההתנהגות הנדרש ממנה כדי שתיחשב כמי שפעלה כרשות סבירה יהא גבוה יותר (שם; עניין עיריית חיפה, פסקה 23). לאור עקרונות אלה עלינו לבחון האם קיימה המשיבה את סטנדרט ההתנהגות הסביר הנדרש מרשות מינהלית.

כט. בענייננו, סמכות המשיבה למנוע כניסת מבקרים ומתפללים להר הבית בהתקיים סכנה קרובה לודאית לפגיעה קשה בבטחון הציבור, מקורה בתפקידה המובהק שהוא "קיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש", כאמור בסעיף 3 לפקודת המשטרה. לשם מילוי תפקידם, נתונה לשוטרים הסמכות לקיים סדר בכל מקום שיש לציבור גישה אליו ולמנוע הפרעות בשטחים ציבוריים (סעיפים 5(1) ו-5(2) לפקודת המשטרה; ראו בג"ץ 4776/06 גרשון סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים (2006) (להלן עניין סלומון)). סעיף 4 לפקודה אף מעגן את סמכותם של שוטרים להורות על מניעת גישה לאזור פלוני או למקום פלוני בהתקיים "חשש ממשי לפגיעה בביטחון הנפש או הרכוש". בהתאם לאלה, מוסמכת המשטרה לאסור את הכניסה להר הבית גם מאנשים מסויימים, בהתקיים התנאים הקבועים בפקודה. כך נפסק בבג"ץ 9074/03 יהודה עציון נ' ניצב מיקי לוי, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת דורנר (2003):

"צמצומו של האיסור לעלות להר, בין על-ידי מתן אפשרות לעלות להר בהתקיים תנאים מסויימים, ובין על-ידי צמצום האיסור לאנשים מסויימים בלבד, לא רק שמותר אלא מתחייב מעיקרון המידתיות. שהרי, כידוע, בגדר עיקרון זה מחויבת רשות הפוגעת בזכות אדם, לברור מבין האמצעים העשויים לקדם את תכלית

הפגיעה – שהיא בענייננו מניעת שפיכות דמים – את האמצעי שמידת פגיעתו בזכות היא פחותה.”

אין גם להתעלם מרגישותו המיוחדת של הר הבית, שהיא כיום בחינת ידיעה שיפוטית. אמנם, בבואנו לבחון את סבירות התנהלותה של המשטרה במובן הנזיקי יש ליתן את הדעת גם לכך שהיא כפופה – ככל רשות – לחוקי היסוד, ומחובתה גם להגן על זכויות היסוד המעוגנות בהם. זאת, נוכח היקף סמכויותיה, אשר שימוש לא נאות בהן עלול להוביל לפגיעה חריפה בזכויות חוקתיות מוגנות (ראו ע”א 3580/06 עזבון המנוח חגי יוסף ז”ל נ’ מדינת ישראל, פסקה 88 לפסק דינה של השופטת פרוקצ’יה ((2011)).

בענייננו של המבקש, לא מצאתי כי הוכח שהחלטה הראשונית על הרחקתו מהר הבית חרגה ממתחם הסבירות – לא המינהלי וגם לא הנזיקי. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, “עצם העובדה שבפועל, ההתנהגות הקונקרטי ביום האירוע לא הולידה פרובוקציות, אינה שוללת את ההנחה הסבירה שמדובר בהתנהגות בעלת פוטנציאל ליצירת התפרצות ולפגיעה במרקם העדין של היחסים בין הדתות בהר הבית” (פסקה 44 לפסק הדין). דברים אלה אינם טעונים רוב מלים; גם העומד על משמר זכויות היהודים בהר הבית מבין את הזהירות המופלגת הנדרשת שם, ומימוש הזכויות צריך להיעשות בהסדר שמובילים גופי ממשל, ולא במעשי יחיד. המבקש הפר את ההסכם לו התחייב גם בפני בית משפט זה כאמור מעלה, ועל פני הדברים די היה בכך לביסוס הרחקתו הראשונית ביום בו נעשתה; וזאת בנוסף לאמור בעדותו הנזכרת של נצ”מ ביטון, ממנה עלה כי פעולות המבקש העלו “באופן ברור את סף הרגישות בהר הבית”, תוך שהיה בהן פוטנציאל של ממש ליצירת סיכון לשלום הציבור. הוי אומר, ביום בו הגיש המבקש את תביעתו לבית משפט השלום – כאמור, 11 יום בלבד לאחר ההחלטה להרחיקו מהר הבית – וטרם תוקן כתב התביעה, כלל לא התגבשה עילת תביעה בנזיקין.

ל. ואולם, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, העובדה שהמשיבה לא בחנה מחדש לאורך תקופה ממושכת את החלטתה הראשונית להרחיק את המבקש מן ההר, עולה כדי חוסר סבירות במישור המינהלי. בהענקת הסמכות לרשות לפעול כרוכה חובה מתמדת לשקול את הצורך בהפעלתה. מן החובה להפעיל את שיקול הדעת נגזרת גם חובתה של הרשות לחזור ולבחון את החלטותיה (ראו בג”ץ 986/05 פלד נ’ עיריית תל אביב-יפו (2005)). חובתה של הרשות להפעיל את שיקול דעתה ולשוב ולבחון את הצורך בהפעלת הסמכות הולכת ומתעצמת עם חלוף הזמן. עצם הימנעותה של הרשות



מבחינה מחודשת של ההחלטה הראשונית שהייתה תקפה במועד קבלתה, עשויה להפוך לבלתי סבירה נוכח חלוף הזמן (ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' 207-206 (2010); בג"ץ 1555/90 "חיים לבעלי חיים" נ' מנהל השירותים הווטרינריים במשרד החקלאות, פ"ד מה (1) 83 (1990); בג"ץ 794/98 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה (5) 769 (2001)). גם בכך תומך השכל הישר. לענייננו יפים דבריה של הנשיאה ביניש בעניין סלומון, שעסקה אף היא בהרחקתו של אדם ממתחם הר הבית. נקבע כי:

"בעניינו של העותר, אין מדובר בסירוב חד-פעמי לאפשר את עלייתו להר הבית, אלא בסירוב חוזר ונשנה לאורך תקופה ארוכה. מקובל עלינו כי בנסיבות אלה, עוצמת הפגיעה בזכויות-היסוד של העותר היא רבה, ולפיכך עוצמת ההצדקה לפגיעה האמורה חייבת להיות בהתאמה. אין די בחשש ערטילאי או רחוק לשלום הציבור שייגרם אם תמומש זכות עלייתו של העותר להר הבית. יש צורך בחשש קונקרטי המצביע על סכנה קרובה לוודאי לפגיעה קשה בביטחון הציבור. הערכת קיומו של חשש כאמור תעשה על-יסוד מידע מבוסס המתייחס לא רק לניסיון העבר הרחוק אלא גם לניסיון העבר הקרוב או מידע באשר להווה; והכל בהתחשב בנתוני הזמן והמקום בעת בחינת הבקשה וכלל נסיבות העניין בכל מקרה קונקרטי (ראו והשוו: בג"ץ 148/79 צבי סעד ואח' נ' שר הפנים והמשטרה ואח', פ"ד לד (2) 169, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק; בג"ץ 3374/97 גרשון סלומון נ' ניצב יאיר יצחקי (לא פורסם), פסקה 2 לפסק-דינו של השופט (כתוארו אז) אור)" (פסקה 3 לפסק דינה).

בית משפט השלום מצא, כי לאורך השנתיים בהן הורחק המבקש מהר הבית נבחנה ההחלטה להרחיקו פעם אחת בלבד – למעט מספר פעמים בחודש לאחר הוצאת האיסור – והמשיבה לא עירערה על קביעה זו. מעובדות אלה עולה, כי המשיבה לא קיימה את החובה המוטלת עליה להפעיל את שיקול דעתה, והדבר עלה כדי חוסר סבירות. במקרה דנא סבורני, כי נוכח הסמכות הרחבה המוקנית למשטרה מכוח סעיף 4א, ועוצמת הפגיעה בזכויות יסוד, חרגה התנהלות המשיבה גם מסטנדרט הזהירות הנדרש מרשות מינהלית סבירה והתנהלותה עלתה כדי התרשלות בניזקין, ככל שנגרם למבקש נזק. ברי, כי במצב עניינים זה, אין ביכולתו של המבקש להראות מה היה קורה אילו שבה המשיבה ועיינה בהחלטתה, כפי שהיה עליה לעשות; מכאן, משנמנעה המשיבה מעיון חוזר בהחלטתה, יש להעביר אליה את הנטל להראות כי אילו נערכה בחינה מחודשת, לא הייתה מתקבלת החלטה אחרת, קרי אין קשר סיבתי (ראו ע"א 1457/07 עיריית הרצליה נ' ארי כץ (2009); ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' עמרם מימוני (2006)). בית המשפט המחוזי מצא, ואיני רואה טעם להתערב בכך, כי לא עלה

בידי המשיבה להרים נטל זה, משלא הראתה מהו אותו טעם חריג אשר הצדיק הרחקתו של המבקש מהר הבית לתקופה כה ארוכה, ומהו הטעם שהצדיק ביטול ההחלטה בחלוף שנתיים (פסקה 56 לפסק הדין). מהאמור עולה, כי המשיבה התרשלה בכך שלא שקלה מחדש את הרחקתו של המבקש מהר הבית; כי מתקיים קשר סיבתי בין הימנעות המשיבה לבין הותרת האיסור במשך שנתיים; וכי נגרם למשיב נזק. לפיכך, המשיבה חבה לכאורה בנזיקין בגין התרשלותה. שאלתי עצמי, מה משמעות הגשת התביעה "על אתר" על-ידי המשיב לעניין זה, ולטעמי יש לכך משמעות לעניין הנזק; אך המשטרה לא רק שידעה על הבעיה מעיקרא, אלא שהנושא היה בידיעתה המתמדת מאז הגשת התביעה וההליכים הכרוכים בה, ומכאן כי הצורך לעיין מחדש לא היה צריך להיות זר לה.

#### גובה הנזק

לא. כאמור, הגם שקבע בית המשפט המחוזי כי המבקש לא מילא את הנטל להקטין את נזקו באמצעות הגשת עתירה ולכן נשללת ממנו הזכות לפיצוי, נבחנה גם שאלת גובה הנזק. בית המשפט המחוזי מצא כי נפלו טעויות באשר להערכת שיעור הנזק בבית משפט השלום, וכי הדבר מצדיק התערבות (לעניין אופן בחינתו של גובה הנזק על ידי ערכאת הערעור בנזיקין, ראו ע"א 741/10 כהן נ' צים חברת השיט הישראלית בע"מ (2010)). שיעור הנזק הכולל שנגרם למבקש כתוצאה מהתנהלות המשיבה הועמד על ידי בית המשפט המחוזי, כפי שפורט למעלה, על כ-85,000 ₪, הכולל פיצוי בעבור הנזק הממוני והלא ממוני שנגרם למבקש. המבקש טוען, כי שגה בית המשפט המחוזי בחישוב הנזק וסומך ידו על חישובו של בית משפט השלום, אשר קבע כי גובה הנזק שנגרם לו עומד על 500,000 ₪. כנודע, על ניזוק המבקש פיצוי כספי מוטל הנטל להציב תשתית עובדתית, שתאפשר לבית המשפט להעריך את מידת הנזק ואת שיעור הפיצויים (ראו ע"א 196/90 ירמיהו עיני, חברה לבנין בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריות, פ"ד מז(2) 111 (1993)). בענייננו, לא העמיד המבקש תשתית מספקת כל עיקר לתמוך את טענתו לעניין גובה הנזק, מלבד דבריו בעדותו. לפיכך, איני סבור כי קביעתו של בית המשפט המחוזי לעניין גובה הנזק מצדיקה התערבות (ראו, למשל, רע"א 4051/08 דויטש נ' עיריית פתח תקווה (2008); רע"א 3494/07 בן אבו נ' הרוש (2007); רע"א 776/15 גברילוב נ' עזבון המנוחה תמר פולטוב (2015)). גם העובדה שערכאת הערעור התערבה בתוצאה אליה הגיעה הערכאה הדיונית אינה מצדיקה התערבותנו ב"גלגול ערעורי שלישי" (ראו, למשל, רע"א 9168/09 לזניק נ' ענבר ליס בע"מ (2009); בע"מ 3890/15 פלוני נ' פלוני (2015)),

ובמיוחד מקום שעל פני הדברים נפלה שגגה בעניין זה מלפני בית משפט השלום בהערכת התשתית הנזקית.

עקרון הקטנת הנזק

לב. הלכה פסוקה היא כי על הניזוק מוטל הנטל להקטין את נזקו (ע"א 252/86 יצחק גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מח(4) 45, 51 (1991) (להלן עניין גולדפרב); ג' טדסקי "הנטל ובעיית האונס והסיכול" משפטים ט"ז 335, 341 (תשמ"ו)). הלכה זו מקורה במשפט האנגלי והיא נקלטה בדיני החוזים באופן מפורש בחקיקה (סעיף 14(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970). כנפסק לא אחת, נטל זה נקלט גם בדיני הנזיקין (ראו עניין גולדפרב, בעמ' 51; ע"א 4837/92 "אליהו" חברה לביטוח נ' ג'ורג' בורבה, פ"ד מט(2) 257 (1995)). הנטל שעל הניזוק הוא לנקוט בכל האמצעים הסבירים כדי להקטין את הנזק שנגרם לו על-ידי המזיק. נטל זה מוטל על הניזוק גם מתוך התחשבות באינטרסים של המזיק, כאשר "אין לצפות מהניזוק הקרבה אישית למען המזיק, אך אין לאפשר לו התעמרות במזיק" (עניין גולדפרב, עמ' 53, השופט – כתארו אז – ברק). הנשיא ברק עמד גם על חובת תום הלב של הניזוק בעת בחירת החלופות השונות להשבת המצב לקדמותו:

"תום הלב מבקש למנוע הפעלת הזכות מתוך התעלמות מקיומו של הצד האחר ובהתעלם מהאינטרס החברתי. בענייננו, עקרון תום הלב דורש, בין השאר, כי מבין החלופות השונות, אשר כל אחת מהן יש בה כדי להשיב את מצב הדברים של הניזוק לקדמותו, לא יבחר הניזוק בחלופה המטילה מעמסה כספית בלתי סבירה על המזיק" (ע"א 9473/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' בהג'את מוסא, פ"ד סא(3) 603, פסקה 18 (2006)(להלן עניין גדיש)).

דברים אלה, המעוגנים גם בשכל הישר ובהגינות בסיסית, יפים גם לענייננו.

לג. מהם האמצעים הסבירים שעל הניזוק – במקרה דנא המבקש – לנקוט כדי להקטין את נזקו? האם באפשרותו לגשת באופן מידי לערכאה האזרחית המתאימה ולתבוע את נזקיו, גם כאשר העוולה הנטענת עודה נמשכת? אם התשובה לכך אינה בחיוב, האם די בפניה לרשות והתרעה על הפגיעה לכאורה, או שמא עליו לפנות בנוסף גם לערכאה המינהלית המתאימה בבקשה לצו מניעה או צו עשה? לטעמי, הכלל הוא כי על הניזוק ככלל לפנות תחילה לרשות ולהתריע בפניה על מחדלה (ראו, בשינויים המחויבים, עניין קסם מילניוס, פסקאות 18-19 לפסק דינו של השופט

פוגלמן, וכן ע"א 8835/07 רס-שן נ' עיריית ירושלים (2010), פסקה כ"ה; לאחר מתן תשובה – או לאחר שחלף זמן סביר מבלי שהתקבלה תשובה (ראו למשל בג"צ 4065/97 עמותת בצדק נ' היועץ המשפטי לממשלה (1997)) – יוכל להגיש תביעת נזיקין ובכך יעמוד בנטל להקטין את נזקו. דבר זה נובע מן הטעם הערכי, של תועלת הציבור ושיפור המינהל הציבורי. הדרישה לפניה לרשות היא בסיסית: ראשית, השמירה על עקרון שלטון החוק. שנית, החשש פן "ימכור" הניזוק את זכויותיו בתמורה לפיצויים כספיים מן הרשות (ראו ברק-ארז, עוולות חוקתיות, עמ' 230). הנה דוגמה להבהרת סוגיה זו: רשיון העסק של פלוני נשלל על-ידי רשות מינהלית, ונמצא בדיעבד כי ההחלטה אינה סבירה – מבחינה מינהלית – בשל פגמים שנפלו בה. אם לא נטיל על הניזוק לפנות תחילה לרשות לבקש כי תתקן את הדרוש תיקון, יוכל לכאורה לבחור בדיעבד לקבל פיצויים בגין סגירת העסק; במצב דברים זה "נהנה" פלוני ממחדליה של הרשות (והרי אינו צריך לעבוד כלל, שכן הכסף בעבור העבודה שלכאורה נשלל ממנו ישולם לו בדיעבד על-ידי הרשות), והפיצויים מושגים על הציבור; וכן לא נרפא – בהכרח – הפגם בפעולתה של הרשות, מה שחשוב לא פחות במישור הערכי-ציבורי. ניתן להקיש זאת לדרישת הפניה המקדימה לרשות בקשר לתובענה ייצוגית בבקשה כי תחדל מגביה שאינה כדין, בהתאם לסעיף 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006; בעניין מי הגליל נאמר (פסקה ס"ג), כי "ככלל, על התובע הייצוגי ובא כוחו מוטלת חובה כללית לערוך פניה מקדימה לרשות המינהלית בטרם הגשת תובענה ייצוגית כנגדה, והיעדרה של פניה זו עשוי, בהתאם לנסיבות, לבוא לידי ביטוי הן בהחלטתו של בית המשפט לפסוק גמול ושכר טרחה וביחס לשיעורם של סכומים אלה, והן בהחלטתו בבקשה לאישור התובענה הייצוגית".

בנוסף, דומה הדבר לחובה המוטלת על הפרט המבקש לפנות לבית הדין הגבוה לצדק, ונדרש להראות כי מיצה את ההליכים העומדים בפניו טרם עתר כנגד הרשות לבית המשפט (בג"ץ 4793/95 ששון נ' ראש הממשלה ושר הביטחון (1995)); בג"ץ 235/05 הדרי נ' רשות הדואר (2005); חובה זו היא יציר הפסיקה, אולם כיום מעוגנת במידה מה במשפט המינהלי והסטטוטורי בתקנה 5(ב)(6) לתקנות בתי המשפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, הקובע כי על המגיש עתירה מינהלית לצרף את פנייתו המוקדמת לרשות, ואם זו לא נעשתה, להסביר מדוע (ראו א' שרגא ור' שחר המשפט המינהלי – עילות הסף 164 (תשס"ח-2008) (להלן שרגא ושחר)). כפי שמציינים שרגא ושחר, לכלל זה מספר תכליות מרכזיות (שם, בעמ' 165-167): ראשית, מדובר בניסיון להביא את הפרט והרשות לבוא בדברים כדי למצוא פתרון מוסכם. בכך ייתכן שיהיה כדאי למנוע הליך מיותר, תוך חיסכון במשאבי כל הצדדים. שנית, כחלק מהפרדת הרשויות, הרשות השופטת אינה באה בנעליה של הרשות המינהלית אלא אך

בוחנת האם זו פעלה בסמכות ובמתחם הסבירות ושיקול הדעת המסור לה. משכך, יש להעניק לרשות המבצעת הזדמנות לפעול, או לתקן את פעלה, טרם הפעלת ביקורת שיפוטית. שלישית, דו-השיח בין הפרט לרשות מקדם את העקרונות הדמוקרטיים שביסוד משטרנו, בכך שיכול הוא להגביר את אמונו של הפרט ברשות, משזו תתקן דרכיה אף ללא התערבות שיפוטית אלא מתוך שכנוע לאחר פנייתו. רביעית, הדיאלוג בין הפרט לרשות "מזקק" את הסכסוך בין הצדדים ואת נקודות המחלוקת, וכך גם אם יובאו הדברים בסופו של יום בפני בית המשפט, תהא הביקורת המשפטית יעילה יותר.

נדמה כי הדברים נכונים, בעיקרם, גם כאשר ענייננו בתביעה נזיקית כנגד פעולת הרשות. חלוקת הסמכויות התקינה – והבריאה – בין הרשויות, כחלק מהחשיבות שבשמירה על שלטון החוק והעקרונות הדמוקרטיים, מצריכים שהפרט הסבור כי הרשות פגעה בו שלא כדין, יפנה ראשית אל הרשות, בהקדם, ויעניק לה הזדמנות לתקן דרכיה. רק לאחר מכן יפנה אל הערכאה המשפטית המתאימה, בין אם בבקשה לצו עשה או צו מניעה – ככלל, לבג"צ או לבית המשפט לעניינים מנהליים – או בבקשה לפצותו על נזקים שהסבה לו בעבר, וייתכן שעודה מסבה לו – לערכאה האזרחית המתאימה. ראו לעניין זה ההסדר הקיים בחוק הנזיקין הפדרלי האמריקאי (Federal Tort Claims Act (FTCA)), הקובע כך:

"An action shall not be instituted upon a claim against the United States for money damages for injury or loss of property or personal injury or death caused by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment, ***unless the claimant shall have first presented the claim to the appropriate Federal agency and his claim shall have been finally denied by the agency in writing and sent by certified or registered mail.*** The failure of an agency to make final disposition of a claim within six months after it is filed shall, at the option of the claimant any time thereafter, be deemed a final denial of the claim for purposes of this section" (28 U.S. Code § 2675(a); emphasis added – E.R).

ויודגש בהקשר הישראלי, כי גם אם תיעתר המדינה לבקשת הפרט, כתוצאה מפנייתו המוקדמת, ותחדל ממעשיה, אין משמעות הדבר כי הוא לא יוכל לתבוע את הנזקים שהסבה לו עד אותה נקודה (אם כי לדידי ראוי, במצב עניינים זה בו המדינה אינה חולקת על כך כי פעלה שלא כשורה, כי תפעל לשם פיצוי המבקש באופן מוסכם, אף מבלי הגשת תביעה אזרחית על-ידיו); אולם ברי כי לפחות בחלק מן המקרים

תישקל לטובת המדינה העובדה שמצאה לשנות דרכיה כחלק מבחינת יסוד ההתרחשות. למעשה, ניתן לראות במוטל על הניזוק לפנות לרשות כדי לחדול ממעשיה באופן מידי, במקרים שהדבר נעשה כעבור זמן רב אף כי לפני חלוף תקופת ההתישנות, גם דרך להכנסתו של עקרון השיהוי מן המשפט המינהלי אל הליך התביעה הנזיקית כנגד הרשות. ראו לעניין זה סעיף 27 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, הקובע כי "אין חוק זה בא לפגוע בכל סמכות, לפי כל דין, לדחות תובענה או לסרב למתן סעד מחמת שיהוי"; וכן ראו בהקשר דומה, ע"א 5110/05 מדינת ישראל מינהל מקרקעי ישראל נ' קלרה שטיינברג, פסקה ו' (2005); ברק-ארז, עוולות חוקתיות, עמ' 230; להרחבה בנושא שיהוי במשפט האזרחי וליחס בינו לבין שיהוי במשפט המינהלי, ראו ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז(5) 433 (2003). כך למשל, והדברים נאמרים מעבר לצורך, יתכן כי אילו הגיש המבקש בעניינו תביעתו כעבור מספר שנים מאז היווצרות העוולה לכאורה, מבלי שיצר קשר כלל עם הרשויות, לא היה מקום להידרש לתביעתו מחמת שיהוי.

לד. ואולם לדידי, ובשונה מקביעתו של בית המשפט המחוזי, מיצוי הליכים אין משמעו הטלת חובה על הפרט להגיש תביעה לערכאה המינהלית המתאימה, כך שאם לא יעשה כן, תיחסם אפשרותו לתביעה נזיקית; ודוק, בית המשפט המחוזי אמנם קבע זאת תחת הקטנת הנזק, אולם הלכה למעשה המשמעות האופרטיבית היא חסינות מלאה מפני תביעה נזיקית, שכן קביעת החובה החל מהיום בו יכול היה הפרט להגיש עתירתו לערכאה המינהלית המוסמכת, משמעה על פני הדברים איפוס סכום התביעה בקשת רחבה של מקרים, מבלי להידרש לנסיבותיו הייחודיות של כל מקרה ומקרה. יתרה מכך, לדידי יש קושי ערכי באמירה מעין זו; הדעת נותנת, כי אם ימצא שהמדינה פעלה על-ידי שלוחיה באופן רשלני, וברשלנותה גרמה נזק – כפי שקבע בית המשפט המחוזי בעניינו – ככלל יהא עליה לפצות את הפרט בשל כך; ראו לעניין זה גם סעיף 3 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, הקובע מפורשות כי המדינה "אחראית היא על רשלנות שבמעשה". העיקרון הקדום של "The king can do no wrong" אינו עמנו עוד, ודאי לא בעידן שלאחר חקיקת חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו אשר העלה על נס את הפרט, חרותו וזכויותיו והגנה על אלה גם משררת השלטון (על התביעה הנזיקית כנגד רשויות המדינה בעידן שלאחר חקיקת חוקי היסוד ראו בהרחבה א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 777 (תשנ"ד); ד' ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103, 110 (תשס"ו); י' ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצויים בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט' 137 (תשס"ו)); וכאמור מעלה, מדיניות זו נדרשת, בין היתר, גם כדי למנוע הישנותם

של מקרים מעין אלה בעתיד. מכאן, ראוי כי ככלל שלילה מוחלטת של הפיצוי תהא רק במקרים בהם התביעה הוגשה שלא בתום לב ועולה כדי שימוש לרעה בהליכי משפט (ראו א' אדר שימוש לרעה בהליכי משפט – הגנה נזיקית מפני ניצול לרעה של זכות הגישה לערכאות 104-103 (התשע"א-2011)). מה גם, שאף אם לגישתו של בית המשפט המחוזי היה מקום שהמבקש יפנה לבג"ץ, אין מקום להניח כי ההליך היה מגיע לסימו עווד באותו יום, ולכן כך או אחרת נזק מסוים היה נגרם, ועל כך הייתה הרשות מחויבת לפצותו.

ודוק, אין חולק כי התביעה הנזיקית נגד רשויות המדינה מחייבת איזון מתמיד ועדין בין הגנה על זכויות הפרט, לבין הגנה על כספי הציבור וקופת המדינה (גלעד, בעמ' 1044-1045); אולם איזון אין משמעו חסינות, ולשיטתי די ככלל בכך שהפרט פנה אל הרשות כדי ללבן את הסוגיה טרם פנייתו לתבוע את נזקיו כדי לקבוע כי יצא ידי חובתו. בנוסף לכך, הטלת חובת פנייה לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מנהליים טרם בירורה של התביעה הנזיקית, לדידי מקרינה שלא בחיוב על מעמדה של הרשות המינהלית; הדבר עלול להיראות כאילו אין לרשות שיקול דעת משל עצמה, ורק לאחר שהערכאה המינהלית המוסמכת אמרה את דברה, ניתן להלין על פועלה של הרשות. מכאן, דווקא מתוך שמירה על מעמדה של הרשות סבורני כי עלינו לקבוע כי תהא אחראית במעשיה בנזיקין, בין אם נערכה ביקורת שיפוטית-מינהלית ובין אם לאו, ואולי כך תימנע בעתיד מלבצע פעולות דומות. ואולם, ראוי שיישמר לבית המשפט האזרחי שיקול דעת בכגון דא, וכאשר יימצא למשל כי פלוני פעל בחוסר תום לב בהימנעותו מהגשת העתירה המינהלית או עתירה לבג"ץ, או כאשר מדובר בסכסוך החורג במהותו בהרבה מיחסיו של פלוני עם הרשות, נוגע לצדדים שלישיים או לציבור בכללותו ולכן ישנה חשיבות בעתירה בהקדם למתן צו עשה, יש מקום שבית המשפט יביא זאת בחשבון לשם קביעת גובה הפיצוי המתאים; אך זהו החריג – לדידי, הכלל הוא כאמור הסתפקות בפנייה מוקדמת לרשות. כאמור בדבריו של הנשיא ברק מעלה, במסגרת הקטנת הנזק וכחלק מהאמצעים הסבירים שעל הניזוק לנקוט, אין המזיק יכול לצפות מהניזוק להקרבה אישית, ודומה שהטלת הנטל על הניזוק לנהל שני הליכים מקבילים אך כדי שיוכל לקבל את הפיצויים המגיעים לו, במקרים בהם המדינה התרשלה והסבה לו נזק, חורגת מאותם אמצעים סבירים שיש להטיל על הניזוק במסגרת זו, וזאת במיוחד בשים לב לפער הכוחות המובנה בין הפרט לרשות.

לה. מעניין לציין בהקשר זה את פסיקת בית המשפט העליון הקנדי בעניין (Attorney General) v. TeleZone Inc., [2010] 3 S.C.R. 585, SCC 62, המזכיר במידת מה את ענייננו. באותו מקרה התובעת, חברת תקשורת, תבעה את

משרד התעשייה של ממשלת קנדה בסכום של \$250,000,000 בגין הנזק שנגרם לה בשל ההחלטה שלא להעניק לה רשיון תקשורת, מבלי לתקוף את ההחלטה המינהלית לגופה בהליך מינהלי נפרד. ממשלת קנדה ביקשה לסלק את התביעה על הסף מהטעם, בדומה לענייננו, כי תביעה שכזו מקומה בבית המשפט העוסק בביקורת מינהלית (Judicial Review) על רשויות המדינה. בית המשפט העליון הקנדי דחה את הטענה וקבע כי ככלל, זכותו של הפרט הנפגע לבחור במסלול המשפטי בו הוא חפץ, בהתאם לתרופה אותה הוא מבקש, כחלק מזכות הגישה לערכאות. כך נקבע פה אחד:

"This appeal is fundamentally about access to justice. People who claim to be injured by government action should have whatever redress the legal system permits through procedures that minimize unnecessary costs and complexity (*Justice Binnie J.*). "

ובהמשך:

"[W]here a plaintiff's pleading alleges the elements of a private cause of action, the provincial superior court should not in general decline jurisdiction on the basis that the claim looks like a case that could be pursued on judicial review. If the plaintiff has pleaded a valid cause of action for damages, he or she should generally be allowed to pursue it."

לו. זאת ועוד. בית המשפט המחוזי – כמו גם המדינה בטיעוניה – נדרשו להלכה שנקבעה בעניין קסם מילניום, שעסקה כאמור ביחס בין תובענה מינהלית לפיצויים בגין פגם במכרז לעתירה מינהלית; ונזכיר, כי חרף כותרתה העלולה לרמוז שמדובר בכלי משפטי רחב היקף, ואולי גם הפוטנציאל שבה, אפשרות התובענה המינהלית מכוח חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000, מצומצמת אך לתובענה שעילתה מכרז (סעיף 1 לתוספת השלישית), או לתובענה מכוח סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (סעיף 2 לתוספת השלישית), דהיינו "בקשה לאישור [תובענה ייצוגית] נגד רשות בתביעה שעילתה החלטה של הרשות ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה". נפסק שם, כי – ככלל – מציע שקופח במכרז לא יוכל לתבוע בתובענה מינהלית סעד של פיצויי קיום בגין אי-זכיה במכרז מבלי לתקוף תחילה את ההליך המכרזי עצמו, אלא כאשר אפשרות זו נמנעה ממנו מטעמים שאינם קשורים בהתנהלותו. ואולם, לדידי יש שוני ממשי בין דיני המכרזים לענייננו, המחייב כאמור פתרון שונה. ראשית, בניגוד לדיני המכרזים, בהם קביעה כי נפלו פגמים במכרז תמנע, לרוב, נזקים לעותר, סעד הציווי ביתר תחומי המשפט המינהלי הוא, ברוב



המקרים, צופה פני הווה ועתיד, ואינו נותן מענה לנזקים שכבר נגרמו. שנית, בדיני המכרזים עלול להיווצר מצב שבו תידרש הרשות לשלם פעמיים: פעם למי שזכה במכרז בפועל ופעם ל"זוכה הוירטואלי", בדרך של פיצויי קיום; רציונל זה, של פגיעה כפולה בקופה הציבורית, אינו מתקיים בתביעות נזיקיות "רגילות" כנגד הרשות. שלישית, בעוד בדיני המכרזים עלולים להיגרם לרשות נזקים עקיפים כתוצאה מהמשך התקשרות עם מציע אשר – על פניו – לא זכה כדין במכרז, לא כך הדבר בענייננו. רביעית, בשוני מסוים במידת מדיני המכרזים, כאשר ענייננו בתפר שבין המינהלי והנזיקי עסקינן בשני מתחמים שונים של סבירות – הסבירות הנזיקית והסבירות המינהלית – ואלה אינם בהכרח חופפים. הוה אומר, גם תובע אשר פנה לערכאה המינהלית המתאימה והוכיח כי זו פעלה שלא בסבירות, או בחוסר סמכות, לא יהא בכך די להעניק לו פיצוי בנזיקין; כפי שנפסק בבית משפט זה, יהא עליו לפנות לערכאה האזרחית המתאימה ולהוכיח טענתו מעיקרא, מבלי שקביעתו של בית המשפט המינהלי משמשת לו מעשה בית דין מספק לשם כך; ראו למשל עניין טעדי, בה חרף קביעתו המפורשת של בית משפט זה כבג"ץ כי הרשות פעלה שלא כשורה, נקבע בבית משפט זה עצמו, בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים, כי אין בקביעה זו כדי לשמש בסיס משפטי להוכחת רשלנות ודרישת פיצויים בהתאם. במלים אחרות – הטלת חובה על הפרט לפנות לערכאה המינהלית טרם יפנה לבית המשפט האזרחי משמעה, בפשטות, "טרטור", התשה והוצאות, ולדידי דבר זה אינו רצוי ואינו ראוי; גם אם יש בו יתרון מסוים בשמירה על הקופה הציבורית, תיפגע זו על-ידי ריבוי ההליכים. בנוסף, בית המשפט המחוזי בנידון דידן התייחס גם להסדרים הדיוניים השונים בהליך האזרחי לעומת ההליך המינהלי כשיקול לחייב את הטוען לפגיעה על ידי הרשות לתקוף את החלטתה בתקיפה ישירה; אולם לטעמי, סדרי הדין אינם סיבה לאפשר לרשות, שהיא המעוולת לכאורה, לבחור בהכרח את הפורום הנוח לה לביורור הסוגיה. לפיכך, נוכח האיזונים השונים בתביעה נזיקית "רגילה", אין מקום לחסום, ככלל, את הניזוק מפני הגשת תביעה בנזיקין כנגד הרשות, גם כאשר אין מוגשת עתירה מינהלית או בג"צית בנדון; וזאת לאחר פניה לרשות. המפתח הוא, כאמור – איזון; מדיניות שיפוטית ראויה מצדיקה כי תביעות כאלה לא יהיו חזון נפרץ, ועל בית המשפט לאזן בין החשש מהרתעת-יתר להרתעת-חסר, גם באמצעות שימוש מדוד בכלי של הקטנת הנזק, במיוחד בתרבות המשפטית הישראלית שבה כל דכפין ייתי ויתבע (ראו גלעד, בעמ' 1052).

לז. הכלל הוא איפוא כי על הפרט להקדים פניה לרשות, טרם יגיש את תביעת הנזיקין, כדי שזו תקבל הזדמנות נוספת לתקן דרכיה, מהטעמים האמורים מעלה.

אחר הדברים האלה, כיצד יש להתייחס למבקש בענייננו? מחד גיסא, אצה לו הדרך להגשת התביעה אך 11 ימים לאחר שהורחק מהר הבית, וכאמור בשלב זה טרם התגבשה כלל העילה הנזיקית. מאידך גיסא, הגם שלא היתה "פניה פורמלית", הנה כעולה מתצהיר נצ"מ ביטון (ראו פסקה ב' מעלה), המבקש העלה טענותיו במידה מסוימת בשימוע שנערך לו, ומכל מקום קשה לדרוש כי נחיל עליו הלכה שלמעשה נקבעה בפסק דיננו זה באופן צופה פני עבר, כמות שהיא; מה גם שהיתה מערכת יחסים מסוימת של "חתול ועכבר" בין המבקש לרשות, תוך ידיעה והכרה הדדית. בנוסף, יש ליתן את הדעת לכך שבמהלך ניהול ההליך, נמנעה המשיבה מבחון מחדש את הפעלת הסמכות אף שהיתה מודעת לטענות המבקש בעקבות השימוע והגשת תביעתו על הליכיה, ולמעשה "החליטה שלא להחליט" ובכך קיבעה את הרחקתו במשך תקופה ארוכה. בשקלולם של אלה, לטעמי יש לפצות את המבקש – אך להפחית משמעותית את הפיצוי. אציע להעמיד את הפחתת הפיצויים בגין אי עמידתו של המבקש בנטל להפחית את נזקו על 45%, והוא יזכה בפיצוי המופיע בהכרעת בית המשפט המחוזי בשיעור 55%, קרי, 55% מ-85,000 ₪, שהוא 46,750 ₪, נכון ליום בו תוקן לאחרונה כתב התביעה (4.2.13).

הערה לפני סיום

לח. כאמור מעלה, המצב הנוכחי אינו משיב רצון בשני מובנים: מחד גיסא, תביעות נזיקיות כנגד הרשות כורכות בתוכן סוגיות מתחום המשפט המינהלי וביקורת על רשויות המינהל, וברי כי ישנו יתרון מובהק לערכאה העוסקת בכך דרך קבע, ולא לערכאה אזרחית הנדרשת לטפל בסוגיות אלה כבדרך אגב (ראו גלעד, בעמ' 1040-1039). מאידך גיסא, ישנו קושי לא מבוטל בכך שניזוק שנפגע על ידי הרשות נדרש לפנות לשתי ערכאות – ערכאה אזרחית וערכאה מינהלית מתאימה – כדי להעמידו במצב בו היה מצוי אילולא הפגיעה, ועל כך עמדנו מעלה. פתרון חלקי לכך עשוי להיות על ידי הרחבת סמכויותיו של בית המשפט לעניינים מינהליים, והעברת הסמכות לדון בתביעות נזיקיות כנגד הרשות בהקשר פעולתה המינהלית מבתי המשפט האזרחיים לבתי המשפט לעניינים מינהליים. העברת הסמכות יכול שתיעשה, למשל, באמצעות הרחבתו של מוסד התובענה המינהלית (ראו סעיף 5(3) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000). הדבר יכול לענות, לפחות באופן חלקי, על שני הקשיים האמורים: ראשית, בתי המשפט המינהליים פיתחו מומחיות בתחום המשפט המינהלי ומעורים בו; העברת הדיון בתביעות נזיקיות כנגד הרשות באשר לפעולתה כרשות וריכוז הסמכות לבקר את פעולת הרשות, גם כאשר זו נדרשת באופן עקיף, מתיישבת עם מומחיות זו, ועם הגיונו של חוק בתי משפט לעניינים מינהליים (מני

מזוז "רפורמה בשיפוט המינהלי בישראל – חוק בתי-משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000" משפט וממשל ו' 233, 240-241 (תשס"א)). שנית, כאשר מדובר בנושאים המצויים בסמכותם של בתי המשפט המינהליים, יוכל האזרח לעתור לסעד הציווי ולסעד הפיצויים באותה ערכאה. ברי, כי מדובר בהצעת פתרון חלקית לבעיה מורכבת, שהרי גם תובענות נזיקיות מצריכות התמחות, ולא תמיד שופט המתמחה בביקורת מינהלית על רשויות השילטון יהא בקי ברזי המשפט הנזיקי במידה שוה לשופט הדן בתיקים נזיקיים כחלק הארי של עיסוקו; חזקה על גורמי משרד המשפטים כי יתנו דעתם לפתרון מקיף לסוגיה זו, אשר יהיה בו כדי ליתן מזור לפרט הניזוק כתוצאה מפעולות רשלניות של המדינה, בהתאם לחוקי-היסוד ותוך שמירה על שלטון החוק והקופה הציבורית.

ראו למשל המצב הנוהג בצרפת, בה ייחד המחוקק מערכת נורמטיבית נפרדת להסדרת המשפט המינהלי, הכוללת את האפשרות לפצות את הפרט בגין עוולה שביצעו רשויות המנהל. בתוך כך, ככלל, בתי המשפט המינהליים – ובראשם מועצת המדינה (Conseil d'Etat) – הם המוסמכים לפסוק, בין היתר, הן בתובענות בהם מבקש התובע ביטולה של פעולה מינהלית (Le contentieux de l'annulation), כחלק מסמכותו המעין-פיקוחית של בית המשפט; והן בתובענות המצריכות בירור עובדתי ומשפטי, במסגרתו מתבקשים סעדים שמעבר לביטולה של הפעולה המינהלית ("הליך מלא", Le contentieux de pleine juridiction). כחלק מאלה האחרונות, דן בית המשפט המינהלי בתובענות לפיצויים מהמדינה, הן בתובענות חוזיות והן בתובענות שאינן-חוזיות (le contentieux de la responsabilité) (ראו L. Neville Brown and John S. Bell *French Administrative Law* 177-180 (Fifth Edition, 1998) (להלן *Brown & Bell*). כן ראו בעניין זה עמדתו של פרופ' א' ברק, לפיה בישראל, "מן הראוי הוא לפתח – בדומה למשפט הצרפתי – דינים מיוחדים בדבר האחריות האזרחית של רשויות הציבור" (א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 793 (תשנ"ד)).

לט. סוף דבר: אם תישמע דעתי, הערעור יתקבל בחלקו. המשיבה תשלם למבקש פיצויים בסך 46,750 ₪ בערכם הריאלי מהיום בו תוקן כתב התביעה לאחרונה (4.2.13), והוצאות משפט בסך 15,000 ₪ להיום.

מ. אחר הדברים האלה, קראתי את חוות דעתו המקיפה של חברי השופט י' עמית. אם נפשט את הדברים לתמציתם, חברי ואנכי חלוקים באשר לניתוח הסוגיה הניצבת

לפנינו, הן במישור הכללי של תביעות נזיקיות כנגד המדינה הן במישור הקונקרטי של הסוגיה נשוא ענייננו. אשר למישור הכללי, בשונה מחברי אינני סבור כי יש לפתוח מחדש את נושא אחריות המדינה בנזיקין במסגרת ענייננו הפרטני, בחינת hard cases make bad law; ענייננו בהליך רצוף משגים, נסיבותיו ייחודיות, ופתרון על דרך אינדוקציה, דהיינו הסקת מסקנות מרחיקות לכת מענייננו הקונקרטי של המבקש אל הנושא הכללי של תביעות נגד המדינה בנזיקין, עלול, לטעמי, להוביל למסקנות שנויות במחלוקת ואף שגויות; ומכל מקום אין הדבר נדרש לשם פתרון ענייננו הקונקרטי. ואולם, משנדרש חברי לסוגיה לא אוכל שלא לומר דברים, בקצירת האומר. אומר מראש, כי אין בכוונתי להידרש לכל סוגיה וסוגיה בחוות דעתו של חברי, שכן – בכל הכבוד – סבורני כאמור כי אין ענייננו מצריך זאת, ולכן אין לראות באי-התייחסות לנקודה קונקרטית כאל הסכמה, והדברים נאמרים מתוך הוקרה לרוחב חשיבתו של חברי, אך גם מתוך גישה שונה.

מא. חברי נדרש בחוות דעתו לתובענה בנושא המכונה בפיו "עוולה היברידית", דהיינו תביעת רשלנות בגין הפרה של נורמה מן המשפט המינהלי, ומציין כי ככלל יש להידרש לסוגיה בחשדנות ולהכיר בתביעות מעין אלה בצמצום, תוך שהוא מסתייג משנקבע בבית משפט זה כאמור בעניין אבנעל. ואולם, על דרך דיון בסוגיה ייחודית זו, נדמה – ובל אחטא בשפתי – כי חברי מבקש לשנות מושכלות יסוד הנוגעות לאחריות המדינה ברשלנות בכלל, באופן המסייג למעשה את ההלכה שנקבעה בסוגיה עשרות שנים אחרונות, תוך שינוי נקודת המוצא בסוגיה זו: בשנת 1952 קבע המחוקק, כי "דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מאוגד" (סעיף 2 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952; כן נקבע, כי המדינה "אחראית היא על רשלנות במעשה", גם לו היה בתחום ההרשאה החוקית (סעיף 3 לחוק הנזיקים האזרחיים). בהמשך לכך נקבע בבית משפט זה, כי "הכול שווים בפני החוק, וגם הרשות השלטונית הפועלת על-פי סמכות סטטוטורית חייבת לקחת בחשבון, כי בפעולתה השלטונית הרשלנית היא תזיק לזולתה" (עניין זוהר, בעמ' 770, השופט – כתארו אז – ברק). מכאן, בכל הנוגע לתובענות נזיקיות נגד המדינה, הן כאשר מדובר בבחינת פעולת השלטון בספירה הפרטית והן בספירה הציבורית, נקבע כי "דין השלטון המזיק כדין הפרט המזיק" (עניין גורדון, בעמ' 135-136, השופט – כתארו אז – ברק; וראו גם עניין עיריית חיפה, פסקה 18). מנגד, מבקש חברי כעת להשיב את מעמדה המיוחד של המדינה בתובענות מעין אלה, ולקבוע כי המדינה תחוב בתביעות רשלנות בעלות אופי מינהלי אך כאשר עסקינן ברשלנות חמורה או חוסר תום לב קיצוני (פסקה 32 לחוות דעתו), באופן אשר לטעמי מנוגד לפסיקות העבר ומצמצם את אחריות המדינה מכוח החוק. ודוק, אמנם בענייננו עמדה למבקש האפשרות לפנות

לסעד מינהלי חלף הסעד הנזיקי – ועל כך בהמשך – אולם עמדתו של חברי נוגעת לתחום רחב מכך, ולמעשה משתרעת על כל המקרים בהם התובענה הנזיקית שהוגשה כנגד המדינה נושאת אופי מינהלי, גם לאחר שהפגיעה הסתיימה וכאשר הסעד המינהלי לרוב אינו רלבנטי, כך שהסעד הנזיקי הוא הסעד היחיד שנוותר לפרט הנפגע.

בנוסף, בעוד שכבר בעניין זוהר ציין השופט (כתארו אז) ברק, כי ההבחנות "בין סמכות שלטונית שעניינה מדיניות לבין סמכות שלטונית שעניינה ביצוע" וכן "ההבחנה הידועה שבין מעשה או מחדל", הן "הבחנות העבר" ש"אבד עליהן הכלח" ו"ודאי כי אין [בהן] כל צידוק" (שם, בעמ' 769-770; וראו גם עניין גורדון, בעמ' 135; ועניין עיריית חיפה, פסקה 18), חוששני כי חברי מבקש להשיב כעת את השימוש בהן לשם בחינת אחריות המדינה בנזיקין, ולמעשה לשם צמצומה (פסקאות 33 ו-37). אשר לקושי שבהבחנה בין מעשה ומחדל כשעסקינן באחריותן של רשויות ציבור ראו גם הדברים הבאים:

"[T]he traditional presumption that there should be no liability for omissions. The justification for this is that to impose upon A a duty to help any person B whom A is able to help and who would foreseeably benefit from A's assistance would be an intolerable interference with A's liberty. This reasoning is supported by the further consideration that if a duty of altruism were recognized it would be very difficult to find any principled way of limiting it. As a consequence it would be impossibly burdensome. **Clearly neither of these considerations apply to public authorities.** Public authorities, as we have seen, exist to serve others and they have no personal liberty. Nor is there any possibility of their being made subject to a limitless duty of altruism since their duties to members of the public are defined and limited in public law" (Tom Cornford *Toward a Public Law of Tort*, 139-140 (2008); emphasis added – E.R).

כמו כן, מבקש חברי לצמצם את ההלכה שנקבעה בפסיקה לעניין דוקטרינת הנזק הראייתי (פסקה 37 לחוות דעתו), הקובעת – ועל כך עמדתי מעלה (פסקה ל') – כי במקרים בהם נמצא שהמדינה התרשלה ובהתרשלותה גרמה לנזק ראייתי המונע מן התובע הוכחת קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק, יתכן כי יהא מקום להעביר למדינה את הנטל להראות, כי גם אלמלא התרשלה לא היה נמנע הנזק; גם בכך יהא, מטבע הדברים, כדי להקשות בתובענה נזיקית נגד הרשויות.

מב. חוששני כי חברי מבקש להשיב לקדמת הבמה את השיקולים התומכים בהגבלת אחריות המדינה בנזיקין, ולעשות בהם שימוש לשם דחייתן של תובענות רשלנות בעלות אופי מינהלי, לאחר שבית משפט זה, החל משנות ה-80 למאה הקודמת, החל

במגמת צמצום של שיקולים אלה לעבר הרחבת אחריות המדינה בנוזיקין ו"טיעונים שהועלו נגד הטלת אחריות כשיקולי הרתעת יתר והצפת בתי המשפט, נדחו בדרך כלל" (עניין עיריית חיפה, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת חיות; וראו גם ע"א 196/90 ירמיהו עיני, חברה לבנין בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריות, פ"ד מז(2) 111, 127; י' גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון)" משפט וממשל ב 339, 401 (תשנ"ד-תשנ"ה); וכן גלעד, בעמ' 1093). ודוק, אף שבית משפט זה מעולם לא זנח את השיקולים מצמצמי האחריות, וכפי שהבהרתי בחוות דעתי, גם אני איני חולק על חשיבותם – נקבע כי נוכח שיקולי הנגד כבדי המשקל, ובראשם צדק לפרט הנפגע כתוצאה מרשלנות המדינה והרתעה יעילה של הרשויות ועובדיהן, ככלל אין בשיקולי המדיניות כדי לדחות מניה וביה הגשתה של תובענת רשלנות כנגד המדינה:

"שיקולים אלה אינם שוללים את חובת הזהירות של [הרשות]. הם מעצבים אותה, שכן מנגד עומדות מטרותיהם המקובלות של דיני הנוזיקין כמרתיעות מפני פעילויות רשלניות וכמגשימות צדק. העילות הנוזיקיות באות כתמריץ נוסף לעובדי ציבור להתנהג באופן נורמטיבי וסביר ולעמוד על המשמר מפני התנהגות רשלנית". (ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167, 182, השופטת דורנר (2004); וכן ראו עניין שתיל, פסקה 32).

אמנם, לאחר פסקי הדין שניתנו בעניין זוהר ובעניין גורדון אשר ביססו את השוואת מעמדה של המדינה לזה של הפרט בתובענות נזיקיות והחלו את מגמת הרחבת האחריות, הציג הנשיא שמגר בעניין לוי גישה מצמצמת יותר לכאורה לאחריות המדינה ברשלנות (אם כי אעיר, שבנסיבות היחודיות של אותו עניין אינני משוכנע כי אכן ניתן לראות בכך גישה מצמצמת בפועל, וכפי שציין הנשיא שמגר שם – "מן הראוי להוסיף שתוצאה זו [של פסק הדין] אינה מהווה חריגה מהחלטות קודמות של בית משפט זה"); אולם כפי שציין השופט לוי בעניין שתיל, "הלכת לוי, נדמה, לא הכתה שורשים בפסיקתו של בית-המשפט העליון" (עניין שתיל, פסקה 24), וכפי שמציין גלעד, "מאז ההחלטה בפרשת לוי חלה עלייה ניכרת בגובה מפלס אחריותן של רשויות ציבור" (גלעד, בעמ' 1139; וראו עניין אבנעל; עניין עיריית חיפה; עניין שתיל; ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני (2006); ועוד). כאמור, נדמה שחברי מבקש לשנות מגמה זו ואת ההלכה שהתפתחה בבית משפט זה לאורך השנים בסוגיה זו, עקב בצד אגודל. אינני שותף לעמדתו, מן מהטעמים שהובאו בחוות דעתי.

מג. עוד אציין, כי הפסיקות האמורות בעניין זוהר ובעניין גורדון ניתנו בטרם נחקקו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק והוכרו זכויותיו החוקתיות

של הפרט לכבוד, לקניין ולעיסוק. בעקבות חקיקת חוקי היסוד, הועלו בספרות ובפסיקה הצעות שונות אשר נותרו עד כה בצריך עיון, עליהן עמד גם חברי בחוות דעתו, להרחיב את אחריות המדינה בנזיקין, בין היתר על דרך של עוולות חוקתיות ועוולות מינהליות, היינו גם במצבים בהם לא ניתן לייחס למדינה רשלנות בפעולותיה, יש לפצות את הפרט בשל הנזק שנגרם לו (ראו למשל ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 16, 23 (2004); ד' ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103, 110 (תשס"ו); ברק – פרשנות חוקתית, בעמ' 791-792). הדברים שאובים בין היתר משיטת המשפט הצרפתי הקובעת אחריות שאינה מבוססת אשם על רשויות המדינה במצבים מסוימים, על בסיס עיקרון הסיכון; דהיינו, כאשר פעילות המינהל, אשר נועדה לרווחת הכלל, יצרה סיכון מסוים והוא התממש דווקא בפגיעה בזכויותיו של פלוני, אין הצדקה כי פלוני ישא בעלויות הנזק לבדו, ויש להשית את הפיצוי על כלל הציבור (*Brown & Bell*, at pp. 193-202; ברק ארז – עוולות חוקתיות, בעמ' 66-75; עניין מלכיה, בעמ' 23). מכל מקום עוד תבוא שעתו של הדיון ברעיונות אלה, בין אם במסגרת הדין האזרחי בין אם בדין המינהלי, וכפי שציין פרופ' זמיר, "אין ספק כי תורת הנזיקין המינהליים היא תורה נכונה ונדרשת ופיתוחה בא יבוא..." (י' זמיר הסמכות המינהלית – כך א' 643 (מהדורה שניה, 2010); וראו גם עע"מ 3309/11 קוטלרסקי נ' תל מונד, פסקה ד' לחוות דעתי (2013)); אולם סלע המחלוקת ביני ובין חברי נוגע לתביעות רשלנות כדוגמת אלה שנהגו בשיטת המשפט הישראלי מזה שנים, במסגרת האזרחית, ותמהני מדוע עלינו לשנות את ההלכה הקיימת ולצמצם את אחריות המדינה בתביעות מסוג זה, כהצעת חברי, דווקא כעת, למעלה משני עשורים לאחר חקיקת חוקי היסוד האמורים; לדידי פשיטא שצמצום אחריותה של המדינה בנזיקין והותרת הפרט ללא סעד חרף פגיעתה של המדינה בו, אינם עולים בקנה אחד עם זכויות הפרט הקבועות באותם חוקי יסוד.

מד. אשר לענייננו הקונקרטי, סבור חברי כי דינה של תביעת המבקש להידחות מן הטעם שהוגשה טרם מיצה את ההליך המינהלי. חברי נשען בחוות דעתו על החלטת השופט מלצר בעניין המטה למען ארץ ישראל; שם, קבע השופט מלצר כי אין מקום להיעתר לבקשה למתן צו עשה או צו מניעה במסגרת הליך אזרחי, כאשר לפרט עומדת האפשרות לפנות לבית המשפט המינהלי המוסמך לשם הוצאת אותם סעדים שהתבקשו. כפי שציין השופט מלצר באותו העניין, הסעד עצמו שהתבקש באותו מקרה הוא "סעד 'בג"צי", ומכאן כי הערכאה המוסמכת לדון בכך היתה בג"ץ. אלא שלא כך בענייננו – גם אילו פנה המבקש לבג"ץ, לא יכול היה לקבל את הסעד לו עתר, שכן האפשרות לקבלת פיצויים מן הרשות מוגבלת – למעט חריגים – לתובענות נזיקיות המתבררות בבתי המשפט האזרחיים. כפי שצינתי מעלה, שיקולי המדיניות התומכים בגישתו של

חברי – הצפת תביעות, הרתעת יתר, חישוק שיקול דעתה המינהלי של המדינה ועוד – אינם בלתי-רלבנטיים, אולם כפי שנקבע בבית משפט זה לאורך שנים, לא די בכך כדי לחסום תביעתו של פלוני בנזיקין; חיובו לפנות אל בית המשפט המינהלי המוסמך, ובענייננו בג"ץ, בטרם הגשת תביעה נזיקית, משמעו "טרטור" גדול ופגיעה בזכויות המוקנות לו; זאת במיוחד, כפי שגם ציין חברי, מקום שקבלת טענתו של פלוני במישור המינהלי אין משמעה כי זו תתקבל בהכרח במישור הנזיקי, ועליו יהא לנהל הליך שלם מראשיתו. משכך, כפי שציינת, סבורני כי בנסיבות ראויה גישת ביניים, אשר מחד גיסא אינה חוסמת את זכותו של אדם להגשת תביעה נזיקית נגד הרשות, ומאידך גיסא מעניקה לרשות הזדמנות כנה לתקן דרכיה לאחר שפלוני הקדים אליה פניה ושטח בפניה את טענותיו, עובר לפניה להליך משפטי אזרחי. ואשוב ואטעים את הנאמר בסיפת פסקה ל"ו למעלה, והזהירות שעל בית המשפט לנקוט כדי שלא ליצור פתח לתביעות-יתר שלא במקומן.

מה. טרם סיום, אבקש להסתייג גם מדברי חברי בפסקה 40 לחוות דעתו; אביא את הדברים כלשונם:

"בענייננו, אוסיף ואומר כי לדרך בה נקט המבקש הייתה השלכה גם במישור המעשי. סביר להניח כי אילו היה המבקש פונה בעתירה לבג"ץ, פרקליטות המדינה הייתה מבקשת את תגובת המשטרה, וזו הייתה בוחנת את עמדתה העדכנית, שהייתה עוברת את ביקורת הפרקליטות. אך כל עוד לא נקט המבקש בהליך המתאים, המשיכה ההתדיינות בבית משפט השלום מבלי שהמשטרה נדרשה או הונחתה על ידי גורם חיצוני, לחזור ולבחון את עמדתה..."

עמדתי – בכל ההוקרה – שונה. ההליך שהתנהל בבית משפט השלום התנהל אל מול המדינה; מטבע הדברים, מטעם המדינה הופיע נציג המדינה. אכן, נוכח סדרי העבודה וחלוקת הסמכויות בפרקליטות המדינה, בבית משפט השלום מופיע לרוב נציג המחלקה האזרחית בפרקליטות המחוז (או עורך דין פרטי שיופה כוחו), בעוד שבעתירה לבג"ץ מופיע לרוב נציג מחלקת בג"צים. למותר לציין כי אלה גם אלה נציגי המדינה, ומבחינת הפרט העומד אל מול הרשות, אין נפקות לנציגות המדינה המופיעה מולו, תהא ממקום פלוני או אלמוני; סידורי העבודה בפרקליטות הם מעניינה של הפרקליטות, והטלת "אשם" על הפרט המתדיין, אך כיוון שיתכן כי מחלקת הבג"צים היתה פועלת בהקשר זה באופן שונה, מטבע עבודתה, מאשר מחלקה אחרת בשירות המשפטי, היא לשיטתי מרחיקת לכת. לא פעם אמרנו בבית משפט זה, כי המדינה מדברת בקול אחד (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ')



ראש הממשלה, פסקה ס"א (27.3.16); עע"ם 6738/13 מדינת ישראל נ' ש.י. שפץ וקנין קבלני בניין בע"מ, פסקה 5 (2014); בג"ץ 6017/10 אדס טבע ודין נ' שר התשתיות, פסקה ז' (2012); דברים אלה, שנאמרו לרוב בהקשר של משרדי ממשלה שונים או רשויות ציבור שונות, נכונים מקל וחומר כאשר מדובר באותו גוף – הפרקליטות – ובסידור העבודה הפנימי בו. האחריות לכך שהמידע הרלבנטי יעבור בצינורות הנכונים במדינה פנימה רובצת על המדינה כגוף, וככל שהיא מתרשלת בכך – עליה לשאת בתוצאות.

## המשנה לנשיאה

### השופט י' עמית:

1. חברי, המשנה לנשיאה השופט א' רובינשטיין, פרס יריעה רחבה הנוגעת לממשק בין דיני הנזיקין למשפט המינהלי. בשורה התחתונה הגיע חברי למסקנות הבאות: האפשרות לתקיפה ישירה של החלטה מינהלית אינה חוסמת דרכו של תובע לתקיפה עקיפה בדרך של הגשת תביעה נזיקית לפיצויים; די בפנייה מוקדמת לרשות אך אין חובת פנייה מוקדמת לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מינהליים טרם בירורה של התביעה הנזיקית; בנסיבות המקרה דנן המשטרה הפרה את חובתה המינהלית לשוב ולבחון את החלטתה; משכך יש להעביר למשטרה את הנטל להוכיח כי לא הייתה מתקבלת החלטה אחרת; במקרה דנן, ותוך התחשבות בנטל של הקטנת הנזק, יש לפסוק למבקש פיצוי בסכום של 46,750 ₪ והוצאות משפט.

דעתי שונה, ומשפתח חברי בנושא התקיפה העקיפה אפתח אף אני בנושא זה.

### תביעת הפיצויים כעוקפת תקיפה ישירה

2. קשה לקבוע מראש קריטריון נוקשה בשאלה מתי יתיר בית המשפט תקיפה עקיפה חלף תקיפה ישירה, אך בנוסף למבחן השכל הישר, דומני כי ניתן לשרטט קווים מנחים בשאלה זו.

בתקיפה ישירה פלוני עותר לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מינהליים כדי לבטל החלטה מינהלית. בתקיפה עקיפה, שאלת חוקיות ההחלטה המינהלית מתעוררת

רק באופן עקיף, במסגרת הליך משפטי שנועד למטרה אחרת. לדוגמה, כנגד פלוני מוגש כתב אישום בטענה להפרת תקנה שלטענתו אינה חוקית, או פלוני נתבע לשלם לרשות אך לטענתו הרשות לא מוסמכת לגבות את ההיטל או האגרה מושא התביעה. מכאן, שבמצב הדברים הרגיל, התקיפה העקיפה משמשת כצינור ולא כחנית, כמגן ולא כחרב (יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתיאוריה" משפט ועסקים טו 225, 260 (תשע"ב)). ודוק: כך על פי רוב, אך לא בהכרח. לדוגמה, בע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה, פ"ד כד(2) 577 (1970) נתקפה בבית משפט השלום החלטת הרשות המקומית להציב פחי אשפה בחצרי העותרים, בעילה נזיקית של מטרד ונתבקש סעד של ציווי. השופט זוסמן הבחין בין התביעה שנועדה לחסום את המטרד העתידי, שהיא בסמכות בית משפט השלום, לבין תקיפה של ההוראה או בטלותה, שאינם מרכיבי התביעה. עוד נקבע, כי בית משפט השלום מוסמך לאור טענת העירייה שהמעשה נעשה כדין, לדון בהגנה מכוח המשפט הציבורי על פי סמכותו הנגזרת.

3. ולענייננו. חברי העלה את האפשרות – תוך הסתייגות – שהתקיפה העקיפה היא תביעת הפיצויים, בעוד שהתקיפה הישירה היא הבקשה לצו מניעה זמני (פסקה כ לפסק דינו). אכן, מבחן הסעד הוא אינדקציה המאפשרת לנו להבחין אם בתקיפה ישירה או עקיפה עסקינן, אלא שבמקרה דנן, שאלת חוקיותו של המעשה המינהלי – שלילת הזכות של המבקש לעלות להר הבית – היא שניצבה במרכז התביעה שהוגשה "בזמן אמת", שעה שהאיסור שהטילה המשטרה עמד עדיין בתוקפו, והמבקש עתה גם לסעד של ציווי. הטענה לאי חוקיות ההחלטה הועלתה על ידי המבקש כטענת התקפה ולא כטענת הגנה. לאמיתו של דבר, לא תקיפה עקיפה יש בפנינו, אלא תקיפה ישירה "בהסוואה", תקיפת מצח של חוקיות החלטת המשטרה, שלא אגב תובענה אחרת, ומטעם זה לא הייתה לבית משפט השלום הסמכות לדון בסעד הציווי.

4. בנסיבות המקרה שבפנינו, ניתן לומר כי המערער עורר את שאלת חוקיותה של החלטת המשטרה לא באופן עקיף, אלא באופן עוקף, בתקיפה ישירה במסגרת בקשה לצו עשה בצירוף תקיפה עקיפה במסגרת התביעה לפיצויים. המקרה דכאן בוטה במיוחד, נוכח נוהגו של המערער לפנות לבג"ץ כבית המשפט המוסמך, כך שהפנייה לבית משפט השלום נחזית כמעין "פורום-שופינג", בבחינת אם לא הצלחתי בבג"ץ אנסה בבית משפט אחר.

המבקש תקף את החלטת המשיבה להפעיל את סמכותה מכוח סעיפים 4 ו-5 לפקודת המשטרה אשר "עוסקים בפעילות שלטונית מובהקת, אשר הביקורת השיפוטית

עליה היא בתחום סמכותו הייחודית של בית המשפט הגבוה לצדק" (פסקה כ"ב לפסק דינו של חברי). דווקא מנימוק זה, אני סבור, כי הגם שהסכום שנתבע הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט השלום, ובגדר תקיפה עקיפה שהיא טכנית בסמכותו של בית המשפט, היה על בית המשפט "להרים את המסך" מעל התביעה ולהתחשב במהותה, ובכך שהמבקש לא מיצה תחילה את ההליך המינהלי. יפים לענייננו הדברים הבאים:

"עוד נזכיר כי לא בכל מקרה יראה בית המשפט להעניק סעד במקרה של תקיפה עקיפה, מקום שבו היתה הימנעות מהעמדת הפגם הנטען לביקורת בהליך של תקיפה ישירה (השוו: רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 646 (2000); וכן ע"א 8824/07 מטרוסו נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה (לא פורסם, 18.2.10))" (השופט פוגלמן בבר"ם 7363/09 מרכז משען בע"מ נ' עיריית תל אביב פס' 8 (2.3.2010)).

5. איננו נדרשים להרחיק עדותנו, באשר המבקש לא היה הראשון שניסה "לעקוף" את בג"ץ בנושא העלייה להר הבית בדרך של תובענה כספית ובקשה למתן צו עשה זמני. ברע"א 3354/08 המטה למען ארץ ישראל נ' ניצב אהרן פרנקו (17.4.2008) (להלן: עניין המטה למען ארץ ישראל), שנזכר בפסק דינו של בית משפט קמא, הוגשה לבית המשפט המחוזי תובענה כספית בגין "אפליית היהודים לרעה במתן זכות הגישה להר הבית" בצירוף בקשה לצו עשה זמני, שיורה למשטרה לאפשר עליה להר הבית בפסח. הבקשה נדחתה על הסף, ובקשת רשות ערעור שהוגשה לבית המשפט העליון נדחתה על ידי השופט ח' מלצר. הדברים שנאמרו שם, כאילו נאמרו לענייננו:

"(א) הסעדים הזמניים שהתבקשו בבית המשפט הנכבד קמא, כבית משפט אזרחי, אינם בסמכותו, שכן הבקשה – עניינה למעשה בצווים כנגד רשויות המדינה לעשות מעשה, או להימנע מלעשות מעשה במילוי תפקידיהן כדין. אפילו המבקשים כינו את הסעד הנעדר על ידם כבית המשפט המחוזי כ'בקשה לצו ביניים', שזהו סעד 'בג"צי'. ואמנם, כאשר ההליך הוא ביסודו 'מנהלי' ולא 'אזרחי', הסמכות לדון בו – נתונה בידי בג"ץ. ראו: ע"א 9379/03 צ'רני נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (2006).

בהקשר זה יש לציין עוד כי הבקשה דומה לעתירות רבות, אשר הוגשו בעבר לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, בעניין מימוש זכותם של יהודים לעלות להר הבית ולערוך טקסי פולחן שונים שם (ראו לדוגמה [...]) לפיכך נראה כי תכליתה האמיתית של הבקשה שהוגשה בפני בית המשפט הנכבד קמא היתה לעקוף את מסלול "התקיפה הישירה", שהיא הדרך הראויה לביקורת השיפוטית על מעשי, או מחדלי

הרשויות במכלול זה (אם יש כאלה). הנה כי כן, התנהלות כמו זו, בה בחרו המבקשים לנקוט, עלולה אף להיראות כשימוש לרעה בהליכי בית-משפט.

(ב) אין לפנות לבית המשפט האזרחי בבקשה צופה פני עתיד טרם שהרשות המוסמכת נדרשה לנושא. מעבר לכך – כאשר זו נזקקת לעניין ואומרת דברה, או חדלה מלהשיב לפניות אליה – התרופה היא בביקורת שיפוטית עליה בפני בג"ץ ולא על דרך של תקיפה עקיפה. השוו: ע"א 524/98 מדינת ישראל, משרד האוצר נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נב (2) 145 (הדגשות הוספו – י"ע).

לא יהא זה מרחיק לכת להניח, כי המבקש, כמי שהיה פעיל בנושא העלייה להר הבית, היה מודע להליך זה, ויפים לענייננו הדברים הבאים שצוטטו על ידי בית משפט קמא בפסק דינו:

"העובדה כי קיים דמיון בין המקרה שלפנינו לבין מקרים דומים אחרים שהתעוררו בעבר והוכרעו בפני בג"ץ – יוצרת סיבה נוספת לדחיית הערעור שבפנינו בשל האחידות והיציבות המתבקשות מהנתיב הנוהג" (ע"א 5796/08 ארגון פועלים להתיישבות שיתופית בנווה ימין נ' מינהל מקרקעי ישראל פס' 18 (29.12.2011)).

מכל מקום, אף אם המבקש לא היה מודע להחלטה בעניין המטה למען ארץ ישראל, הרי שהדברים צוטטו כאמור בהחלטתה של השופטת בן אור, שביטלה את הסעד הזמני שקיבל המבקש בבית משפט השלום.

6. ומזווית נוספת. המבקש טוען להתרשלות של המשטרה במסגרת עוולת הרשלנות, בכך שלא הפעילה שיקול דעת אם לאפשר לו לעלות להר הבית. לטענתו, בכך פעלה הרשות שלא כדין תוך הפרת חובה שמקורה בדין המינהלי, ותוך הפרה של זכותו החוקתית לחופש הפולחן. בית משפט השלום בחן את פסיקת בג"ץ בנושא תפילת יהודים בהר הבית ומצא כי המשטרה לא נהגה על פי מבחן הסכנה הקרובה והוודאית, ולכן חייב את המשיבה בפיצויים. המדובר בנושא חוקתי-מינהלי מובהק, בנושא רגיש במיוחד, ולא בכדי פסקתו של בית משפט השלום עוררה את שלל הבעיות מושא דיוננו, לרבות שאלת התקיפה העקיפה מול התקיפה הישירה ושאלת מיצוי ההליכים. לדידי, בית משפט השלום צריך היה להפנות מלכתחילה את המבקש לכתובת הנכונה, במיוחד לאחר שבית המשפט המחוזי הבהיר כי הכתובת הנכונה היא בג"ץ. קשה להלום כי שאלות כגון דא, במיוחד בנושא כה רגיש ונפיץ כמו הר הבית, תידונה בתקיפה עקיפה כביכול, במסגרת תובענה לפיצויים.

לסיכום נקודה זו, פנייתו של המבקש לבית משפט השלום הייתה בבחינת תקיפה של ההחלטה המינהלית, בעוד נזקו טרם נתגבש, ועל כן, ההליך שבו נקט, היה שגוי מלכתחילה. עם זאת, אדגיש כי יש להבחין בין שאלת הסמכות, לבין השאלה אם בתקיפה ישירה או עקיפה עסקינן. ככלל, הסמכות הולכת אחר הסעד, ומאחר שבתביעה כספית בסמכותו של בית משפט השלום עסקינן, הרי שהסמכות נתונה לבית משפט השלום, גם אם בתקיפה עקיפה עסקינן. לדוגמה, תקיפה עקיפה במסגרת תביעת השבה כספית (ראו רע"א 483/88 מפעלים פטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל-אגף המכס והבלו, פ"ד מד(3) 812, 817 (1990) שם נאמר "שאפילו נולדה תביעתו הכספית של פלוני בתחום המשפט המינהלי, נתונה הסמכות לדון בה לבתי המשפט האזרחיים, במקביל לסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק").

7. למעלה מן הצורך, ובהינתן כי תביעת הפיצויים שהגיש המבקש מהווה תקיפה עקיפה, הרי שהיה זה חברי שאמר, בהקשר של תקיפה עקיפה של הליכי תכנון ובניה, את הדברים הבאים:

"מכל מקום ביחס לתקיפה עקיפה, טענה כנגד דרך הפעולה של הסמכות המינהלית, תוכל רק במקרים חריגים להתברר בדרך זו, באשר 'ככלל בתי המשפט לא יטו להעניק סעד במקרה של תקיפה עקיפה' (רע"א 2385/14 אוניברסיטת בן-גוריון בנגב נ' איגוד ערים אזור באר שבע (2014), בפסקה י"א; ע"א 7958/10 פלאפון תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל (2012), בפסקאות ל"א-ל"ב לחוות דעתי והאסמכתאות המובאות שם).

[...] לפי הלכת הבטלות היחסית, תקיפה עקיפה תהא מועילה רק כאשר הפגם המינהלי היה מביא לתוצאת בטלות, אף שניכרת שחיקה ככלל זה, באופן שבתי המשפט מכירים באפשרות תקיפה עקיפה גם כאשר תוצאת הפגם אינה בטלות – ראו ברק-ארז – כרך ב', בעמ' 822-827" (רע"א 3094/11 איברהים פרהוד אבו אל קיעאן נ' מדינת ישראל, פס' לג (5.5.2015)).

במקרה דנן, הפרת זכות הטיעון החוזרת של המבקש, כפי שיובהר בהמשך, אינה מהווה פגם היורד לשורשו של עניין, פגם שתוצאתו בטלות, אלא לכל היותר בטלות יחסית.

מכל מקום, אחזור ואדגיש כי לטעמי, לא בתקיפה עקיפה עסקינן, אלא בתקיפה ישירה המוסוות כתקיפה עקיפה בדרך של תביעת נזיקין, אך למעשה היא תקיפת מצח של מעשה מינהלי, טרם מיצוי ההליך המינהלי, ועל כך אעמוד להלן.

8. לנושא של תקיפה ישירה מול תקיפה עקיפה השלכה גם לנושא של מיצוי הליכים. חברי הגיע למסקנה כי על הפרט לפנות תחילה לרשות המינהלית על מנת שזו תתקן דרכיה, אך לאחר מכן הוא רשאי לבחור בין פנייה לבג"צ או לבית המשפט לעניינים מנהליים לבין תביעה כספית לערכאה האזרחית המתאימה בדרישה לפיצוי על נזקים שנגרמו לו (פסקה ל"ב לפסק דינו).

9. דעתי שונה גם בנקודה זו והמקרה שבפנינו אך יוכיח.

המסלול בו הילך בית משפט השלום הוא בבחינת כביש עוקף למסלול המינהלי, ועלולות להיות לו תוצאות מרחיקות לכת. לדוגמה, פלוני מבקש רשיון להפגנה, אך מפקד המחוז דוחה את בקשתו או מתנה אותה בתנאים שונים. במקום להגיש עתירה לבג"ץ כנגד מפקד המחוז, מגיש פלוני תביעת פיצויים בבית משפט השלום כנגד המשטרה, על כך ששללה את זכותו החוקתית לחופש ההפגנה. לשיטה זו, ידון בית משפט השלום בכובעו כבג"ץ זוטא, בתקיפה עקיפה, בשאלת שיקול דעתו של מפקד המחוז. דוגמה נוספת - פלוני מבקש לחדש את רשיון הנשק שלו אך הממונה על כלי יריה במשרד הפנים דוחה את בקשתו. במקום לפנות בעתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים, מגיש פלוני תביעת פיצויים לבית משפט השלום כנגד משרד הפנים, בטענה שנפגע חופש העיסוק שלו מאחר שנבצר ממנו לעבוד כמאבטח. לשיטה זו, ידון בית משפט השלום בתקיפה ישירה בשאלת שיקול דעתו של הממונה על כלי יריה. דוגמאות אלה, כמו דוגמאות רבות אחרות שניתן להעלות בתחומים ובנושאים שונים במשפט המינהלי והחוקתי, מקבילות לדרך הפעולה בה נקט המבקש, והן ממחישות לטעמי כי במצב הדברים הרגיל, אין מקום לעקיפת דרך המלך של המסלול המינהלי, תוך תקיפה עקיפה של האקט המינהלי במסגרת תובענה לפיצויים.

10. חברי הצביע על כך שהטלת חובה על הפרט לפנות לערכאה המינהלית טרם פנייה לערכאה האזרחית היא בבחינת "טרטור" והתשה של הפרט, והיא עלולה לגרום לריבוי הליכים, הגם שלגישתו "מדיניות שיפוטית ראויה מצדיקה כי תביעות כאלה לא יהיו חזון נפרץ" (פסקה ל"ד לפסק דינו). לכך אשיב בשניים:

ראשית, לדידי, המסלול המינהלי הוא דרך המלך כדי לתקוף באופן ישיר החלטה מינהלית. לדין המינהלי, כפי שעוצב וגובש בפסיקת בתי המשפט לאורך השנים, ייחוד משלו, הן במישור המהותי והן במישור הדיוני (ראו דברי ההסבר להצעת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ט-1999 הצ"ח 2821 (13.10.1999). אכן, "הזכות המינהלית שונה באופן מהותי מן הזכות האזרחית. היא מוסדרת על ידי מערכת שונה של כללים, הלוא הם כללי המשפט המינהלי; היא מוגנת בדרך כלל על ידי מערכת נפרדת של ערכאות; בתי דין מינהליים, בית המשפט לעניינים מינהליים ובג"ץ; ערכאות אלה פועלות על פי סדרי דין וראיות מיוחדים, ויש להן שיקול דעת רחב מאוד בשאלה מהו הסעד הראוי בכל מקרה" (יצחק זמיר "הזכות המינהלית" משפט וממשל טז 135, 137 (תשע"ה) (להלן: זמיר – הזכות המינהלית)).

כך, לדוגמה, הצגת ראיות חסויות במסגרת הליך מינהלי, נעשית כדבר שבשגרה, מבלי להידרש לתעודת חסיון, בעוד שבמקרה דנן, המשטרה נאלצה להשחיר את חלק הארי של הדוח הסודי, ובית משפט השלום זקף זאת לחובתה באומרו כי "כיוון שכל יתר המסמך מושחר לחלוטין, לא ניתן לדעת ולהבין על מה ולמה נערך הדיון בענייניו, מה הועלה בדיון, מה נאמר, מה היו השיקולים ולמה הוחלט על המשך ההרחקה... אין לי אלא להגיע למסקנה כי האמור באותם דפים רבים מחוקים אינו מיטיב עם הנתבעת ולא מן הנמנע כי אפילו היה עלול להצביע על שיקולים פסולים". הנה כי כן, במקום חזקת התקינות המינהלית ובמקום שבית המשפט המינהלי יעיין בחומר הסודי בשלמותו, בית המשפט האזרחי אף מסיק מסקנות לחובת המשטרה בשל השחרת החומר הסודי. הדברים ממחישים היטב את הייחודיות של המשפט המינהלי גם באספקלריה של ההיבט הדיוני והראייתי.

11. שנית, דחיית עתירה בבג"ץ או בבית המשפט לעניינים מינהליים, עשויה במקרים מסויימים להוות מעין מעשה בית דין שיחסום תביעה כספית לפיצויים (ע"א 9211/09 איזוטסט בע"מ נ' ד"ר דריזין (4.7.2012) (להלן: עניין איזוטסט)), מה שמצמצם את החשש ל"טרטור" ולתביעות כפולות. עם זאת, במצב הדברים הרגיל, קבלת עתירה בבג"ץ או בבית המשפט לעניינים מינהליים, לא תהווה מעשה בית דין לצורך תביעה אזרחית, כפי שיורחב בהמשך.

כשלעצמי, אני סבור שדווקא גישתו של חברי תגרום לריבוי תביעות מינהליות טהורות במסווה של תביעות כספיות. ככל שתאומץ גישה זו אני מתקשה לראות כיצד ערכאה אזרחית תוכל לחסום תביעות מעין אלה, ואין לי אלא להפנות לדברי חברי שהתייחס ל"תרבות המשפטית הישראלית שבה כל דכפין ייתי ויתבע". צא ולמד כי

במקרה דנן, המבקש תקף באמצעות תובענה כספית, החלטה מינהלית בסוגיה רגישה ונפיצה ביותר של עלייה להר הבית. אם בכגון דא נתיר את הרצועה, הרי שבדרך של קל וחומר ניתן יהיה להגיש תובענות כספיות, במסגרתן נתקפות החלטות מינהליות בתחומים רגישים פחות.

הטלת סנקציה כספית על הרשות בגין הפרה של נורמה מינהלית באמצעות תביעה נזיקית, תוך תקיפה עקיפה של המעשה המינהלי, מבלי לתקוף קודם לכן ישירות את המעשה המינהלי, מרחיבה לאין שיעור את הביקורת השיפוטית על המעשים המינהליים של הרשות לכל הערכאות העוסקות בתביעות נזיקין. לכך השלכות רוחב של ממש, הן על פוטנציאל התביעות נגד רשויות ציבור והן על מערכת המשפט, בה קיימת הפרדה מוסדית בין ביקורת מינהלית לביקורת נזיקית (ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 1040, 1043 (תשע"ב) (להלן: גלעד – גבולות האחריות)).

12. אחד השיקולים נגד הרחבת אחריות רשויות ציבור הוא החשש לפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות (תמר גדרון "אחריות המדינה, גופים ציבוריים וממלאי תפקידים ציבוריים לנזק שנגרם ברשלנות – מדרון חלקלק" הפרקליט נא 443, 449 (תשע"ב) (להלן: גדרון – מדרון חלקלק)). המקרה שבפנינו הוא דוגמה ל"מדרון החלקלק" שאנו עשויים להיגרר אליו, אם נכיר באפשרות לתקיפה ישירה של המעשה או המחדל המינהלי תוך שימוש בכלי של תביעה כספית לפיצויים בעילה נזיקית. הנה כי כן, במקרה דנן, בית משפט השלום נכנס לתחום הרגיש של ענייני ביטחון, עניינים שגם אם לא חלה עליהם אי שפיטות נורמטיבית, הרי שראוי להקפיד בהם על השפיטות המוסדית, קרי, כי נושאים כגון דא יידונו בבית המשפט המוסמך, ובמקרה דנן, בבג"ץ.

ודוק: איני בא לשלול את האפשרות לתבוע את הרשות הציבורית בנזיקין בגין הפרה של נורמה הלקוחה מהמשפט המינהלי, ועל כך אעמוד בהמשך. גם העובדה שמדובר בעניינים הקשורים לביטחון הציבור אינה שוללת תביעה כאמור, שהרי בתי המשפט האזרחיים דנים כעניין שבשגרה בתביעות פיצויים בנזיקין כנגד כוחות הביטחון, תוך בחינה אם מדובר ב"פעולה מלחמתית". אלא שבמצב הדברים הרגיל, תביעה כאמור ראוי שתוגש אך כסעד משלים, כאשר נוצר "מעשה עשוי" והתגבש נזק שאינו ניתן עוד לתיקון באמצעות דרך המלך של ציווי (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כלכלי כרך ג 392-393 (2013) (להלן: ברק-ארז – כלכלי)).

13. סיכומו של דבר, כי לטעמי היה מקום לחסום את תביעת הפיצויים של המבקש כבר בפרוזדור ולכך השלכה גם על התוצאה הסופית כפי שאבהיר בהמשך.



כאמור, חברי, השופט רובינשטיין הגיע למסקנה שונה ועל כן נכנס לטרקלין ובחן אם המשיכה התרשלה. אלך אף אני בעקבותיו של חברי, ואבחן את תביעת הרשלנות לגופה. אקדים ואומר כי לדידי יש לזהות את מקורה של ההתרשלות הנטענת על ידי המבקש וליתן לכך משקל. על מנת להבהיר את עמדתי, אדרש למסע קצר ברחבי הגלקסיה ההולכת ומתהווה בתחום של אחריות רשויות ציבור במשפט הפרטי ובמשפט המינהלי-חוקתי.

אחריות רשויות ציבור בכלל ואחריות המשטרה בפרט בנזיקין

14. על פי המצב המשפטי דהיום, כבר אין כל רבותא בכך שהמדינה נמצאת חייבת בנזיקין גם בכובעה הציבורי, למשל, כרשות רישוי או כרשות מפקחת (כדוגמה מני רבות, ראו את פסק דינה המקיף של השופטת א' חיות בע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (2006) (להלן: עניין מנורה)). הכלל האנכרוניסטי של "The king can do no wrong" חלף עבר זה מכבר מן העולם, ואת מקומו תפס עקרון השוואת המעמד של הרשות הציבורית למזיק הפרטי. "הפסיקה בנושא אחריות רשויות ציבור הלכה והתפתחה ואף ניתן להצביע על מגמה של הרחבת האחריות, שמא אף הרחבת-יתר" (ע"א 7008/09 עדנאן נ' אלקאדר פס' 46 לפסק דיני והאסמכתאות שם (7.9.2010) (להלן: עניין אלקאדר)). כדוגמה להרחבה רבתי של אחריות הרשות הציבורית בנזיקין ראו ע"א 8650/08 רפאלוב נ' מדינת ישראל שירות בתי הסוהר (17.7.2013); ע"א 2303/11 מדינת ישראל משרד הבטחון נ' עואדה (24.6.2014). לסקירה ולביקורת של הפסיקה שהרחיבה את אחריות הרשות הציבורית ראו חיה זנדברג "תביעות נזיקין נגד הרשות המבצעת – על תנועת המטוטלת" הפרקליט נב 591 (התשע"ד) (להלן: זנדברג)).

15. המבקש הגיש תביעתו כנגד משטרת ישראל, וגם בכך אין רבותא, באשר תביעות כנגד משטרת ישראל בגין רשלנות "רגילה" - כמו עיכוב או מעצר או חיפוש שלא כדין - נדונות בפסיקה חדשות לבקרים, ומן המפורסמות כי המשטרה אינה חסינה מאחריות ברשלנות (לפיצוי בגין מעצר או מאסר ראו גם סעיף 38(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 ותקנות סדר הדין (פיצויים בשל מעצר או מאסר), התשמ"ב-1982)). כך, לדוגמה, בע"א 429/82 מ"י נ' טוהן, פ"ד מב(3) 733 (1988) (להלן: עניין טוהן), הוטלה אחריות על משטרת הגבולות בגין אי ביצוע צו עיכוב יציאה מהארץ; בע"א (מחוזי ת"א) 175/84 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ו(א) 177 הוטלה אחריות על משטרת הגבולות בגין עיכוב יציאה מהארץ בטעות;

בע"א 337/81 בוטקילה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 337 (1984) (להלן: עניין בוטקילה) הוטלה אחריות על "חריצות יתר" שגילתה המשטרה בכך שביצעה כנגד ראובן צו שיפוטי שהופנה כלפי שמעון; ובע"א 126/85 ר.ג.מ. מרט נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 272 (1990) הוטלה אחריות על המשטרה בגין אי הפעלת מערכת אזעקה שחיברה בין מלטשת יהלומים לבין מוקד משטרתי.

הפסיקה אף הרחיבה את האחריות בעוולת הרשלנות, למקרים בהם המשטרה התעלמה מתלוננות חוזרות ונשנות של צד שסבל מהתנכלויות שכניו. בית המשפט הדגיש באותו מקרה כי "המשטרה חייבת לטפל בתלוננות שאדם מגיש על מעשי עבירה שנעשו בו בעבר, שנעשים בו בהווה, או שהוא חושש שייעשו בו בעתיד" וכי אין המשטרה רשאית להתעלם כליל מתלונה ללא הפעלת שיקול דעת וללא הנמקה (דברי השופט דורנר בע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167, 185 (2004) (להלן: עניין וייס)). אציין כי בעוד שבעניין וייס לקחה משטרת ישראל עקב אי טיפול בתלוננות, הרי שבתביעות אחרות שהוגשו כנגדה, היא נתבעה על עצם ביצוע מהלכי חקירה. כך, בבג"ץ 64/91 חילף נ' משטרת ישראל, פ"ד מז 653, 658 (1993) נאמר כי "עצם ניהול חקירה על-פי מידע לא נכון מהווה ראיה לכאורית כי המשטרה התרשלה בהערכת המידע שעל-פיו פתחה בחקירה שבעטיה נפגע הנחקר", ובע"א 4371/13 לסרי נ' משטרת ישראל (14.12.2014) (להלן: עניין לסרי) נדונה ונדחתה תביעת נזיקין בגין פעולות חקירה שנפתחה כנגד התובע בחשד למעורבותו בעבירת רצח (וראו גם ע"א 3580/06 עזבון המנוח חגי יוסף ז"ל נ' מדינת ישראל (21.3.2011)).

סיכומו של דבר, שכיום אין חולק על כך שהרשות הציבורית בכלל ומשטרת ישראל בפרט אינן חסינות מתביעות נזיקין (לסקירת פסיקה נוספת בה הוטלה אחריות על המשטרה ראו גדרון – מדרון חלקלק בעמ' 483-488 והאסמכתאות הרבות שם).

מקור התביעה הנזיקית

16. חברי השופט רובינשטיין העמיד במרכז הדיון את ההבדל בין הסעדים השונים במשפט המינהלי לסעדים בדיני הנזיקין (פסקה י"ז לפסק דינו). לדידי, עוד קודם שאנו מגיעים לשאלת הסעדים, יש לבחון את עילת התביעה. ככל שהעילה הנזיקית מקורה בהפרה של נורמות שאובות מדיני המשפט המינהלי או בפגיעה בזכות חוקתית – להבדיל מתביעת נזיקין "רגילה" נגד רשויות המדינה – שומא על בית המשפט לנהוג בזהירות הראויה, תוך שהוא שם נגד עיניו את ההבדלים בין הדיסציפלינה הנזיקית לדיסציפלינה המינהלית-חוקתית.

17. הדוגמאות שהובאו לעיל בנוגע לאחריות המשטרה בנוזיקין, עניינן ברשלנות "רגילה" של המשטרה בהפעלת סמכויותיה וכוחותיה. אך יש להבחין בין רשלנות "רגילה" של הרשות הציבורית, לרשלנות שמקורה בהפרה של נורמות הלקוחות מהמשפט המינהלי. נורמות אלה, יכול שמקורן יהיה בפסיקה (כמו כללי הצדק הטבעי) או בחקיקה (כמו חובת הרשות לפעול במהירות סבירה לפי סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; או חובת ההנמקה תוך פרק הזמן הקבוע בסעיף 2 לחוק סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958 - ראו ע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים נ' קהתי, פ"ד מח(2) 190 (1994)).

"בשנים האחרונות הולכת ומסתמנת מגמה של הרחבת האחריות הנזיקית של הרשות המנהלית. בד בבד ההבחנה בין עילת התביעה המנהלית לעילה הנזיקית הולכת ומיטשטשת. לצד הרחבת האחריות הנזיקית של הרשות הציבורית אנו עדים להזנת דיני הנזיקין בנורמות של המשפט הציבורי. אמירות התומכות בכך שהפרה של זכויות חוקתיות תקים זכות תביעה בנוזיקין וסעד של פיצוי נשמעו לראשונה בספרות. לאחרונה התגלו בפסיקה ניצנים להכרה בעילה של הפרת זכויות חוקתיות כעילה המקימה זכות תביעה לסעד של פיצוי בנוזיקין" (אור קרסין "הדוקטרינה של פיצויים עונשיים במשפט הישראלי – בחינה מחודשת" מחקרי משפט כט 571, 628 (התשע"ד) (הדגשה הוספה – י"ע)).

על רקע דברים אלה, הנוגעים לטשטוש התחומים בין הדיסציפלינה הנזיקית לבין דיני המשפט החוקתי והמינהלי, אין לכחד כי הדיון באחריות רשויות ציבור בנוזיקין, בבחינת "דיני נזיקין מינהליים" הפך לחלק מהמשפט הציבורי (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" משפט וממשל א 275, 287-289 (תשנ"ג); ברק-ארז – כלכלי, 447). עם זאת, אקדים וארשום "הערת אזהרה", כי במשפט הנזיקי, למרות שפע הכתיבה האקדמית בנושא, ולמרות אמירות כאלה ואחרות בפסקי דין בכל הערכאות, בית המשפט העליון טרם הכיר מפורשות ב"עוולה מינהלית" או ב"עוולה חוקתית".

בתחום של דיני הנזיקין, אנו מצויים עדיין בד' אמותיה של עוולת המסגרת של רשלנות, ולעיתים בעוולת המסגרת של הפרת חובה חקוקה, גם כאשר מקור הרשלנות הנטענת הוא בהפרה של נורמה מהמשפט המינהלי או בפגיעה בזכות חוקתית. כך לדוגמה, בשעתו רווחה הסברה כי פגיעה באוטונומיה היא בגדר "עוולה חוקתית", עד שהובהר בפסיקה כי הורתה של הזכות לאוטונומיה היא אמנם במישור החוקתי אך הפגיעה באוטונומיה בדין הנזיקי היא כראש נזק בלבד (ע"א 1303/09 קדוש נ' ביקור

חולים (5.3.2012) (להלן: עניין קדוש)). ואכן, עוולות שונות בדיני הנזיקין באות להגן על זכויות חוקתיות, כמו הזכות לקניין (עוולת הגזל), הזכות לשלמות הגוף (עוולת התקיפה) או הזכות לחירות (עוולת כליאת שווא), מבלי שהדבר הופך עוולות אלה לעוולות חוקתיות.

18. על רקע הפסיקה והכתיבה האקדמית העניפה הנוגעת לממשק של דיני הנזיקין והמשפט המינהלי והחוקתי, אנסה "למפות" את השטח, ולהצביע על שמונה סוגים אפשריים של עילות לתביעת פיצוי כנגד רשויות ציבור, הגם שקטיגוריות אלה יכולות גם לחפוף ביניהן.

א. התרשלות "רגילה" של הרשות הציבורית בכובעה "הפרטי", בפעילות שיש לה מקבילה במשפט הפרטי, למשל התרשלות הרשות בכובעה כמחזיק במקרקעין (ראו סעיף 2 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 הקובע כי "דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מואגד פרט לאמור להלן בחוק זה").

ב. התרשלות "רגילה" של הרשות כמעוולת עיקרית תוך כדי ביצוע סמכויותיה בכשירותה הציבורית. לדוגמה: החרמה שלא כדין של סחורה (עוולה של עיכוב נכס שלא כדין); הנחת צינור שלא כדין (עוולה של הסגת גבול במקרקעין - ע"א 8557/06 עיריית פתח תקווה נ' חברת אולימפיה בניה השקעות ופיתוח (1994) בע"מ (2010)); ביצוע כושל או אי ביצוע של צו עיכוב יציאה מן הארץ (עניין סוהו); מתן מידע מוטעה (ע"א 209/85 עיריית קרית-אתא נ' אילנקו בע"מ, פ"ד מב(1) 190 (1988); ע"א 324/82 עיריית בני ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102 (1991); ע"א 80/87 זלסקי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון, פ"ד מה(4) 604 (1991); ע"א 3862/04 עיריית פתח תקווה נ' נקר (13.2.2008)).

לסוג זה של התרשלות אוסיף גם התרשלות בירוקרטית-פקידותית "רגילה" כמו אי רישום צו ירושה על ידי פקיד הרישום בלשכת רישום המקרקעין (ע"א 3507/14 אורי ציפורה נ' אדמון נגיב ג'רוס פס' 17 והאסמכתאות שם (11.10.2015)); או אי התייחסות והתעלמות של הרשות מפניות חוזרות ונשנות של הניזוק; או השתהות בלתי סבירה במתן היתר בניה (ע"א 217/90 הועדה המקומית לתכנון ובניה קריות נ' ירמיהו עיני חברה לבנין בע"מ, פ"ד מז(2) 111 (1993); ע"א 653/97 חברת מרכז ברוך וציפורה נ' עיריית ת"א-יפו, פ"ד נג(5) 817 (1999) (להלן: עניין מרכז ברוך); ע"א 2413/06 מגדלי כספי רג'ואן ובניו בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (10.11.2009)).

בהקשר זה אציין, כפי שעולה גם מהאסמכתאות האחרונות דלעיל, כי ההתרשלות הביורוקרטית-פקידותית של הרשות המינהלית "נקבעה במיוחד ביחס לרשויות התכנון והבניה [...] ושאלת החבות בנוזיקין של רשויות התכנון והבניה בגין עיכובים בהליכים בפניהן, נדונה בהקשרים שונים בפני בית משפט זה" (ע"א 9313/08 אופנברג נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ת"א בפס' 22 (7.9.2011) (הדגשה הוספה – י"ע)).

ניתן לסווג תביעה לפיצויים בגין עיכוב בהליכי תכנון ובנייה גם כהפרה של נורמה מינהלית המחייבת את הרשות לפעול במהירות סבירה, ולכך אתיחס בסוג המקרים בקטיגוריה ד'.

ג. התרשלות של הרשות הציבורית במסגרת סמכויות האסדרה, הרישוי והפיקוח הנתונות לה, שאז הרשות הציבורית נמצאת במעגל השני של המעוולים (ראו עניין אלקאדד. דוגמאות להטלת אחריות או לתביעות המבקשות להטיל אחריות על הרשות בכובעיה אלה, ראו, לדוגמה, עניין מנורה; ע"א 2055/99 פלוני נ' הרב ניסים זאב, פ"ד נה(5) 241 (2001) שם לא הוטלה אחריות על הרשות בתביעה שנסבה על אי אסדרת נושא הפיקוח על מוהלים; ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' יצחק קרישוב, פ"ד נח(5), 215, 282-283 (2004) שם הוטלה אחריות בגין אי פיקוח בהתאם לתקנות הבטיחות בנושא עבודה עם אסבסט; ע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוני (23.6.05) שם הוטלה אחריות על הרשות בגין אי פיקוח על מכוון בו בוצעו טיפולים כירורגיים)).

ד. התרשלות של הרשות הציבורית במעשה או במחדל, בכך שהיא פועלת שלא כדיון, תוך הפרה של נורמה מינהלית, הפרה שיש עמה אשם.

תביעתו של המבקש נכנסת לסוג זה של מקרים, ושמה לסוג זה של התרשלות נתכוון חברי במונחים "דיני הנזיקין המינהליים" או "עוולה מינהלית" בעע"מ 3309/11 קוטלרסקי נ' המועצה המקומית תל מונד בפס' ג (3.1.2013) (להלן: עניין קוטלרסקי): "אין ספק כי תורת הנזיקין המינהליים היא תורה נכונה ונדרשת ופיתוחה באיבוא [...] ואכן, יתכן מאוד שמוסד התובענה המינהלית אמור היה להוות הגשמתו של עקרון הפיצוי על עוולה מינהלית, אך גם הוא – בלבד המודרני החדש – לא המריא לאמיתו" (וראו גם יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 643 (מהדורה שניה, 2010), אליו הפנה חברי בעניין קוטלרסקי).

ה. התרשלות של הרשות הציבורית במעשה או במחדל, בכך שהיא פוגעת שלא כדין, בזכות חוקתית, כמו הזכות לקניין או הזכות לפרטיות, פגיעה שיש עמה אשם.  
ו. מעשה או מחדל שלא כדין של הרשות, תוך הפרה של נורמה מינהלית, הפרה שאין עמה אשם.

סוג זה של תביעות, מבוסס על רעיון הזכות המינהלית, תוך הצעה לאפשר לבג"ץ (או לבית המשפט לעניינים מינהליים) לפסוק סעד כספי מנהלי, ללא תלות בעקרון האשם, מתוך הכרה בעילה מינהלית עצמאית כבסיס לסעד כספי בגין הפרה של נורמה של המשפט המנהלי (רונן פוליאק "הזכות המנהלית והסעד הכספי במשפט המקובל המנהלי" עיוני משפט לח 271 (התשע"ו-2016) (להלן: פוליאק – זכות מנהלית). אזכיר כי כיום מוכרים רק שני סוגים של תובענות מינהליות על פי התוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 - "תובענה לפיצויים שעילתה במכרז" ותובענה לפי סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות)).

אציין כי המחוקק ביקש לצמצם את אחריות רשויות ציבור בפעולותיהן בכשירותן הציבורית, וסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "לא תוגש נגד רשות תובענה ייצוגית לפיצויים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות ביחס לאותו צד שלישי". חברי, השופט רונישטיין, הציע בחוות דעתו להרחיב את מוסד התובענה המינהלית (פסקה לו לפסק דינו). הצעה דומה, להרחיב סמכותן של הערכאות המינהליות לפסוק פיצויים בעילות מינהליות מקום בו הוכחה "אשמה רצינית" של הרשויות, נבחנה בשעתו באנגליה ונדחתה, נוכח החשש להשלכות הכלכליות והמעשיות של ההצעה (גלעד – גבולות האחריות, בעמ' 1035-1036 וההפניות שם).

ז. מעשה או מחדל של הרשות הציבורית, הפוגע כדין וללא אשם בזכות חוקתית כמו הזכות לקניין או הזכות החוקתית לשוויון (ראו, לדוגמה, בג"צ 2665/98 שחר נחום נ' משטרת ישראל - מפקד מרחב דן, פ"ד נב (2) 454 (1998); ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 16 (2004); יואב דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם" משפט וממשל ב 97 (התשנ"ב)).

בדיני הנזיקין האחריות מבוססת על אשם, ועד עתה נמנעו בתי המשפט מלפסוק פיצוי בגין אחריות ללא אשם, הגם שהפסיקה הותירה פתח צר לאפשרות זו

במקרים חריגים (ע"א 7703/10 ישועה נ' מדינת ישראל – מינהלת סל"ע (18.6.2014) (להלן: עניין ישועה)). לפיתוח של הרעיון לפיצוי בגין פגיעה כדין, דוגמת המקרה שנדון בעניין מלכיה, מכוח הרחבת דוקטרינת הנטילה השלטונית אל עקרון השוויון בנטלים, על-פיו יש לפצות את הפרט או קבוצה קטנה שהוטל עליה נטל חריג לטובת אינטרס ציבורי - ראו ברק-ארז כלכלי עמ' 418-420; רונן פוליאק המימד הרכושי של זכויות חוקתיות חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים (להלן: פוליאק – המימד הרכושי)).

ח. פגיעה בלתי חוקתית בזכות חוקתית, מכוח חוק או על פי חוק, בגינה מורה בית המשפט על ביטול החוק. היש מקום או הצדקה לסעד של פיצוי כספי בגין הנזק שנגרם לפלוני עד לביטול החוק, בבחינת "פיצוי חוקתי" או כהד לגישה לפיה "יילך הסעד אחר הזכות"?

סוג זה של מקרים, נבדל מהסוגים האחרים, באשר אין מדובר במעשה או במחדל של הרשות, אלא בטענה כנגד חוקיותו של החוק עצמו. מכל מקום, גם שאלה זו טרם זכתה לדין ולהכרה בפסיקה. בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005) ביטל בית המשפט את הוראת ייחוד העילה מבלי להורות על סעד משלים לפיצוי, ובעניין ישועה הותיר בית המשפט פתח צר לאפשרות זו מקום בו הנפגע נותר ללא סעד כלשהו. לתמיכה ברעיון של פיצויים חוקתיים שאינם תלויים בדיני הנזיקין ראו אהרן ברק פרשנות במשפט, כרך שלישי - פרשנות חוקתית 785-792 (1994) (להלן: ברק – פרשנות חוקתית). לתמיכה בהתאמתה של פקודת הנזיקין לצרכים החוקתיים חלף פיתוחה של תרופת פיצוי עצמאית ראו עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433, 477 (1998)).

19. חמשת סוגי המקרים הראשונים נופלים בשטחה של עוולת הרשלנות (ולעיתים בעוולה של הפרת חובה חקוקה) שבמשפט הפרטי. ואילו סוגים ו-ח עניינם בפגיעה, שהפיצוי הנתבע בגינה נובע מעילות במשפט הציבורי, להבדיל מיסוד האשם הנדרש במשפט הפרטי.

אעיר מספר הערות בנוגע לסיווג דלעיל:

א. אין בסיווג האמור כדי לומר שהפסיקה הכירה בכל סוגי התביעות הנ"ל (המשפט המצוי) או משום הבעת עמדה האם ראוי להכיר בכל סוגי התביעות הנ"ל (המשפט הראוי). אדרבה, לא אחת אנו מוצאים בפסיקה הערה כי מדובר בשאלה

מורכבת, ללא הכרעה בצידה. כך, ברע"א 3675/09 מדינת ישראל – משרד הבטחון נ' דאוד (11.8.2011) (להלן: עניין דאוד), העיר בית המשפט כי אינו נדרש לסוגיה המורכבת "אם הפרת חובה מנהלית המוטלת על הרשות משמעותה בהכרח גם הפרת חובת זהירות המוטלת עליה". בקשה לדיון נוסף נדחתה בהחלטתה של הנשיאה ביניש שציינה ש"ניכר כי בית המשפט היה ער בפסק דינו למורכבות התביעה ולשאלות החדשניות העשויות להתעורר בה, כגון היחס בין הפרת חובה מנהלית לבין הפרת חובת זהירות בנזיקין" (דנ"א 6665/11 דאוד נ' מדינת ישראל (26.2.2012)). בנוסף, נמנע בית המשפט בעניין דאוד מלפסוק פיצויים מכוח המשפט הבינלאומי, דהיינו, מחוץ לגדר העוללות הקיימות. גם בעניין קדוש, במסגרת הדיון בשאלת סיווגה של הזכות לאוטונומיה, הסתייג המשנה לנשיאה השופט ריבלין מהרעיון של עוולה חוקתית "בהתחשב בכך שטרם פותחו מנגנוני איזון דוגמת אלה שקיימים במסגרת דיני הנזיקין המסורתיים (דוגמת ההגנות השונות)" (שם, פסקה 38 לפסק דינו), ואף אני התרעתי מפני "פריצת גבולות רבתי בין דיני הנזיקין לדיני המשפט החוקתי" (שם, בפס' 72 לפסק דיני).

ובכלל בסוגית ההכרה בעילות תביעה מהמשפט הציבורי במסגרת המשפט הפרטי ניתן להצביע על גישות שונות (יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-וודאות במשפט" דין ודברים ו' 17 (2011) וכתבתה הנרחבת של השופטת ד' ברק-ארז בנושא זה, ובין היתר: דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" משפט וממשל ה' 95 (1999); דפנה ברק-ארז עוולות חוקתיות (1993) (להלן: ברק-ארז עוולות חוקתיות); דפנה ברק-ארז "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" משפט וממשל א' 275 (תשנ"ג); דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט' 103, 133 (2006); ברק-ארז – כלכלי, בעמ' 389-447).

ב. בסיווג דלעיל, לא התיימרתי למצות את כל סוגי התביעות האפשריות כנגד רשויות ציבור, כמו עילות נוספות מהמשפט הפרטי – דיני עשיית עשר ולא במשפט, או דיני חוזים "רגילים" או דיני חוזים או מעין-חוזים המתייחדים למשפט הציבורי (כמו דיני הבטחה מינהלית או הלכת ההשתחררות). אף לא נדרשתי לתביעות פיצוי מכוח חוקי הפקעה למיניהם, או תביעות לפיצוי ללא אשם מכוח חוק (כמו חוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989 או חוק לפיצוי נפגעי גזת, התשנ"ד-1994).

ג. כאשר הפרת הנורמה המינהלית או הפגיעה החוקתית כרוכות באשם של הרשות, המסגרת העיקרית לתביעה היא עוולת הרשלנות. עם זאת, חשוב להדגיש כי



דיני הרשלנות מבוססים על אשם, וכפי שלא כל טעות של רופא תקים עילת תביעה של רשלנות רפואית, כך ברי כי לא כל טעות של רשות מינהלית מהווה כשלעצמה גם עוולה (עניין לסרי פס' 6; ע"א 2648/09 י. גיל אימפורט בע"מ ואח' נ. מדינת ישראל – אגף המכס והמע"מ (16.5.2011); והשוו ע"א 9173/11 יעל"א השקעות בנכסים נ' עיריית ירושלים פס' 4 (18.9.2013)).

20. התומכים ברעיון לפיו הפרה של נורמה בדין המינהלי יכולה לתרגם עצמה גם לפיצויים בדיני הנזיקין, סומכים יתידותיהם, בין היתר, על פסק הדין בבג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון ואח', פ"ד כח(2) 449 (1974) (להלן: עניין בינוי ופיתוח), שם נאמר:

“...האזרח [עשוי] להיפגע ולסבול נזק כתוצאה מפעולה בלתי-כשרה או בלתי-נאותה או מהימנעות מפעולה שלא כדין או מאיחור בלתי-סביר ובלתי-מוצדק בעשיית הפעולה, ומן הצדק שגם במקרים אלה תישא הרשות באחריות כדי לפצות על הפגיעה או הנזק שנגרם. בכך נתקרב לאחריות מינהלית כללית של המימשל, ובמקרה של נזק הנגרם עקב התנהגות שלא כשורה, לא הפרט הניזוק יישא בו, כי אם הגוף אשר בשמו, למענו או מטעמו הוא נגרם” (הדגשה הוספה – י"ע).

לאור האמירה אודות אחריות מינהלית כללית, היו שראו בדברים אלה בסיס להכרה בעוולה מינהלית ובפיצויים מינהליים (ראו, לדוגמה, דברי השופטת (כתוארה אז) ביניש בעע"מ 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ, פ"ד נט(2) 145, 167-168 (2004); דפנה ברק-ארז "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים" משפט וממשל ב' 35 (תשנ"ד-תשנ"ה)). עם זאת, דומה כי הפסיקה המאוחרת להלכת בינוי ופיתוח, זנחה גישה זו מן הטעם ש"זוהי מעין תורת 'פיצויים כלליים' שאינה מבוססת על בסיס אחר זולת הרגשת הצדק שבלב השופט וטבעה זה של התורה החדשה מחייב זהירות והתאפקות רבתי מצדו של בית-המשפט העושה שימוש בה" (דברי השופט אשר בבג"ץ 358/77 דדון נ' עיריית ירושלים, פ"ד לב(1) 729, 732 (1978); פוליאק – המימד הרכושי בעמ' 12 ה"ש 26-28 והאסמכתאות שם).

ובכלל, עניין בינוי ופיתוח עסק במאטריה המיוחדת של דיני המכרזים, ואיני סבור כי היה מקום להקיש מתחום ספציפי זה על כל תחום המשפט המינהלי. לכן, אני מצטרף למסקנתו של חברי, השופט רובינשטיין, כי גם את פסק הדין בעע"מ 7401/14 קסם מילניום נ' רשות שדות התעופה (2015) (להלן: עניין קסם מילניום) יש להותיר במסגרת דיני המכרזים, ואין להקיש ממנו בהכרח על דיני המשפט המינהלי בכללותו.

המכרז הוא שלב לפני כריתת חוזה, שעליו חל המשפט הפרטי (או הדואליות הנורמטיבית), כך שדיני המכרזים נמצאים ברגל אחת בשטח המשפט המינהלי וברגל שניה בשטח המשפט הפרטי. על ייחודם של דיני המכרזים במסגרת המשפט המינהלי, אנו יכולים ללמוד גם מהעובדה, שנזכרה לעיל, כי המחוקק מצא לייחד את המוסד של תובענה מינהלית לדיני המכרזים בגדר "תובענה לפיצויים שעילתה במכרז" (עניין קוטלרסקי).

ראוי לציין כי בתי המשפט פסקו פיצויים במיוחד בתחום המכרזים ובתחום התכנון והבניה – שתי חטיבות של עניינים שהועברו מבג"ץ לטיפולו של בית המשפט המחוזי, עוד טרם הקמתו של בית המשפט לעניינים מינהליים. הסיבה לכך היא הזיקה של שני נושאים אלה לעילות תביעה במשפט הפרטי. כך, בנושא המכרזים, הזכרנו לעיל את עניין בינוי ופיתוח וראו גם פסקי הדין בבג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 100 (1982) וע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667 (1993). פסקי דין אלה עוסקים אף הם במכרזים ובמסגרתם הועלתה או הוכרה האפשרות לפסיקת סעד כספי.

21. מאז פסק הדין בעניין בינוי ופיתוח, העוסק כאמור בתחום דיני המכרזים, ניתנו פסקי דין נוספים, שעמדו על הממשק בין דיני הנזיקין למשפט המינהלי, בעיקר תוך התייחסות לעילת הסבירות.

בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980), הציב את עילת הסבירות ככותל המזרח של המשפט המינהלי. בפסק דין זה, הביע השופט לנדוי חשש מעילת הסבירות תוך התייחסות לסבירות הנזיקית:

"אם אמנם לא בסבירות ההחלטה מדובר אלא בסבירות הרשות המינהלית המחליטה, ואם אמנם קיים 'מתחם של סבירות', ואם מידת הסבירות בהקשר זה אינה כמידת הסבירות הידועה לנו מדיני נזיקין, כי אז פג החשש, שמא יובנו הדברים שלא כהלכה, כאילו החלטה מינהלית תבוטל כל אימת שהשופט הפוסק ימצא בה פגם של חוסר סבירות כמשמעות המונח הזה בלשון בני-אדם" (שם, בעמ' 432-433) (הדגשה הוספה – י"ע).

והשופט (כתוארו אז) א' ברק, הדגיש אף הוא את ההבחנה בין הסבירות המינהלית לסבירות הנזיקית וקו הגבול בין שני התחומים:

"חוסר הסבירות של רשות מינהלית פירושו סטייה של הרשות המינהלית מסטנדרד ההתנהגות המקובל של רשות מינהלית סבירה בנסיבות העניין. מטבע הדברים הסטייה יכולה להיות קלה ויכול שהסטייה תהא חמורה. במשפט האזרחי, במסגרת דיני הנזיקין, כל סטייה מסטנדרד הסבירות גוררת אחריה אחריות ברשלנות. לא נראה לי, כי אותו עיקרון צריך לחול גם במשפט המינהלי, שבו עניין לנו בתוקף החלטה מינהלית ולא בפיצוי ניזוק" (שס, בעמ' 443-444).

בעוד שבתחילת הדרך הדגיש השופט ברק (כתוארו אז) כי "ניתן לחשוב על מצבים, בהם אין זהות בין חוסר סבירות מינהלית לבין רשלנות אזרחית" (ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לז(3) 757, 770 (1983)), הרי שבעניין אבנעל (ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005)), הדגיש הנשיא ברק את האפשרות ההפוכה, כי "פעולה בלתי סבירה במישור המנהלי עשויה להוות פעולה רשלנית במשפט הפרטי. לעיתים אלה שני צדדיו של אותו מטבע".

ובעניין מנורה אומרת השופטת חיות:

"הנה כי כן, בעניין החובה לפעול קיימת נקודת השקה בין מבחני הסבירות הקבועים בדין המינהלי המיושמים על ידי בתי המשפט לצורך ביקורת שיפוטית על חוקיות מעשיה או מחדליה של הרשות הציבורית, ובין מבחני הסבירות לפיהם נבחנים מעשיה או מחדליה של הרשות הציבורית בדיני הנזיקין לעניין עוולת הרשלנות [...]. יחד עם זאת, אני רואה לנכון לציין כי אין בעיני מקום לחפיפה מוחלטת בין שני תחומים אלה, נוכח התכליות השונות המונחות ביסודם ונוכח כללי הריסון המהווים נקודת מוצא לעניין הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי לעומת עיקרון השוואת המעמד המהווה נקודת מוצא לעניין אחריותה של הרשות הציבורית בדיני הנזיקין..." (שס, פסקה 42).

אציין כי לדברים אלה הצטרף בהסכמה חברי, השופט רובינשטיין, ברע"א 4385/04 פרוך נ' ביה"ח מוקאטד בפס'ו (6) לפסק דינו (28.8.2007) (להלן: עניין פרוך).

וברע"א 10078/03 שתיל נ' מדינת ישראל (19.3.2007) (להלן: עניין שתיל)

אומר השופט א' לוי:

"פעולה של רשות מנהלית – למצער כזו שפגעה בזכויות-יסוד של אדם – ומקורה בהפעלתו של שיקול הדעת המסור בידי הרשות, אך היא אינה מידתית או שאין הורתה בתכלית ראויה, מן הדין כי תחשוף את

הרשות לא רק לביקורת שיפוטית במישור המנהלי, כי אם גם לאפשרות הטלתה של אחריות במישור הנזיקי".

22. הנה כי כן, הפסיקה גרסה כי קיימות נקודות השקה בין הדין המינהלי לדין הנזיקי. אך בין נקודת השקה לבין "שתילה" של נורמות המשפט המינהלי בתוך הדין הנזיקי רב המרחק, והדברים צריכים להיעשות בזהירות ולא כעניין שבשגרה.

טרם אצביע על מספר הבחנות רלוונטיות בין שני התחומים וטרם אבחן את הפסיקה בנושא זה, אציין כי רובה ככולה של הפסיקה העוסקת בממשק בין דיני הנזיקין לדין המנהלי והחוקתי, מבוססת על עוולת המסגרת של רשלנות ולא על עוולת המסגרת של הפרת חובה חקוקה. אכן, בפסיקה נאמר כי "גם כשמוטלת על הרשות חובה מתחום המשפט הציבורי, שיסודה בשיקול-דעת, עשויים שימוש בלתי נאות בשיקול הדעת או העדר שיקול ליתן בידי הנפגע עילה לתביעה נגד הרשות בגין הפרת חובה חקוקה" (ע"א 404/80 בני עטרות מושב עובדים להתיישבות חקלאית נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 30, 48 (1984)). אלא שבהמשך הדרך, הפסיקה דחתה את האפשרות לראות את נורמות המשפט המנהלי כחיקוק לצורך סעיף 63 לפקודת הנזיקין, ולו מן הטעם כי "הפיכת חובות מתחום המשפט הציבורי ל'חובות חקוקות' [...] יש בה כדי להרחיב עד בלי סוף את האחריות הנזיקית ללא כל הצדקה" (ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 90 (1994)). לדחיית הטענה כי הפרת החובה המינהלית לפעול במהירות הראויה מכוח סעיף 11 לחוק הפרשנות מהווה הפרת חובה חקוקה ראו ע"א 1661/09 שינברגר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה פ"ת, בפס' 37 לפסק דיני והאסמכתאות שם (27.10.2011); כן ראו גלעד – גבולות האחריות (1064).

כדומה, בתחילת דרכה של המהפכה החוקתית, הביע השופט ברק, במסגרת כתיבתו האקדמית, את דעתו כי חוקי היסוד הם בגדר "דבר חקיקה אשר נועד לטובתו של הפרט, ועל כן פגיעה בזכות אדם חוקתית גוררת אחריה אחריות בנזיקין בעוולה של הפרת חובה חקוקה" (אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" 99 קלינגהופר על המשפט הציבורי 163, 196 (1993)). גישה זו נדחתה בפסיקה, ונקבע כי הזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו הזכות לקניין, אינן מהוות חובה חקוקה, בהיותן חובות כלליות ועקרוניות המקנות זכויות יסוד אך אין מדובר בחובה ספציפית על פי דין (ע"א 10508/08 דור זהב חברה לקבלנות בנין והשקעות בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז ת"א, פס' 54 לפסק דינו של השופט דנציגר (4.2.2010); ישראל גלעד "אחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור – חלק שני" משפט וממשל ג 55, 84 (תשנ"ה) (להלן: גלעד – האחריות בנזיקין)).

23. עוולת הרשלנות היא אפוא המסגרת אליה "הוזרקו" הפרות של נורמות מינהליות, כמו מתן הנמקה מטעה ואי-מתן זכות טיעון (עניין אבנעל). לא אכחד כי לטעמי, פסק הדין בעניין אבנעל הוא מרחיק לכת, וחורג מדיני הנזיקין המקובלים בשל מספר טעמים. ראשית, הפיצוי נפסק על אף שנקבע כי "אין מתקיים קשר סיבתי בין הפגמים לבין הנזק הרכושי שנגרם כתוצאה מאי קבלת הרשיון". שנית, מפסק הדין עולה כי למתן ההנמקה השגויה הייתה הצדקה, לפחות מנקודת מבטה של רשות המכס, משנקבע כי הדבר נעשה "כדי למנוע מהמעוררים להיערך לתוצאת החקירות שנוהלו כנגדם". שלישית, נפסק פיצוי לתאגיד בגין נזק לא ממוני, "נזק לא רכושי" כלשונו של בית המשפט.

לגישתי, גם אם הופרה נורמה מינהלית, וגם אם ניתן לראות בהפרת החובה משום התרשלות, הרי שלא די בכך על מנת להטיל אחריות נזיקית על הרשות, ועל בית המשפט לבחון גם אם נתקיימו הרכיבים הנוספים של קשר סיבתי ונזק.

כך, ובניגוד לעניין אבנעל, בעניין דאוד, נדחתה תביעה לפיצוי בגין נזקים שנגרמו לתושבים ברצועת עזה עקב פעולות חישוב של הצבא. התושבים טענו כי לא קיבלו הודעה בכתב על פעולות החישוב ועקב כך נשללה מהם זכות הטיעון. הטענה נדחתה מהטעם שלא הוכח קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם.

דוגמה נוספת אנו מוצאים בבר"ע (מחוזי ת"א) 2187/03 סמסאן נ' שירותו בתי הסוהר (7.7.2005). באותו מקרה, נדחתה תביעה נזיקית של אסיר, על אף שבית המשפט קבע כי הרשות פעלה תוך חריגה מסמכות בכך שהפרה הוראה של בית המשפט. זאת, מן הטעם שלאסיר לא נגרם נזק מוחשי כתוצאה מכך.

שתי הדוגמאות הנ"ל ממחישות כי בתי המשפט לא מסתפקים בהפרה של נורמה מינהלית, וכי לצד ההתרשלות יש לבחון גם את התקיימותם של דרישות הקשר הסיבתי והנזק. ובכלל, יש להישמר מפני יישום "אוטומטי" של נורמות מהתחום המינהלי במסגרת עוולת הרשלנות בנזיקין. כך, לדוגמה, בת"א (מחוזי ת"א) 2906/98 י. שפילמן שירותי רכב (1989) בע"מ נ' עיריית הרצליה (2007), נדונה תביעת פיצויים בגין נזק שנגרם לעסק בשל סירוב של העירייה להעניק רשיון עסק. נקבע כי התנהלות העירייה הייתה מפלה, שכן באותו מקום הוענקו רישיונות לעסקים דומים אחרים, וכי האכיפה הבררנית מהווה גם התנהלות רשלנית וסטייה מסטנדרט התנהגות המוטל על הרשות שעה שהיא מפעילה את סמכותה (פסק הדין בוטל בהסכמה בבית המשפט

העליון, הגם שהעירייה חוייבה בפיצוי - ע"א 9594/11 לנדאו נ' שפילמן שירותי רכב 1998 בע"מ (1.7.2013 ו-4.7.2013). לטעמי, פסק הדין מדגים את טשטוש התחומים בין המינהלי לנזיקי. באותו מקרה, בית המשפט החיל את מבחני הרשלנות הרגילים, מבלי לבחון אם הרשות פעלה בסטייה קיצונית מסטנדרט ההתנהגות הסביר, שהוא המבחן המקובל בביקורת לפי המשפט המינהלי על החלטות של רשויות מינהליות (מיכל טמיר "על רשלנות וכוונה להפלות: היבטים ייחודיים לאכיפה" מחקרי משפט כו 217, 255 (2010)).

24. הזכרנו את עילת הסבירות בדין המינהלי, ואעמוד להלן על עילה זו "בטהרתה", דהיינו, כעילה עצמאית העומדת על רגליה שלה, ללא קשר לעילות נוספות כמו שרירות או שיקולים זרים.

כידוע, חוסר סבירות מינהלי יכול ויבוא לידי ביטוי בכך שהרשות לא איזנה כהלכה בין שיקולים נוגדים, או שנתנה משקל עודף לשיקול מסויים שהוא לגיטימי כשלעצמו (כמו ביטחון הציבור), אך לא נתנה משקל ראוי לשיקול אחר (כמו חופש העיסוק). ובמילים אחרות, הדיון בעילת הסבירות בוחן את האיזון הפנימי בין השיקולים שהפעילה הרשות (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב' 725 (2010)).

האם משמעות הדבר כי עותר, שזכה בעתירתו לבג"ץ או בעתירתו לבית המשפט לעניינים מינהליים בטענה לחוסר סבירות, מקבל "אוטומטית" כרטיס פתוח להגשת תביעה נזיקית לפיצויים בשל התרשלנות הרשות? אי הסבירות הנדרשת לפסילת פעולה מינהלית היא אי סבירות קיצונית, בעוד שאי הסבירות הנדרשת להטלת אחריות בנזיקין היא סטייה מסטנדרט בלבד, קרי, התנהגות החורגת מהאופן בו אדם סביר היה פועל באותן נסיבות. ניתן היה לסבור כי אם נקבע שהרשות פעלה בחוסר סבירות מינהלית, קל וחומר שפעלה בחוסר סבירות נזיקית ויש להטיל עליה אחריות, ולהיפך - כי קביעת אחריות של רשות ציבורית בנזיקין, אין משמעה שהרשות פעלה בחוסר סבירות מינהלית (השוו להרשעה בפסק דין פלילי, המחייבת בהליך אזרחי מכוח סעיף 42 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"ג-1973 בשל רף הראיה של "מעבר לספק סביר" הנדרש בפלילי, לעומת רף הראיה של "מאזן הסתברויות" באזרחי. לכן, פסק דין הקובע אחריות פלילית יחייב בתביעה אזרחית, אך פסק דין המטיל אחריות בנזיקין לא יחייב לצורך הדין הפלילי).

אלא שלאור ההבדלים בין הדין המינהלי לדין הנזיקין אין הדבר כך. בע"א 1617/04 כים ניר שירותי תעופה בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ (2008)

(להלן: עניין כים ניר) נדון המקרה הבא. כים ניר פנתה לבית המשפט המחוזי בתקיפה ישירה של החלטת הבורסה שלא לאשר לה פרסום תשקיף. התביעה התקבלה וערעור הבורסה לבית המשפט העליון נדחה, תוך שנקבע כי החלטת הסירוב של הבורסה "לא התבססה על תשתית עובדתית כנדרש". בהמשך, הגישה כים ניר תובענה כספית נזיקית במסגרתה נטען כי הבורסה אחראית לנזק שנגרם לה עקב החלטות רשלניות שקיבלה - הן הסירוב לאשר התשקיף, שנתברר כלא מוצדק, והן בשל התקופה בה עוכב פסק דינו של בית המשפט המחוזי. והנה, למרות הפגם המינהלי שנפל בפעולת הבורסה, בכך שהחלטתה לא התבססה על תשתית עובדתית ראויה; למרות שמדובר באופן הפעלת סמכות ביצוע של הבורסה, להבדיל משיקולי מדיניות; ולמרות שבית המשפט הקדים והצהיר כי "לשם בחינת התנהגותה של הבורסה מן ההיבט הנזיקי, ניתן להידרש לעקרון הסבירות שפותח במשפט המנהלי כאבן-בוחן לפעולתה של הרשות" - למרות כל אלה, נדחתה התביעה של כים ניר. וכך נאמר על ידי השופט ארבל:

" [...] למרות הממשק בין שני מושגים אלו של סבירות, הזרות ביניהם אינה מוחלטת וזאת עקב התכליות השונות העומדות ביסודם והמישורים השונים בהם הם נבחנים (ראו לעניין זה: עניין עיריית חיפה, סע' 42 לפסק הדין וההפניות שם). כך למשל, ומבלי לקבוע מסמרות בדבר, בעוד שמהבחינה המנהלית ייטה בית המשפט להתערב בהחלטות הרשות רק כאשר אלו חורגות חריגה קיצונית ממתחם הסבירות, אין לומר כי הטלת אחריות נזיקית שמורה לנסיבות קיצוניות אלו בלבד (ראו למשל: דותן, בעמ' 279-281). הרציונלים השונים העומדים בבסיס הביקורת השיפוטית במישור המנהלי ובבסיס הבחינה השיפוטית במישור האזרחי מוליכים אם כן להיקפי התערבות שיפוטית שונים.

[...] לעניין זה מקובלת עלי ההבחנה שערך בית המשפט המחוזי, לפיה במסגרת בחינת ההתרשלות יש לתת משקל משמעותי לתהליך גיבושה של ההחלטה. אכן, במקרים חריגים, בהם ההחלטה שהתקבלה הינה שגויה באופן קיצוני על פני הדברים, תיתכן קביעה כי גם החלטה שהתקבלה בהליך תקין הינה רשלנית" (שם, פסקאות 24 ו-26) (הדגשה הוספה - י"ע).

הנה כי כן, לצורך בחינת רכיב ההתרשלות בעוולת הרשלנות, כאשר מקור ההתרשלות הוא בהפרה של נורמה מהמשפט המינהלי, בית המשפט בחן את הדברים באספקלריה של הדין המינהלי, תוך בחינת הליך קבלת ההחלטה המינהלית, להבדיל מתוכן ההחלטה, ותוך הרחבת "מתחם הסבירות הנזיקי" של ההחלטה המינהלית (ת.א. (מחוזי חיפה) 195/01 גיל אימפורט בע"מ נ' מדינת ישראל - אגף המכס פס' 49 ו-51 לפסק דיני (23.10.08)).

25. דוגמה נוספת היא פסק הדין בע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי (15.12.2011) (להלן: עניין סעידי). באותו עניין, על אף שבג"ץ הביע דעתו כי המעצר מתארך מעבר למידה הראויה, קרי, כי נפגעה זכותם החוקתית של התובעים לחירות, נקבע בפסק דינה של השופטת חיות ש"העובדה כי בג"ץ ציין בפסק הדין בעתירה הראשונה שהמשיבים מצויים במעצר לצורך גירוש תקופה ארוכה מדי, אינה מובילה בהכרח אל המסקנה כי הדבר נובע מהתנהלות רשלנית של המדינה" (בקשה לדיון נוסף נדחתה - דנ"א 441/12 סעידי ואח' נ' מדינת ישראל (22.8.2012)). לפנינו דוגמה לכך שפגיעה בזכות חוקתית לחוד ורשלנות נזיקית לחוד.

26. דוגמה נוספת ומאלפת לכשעצמה אנו מוצאים ברע"א 8286/13 נטו מ.ע. סחד מזון בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (25.12.2013) (להלן: עניין נטו). באותו מקרה, נתקבלה עתירתה של המערערת לבג"ץ כנגד פסילת תשדיר פרסומת על ידי המשיבה, וזאת נוכח חופש הביטוי המסחרי. אלא שהתביעה הנזיקית של המערערת לפיצויים בגין הפגיעה בזכותה החוקתית לחופש הביטוי נדחתה על ידי בית משפט השלום ועל ידי דעת הרוב בבית המשפט המחוזי. בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון נדחתה באשר מדובר ב"גלגול שלישי". השופט פוגלמן ציין כי ענייננו ביישום פרטני וקונקרטי של ההלכה הנוגעת ל"יחסי הגומלין בין קביעה שיפוטית שלפיה החלטה של רשות ציבורית נמצאה בלתי סבירה בגדר המשפט המינהלי לבין אמת המידה להטלת אחריות בנזיקין" תוך שהוא מפנה להלכות כים ניר ואבנעל. זאת, על אף שהתוצאה בשני מקרים אלה הייתה שונה לחלוטין.

מכל מקום, המקרה שנדון בעניין נטו מדגים כי קבלת עתירה בעילה חוקתית-מינהלית בבית המשפט המוסמך (בג"ץ או בית משפט לעניינים מינהליים), אינה סוללת בהכרח את הדרך להכרה בתביעה כספית נזיקית.

27. מעניין לציין כי במקרים אחרים נקבע כי ה"הכשר" שניתן לפעולה המינהלית על ידי בית המשפט בכובעו המינהלי, מהווה אינדיקציה, ואף מעין מעשה בית דין לכשירות הפעולה גם במישור הנזיקי. כך, בעניין איזוטסט, עתרה המערערת לבג"ץ על כך שהגוף המינהלי החליט לשלול ממנה את ההסמכה לנהל מעבדה לבדיקות איכות בענף הבנייה והסלילה. בעוד העתירה תלויה ועומדת, נזדרזה המערערת והגישה תביעה בנזיקין. השופט ג'ובראן עמד על כך שהעתירה נדחתה לגופה, לאחר שבג"ץ התייחס באופן פוזיטיבי לטענות במישור המינהלי ושלל אותן באופן חד משמעי, בקובעו כי הרשויות "לא פעלו בניגוד עניינים ומתוך שיקולים זרים, כי לא נפל כל פגם



בהחלטותיה של הרשות, וכי הרשות הקפידה בבדיקת העובדות והתנהלה בצורה זהירה ומתונה, תוך מודעות לחופש העיסוק של המערערת ולמעמדה העסקי". נקבע כי קביעות אלה מהוות השתק פלוגתא במסגרת ההליך האזרחי. על אף שאין זהות מוחלטת בין הסבירות במשפט המינהלי לסבירות במשפט הנזיקי, נקבע כי נוכח הקביעות הנחרצות בעתירה באשר להתנהלות הרשות, ברי שלא נפל כל פגם בהחלטותיה של הרשות, וממילא יהיה זה "קשה עד בלתי אפשרי לקבוע במסגרת הליך אזרחי כי הרשות התרשלה בהתנהלותה אל מול המערערת".

פסק דין זה מדגים כי דחיית עתירה בעילה מינהלית בבית המשפט המוסמך (בג"ץ או בית משפט לעניינים מינהליים), עשויה לעיתים לחסום את הדרך להכרה בתביעה כספית נזיקית.

28. בע"א 8835/07 רס-שן שירותים והשקעות בע"מ נ' עיריית ירושלים (8.12.2010) נדונה תביעה של חברת הסעות שהעירייה הפסיקה לעבוד עמה בעקבות דוח ביקורת שהסתמך על חקירה פרטית שנערכה, ממנו עלו לכאורה ליקויים חמורים בהתנהלותה, בעיקר בנושא הבטיחותי. אלא שנתברר כי דוח החקירה לא נערך כדבעי, ועל אף הפצרות חוזרות ונשנות של חברת ההסעות לבדוק את הדוח ואת הקלטות עליהן הוא מסתמך, לא נעשה דבר בנדון. חברי, השופט רובינשטיין, שישב בדין באותו מקרה, מצא לפסוק פיצוי לזכות חברת ההסעות, בשל "הפרת החובה המינהלית לשמוע לעומק את טענותיה, וכלשונו:

"משעה שהיתה בחינת צועק ואינו נענה, יכולה וצריכה היתה העירייה לכאורה, על-ידי עובדיה, לצפות את האפשרות לקרות הנזק הספציפי, וניתן לדעתי לומר כי התקיימה חובת זהירות קונקרטי... זאת, במיוחד נוכח העלות הנמוכה לצוות הביקורת בבדיקת העניין ובמניעת הנזק, ושוב, משהיה הנושא בחקירת משטרה – גם בתיאום עמה".

לטעמי, במקרה זה מדובר ברשלנות "פקידותית-בירוקרטית" רגילה, שנבחנה בעיניים נזיקיות של צפיות ותוחלת הנזק. התוצאה מזכירה במידת-מה את עניין בוטקילה, שם הוטלה אחריות על המשטרה שאכפה צו מניעה כנגד האדם הלא נכון, על אף "הסבריו וטענותיו... כלפי השוטרים... כי אין הצו חל עליו כלל (ו) אנשי המשטרה בשלהם...." (שס, בעמ' 341).

סקרנו לעיל חמישה מקרים שונים, כאשר בשלושה מהם (כיום ניר, סעידי ונטו), קבלת העתירה המינהלית או החוקתית, לא הביאה להטלת אחריות בנוזיקין, במקרה אחד (איזוטוטו) דחיית העתירה המינהלית הביאה מיניה וביה לדחיית התביעה הנזיקית. בכל ארבעת המקרים הנ"ל, התקיים הליך מינהלי והליך אזרחי, ואילו בעניין רם-שן, התקיים הליך אזרחי במסגרתו נתבעו פיצויים בגין ביטול חוזה (בעקבות זכייה במכרז) שלא כדין, וכפי שאמרנו לעיל, מדובר ברשלנות "פקידותית-בירוקרטית" רגילה.

29. הדין המינהלי התעצב במהלך השנים והצמיח שורה של עילות. כיום, יודע כל פרח משפטים כי הרשות הציבורית חייבת להפעיל את סמכותה במהירות הראויה (וראו גם סעיף 11 לחוק הפרשנות); כי החלטת הרשות צריכה להתבסס על תשתית עובדתית; כי יש ליתן זכות שימוע למי שעלול להיפגע מהחלטתה; כי על הרשות לשקול רק שיקולים עניינים להבדיל משיקולים זרים; לנמק את החלטותיה; לפעול שלא מתוך משוא פנים וניגוד עניינים, לפעול באופן שוויוני; לפעול במסגרת סמכותה; ולסופם של כל אלה - לפעול בהגינות ולקבל החלטה סבירה ומידתית. במובן ההופלדיאני, ניתן לומר כי מול חובות אלה של הרשות המינהלית, עומדת לפרט הזכות המינהלית שלא להיפגע על ידי החלטה מינהלית לא חוקית. הזכות המינהלית יכול ותהא חיובית, כמו הזכות לקבל רישיון, או שלילית, דהיינו, הזכות שלא להיפגע ממעשה המינהל (זמיר - הזכות המינהלית, 136, 140).

האם משמעות הדבר היא, שכל אימת שהרשות חוטאת בהפרה של אחת מהנורמות דלעיל, תוך פגיעה בזכות המינהלית של הפרט, יש לראותה כמי שהתרשלה על פי עוולת הרשלנות בנוזיקין? לטעמי, מהפסיקה שנסקרה לעיל ניתן ללמוד כי "שלא כדין" במשפט המינהלי, אינו בהכרח התרשלות בדין הנזיקין, ונודמן לי בעבר לעמוד על ההבחנה בין שני התחומים:

"...המונח 'שלא כדין' אינו מגלם בהכרח אשם, והוא מונח סל אליו אנו משליכים את כל המריעין בישיין של המשפט המנהלי: אי סבירות, העדר מידתיות, הפרה של כללי הצדק הטבעי, הפליה, שרירות, חריגה מסמכות וכיו"ב. כאשר בית המשפט מתערב במעשה או במחדל המינהלי בשל אחת מעילות אלו, הוא מכריז בכך שהרשות המינהלית פעלה 'שלא כדין'. אך מונח זה אינו מושג נרדף ל'רשלנות'. 'רשלנות' לחוד ו'שלא כדין' לחוד" (ת.א. (מחוזי חיפה) 653/02 פ. יעקבי בניה והשקעות נ' עיריית חדרה (31.10.2005). פסק הדין אומץ בבית המשפט העליון בע"א 11662/05 ((27.11.2008)).

דברים דומים אמרתי בעניין טעידי :

”אין שוויון מתמטי בין סמכות סטטוטורית לבין חובת זהירות ברשלנות. מכאן, שלא כל אימת שבית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק דוחק ברשות המינהלית, מבקר את הרשות המינהלית או אף פוסק כנגד הרשות המינהלית, הדבר יוצר מיניה וביה עילת תביעה בנזיקין. על הצורך להישמר מטשטוש הגבולות בין דיני הנזיקין לדין המינהלי עמדתי במקום אחר, ואיני רואה להרחיב (יצחק עמית ”על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט“ דין ודברים ו 17, 21-24 (2011))”

31. הראינו כי הפסיקה, שהייתה ערה לממשק המינהלי-נזיקי, נקטה משנה זהירות בבואה ”לשתול“ הפרה של נורמה מהמשפט המינהלי-חוקתי במסגרת עוולת הרשלנות, נוכח השוני בין שני התחומים. אצביע להלן על מספר הבחנות בין דיני הנזיקין לדין המינהלי-חוקתי, ומבלי להתיימר למצות את הדברים.

א. בדיני הנזיקין בחינת הדברים נעשית על פי רוב בדיעבד ועל כן אינה דורשת שינוי התנהגות של הרשות, בעוד שבדין המינהלי הסעד המתבקש צופה פני עתיד או הווה ומכאן נגזרים סעדים שונים. בהקשר זה, במשפט המינהלי עומדת לרשות חזקת התקינות, חזקה שעלולה לאבד מתוקפה בדיעבד, כאשר מתברר כי פלוני ניזוק עקב מעשה או מחדל של הרשות. יחד עם זאת, לחיוב תדיר של הרשות בפיצוי כספי, במיוחד נוכח המגמה של הרחבת האחריות של רשויות ציבוריות, עשויה להיות השלכה של ממש על שיקולי המדיניות של הרשות (גלעד – גבולות האחריות, בעמ' 1036, 1056 ; פוליאק – הזכות המנהלית, בעמ' 294, ה"ש 137).

ב. סעדים שונים ופורום שונה – כאמור, סעד הציווי במשפט המינהלי צופה פני עתיד או הווה מול סעד הפיצויים בדין הנזיקי הצופה פני עבר. עם זאת, יש לזכור כי גם בדיני הנזיקין קיימים סעדים ותרופות של אכיפה וציווי שהשימוש בהם יכול למנוע התרחשות עתידית או להפסיק התנהגות מפרה, והקודיפיקציה אף צפויה ליתן עדיפות לתרופת האכיפה (אלעד פלד ”תרופת האכיפה בדיני הנזיקין“ דין ודברים ו' 601, 611 ו-627 (תשע"ב)).

ככלל, הסמכות העניינית הולכת אחר הסעד, וכאשר ראובן תובע פיצויים מהרשות המינהלית התביעה תידון בבית משפט השלום או המחוזי, בהתאם לסכום התביעה. כאשר מתבקש סעד של ציווי, הסמכות העניינית בתקיפה ישירה נתונה לבית

המשפט לעניינים מינהליים או לבג"ץ לפי העניין. הדעה המקובלת היא כי ההתערבות בשיקול הדעת של הרשות גדולה יותר בסעד של ציווי מאשר בסעד כספי (ברק-ארז – כלכלי, בעמ' 414).

ג. בדיני הנזיקין אנו בוחנים, בדיעבד, עניינו של ניזוק ספציפי, ופעמים רבות, גם בדין המינהלי, נבחן עניינו של עותר ספציפי. עם זאת, בדין המינהלי (והחוקתי), הסוגיה נבחנת לעיתים כעתירה הקשורה לציבור, כגון עתירה הנסבה על כך שהשר לא התקין תקנות על פי חוק מסויים, או שהשר לא מילא חובתו להתייעץ עם גוף מסויים. החלה של נורמות מתחום המשפט המינהלי בדיני הנזיקין תיעשה אפוא כאשר מדובר בניזוק מסוים בשל מעשה או מחדל ספציפיים בהפעלת סמכות הרשות, כך ש"השיח על 'זכות מינהלית' צריך להתייחס אפוא לנורמות של המשפט המנהלי שמושאן הוא פרט ספציפי או קבוצה מוגדרת" (פוליאק - זכות מנהלית, 282). זאת, להבדיל מהטלת אחריות נזיקית לטובת ציבור בלתי מסוים בשל הפעלה או אי הפעלת סמכותה של הרשות. הטעם לדבר הוא, שלצורך הטלת אחריות בעוולת הרשלנות, אנו דורשים "קרבה" בין המזיק לניזוק מסוים, קרבה השונה מן הקשר בין המזיק לציבור הרחב. לדוגמה: תביעה בנזיקין בשל נזק שנגרם למפעל עקב שריפה שפרצה בשדה קוצים בתחום שיפוט רשות מקומית, לעומת עתירה להורות לרשות המקומית לטפל בכל המגרשים והמבנים הנטושים בתחום שיפוטה.

[במאמר מוסגר אציין כי להבחנה בין ציבור מסוים לציבור בלתי מסוים יש משקל במשפט המינהלי עצמו, כמו ההבחנה בין ציפיה שיש לציבור בלתי מסוים לעומת הסתמכות והבטחה מינהלית לאדם או לציבור מסוים (דפנה ברק-ארז "הגנת הציפיה במשפט המינהלי" עיוני משפט כז 209 (2003); דפנה ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי" משפטים כז 17 (1996)].

כך, לדוגמה, בע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני ברק, פ"ד מג(3) 343 (1989), הוטלה אחריות על העירייה בגין נזק שנגרם לתובע שנפגע במהלך ניסיון כושל לחצות רחוב, תוך שהוא מדלג מעל שלולית גדולה של מי ביוב שנקוותה שם. הצפת הרחוב במי שופכין הייתה חזון נפרץ, והעירייה, שהייתה מודעת היטב למצב, לא השקיעה את המשאבים הדרושים לפתור את הבעיה מן השורש. נקבע כי העירייה התרשלה שכן במסגרת אילוציה התקציביים "מחובתה של העירייה לדאוג, במסגרת הסביר, לתקינותה של מערכת הביוב אשר בתחום שיפוטה ואחריותה".

במישור דיני הנזיקין, בית המשפט התערב לכאורה באילוצי ובשיקולי התקציב של העירייה, אך יש להניח כי אילו הייתה מוגשת עתירה לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מינהליים להורות לעירייה לתקן את מערכת הביוב באופן יסודי, העתירה הייתה נדחית, מן הסתם, מהטעם שבית המשפט אינו נכנס לשיקולי העיריה כיצד לנהל את משאביה המוגבלים (ראו אריאל פורת "דיני הנזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א 221, 259-264 (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ב) (להלן: פורת – ספר השנה תשנ"א); אריאל פורת נזיקין כרך א 207-212 (2013) (להלן: פורת – נזיקין).

ד. בהמשך לאמור לעיל, יכול ובית המשפט המינהלי לא יורה לרשות לפעול או לחדול מפעולה, בשל שיקולי מדיניות של הרשות. אך במסגרת אותם שיקולי מדיניות על הרשות לקחת בחשבון את המישור הנזיקי, קרי, כי לשיקולי המדיניות יש מחיר בדמות פיצויים לניזוק שייפגע עקב אותה מדיניות. עמד על כך השופט (כתוארו אז) ברק בעניין עיריית חדרה:

"טול את המקרה, בו מחליטה הרשות המינהלית על קו פעולה אשר עשוי לגרום אחריו תביעות נזיקין, תוך מודעות לכך, ותוך נכונות מסוימת, לשלם פיצויים בגין זאת. ייתכן כי במישור הציבורי נראה בהחלטה זו החלטה סבירה, ואילו בתחום הפרטי נראה בה התרשלות המחייבת פיצוי" (שם, בעמ' 770).

ומזווית אחרת. במצב הדברים הרגיל, היעדרות לסעד מינהלי משמעה כי בית המשפט מורה לרשות להפסיק לפעול בדרך בה פעלה, בעוד שקבלת תביעה נזיקית משמעה כי הרשות חייבת לפצות את הניזוק בכסף, אך היא רשאית להמשיך בפעולתה תוך שהיא לוקחת בחשבון שלפעילות זו עלול להיות מחיר נזיקי.

ה. לא התכליות ושיקולי המדיניות של הדין המינהלי (והחוקתי) כתכליות ושיקולי המדיניות של דיני הנזיקין, שבבסיסם עקרון השבת המצב לקדמותו, הרתעה, צדק מתקן וצדק חלוקתי, הכוונת התנהגות ופיזור הנזק (ראו פורת – נזיקין, 85-25).

ו. עמדנו על כך, שרכיב ההתרשלות בעוולת הרשלנות נבחן על פי השאלה אם הנתבע סטה מסטנדרט הזהירות של "האדם הסביר" או איש המקצוע הסביר (כגון, הרופא הסביר), ובקיצור, אי סבירות רגילה. לא כך במשפט המינהלי, במסגרתו, כאמור, בית המשפט יתערב בפעולת הרשות, רק כאשר אי הסבירות היא "קיצונית, מהותית, מפליגה, או כזו 'היורדת לשורש העניין'" (גלעד – גבולות האחריות, 1037).

מכאן, שסף האחריות המינהלי הוא גבוה יותר (יואב דותן "האחריות הנזיקית של עובד- ציבור המפעיל סמכויות של שיקול דעת" משפטים טו 245, 266 (תשמ"ו)).

ז. בדיני הנזיקין נכונותו של בית המשפט לפסוק פיצויים מושפעת לעיתים מסוג הנזק שנגרם לניזוק, על פי ההיררכיה נזק גוף – נזק ממוני – נזק כלכלי טהור – נזק רגשי או לא ממוני, פגיעה באוטונומיה (לשיטתם של הגורסים כי מדובר בראש נזק נפרד מנזק לא ממוני). ואילו במשפט המינהלי (והחוקתי) ניתן משקל לשיקולים ערכיים ושיקולים של זכויות יסוד חוקתיות כמו חופש הביטוי או חופש הדת והמצפון. כלומר, הדין הנזיקי המסורתי מעמיד בראש סדר העדיפויות את הפיצוי על נזקי גוף ורכוש, בעוד שהדין החוקתי מעלה על ראש שמחתו גם זכויות מופשטות יותר. בשל כך, ייתכן שבית המשפט המינהלי יתערב בהחלטת הרשות ויורה לה ליתן רשיון הפגנה, אך תידחה תביעה נזיקית לפיצויים בגין אי מתן רשיון הפגנה, או בגין כך שהמטרה לא הגנה על מפגינים שסבלו מהתנכלות עוברים ושבים ועקב כך לא עלה בידם להפגין (השוו ת"ק (י-ם) 56071-11-15 פואה נ' מדינת ישראל (2.8.2016), שם דחה בית המשפט לתביעות קטנות (השופטת ס' אלבו) תביעת נזיקין שהוגשה כנגד המשטרה, בגין כך שלא פעלה כדי להשתיק נשים מוסלמיות שצעקו בהר הבית לעבר יהודים שביקרו במקום. בתביעה נטען כי עקב כך נגרם נזק נפשי לילדיו של התובע. לדעה אחרת, לפיה ראוי לפסוק פיצוי בגין מחדל המשטרה להגן על מפגינים מפני התנכלות, ראו יואב דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם" משפט וממשל ב 97 (התשנ"ב)).

ח. בדין המינהלי קיימות עילות סף כמו שיהוי, חוסר נקיון כפיים, עתירה כוללת וכיו"ב, המאפשרות סינון ודחייה של העתירה על הסף, שאינן קיימות בדיני הנזיקין.

ט. גם מקום בו נפל פגם מינהלי, רשאי בית המשפט להורות כי הפעולה המינהלית תישאר בתוקפה מכוח כלל התוצאה היחסית (הבטלות היחסית). דהיינו, לבית המשפט נתון שיקול דעת אם להכיר בתוקף של האקט המינהלי, על אף הפגם שנפל בה (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 683 (התשנ"ו)). לעומת זאת, בדיני הנזיקין, אם נמצא כי הרשות פעלה ברשלנות, יינתן הסעד המבוקש של פיצויים.

י. בדין המינהלי די לעיתים לעותר להראות כי הרשות פעלה שלא כדין כלפיו כדי לקבל צו עשה. לעומת זאת, בדין הנזיקי לא סגי בהתרשלות כשלעצמה כדי להקים חובת פיצויים, ועל התובע להוכיח קיומו של קשר סיבתי ובהמשך קיימות מסוננות

נוספות כמו חובת הקטנת הנזק, אשם תורם או שיקולי מדיניות השוללים הטלת אחריות על הרשות הציבורית.

[במאמר מוסגר: על אף ההבחנות דלעיל בין המשפט "האזרחי" למשפט "המינהלי", אנו עדים למגמה של ריבוי תביעות נזיקיות שעילתן בהפרה של נורמה מינהלית. דומה כי הסיבה לכך היא שהשיח המינהלי הוא ברובו שיח של סמכויות וחובות מינהליות ולא שיח של זכויות מינהליות (זמיר – הזכות המינהלית, 137, 148)). ייתכן כי הפתרון לחולשתה של הזכות המינהלית הוא לא בשטח המשפט האזרחי, אלא בשטח המשפט המינהלי, ויש המציעים לחזק את הזכות המינהלית בדרכים שונות, כמו הקלה בתנאי הסף או רפורמה בכללים הדיוניים (שם, עמ' 174-167)].

32. העולה מן המקובץ, כי בכואנו לדון ב"עוולה היברידית" – עוולה ששורשיה יונקים ממי התהום של המשפט המינהלי אך גזעה וענפיה תחומים בעוולת הרשלנות (או בעוולה של הפרת חובה חקוקה) – שומא עלינו לפעול בזהירות רבתי לאור ההבדלים בין שני התחומים. הכוונה היא בעיקר לתביעות שאותן סיווגנו בקטיגוריה הרביעית, קרי, טענה להתרשלות של הרשות הציבורית במעשה או במחדל, בכך שהיא פועלת שלא כדין, תוך הפרה של נורמה מינהלית, הפרה שיש עמה אשם. אציע להלן מעין "תרשים זרימה" לבחינת הדברים, כאשר הרעיון העיקרי הוא כי בבחינת תביעות מסוג זה, נדרש בית המשפט להרכיב שני זוגות משקפיים – משקפיים שעליהן "מסננת אחריות" של המשפט הנזיקי ומשקפיים שעליהן "מסננת אחריות" של המשפט המינהלי.

ראשית, יש לבחון אם מדובר במעשה עשוי או נזק שהתגבש, שאם לא כן, על התובע למצות את ההליך המינהלי תחילה.

בהמשך, על בית המשפט לבחון את התביעה באספקלריה של עילות הסף בדין המנהלי – האם התובע פעל בשיהוי או בחוסר נקיון כפיים או בדרך אחרת בגינה היה נדחה על הסף בערכאה המנהלית. עם זאת, ברי כי חלק מעילות הסף המינהליות – כמו עתירה תיאורטית או כוללנית – אינן מתאימות או רלוונטיות לתביעה של סעד כספי. גם עילת סף כמו ניקיון כפיים, צריכה להיבחן בזהירות, באשר במצב הדברים הרגיל, אין זו עילה המיושמת בדין האזרחי ויש המציעים לרככה גם בתחום המינהלי (השוו זמיר – הזכות המינהלית, 171). כך גם לגבי עילת השיהוי, שכוחה רב לה במשפט המינהלי, אך במשפט האזרחי, על פי רוב תקופת ההתיישנות היא הקובעת.

בהמשך, יש לבחון את ההתרשלות הנטענת לגופה באספקלריה כפולה: בדין המינהלי - האם נפל פגם בפעולות הרשות או בהליך המינהלי, האם יש בפגם אשם מצד הרשות ומהי עוצמת הפגם המינהלי ועוצמת האשם. לא כל פגם מינהלי מהווה אינדיקציה להתרשלות נזיקית. כפי שלצורך פסילת אקט מינהלי אנו דורשים אי סבירות קיצונית או חמורה, כך ב"תרגום" למינוח נזיקי, אני סבור כי רק התרשלות חמורה או חסרת תום לב של הרשות, שבאה לידי ביטוי בהפרה עוצמתית של נורמה מינהלית, תצדיק הטלת אחריות נזיקית (השוו גלעד – גבולות האחריות 1060, 1150). בדין הנזיקי – יש לבחון את רכיב ההתרשלות תוך הפעלת מבחן הצפיות הטכנית (האם יכולה הייתה הרשות לצפות); לאחר מכן יש לבחון את הקשר הסיבתי וקיומו של נזק. כך, בפסק הדין בת.א. (מחוזי י-ם) 8036/06 כץ נ' מדינת ישראל (14.9.2009) (להלן: עניין כץ) הוטלה אחריות נזיקית על המדינה והיא חויבה בתשלום פיצויים למשפחתו של נעדר מקרב סולטאן יעקב במלחמת לבנון הראשונה, בשל כך ששינתה את סיווגו מ"נעדר" ל"חלל שמקום קבורתו לא נודע" מבלי ליתן קודם לכן זכות טיעון למשפחתו. בית המשפט קבע כי על אף שלא מתקיים קשר סיבתי, ויש להניח כי התוצאה לא הייתה משתנה אילו ניתנה זכות טיעון למשפחה, יש לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה (עוד לעניין הקשר הסיבתי ראו הדוגמאות בפס' 23 לעיל).

בשלב האחרון יש להכניס לתמונה את המסננת של שיקולי מדיניות. באספקלריה הנזיקית – האם יש שיקולים השוללים את האחריות חרף קיומה של התרשלות, שיקולים השוללים את הצפיות הנורמטיבית (למודל הבחינה בעוולת הרשלנות ראו פסק דיני בע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני (15.7.2013)). ובאספקלריה המינהלית – האם ראוי "להלביש" על סוג זה של פגם מינהלי מחלצות נזיקיות, ובכך להעביר פעולה מנהלית מובהקת אל תחומי המשפט הפרטי.

בנוסף, ככל שבאספקלריה מינהלית היינו מגיעים למסקנה כי ראוי להחיל את כלל התוצאה היחסית ולהותיר את המעשה המינהלי בתוקפו על אף הפגם, האם יש לאמץ תוצאה זו גם לגבי הסעד של פיצויים ולשלול גם סעד זה. או להיפך, דווקא בשל התוצאה של בטלות יחסית במישור המינהלי יש להכיר בסעד הפיצויים. רמז לאפשרות זו אנו מוצאים בבג"ץ 8371/09 דורון נ' שר הפנים (7.7.2010), שם נקבע כי על אף שהעותר הועבר מתפקידו שלא מסיבה מוצדקת, אין להחזירו לתפקידו לאור ההשלכות של ביטול ההחלטה על צדדים שלישיים ועל האינטרס הציבורי, וכי "ראוי בנסיבות המקרה, בעידן של 'בטלות יחסית', לבכר שימוש בסעד של פיצוי כספי על פני בטלות של ההחלטה (מבלי לקבוע מסמרות אם התביעה שתוגש תהיה לפיצוי נזיקי או לפיצוי בגין עוולה מינהלית...)". (שם, פסקה 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן), והשופטת



(כתוארה אז) נאור העירה כי "גם אני אמנע מבחינת השאלה – שאולי תתברר במקום אחר – מהן העילות האזרחיות העומדות לעותר" (לדעה לפיה באותם מקרים בהם בית המשפט מחיל את דוקטרינת התוצאה היחסית יש מקום להכיר בסעד כספי מנהלי ראו פוליאק – הזכות המנהלית 293-295).

ולאחר כל אלה, יש להוסיף ולבחון את התביעה תחת החסינויות וההגנות הנזיקיות, לרבות דוקטרינות הקטנת הנזק, האשם התורם והסתכנות מרצון.

33. חברי, השופט רובינשטיין, העלה על נס את השיקול של הרתעת הרשות הציבורית כשיקול להרחבת אחריותה הנזיקית, ואף הוסיף וציין כי "אולי יבוא יום ש'רשלני רשות' גם ישלמו מכיסם יותר מן הנהוג והנדיר כיום" (פסקה כד לפסק דינו). ארשה לעצמי להסתייג מהערה זו, באשר לנושא של אחריות אישית מוסדר כיום בסעיף 7א לפקודת הנזיקין בעקבות תיקון מס' 10 (רע"א 775/11 פלקסר נ' מדינת ישראל - משטרת ישראל (11.8.2014)).

מכל מקום, מול שיקול ההרתעה והכוונת התנהגות הרשות, ושיקולים נוספים בעד הרחבת אחריות רשויות ציבור, כגון פיזור הנזק ו"כיס עמוק" של הרשות, ניתן להצביע על שורה של שיקולים נוגדים, שבהם יש להתחשב בבואנו להטיל אחריות נזיקית על הרשות הציבורית, כגון - החשש להרתעת יתר של הרשות; עלות התדיינות גבוהה לרבות ריבוי התדיינות; הטלת עומס כספי על הקופה הציבורית; עיוות בשיקול הדעת המינהלי של הרשות (גישה מתגוננת ותסמונת ה"ראש הקטן"); פגיעה בהפרדת הרשויות ועקיפת המשפט המינהלי (גלעד – גבולות האחריות, 1050-1057; ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק א) משפט וממשל ב 339 (תשנ"ה); גלעד – האחריות בנזיקין). לביקורת על הרחבת אחריות רשויות ציבור ראו זנדברג וגדרון – מדרון חלקלק).

לצד שיקולים אלה, יש לבחון מספר פרמטרים – שנכנסים ב"תרשים הזרימה" בשלבים שונים – ואשר כוחם יפה במיוחד כאשר עולת הרשלנות מכוחה מוגשת התביעה, יונקת מעילה שמקורה בהפרה של נורמה מתחום המשפט המינהלי, ובין היתר:

א. האם מדובר במעשה או במחדל, שאז הנטייה להטיל אחריות קטנה

יותר;

ב. האם מדובר בהפרה של חובת הזהירות כלפי ניזוק מסויים או ציבור מסויים, שאז הנטייה להטיל אחריות גדולה יותר בשל עקרון "הקרבה" בין המזיק לניזוק.

ג. האם מדובר בהפעלה רשלנית של סמכויות ביצוע או בשיקולים של מדיניות, שאז הנטייה להטיל אחריות קטנה יותר ויש מקום גם לשיקולים תקציביים. בתביעה נזיקית רגילה, בית המשפט מיישם את נוסחת הנד, קרי, המבחן הכלכלי של הוצאות מניעה מול תוחלת הנזק. אך בתביעה שמקורה בהפרה של נורמה מינהלית או פגיעה בזכות חוקתית, צריך לקחת בחשבון כי הטלת אחריות על הרשות עשויה לבוא לידי ביטוי בהסטת משאבים על חשבון אינטרסים אחרים (לדעה אחרת, השוללת ההבחנה בין סמכויות ביצוע לשיקולי מדיניות ראו עניין זוהר ועניין שתיל. להבחנה בין סמכויות שבשיקול דעת לבין סמכויות ביצוע של הרשות ראו גלעד – האחריות בניזקין; פורת – ספר השנה תשנ"א, בעמ' 256-264; גלעד – גבולות האחריות, בעמ' 1063-1062).

ד. סוג הנזק – האם מדובר בנזק גוף, נזק ממוני, נזק כלכלי טהור, נזק בלתי ממוני או בפגיעה באוטונומיה (לגישתם של אלה הרואים פגיעה באוטונומיה כראש נזק נפרד מנזק בלתי ממוני), מהכבד אל הקל, שאז הנטייה להטיל אחריות קטנה יותר (וראו גדרון – מדרון חלקלק, הטבלה בעמ' 471). כך, על דרך הכלל, איני סבור כי הפרה של נורמה מינהלית, כגון הפרה של זכות הטיעון, מצדיקה מיניה וביה פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה או בגין נזק לא מוחשי כפי שנעשה בעניין אבנעל ובעניין כץ.

ה. ולבסוף, ולא אחרון בחשיבותו, לשיקולי המדיניות והשכל הישר תפקיד חשוב ב"סינון" תביעות רשלנות היונקות את עילתן מהפרה של נורמה במשפט המנהלי. קשה להלום כי כל הפרה או אי תקינות מינהלית תנביע אחריות על פי עוולת הרשלנות. לא כל אי מתן הנמקה, תשובה או זכות טיעון בנסיבות שגרתיות תביא להטלת אחריות על הרשות (ברק-ארז – כלכלי 413).

שיקולים ופרמטרים אלה, לצד השימוש ב"מסנני אחריות" מינהליים ונזיקיים ושיקולי מדיניות משפטית, יש בהם כדי למנוע הזרמה חסרת בקרה של המשפט המינהלי אל תוך דיני הנזיקין, כך שלא כל הפרה של נורמה מינהלית (או חוקתית) תתרגם עצמה מיניה וביה לתביעה בעוולת הרשלנות.

34. אני מצטרף למסקנתו של חברי כי ההחלטה הראשונית על הרחקתו של המבקש מהר הבית לא חרגה ממתחם הסבירות המינהלי ומסטנדרט הסבירות הנזיקי. כך נקבע גם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, שעמד על כך שהתנהגות המבקש בהר הבית, כפי שעלתה מהתיעוד בכתבה, יצרה "פוטנציאל סיכוני גדול" והעלתה את סף הרגישות בהר הבית.

35. אין חולק כי במישור המינהלי, חובה על הרשות לחזור ולבחון את החלטותיה מעת לעת. אך בדוננו לעיל בשאלת התקיפה הישירה מול התקיפה העקיפה, עמדתי על כך שפנייתו של המבקש לבית משפט השלום לא הייתה במקומה מלכתחילה, ונועדה לעקוף את בג"ץ. ככלל, סעד הפיצויים נוכח הפרת נורמה מינהלית, אמור להיות סעד שיורי במקרים של מעשה עשוי, ולאחר מיצוי ההליך המינהלי (וראו אך לאחרונה בג"ץ 4844/16 חננאל בוצקו נ' מדינת ישראל-משטרת ישראל-מרחב דוד (6.12.2016), שם נקבע כי המשטרה נהגה לכאורה בניגוד לנוהל הנוגע להגבלת העלייה להר הבית).

בחינת סבירות החלטה של המשטרה – החלטה שנמצאת בליבת שיקול הדעת של המשטרה כמי שאחראית על הבטחת הסדר והביטחון בכלל, ובהר הבית בפרט – היא בבית המשפט שדן בסוגיות מינהליות, ובמקרה דנן, בבג"ץ. המבקש אינו יכול לטעון כי טעה בכתובת והתדפק בתום לב על הדלת הלא נכונה, לאחר שהשופטת נ' בן-אור בבית המשפט המחוזי הבהירה לו בהחלטתה, בה ביטלה את הצו הזמני שניתן על ידי בית משפט השלום, כי הדרך לתקיפה ההחלטה היא בתקיפה ישירה בעתירה לבג"ץ ולא בתקיפה ישירה במסגרת תביעה כספית.

כבר בהחלטת בג"ץ משנת 2009 הוזהר המבקש על ידי חברי, השופט רובינשטיין, כי "העותר יתן אל ליבו כי רצונו לעלות להר הבית, ועל כן יעמוד בתנאים – ורוב דברים אך למותר [...] יתנו הפרקליטות והמשטרה אל ליבן כי ככל שיעמוד העותר בתנאים, יאופשר לו לעלות ככל יהודי אחר" (בג"ץ 4852/09 גליק נ' משטרת ישראל מחוז ירושלים, פס' ו (22.12.2009)) (הדגשה הוספה – י"ע). בהמשך ובהתאם להחלטה זו חתם המבקש על התחייבות להימנע מהפרת תנאי הביקור הנוהגים בהר הבית. בפני המשטרה עמדה הכתבה ששודרה בערוץ 10, ממנה עולה כי המבקש הפר כתבי התחייבות עליהם חתם, ובמסגרתם התחייב לעמוד בתנאים ובהגבלות לשהייתו במתחם הר הבית. בכך הפר המבקש את האמון שניתן בו, ובהינתן הרגישות המיוחדת הקשורה לנושא תפילות יהודים בהר הבית, לא ייפלא כי המשטרה אסרה עליו את העלייה להר

הבית. כאמור, לא חלפו 11 יום, והמבקש הגיש ביום 27.2.2011 את תביעתו הנזיקית. האם זה המקרה שבית המשפט צריך לצאת מגדרו ולהושיט סעד למבקש? תמהני.

די בכך שהמבקש נקט בדרך בה נקט כדי לדחות את תביעתו, אך למעלה מן הצורך, אמשיך ואבחן את עילת תביעתו על פי "תרשים הזרימה" המוצע.

36. כשלעצמי, איני משוכנע כי אכן היה מקום לקביעה כי המשטרה לא בחנה את עניינו של המבקש במהלך כשנתיים. כפי שפירט בית המשפט המחוזי בסעיף 139 לפסק דינו, הוגשו לבית המשפט מסמכים המעידים על הערכות מצב שקיימה המשטרה מעת לעת, הערכות שבהן נזכר המשיב. כך, לדוגמה, בהערכת מצב מחוזית מיום 31.5.2012 נכתב כי המשיב יישאר בסטטוס מנוע כניסה. מכאן ניתן להסיק כי הופעל שיקול דעת חוזר בעניינו של המשיב. לכך יש להוסיף כי "אין די בכך שהניזוק מצביע על משך הזמן שחלף, אלא עליו להראות באופן מיוחד היכן המעשה או המחדל הספציפיים המהווים את הרשלנות המינהלית" (עניין מרכז ברוך עמ' 846).

למרות זאת, ולו לצורך הדיון, אני נכון לקבל את קביעת בית המשפט המחוזי כי המשטרה התרשלה בכך שלא בחנה את עניינו של המבקש מעת לעת. למצער, אין חולק כי הופרה זכות הטיעון החוזרת של המבקש, בכל פעם בו נערכה הערכת מצב והוחלט על הארכת תוקף הצו כלפיו.

37. האם לפנינו מעשה או מחדל של המשטרה?

כאשר ראובן חופר בור שלא כדין ברשות הרבים, הוא יוצר סיכון, ולכן נראה אותו כמי שהתרשל במעשה של חפירת הבור ולא במחדל של אי כיסוי הבור. לא כך כאשר ראובן חופר בור כדין ברשות היחיד, אך מתרשל בנקיטת אמצעי זהירות כלפי ילדים שעלולים להיכנס למקרקעין, שאז נראה אותו כמי שהתרשל במחדל. במקרה דנן, המשטרה היא שאסרה מלכתחילה על המבקש לעלות להר הבית, ובכך "יצרה את הסיכון" הנזיקי, אך משנקבע כי בכך פעלה המשטרה בסבירות וכדין, הרי שאת אי בחינת עניינו של המבקש במהלך התקופה בה התנהלה ההתדיינות המשפטית מולו בבית משפט השלום, או את אי מתן זכות הטיעון החוזרת, יש לראות כמחדל.

בדוננו ב"מסנת האחריות" המינהלית, עמדנו על כך כי מידת האשם ועוצמת הפרת הנורמה המינהלית צריכה להיות של התרשלות חמורה. איני סבור כי המחדל של המשטרה במקרה דנן, מגיע כדי התרשלות חמורה.

37. לעניין הקשר הסיבתי, חברי, השופט רובינשטיין, הגיע למסקנה הבאה (בפס' כ"ט לפסק דינו):

"משנמנעה המשיבה מעיון חוזר בהחלטתה, יש להעביר אליה את הנטל להראות כי אילו נערכה בחינה מחודשת, לא הייתה מתקבלת החלטה אחרת, קרי אין קשר סיבתי (ראו ע"א 1457/07 עיריית הרצליה נ' ארי כץ (2009); ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' עמרם מימוני (2006))."

שני פסקי הדין שמאוזכרים על ידי חברי, יישמו את דוקטרינת הנזק הראייתי המובנה, ובשניהם, החלת הדוקטרינה הביאה מיניה וביה להטלת אחריות בנוזיקין, על אף שנפקותה של הדוקטרינה היא העברת הנטל בלבד. דוקטרינה זו, אינה חפה מקשיים ונמתחה עליה ביקורת בפסיקה ובכתבי מלומדים (ע"א 3114/12 ששון נ' משרד העבודה והרווחה, פס' 28-32 לפסק דיני והאסמכתאות שם (13.4.2014); ע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' ציפורה איבי, פס' 7-9 לפסק דיני (3.9.2015); גדרון – מדרון חלקלק, בעמ' 474, 508-510. כן ראו בעניין פרוך שם נמנע חברי, השופט רובינשטיין, משימוש בדוקטרינת הנזק הראייתי, ועל אף שנקבע כי המדינה התרשלה באי הקפדה על דרישות הרישוי, נדחתה התביעה נגדה כיוון שלא הוכח קשר סיבתי).

השימוש בדוקטרינת הנזק הראייתי המובנה, אם בכלל, צריך להיעשות בזהירות ובמקרים ראויים, כך כאשר מדובר בהתרשלות "רגילה" ועל אחת כמה וכמה נדרשת זהירות יתרה כאשר מקורה של ההתרשלות הוא בהפרה של נורמה הלקוחה מהמשפט המינהלי. ואכן, בעניין דאוד, דחה השופט א' ריבלין את הטענה כי עקב מחדלה של הרשות, יש להסיק קשר סיבתי:

"במקרה זה, לא הוכח כי מתן הודעה בכתב למשיבים – לאחר שניתנו להם כבר הודעות בעל-פה ביחס לאפשרות כי המדינה תיאלץ להרוס את המשתלות עקב הפעולות החבלניות שבוצעו בחסותן – הייתה מביאה את המשיבים לנקוט בדרך פעולה שונה, ובוודאי שלא הוכח כי דרך פעולה שונה הייתה גם מובילה לתוצאה שונה" (פסקה 10 לפסק הדין).

ובהחלטתה לדחיית הבקשה לדיון הנוסף מתייחסת הנשיאה ביניש לנושא זה

בציינה כי:

"בהחלט ייתכנו מקרים בהם יעלה בידי התובע להוכיח כי קיום שימוע היה מאפשר את שינוי ההחלטה

המנהלית. כך למשל, אם היה מוכח כי קיום השימוע היה מאפשר להציג מידע חדש, שלא היה קודם לכן בידי גורמי הביטחון, ושכוחו לשנות את החלטתם" (שס, פסקה 6).

בדומה, איני סבור כי די בעובדה שהמשטרה לא נתנה למבקש זכות טיעון לאורך כשנתיים – התקופה בה התנהל ההליך בבית המשפט השלום – כדי להוכיח גם קיומו של קשר סיבתי, קרי, כי אילו הייתה עושה כן, הייתה משנה את החלטתה במהלך אותה תקופה. מה עוד, וכפי שנזכר לעיל, הוכח כי המשטרה בחנה את עניינו של המבקש מעת לעת, והוא נזכר בהערכות המצב שלה.

38. אך גם בהנחה כי קיים קשר סיבתי בין העובדה שהמשטרה לא נתנה למבקש זכות טיעון בכל פעם שבחנה את עניינו, לבין אי מתן היתר למבקש לעלות להר הבית, אני סבור כי דין תביעתו של המבקש להידחות, משיקולי מדיניות באספקלריה של "מסגרת האחריות" המינהלית-שיפוטית. דווקא מתוך אינטרס של קידום שלטון החוק והגנה על נורמות מינהליות וזכויות חוקתיות, התקיפה הישירה היא הדרך הראויה לקבל סעד של ציווי, שיש בו כדי להניא את הרשות מלהמשיך מלפעול שלא כדין, תוך מתן סעד מהיר ב"זמן אמת".

כפי שציינתי בפתח הדברים, המבקש נקט במודע הליך עוקף בג"ץ, והניח בפני בית משפט השלום את החלטת המשטרה לאסור עליו את העלייה להר הבית מטעמים של בטחון הציבור. בית משפט השלום דן בתחום רגיש זה, שראוי היה מלכתחילה כי יידון בבית המשפט המוסמך, במקרה דנן, בג"ץ. במיוחד בתחום זה של ביטחון ושמירה על הסדר הציבורי במקום כה נפיץ ורגיש כמו הר הבית, באספקלריה של מדיניות שיפוטית ראויה, אין זה רצוי כי הנושא יידון בתקיפה ישירה בבית משפט השלום, אך ורק משום שאחד הסעדים שנדרשו הוא סעד כספי. אך לאחרונה, נזדמן לי לומר בהקשר זה, במסגרת עתירה כנגד צוי הגבלה שהוצאו בגין חשש לפעילות בהר הבית:

"לצערנו, ניתן להמשיל את הר הבית לחבית חומר נפץ אשר אך ממתינה לזיק קטן על מנת להצית תבערה גדולה. מי ששופך נפט ליד החבית אינו נוקט בכל פעולה אלימה, אך פוטנציאל הסכנה לשלום הציבור ולסדר הציבורי עקב כך ברורה וידועה (בג"ץ 8026/16 שמשון רפאל מוריס נ' מפקד פיקוד העורף פס' 7 (20.10.2016))."

[במאמר מוסגר: קשה שלא להשתחרר מהרושם כי הגשת תביעות נזיקין כנגד המשטרה ואף כנגד השוטרים באופן אישי, הפכה לכלי טקטי במאבק לעלייה על הר הבית. לצד תביעת הנזיקין מושא דיוננו אפנה לת"ק (י-ם) 56071-11-15 פואה נ' מדינת ישראל (2.8.2016), שנזכר בפסקה 131 לעיל, שם נדחתה תביעת נזיקין שהוגשה כנגד המשטרה, על כך שלא פעלה כדי להשתיק נשים מוסלמיות שצעקו בהר הבית לעבר משפחתו של התובע; תא (שלום בית שמש) 46830-11-10 יצחק צויג נ' מדינת ישראל-משטרת ירושלים (10.12.2012) שם נפסק פיצוי לתובע שאסרו עליו להיכנס להר הבית ללא הנמקה והסבר ובשל חוסר סבירות וחוסר מידתיות; ת"ק (י-ם) 5081-08-15 יאיר מרדכי קהתי נ' משטרת מחוז ירושלים (18.10.2016), שם נדחתה תביעת נזיקין בגין טענה למעצר ולכליאת שווא של ארבעה תובעים, שבעקבות ההתנקשות בחייו של המבקש, פרצו את השער המוביל לעמדת הבידוק בכניסה לשער המוגרבים במטרה להיכנס להר הבית ללא אישור; ת"א (י-ם) 8965-10-13 אריה זוננברג נ' מדינת ישראל (26.10.2016), שם נדחתה תביעת נזיקין של התובע שהורחק למשך 15 יום מהר הבית לאחר שנשא תפילה בגלוי בהר הבית על אף שהוזהר לחדול מכך; תק (י-ם) איתי זנזורי נ' משטרת ישראל מרחב דן (7.11.2016) שם נתקבלה תביעה בגין אי יידוע של התובע כי הוא מנוע מלעלות להר הבית כל עוד לא יחתום על התחייבות לשמור על הכללים הנוהגים בהר הבית ולהישמע להוראת השוטרים בעת הסיור בהר].

39. הנה כי כן, תביעתו של המבקש דינה להיכשל ברכיב ההתרשלות, הקשר הסיבתי ושיקולי מדיניות של המשפט המינהלי והנזיקי. ולאחר כל אלה, דין התביעה להיכשל גם בשלב האחרון של "תרשים הזרימה" – אי עמידה בנטל של הקטנת הנזק.

במשקפיים נזיקיות, אי פנייה להליך המינהלי, שמטבע הדברים הוא גם אפקטיבי ומהיר יותר, מהווה גם הפרה של חובת הקטנת הנזק:

"מטעמים עקרוניים, יש להעדיף את האכיפה בעין של זכויות הפרט, כל אימת שהיא עדיין אפשרית מן הבחינה המעשית. כן, יישומם של דיני הפיצויים אמור להיעשות באופן שייצור תמריץ למיצוי סביר של דרכי הפעולה המינהליות והמשפטיות קודם להגשתה של התביעה הכספית [...] הגשמתו של יעד זה יכול להיעשות במידה רבה של הצלחה באמצעות הטמעתם של מבחני הסף של בג"צ אל תוך עקרון הקטנת הנזק [...] עקרון הקטנת הנזק גורס, כי על הניזוק לנקוט בכל האמצעים הסבירים שעומדים לרשותו כדי להפחית את הנזק שנגרם כתוצאה מן המעשה המזיק.

[...] גם הימנעות מלפנות אל בית המשפט במועד ולבקש ממנו להפסיק את הפעולה המפרה עלולה לגרוע מן הזכות לפיצוי. זו התוצאה העולה מעקרון הקטנת הנזק, כאשר מוטמע בו רעיון השיהוי. כדי שהפרט הנפגע יקבל סעד בבג"צ, עליו להגיש את העתירה בתוך פרק זמן שהוא סביר בנסיבות העניין. התמריץ לפנות לבית המשפט במועד, ובכך להביא להסרתו של העוול, עלול שלא להיות קיים באותם מקרים שבהם התובע יעדיף 'למכור' את זכויותיו באמצעות הגשתה של תביעת פיצויים מאוחרת. על כן, מוצע, כי החובה שלא להשתהות ביזום ההליך תטביע חותמה גם בתביעה הכספית. האכסניה הפורמלית להחלתו של מבחן השיהוי יכולה להימצא במסגרתו של עקרון הקטנת הנזק, אשר ייתפרש בזיקה להלכותיו של המשפט הציבורי. בזיקה – אך לא מתוך זהות מלאה. כאשר מופעל מבחן השיהוי בבג"צ בהתייחס לסעד הציווי או בהתייחס לבקשה לסעד הצהרתי, נגזר בכך גורלה של העתירה לשבט או לחסד, מאחר שלא קיימת דרך ביניים. סעדים אלה הם טוטאליים, במובן זה שהם יכולים להינתן או שלא להינתן. לעומתם, הסעד הכספי הוא סעד שיש בו דרגות ביניים – הוא יכול להינתן גם לשיעורין. בהקשר זה, עקרון השיהוי יכול לבוא לידי ביטוי גם בהפחתה של שיעור הפיצויים. שלילה מוחלטת של הפיצוי אינה צריכה להיות הכלל. הקטנה של שיעור הפיצויים תשקף באופן מהימן יותר את חלקם היחסי של הרשות והפרט הנפגע בנזק שנגרם בסופו של דבר. חשוב להדגיש, שפתרון ביניים זה מתיישב עם עקרון הקטנת הנזק. אין להתעלם מכך שהאפשרות ליזום הליך משפטי עובר להשלמתה של הפגיעה אינה תמיד נהירה לפרטים הנוגעים לדבר בזמן התרחשותם של האירועים. מדיניות שיפוטית שהיתה גורסת שלילה מוחלטת של הזכות לפיצוי בכל המקרים שבהם ניתן להצביע על שיהוי היתה מתעלמת מעובדה חשובה זו. כמובן, במקרים מתאימים, ניתן יהיה לקבוע שאי-מילויה של החובה להקטין את הנזק מצדיק שלא לפסוק פיצויים כלל.

דברים דומים ניתנים להיאמר, בשינויים המחויבים, גם ביחס לעקרון הסעד החלופי. ברור ומובן, שהנפגע חייב למצות את ההליכים הקיימים בדין לתקיפתו של המעשה המפר עובר להגשת התביעה הכספית. אם לא יעשה כן, ייחשב כמי שלא קיים את החובה להקטין את נזקו" (דפנה ברק-ארז עוולות חוקתיות 27 (1993) (הדגשות הוספו – י"ע).

יותר מרמז כי לאי מיצוי ההליך המינהלי עלולה להיות משמעות, אם בשל הקטנת הנזק ואם בשל קיומו של אשם תורם, אנו מוצאים בעניין דאוד שם נאמר (בפס': (15):

"אפילו נניח כי ככל שהמדובר בתביעה נזיקית, אין הרשות פטורה מחבותה אך בשל שהפרט לא מיצה את



ההליכים המנהליים (אם כי עשויה להיות לכך משמעות מבחינת קיומו של אשם תורם) – הרי שהמצב שונה כאשר מבקש הפרט לעשות שימוש בעילה שאינה נזיקית, כי אם מנהלית או חוקתית" (הדגשה הוספה – י"ע).

הזכרתי לעיל את עניין קסם מילניום, והסתייגתי מההיקש מהמאטריה המיוחדת של דיני מכרזים על הסוגיה הכללית של פיצויים עקב הפרת נורמה של המשפט המינהלי. אך דומני כי הדברים שנאמרו בקסם מילניום בסוגיה של הקטנת הנזק, יפים לענייננו, כאשר הם נאמרו בהקשר הכללי של הימנעות מתקיפה ישירה:

"בספרות מלומדים הוצע כי החלת דוקטרינת הקטנת הנזק גם במקרים של פיצויים מינהליים, נובעת מעקרון הסיבתיות המשפטי. לפי עקרון זה לא ניתן לייחס לרשות – הנתבעת – נזק שהתובע היה יכול למנוע על ידי פעולה סבירה לאחר התרחשותו של האירוע המזיק [...]

כשלעצמי, אינני רואה טעם לקביעה שלפיה עקרון הקטנת הנזק לא יחול מקום שבו עילת התביעה לפיצויים כתוצאה מפגם שנפל בהליך המכרז היא מינהלית, וזאת בשים לב לדוקטרינות אחרות שחלות על פיצויים מעין אלה, הלקוחות גם הן מעולם המשפט האזרחי...

[...] ונוסיף אנחנו לשאול, ממה נפשך? שהרי גם כאשר הפגיעה שמקימה זכות לפיצויים נוצרה כתוצאה מהפרת חובה מינהלית, היא העילה בתובענה המינהלית, רשאי הנתבע לטעון כי יש להפחית את חבותו בפיצויים בשל נזק שהיה ניתן להפחיתו.

[...] יוצא אפוא כי לפי עקרון הקטנת הנזק, הרשות לא תימצא אחראית בגין נזק שנגרם בגין פגם שנפל במכרז מקום שבו המציע שהיה זוכה בו לולא הפגם היה יכול לממש את זכייתו בעתירה מינהלית – קרי כאשר הוא היה יכול להקטין נזק זה או לאיינו לחלוטין (בכפוף להנחה כי המציע היה זוכה בעתירתו והסעד שהיה ניתן שם היה מביא בסופו של דבר לכך שיזכה במכרז) (קסם מילניום, בפס' 17-19) (הדגשות במקור – י"ע).

40. ודברים שנאמרו בעניין קסם מילניום, לגבי היחס שבין עתירה מינהלית לתובענה מינהלית, יפים לענייננו בדרך של קל וחומר. במקרה דכאן, המבקש פנה מיד לבית המשפט השלום בתביעה לפיצויים מבלי למצות את הכלים המינהליים שעמדו לרשותו. עמדנו על כך, שלאחר שהמבקש נדחה מספר פעמים בבג"ץ, הפנייה לבית משפט השלום נחזית כנסיון שקוף לעקוף את בג"ץ. יתרה מזו, המבקש המשיך בהליך

של תובענה לפיצויים, על אף שהובהר לו בהחלטתה של השופטת בן אור בבית המשפט המחוזי כי עליו לתקוף את החלטת המשטרה בבג"ץ, ואביא את דבריה כלשונו:

"נעלה מכל ספק, כי פעולותיהן של הרשויות המוסמכות, אשר החליטו לאסור על כניסת המשיב להר הבית, הינן פעולות שלטוניות מובהקות, והביקורת השיפוטית עליהן מצויה בבית המשפט הגבוה לצדק. המשיב עצמו סבור כך, שכן הגיש בעבר עתירות כנגד החלטות מן הסוג נשוא ההחלטה הנדונה, כמו למשל, בבג"ץ 4852/09 גליק נ' משטרת ישראל מחוז ירושלים, ובג"ץ 7967/09 גליק נ' משטרת ישראל מחוז ירושלים. בית משפט קמא לא היה מוסמך, אם כן, להתערב בשיקול הדעת המינהלי של הרשויות המוסמכות, וככל שברצונו של המשיב לתקוף שיקול דעת זה, מקומה של התקיפה בבג"ץ. בית המשפט האזרחי משולל סמכות ליתן את הצו אותו ביקש המשיב כצו מניעה בהליך אזרחי, כאשר כל תכליתו היא למנוע מרשויות המדינה עשיית שימוש בסמכותן על פי דין. בצדק הפנתה המדינה בטיעוניה לכל אותם פסקי דין רבים של בית המשפט העליון, העוסקים בזכות הגישה להר הבית ובמימוש זכות הפולחן בו, אשר בכולם נתבקשו ונדונו סעדים דומים במהותם לסעד נשוא בקשתו של המשיב. בית משפט קמא שגה באופן בו ראה את טענת המדינה בפניו. המדינה לא טענה כי באמצעות הצו מבקש המשיב לעקוף את איסור העלייה להר הבית שהוטל עליו. טענת המדינה הייתה, ועודנה כי באמצעות הצו מבקש המשיב לעקוף את ההליך הראוי לתקיפת שיקול דעתן של הרשויות המוסמכות, היינו, הליך של תקיפה ישירה בבית המשפט הגבוה לצדק. כאמור, טענה זו מקובלת עלי במלואה"

אזכיר כי בעניין המטה למען ארץ ישראל, שנזכר לעיל, גרס השופט מלצר כי הדרך שננקטה כדי לעקוף את בג"ץ "עלולה אף להיראות כשימוש לרעה בהליכי בית-משפט" ונמנע מלהטיל הוצאות על המבקשת באותו מקרה, מן הטעם ש"אין אני רואה לעשות כן זו הפעם ערב חג הפסח לגבי מי ששואלים שלום ירושלים, לשיטתם (ואפילו על דרך של טעות בהליך)" (הדגשה הוספה – י"ע). קשה להלום כי התקדים של המטה למען ארץ ישראל לא היה ידוע למבקש כמי שפעיל בנושא העלייה להר הבית, ומכל מקום, לאחר שבית המשפט המחוזי אמר את דברו וציטט מתקדים זה, ברי כי המבקש אינו יכול לטעון כי טעה בכתובת. מה עוד, שהדרך של פניה לבג"ץ בנושא העלייה להר הבית היא כמעט מן המפורסמות, והמבקש עצמו נקט בדרך זו לא אחת (וראו רשימת האסמכתאות שנזכרה בהחלטה בעניין המטה למען ארץ ישראל). בנסיבות אלה, אני סבור כי גם באספקלריה של הקטנת הנזק, המקרה שבפנינו הוא מאותם המקרים שאי מילוי החובה לפנות ולמצות ההליכים לתקיפת המעשה המינהלי, ראוי כי יביא לשלילה

מלאה של הפיצויים. שאם לא כן, נמצאנו מעניקים גושפנקא לתקיפה של מעשה מינהלי בבית המשפט האזרחי, בכוונת מכוון לעקוף את ההליך המינהלי, תוצאה שאינה רצויה. לטעמי, קשה להלום כי בעוד המבקש נכשל ב"זמן אמת" לקבל סעד של ציווי במסגרת הליך אזרחי בו נקט, עוד טרם נוצר "מעשה עשוי" וטרם התגבש הנזק, הוא יזכה לפיצויים במסגרת אותו הליך אזרחי. בעוד המבקש "מתכתש" עם המשטרה בבית משפט השלום, היה עליו לחזור ולבקש מהמשטרה לבחון את עניינו פעם נוספת, וככל שהיה נדחה, היה עליו למצות את ההליך המינהלי.

בענייננו, אוסיף ואומר כי לדרך בה נקט המבקש הייתה השלכה גם במישור המעשי. סביר להניח כי אילו היה המבקש פונה בעתירה לבג"ץ, פרקליטות המדינה הייתה מבקשת את תגובת המשטרה, וזו הייתה בוחנת את עמדתה העדכנית, שהייתה עוברת את ביקורת הפרקליטות. אך כל עוד לא נקט המבקש בהליך המתאים, המשיכה ההתדיינות בבית משפט השלום מבלי שהמשטרה נדרשה או הונחתה על ידי גורם חיצוני, לחזור ולבחון את עמדתה (השוו זמיר – הזכות המינהלית, 165).

הדברים נכונים במיוחד בהתחשב בכך שאיננו עוסקים בהחלטה מינהלית שגרתית, כמו החלטה הנוגעת לרשיון. ענייננו בהחלטת משטרה שיש לה השלכות בטחוניות בנושא רגיש ונפיץ, ובהיבט של מדיניות משפטית מינהלית, ראוי כי החלטה מעין זו תיבחן בתקיפה ישירה בבית המשפט המוסמך.

41. ודוק: אדגיש כי לא בכל מקרה ניתן או רצוי להפעיל את עקרון הקטנת הנזק, אם במלואו ואם באופן חלקי, בשל אי פנייה קודמת להליך המינהלי ו"התשובה לשאלה האם היה מקום להחיל את החובה להקטנת הנזק נגזרת מנסיבות כל מקרה" (השופט ד' ברק-ארז ברע"א 6572/14 פלוני נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל, פס' 20 (14.1.2015)) (להלן: עניין פלוני). כך, מקום בו האפשרות לפנות לבית המשפט המוסמך אינה מעשית. כך אירע בעניין פלוני, שם נקבע כי המשטרה פעלה שלא כדין בכך שעצרה אדם שסירב לחתום על תנאי שחרור בערובה בלתי מוצדקים. באותו מקרה, האפשרות לפעול בדרך של פנייה לבית המשפט בשעות הלילה בעוד פלוני שוהה במעצר הייתה בלתי מעשית. עם זאת, לא למותר לציין כי גם בעניין פלוני, הופחתו הפיצויים בשיעור של 50% בשל אי הקטנת הנזק, משנקבע כי התנאים שעליהם נדרש פלוני לחתום לא היו כרוכים בכל הכבדה עליו, וגם לאחר חתימה (ושחרורו ממעצר) היה באפשרותו להשיג עליהם בערר.

42. סיכומו של דבר, שבמקרה דנן, דין תביעת המבקש להידחות בשל שורה של טעמים – המבקש נקט בדרך דיונית שגויה (תקיפה של המעשה המינהלי כחרב, שלא בערכאה המתאימה); ספק אם אכן יש לייחס למשטרה מחדל וגם אם כן, הפרת זכות הטיעון החוזרת של המבקש אינה בבחינת התרשלות חמורה; היעדר קשר סיבתי; שיקולי מדיניות; ואי הקטנת הנזק. אשר על כן, אילו דעתי תישמע, דין הבקשה להידחות.

סיכום

43. אסכם בקצרה את עיקרי הדברים עליהם עמדנו במסענו לעיל:

(-) תקיפה של ההחלטה המינהלית על מנת לבטלה היא תקיפה ישירה. ברגיל, הגם שלא בהכרח, בתקיפה עקיפה שאלת חוקיות ההחלטה המינהלית מתעוררת אגב הליך אחר, ומשמשת כמגן ולא כחרב. להבחנה זו השלכות לגבי הפורום הנאות, הנכון והמוסמך להגשת עתירה או תביעה התוקפת את מעשה הרשות.

(-) ככלל, וכל עוד לא מדובר במעשה עשוי ובנזק שנתגבש, יש למצות את המסלול המינהלי תחילה, לרבות פנייה לבית המשפט המוסמך בתקיפה ישירה.

(-) אין כל רבותא בהטלת אחריות בנזיקין על רשויות ציבור בכלל ועל המשטרה בפרט, וקיימת פסיקה ענפה בנושא.

(-) ניתן להצביע על שמונה סוגים אפשריים של תביעות בעלות אופי נזיקי שעניינן במעשי או במחדלי הרשות, חלקם מתחום המשפט הפרטי וחלקם מתחום המשפט הציבורי (לא כולל תביעות על פי חוקים ספציפיים או תחומי דיני החוזים והמעין-חוזים).

(-) ספק אם יש להקיש מהמאטריה המיוחדת של דיני המכרזים על כל תחום המשפט המינהלי.

(-) בפסיקה אנו מוצאים התבטאויות אודות הממשק בין דיני הנזיקין לדין המינהלי, מבלי להכריע בנושא.

(-) אין "שוויון מתמטי" בין סמכות סטטוטורית לבין חובת זהירות ברשלנות; "מתחם הסבירות הנזיקי" של ההחלטה המינהלית הוא רחב יותר; "שלא כדין" במשפט המינהלי אינו בהכרח התרשלות בדין הנזיקי. בכל מקרה, לא די בהפרה של נורמה מינהלית כשלעצמה כדי להטיל אחריות בנזיקין, ההתרשלות בהפרת הנורמה צריכה להיות חמורה, ויש לבחון גם את הקשר הסיבתי והנזק.

(-) ניתן להצביע על שורה של הבחנות בין דיני הנזיקין לדין המינהלי-חוקתי: בחינה בדיעבד מול סעד צופה פני עתיד או הווה; סעדים שונים ופורום שונה; עתירה הנוגעת לציבור מול ניזוק מסויים; במסגרת שיקולי מדיניות של הרשות יכול ויילקח בחשבון תשלום פיצויים לניזוק ספציפי; תכליות ושיקולי מדיניות שונים בשני התחומים; אי סבירות מינהלית קיצונית ומהותית מול סטייה מסטנדרט זהירות רגיל בנזיקין; סוגי הנזק כשיקול בהטלת אחריות בנזיקין מול שיקולים ערכיים ואחרים במשפט המינהלי; עילות סף של המשפט המינהלי מול מסננות של המשך הדרך וסוף הדרך בנזיקין (קשר סיבתי, הקטנת נזק ואשם תורם); עקרון הבטלות היחסית במשפט המינהלי; שיקולי מדיניות מינהליים ושיקולי מדיניות בתחום הנזיקי.

(-) ענייננו נופל בקטגוריה של תביעה בעוולת הרשלנות בגין הפרה של נורמה מהמשפט המינהלי, בבחינת "עוולה היברידית". בעוולה מעין זו מוצע לנהוג על פי "תרשים זרימה" תוך שימוש ב"מסנני אחריות" כלהלן: ככל שלא מדובר במעשה עשוי או נזק שנתגבש, יש לבחון האם התובע מיצה הליכים במסלול המינהלי; עילות הסף המינהליות; עוצמת הפגם המינהלי ועוצמת האשם הנזיקי צריכים להיות בדרגה של רשלנות חמורה ולא כל הפרה או אי תקינות מינהלית מנביעים אחריות ברשלנות; קשר סיבתי וסוג הנזק; שיקולי מדיניות של הדין המינהלי ושל הדין הנזיקי (אם להרחבת אחריות - כמו הרתעה ופיזור נזק, ואם לצמצום אחריות - כמו מעשה או מחדל, סוג הנזוק וסוג הנזק, סמכויות ביצוע מול שיקולי מדיניות); חסינויות והגנות בנזיקין לרבות אשם תורם והסתכנות מרצון.

(-) המבקש נקט בדרך של תקיפה ישירה במסגרת תובענה לפיצויים ולמתן צו עשה, על אף שבית המשפט המחוזי הפנה אותו לבג"ץ; על אף שבית המשפט המחוזי ציטט והפנה להחלטה בעניין המטה למען ארץ ישראל; על אף שהמבקש עצמו נהג לפנות לבג"ץ בעניין מושא ההליך דנן – בכך ביקש המבקש לעקוף את בג"ץ באופן שאף גובל בשימוש לרעה בהליכי משפט.

(-) בית משפט השלום בחן את הסוגיה במשפטיים חוקתיות-מינהליות מובהקות; המקרה שבפנינו אינו מתאים לתקיפה ישירה של המעשה המינהלי במסגרת תובענה לפיצויים במיוחד בשל רגישות הנושא.

(-) המשטרה פעלה כדין שעה שסירבה לאשר הרחקתו של המבקש מהר הבית לאחר שהפר התחייבותו; המשטרה בחנה עניינו של המבקש מעת לעת, אך לא נתנה לו זכות טיעון במהלך בחינת עניינו; מחדל זה אינו מגיע כדי הפרה חמורה של זכות הטיעון; ספק אם יש קשר סיבתי לנזק של המבקש; גם בהנחה שנתקיים קשר סיבתי יש לדחות התביעה משיקולי מדיניות ובנסיבות המיוחדות של המקרה; דין התביעה להידחות גם בשל חובת הקטנת הנזק עד כדי שלילה מלאה של הפיצויים.

44. אשר על כן, לו דעתי תישמע, יש לדחות את הערעור והמבקש יחוייב בהוצאות המשיבה בסך 10,000 ₪.

45. ולאחר הדברים האלה, עיינתי בתגובתו של חברי השופט רובינשטיין לפסק דיני. מאחר שבתגובה לתגובה עסקינן, אשיב בקצרה ככל שניתן:

א. בפסק דיני איני דן בשאלת אחריות המדינה בנזיקין באופן כללי, אלא בנושא ממוקד - אחריות המדינה בשל התרשלות שמקורה בהפרה של נורמה מינהלית, במסגרת עוולת הרשלנות או עוולת הפרת חובת חקוקה ("עוולת היברידית"). ממילא, אין בכוונתי לפתוח מחדש ולהסיג לאחור את ההלכות שהתפתחו משך עשרות בשנים בנושא הכללי של אחריות המדינה בנזיקין ועל כן פתחתי ואמרתי כי "על פי המצב המשפטי דהיום, כבר אין כל רבותא בכך שהמדינה נמצאת חייבת בנזיקין גם בכובעה הציבורי... המבקש הגיש תביעתו כנגד משטרת ישראל, וגם בכך אין רבותא..." (פסקאות 14 ו-15 רישא לעיל) וסיימתי בכך ש"כיום אין חולק על כך שהרשות הציבורית בכלל ומשטרת ישראל בפרט אינן חסיונות מתביעות נזיקין" (פסקה 15 סיפא לעיל).

ב. איני שולל הגשת תביעה בשל הפרת נורמה מתחום המשפט המינהלי, אך זאת כסעד משלים, כאשר נוצר "מעשה עשוי" והתגבש נזק שאינו ניתן עוד לתיקון באמצעות דרך המלך של ציווי (פסקה 12 ופסקה 32 רישא לעיל). מנגד, אני סבור כי גישתו של חברי מעודדת תביעות מינהליות טהורות במסווה של תביעות כספיות.

ג. אכן, הגישה המוצעת על ידי לגבי "עוולה היברידית" היא גישה זהירה ומצמצמת, ולא בכדי. למעט פסק הדין בעניין אבנעל, שעל הבעייתיות שבו עמדתי לעיל, הפסיקה הייתה תמיד מסוייגת וזהירה לגבי השאלה "אם הפרת חובה מנהלית המוטלת על הרשות משמעותה בהכרח גם הפרת חובת זהירות המוטלת עליה" (עניין דאוד הנזכר בפסקה 16 לעיל). אין אפוא מקום לתמיהתו של חברי מדוע מבקש אני לשנות את ההלכה הקיימת, שהרי בנושא של רשלנות עקב הפרת חובה מינהלית לא קיימת הלכה. דווקא גישתו של חברי, לפיה הלכות אחריות המדינה בנוזיקין חלות כפי שהן גם על הפרת חובה מינהלית, היא שמהווה חידוש.

דומה כי גם חברי יסכים כי לא כל הפרה של נורמה מינהלית מתרגמת עצמה לעוולת הרשלנות, וכי "שלא כדין" במשפט המינהלי אינו מגלם בהכרח אשם בנוזיקין. על מנת למנוע תוצאה זו הצעתי בפסק דיני מודל הכולל מספר מסננות, שיש בהן כדי לצמצם תוצאה בלתי רצויה זו, והצבעתי על מערך השיקולים לצמצום אחריות הרשות הציבורית במקרה הנדון של "עוולה היברידית".

ד. ולבסוף, ומאחר שחברי מצא להעיר בנושא, אציין כי דעתו של השופט לוי בעניין שתיל, לפיה הלכת לוי לא הכתה שורשים, הייתה דעת יחיד והלכת לוי עדיין חיה ובוועטת. כך, לדוגמה, בע"א 4079/05 הועדה המקומית לתכנון ובניה שומרון נ' מעונה חברה לבנין בע"מ (11.11.2010) אומרת השופטת פרוקצ'יה כי "עם זאת, נדרש ריסון בהטלת חובת זהירות על רשות שלטונית, ככל שמדובר בפעולות הכרוכות בהפעלת שיקול דעת רחב (ענין לוי, בעמ' 81-80)".

ש ו פ ט

#### השופט צ' זילברטל:

1. חברי להרכב פרשו יריעה רחבה בהתייחסותם לסוגיית התביעה הנוזיקית שעילתה במעשה מינהלי, ובכלל זה דנו בעניינים של סמכות ושל חובת מיצוי ההליך השיפוטי המינהלי קודם להגשת תביעה אזרחית. להשקפתי, בנסיבותיו של המקרה הנדון, אין צורך להכריע בשאלות "הגדולות" ולקבוע קריטריונים כלליים מחייבים ונוקשים בכל הנוגע לתביעות מהסוג האמור; מה גם שדומה כי אין זה רצוי לשלול מראש קיומו של מסלול אזרחי-נוזיקי במקרה שפגם בהליך המינהלי גרם נזק לפרט, וראוי להותיר מידה של גמישות שתאפשר ניהול תובענה אזרחית-נוזיקית במקרים

המתאימים, גם כאשר עסקינן במה שחברי השופט י' עמית כינה "עוולה היברידית". זאת, לא למותר לציין, בזהירות המתחייבת, אגב "ייבוא" דוקטרינות מהמשפט המינהלי להליך האזרחי, כמפורט בפסקה 32 לפסק דינו של השופט עמית. עוד איני סבור כי יש מקום, במסגרת ההליך דנא, לטעת מסמרות בשאלה באילו מקרים, אם בכלל, ראוי תחילה למצות את ההליך המינהלי בטרם יפתח השער להגשת תביעה אזרחית שעילתה פגם במעשה המינהלי. כל זאת בהתחשב בנתוני המקרה הנדון לפנינו, שהוא מקרה ייחודי שניתן וראוי להכריע בו על-יסוד דוקטרינות קיימות.

2. אכן, מימים ימימה מקובל עלינו כי: "סיווג העניינים בהם הסמכות היא מקבילה וההבחנה בינם לבין העניינים שבהם הסמכות היא ייחודית וכן קביעת קו הגבול בין הסמכות הייחודית של בית המשפט הגבוה לצדק לבין הסמכות הייחודית של בית המשפט האזרחי אינם משימה קלה" ולא קיים קו גבול ברור אותו ניתן למתוח (בג"ץ 991/91 פסטונק נ' שר הבינוי והשיכון פ"ד מה(5) 50, 60 (1991), מפי השופט א' ברק). לא במקרה נמנעו שופטי בית משפט זה, משך שנים רבות, לשרטט גבולות ברורים וליצור קטגוריות ותבחינים בסוגיה הנדונה, והמקרה דנא, שיש לו מאפיינים ייחודיים שעל-יסודם ניתן לחרוץ את הדין, אינו המקרה המתאים לעריכת דיון מקיף בסוגיות היסוד.

3. לפרשה הנדונה שני מאפיינים מובהקים שבגין כל אחד מהם, קל וחומר משקלם המצטבר, ראוי היה לחרוץ את גורל תביעת המבקש לשבט בעודה באיבה: האחד, היותה של התובענה האזרחית שהגיש המבקש, על נתוניה הספציפיים, כסות בלבד לתקיפה ישירה של המעשה המינהלי, אשר הגשתה אולי עולה אף כדי שימוש לרעה בהליכים. המאפיין השני שלטעמי היה בו כדי לחרוץ את גורל התובענה, שיש לו זיקה למאפיין הראשון שצוין לעיל, הוא כישלון מוחלט של המבקש לעמוד בחובת הקטנת הנזק, עד כדי איון תביעתו כולה.

אכן, בשני עניינים אלה דרכי משתלבת בדרכו של השופט עמית, ונוכח זאת אני מצטרף לתוצאת פסק דינו.

4. אפתח במאפיין השני שעניינו הקטנת הנזק – כזכור, תביעת המבקש הוגשה כעשרה ימים בלבד לאחר קבלת ההחלטה בדבר הרחקתו מהר הבית. ברי כי במועד הגשת התביעה מרכז הכובד היה בטענה שעניינה עצם חוקיות ההחלטה המינהלית, שהרי באותה עת הנזק הכספי שלכאורה נגרם למבקש כתוצאה מההחלטה רק החל להתגבש, אם בכלל, שכן שיעורו של נזק זה של אבדן הכנסות תלוי במידה רבה בחלוף



הזמן ואין הוא בעל משמעות כספית ממשית בחלוף ימים ספורים בלבד. מבחינה זו דומה המבקש למי שמִים שמקורם בדירת השכן חודרים לדירתו, ותחת לנסות ולעצור את מהלכם על-ידי סגירת הברז הראשי, הוא יושב באפס מעשה אל מול הנזק ההולך ומתעצם, בהנחה כי בסופו של יום ייפסק לו פיצוי הולם בגין מלוא הנזק. ברי כי אין להשלים עם הילוך זה של הניזוק הפוטנציאלי, ותביעתו על מלוא הנזק תידחה נוכח מחדלו הזועק שבאי-הקטנתו. במקרה של החלטה מינהלית שנפל בה פגם, חובת הקטנת הנזק יכולה לכלול, בהתאם לנסיבות המקרה, פנייה לרשות המינהלית או מיצוי ההליכים שיפוטניים בפני הערכאות המינהליות המתאימות. עמדה זו הובעה בעבר על-ידי פרופ' דפנה ברק-ארז, והיא הובאה גם על-ידי השופט עמית (בפסקה 32 לפסק דינו; ראו: דפנה ברק-ארז עוולות חוקתיות 229-231 (1993)). ואכן, במקרים כגון דא, אם אכן נפל פגם במעשה המינהלי, ניתן היה למנוע את הנזק, או למצער, את רובו המוחלט, בדרך של תקיפה ישירה בבית המשפט המינהלי, ובענייננו – בית המשפט הגבוה לצדק. הדברים אינם חדשים וניתן להם ביטוי בפסיקה, כפי שהראה השופט עמית בפסקאות 39-41 לפסק דינו.

5. ומכאן למאפיין הנוסף של ההליך שהיה אמור להביא לדחיית התובענה, עוד בטרם הידרשות לסוגיית הקטנת הנזק. כאמור לעיל, במועד הגשת התובענה היה תהליך גרימת הנזק רק בראשיתו והדגש בהכרח הושם על תקיפת ההחלטה עצמה, כאשר הנזק צפה, רובו ככולו, פני עתיד; ונוכח נסיבות המקרה, דומה שהיה זה "ניסיון שקוף לעקוף את בג"ץ", כפי שהתבטא השופט עמית (פסקה 40 לפסק דינו). זאת, בעיקרו של דבר, בשל הנושא שביסוד המעשה המינהלי הנדון: הפעלת סמכויות המדינה לצורך הבטחת הסדר והביטחון באחד המקומות "הנפוצים" ביותר בעולם. בעבר נקבע על-ידי הנשיא א' ברק, כי:

"... יש להתחשב במאפיינים המיוחדים של הר הבית. אכן, דווקא חשיבותו הדתית הרבה הופכת אותו למקום רגיש ביותר. ... חוסר רגישות לצרכי המקום וחוסר התחשבות במאפייניו הייחודיים יכולים להוליך למהומות ציבוריות קשות בישראל ומחוצה לה, העולות להוביל לפגיעות בגוף ובאינטרס הציבור" (בג"ץ 2697/04 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד נח(4) 572, 574-575 (2004)).

הנה-כי-כן, החלטה הנוגעת להפעלת סמכויות המדינה בכל הנוגע לשמירת הסדר והביטחון בהר הבית היא בבחינת *sui generis* ובחינת תקינות הפעלת הסמכות בהקשר זה ראוי לה שתעשה בדרך של תקיפה ישירה "כהלכתה"; והעיקר – הדבר כבר

נאמר בפסיקת בית משפט זה והיה ידוע היטב למבקש. ראשית, המבקש עצמו פנה לבית המשפט הגבוה לצדק במקרים קודמים בהם חלק על עמדת הרשויות בכל הנוגע להגבלות ואיסורים שהוטלו בקשר עם הכניסה להר הבית והפעילות המותרת בשטח ההר. שנית, הדבר הובהר למבקש בהחלטת בית המשפט המחוזי (כב' השופטת נ' בן-אור) בגדרו של הערעור שנדון שם בקשר עם הסעד הזמני שניתן למבקש בבית משפט השלום. שלישית, דברים נחרצים נאמרו על-ידי השופט ח' מלצר ברע"א 3354/00 המחטה למען ארץ ישראל נ' ניצב אהרון פרנקו (17.4.2008), ואלה הובאו בפסקה 5 לפסק דינו של השופט עמית. גם אם המבקש לא היה בעצמו בעל-דין בפרשה הנ"ל, בא-כוחו בבית משפט השלום היה בא-כוח המבקשת באותה פרשה וחזקה כי הכיר את פסיקתו של השופט מלצר.

6. העולה מהמקובץ הוא, לשיטתי, שדין תביעתו של המבקש היה להיות מסולקת ללא בירור הטענות כלפי אופן התנהלות המשטרה, האם דבקה בהתנהלות זו התרשלות כלשהי, אם לאו. זאת, מבלי להידרש לשאלה, האם ככלל (או באלו מצבים), כאשר עסקינן בטענה כלפי מעשה מינהלי, ראוי לפנות תחילה לתקיפה ישירה במסגרת הליך משפטי מינהלי, או לשאלה האם יש להכיר בקיומה של עילת תביעה נזיקית כשמדובר בטענה כאמור, ובאלו תנאים. כחברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, גם אני סבור שיש חשיבות להכיר באפשרות לצעוד, במקרה המתאים, גם במסלול של תביעה אזרחית כאשר מעשי הרשות מהווים עוולה כלפי האזרח, ולעיתים החשש מפני תוצאה כספית שתהיה לאי-תקינות של המינהל, יוצר אפקט הרתעה אפקטיבי שבכוחו לתרום למינהל תקין, בצד פיצוי נאות של הנפגע (לאמיתו של דבר, אף חברי, השופט עמית, אינו שולל לחלוטין אפשרות זו). בהקשר זה יפים דבריו של השופט ח' כהן שנאמרו בע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה פ"ד כד(2) 577, 587 (1970) ביחס לאפשרות הקיימת לאזרח לתבוע את הרשות הציבורית בבית משפט אזרחי:

”אם רק מגלה תובענתו עילה כדין, כי אז על בית- המשפט להיזקק לה. אף אם הנתבע הוא רשות ציבורית; ואין בית-המשפט האחר יכול לומר לו, לך והבא עתירתך לפני בית-המשפט הגבוה לצדק, שגם בידי יש סמכות בנדון.”

כבר נזדמן לי בעצם הימים האלה, בהקשר דומה, להביע דעתי שאין כל רע בכרירה זו הנתונה בידי האזרח: ולוואי וירבו סעדים לאזרחי ישראל נגד השלטונות.”

אלא שהדברים אמורים כאשר מדובר במקרה ראוי ולא כאשר הילוכו של התובע מלמדנו כי, הלכה למעשה, חפצו היה לעקוף את מסלול התקיפה ההולם את

המקרה, והאדרת האזרחית בה עטה את תובענתו לא היתה אלא כסות לתקיפה ישירה שאין להביאה בפני בית המשפט האזרחי, בפרט כשעסקינן בסוגיות המערבות ענייני מדינה ובטחון ראשונים במעלה.

אשר על כן, ראיתי לנכון להצטרף לתוצאה אליה הגיע השופט י' עמית.

ש ו פ ט

הוחלט לדון בבקשה כבערעור. הוחלט בדעת רוב השופטים י' עמית וצ' זילברטל כנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, לדחות את הערעור.

ניתן היום, כ"א בטבת התשע"ז (19.1.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה