

## כלל הארכאיות יחד ולחוד – רשלנות מנהלית בפיקוח כמקרה בוחן

בעז סגל\*

תביעות נזיקין רבות מוגשות נגד המדינה ורשויותיה בטענה להפעלה רשלנית של סמכויות האסדרה והפיקוח שלהן. במאמר זה ינתחו כללי הפיצוי בתביעות נזיקין אלה, שבהן שלושה "שחקנים" מרכזיים: הראשון, גורם רשלן נתון לפיקוח, שהוא המזיק הישיר. חלקו של המזיק הישיר בגרם הנזק גדול בדרך כלל מחלקם של יתר השחקנים המעורבים ב"מערכה הנזיקית"; השני, גורם רשלן מפעיל פיקוח על גורם רשלן הנתון לפיקוח. זהו המזיק העקיף המפקח על פעילותו העוללת של המזיק הישיר או מאסדר אותה; השלישי, תובע-ניזוק שלעיתים רשלן אף הוא ולעיתים לא. לפנינו אפוא מצב שבו ידוע ומוכח שהמפוקח והמפקח גרמו בעוולה לנזקו של התובע, אך לא ניתן להוכיח במדויק מה חלקו של כל אחד מהם בנזק זה.

אם שיטת הפיצוי במצבים אלו נגזרת מגישת ה"הכול או לא כלום" הארכאית (all-or-nothing-rule) – הרי שעל בית המשפט לילך באחת משתי אפשרויות קוטביות אלה: האחת, לשלול את אחריות הגורם המפקח, ובכך גם להשית עליו "אפס חבות"; השנייה, להטיל אחריות על הגורם המאסדר, ובכך – לפי כלל האחריות יחד ולחוד – גם לחשוף אותו לסכנה של חבות מלאה, באין מזיק נוסף שהוא בר-גבייה.

מטרתו של מאמר זה היא להתוות שביל ביניים המאפשר להטיל אחריות ולהשית חבות מסוימת על הגורם המאסדר, אך גם להקנות, בד בבד, אפשרות למנוע הטיה שיטתית, מופרזת ומוגזמת נגד הגורם המפקח שיהיה בה כדי לקדש את מטרת הפיצוי לבדה. אכן, אין לפטור במצבים אלו לגמרי את מפעיל הפיקוח מתשלום פיצויים לניזוק, אך בה בעת גם אין לחייבו במלוא הסכום. מוטב, לפי מאמר זה, להשית חלק מהסכום על כתפי הגוף המפקח ולהותיר את חלקו האחר על כתפי הניזוק, במיוחד במקרים שגם אשמו של הניזוק גרם לנזק.

לפיכך מסקנת המאמר היסודית תהיה כי יש לאמץ כלל שיותאם לנסיבות המקרה על פי קריטריונים ברורים שיפורטו במאמר, כיוון שיש נסיבות שבהן מוטב ליישם כלל של אחריות יחד ולחוד; באחרות עדיף כלל של אחריות יחסית; בנוספות – כלל של תקרה סטטוטורית.

מהלך הזרימה של פרקי המאמר – ומהלכו של הטיעון הכולל – יהיה מן הנורמטיבי אל הפוזיטיבי, כדלהלן: תחילה יתאר המאמר את התפתחותו של כלל האחריות יחד ולחוד

\* דוקטור למשפטים, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית ספיר והמכללה האקדמית צפת. תודה מיוחדת לפרופ' ברק מדינה ולשופט בית המשפט העליון, עופר גרוסקופף, על הערותיהם החשובות ומאירות העיניים. כן תודה לחברי מערכת כתב העת **חוקים** על עמלם הרב.

וינתח את ייחודו של המאסדר המנהלי כמזיק. ייחוד זה יאיר באור חזק את הצורך לסטות מכלל החבות המלאה בקטגוריה זאת של פעילות המדינה; לאחר מכן יידון כלל האחריות היחסית; לאחריו כלל התקרה הסטטוטורית. בנייתו שיוצג בשני פרקים אלו ייבחנו תחילה יתרונותיהם וחסרונותיהם של הכללים הללו, ולאחר הנחת המסד התאורטי יוצג בקשר לכל אחד מהם תת-הפרק שכותרתו תהיה: "מהלכה למעשה". בתת-פרקים מרכזיים אלו יוצגו כלים מעשיים להפעלת שני הכללים הללו כדי לאפשר שימוש מושכל בהם. לאחר מיצוי הדיון בכלל האחריות היחסית ובכלל התקרה הסטטוטורית – מן ההיבטים התאורטיים והמעשיים גם יחד – יציע המאמר כמה כללים מעורבים אפשריים. סיכומם של דברים והצגת מסקנות ינעלו את המאמר.

**א. דוגמת הצל – מבוא. ב. כלל האחריות יחד ולחוד בהינתן ייחודו של המאסדר המנהלי כמזיק;** 1. כלל האחריות יחד ולחוד – משמעות, אבולוציה ורציונלים; 2. ייחודו של המאסדר המנהלי כמזיק. ג. כלל האחריות היחסית; 1. מעלותיו של הכלל; 2. מגרעותיו של הכלל; 3. אחריות יחסית – מהלכה למעשה; (א) השיטות לחלוקת האחריות בין המזיק הישיר למזיק העקיף; (ב) החלופות השונות להחלת כלל האחריות היחסית. ד. כלל התקרה הסטטוטורית; 1. מעלותיו של הכלל; 2. מגרעותיו של הכלל; 3. תקרה סטטוטורית – מהלכה למעשה; (א) אופן קביעת התקרה; (ב) אופן יישום התקרה. ה. כללי כלאיים; 1. בין תקרה סטטוטורית לאחריות יחסית; 2. בין אחריות יחסית לאחריות יחד ולחוד; 3. בין אחריות יחד ולחוד לאחריות יחסית באמצעות תקרה סטטוטורית. ו. סיכום ומסקנות – מבט כולל.

## א. דוגמת הצל – מבוא

שוו בדמיונכם שאתם המאסדר במשרד להגנת הסביבה, האמון על צמצום זיהום האוויר ומניעתו. כעת הניחו שבמקום מבודד שוכנים בסמיכות זה לזה פונדק דרכים ומפעל מזהם. בשל רצונו להגדיל את תפוקת הייצור שלו העלה המפעל במודע את רמת הזיהום שלה הוא גורם אל מעל לרמה שאותה אתם מתירים לו. על אף בדיקות תקופתיות שאתם מבצעים אינכם מאתרים את דבר החריגה בתוך פרק זמן סביר. בשל העלייה ברמת הזיהום לקה בעל הפונדק במחלה בדרכי הנשימה, ועלותו של נזק גוף זה לצורך דוגמתנו היא 300,000 ש"ח. נוסף על כך, השמועה על קיום הזיהום החריג במקום עשתה לה כנפיים, ואף שנקטתם את צעדי הפיקוח המתבקשים, הפסיקו אנשים לפקוד את המקום, מהלך אשר הסב לבעל הפונדק נזקים כלכליים בסך 200,000 ש"ח. נזקו הכולל של הניזוק בדוגמתנו הוא אפוא 500,000 ש"ח. בעל הפונדק הגיש נגדכם תביעת נזיקין, ובעת הגשתה התברר שהמפעל המזהם הפך לחדל פירעון, ולא ניתן עוד להישפות ממנו. מהו כלל הפיצוי המיטבי במצבים אלו?

מקרה זה ישמש עבורי "דוגמת צל" וסייע לי לנתח ולהסביר את הדוקטרינות ואת הכללים המשפטיים שאציג ברשימה זאת. תביעות נזיקין רבות מוגשות נגד המדינה ורשויותיה בטענה

להפעלה רשלנית של סמכויות האסדרה והפיקוח שלהן.<sup>1</sup> כפי שניתן להבין כבר עתה, במאמר זה ינתחו כללי הפיצוי בתביעות נזיקין שבהן שלושה "שחקנים" מרכזיים: הראשון, גוף רשלן נתון לפיקוח שהוא המזיק הישיר (המפעל המזהם בדוגמתנו). חלקו של המזיק הישיר בגרם הנזק גדול בדרך כלל מחלקם של יתר ה"שחקנים" המעורבים ב"מערכה הנזיקית"; השני, גוף רשלן המפעיל פיקוח על גורם רשלן הנתון לפיקוח (המאסדר במשרד להגנת הסביבה בדוגמת הצל). זהו המזיק העקיף המפקח על פעילותו העוללתית של המזיק הישיר או מאסדר אותה;<sup>2</sup> השלישי, תובע-ניזוק שלעתים רשלן אף הוא ולעיתים לא (בעל הפונדק). הנחת עבודתי תהיה ששני השחקנים הראשונים – הנתון לפיקוח ומפעיל הפיקוח – הם "מעוולים במשותף"<sup>3</sup> או "מעוולים

- 1 בתביעות אלה נקוטות שתי גישות: על פי הגישה האחת, סמכויות אסדרה ופיקוח משמשות כבסיס ומסד לתביעות נזיקין כשהן מופעלות ברשלנות. כך כשדובר בסמכויות פיקוח המקנות שיקול דעת מצומצם, ככתחום הבטיחות בעבודה, וראו ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215 (2004); או כשהרשות כמעט שלא הפעילה שיקול דעת, וראו ע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 23.6.2005), שעסק בפיקוח על מכון רפואי; כן ראו ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 25.5.2006), שעסק ברשלנות המנהל בקשר לנזקים שגרמו הצפות; ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני (פורסם בנבו, 14.12.2006), שעסק בפיקוח על רכיבה על סוסים. לפי הגישה השנייה, יש להדגיש את ייחודן של סמכויות אלה, המתאפיינות בשליטה ובוויסות של פעולות פרטיות. מכאן עולה החשש שמא תוטל אחריות על המזיק הציבורי בכל מקרה של רשלנות מצידו של המזיק הפרטי (משום שרשלנותו של המזיק הפרטי התאפשרה בשל רשלנותו בפיקוח של הגוף השלטוני), וראו ע"א 2055/99 פלוני נ' זאב, פ"ד נה(5) 241 (2001), שבו נדחתה תביעה בטענה להיעדר פיקוח על מוהלים; רע"א 1392/06 נחום נ' גל (פורסם בנבו, 12.7.2006), שעסק בפיקוח על עבודות להרחבת בנייה; ע"א (מחוזי חי') 1933/05 העמותה למען איכות הסביבה והחיים בנהריה נ' איתנית מוצרי בניה בע"מ (פורסם בנבו, 20.8.2007), שבו נקבע שגורמי הפיקוח אינם "גורם המפגע", כנדרש בחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992.
- 2 רשימה זאת עוסקת אפוא במקרים שבהם ידוע ומוכח שהן הנתון לפיקוח הן מפעיל הפיקוח התרשלו, ובעקבות זאת נגרם נזק אחד לניזוק ידוע או לקבוצת ניזוקים ידועה. בנייתוח שהציג גלעד מכונה קבוצת מקרים זאת "מצבי B", שבהם קיימת עמימות באשר להיקף הנזק שגרם הנתבע, וראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 1388–1389, 1455–1456 (2012) (להלן: גלעד גבולות האחריות). ליתר דיוק, מקרים אלו משתייכים לדעת גלעד לקבוצת "מצבי B1", שבהם כל נזקו של הניזוק נגרם מהתנהגות עוללתית של נתבעים בפועל ובכוח, וראו גלעד גבולות האחריות, שם, בעמ' 1393; כן ראו I. GILEAD, M.D. GREEN & B.A. KOCH, PROPORTIONAL LIABILITY: ANALYTICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES 15 (2013); רשימה זאת עוסקת אפוא במצבים שבהם העוללתיות והסיבתיות בקשר להתנהגות המאסדר מוכחות, אולם הוכחתן של אלה, כבדוגמת הצל, עלולה לעורר קשיים. לניתוח קשיים אלה ולהצעות לפתרונם ראו אריאל פורת "תביעות בגין נזקי עישון: האתגר של דיני הנזיקין בעידן העולות ההמוניות" משפטים לג 477 (2003).
- 3 בגדר אלו באים מי מהמעוולים האלה: מעוולים שביצעו עוולה במשותף; מעוול עיקרי ומעוול נוסף שתרם או סייע לביצוע העוולה; או מעוול עיקרי ומעוול משני הנושא באחריות שילוחית, וראו ישראל גלעד "הערות לסדרי הנזיקין בקודקס – אחריות ותרופות" משפטים לו 761, 781–794 (2006) (להלן: גלעד "הערות לסדרי הנזיקין בקודקס"). המקור לחבותם המשותפת הוא ס' 11 ו' 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968.

משותפים".<sup>4</sup> מנקודת מבטו של הניזוק, שניהם יחדיו היו שותפים ברשלנותם לתחושת הביטחון ולהסתמכות שנוצרה בקרבם בקשר לטיבו ולבטיחותו של השירות או המוצר שצרך. לכן עמדתו היא שיש לראות בהם מעוולים במשותף שביצעו יחד מעשה עוולה, אפילו לא תיאמו ביניהם מעשה זה ממש, או מעוולים משותפים שפעלו בנפרד וגרמו לנזק אחד. בפשטות – לפנינו מצב שבו ידוע שהמפוקח והמפקח גרמו בעוולה לנזקו של התובע, אך לא ניתן להוכיח במדויק מה חלקו של כל אחד מהם בנזק זה.<sup>5</sup> אם שיטת הפיצוי במצבים אלו נגזרת מגישת ה"הכול או לא כולם" הארכאית (all-or-nothing-rule) – לפי הדין הנוהג בארץ – הרי שעל בית המשפט לילך באחת מבין שתי אפשרויות קוטביות אלה:

האחת, לשלול את אחריות הגורם המפקח, ובכך גם להשית עליו "אפס חבות". זהו הדין במקרים מסוימים בארצות הברית,<sup>6</sup> באנגליה<sup>7</sup> ובישראל;<sup>8</sup> השנייה, להטיל אחריות על הגורם

- 4 אלו מעוולים שפעלו בנפרד וביצעו עוולות שאינן תלויות זו בזו, אך גרמו לנזק אחד שאינו ניתן לחלוקה, וראו גלעד "הערות לסדרי הניזוקין בקודקס", שם; המקור לחבותם המשותפת הוא פסיקתי, וראו ע"א 22/75 אדרי נ' עזיזאן, פ"ד ל(1) 701 (1976).
- 5 במילים אחרות, המאפייין את המצבים שיידונו להלן הוא שהוכח בהם שהמפוקח והמפקח גרמו ברשלנותם לנזק, אולם קיימת עמימות בקשר לחלקו של המאסדר בנזק זה. למקרים המשתייכים לקטגוריה זו, הגם שלא בהקשרן של תאונות אסדרתיות בלבד, ראו למשל ע"א 304/68 גינוסר נ' דחאברה, פ"ד כג(1) 366 (1969), שעסק בנזק שנגרם לשדותיו של התובע כשעדריו של הנתבע פלשו לשדות בפעם אחת מן השלוש, עדריים השייכים לאחר שפלשו בפעמיים הנוספות, ולא היה אפשר לדעת לאיזה חלק בנזק גרמו עדרי הנתבע; ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89 (1990), שעסק בכלבים שתקפו בזמנית את התובע, כששניים מהם היו כבעלות הנתבעים, לא נודע למי היה שייך זה השלישי, ולא היה אפשר לקבוע לאיזה חלק בנזק גרם כל כלב; *Fitzgerald v. Lane*, [1987] 2 All E.R. 455 (C.A.), שעסק בתובע שניזוק משני כלי רכב בזה אחר זה, כשלא ברור מי גרם לאיזה חלק בנזק; *Huddel v. Levin*, 537 F.2d 726 (1976), שעסק באדם שנהרג בתאונת דרכים. עיזבונו תבע הן את הנהג הרשולן שפגע ברכבו הן את יצרנית הרכב שנטען כי ייצרה משענת ראש פגומה; *Town of Sentinel v. Chrysler Corp v. Todorovich*, 580 P.2d 1123 (1978); *v. Riley*, 43 P.2d 742 (1935), שבו הוטלה אחריות על גורם המטרד אף שפעלו באזור גורמי מטרד שונים שתרמו אף הם לנזק; *Azure v. The City of Billings*, 596 P.2d 460 (1979), שעסק באדם שהותקף בידי אחר, נזקיו הוחמרו בשל טיפול רשלני של המשטרה בעניינו, ולא היה אפשר לדעת איזה חלק בנזק גרם איזה מעוול. יצוין שגישתו הכללית של ה-*RESTATEMENT OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARMS §28 cmt.d(1) (AM.LAW INST. 2010)* היא שבמקרים ממין זה יש להעביר את נטל ההוכחה אל הנתבע כדי שיוכיח הוא לאיזה חלק בנזקו של הניזוק גרם. אם לא עמד בנטל זה – יהיה אחראי לנזק כולו.
- 6 וראו *United States v. Varig Airlines*, 476 U.S. 797 (1986), שעסק בפיקוח על בטיחות בטיסה; ו-*United States v. Gaubert*, 499 U.S. 111 S.Ct. 1267 (1991), שעסק בפיקוח על אגודת חיסכון והלוואה. בשני מקרים אלו הופטרו הרשויות הציבוריות מאחריות בשל חריג שיקול הדעת, המעוגן כיום ב-*The Federal Tort Claims Act (FTCA)*, 28 U.S.C. § 2680(a) (1946).
- 7 וראו ה-*Financial Services and Markets Act*, שמעניק במצבים מסוימים פטור מאחריות למאסדר; כן ראו *Yuen Kun Yeu v. A-G of Hong Kong*, [1987] 1 All E.R. 705 (PC); *Davis v. Radcliffe*, [1990] 1 W.L.R. 821 (HL). שתי פרשות אלה עסקו במפקח על יציבות הבנקים, שבמחדליו הסב נזק ללקוחות בנק שהתמוטט. היו אלה תביעה לנזק כלכלי טהור והן נדחו.

המאסדר, ובכך – על פי כלל האחריות יחד ולחוד – גם לחשוף אותו לסכנה של חבות מלאה באין מזיק נוסף שהוא בר־גבייה. גם לכך דוגמאות בארצות הברית,<sup>9</sup> באנגליה<sup>10</sup> ובישראל.<sup>11</sup> בבוא שיטה משפטית לעצב את דיני האחריות ואת דיני הפיצוי במצבים אלו היא יכולה להתלבט בין שלושה כללים משפטיים מרכזיים: **הכלל הראשון** הוא **כלל מחמיר עם הניזוק־התובע**. לפיו, יש להקפיד שהתובע, בעל הפונדק בדוגמתנו, יוכיח את התקיימותם של כלל היסודות של עלילת תביעתו על פי עודף מאזן ההסתברויות. על פי כלל זה, תביעתו של התובע עלולה להידחות כליל ובשיטתיות מפני שלא ברור לאיזה חלק מדויק בנזקו גרם כל נתבע. כלל זה – המותיר בדרך קבע מול שוקת שבורה ניזוקים שנפגעו משני מעוולים שבהתנהגותם דבק אשם – אינו מיטבי, ואותו יש לדחות.<sup>12</sup>

**הכלל השני הוא כלל מחמיר עם המאסדר־הנתבע**. לפיו, יש לחייב את שני המעוולים – הנתון לפיקוח (המפעל המזהם) ומפעיל הפיקוח (המאסדר במשרד להגנת הסביבה) – בגין מלוא הנזק שסבל הניזוק. הסיבה לכך היא שמעת שנגרם נזק שאינו ניתן להפרדה ולייחוס, ראוי שהמזיקים יישאו בכולו, אפילו יישא אחד מהם בחלק רב בהרבה מזה שלו גרם בפועל.<sup>13</sup> עמדתי היא, כפי שיובהר בהמשך, שגם כלל קוטבי זה אינו מיטבי בתביעות שעניינן רשלנות מאסדרים. **הכלל השלישי**, שלהלן אטען שאותו יש לאמץ, הוא **כלל דרך הביניים**. לפיו, ניתן להחיל חזקה הניתנת לסתירה שלפיה המאסדר יהיה אחראי לחלק מסוים מנזקו של הניזוק. חלק זה – כפי שיובהר בהרחבה להלן – יכול שייקבע הן באמצעות תקרת פיצוי סטטוטורית הן בהשתת חבות יחסית על המאסדר, לפי היחס שבין מידת הסיכון שיצר הנתון לפיקוח כלפי התובע לבין מידת הסיכון שיצר כלפיו מפעיל הפיקוח, ובהיעדר כל מידע יחולק הנזק שווה בשווה. דרך ביניים זאת תעמוד במוקד רשימה זאת.

8 וראו ס' 3א (א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006, הפוטר את המדינה מתשלום פיצויים כשהמזיק הישיר הוא צד שלישי, וכשרשלנות המדינה מתבטאת בפיקוח ובאסדרה של פעילותו; כן ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2474/86 **נצר נ' כנפונית חברה למטוסים זעירים**, פ"מ התשנ"ד (2) 441 (1994), שעסק באחריות המדינה לפקה על כלי טיס, ושבו היא הופטרה מאחריות בשל מאפייניהם המיוחדים של המזיקים הציבוריים; וע"א 915/91 **מדינת ישראל נ' לוי**, פ"ד מח (3) 45 (1994), שעסק ברשלנות המפקח על הביטוח, ובו יובא חריג שיקול הדעת אל משפטנו הפוזיטיבי.

9 למשל Berkovitz v. United States, 486 U.S. 108 S. Ct. 1954 (1988), שעסק ברשלנות בפיקוח על חיסון שנטל התובע ולקה בשל כך בשיתוק ילדים. התביעה הוגשה נגד המאסדר שאישר את ייצור התרופה ונגד מנהל המזון והתרופות שאישר לשווק את המשלוח הפגום.

10 לדוגמה: Perrett v. Collins, [1998] 2 Lloyd's Rep. 255 (AC), שבו הובילה התרסקותו של כלי טיס להטלת אחריות על הרשות בשל רישוי ופיקוח הרשלניים שהסבו נזקי גוף לתובעים.

11 בע"א 7008/09 **עבר אלרחים נ' עבר אלקאדר** (פורסם בנבו, 7.9.2010) הכיר בית המשפט בקשיים הנובעים מיישומו של כלל האחריות יחד ולחוד בקטגוריה זאת של פעילות המדינה. אולם חרף "הרהורי הכפירה" נקבע שאין מנוס מלהחיל את הכלל בשל המצב החקיקתי הקיים.

12 וראו העמדה אצל גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1457; כן ראו ע"א 285/86 **נגר נ' וילנסקי**, פ"ד מג (3) 284, 293 (1989).

13 וראו הניתוח אצל גלעד, שם; כן ראו הניתוח של גישה זאת אצל אריאל פורת **נויקין** 397 (2013).

מטרתי במאמר זה תהיה אפוא להתוות שביל ביניים המאפשר להטיל אחריות ולהשית חבות מסוימת על הגוף המאסדר, אך גם מקנה, בד בבד, אפשרות למנוע הטיה שיטתית, מופרזת ומוגזמת נגד הגוף המפקח המקדשת את מטרת הפיצוי לבדה. אכן, אין לפטור במצבים אלו לגמרי את מפעיל הפיקוח מתשלום פיצויים לניזוק, אך בה בעת גם אין לחייבו במלוא הסכום. מוטב לדעתי להשית חלק מהסכום על כתפי הגורם המפקח ולהותיר את חלקו האחר על כתפי הניזוק, במיוחד במקרים שגם אשמו של הניזוק גרם לנזק. מסקנתי היסודית תהיה כי יש לאמץ כלל שיותאם לנסיבות המקרה על פי קריטריונים ברורים שאותם אפרט בהמשך. כפי שניזכר מהמצבים השונים שינתחו ברשימה זאת, יש נסיבות שבהן מוטב ליישם כלל של אחריות יחד ולחוד; בנסיבות אחרות עדיף כלל של אחריות יחסית; בנוספות – כלל של תקרה סטטוטורית. מהלך הזרימה של פרקי המאמר יהיה מן הנורמטיבי אל הפוזיטיבי, כדלהלן: טרם אידרש לסיבות שבגינן רצוי לסטות מכלל האחריות יחד ולחוד בסוג זה של פעילות המדינה, אתאר, בפרק ב, את התפתחותו של כלל האחריות יחד ולחוד ואעמוד על הרציונלים שבבסיסו. משאפיין רציונלים אלו, אנתח את ייחודו של המאסדר המנהלי כמזיק. ייחוד זה יאיר את הצורך לסטות מכלל החבות המלאה בקטגוריה זאת של פעילות המדינה. לאחר מכן, בפרק ג, יידון כלל האחריות היחסית, ולאחריו, בפרק ד, כלל התקרה הסטטוטורית. בניתוח שאציג בשני פרקים אלו אתיחס תחילה ליתרונותיהם ולחסרונותיהם של הכללים הנ"ל, ולאחר הנחת המסד התיאורטי יוצג בקשר לכל אחד מהם תת-הפרק שכותרתו תהיה: "מהלכה למעשה". בתת-פרקים מרכזיים אלו אציג כלים מעשיים להפעלת שני הכללים כדי לאפשר שימוש מושכל בהם. לאחר מיצוי הדיון בכלל האחריות היחסית ובכלל התקרה הסטטוטורית – מן ההיבטים התאורטיים והמעשיים גם יחד – אידרש, בפרק ה, לכמה כללים מעורבים אפשריים. סיכומם של דברים והצגת מסקנות, בפרק ו, ינעלו את המאמר.

## ב. כלל האחריות יחד ולחוד בהינתן ייחודו של המאסדר המנהלי כמזיק

### 1. כלל האחריות יחד ולחוד – משמעות, אבולוציה ורציונלים

במקרים שבהם נזק לצדדים שלישיים מתאונה אסדרתית עלולים לשאת באחריות מי מן הגופים האלה: המאסדר (הגוף המפקח) והעוסק בפעילות המזיקה הישירה (הגוף המפוקח). כפי שראינו בפרק הראשון, על פי הדין הנוהג בישראל, אחריותם של גופים אלו לנזקו של הניזוק היא אחריות יחד ולחוד, בין מכוח היותם מעוולים משותפים, כלומר מעוולים שפעלו בנפרד וביצעו עוולות עצמאיות ובלתי תלויות זו בזו אך גרמו לנזק אחד שאינו ניתן לחלוקה,<sup>14</sup> ובין מכוח היותם מעוולים במשותף. בגדר מעוולים במשותף באים מעוולים אלו: מעוולים שביצעו את

14 גלעד "הערות לסדרי הנזיקין בקודקס", לעיל ה"ש 3, בעמ' 790; כאמור, המקור החוקי לחבותם המשותפת של מעוולים אלו הוא פסקתי.

העוולה במשותף; מעוול עיקרי וביצידו מעוול נוסף שתרם או סייע לביצוע העוולה; מעוול עיקרי ומעוול משני הנושא באחריות שילוחית לעוולתו של הראשון.<sup>15</sup>

משמעותו של כלל האחריות יחד ולחוד היא שלניזוק נתונה הבחירה בין הגשת תביעה נגד שני המעוולים לבין הגשת תביעה נגד אחד מהם, ובלבד שלא ייפרע יותר מכפי נזקו.<sup>16</sup> בחר הניזוק לתבוע את אחד המעוולים, עומדת לנתבע האפשרות לגבות מהמעוולים האחרים את חלקם בנזק (באמצעות תביעה שאותה אכנה להלן: "תביעת חזרה" או "תביעת השתתפות"), ואלה יישאו בינם לבין עצמם באחריות לנזק על פי אשמם היחסי.<sup>17</sup>

יצא אפוא שגם אם קיימים כמה אחראים פוטנציאליים לנזק, וגם אם חלקו היחסי של המאסדר בגרימת הנזק קטן, יכול הניזוק להגיש את תביעתו נגד המאסדר בלבד, בגין מלוא הנזק שסבל. אומנם למאסדר עומדת האפשרות לגבות את חלקו מהגורם המפוקח, אולם אם מסיבה כלשהי אין מסתייע בידי המאסדר לגבות את חלקו של הגוף המפוקח בנזק, עלול המאסדר לשאת במלוא הפיצוי בגפו.<sup>18</sup> יתרה מזאת, במקרה שבו נתבע הגוף המפוקח לבדו, נושא הוא בנטל של הגשת תביעת החזרה ובנטל של ניהול הליכי הוצאה לפועל נגד המזיק הישיר. ידוע וגלוי הוא כי תובעים נוטים לתור אחר מעוולים שכיסייהם עמוקים,<sup>19</sup> ומשכך כלל האחריות יחד ולחוד גורם להטיה שיטתית לרעתן של רשויות ציבוריות.<sup>20</sup>

ואכן, כלל האחריות יחד ולחוד – המכונה לעיתים בכלליות גם "תאוריית הכיסים העמוקים" (the deep pockets theory)<sup>21</sup> – נתון למחלוקות רבות. מקורו של כלל זה מצוי בדין האנגלי. הרעיון שלפיו מעוולים במשותף אחראים כל אחד לכלל הנזק שסבל הניזוק התפתח וצמח במשפט המקובל מן המושג בדבר "cause of action".<sup>22</sup> בתחילה היו "חוקי צירוף" מוקדמים במשפט המקובל נוקשים ביותר,<sup>23</sup> ולחבר המושבעים לא הותר כלל לחלק את הנזק בין גורמיו השונים.<sup>24</sup> צירופם של נתבעים התאפשר רק במקרים שבהם המעוולים פעלו מתוך תכנון ובתזמור, או כשהיה אפשר למצוא הדידות כלשהי בין פעולותיהם. כאשר המזיקים לא פעלו

15 גלעד, שם. כאמור, המקור החוקי לחבותם המשותפת של מעוולים אלה הוא ס' 11 ו-12 לפקודת הנזיקין.  
 16 וראו ס' 77 (א) לפקודת הנזיקין.  
 17 וראו ס' 83-84 לפקודת הנזיקין.  
 18 W. P. Keeton, D.B. Dobbs, R. E. Keeton & D. G. Owen, PROSSER AND KEETON, ON THE LAW OF TORTS 351 (1984).  
 19 ראו הדיון בפס' 44 לפסק דינו של השופט עמית בפרשת **עבד אלרחים**, לעיל ה"ש 11.  
 20 ראו המסקנה **אצל**: R.M. Lindsey, Compensation, Fairness, and the Costs of Accident – *Should Pennsylvania's Legislature Modify or Abrogate the Rule of Joint and Several Liability Among Concurrently Negligent Tortfeasors?*, 91 DICK. L. REV. 947, 947 (1986).  
 21 שם.  
 22 שמשמעותו "עילת תביעה", וראו הדיון בהקשר זה **אצל**: W.L. Prosser, *Joint Torts and Several Liability*, 25 CALIF. L. REV. 413, 418 (1937).  
 23 Keeton, Dobbs, Keeton & Owen, PROSSER AND KEETON, ON THE LAW OF TORTS בעמ' 324-325, 345.  
 24 Prosser, *Joint Torts and Several Liability*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 418.



יחדיו או בתיאום, סירבו בתי המשפט באנגליה לאפשר להם להצטרף יחד כנתבעים באותה תביעה אף שמעשיהם יחדיו גרמו לנזק אחד שאותו סבל התובע.<sup>25</sup> "חוקי צירוף" ליברליים יותר אומצו בהדרגה.<sup>26</sup> לפי מגמה חדשה זאת, הותר לתובע לצרף לתביעה אחת מעוולים שהיו אחראים כלפיו כל אחד בנפרד לאותה פגיעה שסבל אף שלא היה תיאום או קשר מובהק בין פעולותיהם.<sup>27</sup>

ההשפעה של התפתחות זאת בדין הפרוצדורלי התבטאה בכך שמאז היה התובע יכול לזכות בהחלטה נגד כל אחד מהמעוולים שהתנהגותו הייתה סיבה שבלעדיה אין לנזק – בתביעה אחת. מעת שניתן פסק הדין, היה התובע יכול לבחור לפעול לביצועו נגד אחד החייבים על פי פסק הדין או בכל שילוב אחר שלהם. ההיבט המהותי של כלל האחריות יחד ולחוד, שלפיו כל אחד מהמעוולים אחראי כעת למלוא הנזק שסבל התובע, הוא בקשר שלו לדרישת הסיבתיות. לפי כלל זה המעוול אחראי לכל הנזק שגרמה התנהגותו העוללתית.<sup>28</sup> במילים אחרות, ניתן להטיל את האחריות לכלל הנזק על אחד מן התובעים ולקבוע שעליו לפצות את הניזוק על כלל הנזק שסבל. מלומדים סבורים כי החיבור שבין ההתפתחות הזאת בדרישת הסיבתיות ובין חוקי הצירוף הליברליים הוא שהוליד את כלל האחריות יחד ולחוד המוכר לנו כיום.<sup>29</sup>

"הולדתו" של כלל האחריות יחד ולחוד הובילה להתלבטויות בסוגיות שעניינן דרך חלוקת הנזק בין המעוולים השונים ואופן יישומה של דוקטרינת האחריות היחסית. דיני הניזוקין המסורתיים במשפט המקובל המוקדם עסקו בהקצאת הנזק בין תובע אחד לנתבע אחד. אם הוטלה אחריות על הנתבע, הוקצה ההפסד שסבל הניזוק למזיק. לעומת זאת אם לא הוטלה אחריות על הנתבע, נותר ההפסד כמות שהוא ונשא בו התובע.<sup>30</sup> עתה, במקרים שבהם היו מעורבים מעוולים רבים – ומעת שרוככו "חוקי הצירוף" ואפשרו לתובע כמה מעוולים בהליך אחד – עלתה שאלת אופן חלוקת הנזק ביניהם. בתחילה הייתה הגישה השלטת שאין זכות חזרה – דהיינו מנגנון המאפשר תביעות השתתפות בין מזיקים – למזיק שמילא אחר חובתו לפי פסק הדין.<sup>31</sup> ברבות השנים רוכך הכלל שאסר זכות חזרה, כשנקבע שהוא אינו חל במקרים של

25 Keeton, Dobbs, Keeton & Owen, Prosser and Keeton, On The Law of Torts 18, בעמ' 325–324. לעיל ה"ש

26 שם.

27 שם, בעמ' 327–325.

28 שם, בעמ' 268, 328.

29 Lindsey, *Compensation, Fairness, and the Costs of Accident*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 954.

30 שם, בעמ' 955.

31 Keeton, Dobbs, Keeton & Owen, Prosser and Keeton, On The Law of Torts 18, בעמ' 337. מקורו של כלל זה, ששלל זכות חזרה, הוא ב־101 *Merryweather v. Nixan*, (1799).

אל הנתבע השני בטענה ששילם פיצוי ששניהם היו חייבים בו כבעלי חוב משותף. הנתבע האחד ביקש לחזור אל הנתבע השני בטענה ששילם פיצוי ששניהם היו חייבים בו כבעלי חוב משותף. אפשרות החזרה נשללה משום שהצדדים פעלו במכוון ובתיאום ביניהם.



אחריות עקיפה, של רשלנות, של טעות או של הפרות חוק אחרות שנעשו שלא במכוון.<sup>32</sup> בתי המשפט החלו לאפשר, באמצעות תביעות חזרה, לחלק את הנזק בין מעוולים במשותף, למעט במקרים שבהם האחריות נבעה מפגיעה מכוונת ומתואמת. אולם אפשרות זאת לא פטרה כל אחד מן הנתבעים במשותף מאחריותו לכלל הנזק שסבל הניזוק, היות שכזכור רשלנותו הייתה גורם שבלעדיו אין. לכן תובעים שלטובתם נפסק פיצוי נגד שני נתבעים או יותר היו יכולים לבחור לאכוף את פסק הדין נגד אחד מן הנתבעים, כמה מהם או כולם, והנתבעים כולם נותרו חייבים לתובע עד למילוי המלא של פסק הדין.<sup>33</sup> אך טבעי שמשטר משפטי זה גרם לחששם של נתבעים מקנוניה אפשרית בין התובע לאחד או יותר מן הנתבעים במשותף. דאגה רבה שררה גם בשל האפשרות שמעוולים מסוימים לא יאותרו או יהיו חדלי פירעון, וכך ייאלץ נתבע אחד חסר אונים לשאת בנטל מלוא הסכום, כבדוגמת הצל.

זה המקום להדגיש כי דוקטרינת ההשתתפות בין מעוולים (contribution among tortfeasors) נדונה לעיתים בערבוביה עם כלל האחריות יחד ולחוד (the doctrine of joint and several liability) אף שכל אחד מהם ראוי לדיון נפרד. לפי כלל האחריות יחד ולחוד, כל נתבע אחראי אינדיווידואלית ובמשותף לכלל הסכום שנפסק לתובע, בלא קשר למידת אשמו האינדיווידואלי. כך, תובע הבוחר לאכוף את פסק הדין נגד מעוול אחד בלבד זכאי לקבל את מלוא הסכום שנפסק בפסק הדין מאותו נתבע. לעומת זאת לפי דוקטרינת ההשתתפות בין מעוולים, למעוול שנשא בעול הפיצוי יש הזכות להישפות מיתר המעוולים במשותף לפי חלקם בגרם הנזק. הקושי מתעורר כאשר אותם מעוולים אינם ניתנים לאיתור או שהם חדלי פירעון. יוצא אפוא כי לפי כלל האחריות יחד ולחוד לתובע נתונה הזכות לבחור עם מי מהמזיקים ברצונו לנהל את ההליך המשפטי, וביכולתו להטיל את הסיכון להיעדרם או לחדלות פירעונם של יתר המזיקים על מי שלתחושתו הוא בעל היכולת הרבה ביותר לשאת בעול הפיצוי, או על מי שאליו הוא חש קשור פחות מליתר המזיקים. כך, יהיו נתבעים ששפר עליהם מזלם והם יצליחו לחמוק בלי לשלם את חלקם, ואילו נתבעים אחרים, שאיתרע מזלם, ייאלצו לשאת בנטל כל הסכום. בשל דברים אלו קיים לדעתי קונפליקט תאורטי פנימי בהסדר הנוהג המחלק את ההליך המשפטי ונשען על כלל האחריות יחד ולחוד בשלב הראשון, ועל זכות החזרה בשלב השני. כלל האחריות יחד ולחוד מתעל אל הנתבע – הנגיש, הסולבנטי ושאליו אין התובע חש קשור – סיכון חבות שאינו פרופורציונלי למידת אשמו בגרם הנזק. לעומת זאת זכות החזרה מחלקת את האחריות כפי מידת האשמה היחסית של כל אחד מן הצדדים לתאונה לאחר מכן, כשהסיכון שהמזיקים האחרים חדלי פירעון או אינם ניתנים לאיתור מונח על כתפי אותו נתבע סולבנטי, כפי שבדוגמת הצל הסיכון שהמפעל המזהם, שהוא מזיק ישיר, הוא חדל פירעון מונח על כתפי הרשות. נראה כי הסדר כולל זה מבקש להגשים שתי מטרות נבדלות זו מזו ולעיתים אף מתנגשות

32 KEETON, DOBBS, KEETON & OWEN, PROSSER AND KEETON, ON THE LAW OF TORTS 18. לעיל ה"ש

33 S.A. Kraft, *Modification of the Doctrine of Joint and Several Liability: Who Bears the Risk?*, 11 NOVA. L. REV. 165, 174 (1986).

זו בזו: האחת, הבטחת פיצוי לניזוק (באמצעות כלל האחריות יחד ולחוד), והשנייה חלוקה הוגנת של החבות בין המעוולים השונים (באמצעות זכות החזרה).

מדברים אלו עולה גם העיקרון היסודי שבבסיס כלל האחריות יחד ולחוד. הסיבה המרכזית לשימורו של כלל זה נשענת על מדיניות המעדיפה הבטחת פיצוי מלא לניזוקים, גם במחיר הזנחתן של מטרות חשובות אחרות.<sup>34</sup> ביטוי מובהק לכך נתן בית המשפט העליון של קליפורניה, שבדחתו טיעונים התומכים בסטייה מכלל האחריות יחד ולחוד קבע כי "[...] ההצעה של ארגון האופנוענים לנטוש את כלל האחריות יחד ולחוד תביא להשפעה מזיקה על יכולתם המעשית של אנשים שנפגעו בגלל רשלנות לקבל פיצוי הולם בגין פגיעותיהם. אחד מתוצרי הלוואי העיקריים של כלל האחריות יחד ולחוד הוא שכלל זה מאפשר לעיתים קרובות לאדם שנפגע לקבל פיצוי מלא [...] גם כשלאחד או יותר מן הצדדים האחראים לנזק אין האמצעים הכספיים כדי לשאת בחבותו [ההדגשה שלי – ב"ס]."<sup>35</sup>

כלל האחריות יחד ולחוד אכן משרת היטב את מטרת הפיצוי, והוא עושה זאת טוב משעושים זאת כללים של חבות מוגבלת. אם נאמץ גישה שלפיה המטרה החשובה מכול היא פיצוי הניזוק ושיש לראות בסיטואציה הנזיקית ובפיצוי הנזיקי כלי לחלוקה מחודשת של משאבים – שבאמצעותו מוצדק לקחת משאבים מהרשות המאסדרת בעלת "הכיסים העמוקים" ולהעבירם לניזוק "שכיסו רדודים" – אזי יש לשמר את כלל האחריות יחד ולחוד. בתת-הפרק העוקב אציג סוגיה מורכבת זאת בהרחבה יתרה. הניתוח שאערוך לאחר מכן יעלה כי כלל האחריות יחד ולחוד ראוי לבחינה ביקורתית נוקבת בהקשרן של תאונות אסדרתיות.

## 2. ייחודו של המאסדר המנהלי כמזיק

סינדרום הכיס העמוק, הנוצר בשל הדין הפוזיטיבי, מספק אפוא תמריץ חזק לניזוק לתבוע דווקא את רשויות הפיקוח, בלא צורך לצרף לתביעתו את המזיק הישיר. ראינו כי על הקשיים שמעורר כלל האחריות יחד ולחוד, ככלל, עמדו מלומדים בפסיקה ובספרות. עם זאת דומני שהכתיבה הנזיקית בתחום זה טרם ייחסה חשיבות מספקת לכך שחוסר ההגינות והיעדר הצדק – בקטגוריה מיוחדת זאת של פעילות – עלולים להחריף ולבוא לידי ביטוי ביתר שאת. במילים אחרות, עת שמדובר במזיקים עקיפים שאינם מאסדר מנהלי, ייתכן שאין להחיל לטובתם במובהק את כלל האחריות היחסית כיוון שקיימת הבחנה ניכרת בינם לבין המאסדר המנהלי. העיוות שיוצר סינדרום הכיס העמוק מחמיר אפוא במיוחד שעה שהרשלן הוא מאסדר מנהלי, בשל כמה מאפיינים חשובים המתקיימים בו במצטבר. כעת אציג מאפיינים אלו, אטען כי יש להביאם בחשבון בקביעת היקף החבות ואסביר מדוע עסקינן במאפיינים רלוונטיים המסבירים את היקף החבות של מעוולים במשותף בדין הנוהג ובספרות האקדמית:

34 Lindsey, *Compensation, Fairness, and the Costs of Accident*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 961.

35 *American Motorcycle Ass'n v. Superior Court*, 20 Cal. 3d 578, 585–586 (1978).

1) **רווחי הפיקוח** – האסדרה היא כלי שרת ליישום מדיניות. לעיתים השימוש בכלי זה הוא ממניעים כלכליים,<sup>36</sup> לעיתים ממניעים חברתיים<sup>37</sup> ולעיתים משני אלו יחד. בין שהאסדרה נעשית ממניעים כלכליים ובין שהיא נעשית ממניעים חברתיים, תכליתה של הפעילות האסדרתית היא אחת – להבטיח את טובת הציבור.<sup>38</sup> במילים אחרות, המדינה אינה נהנית ישירות ממילוי חובות הפיקוח שלה, ומילוי חובות אלה נעשה לטובת אחר, בשונה ממפקחים פרטיים הנהנים ישירות מפירות עמלם, כרואה חשבון מבקר המקבל שכר טרחה עבור עבודתו.<sup>39</sup> כיוון שהפרטים בחברה הם שמפיקים תועלת רבה מפעילות המאסדרים – שכן, כפי שראינו, תכלית קיומם של אלו היא להגשים אינטרסים ציבוריים – ההגינות מחייבת כי גם הפרטים, עת שניזוקים, יישאו לפחות בחלק מן הסיכונים הכרוכים בפעילות זאת.<sup>40</sup> בפשטות, מתבקש מטעמי הגינות להגביל את היקף חבותן של רשויות מאסדרות, שכן פעילותן אינה רק פוגעת בפרטים כי אם גם, ובעיקר, מגדילה את רווחתם.<sup>41</sup>

שיקול זה לא נעלם מעיני הפסיקה. בפרשת לוי, המתיישבת עם הגישה המסורתית מצירת האחיות, ציין הנשיא שמגר את השיקול שלפיו "...הרשות מפעילה את שיקול-דעתה לא לטובתה היא, אלא לטובת הציבור בכללותו".<sup>42</sup> זאת ועוד, גלעד טוען כי מזיק – המפיק תועלת מפעילותו המזיקה – ראוי שישא גם בתוצאות השליליות של פעילותו כפי מידת הנאתו.<sup>43</sup> יש אפוא להעריך את הפער שבין מידת הרווחה שמפיק המזיק מפעילותו המזיקה לבין גודל הפגיעה של פעילות זאת באחרים. ככל שפער זה רחב יותר, כך צריכה לגבור הנטייה לראות בפעילות

36 וראו אורי ארבל-גנץ **רגולציה – הרשות המפקחת** 25–30, 39 (נייר עמדה 37, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003); ROBERT BALDWIN & MARTIN CAVE, UNDERSTANDING REGULATION: THEORY, STRATEGY AND PRACTICE 9–17 (1<sup>st</sup> ed. 1999).

37 וראו ארבל-גנץ, לעיל ה"ש 36, בעמ' 30–33; Cass R. Sunstein, *Paradoxes of the Regulatory State*, 57 U. CHI. L. REV. 407 (1990); CASS R. SUNSTEIN, AFTER THE RIGHTS REVOLUTION: RECONCEIVING THE REGULATORY STATE 32–46, 55–74 (1990); TONY PROSSER, THE REGULATORY ENTERPRISE: GOVERNMENT, REGULATION AND LEGITIMACY 4–6, 11–19 (2010).

38 ראו בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים, פ"ד כה (1) 325, 331 (1971).

39 עמדתי זאת שונה מעמדתה של קרקו-אייל, הסבורה כי "עבודתם של רואי חשבון מבקרים היא כזאת שנעשית לתועלת הציבור בכללותו, ותועלתה חורגת מגדר האינטרסים הכלכליים והאישיים של נותן השירות ושל מקבלו", וראו נילי קרקו-אייל "הגבלת חבותו הנזיקית של רואה החשבון המבקר כלפי צדדים שלישיים" **משפטים** מא 517, 586 (2011).

40 לדיון בטיעון זה באשר לרשויות ציבור, ראו גלעד **גבולות האחיות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1045–1047.

41 לכך שכוחו של טיעון זה יפה כאשר סיכוני הפעילות האסדרתית מתפזרים פחות או יותר במידה שוויונית והוגנת בחברה, ראו פרשת לוי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 80.

42 שם, בעמ' 81.

43 לדיון בערך ההגינות מנקודת מבט זאת, ראו גלעד **גבולות האחיות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 214–215.

המזיק לא צודקת ולא הוגנת, המצדיקה הטלת אחריות נזיקית,<sup>44</sup> ולהפך. כוחו של טיעון זה תקף גם למידת חבותו הרצויה של המזיק. במילים אחרות, הפער שבין מידת הרווחה שמפיק המזיק מפעילותו המזיקה לבין גודלה של פגיעה זו באחרים צריך להשליך לא רק על השאלה אם יש להטיל אחריות על המזיק אלא גם על השאלה מה צריך שיהיה גובהה של החבות שיש להשית עליו כשגורם נוסף גרם לנזק.

אשר למזיק הישיר (המפעל המזהם בדוגמתנו, יצרן שמשיקולים כלכליים לא השקיע די משאבים בבטיחות מוצריו וכדומה), הרי שהפער בין מידת הרווחה אשר זה מפיק מפעילותו המזיקה לבין גודל הפגיעה של פעילות זו באחרים הוא גדול, והנהנה הישיר מכך הוא המזיק עצמו. אין זה הדבר באשר למאסדר המנהלי, משום שהרווח הנוצר מן הפעילות שגרמה לנזק הוא אינו רווחו של הגורם המפקח. בבואנו לזהות את הנהנה המרכזי מליבת הפעילות המזיקה ולהעריך את מידת הנאתו, המסקנה שתוסק בדרך כלל היא שזוהו המזיק הישיר, ושנאתו מכך היא אישית ורבה. לעומת זאת לא קיים פער גדול בין מידת הנאתו של המאסדר לבין הנזקים שפעילותו גורמת. אשר על כן, משיקולי הגינות מוצדק שלא לתעל את מרבית החבות אליו, בין שהמזיק הישיר בר־גבייה ובין שלא.

**(2) החובה לפקח** – השאלה אם המזיק יכול לבחור שלא לעסוק בפעילות המזיקה או שמה נכפה עליו לעסוק בפעילות זאת, צריכה לדעתי להיות מובאת בחשבון במסגרת קביעת היקף החבות. לא זו בלבד שהמדינה אינה מפיקה הנאה או רווחים ישירים ממילוי חובות הפיקוח שלה, אלא שבחלק לא מבוטל מן המקרים היא אף אינה יכולה להחליט שלא לפקח. המדינה המודרנית אינה יכולה להחליט שהיא פתע מושכת ידה מן הפיקוח על מכלול ענפים משקיים שעליהם היא מפקחת כעת, כמו שוק הביטוח, ענף הבנקאות או שוק התרופות. מהלך כזה אינו ראוי ואינו מעשי.

מאפיין זה של המדינה אינו מתקיים במובהק כל כך אצל מפקחים פרטיים. רואה חשבון מבקך למשל יכול להחליט על איזה תאגיד לפקח, על איזה לא, ונוסף על זה ביכולתו להחליט אם להמשיך לפקח על תאגיד מסוים לאחר שתסתיים התקופה הקבועה בחוזה עימו.<sup>45</sup> הטלת חבות רחבה ומלאה על המאסדר משמעה אפוא כי לעיתים קרובות המדינה – אשר אינה מפיקה רווח ישיר מפעילות הפיקוח שלה, כאמור – אף אינה יכולה לחדול מעיסוקה זה אשר חושף אותה לשני סיכונים בד בבד: האחד, הסיכון להיתבע בתביעות נזיקין; השני, הסיכון כי המזיקים הישירים שעליהם היא מפקחת לא יהיו בני־גבייה.

44 כפי שמסביר גלעד, זוהי למעשה "אחריות הזים" (enterprise liability), וראו: גלעד **גבולות האחריות**, שם, בעמ' 215; כן ראו הדיון היסודי אצל: G.C. Keating, *A Social Contract* (2001) 22 *PHILOSOPHY AND LAW OF TORT* *Conception of the Tort Law Of Accidents*.

45 קרקו־אייל מציינת כי ביקורת על דוחותיה הכספיים של חברה מחויבת מכוח החוק, וראו קרקו־אייל "הגבלת חבותו הנזיקית של רואה החשבון המבקר", לעיל ה"ש 39, בעמ' 586. עם זאת החובה הזאת מוטלת על הפירמה המפוקחת ולא על שומר הסף המפקח, וראו ס' 154 לחוק החברות, התשנ"ט–1999.

**3) הפיצוי שעלולה המדינה לשלם במקרים אלו גבוה בדרך כלל מיכולת התשלום של המזיק הישיר** – בתביעות מהסוג הנדון הסיכון שהמעוול הישיר לא יהיה בר־גבייה הוא ממשי ולא תאורטי גרידא. לכן הסיכון שהמדינה, באמצעות כיסיה העמוקים, היא שתישא בעול כל הפיצוי – גבוה. ואכן, בפרשת **עבד אלרחים** – שבה היה המזיק הישיר בהקפאת הליכים עקב חדלות פירעון – הכיר בית המשפט בתוצאות הבעייתיות של כלל האחריות יחד ולחוד בהקשר זה ממש, אך קבע כי הוא מנוע מלהגיע לתוצאה שונה בשל המצב החקיקתי הקיים.<sup>46</sup>

**4) היעדר קורלציה בין הגורם המזיק לגורם המשלם** – מזיקים ציבוריים מגלגלים הלאה עלויות שמשית עליהם בית המשפט הנזיקי.<sup>47</sup> בהיעדר אמצעי אפקטיבי שמרסן את נטייתה של הרשות לצמוח ללא גבול,<sup>48</sup> רשויות מאסדרות תמשכנה לגלגל את עלויות העוולה לציבור משלמי המיסים. ניתן לטעון שלא הוגן ולא צודק שציבור משלמי המיסים, החף מכל אשם, יישא בנטל הסיכון שיצר בעיקרו של דבר המזיק הישיר. במילים אחרות, הרשלנות האסדרתית נתפסת כתוצר מוסדי ולא כתוצר אינדיווידואלי. חרף זאת כספי הפיצויים המשולמים לניזוקים מגיעים מכיסיהם של משלמי המיסים, ומשלמי המיסים עצמם לא הובילו לעוולה ולא תרמו לה, ולכן אין הם אחראים לה מהיבטים של הגינות, מוסר וצדק. אם כך, המאפיין המרכזי של דיני הנזיקין ושל צדק מתקן – תכונת הקורלטיביות שלפיה, בין היתר, המזיק הוא שצריך לפצות את הניזוק כפי חלקו בגרם הנזק – אינו מתקיים בקטגוריה זאת.<sup>49</sup> גם בשיקול חשוב זה יש כדי להסביר את גישתו המרוסנת של בית המשפט בכמה פסקי דין.<sup>50</sup>

**5) היות המדינה כיס עמוק וניתנת לאיתור בנקל כנתבעת בכתב התביעה** – כלל החבות המלאה מעודד הגשת תביעות נגד נתבעים בעלי כיס עמוק שניתן לאתרם בנקל – דהיינו המדינה ורשויותיה – בשל יכולתם לשאת בעול הפיצוי בהתעלם משיעור אחריותם הממשית לנזק.<sup>51</sup>

46 ראו פסק דינו של השופט עמית בפרשת **עבד אלרחים**, לעיל ה"ש 11.

47 ראו הניתוח אצל: D.S. Cohen, *Regulating Regulators: Legal Environment of the State*, 40 U. TORONTO L.J. 213 (1990); W.A. NISKANEN, BUREAUCRACY AND REPRESENTATIVE GOVERNMENT (1971).

48 D.C. MUELLER, PUBLIC CHOICE II 167 (1989).

49 אם כי ניתן לטעון שהמדינה רשאית להטיל אגרה על הגורם המפוקח למימון הפיצוי הצפוי, ובכך לגלגל את העלות אל הצרכנים הרלוונטיים אף שמנגנון זה כרוך בקשיים יישומיים. זאת ועוד, יכולתה של המדינה ליישם מנגנון כזה – בהיותה ה"יצרן" הבלעדי של "מוצרים אסדרתיים" – גבוהה מיכולתם של שומרי סף פרטיים לעשות כן (רואי חשבון, עורכי דין וכדומה), בהיותם כפופים לכוחות השוק.

50 ראו, למשל, עניין **נצר**, לעיל ה"ש 8, שעסק כזכור באחריות המדינה באשר לפיקוח על כלי טיס, במיוחד בשל מעורבותה בהליכי רישויו של המטוס שהתרסק ובשל הפיקוח על המנחת שממנו המריא; כן ראו גישתו של בית המשפט בע"פ 364/78 **צור נ' מדינת ישראל**, פ"ד לג (3) 626 (1979), שעסק בשישה צעירים שנסחפו בזרם מי השיטפון בנחל דרגות ומצאו את מותם.

51 R. Mendick & J.J. Peck, *Proportionality: A Much-Needed Solution to the Accountants' Legal Liability Crisis*, 28 VAL. U. L. REV. 867 (1994); מנגד, לטענה שהפרקטיקה של הגשת תביעות נגד בעלי "כיס עמוק" אינה בהכרח לא הוגנת, ראו: N.C. Marcus,

מאפיין זה אינו מתקיים בהכרח אצל מפקחים פרטיים אשר ייתכן שהם בעלי כיס עמוק אך ייתכן גם שאינם כאלו. נגד זאת ניתן לטעון כי מצב דברים זה טוב הוא וראוי מן הטעם שהמדינה היא מפזרת נזק טובה, וביכולתה לגלגל את העלויות המושטות עליה. עם זאת אפיונה של המדינה כבעלת כיס עמוק הופך אותה הלכה למעשה, רק בשל היותה כזאת, למי שנתבעת יותר ממזיקים אחרים, גם כאשר זיקתה לנזק עקיפה ורופפת.<sup>52</sup> זאת ועוד, נטייתם של בתי המשפט להטיל אחריות על מזיק אך בשל חוסנו הכלכלי (ולא בשל מידת אשמו) מקרבת את אחריותו – בעניינינו את אחריות כלל הציבור – לאחריות חמורה. גם אם נראה בדין הנזיקי ככלי לפיזור נזקים, הרי שיש לשקול בכובד ראש אימתי ראוי להשתמש בכלי זה. ספק רב אם אינטואיציות ההגינות והצדק מורות לנו שראוי לגלגל אל ציבור משלמי המיסים, החף מכל אשם, את נטל הסיכון שיצר המזיק הישיר, ונראה שבסיכון זה ראוי שישא הוא, בין במישרין ובין בכך שיבטח עצמו. הטלת מלוא החבות על המדינה משמעה אפוא גלגול הנטל מן המזיק הישיר אל כלל הציבור, ולא צודק ולא הוגן לאמצה כהנחת מוצא.<sup>53</sup>

כזכור, בפרשת **עבד אלרחים** הכיר בית המשפט בקשיים הכרוכים ביישומו של כלל האחריות יחד ולחוד בקטגוריה זאת של פעילות המדינה, בקובעו כי "גלוי וידוע לעוסקים בתחום הנזיקין כי התובעים תרים אחר 'כיס עמוק' אשר יקל עליהם בבוא היום לגבות את הפיצוי שייפסק לזכותם. בשל כך אנו מוצאים כי לעיתים קרובות המדינה מצורפת כנתבעת נוספת בתביעות נזיקין. די בכך שהמדינה תחוייב ולו בחלק מזערי מהנזק, כדי שהתובע יוכל להיפרע את מלוא נזקו מהמדינה. איננו צריכים להרחיק את עדותנו, באשר זה המצב במקרה שבפנינו. אם נחייב את כל המשויבים במקרה דנן ביחד ולחוד, נמצא כי המדינה, הנושאת באשם מוסרי של 10% תחוייב בפועל במלוא הפיצוי נוכח חדלות הפרעון של העירייה".<sup>54</sup>

**6) היקפן העצום של חובות הפיקוח המוטל על כתפי המדינה המודרנית** – כזכור, הפסול שדבק ברשויות במקרים מסוג זה מתבטא בהיעדר פיקוח נאות על המזיק הישיר, וככאלה רשויות מאסדרות הן מזיקות משניות שזיקתן לנזק רחוקה מזו של המזיקים הישירים.<sup>55</sup> מאפיין זה לבדו

*Phantom Parties and Other Practical Problems with the Attempted Abolition of Joint and Several Liability*, 60 ARK. L. REV. 437, 492–493 (2007)

52 וראו, למשל, את שאירע בפרשת **עבד אלרחים**, לעיל ה"ש 11.

53 כיסו העמוק של המזיק ויכולתו לגלגל עלויות אינם שיקולים פסולים, והם מקנים הגנה למי שנפגע. עם זאת על השימוש בשיקולים אלו להיעשות בזהירות ובמשורה. לגישה ברוח זאת ראו עניין **נצר**, לעיל ה"ש 8.

54 פרשת **עבד אלרחים**, לעיל ה"ש 11, פס' 44 לפסק דינו של השופט עמית. יצוין כי קושי זה עמד לנגד עיניו של בית המשפט העליון גם טרם פרשת **עבד אלרחים**, וראו ע"א 1678/01 **מדינת ישראל נ' וייס**, פ"ד נח (5) 167, 189 (2004), שבו ציינה השופטת נאור, בעמ' 189, כי "[...] עלינו להיזהר ולהישמר לבל נהפוך את 'כיסה העמוק' של המדינה תחליף לפיצוי הנפגע על ידי המעוולים או העבריינים ה'אמיתיים' [...]"

55 בפרשת **לוי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 69, אף מוצגת גישה המכירה באותו ריחוק אינהרנטי של הרשות המאסדרת כמזיקה, שנוצר בעקבות פעולת פיקוח על מפוקח הפועל במישרין עם הנזוק, לעומת פעולת שליטה על מהלך אירועים.

אינו ייחודי לרשויות מפקחות והוא קיים גם כשמדובר במפקחים מן הסקטור הפרטי.<sup>56</sup> אולם המדינה חשופה לחבות שהיקפה גדול במיוחד בשל מגוון התחומים העצום הנתון לפיקוחה, בשונה ממפקחים מן הסקטור הפרטי, דוגמת רואה חשבון מבקר, אשר על פי רוב מפקחים על תחום אחד, ברור ומוגדר. כפועל יוצא מזה גדלים במידה ניכרת הן מספר התובעים האפשריים הן היקפי הנזק הצפויים. לשון אחר, המאסדר חשוף לחבות שהיקפה גדול במיוחד, הן בשל ריבוי התובעים האפשריים הן בשל היקפי הנזק הצפויים הן בשל הכללים המשפטיים המתווים את אחריותו. בשל ריבוי הענפים שעליהם המדינה מפקחת ושאותם היא מאסדרת, משטר משפטי שלפיו כל נתבע אחראי למלוא הנזק, בתוך כדי סכנה לאי-תשלום מצד האחראים הישירים, מעמיד את המדינה בפני חשיפה עצומה.

שיקול זה הובא בחשבון בבית המשפט בפרשת לוי, שם כתב השופט שמגר, בהחליטו שלא להטיל אחריות על המדינה, כי "מודה אני שהתוצאה שאליה אנו מגיעים אינה נוחה לפרט. יחד עם זאת דומה שאין מנוס מכך, שכן התוצאה ההפוכה, היינו מתן פיצויים למשיבים, עשויה להפוך את המדינה למעין מבטחת משנה של כל התחומים שבהם מוטלת על המדינה חובת פיקוח".<sup>57</sup> בקשר קרוב לכך, מפרשת לוי אף עולה כי יש להביא בחשבון, עם השיקולים הרלוונטיים, מקרים שבהם עסקינן בפעולת רשות שלה אין מקבילה בשוק הפרטי.<sup>58</sup> בעניינו, עת שמדובר במאסדר המנהלי, וכאשר לאסדרה – על שוק הביטוח, הבנקים, התרופות וכדומה – אין מקבילה בשוק הפרטי, הרי שייחודיות הפעולה מצדיקה גם היא סטייה מכלל האחריות יחד ולחוד.

כל אחד מששת המאפיינים דלעיל, ובמיוחד כולם במצטבר, חושפים ומחדדים את הצורך במעבר להסדר של חבות מוגבלת בקטגוריה זאת של פעילות המאסדר המנהלי. קביעת היקף חבותה של המדינה צריך שתתבסס על השיקולים הללו אשר תומכים לדעתי בצמצום היקף החבות. בשל מאפיינים אלו – המייחדים מאסדרים מנהליים לעומת מפקחים פרטיים ומזיקים עקיפים אחרים – המתווה שיוצע להלן יתייחס למאסדר המנהלי בלבד.

סיכום ביניים מעלה אפוא כי אף שאינטואיטיבית שיקולים של הגינות וצדק תומכים בהשתתפות נזיקית רחבה על רשויות מאסדרות, הרי שבחינה מעמיקה יותר מובילה למסקנה כי שיקולים אלו עשויים לתמוך דווקא בצמצום היקף חבותן של רשויות אלה. סינדרום הכיס העמוק, המוכר בספרות בקווים כלליים, מחריף מאוד כאשר ברשלנות אסדרתית עסקינן. על זה יש להוסיף כי המדינה אינה גוף הנושא בעלויות בעצמו, אלא "מגלגל" אותן אל כלל ציבור האזרחים, וכך הציבור בכללותו מספק "רשת ביטחון" לניזוק, בעיקר בגין רשלנותו של המזיק הישיר. בצד זכותו של הניזוק לפיצוי, על דיני הנזיקין לא לזנוח גם את שאלת חלוקת הסיכונים

56 ראו קרקו-אייל "הגבלת חבותו הנזיקית של רואה החשבון המבקר", לעיל ה"ש 39, בעמ' 585–586, הטוענת שמאפיין זה מתקיים גם בקשר לרואי חשבון מבקרים.

57 ראו פרשת לוי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 90.

58 שם, בעמ' 71.



בין הפרט הנפגע לחברה כולה. קיים אפוא קושי בגישה המטילה על הקופה הציבורית את מלוא עול הפיצוי בשל נזקים שנגרמו על פי רוב בשל מעשהו או מחדלו של גורם ישיר אחר.

### ג. כלל האחריות היחסית

קולות מגוונים קוראים להיפרד מכלל האחריות יחד ולחוד ולהחליפו במצבים מסוימים בכלל האחריות היחסית.<sup>59</sup> לפי כלל האחריות היחסית, חבותו של כל נתבע מוגבלת לחלק התואם את חלקו בגרם הנזק שסבל התובע,<sup>60</sup> וכך מעוול במשותף אינו נאלץ עוד לשאת בחבות שאינה פרופורציונלית לאשמו היחסי. בהקשרו, במצב שבו הנתון לפיקוח ומפעיל הפיקוח גורמים לנזק אחד שאינו ניתן לחלוקה, יחוב כל אחד מהם כלפי הניזוק כפי חלקו היחסי באחריות. בפשטות – כל אחד מהמעוולים יישא עתה בחבות לחלק מהפיצוי לפי חלקו היחסי ולא בחבות משותפת לכלל הנזק שנגרם. כלל זה אינו זר לשיטות משפט בעולם ומיושם, במקרים מסוימים, באנגלייה,<sup>61</sup> באוסטרייה,<sup>62</sup> בפולין<sup>63</sup> ובארצות הברית.<sup>64</sup>

הדרכים האפשריות לקביעת חלקו של כל מזיק בנזק הכולל תידונה בהרחבה בתת-פרק ג.3. להלן, שכותרתו היא "אחריות יחסית – מהלכה למעשה", אולם בקליפת אגוז אציין כבר כעת שלפי הגישה המקובלת בדיני הנזיקין, השיקולים המרכזיים שבהם יש להתחשב בקביעת חלקו היחסי של כל מעוול בנזק הם שניים: האחד, שיעור אשמו וטיב התנהגותו של הנתבע (דהיינו מידת אשמה היחסית); השני, טבעו ושיעורו של הקשר הסיבתי בין התנהגותו של הנתבע לנזקו של הנתבע (כלומר מידת התרומה הסיבתית לנזק).<sup>65</sup> כך, אם סבל הניזוק, כבדוגמת הצל, נזק

- 59 ראו, למשל V. SCHWARTZ, COMPARATIVE NEGLIGENCE 258 (1986). יצוין שבספרות העוסקת בכך, מכונה לעיתים הכלל שידון בתת-פרק זה "כלל האשמה היחסית" ("The Comparative Fault Rule").
- 60 ראו הניתוח אצל W.L. PROSSER & W.P. KEETON, ON TORTS 475 (5<sup>th</sup> ed. 1984); עור על מהותו של הכלל של אחריות יחסית, ראו Lindsey, *Compensation, Fairness, and the Costs of Accident*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 947.
- 61 GILEAD, GREEN & KOCH, PROPORTIONAL LIABILITY, לעיל ה"ש 2, בעמ' 121–151.
- 62 שם, בעמ' 77–96.
- 63 שם, בעמ' 253–278.
- 64 שם, בעמ' 343–369. עם זאת גלעד מציין שכיוון שחלוקת האחריות בארצות הברית נעשית בדרך כלל לפי מבחן השוואת האשמים ולא לפי מבחן התרומה הסיבתית, אין מדובר באחריות יחסית, וראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1,463.
- 65 ראו הניתוח אצל גלעד "הערות לסדרי הנזיקין בקודקס", לעיל ה"ש 3, בעמ' 791; בע"א 345/03 **רייכרט נ' יורשי המנוח שמש ז"ל** (פורסם בנבו, 7.7.2007) סברה השופטת ביניש, פס' 26 לפסק דינה, שיש לקבוע את שיעור אחריותו היחסית של הנתבע לפי שיקולים אלו. אולם מקרה זה יוצא דופן הוא, ואינו מבטא את עמדת הפסיקה שכלל לא אימצה לחיקה כלל זה; גישה זאת אומצה אף בדין האמריקאי בקשר לקביעת אשם היחסי של נתבעים בתובענות ייצוגיות שעיקרן הפרת חוקי ניירות ערך, וראו The Private Securities Litigation Reform Act 15 U.S.C §78u-4(f)(3)(C)(1995). לגישות נוספות בקשר לכך, ראו גלעד, שם, בעמ' 791–793.

ששיעורו הכולל הוא 500,000 ש"ח, יוכל בית המשפט לקבוע כי חלקו של המזיק הישיר – הנתון לפיקוח – בנזק הוא 4/5, ואילו חלקו של המזיק העקיף – המאסדר מפעיל הפיקוח – הוא 1/5 בלבד. כך תהא חבותו של המאסדר 100,000 ש"ח ותו לא.

לאימוצו של כלל האחריות היחסית אפוא כמה השלכות חשובות: ראשית, לפי כלל זה יחוב מפעיל הפיקוח, המאסדר, בפיצוי לפי חלקו היחסי באחריות – דהיינו 100,000 ש"ח בלבד – אף אם אין באפשרותו של הניזוק, בעל הפונדק, לגבות את יתרת הסכום – 400,000 ש"ח – מהנתון לפיקוח, המפעל המזהם, שהפך כזכור לחדל פירעון. במילים אחרות, לפי כלל משפטי של אחריות יחסית, הניזוק – ולא המזיק העקיף – הוא שנושא בסיכון לכך שהמזיק הישיר לא יהיה בר-גבייה;<sup>66</sup> שנית, המזיק העקיף אינו נושא עוד בנטל ההגשה של תביעות השתתפות נגד מזיקים ישירים הנתונים לפיקוחו, והנטל לתבוע את כל המעוולים יחדיו ולגבות מהם את מלוא הפיצוי מוטל עתה על הניזוק;<sup>67</sup> שלישית, אומנם עם אימוצו של כלל האחריות היחסית יופחת שיעור הפיצוי שבו יחובו מזיקים עקיפים, אולם כיוון שסכום הפיצוי צפוי להשתנות מתביעה לתביעה, וכך גם חלקם היחסי של המזיקים העקיפים בנזק, ההפחתה בשיעורי הפיצוי איננה קבועה וידועה מראש כי אם משתנה ממקרה למקרה.<sup>68</sup>

## 1. מעלותיו של הכלל

כלל האחריות היחסית הוצג בספרות כבעל יתרונות ניכרים לעומת כלל האחריות יחד ולחוד, בהתייחס למגוון מטרות שאותן חותרים דיני הניזקין להגשים:<sup>69</sup>

ראשית, יתרונו של כלל זה נעוץ בהגינותו מנקודת המבט של מזיקים עקיפים, כמאסדרים. מאליו מובן שאחת ההצדקות להגבלת היקף חבותם של מאסדרים היא חוסר ההגינות שבכלל משפטי המטיל עליהם את הסיכון לנשיאה במלוא הפיצוי. כלל האחריות היחסית צפוי לתקן עיוות זה. לא רק שלאחר אימוצו של כלל זה לא יישא עוד מאסדר בחלקם של המזיקים הישירים

66 למאפיינים אלו של כלל האחריות היחסית, ראו קרקו־אייל "הגבלת חבותו הניזיקית של רואה החשבון המבקר", לעיל ה"ש 39, בעמ' 595.

67 למאפיינים אלו של כלל האחריות היחסית, ראו שם; Kraft, *Modification of the Doctrine of Joint and Several Liability*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 177; Lindsey, *Compensation, Fairness, and the Costs of Accident*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 963.

68 למאפיין זה של כלל אחריות של אחריות יחסית, ראו קרקו־אייל "הגבלת חבותו הניזיקית של רואה החשבון המבקר", קרקו־אייל "הגבלת חבותו הניזיקית של רואה החשבון המבקר", לעיל ה"ש 39, בעמ' 596.

69 ראו הדיון אצל: E. Kenneth, *Watching the Watchdog: An Argument for Auditing Liability to Third Parties*, 53 SMU L. REV. 387 (2000); J.W. Hill & M.B. Metzger, *Auditor Liability and the S&L Crisis: Shaping the Future of The Profession?*, 11 ANN. REV. BANKING L. 263 J.H. Leibman & A.S. Kelly, *Accountants' Liability*; Mendick & Peck; (1992) לעיל ה"ש 51; J.H. Leibman & A.S. Kelly, *Accountants' Liability*; Mendick & Peck; (1992) לעיל ה"ש 39, 30 AM. BUS. L.J. 345 (1992).

והעיקריים, אלא שבקביעת חלקו היחסי באחריות יוכל בית המשפט לתת ביטוי לכך שתרומתו של המאסדר לנזק עקיפה ומשנית היא.<sup>70</sup>

שנית, לכלל האחריות היחסית יתרונות גם מנקודת המבט של הרתעה יעילה. כלל זה צפוי לחזק את תמריציו של המאסדר לנקוט אמצעי זהירות סבירים בעשותו את מלאכת האסדרה. עמדתו היא שמנקודת מבט הרתעתית חשוב שהמזיק יהיה חשוף לסיכון חבות זהה לתוחלת הנזק החברתי שלה הוא גורם בהתנהגותו העוללתית. כיוון שכך, כלל האחריות היחסית מתמרץ מאסדרים לנקוט זהירות סבירה. אומנם גם לפי כלל האחריות יחד ולחוד ניחן המאסדר בתמריצים שלא להתרשל, אלא שלפי כלל של אחריות יחסית יש לו תמריצים לנקוט אמצעי זהירות סבירים אך לא מופרזים. עתה, יש בנקיטת אמצעי הזהירות לא רק כדי להפחית את ההסתברות להתרחשות הנזק או את ההסתברות להטלת אחריות, אלא גם להשפיע על שיעור חלקו היחסי של המאסדר וכך על חלקו בפיצוי, אם אירע הנזק בסופו של דבר ואם הוטלה עליו אחריות.<sup>71</sup>

שלישית, כלל האחריות היחסית אף צפוי להפחית עלויות תאונה מנהליות שמקורן בתביעות השתתפות בין מעוולים. לפי כלל האחריות יחד ולחוד מתומרצים ניזוקים לתבוע את המעוול שכיסו עמוקים ולא את כל המעוולים כולם.<sup>72</sup> בהתאמה, לפי כלל זה קיים סיכון לא מבוטל ששאלת חלוקת האחריות בין כלל המעוולים תיוותר לשלב השני של ההתדיינות, על העלויות המנהליות הכרוכות בכך. כלל של אחריות יחסית, המחייב את הניזוק לגבות מכל מעוול את חלקו בפיצוי, מתמרץ ניזוקים לתבוע את כלל המעוולים ולצרפם לתביעה אחת. כך מגדיל כלל האחריות היחסית את הסיכוי לסיום התובענה בשלב אחד, ויש בו כדי לייתר את הצורך בניהול תביעות השתתפות, על החיסכון בעלויות המנהליות הכרוך בכך.<sup>73</sup> זאת ועוד, כלל האחריות יחד ולחוד עלול לפגוע בתמריצייהם של נתבעים להתפשר גם במקרים שבהם פשרה היא החלופה היעילה ביותר, משום חששם של נתבעים שהתפשרו להיתבע בתביעת השתתפות בידי נתבעים שלא התפשרו. כלל האחריות היחסית, המייתר את הצורך בהגשת תביעות השתתפות, צפוי למתן גם חשש זה, ובכך לעודד ביעילות הסכמי פשרה.<sup>74</sup>

70 ראו קרקו-אייל "הגבלת חבותו הנזיקית של רואה החשבון המבקר", לעיל ה"ש 39, בעמ' 596. חשוב להבהיר שהנחת המוצא של דיוננו זה היא שתחולתו של כלל האחריות היחסית תוגבל, ולכן הוא לא יחול במקרים שבהם מפעיל הפיקוח פעל בכוונת מכוון להזיק. חריג זה תורם אף הוא להגינותה של חלופה זאת, כיוון שבמקרים שבהם התנהגותו של המאסדר מתאפיינת בכוונה ובזדון, הטלת הסיכון עליו לשאת במלוא החבות אינה נראית לא צודקת ולא הוגנת.

71 שם.

72 שם.

73 שם, בעמ' 597; לדברים ברוח זו ראו גם פס' 12 לפסק דינה של השופטת ביניש בעניין רייכרט, לעיל ה"ש 65.

74 קרקו-אייל "הגבלת חבותו הנזיקית של רואה החשבון המבקר", לעיל ה"ש 39, בעמ' 597; לטיעון זה ראו גם עניין רייכרט, שם, פס' 22 לפסק דינה של השופטת ביניש.

## 2. מגרעותיו של הכלל

על אף יתרונותיו של כלל האחריות היחסית, נראה שהוא לוקה בכמה חסרונות שאותם יש לחשוף. החיסרון הראשון מתבטא ביציבותה הכלכלית של הרשות המאסדרת. אומנם כלל האחריות היחסית צפוי להפחית את היקף החבות של מאסדרים, אלא שההפחתה בחבות לפי לשיטה זאת איננה קבועה, ושיעורה אינו ידוע למאסדר מראש, היות שהיא מושפעת בכל מקרה ומקרה משיעור הנזק שסבל הניזוק ומשיעור חלקו היחסי של המאסדר בנזק זה.<sup>75</sup> על כן במקרים שבהם הנזק שנגרם גדול בהיקפו (כמקרה של רשלנות בפיקוח על מפעל מזהם השוכן בקרבת מטרופולין צפוף) ובמקרים שבהם חלקו היחסי של המאסדר בגרם הנזק גדול (כמקרה של רשלנות במתן רישיון לשיווק מזון תינוקות שאינו ראוי למאכל אדם) עלול המאסדר – גם לפי כלל האחריות היחסית – לשאת בפיצוי ששיעורו ניכר. סכומי הפיצוי עלולים אפוא להאמיר ולפגוע ביציבותה הכלכלית של הרשות המאסדרת.

חיסרון נוסף עניינו בהרתעת היתור של המאסדר. הסיכון לנשיאה בחבות רחבה שהיקפה אינו ידוע מראש (סיכון הקיים כאמור גם בכלל האחריות יחד ולחוד), כמו גם חוסר הוודאות בקשר להכרעת בית המשפט בשאלת ההתרשלות, מותירים על כנם את הסיכון להרתעת יתר אסדרתית, הקיים ממילא גם במשטר משפטי של יחד ולחוד.<sup>76</sup>

נוסף על זה, כלל האחריות היחסית אינו ממגר לחלוטין את הסיכונים בדבר אי-הגעה לפשרות יעילות. כיוון שבכלל זה עדיין טמונה אי-ודאות בקשר להיקף החבות שבו ייאלץ המאסדר לשאת, יש בו כדי לפגוע בסיכויים להגיע לפשרות גם במקרים שבהם שיקולי יעילות כלכלית תומכים בסיום התובענה בפשרה.<sup>77</sup> כמו כן בהתחשב בסיכון לנשיאה בחבות רחבה מאוד שהיקפה אינו ידוע מראש, עלול גם כלל של אחריות יחסית להותיר על כנם את תמריצייהם של תובעים להגיש תביעות נזיקיות נגד רשויות מאסדרות, אף אם רשלנותן מוטלת בספק, מתוך תקווה שהרשות תחתור להסכמי פשרה גם בתביעות שאינן מבוססות, ואף כשבתביעות סרק מדובר.

לבסוף, חיסרון אפשרי נוסף של כלל האחריות היחסית הוא בחוסר הגינותו מנקודת המבט של הניזוק, שהרי עם אימוצו יוטל מלוא הסיכון לחוסר היכולת לגבות את הפיצוי מהמזיק הישיר על כתפי הניזוק.<sup>78</sup> אולם עמדתי היא שאין בטיעון נגד זה כדי להצדיק את העדפתו של כלל החבות המלאה על פני כלל החבות המוגבלת. אסביר: בנסיבות ה"פשוטות" של דיני הנזיקין – שבהן מצויים מזיק וניזוק, ונזקו של התובע נגרם בידי מעוול אחד – נושא התובע במלוא הסיכון של חוסר היכולת לגבות את הפיצוי מהמזיק. עצם קיומו של מעוול נוסף אינו מצדיק לדעתי

75 קרקר-אייל "הגבלת חבותו הנזיקית של רואה החשבון המבקר", לעיל ה"ש 39, בעמ' 597.

76 שם, בעמ' 598.

77 שם, בעמ' 597.

78 שם, בעמ' 598.

לשנות מהכלל המשפטי ולהעביר את הסיכון מכתפי התובע לכתפי המעוול בר-הגבייה.<sup>79</sup> הטענה שבכך יש כדי למנוע חוסר הגינות כלפי התובע אינה משכנעת דייה, כיוון שהעברת הסיכון מכתפי התובע לכתפי המעוול בר-הגבייה יוצרת בו-זמנית חוסר הגינות מנקודת מבטו של האחרון,<sup>80</sup> ולמעשה מנקודת מבטו של כלל הציבור החף מאשם, עת שבמזיק ציבורי עסקינן. עם זאת טענה זאת עשויה לתמוך באימוצה של גרסה מרוככת יותר של כלל האחריות היחסית, ולכך אדרש כעת, בתת-פרק ג.3.

סיכומם של דברים מביאני למסקנה שגם לפי כלל של אחריות יחסית עלולים סכומי הפיצוי שבהם יחוב המאסדר להאמיר, וכך ייוותרו על כנם החששות בדבר אי-יציבותה הכלכלית של הרשות, הרתעת היתר שלה, אי-הגעה לפשרות יעילות וחוסר ההגינות כלפי הניזוק. אולם כפי שיובהר עתה, עמדתי היא שאכן חסרונות אלה ראויים לתשומת לב, אך אין בהם כדי להצדיק את דחייתה של חלופה זאת, על יתרונותיה שנדונו בתת-פרק ג.1. אימוצו של כלל האחריות היחסית – הקושר בין מידת אשמו של המאסדר לבין היקף החבות שלו – עשוי ליתן מענה למרבית חסרונותיו של כלל האחריות יחד ולחוד.

### 3. אחריות יחסית – מהלכה למעשה

#### (א) השיטות לחלוקת האחריות בין המזיק הישיר למזיק העקיף

בתת-פרק זה אציג כלים פרקטיים להפעלתו של כלל האחריות היחסית. מטרתה תהיה לתרגם את הניתוח התאורטי שהוצג בתת-הפרקים ג.1. וג.2. לכללים מעשיים ולהסביר כיצד ניתן ליישם את הפתרונות שאני מציע בהליך המשפטי. דיון זה, בצירוף הניתוח התאורטי שהוצג לעיל, יסייעו לי להשיב על השאלה איזה כלל הוא המיטיבי בנסיבות דוגמת הצל. יש להקדים ולהדגיש כי מובן מאליו שאם הדבר אפשרי, על בית המשפט לייחס לכל מזיק את אותו חלק מדויק שלו גרם בנזקו הכולל של הניזוק,<sup>81</sup> אולם במקרי רשלנות אסדרתית ופיקוחית דומני שלא ניתן בדרך כלל לעשות כן. כך, בדוגמת הצל נראה שאי אפשר להצביע על אותו חלק מדויק שלו גרם המשרד להגנת הסביבה בנזקו הכולל של בעל הפונדק, במובחן מחלקו של המפעל המזהם בנזק

79 על בסיס נימוק זה סירב בית המשפט העליון של ניו מקסיקו להחיל את כלל האחריות יחד ולחוד, כששאל: "בין תובע אחד ונתבע אחד, התובע נושא בסיכון שהנתבע יהיה חדל פירעון. על איזה בסיס הסיכון משנה כיוונו אם בנמצא שני נתבעים, ואחד מהם הוא חדל פירעון?" וראו *Bartlett v. New Mexico Welding Supply Inc.*, 646 P.2d 579, 586 (1982).

80 לטיעון ברוח זו, ראו *Leibman & Kelly, Accountants' Liability to Third Parties*, לעיל ה"ש 69, בעמ' 391; *N.L. Manzer, 1986 Tort Reform Legislation: A Systematic Evaluation of Caps on Damages and Limitations on Joint and Several Liability*, 73 CORNELL L. REV. 628, 645-646 (1987); *Canadian Institute of Chartered Accountants, Proportionate Liability and Canadian Kraft, Modification of Auditors – Brief Prepared for Legal Liability Task Force*, 44 (1996) *the Doctrine of Joint and Several Liability*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 178.

81 כך הדבר למשל אם נתקף התובע על ידי שני כלבים השייכים כל אחד לבעלים אחר, האחד פוגע בידו והשני ברגלו, וניתן לייחס לכל מזיק את אותו חלק מדויק בנזק אשר לו גרם באשמו.

זה, משום שרשלנותו של הנתון לפיקוח ורשלנותו של מפעיל הפיקוח הולידו יחדיו נזק אחד שאינו ניתן להפרדה ולייחוס. מכאן שיש לאפיין את הכללים שבאמצעותם יוכל בית המשפט לחלק את הנזק בין גורמיו השונים. חלוקה זאת, כפי שנראה עתה, תיעשה לא רק על סמך נתונים מדויקים אלא גם על דרך אומדנה ועל סמך הערכה כללית המושתתת על ניסיון החיים ועל השכל הישר. אם כך, לפי כלל האחריות היחסית תוחל חזקה, הניתנת לסתירה, שלפיה המאסדר אחראי לחלק מנזקו של התובע, חלק שאותו ניתן לקבוע על פי שלוש שיטות של חלוקה:

על פי השיטה האחת יש להטיל על המזיקים-הנתבעים לייחס, גם אם באופן גס, את אותה חלק בנזק הכולל שהם גרמו בדיעבד.<sup>82</sup> מבחן זה מקשה את החלוקה ומכביד על נתבעים, שכן יקשה על המאסדר להוכיח מהו חלקו בנזק הכולל, במובחן מחלקו של המזיק הישיר. לפי שיטה זאת, אם לא עמד המאסדר בנטל זה, יחיל בית המשפט את כלל האחריות יחד ולחוד, על מגרעותיו והקשיים הטמונים בו, אלא אם יאות הוא לחלק את הנזק על דרך אומדנה.<sup>83</sup> היות שבתאונות אסדרתיות הפער בין מידת אשמו של המאסדר למידת אשמו של המזיק הישיר גדול הוא, מובילה דרך זאת לתוצאות שאינן ראויות מהיבטם של הגינות וצדק והרתעה יעילה.

משכך, מוטב לפנות לשתי שיטות החלוקה האחרות: שיטה שנייה, אשר גם לפיה יידרש בית המשפט לחלק את החבות על דרך אומדנה, היא לבחון מה הייתה האשמה היחסית של כל אחד מגורמי הנזק בעת ההתנהגות העוולתית הרלוונטית, וכך לחלק את הנזק ביניהם.<sup>84</sup> אפשרות זאת מקילה במידת-מה על המאסדר, שכן היא מאפשרת לו להצביע על חלקו בנזק הכולל – לא באמצעות "סימון" חלקו ממש (שעל פי רוב הוא בלתי אפשרי) – אלא לפי מידת אשמתו היחסית, כדי שחבותו תהיה חלקית מלכתחילה.

לפי השיטה השלישית, המקילה גם היא עם המאסדר, חלקו של כל מזיק ייקבע לפי היחס שבין מידת הסיכון שיצר הנתון לפיקוח כלפי התובע לבין מידת הסיכון שיצר כלפיו מפעיל הפיקוח (ורק בהיעדר כל מידע רלוונטי יחולק ביניהם הנזק שווה בשווה). גם כאן יידרש בית המשפט לפעול על דרך אומדנה. על בית המשפט תוטל המשימה להעריך את מידת התרומה הסיבתית לסיכון שיצר הגורם המפקח לעומת מידת הסיכון שיצר הגורם הנתון לפיקוח.<sup>85</sup>

82 גלעד מכנה זאת "מבחן הגרימה בדיעבד, וראו גלעד גבולות האחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1,458.  
83 גלעד מציין שזהו מבחן החלוקה הנוהג בישראל, וראו שם, בעמ' 1,463. אין זה פלא אפוא שבמרבית המקרים מחיל בית המשפט את כלל האחריות יחד ולחוד על כל נתבע, ושהחבות של כל מזיק בפועל היא למלוא נזקו של הניזוק.

84 זהו "מבחן השוואת האשמים", וראו שם, בעמ' 1,458.

85 זהו "מבחן התרומה הסיבתית", וראו שם, בעמ' 1,459; כן ראו ס' 84(ב) לפקודת הניזוקין וס' 84(ב) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011; בע"א 7375/02 בית החולים כרמל, חיפה נ' מלול, פ"ד ס(1) 11 (2005) נקבע כי בית המשפט יכול להיזקק ל"שיטת האומדנה" בבואו להעריך את תרומתו של הנתבע לסיכון הנזק לפי כלל משפטי של אחריות יחסית. גם לדידו של גלעד יש להחיל את מבחן השוואת האשמים ואת מבחן התרומה הסיבתית כשהדבר מתבקש משיקולי הגינות בחלוקת סיכונים, משיקולי הרתעה יעילה וכדי לקדם מטרות אחרות של דיני ניזוקין, וראו שם, בעמ' 1,465; למבחן השוואת האשמים ראו גם יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הניזוקין – תורת

יש להדגיש שאף שקביעת חלקו היחסי של המאסדר בחבות, לפי מי משלוש שיטות אלה, עלולה להיראות בשלב זה שרירותית, אין זה כך בהכרח. בית המשפט יכול להידרש בפסק דינו לפרמטרים מגוונים, ובהם חומרתה של הרשלנות הנטענת, למשכה ולכל נתון שיש בו כדי להצביע על מידת הסיכון שלה חשף כל אחד מהמזיקים את התובע לנזק, כדי להגיע לקביעה מדויקת ככל הניתן בקשר לחלקו של כל מזיק בנזק הכולל. זאת ועוד, בבואו לברר את היקף החבות של הגורם המאסדר בנזק יכול בית המשפט להידרש למידת הקשר שבין המעשה או המחדל האסדרתי לבין הנזק שסבל הניזוק. בקצרה האחד של הסקאלה מצויים מקרים שבהם הקשר בין המעשה האסדרתי לנזקו של הניזוק הדוק הוא. זהו מצב הדברים למשל כאשר מדובר בפרט שניזוק כשרשויות התכנון משנות ייעודה של קרקע שכנה לביתו ומאפשרות לבצע בה פרויקט ציבורי כהקמת שדה תעופה, ובשל כך שוויו הכלכלי של הבית השייך לפרט צונח. בקצה השני של הסקאלה מצויים מקרים שבהם הקשר של הרשות לנזקו של הפרט רופף הוא ועקיף. למשל, כאשר רשות הניקוז אינה מפקחת כיאות על תקינות תשתיות הניקוז במקום כלשהו, והמים שנקווים במקום אינם מפונים. נהג משאית הנוהג ברשלנות נכנס לשלולית ומשאיתו מתהפכת ויוצרת פקקי תנועה ארוכים. איש עסקים המצוי באחד מפקקי תנועה אלו מאחר לפגישה עסקית ומפסיד הזדמנות לזרות חוזה שהיה צפוי להניב לו רווחים נאים. מאליו מובן שבין הנזק הספקולטיבי שסבל איש העסקים לבין רשות הניקוז עקיף הוא ורופף.

רואים אנו אפוא שפעולותיהן של רשויות האסדרה והפיקוח משפיעות במישורין ובעקיפין על כל תחומי החיים בחברה, וכי במקרים אלו מעוררים דיני הניזוקין שאלה דומה: בהנחה שהרשות התרשלה, והיא – לצד המזיק הישיר – אחראית כלפי הפרט, מהי מידת החבות שבה עליה לשאת? עמדתה היא שבקביעת חלקו של הגורם המפקח בנזק על בית המשפט לברר אם פעולתה או מחדלה של הרשות היא חוליה מרכזית וחשובה בגרם הנזק, או שמא מינורית היא ומשנית. ככל שהקשר בין הרשות לנזק שנגרם הוא עקיף יותר – וככל שקטן החשש שהנזק נגרם מניצול לרעה של כוחה של הרשות כדי לפגוע בקבוצה אחת או להיטיב עם אחרת – כך קטן חלקה היחסי של הרשות בנזק, ובהתאמה קטן היקף החבות שבו עליה לשאת. הקביעה כי חלקה של הרשות קטן נובעת גם מאי-הנכונות ליתן לגיטימציה לניזוק לתבוע את המאסדר אך בשל כיסו העמוק. באמצעות הקביעה כי חלקה של הרשות בנזק מזערי, מועבר לדעתי מסר ערכי וחינוכי שלפיו ידוע ומוסכם כי חלקה של הרשות בנזק קטן מאוד, וכי את הפיצוי יש לחפש במקום אחר – והוא כסיו של המזיק הישיר.

### (ב) החלופות השונות להחלת כלל האחריות היחסית

חרף עמדתי זאת שבתת-פרק 3.ג. (א) מובן שהמעבר מכלל האחריות יחד ולחוד לכלל האחריות היחסית עלול להתפס כקפיצה נחשונה וכשינוי חד ו"קשה לעיכול". רביזיות ושינויים בכלל

הנזיקין הכללית 507–509 (1977); כן ראו ע"א 316/75 שור נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (1) 299, 307–305 (1976).



המשפטי הנוהג מוטב שייעשו בצעדים מדודים כדי להכשיר את הקרקע ואת הלבבות. כיצד אפוא ניתן לאזן בין שני כללים אלו המתחרים על הבכורה? הן ראינו שכלל האחריות היחסית רצוי משיקולים של הגינות וצדק, שכן ההוגנות דורשת שאחריותו של הנתבע תוגבל לחלקו בגרם הנזק, ושהתובע לא יזכה ביתרון בקבלת פיצוי דווקא כשנפגע משני נתבעים או יותר. עם זאת ההוגנות דורשת שהסיכון בקשר לחדלות הפירעון של מי מהמזיקים יוקצה ליתר המזיקים שבהתנהגותם דבק אשם. בפשטות, כלל של אחריות יחסית אומנם מקדם מטרות חשובות, אך זאת על חשבון מטרת הפיצוי. לפיכך ייתכן שיש להעדיף כלל משפטי מורכב יותר שאינו זונח לגמרי את כלל האחריות יחד ולחוד מחד גיסא, ואינו מאמץ במלואו את כלל האחריות היחסית מאידך גיסא.<sup>86</sup> כוונתי היא לכלל המחלק את הסיכון להיות מי מהנתבעים לא בר-גבייה בין כל השחקנים והמשלב את כלל האחריות יחד ולחוד עם כלל האחריות היחסית. כלל כזה עשוי להיות מיטבי הן מנקודת המבט של הגינות וצדק מתקן הן מנקודת המבט של הרתעה יעילה הן מהיבט של מטרת הפיצוי. לפיכך אציע להלן לפסוע בדרך ביניים המייצגת איזון בין המטרות השונות ומבטאת פתיחות מחד גיסא וזהירות מאידך גיסא. את זאת אעשה באמצעות הצעת ש חלופות להחלתו של כלל האחריות היחסית, בהתקיים נסיבות מסוימות בלבד – כדלהלן:<sup>87</sup>

**חלופה ראשונה – בירור חלקו של המזיק העקיף בגרם הנזק:** על פי חלופה זאת, יש להחיל את כלל האחריות היחסית רק במקרים שבהם חלקו היחסי של הנתבע העקיף באחריות קטן משיעור מסוים.<sup>88</sup> על פי זה יכול הנתבע העקיף ליהנות מיתרונותיו של כלל האחריות היחסית בלי לחשוף את עצמו לחבות שאינה פרופורציונלית, רק אם אשמתו "קלה", ואם חלקו בגרם הנזק זעום מזה של המזיק הישיר. חלופה זאת נותנת ביטוי לחוסר ההגינות שבהטלת מלוא הפיצוי על הגורם המפקח, שאחריותו לנזק משנית ועקיפה.

**חלופה שנייה – בירור חלקו של הניזוק בגרם הנזק:** לפי חלופה זאת, ניתן להחיל את כלל האחריות היחסית רק במקרים שבהם התובע נמצא בעל אשם תורם כלשהו.<sup>89</sup> חלופה זאת

86 למסקנה ברוח זו ראו גם: Kraft, *Modification of the Doctrine of Joint and Several Liability*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 185–187.

87 את הכללים שיוצגו בתת-פרק זה ניתן להבחין מכללי הכלאיים שיוצגו בפרק ה להלן. כללי הכלאיים מבקשים לשלב בין הדוקטרינות השונות – אחריות יחד ולחוד, אחריות יחסית ותקרה סטטוטורית – אך האפשרויות שתוצגנה בתת-פרק זה מושתתות בעיקרו של דבר על אחריות יחסית, אם כי בנסיבות מסוימות בלבד. יש המכנים זאת שימוש ב"צורה מותאמת" (modified form) של כלל האחריות היחסית, בשונה מצורתו הטהורה (pure form), וראו Kraft, *Modification of the Doctrine of Joint and Several Liability*, שם, בעמ' 169; Lindsey, *Compensation, Fairness, and the Costs of Accident*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 950.

88 Leibman & Kelly, *Accountants' Liability to Third Parties*, לעיל ה"ש 69, בעמ' 393.

89 לניתוח חלופה זאת ראו גם Lindsey, *Compensation, Fairness, and the Costs of Accident*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 965–966.

מבוססת על הרעיון שקיימת הגינות בהטלת הסיכון לחוסר יכולת הגבייה על התובע במקרים שבהם גם בהתנהגותו דבק אשם.<sup>90</sup>

ניתן לשכלל חלופה זאת ולהטותה לטובת התובע, וכך תחולתו של כלל האחריות היחסית תוגבל למקרים שבהם חלקו היחסי של הנתבע באחריות הוא קטן מחלקו היחסי של התובע באחריות או שווה לו. ההגינות באפשרות זאת מתבטאת בנטישת כלל האחריות יחד ולחוד ובשינוי "כללי המשחק" לרעת התובע, כשהאחרון תרם אף הוא לפגיעה בו, וכשחלקו בגרם הנזק חצה סף מסוים. לעומת זאת במקרים שבהם חלקו של התובע לא חצה סף זה, הוא יוכל ליהנות מכלל האחריות יחד ולחוד, המיטיב עימו.<sup>91</sup> Prosser מתייחס לשיטה זאת כאל "מניעה בשל אשמה שווה" (equal fault bar) ו"מניעה בשל אשמה גדולה יותר" (greater fault bar).<sup>92</sup> לפי האפשרות הראשונה, נמנעת מהתובע האפשרות לקבל את כל הפיצוי מהנתבע הנגיש והסולבנטי אם נמצא שהוא אשם במידה שווה לזו של הנתבע או גדולה ממנה. על פי האפשרות השנייה, נמנעת מהתובע האפשרות לגבות את כל הסכום כאמור רק אם נמצא שאשמתו גדולה מזאת של הנתבע.

דומני ששאלה חשובה המתעוררת בהקשר זה במצבי רשלנות אסדרתית היא מה דינה של חלופה זאת – בין לפי האפשרות הראשונה ובין לפי זאת השנייה – כאשר קיימת מערכת רבת נתבעים. האם יש להשוות את רשלנותו של התובע לזו של נתבע מסוים (למשל לזו של המאסדר לבדו), או שמא לזו של הקבוצה כולה (כלומר לזו של הנתון לפיקוח בצירוף זו של מפעיל הפיקוח)? יש הסבורים שעל הכלל לחול כשחלקו של התובע בנזק שווה לזה של נתבע מסוים או גדול ממנו, ולעומתם אחרים סבורים שיש להשוות את רשלנותו של התובע לרשלנות המצטברת של כל הנתבעים כולם.<sup>93</sup>

עמדתי היא שניתן במצבים אלו לשקול לאמץ את "כלל ה-49%",<sup>94</sup> שלפיו יוכל התובע לקבל פיצוי מלא מהנתבע הנגיש והסולבנטי רק אם מידת רשלנותו של התובע פחותה מזו של אותו נתבע. לפיכך יש להשוות את מידת רשלנותו של התובע לזו של כל נתבע ונתבע בנפרד, כדי

90 חלופה זאת משמרת את כלל האחריות יחד ולחוד במקרים שבהם התובע חף מכל אשם, כפי שעשו לא אחת בתי המשפט במדינת אוקלהומה, וראו למשל: Anderson v. O'Donoghue, 677 P.2d 648 (1983); Barry v. Empire Indem. Ins Co., 634 P. 2d 718 (1981); Boyles v. Oklahoma Natural Kraft; Gas Co., 619 P.2d 613 (1980) מציינת כי הסנאט של פלורידה הציע בעבר לעגן בחקיקה את העיקרון המבטל את כלל האחריות יחד ולחוד במקרים שבהם דבקה בהתנהגותו של התובע רשלנות תורמת, וראו Kraft, *Modification of the Doctrine of Joint and Several Liability*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 187.

91 ראו הדיון אצל J. Granelli, *The Attack on Joint and Several Liability*, A.B.A.J. 61, 62 (1985); Kraft, *Modification of the Doctrine of Joint and Several Liability*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 186.

92 PROSSER & KEETON, ON TORTS, לעיל ה"ש 60, בעמ' 473.

93 שם.  
94 ראו גם הסקירה אצל Kraft, *Modification of the Doctrine of Joint and Several Liability*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 169–171 באשר לשיטות משפט המאפשרות לתובע לקבל פיצוי רק אם מידת רשלנותו פחותה מזו של הנתבעים.

שכלל האחריות יחד ולחוד יחול בלעדית על המקרה רק אם הרשלנות של התובע פחותה מזו של כל אחד ואחד מהנתבעים בנפרד. אם אין זה כך, יחול כלל האחריות יחד ולחוד רק בקשר למזיק שרשלנותו גדולה מזו של הנתבע. אפשרות אחרת – שאינה מיטבית לדעתי כפי שיובהר מיד – היא "לסכום" את רשלנותם של כל הנתבעים כולם, ולאפשר קבלת פיצוי מלא לפי כלל אחריות יחד ולחוד אם מידת אשמו של התובע פחותה מזו של כל הנתבעים יחדיו.

את הגיונה של חלופה זאת ניתן להמחיש באמצעות פסק הדין בעניין *Elder v. Orluck*.<sup>95</sup> מדובר בהחלטה שהתקבלה בבית המשפט העליון של מדינת פנסילבניה, ולדעתי היא מדגימה היטב את הביקורת החריפה שאליה חשוף כלל האחריות יחד ולחוד מהיבטם של צדק והגינות בהקשרם של מזיקים ציבוריים. באותו מקרה סגר רובע האריסוויל חלק מכביש מהיר במדינה כדי לערוך מצעד לרגל יום הזיכרון. בעקבות זאת הואטה תנועת כלי הרכב בחלק זה של הכביש. Elder נהג באותו כביש לכיוון רובע האריסוויל, וכשהתקרב למקום הבחין במשאית שנסעה לפניו ועצרה בפתאומיות עת הגיעה אל ראשה של גבעה. Elder בתורו האט אף הוא את מהירות מכוניתו כשקרב אל ראש הגבעה, וכשעבר אותו פגעה בעוצמה ברכבו מאחור המכונית שבה נהג Orluck. בעקבות זאת סבל Elder נזקים קשים שבגינם הגיש תביעת נזיקין. Orluck, המזיק הישיר, צורף לתביעה לצידו של רובע האריסוויל. הטענה כלפי הרובע הייתה לרשלנותו מאחר שלא דאג להתריע בפני נהגים המגיעים למקום על קיום המכשול ומאחר שלא ניתב את תנועת כלי הרכב לדרכים שבהן המצעד אינו עובר.<sup>96</sup>

בית המשפט קבע שנוזקיו של Elder מסתכמים ב-250,000 דולרים, וחבר המושבעים חילק את האחריות לגרם הנזק בין ה"שחקנים" המעורבים ב"מערכה הנזיקית" כדלהלן: Elder, הניזוק – 25%; Orluck, המזיק הישיר – 60%; רובע האריסוויל, המזיק הציבורי העקיף – 15%. רובע האריסוויל טען בדיון שיש למנוע מ-Elder לקבל פיצויים מהרובע, כיוון שחלקו של התובע עצמו באחריות לגרם הנזק (25% כאמור) גדול מזה של המזיק העקיף (שחלקו, כזכור, 15%). בית המשפט דחה טענה זאת, ובערעור אישר בית המשפט את החלטת הערכאה דלמטה, כשקבע שבמקרים ממין זה תישלל מהתובע הזכות לפיצוי רק אם חלקו בגרם הנזק (25%) יתברר כגדול מחלקם של כל הנתבעים יחדיו (75%). בית המשפט העליון של מדינת פנסילבניה אישר פסיקה זאת.<sup>97</sup> בשל תחולתו של כלל האחריות יחד ולחוד בנסיבות המקרה נקבע שרובע האריסוויל חייב לשלם ל-Elder את מלוא הסכום, 187,500 דולר, אף שחלקו היחסי בנזק הסתכם ב-37,500 דולר בלבד. תאורטית, לרובע האריסוויל הייתה שמורה הזכות להישפות מ-Orluck בסכום של 150,000 דולר, אך משזה לא היה בר-גבייה, נאלץ הרובע לשאת בתשלום מלוא הסכום לבדו. כפי שניתן להבין, במקרה זה פירש בית המשפט את כלל האחריות היחסית כחל רק במקרים שבהם חלקו של התובע-הרשלן בנזק גדול מחלקם של כל הנתבעים-הרשלנים גם יחד. פרשנות

95. *Elder v. Orluck*, 515 A.2d 517 (1986).

96. שם, בעמ' 518.

97. וראו הסקירה אצל: *Lindsey, Compensation, Fairness, and the Costs of Accident*: לעיל ה"ש 20, בעמ' 951.

זאת אינה נקייה לדעתי מקשיים. לפי ההחלטה בפרשת *Elder*, אפילו כשחלקו של המאסדר בנוק קטן מחלקו של התובע, עלול המאסדר לחוב על מלוא הסכום כל עוד חלקו של התובע אינו גדול מזה של המאסדר ושל המזיק הישיר יחדיו. לכן תאורטית לפי החלטה זאת יכול תובע שחלקו בנוק 50% לקבל את מלוא הפיצוי מהרשות הנגישה והסולבנטית שחלקה בנוק הוא 1% בלבד. נראה כי שורשיה של פרשנות זאת מצויים בגישה מיושנת, הרואה בדין הנזיקי כחל על מערכות שבהן מצויים כמקשה אחת מעוולים מן הצד האחד וניזוק מן הצד האחר, בלי לנתח את הדיפרנציאציה שבין המעוולים השונים.

לשם הבהרת עמדתי איישם את הגישה שלדעתי היה צריך לאמץ בתרחיש העובדתי שמביאה עימה פרשת *Elder*. כאמור, באותו מקרה היה חלקו בנוק של *Elder*, התובע, 25%; חלקו של המזיק הישיר, *Orluck*, היה 60%; חלקו של המזיק העקיף, הרשות, היה 15% בלבד. לגישתי, *Orluck* – המזיק הישיר, מחולל הנזק המרכזי ומי שחלקו בגרם הנזק (60%) גדול מחלקו של התובע (15%) – צריך להיות כפוף לכלל האחריות יחד ולחוד על הסיכונים הגלומים בו. לכן אם הרשות אינה יכולה לשלם את חלקה בפיצוי, נושא *Orluck* גם בחלק זה. כך יוצא שמחולל הנזק המרכזי הוא הנושא בחלקו בנוק, ונוסף על זה בסיכון שהמזיק העקיף והמשני יתברר כמי שאינו בר-גבייה. לעומת זאת חבותו של המזיק העקיף והמשני – הרשות שבשונה מ-*Orluck* חלקה בגרם הנזק (15%) קטן מחלקו של התובע (25%) – צריכה להיות מוגבלת לחלק הפרופורציונלי שלו בפיצוי. גישה זאת נותנת ביטוי לכך שהמזיקים השונים אינם עשויים מקשה אחת ולכך שיש להבחין בין מחולל הנזק המרכזי לבין מי שחלקו בגרם הנזק משני הוא ועקיף.

Lindsey מצייין בהקשר זה כי המדינות לואיזיאנה, נבדה, אורגון וטקסס אימצו בזמנן גישה דומה כדי ליצור איזון מסוים בין כלל האחריות יחד ולחוד לכלל האחריות היחסית. במדינות אלה היה הנתבע אחראי לפי כלל האחריות יחד ולחוד רק אם אשמו היחסי עלה על זה של התובע. שאם לא כן, הוא היה אחראי רק לחלקו היחסי בגרם הנזק.<sup>98</sup> גישה נכונה זאת משווה את אשמו של התובע לאשמו של כל נתבע, ואז בכל השוואה והשוואה כזו היא מקצה לצד שאשמו גדול יותר את הסיכון של נשיאה בנוק שאינו פרופורציונלי לאשמו היחסי, אם אחד מן הנתבעים האחרים אינו בר-גבייה.<sup>99</sup> במילים אחרות, אם אשמו של התובע גדול מזה של כל נתבע, יזכה התובע לפיצוי בגין חלקם של הנתבעים בגרם הנזק, והנתבעים יהיו אחראים רק לחלק היחסי שלהם בפיצוי שייפסק לתובע. לעומת זאת אם אשמו של התובע קטן מזה של כל נתבע, כל הנתבעים יהיו אחראים כלפיו יחד ולחוד, וכל אחד מהם יישא בסיכון להיות מי מהנתבעים האחרים לא בר-גבייה. כשאשמו של התובע גדול מזה של נתבע אחד, וקטן מזה של נתבע שני, יהיה הנתבע האחד אחראי כלפיו לפי כלל האחריות היחסית, ואילו הנתבע השני יהיה אחראי כלפיו יחד ולחוד, ולכן יישא בסיכון של נשיאה בחבות שאינה פרופורציונלית לחלקו בנוק.

98 שם, בעמ' 966.

99 Lindsey מוסיף וסוקר הצעות חוק שמטרתן לפטור רשויות ציבוריות מסוימות מכלל האחריות יחד ולחוד, כששיעור האשמה שלהן שווה לזה של התובעים או נמוך ממנו, וכן שווה ל-50% מסך כל הרשלנות שמיוחסת לנתבעים כקבוצה או קטן מהם, וראו הדיון שם, בעמ' 970–971.

הרציונל שבכלל ה-49%, על שתי צורותיו, הוא שלא הוגן לאפשר לתובע שאשמו רב יותר ליהנות מכלל האחריות יחד ולחוד על חשבון אלו שאשם קטן משלו.

**חלופה שלישית – בירור סוג הנזק הנגרם:** לפי חלופה זאת יש לשמר את כלל האחריות יחד ולחוד רק בקשר לראשי נזק שהחברה מייחסת להם חשיבות רבה ומיוחדת ורואה בהם נזקים קשים, דוגמת נזקי גוף. לעומת זאת בקשר לראשי נזק אחרים, דוגמת כאב וסבל, יחול כלל האחריות היחסית. יתרונה של חלופה זאת הוא בכך שהיא שואפת לזה שכל נתבע יישאר אחראי ביחד ולחוד לנזקים שסבל התובע, להוציא נזקים "זניחים" שבאשר להם יחול כלל האחריות היחסית. חלופה זאת מגדילה אפוא את סיכוייו של תובע לזכות במלוא הפיצוי בקשר למרבית נזקיו.<sup>100</sup> במילים אחרות, חלופה זאת עשויה להבטיח פיצוי מלא לניזוק עבור אותם ראשי נזק שבהיעדר פיצוי מלא עבורם הוא עלול להתמוטט. לעומת זאת התובע הוא שנושא בסיכון שלא יהיה אפשר לגבות חלק מן הפיצוי בגין נזקים קלים יותר.<sup>101</sup>

ניתן להטיל ספק ביעילותה של חלופה זאת. לו נשוב לדוגמת הצל, הרי שנוקי הגוף שסבל הניזוק יהיו כפופים עתה לכלל האחריות יחד ולחוד. לעומת זאת נזקיו הכלכליים, שהסתכמו כזכור ב-200,000 ש"ח, עלולים להיות כפופים לפי חלופה זאת לכלל האחריות היחסית, אלא שבהיעדר פיצוי מלא בגין ראש נזק זה עלול הוא להתמוטט, על עלויות התאונה המשניות הכרוכות בכך. יתרה מזאת, נראה שההבחנה בין ראשי נזק קשים, שהחברה מייחסת להם חשיבות עליונה, לבין ראשי נזק זניחים אינה ברורה דייה, נתונה לפרשנות ועלולה להביא להתארכות ההתדיינות המשפטיות, על עלויות התאונה המנהליות הכרוכות בכך.<sup>102</sup>

**חלופה רביעית – חלוקת הסיכון בין המזיק העקיף לתובע:** לפי חלופה זאת, יש לחלק את הסיכון להיותו של המזיק הישיר לא בר-גבייה בין האסדר לתובע, ללא תלות בשאלת אשמו התורם של האחרון. ייחודה של חלופה זאת הוא בכך שחלקו של המזיק הישיר, בהיותו לא בר-גבייה, אינו נופל במלואו על כתפי המאסדר (תוצאה שאליה מביאנו כלל טהור של אחריות יחד ולחוד) ואינו נופל במלואו על כתפיו של התובע (תוצאה שלה גורם כלל טהור של אחריות יחסית). תחת זאת מחולק סיכון זה בין שני הצדדים. לפיכך בשלב הראשון על בית המשפט לקבוע את חלקו היחסי של כל שחקן בנזק שסבל התובע, לפי כלל האחריות היחסית. בשלב השני על בית המשפט להקצות את חלקו של הנתבע שאינו בר-גבייה בין יתר הצדדים באופן שייראה בעיני צודק והוגן, ובהיעדר כל מידע שיוורה אחרת, יחולק חלק זה שווה בשווה בין המזיק העקיף לתובע.

100 Kraft, *Modification of the Doctrine of Joint and Several Liability*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 186.  
 101 חלופה זאת יושמה במדינת קליפורניה, שם לא הוחל כלל האחריות יחד ולחוד רק באשר לנזקים שאינם כלכליים, וראו הסקירה אצל: Lindsey, *Compensation, Fairness, and the Costs of Accident*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 978; ואכן, גישה זאת מתיישבת עם החלטתו של בית המשפט עליון של קליפורניה בעניין *American Motorcycle*, לעיל ה"ש 35.  
 102 Lindsey מביע אף הוא ספק באשר ליכולתה של חלופה זאת לקדם את מטרות דיני הניזוקין ביעילות, וראו שם.

על מנת להמחיש את אופן חלוקת הנזק לפי חלופה זאת, נשוב אל דוגמת הצל שבה סבל הניזוק נזק כולל שעלותו 500,000 ש"ח. עתה נניח שבשלב הראשון של הדיון קבע בית המשפט שחלקו של המזיק הישיר (המפעל המזהם חדל הפירעון) בנזק הכולל הוא  $3/5$ , ושחלקו של הגורם המפקח הוא  $2/5$ . לפי הכלל המוצע, ישלם המאסדר את חלקו שלו בגרם הנזק, דהיינו סך של 200,000 ש"ח. כעת, לו היה המזיק הישיר בר־גבייה, מובן מאליו שהיה הוא הנושא בחלקו בנזק, 300,000 ש"ח, וכי לא היה המאסדר נדרש לכלל תשלום נוסף. כיוון שאין זה המצב, על בית המשפט לחלק את חלקו של המפעל המזהם –  $3/5$  שהן 300,000 ש"ח – בין המאסדר לתובע באופן צודק והוגן, ובהיעדר כל מידע שיורה אחרת, שווה בשווה. לו יחולק חלק זה שווה בשווה בין הצדדים הרי שהמאסדר ישלם יותר מכפי חלקו בנזק, סך של 150,000 ש"ח, ואילו הניזוק יפוצה, אך יהיה זה פיצוי חסר של אותו סכום, שכן הפיצוי הכולל שבו יזכה יהיה 350,000 ש"ח. **אותם 150,000 ש"ח נוספים שבהם נושא המאסדר ואותם 150,000 ש"ח שאותם לא זוכה הניזוק לקבל – הם הביטוי לחלוקת הסיכון לחדלות פירעונו של המזיק הישיר בין הצדדים המעורבים במערכת הניזוקית.** אומנם כלל זה סובל חלקית מן המגרעות שנדונו בחלקיה הקודמים של רשימה זאת – מהיבטם של צדק מתקן והרתעה יעילה – אך נהנה, גם כן חלקית, מן היתרונות שנדונו מהיבטן של מטרת הפיצוי וגישת הצדק המחלק. בכך לדעתי חלופה זאת היא בבחינת דרך אמצע שאותה ראוי לשקול לאמץ.

**חלופה חמישית – החלת הכללים לפי שיקול דעתו של בית המשפט:** חלופה זאת מציעה להותיר לבית המשפט את ההכרעה בשאלה אם יש להחיל כלל של אחריות יחד ולחוד, או שמא להחיל כלל של אחריות יחסית. ההכרעה בשאלה זאת יש שתיעשה בהתחשב בכלל נסיבות המקרה, ובהן שיעור אשמו היחסי של הנתבע.<sup>103</sup> אם יבחר בית המשפט להפעיל את כלל האחריות היחסית, ייקבע חלקו של כל נתבע בפיצוי לפי הכללים שנדונו בראשיתו של תת־פרק זה. אומנם החיסרון הטמון בחלופה זאת עלול להיות אי־ודאות משפטית, אולם יתרונה בהיותה גמישה, ובכך מאפשרת היא מתן משקל לכלל השיקולים הרלוונטיים בקביעת הכלל הרצוי בנסיבות המקרה. עמדתה היא כי ניתן לשקול לאמץ אלמנטים מסוימים מתוך חלופה זאת כחלק מן המתווה הראוי, כפי שיעלה פרק הסיכום והמסקנות של רשימה זאת.

**חלופה שישית – כללים מרובי־חלופות:** ניתן לגבש חלופות נוספות באמצעות צירוף כלשהו של מי מחמש החלופות שנדונו לעיל. כך למשל ניתן לזנוח את כלל האחריות יחד ולחוד ולאמץ תחתיו את כלל האחריות היחסית כאשר התובע אשם יותר מהנתבע בגרם נזק (החלופה השנייה), ובלבד שהניזוק סבל נזקים שאינם נזקי גוף (החלופה השלישית). לפיכך יחול כלל האחריות יחד

<sup>103</sup> בעניין רייכרט, לעיל ה"ש 65, קבע בית המשפט העליון כי ס' 20(ד)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006 מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב בעיצוב משטר הפיצוי, ומכוחו רשאי הוא לתחום את שיעור הפיצוי שבו חב הנתבע לכדי חלקו היחסי באחריות. נראה שבכך הוקנתה לבית המשפט הדין בתובענות ייצוגיות הסמכות להחיל את כלל האחריות היחסית לפי שיקול דעתו. אולם יש להדגיש שמקרה זה יוצא דופן ואינו מבטא את עמדת הפסיקה שלא אימצה כלל לחיקה כלל זה. זאת ועוד, הקשרו של עניין רייכרט מוגבל לחוק תובענות ייצוגיות ולמסכת העובדתית שאירעה שם.

ולחוד באשר לנזקי גוף, ובאשר לנזקים אחרים יוכל התובע ליהנות מיתרונותיו של כלל זה, ובלבד שאשמו בגרם הנזק קטן מזה של יתר הנתבעים.

#### ד. כלל התקרה הסטטוטורית

לפי כלל התקרה הסטטוטורית יש לקבוע בחוק תקרת פיצוי מקסימלית באשר להיקף חבותה של הרשות המפקחת. אם יקבע בית המשפט שחלקו היחסי של המאסדר בפיצוי גדול מסכום התקרה, לא יהיה אפשר לחייבו באותו חלק הגבוה מן התקרה. לעומת זאת אם ייקבע שחלקו היחסי של המאסדר בפיצוי קטן מסכום התקרה, יהיה אפשר לגבות ממנו פיצוי לא רק כשיעור חלקו היחסי – שהרי אין זה כלל של אחריות יחסית – כי אם גם את יתרת הפיצוי עד לגובה התקרה, מכוח כלל האחריות יחד ולחוד. במקרה כזה תעמוד למאסדר האפשרות לגבות מהמזיק הישיר את הפער בין סכום התקרה לבין חלקו היחסי בפיצוי.<sup>104</sup>

הבה נבאר דברים אלו באמצעות דוגמת הצל: נניח שהסכום הקבוע בתקרה הוא 200,000 ש"ח. נזקיו של הניזוק מסתכמים, כזכור, ב־500,000 ש"ח. אם יתברר כי חלקו של המאסדר בנזק הוא 220,000 ש"ח, וכי חלקו של המזיק הישיר הוא 280,000 ש"ח, אזי לא יהיה אפשר לחייב את המאסדר בחלק הגבוה מן התקרה, והסכום שבו הוא יחוב יהיה 200,000 ש"ח בלבד. לעומת זאת אם יתברר שחלקו של המאסדר בנזק הוא 100,000 ש"ח, ואילו חלקו של המזיק הישיר הוא 400,000 ש"ח, הרי שהניזוק יוכל לגבות מהמאסדר פיצוי לא רק כשיעור חלקו היחסי בנזק – 100,000 ש"ח – אלא גם את יתרת הפיצוי עד לגובה התקרה, דהיינו 200,000 ש"ח בסך הכול. במקרה כזה יוכל המאסדר להגיש תביעת השתתפות נגד המזיק הישיר כדי לגבות ממנו את ההפרש שבין סכום התקרה לבין חלקו היחסי בפיצוי, דהיינו 100,000 ש"ח.

#### 1. מעלותיו של הכלל

לשיטה בדבר הגבלת החבות באמצעות תקרה סטטוטורית יתרונות מספר: מן ההיבט ההרתעתי, שלא כמו כלל של אחריות יחסית, מבטיחה שיטה זאת כי חבותו של המאסדר בכל מקרה לא תעלה על הסכום המסוים הנקוב בתקרה.<sup>105</sup> כך יוצרת שיטה זאת ודאות באשר לשיעור המקסימלי של הסכומים שבהם עלול המאסדר לחוב, ובכך נמנע הסיכון בדבר חבות רחבה שהיקפה אינו ידוע מראש. בקשר הדוק לכך עשוי להתמתן במידת־מה החשש בדבר אי־יציבותה הכלכלית של הרשות, על ההשלכות השליליות שיש לזה, ובראשן הפגיעה במלאכת האסדרה. נוסף על זה, צפויה שיטה זאת להביא לחיסכון בעלויות התאונה המנהליות, מכמה סיבות – ראשית, יצירת ודאות באשר לסכומי הפיצוי המקסימליים שבהם עלול המאסדר לחוב צפויה

104 ראו גם הניתוח אצל קרקו־אייל "הגבלת חבותו הנזיקית של רואה החשבון המבקר", לעיל ה"ש 39, בעמ' 598–599.

105 שם, בעמ' 599.



לתמרץ ניזוקים ומזיקים להתפשר במקרים שבהם פשרה היא הפתרון היעיל ביותר; שנית, במקרים שבהם חלקו היחסי של המאסדר בפיצוי גדול מהסכום הנקוב בתקרה, הרי שניתן לחייבו בפיצוי עד לגובה התקרה ותו לא. במקרים אלו לא ייזקק המאסדר למנגנון תביעת ההשתתפות נגד המזיק הישיר, על העלויות המנהליות הכרוכות במנגנון זה; זאת ועוד, ההפחתה בסכומי הפיצוי והוודאות באשר לסכומים אלו עשויות להפחית את תמריצייהם של ניזוקים להגיש תביעות סרק ואת תמריצייהם של מאסדרים להתפשר בתביעות מסוג זה.<sup>106</sup> התוצאה צפויה להיות הפחתה בעלויות התאונה המנהליות וכן צמצום היקף תופעת הרתעת היתר.<sup>107</sup>

אשר לשיקולים של הגינות וצדק בחלוקת סיכונים, הרי שאימוצו של כלל התקרה הסטטוטורית ייתן ביטוי לכך שתרומתו של המאסדר לנזק במקרים אלו עקיפה ומשנית. נוסף על זה, אימוצו של כלל זה יביא לחלוקה מסוימת של הסיכון בדבר חוסר היכולת להיפרע מהמזיק הישיר, בין המאסדר לבין הניזוק.<sup>108</sup> ניתן להמחיש דברים אלו באמצעות דוגמת הצל כך: נשוב ונניח כי הסכום הקבוע בתקרה הוא 200,000 ש"ח, וכי נזקו של הניזוק מסתכם ב-500,000 ש"ח. אם חלקו היחסי של המאסדר בפיצוי הוא 220,000 ש"ח, יישא הניזוק בסיכון של חוסר היכולת לגבות את יתרת הפיצוי שמעבר לתקרה – 20,000 ש"ח – מהמזיק הישיר (כמו גם בסיכון של חוסר היכולת לגבות את חלקו של המזיק הישיר – 280,000 ש"ח – בפיצוי). לעומת זאת אם חלקו היחסי של המאסדר בפיצוי הוא 100,000 ש"ח בלבד, יתחלק הסיכון בדבר חוסר היכולת להיפרע מהמזיק הישיר בין המאסדר לבין הניזוק גם יחד. הניזוק יוכל להיפרע מהמאסדר עד לגובה התקרה, דהיינו 200,000 ש"ח. כך, בסיכון לחוסר היכולת לגבות מהמזיק הישיר את הפער שבין סכום התקרה לבין חלקו של המאסדר בנזק – 100,000 ש"ח – יישא המאסדר. לעומת זאת בסיכון לחוסר היכולת לגבות את שארית נזקו של הניזוק – 300,000 ש"ח – יישא הניזוק.

## 2. מגרעותיו של הכלל

קושי מרכזי הטמון בכלל התקרה הסטטוטורית הוא שמעצם טבעו מתאפיין כלל זה במידה לא מבוטלת של שרירותיות, וקיים אפוא חשש לקביעתה של תקרה גבוהה מדי או נמוכה מדי.<sup>109</sup> בשל חשש זה עלולים קשיים מגוונים שלא לבוא על פתרונם: מהיבטם של שיקולים אקספרסיביים, המייחסים חשיבות לייחודו של המאסדר המנהלי-הנתבע, הקביעה – לא רק שהרשות התרשלה אלא גם באשר לגובהו של הנזק שלו אחראי המאסדר – עשויה להיות חשובה לצורך ביקורת ציבורית ופוליטית על פעילות המאסדר לשם הפקת לקחים, אסדרה חוקית וכדומה. כלל של תקרה סטטוטורית נמוכה יתר על המידה עלול למנוע תהליך חשוב זה.

106 אף כי ניתן לטעון שאם בתקרה גבוהה עסקינן, לניזוק עדיין תמריץ להגיש תביעות סרק.  
 107 ראו גם הניתוח אצל קרקו-אייל "הגבלת חבותו הנזיקית של רואה החשבון המבקר", לעיל ה"ש 39, בעמ' 599.  
 108 ראו גם הניתוח שם.  
 109 שם, בעמ' 600.

מן ההיבט של **הרתעה יעילה**, תקרה גבוהה מדי צפויה להותיר על כנו את החשש בדבר הרתעת היתר של הרשות. מנגד, תקרה נמוכה מדי עלולה לגרום להרתעת חסר בקרב הרשות, שכן אם תהיה תוחלת הנזק שאותה יראה המאסדר לנגד עיניו נמוכה מזו שלה גרם בפועל, תהיה התוצאה הרתעת חסר.<sup>110</sup>

חיסרון נוסף של כלל התקרה הסטטוטורית נעוץ ב**חוסר הגינותו**. אומנם כלל התקרה הסטטוטורית מחלק את הסיכון לחוסר יכולת הגבייה מהמזיק הישיר בין המאסדר לניזוק, אך הגינותו תלויה במידה רבה בגובהה של התקרה שתיקבע בחוק.<sup>111</sup> תקרה גבוהה מדי תטיב עם הניזוק, אך תהיה לא הוגנת מנקודת מבטו של המאסדר. הניזוק יוכל לגבות מהרשות סכום אשר עולה על חלקה היחסי בפיצוי, עד לגובה התקרה. אם אכן תהיה התקרה גבוהה יתר על המידה, יגדל הסיכון לקיומו של פער בין חלקו היחסי של המאסדר בפיצוי לבין סכום התקרה. בהתאמה, יגדל הסיכון לחוסר יכולת הגבייה מהמזיק הישיר, שיוטל על כתפי המאסדר. לעומת זאת תקרה נמוכה מדי תטיב עם הרשות, אך תהיה לא הוגנת מנקודת מבטו של הניזוק. תקרה נמוכה יתר על המידה תותיר על כנו את הסיכון לחוסר יכולת גבייה מהמזיק הישיר, סיכון שיוטל כעת על הניזוק.

תקרה סטטוטורית נמוכה מדי עלולה לייצר **חוסר הגינות** מהיבט נוסף, הקשור לפער בהיקף הנזקים בין הניזוקים, בינם לבין עצמם. ניטול למשל אסדרה רשלנית על מפעל מזהם שסופה בגרם נזק לשני יישובים, אחד שוכן סמוך למפעל והשני במרחק-מה ממנו. תושבי היישוב הסמוך למפעל סובלים נזקי גוף קשים, ואילו תושבי היישוב המרוחק סובלים נזקי גוף קלים בלבד. במשטר משפטי של תקרה סטטוטורית עלול להתרחש מצב שבו ניזוקים שספגו נזקים כבדים יזכו לאותו סכום פיצוי שייפסק לניזוקים שסבלו נזקים קלים בלבד.<sup>112</sup> (בהנחה שגם נזקי הגוף הקלים שווים לסכום התקרה או גבוהים ממנו). בקשר הדוק לכך, ניזוקים מסוימים יזכו לפיצוי מלא על נזקיהם, ואילו אחרים יקבלו פיצוי חלקי בלבד. תוצאה זו מנוגדת ל**מטרת הפיצוי** ולשיקולי **צדק מתקן**.<sup>113</sup>

לבסוף, סכום תקרה גבוה יתר על המידה צפוי להותיר על כנו את החשש **לעלויות תאונה מנהליות גבוהות**,<sup>114</sup> מסיבות מגוונות: הגידול הצפוי במספר התביעות; התארכות משך ההליכים בשל השקעת משאבים רבים מצד הרשות בהתגוננות מפני התביעה; סיכולן של פשרות יעילות; התארכות משך ההליכים בשל תביעות החזרה. בהקשר זה יש להדגיש כי אין בכוחו של כלל התקרה הסטטוטורית למנוע עלויות מנהליות שמקורן בתביעות חזרה בין מעוולים. למעשה, מידת ההפחתה בעלויות אלה תלויה בגובה התקרה, וככל שתהיה התקרה גבוהה יותר, כך יגדל

110 ש.ש.

111 ש.ש.

112 לטענה זאת, ראו Manzer, 1986 Tort Reform Legislation, לעיל ה"ש 80, בעמ' 646–647.

113 לטענה ברוח זאת, ראו Leibman &amp; Kelly, Accountants' Liability to Third Parties, לעיל ה"ש 69, בעמ' 434.

114 ראו גם הניתוח אצל קרקר-אייל "הגבלת חבותו הנזיקית של רואה החשבון המבקר", לעיל ה"ש 39, בעמ' 601.

הסיכון שרשויות מפקחות תחויבנה בפיצוי גבוה מכפי חלקן בנזק, והן תשאפנה לתבוע את יתרת הפיצוי שבו נשאו מהמזיקים הישירים.

### 3. תקרה סטטוטורית – מהלכה למעשה

#### (א) אופן קביעת התקרה

מסקנה חשובה העולה מן הניתוח התאורטי שהוצג בתת-פרק ד.2. היא שבבואנו ליישם את כלל התקרה הסטטוטורית יש לשאוף להימנע מקביעתו של סכום אחד ואחיד שיחול בקשר לכל רשויות הפיקוח בכל מצבי העולם האפשריים. כפי שראינו, הסכנה שבדרך זאת מקורה בשרירותיות ובחשש שהתקרה שתיקבע תהיה גבוהה מדי או נמוכה מדי. למשל, אותה תקרה ממש עשויה להיות נמוכה מדי במקרה של רשות גדולה, שכיסיה עמוקים ושפעולתה מייצרת תוחלת נזק גבוהה במיוחד, אך ליצור סיכון להפסד כלכלי ניכר לרשות קטנה, שתקציביה דלים ושתוחלת הנזק שהיא מייצרת זניחה בדרך כלל. בקשר הדוק לכך, אותה התקרה עשויה להיות נמוכה מדי בקשר לנזקים שנגרמו לפרטים רבים בשל מחדליה של רשות מאסדרת גדולה, שפעולת הפיקוח שלה משפיעה על רבים, אבל גבוהה בלא פרופורציה במקרה של פרט בודד, אשר ניוזק בשל מחדליה של רשות מאסדרת קטנה, שפעולתה רלוונטית לו בלבד (או למספר קטן של פרטים). נוכח דברים אלו עולה השאלה מה יכולות להיות הדרכים לקביעת סכום תקרה מותאם, דינמי ומשתנה. להלן תוצענה שתי דרכים אפשריות כמענה לשאלה זאת:

**דרך ראשונה** היא לקבוע את סכום התקרה כפונקצייה כלשהי של מספר הפרטים – צרכני הפעילות האסדרתית הרלוונטית – בעת ההתחלות הנטענת. מאליו מובן שמחדלי פיקוח על מזון תינוקות פופולרי אינם דומים בהיקפם למחדלי פיקוח על חוות סוסים הפועלת ללא היתר. דרך זאת לקביעת סכום התקרה נותנת ביטוי לכך ששיעור הנזק הנגרם ממחדלי הפיקוח של הרשויות יכול להשתנות לפי מספר הפרטים המסתמכים על המלאכה האסדרתית.

נראה כי לקביעת סכום התקרה בדרך זאת כמה יתרונות: כיוון שמספר הפרטים המסתמכים על הפעילות האסדרתית משקף במידה מסוימת את שיעור הנזק הצפוי מפעילות זאת, ומשום שהרשות המאסדרת מודעת, או צריכה להיות מודעת, למספר הפרטים שפעילותה משפיעה עליהם, עולה קריטריון זה בקנה אחד עם **שיקולים של הרתעה יעילה**. מאסדרים שפעולתם משפיעה על ציבור רחב יהיו מודעים לכך שהם חשופים לחבות רחבת היקף, ובהתאמה ינקטו אמצעי זהירות יעילים בביצוע מלאכת האסדרה, ולהפך. המאסדר, המודע לגודל הציבור המסתמך על פעולתו, יוכל בדרך זאת להעריך מראש את היקף החבות שלה הוא חשוף ולכלכל את צעדיו בהתאם – להחליט שלא לפקח כלל במקרים מסוימים, לפקח בהדיקות רבה יותר וכדומה. מנקודת מבטם של ניוזקים פוטנציאליים, דרך זאת מאפשרת גם להם להעריך מראש את תקרת הפיצוי שלה יהיו זכאים במקרה שיסבלו נזק, ולכלכל את צעדיהם בהתאם.

חרף יתרונותיה דרך זאת לקביעת התקרה אינה נקייה מקשיים. למשל, מספר צרכני הפעילות האסדרתית בענפים מסוימים – דוגמת ענף הביטוח של כלי רכב – ידוע כמעט בכל זמן נתון, אך בענפים אחרים – דוגמת קמעונאות המזון – קיים קושי רב יותר בהערכת נתון זה. יתרה מזאת, מספר הפרטים המסתמכים על פעולתה האסדרתית של המדינה עלול להתאפיין בתנודתיות רבה והוא אינו נותר קבוע. מאפיינים אלו עלולים ליצור חוסר ודאות באשר להיקף החבות שלה

ייחשף המאסדר במקרה של תביעת נזיקין, לסכל את מטרת ההרתעה היעילה ולפגוע בתמריצי הצדדים להתפשר. נוסף על זה, יש להודות בכך שמספרם של צרכני הפעילות האסדרתית עלול שלא לשקף את היקפי הנזק שייגרם לצדדים שלישיים ממחדלי הפיקוח של המאסדר. היקפים אלו תלויים לא רק במספר הניזוקים אלא גם בסוגי הנזק שסבלו. במקרה שבו מספר קטן של פרטים סובל נזקי גוף קשים, היקף הנזק עלול להיות גדול במידה ניכרת מסכום תקרה המבוסס אך ורק על מספר הפרטים המסתמכים על הפעולה האסדרתית. תוצאת הדברים צפויה להיות פגיעה שאינה מידתית בזכותם של ניזוקים לפיצוי ובמטרת הצדק המתקן.

דרך שנייה לגיבוש סכום התקרה היא קביעתה כפונקצייה כלשהי של סך תקציביה של הרשות המאסדרת בשנת התקציב הרלוונטית להתרשלות הנטענת.<sup>115</sup> דרך זאת מספקת קריטריון אחיד ויציב להערכת גודלה של הרשות המאסדרת, ובבסיסה ההנחה שהיקף תקציביה של רשות משקף במידה מסוימת גם את תוחלת הנזק הצפויה מפעולתה. בפשטות, ככל שהפעילות האסדרתית כרוכה בסיכון גבוה יותר, כך צפוי המאסדר לשקף סיכון זה באמצעות דרישות לתקציבים גבוהים יותר,<sup>116</sup> וקיים אפוא מתאם מסוים בין היקף התקציבים המופנים לרשות לבין תוחלת הנזק של פעולתה. אם כך הדבר, תקציבים גבוהים, אשר יובילו בתורם לקביעת תקרה גבוהה, יהיו קשורים בדרך כלל לתוחלת נזק גבוהה – ולהפך. התוצאה צפויה להיות הרתעה יעילה.

נוסף על זה, כיוון שקיים קשר מסוים בין היקף תקציביה של הרשות לתוחלת הנזק שפעולתה האסדרתית מייצרת, צפויה דרך זאת ליצור מתאם בין גובה התקרה לשיעור הנזק שעלול להיגרם לצדדים שלישיים, וזוהי תוצאה העולה בקנה אחד עם שיקולים של צדק מתקן ומטרת הפיצוי. עם זאת על אף ההיגיון שבהנחות אלה נראה שאין קשר הכרחי בין היקף תקציביה של הרשות לבין תוחלת הנזק שפעולתה מייצרת, כיוון שגם בפעילותה של רשות מאסדרת שתקציביה דלים עלול להימצא פוטנציאל לנזק שהיקפו רב. במילים אחרות, תקרה שתקבע אך ורק לפי היקף תקציביה של הרשות עלולה שלא לשקף נאמנה את תוחלת הנזק הגבוהה שלה גורמת פעולת הרשות, וכך גם לא את הנזק הרב שסבלו ניזוקים בפועל. זאת ועוד, לא זו בלבד שאין מתאם הכרחי בין תקציב גדול לבין נזק רב שהרשות עלולה לגרום לצדדים שלישיים, אלא שלעיתים ההפך הוא הנכון – תקציביה של הרשות משקפים את חוסנה ואת יכולתה לנקוט אמצעי זהירות. אם כך הדבר, דווקא מאסדרים ש"כיסיהם רדודים" מועדים לייצר תוחלת נזק גבוהה יותר. אם כן, התוצאה צפויה להיות הרתעת חסר ופגיעה בזכותם של ניזוקים לפיצוי הוגן. לבסוף נראה שהיקף תקציביה של הרשות נתון אף הוא לתנודות מסוימות, למשל בשל פריחה

115 שורשיה של הצעתי זאת נעוצים בהצעה לקבוע את סכום התקרה כפונקצייה של שכר הטרחה שנגבה על ידי מפקח פרטי, וראו Leibman & Kelly, *Accountants' Liability to Third Parties*, לעיל ה"ש 69, בעמ' 434.

116 לטענה זאת באשר לאופן התמחור של שירותי פיקוח וביקורת, ראו D. E. Simunic & M. T. Stein, *The Impact of Litigation Risk on Audit Pricing: A Review of the Economics and the Evidence*, 15 J. PRAC. & THEORY 119 (1996).

כלכלית או לחלופין מיתון וכן בשל החלטת השלטון על הפחתת שיעור המס ולהפך. אם כן, גם קריטריון זה עלול ליצור חוסר ודאות באשר להיקף חבותם של מאסדרים, על הפוטנציאל להרתעה שאינה יעילה הטמון בכך.

כפי שניתן לראות, שתי הדרכים לקביעת סכום התקרה הסטטוטורית שנדונו בתת-פרק זה מתאפיינות בקשיים תאורטיים ויישומיים. קשיים אלו יובילו, בסיכומם של דברים, שלא להעדיף כלל טהור של תקרה סטטוטורית.

### (ב) אופן יישום התקרה

תהיה הדרך לקביעת התקרה אשר תהיה, עדיין תעלה השאלה מהי השיטה שתאומץ ליישום תקרה זאת.<sup>117</sup> להלן תידונה שלוש שיטות אפשריות: האחת מחילה את התקרה על כל תביעה שהסתיימה בהצלחה נגד הרשות בנפרד; השנייה מחילה את התקרה בכל התביעות שהסתיימו בהצלחה נגד הרשות בשנת תקציב נתונה; השלישית מחילה את התקרה בכלל התביעות שהסתיימו בהצלחה נגד הרשות הנובעות מאותו מחדל אסדרתי. הבה נרחיב את הדיון בקשר לכל אחת משיטות אלה:

**שיטה ראשונה** ליישום התקרה עניינה כאמור בהחלת התקרה על כל תביעה שהסתיימה בהצלחה נגד הרשות בנפרד, ויתרונה במצבים שבהם מחדל אסדרתי אחד הניב תביעת ענק אחת נגד המאסדר. במקרים אלו די בהחלת התקרה על אותה תביעה כדי למנוע את אותן תוצאות שליליות שעליהן עמדתי בתת-הפרקים הקודמים. לעומת זאת שיטה זאת עלולה להתגלות כמי שאינה נותנת מענה ראוי לתוצאות השליליות הללו במקרים שבהם הוגשו נגד הרשות כמה וכמה תביעות קטנות או בינוניות בידי ניזוקים שונים – בין שמקורן במחדל אחד ובין שמקורן במחדלים שונים – כשכל אחת מהן כשלעצמה אינה עולה על סכום התקרה, אך צירופן יחדיו עולה עליו במידה ניכרת. במקרים אלו אף שכל תביעה כשלעצמה אינה מעמידה את הרשות בפני סיכון ניכר, הרי שאם הן תוגשנה ברצף וטרם הצליחה הרשות להתאושש, הן תיצורנה סכנה של ממש בשל כל החששות המצדיקים להגביל את החבות, כפי שנותחו ונדונו. יתרה מזאת, בהיעדר תקרה מקסימלית לסכום הפיזי שבו עלולה הרשות לחוב בשנת תקציב נתונה – ובהתחשב בכך שמספר הניזוקים והיקף הנזקים אינו ידוע – תיוותר על כנה בעיית חוסר הוודאות באשר להיקף החבות שתוטל על הרשות, על ההשלכות השליליות הנלוות לכך.

**שיטה שנייה** ליישום התקרה עניינה בכלל התביעות שהסתיימו בהצלחה נגד הרשות בשנת תקציב נתונה. שיטה זאת נותנת מענה לחסרונותיה של השיטה הראשונה. כיוון שעל פי שיטה זאת מוחלת התקרה על כלל התביעות שהתקבלו בשנת תקציב מסוימת, יש בה כדי להפחית את הסיכון הכלכלי שאליו חשוף המאסדר ואת חוסר הוודאות בקשר להיקף חבותו בתקופה זאת. עם זאת גם שיטה זאת אינה נקייה מחסרונות ומקשיים. דרך אחת להחלת שיטה זאת היא פסיקת פיזיו לניזוקים עד למיצוי התקרה שנקבעה בחוק לאותה שנת תקציב. החלת השיטה בדרך זאת

117 *Leibman & Kelly, Accountants' Liability to Third Parties*, לעיל ה"ש 69, בעמ' 433.

תביא להעדפה אקראית של ניזוקים שהגישו תביעות נפרדות, שמקורה בסדר הכרונולוגי של מתן פסקי הדין. בעקבות זאת יזכו ניזוקים מסוימים לפיצוי על מלוא נזקם, ואילו אחרים לא יקבלו כל פיצוי. תוצאה זו אינה עולה בקנה אחד עם מטרת הפיצוי ועם עקרונות של הגינות, שוויון וצדק מתקן. גם אימוץ מועד הגשת התביעה כמועד הקובע, כדי שהתקרה תחול על כלל התביעות שהוגשו בשנת התקציב, לא יפתור קושי זה. אומנם דרך זאת עשויה להניע תובעים להגיש את תביעותיהם במהירות האפשרית, אך ברור שלא כל התביעות תוגשנה באותו מועד. כך שוב תיווצר העדפה אקראית בין ניזוקים שמקורה בסדר הכרונולוגי של הגשת התביעות. ניתן לנסות להתמודד עם קושי זה על דרך ריכוזם ודחייתם של כלל הליכי ההוצאה לפועל לתום שנת התקציב, אז יתברר הסכום הכולל של התביעות שהתקבלו נגד המאסדר, אך נראה שגם בכך קיים קושי, שכן הדבר יחייב לדחות את הוצאתם לפועל של פסקי הדין, וכך ייווצר עיכוב בתשלום הפיצוי לניזוקים. נוסף על זה, בהיעדר הכרעה באשר לאופן חלוקתה של תקרת הפיצוי בין הניזוקים השונים – ובשל העובדה כי התביעות עשויות לנבוע ממחדלים שונים – צפויות להיווצר מחלוקות בין ניזוקים בקשר לאופן חלוקת סכום התקרה. ההכרעה במחלוקות אלה תחייב ככל הנראה סבב נוסף של התדיינות, על הגידול בעלויות התאונה המנהליות הכרוך בכך. זאת ועוד, לפי שיטה זאת החלת התקרה הסטטוטורית נתונה למניפולציות של מי מהצדדים, אם אלו יכולים להשפיע על מועד מתן פסק הדין. הרשות מצידה תשאף לרכז פסקי דין רבים ככל האפשר בשנת תקציב אחת, כדי שהסכום הכולל שבו תחוב בשנה מסוימת יחצה את סכום התקרה. לעומתה, ישאפו ניזוקים לפזר את פסקי הדין על פני שנים מספר, כדי שהסכום הכולל שבו תחוב הרשות בשנה נתונה לא יעבור את סכום התקרה. נוסף על זה, לפי שיטה זאת, החלת התקרה עלולה להיות מושפעת מסיבות אקראיות הקשורות בעבודת השופט, כמו עומס עבודה יוצא דופן, סיבות שאין בינן לבין השיקולים המצדיקים להגביל את חבות המאסדר דבר.<sup>118</sup>

**השיטה השלישית** ליישום התקרה מתמקדת בכלל התביעות שהסתיימו בהצלחה נגד הרשות, הנובעות מאותו מחדל אסדרתי. לשיטה זאת יתרון על פני השיטה הראשונה במקרים שבהם אותו מחדל הניב מספר רב של תביעות, אשר כל אחת מהן כשלעצמה אינה גבוהה מסכום התקרה, אך יחדיו הן חוצות סכום זה. במקרים אלה תחול התקרה על כלל התביעות הנובעות מאותו מעשה או מחדל, ובכך ימותנו הסיכון הכלכלי הניצב בפני המאסדר וחוסר הוודאות באשר להיקף חבותו, על היתרונות הנלווים לכך. לעומת זאת במקרים שבהם מחדלים שונים גררו תביעות שונות, מתאפיינת שיטה זאת בחסרונותיה של השיטה הראשונה, ואין בה כדי להסיר את הסיכון הכלכלי הניצב בפני הרשות או ליצור את הוודאות הנדרשת בקשר להיקף החבות הצפוי. יתרה מזאת, נראה כי שיטה זאת מתאפיינת בחסרונותיה של השיטה השנייה. אם זאת תיושם ובית המשפט יפסוק פיצוי לתובעים שהגישו תביעות נפרדות בגין אותו מחדל אסדרתי עד למיצוי התקרה שנקבעה בחוק, תיווצר העדפה אקראית של ניזוקים שמקורה במועד מתן פסק

118 אם כי ניתן לטעון שנימוק זה תקף לכל הכרעה שיפוטית, והוא אינו ייחודי לשאלה בדבר החלת התקרה.

הדין.<sup>119</sup> החלת התקרה במרוכז על כלל התביעות שהוגשו בשל אותו מחדל תאלץ את בית המשפט להמתין עד לתום תקופת התיישנות שנקבעה בחוק (דהיינו עד המועד שלאחריו לא יהיה אפשר עוד להגיש תביעות בגין אותה עילה) לשם חלוקת הפיצוי בין הניזוקים. התוצאה תהיה עיכוב ניכר בתשלום הפיצוי לניזוקים.

מלומדים סבורים כי מבין השיטות שנדונו בתת-פרק זה, השיטה המיטבית ליישום התקרה היא השיטה השלישית, בצד יצירת מנגנון שתפקידו יהיה לרכז את כלל התביעות שמקורן באותו מעשה או מחדל להליך אחד, שסופו בפסק דין אחד באשר לאופן חלוקת סכום התקרה בין כל הניזוקים.<sup>120</sup> שיטה זאת תאפשר להחיל את התקרה פעם אחת בקשר לאותו מחדל אסדרתי, יהיה מספר התביעות שתתקבלנה נגד המאסדר בשל אותו עניין אשר יהיה. כך יושגו הפחתה בסיכון הכלכלי המוטל על המאסדר ושיפור הוודאות באשר להיקף חבותו. בד בבד תמנע שיטה זאת את התופעה בדבר העדפת ניזוקים אקראית ומניפולציות באשר למועד מתן פסק הדין. יתרה מזאת, שיטה המשלבת הכרעה משפטית חד-פעמית עם החלת התקרה על כלל התביעות הנובעות מאותו מחדל אסדרתי – מאפשרת לבית המשפט לחלק את סכום התקרה בין הניזוקים במועד פסק הדין, שיהיה יחסי לסכומי הפיצוי שנפסקו להם. כך תפחתנה המחלוקות בין הצדדים באשר לאופן חלוקת סכום התקרה, ויימנע סבב נוסף של התדייניות שיעסוק בשאלת אופן החלוקה של סכום זה. נוסף על זה, צפוי איחוד הדיון בתובענות המעלות שאלות משפטיות ועובדתיות דומות לייעל את הדיון ולקצרו, ואף למנוע פסקי דין סותרים. התוצאה צפויה להיות חיסכון בעלויות מנהליות. בצד יתרונות אלו שיטה זאת מחייבת ליצור מנגנון דינוני כאמור, על העלויות הכרוכות בכך. זאת ועוד, לפי שיטה זאת במקרים שבהם תוגשנה נגד הרשות כמה תביעות הנובעות ממחדליה השונים, ייוותרו על כנם הסיכון הכלכלי שבפניו ניצבת הרשות וכן חוסר הוודאות באשר לסכומי הפיצוי האפשריים.

## ה. כללי כלליים

בפרקים ג ו-ד נדונו כללים חד-גוניים להגבלת חבותן של רשויות מפקחות. הכלל הראשון הושתת על רעיון האחריות היחסית לבדו, ואילו הכלל השני על רעיון התקרה הסטטוטורית. הדין הנוהג בישראל מושתת אף הוא על רעיון מרכזי בולט והוא אחריות יחד ולחוד. חרף זאת אין משמעות הדברים כי לא ניתן לשלב בין שלושת הרעיונות הללו, ובכך ליצור כללים מעורבים לשם הגבלת החבות. בכך יעסוק פרק זה. כעת יתמקד דיוננו בשלושה כללים אפשריים להגבלת החבות, המשלבים שלושת רעיונות אלה יחד כך: הכלל הראשון יהיה "הכלאה" בין תקרה סטטוטורית לאחריות יחסית; השני ישלב אחריות יחד ולחוד עם אחריות יחסית; השלישי יחבר

119 לחיסרון זה ראו: Leibman & A. S. Kelly, *Accountants' Liability to Third Parties*, לעיל ה"ש 69, בעמ' 434.

120 שם.



באופן מסוים בין שלושת הרעיונות – אחריות יחד ולחוד, אחריות יחסית ותקרה סטטוטורית.<sup>121</sup> הבה נרחיב את הדיון על כל אחד מכללי כלאיים אלו.

### 1. בין תקרה סטטוטורית לאחריות יחסית

על פי כלל זה, חבותן של רשויות מפקחות תוגבל באמצעות תקרה סטטוטורית ואחריות יחסית גם יחד. לפיכך אם תהיה התקרה הסטטוטורית גבוהה מחלקו היחסי של המאסדר בפיצוי, יהיה אפשר להיפרע ממנו עד כדי חלקו היחסי בפיצוי, ולא יהיה אפשר לגבות ממנו את יתרת הפיצוי עד לגובה התקרה. לעומת זאת אם תהיה התקרה הסטטוטורית נמוכה מחלקו היחסי של המאסדר בפיצוי, יהיה אפשר לחייבו בפיצוי אך ורק עד לסכום התקרה, אף שחלקו בפיצוי גדול יותר.

כדי להמחיש כלל זה נשוב לדוגמת הצל, שבה מסתכמים כזכור נזקיו של הניזוק ב-500,000 ש"ח. עתה נניח כי סכום התקרה הסטטוטורית הוא 150,000 ש"ח. לו יקבע בית המשפט כי חלקו היחסי של המאסדר בנזק הוא 100,000 ש"ח, אזי לא יהיה אפשר לגבות מהמאסדר את יתרת הפיצוי עד לגובה התקרה, כי אם 100,000 ש"ח בלבד כפי חלקו היחסי. לעומת זאת אם ייקבע כי חלקו היחסי של המאסדר בנזק הוא 200,000 ש"ח, הרי שיהיה אפשר לחייבו בפיצוי אך ורק עד לסכום התקרה – דהיינו 150,000 ש"ח – אף שחלקו בפיצוי גדול מסכום זה.

יתרונו של כלל זה בכך שיש בו כדי לתת מענה לקשיים המרכזיים הטמונים בכלל האחריות היחסית. כלל זה מגביר את הוודאות באשר לסכומי הפיצוי המרביים שבהם עלול המאסדר לחוב, על ההשלכות החיוביות שיש לכך. בצד יתרון זה שומר הכלל המוצע על יתרונו האחרים של כלל האחריות היחסית. למשל, כלל זה מאפשר לתת ביטוי לאשמו היחסי של המאסדר (כשחלקו בנזק קטן מסכום התקרה או שווה לו). כך עולה הוא בקנה אחד עם שיקולים של הגינות והרתעה (כל זמן שסכום התקרה אינו קטן מחלקו היחסי של המאסדר בנזק).

אף על פי כן **חולשתו** של כלל זה ברורה למדי. מנקודת מבטו של הניזוק כלל זה הוא הקשה מכל החלופות שנדונו עד כה, שהרי חבותו של המאסדר מוגבלת עתה באמצעות שני חסמים. כעת יזכה הניזוק לפיצוי נמוך, הן במקרים שבהם חלקו היחסי של המאסדר בפיצוי נמוך מסכום התקרה (שאו יקבל פיצוי נמוך לפי חלקו היחסי של המאסדר ולא לפי סכום התקרה) הן במקרים שבהם חלקו היחסי בפיצוי גדול מסכום התקרה (שאו יזכה הוא לפיצוי נמוך לפי סכום התקרה ולא במלוא החלק היחסי של המאסדר בנזק). כמו כן הקשיים הנובעים מבחירת גובה התקרה

121 לדיון ברעיון הכללים המעורבים ראו למשל: Kraft, *Modification of the Doctrine of Joint and Several Liability*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 186; E. J. McBride, *Fair Enough? Modifying the Rule*; of Joint and Several Liability In New Jersey, 20 RUTGERS L. J. 175, 175-176, 184 (1988); Lindsey, *Compensation, Fairness, and the Costs of Accident*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 967-968; R.W. Wright, *Allocating Liability Among Multiple Responsible Causes: A Principled Defense of Joint and Several Liability for Actual Harm and Risk Exposure*, 21 U. C. DAVIS L. REV. 1141, 1165-1168 (1987).

הסטטוטורית ואופן יישומה נותרים בעינם. כלל זה צפוי אפוא להשיג תוצאות שאינן מיטביות מנקודת המבט של שיקולי הגינות, צדק מתקן ומטרת הפיצוי.

## 2. בין אחריות יחסית לאחריות יחד ולחוד

לפי כלל כלאיים זה, יחוב כל אחד מן המעוולים בחלק מהנזק, על פי אשמו היחסי באחריות להיגרמו. נוסף על זה, במקרים שבהם יתברר כי חלק מן הפיצוי אינו ניתן לגבייה ממי מהמעוולים, יזכה הניזוק לפיצוי כיוון שהמעוולים בני-הגבייה יישאו באחריות יחסית לחלק זה של הפיצוי, על פי שיעור אשמם היחסי.<sup>122</sup> ניתן לאפיין שתי שיטות ליישומו של כלל זה: על פי השיטה האחת, יחול בשלב הראשון כלל של אחריות יחסית, וכך יוכל הניזוק לגבות מן המזיקים השונים את חלקם היחסי בפיצוי ותו לא. בשלב השני – ורק לאחר שיתברר שאין הניזוק יכול לגבות ממי מהמעוולים את חלקו בפיצוי – יוכל הניזוק לפנות לבית המשפט בבקשה להקצאה מחדש של חלק זה של הפיצוי; על פי השיטה השנייה, יחול בשלב הראשון כלל האחריות יחד ולחוד, והניזוק יוכל לגבות מכל אחד מן המזיקים את מלוא הנזק. בשלב השני – ורק לאחר שיתברר כי המזיק שנשא במלוא הפיצוי אינו יכול לגבות ממי מהמזיקים את חלקו בפיצוי – יוכל אותו מזיק ששילם לניזוק לפנות לבית המשפט להקצאה מחדש של חלק זה בפיצוי.

אשוב אל דוגמת הצל, אולם כדי להדגים את דרך הפעלתו של כלל זה אשנה מעט את עובדותיה באמצעות הוספה של עוד מפעל מזהם. כעת שוכנים סמוך זה לזה פונדק דרכים ושני מפעלים מזהמים, המעלים במודע את רמת הזיהום שלהם גורמים אל מעל לרמה שאותה מתיר המאסדר. על אף בדיקות תקופתיות שהוא מבצע המאסדר אינו מאתר את דבר הזיהום החריג של שני המפעלים. נזקו הכולל של הניזוק נותר לצורך דוגמתנו 500,000 ש"ח. עתה נניח כי בדיון בתביעתו של הניזוק קובע בית המשפט כי חלקו היחסי של מפעל א בנזק הוא 200,000 ש"ח, חלקו היחסי של מפעל ב בנזק גם הוא 200,000 ש"ח, ואילו חלקו היחסי של המאסדר הוא 100,000 ש"ח בלבד. עוד מתברר כי מפעל א אינו בר-גבייה. לפי כלל כלאיים זה יוכל בית המשפט להקצות מחדש את החלק שאותו לא ניתן לגבות בין יתר המעוולים על פי שיעור אשמם היחסי.

**שיטה אחת לחישוב הפיצוי לפי כלל זה היא להתבסס על כך שמפעל ב והמאסדר שילמו בפועל יחדיו לניזוק סך של 300,000 ש"ח, כשמפעל ב שילם 2/3 מסכום זה, ואילו המאסדר שילם 1/3 מהסכום. כך יש לחלק אפוא בין השניים גם את חלקו של מפעל א שאינו בר-גבייה, וכך מפעל ב ישלם 133,333 ש"ח מתוך אותם 200,000 ש"ח, ואילו המאסדר ישלם 66,667 ש"ח מתוך סכום זה. לפי כלל זה ולשיטת חלוקה זאת ישלם מפעל ב, בסך הכול, 333,333 ש"ח**

122 ראו גם הדיון אצל: J.W. Wade, *Should Joint and Several Liability of Multiple Tortfeasors be Abolished?*, 10 AM. J. TRIAL ADVOC. 193, 198–199 (1986); Lindsey, *Compensation, Fairness, and the Costs of Accident*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 967.

והמאסדר ישלם סך כולל של 166,667 ש"ח. חלוקה זאת נותנת ביטוי להיות המאסדר מזיק עקיף ומשני ונוסף על זה מעניקה היא פיצוי מלא לניזוק.

**שיטה שנייה** היא להתבסס על כך שחלקו של מפעל ב בנזקו הכולל של הניזוק הוא  $2/5$ , ואילו חלקו של המאסדר הוא  $1/5$ . לכן אפוא יש לחלק בין השניים גם את חלקו של מפעל א שאינו בר-גבייה, וכך מפעל ב ישלם 80,000 ש"ח מתוך אותם 200,000 ש"ח, ואילו המאסדר ישלם סך של 40,000 ש"ח מתוך סכום זה. חשוב לשים לב שלפי שיטה זאת משלמים המזיקים בני-הגבייה  $3/5$  בלבד מחלקו של המזיק שאינו בר-גבייה. שיטה זאת נותנת גם היא ביטוי לכך שתורתו של המאסדר לנזק במצבים אלו עקיפה ומשנית. כמו כן בשונה משיטת החישוב הראשונה, שיטה זאת אף מחלקת את הסיכון להיות מי מהמזיקים לא בר-גבייה בין הניזוק ליתר המזיקים, שהרי באותן  $2/5$  מחלקו של מפעל ב לא יישאו יתר המזיקים, והניזוק לא יזכה לקבל פיצוי עבור חלק זה. כך נותנים כתף כל ה"שחקנים" המעורבים ב"מערכה הנזיקית" – הניזוק אינו זוכה לפיצוי על מלוא נזקו, ואילו המזיקים בני-הגבייה משלמים לו יותר מכפי חלקם בנזק. עם זאת שיטת חישוב זאת מגשימה את מטרת הפיצוי טוב פחות משיטת החישוב הראשונה עושה זאת.<sup>123</sup>

**יתרונותיו של כלל כלאיים זה** מגוונים. בשונה מחלופה טהורה של אחריות יחד ולחוד – שבה מלוא הסיכון לחוסר יכולת הגבייה נופל על כתפי המזיק הנגיש והסולבנטי – ובשונה מחלופה טהורה של אחריות יחסית – שבה מלוא הסיכון לחוסר יכולת הגבייה נופל על כתפי הניזוק – מאפשר כלל זה לחלק את הסיכון לחוסר יכולת הגבייה בין המזיקים השונים ואף בין הניזוק למזיקים. כלל זה אינו לוקה בבעיית חוסר ההגינות הכרוכה בחלופות הטהורות, המחייבות לבחור בין השגת הגינות מנקודת מבטו של הניזוק להשגת הגינות מנקודת מבטו של המזיק.<sup>124</sup> יתרונו של כלל זה על פני כלל התקרה הסטטוטורית הוא בכך שלפי כלל התקרה הסטטוטורית, חלוקת הסיכון בין המזיק לניזוק בקשר לחוסר יכולת הגבייה עלולה להיות שרירותית. כמו כן, כמי שמאפשר לניזוק להיפרע מהמזיק בחלק גדול מכפי חלקו היחסי בפיצוי, משיג כלל זה תוצאות טובות יותר מנקודת המבט של מטרת הפיצוי.<sup>125</sup> זאת ועוד, שמירה על עיקרון של אשם יחסי, אף באשר לחלוקת הסיכון לחוסר יכולת הגבייה, עולה בקנה אחד עם שיקולים של הרתעה יעילה, שכן עתה יושפעו תמריצי המזיק גם מן השאיפה להשפיע על חלקו היחסי בסיכון לחוסר יכולת הגבייה.

על אף יתרונותיו של כלל זה נראה כי **חסרונותיו** בולטים למדי. ראשית, המעלות של כלל זה רלוונטיים בעיקר למצבים שבהם קיימים שלושה מזיקים או יותר, וכאשר אחד מהם אינו בר-גבייה. מאליו מובן כי במקרים שבהם הגורמים לנזק הם שניים בלבד – מזיק ישיר וגוף מפקח –

123 שיטה זאת מתאפיינת בדמיון מסוים לחלופה הרביעית שנדונה בתת-פרק ג.3. (ב) בקשר לאופן יישומו של כלל האחריות היחסית.

124 לטענה ברוח זאת, ראו McBride, *Fair Enough?*, לעיל ה"ש 121, בעמ' 189.

125 ראו גם הדיון אצל Lindsey, *Compensation, Fairness, and the Costs of Accident*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 976–977.

וכי המזיק הישיר אינו בר-גבייה, לא יועיל לו, למאסדר, לפנות לבית המשפט בבקשה להקצאה מחדש של חלקו של המזיק הישיר בפיצוי בין יתר המזיקים, שהרי לבד מהמאסדר עצמו אין בנמצא מזיקים נוספים. יוצא אפוא כי במקרים אלו שיטת היישום הראשונה שנדונה לעיל מקיימת רק את גישת האחריות יחד ולחוד ומזניחה את היבטי האחריות היחסית. בצד זאת אימוצה של שיטת היישום השנייה שנדונה לעיל תוביל לכך שגם במצבים אלו לא יישא המאסדר בכל חלקו של המזיק הישיר הפיצוי. כך, במבחן התוצאה, יישום השיטה השנייה שנדונה לעיל, הן במקרים של שני מזיקים בלבד הן במקרים של מזיקים רבים, מקיימת בעיקר את השיקולים שבבסיס גישת האחריות היחסית ומזניחה את השיקולים שבבסיס כלל האחריות יחד ולחוד. נוסף על זה, מעצם היותו מבוסס על רעיון האחריות היחסית, לוקה כלל זה בכל חסרונותיו של כלל האחריות היחסית שנדונו לעיל, דהיינו הותרת הסיכון לחבות בהיקף נרחב והותרת חוסר הוודאות באשר לסכומי הפיצוי על כנם, על ההשלכות השליליות שיש לכך. זאת ועוד, בניגוד לכלל הטהור של אחריות יחסית, כלל זה כרוך בעלויות מנהליות גבוהות יותר שמקורן בצורך לבצע חלוקה מחדש של הסכום שאינו בר-גבייה, בדומה למנגנון בדבר תביעות השתתפות.

### 3. בין אחריות יחד ולחוד לאחריות יחסית באמצעות תקרה סטטוטורית

כלל כלאיים זה משקף ייצוג מסוים של שלושת הרעיונות המתחרים על הבכורה – אחריות יחד ולחוד, אחריות יחסית ותקרה סטטוטורית. הוא משמר את כלל האחריות יחד ולחוד במצבים מסוימים ומאמץ את כלל האחריות היחסית במצבים אחרים, כאשר ההכרעה בשאלה איזה כלל יחול בנסיבות המקרה נעשית באמצעות תקרה סטטוטורית. דברים אלו טעונים הסבר. לפי כלל זה יש לשמר את משטר האחריות יחד ולחוד עד לתקרה מסוימת, דהיינו במקרים שבהם סך נזקיו של התובע אינם עולים על סכום מסוים. לעומת זאת במקרים שבהם נזקו של הניזוק גדול מסכום התקרה, האחריות לנזקיו תהיה לפי משטר האחריות היחסית.<sup>126</sup> כך, כשהסכום הכולל של נזקי התובע אינו עולה על סכום התקרה, נושא המאסדר הנגיש והסולבנטי בסיכון להיותו של המזיק הישיר לא בר-גבייה, ולתובע מובטח שיקבל פיצוי מלוא הנזק, מתוך מחשבה שבסכום שיגיע עד לסכום מסוים שייקבע בתקרה אין כדי להעמיד את הרשות בפני סיכון כלכלי ניכר.

אומנם כלל זה מנסה לפסוע בשביל ביניים, אך הוא לוקה לדעתי בקשיים יסודיים: ראשית, הוא מותיר על כנה את בעיית השרירותיות של סכום התקרה כפי שנדונה לעיל. שנית, מטרת הפיצוי נפגעת לפי כלל זה דווקא כשנזקי התובע גדולים וקשים, דהיינו דווקא במצבים שבהם יש להניח שהאחרון זקוק לפיצוי יותר מכול, שאז הוא שנושא בסיכון לחדלות פירעונו של המזיק הישיר. לבסוף, כלל זה עלול לעודד הגשת תביעות סרק שאינן עלולות על סכום התקרה, על

126 Kraft מציינת כדוגמה את מדינת פלורידה, שם הוחל כלל האחריות יחד ולחוד במקרים שבהם סך הנזק לא עלה על 25,000 דולרים, ובמקרים שבהם סך הנזק היה גדול מסכום זה, הושתתה האחריות לנזקי הניזוק על אשמתו היחסית של כל אחד מהצדדים, וראו Kraft, *Modification of the Doctrine of Joint and Several Liability*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 196–198.

עלויות התאונה המנהליות הכרוכות בכך. לפיכך נראה שעל אף דרך האמצע שבה פוסע כלל זה, הוא אינו מיטבי.

### ו. סיכום ומסקנות – מבט כולל

כלל האחריות יחד ולחוד מעורר מחלוקות רבות, והוא שעמד במוקד מאמרי זה, שבו הצעתי וניתחתי חלופות מעשיות לכלל זה, עת עסקינן ברשלנות אסדרתית. כבר בשלב מוקדם זה של פרק הסיכום יש לשוב ולהזכיר כי ההצעה שתפורט להלן רלוונטית למקרי רשלנות שבהם המזיק העקיף הוא מאסדר מנהלי. התמקדותי דווקא בזה האחרון נובעת כזכור משוני רלוונטי בינו לבין מאסדרים פרטיים, שביטוי – כפי שהעלה הניתוח שבתת-פרק ב.2. – בכמה מישורים: רווחי הפיקוח; החובה לפקח; הפיצוי שעלולה המדינה לשלם במקרים אלו גבוה בדרך כלל מיכולת התשלום של המזיק הישיר; היעדר קורליציה בין הגורם המזיק לגורם המשלם; היות המדינה כיס עמוק וניתנת לאיתור בנקל כנתבעת בכתב התביעה; היקפן העצום של חובות הפיקוח המוטל על כתפי המדינה המודרנית.

השאלה המרכזית שעמדה אפוא במאמר זה לנגד עיניי היא זו: מהו הכלל שראוי לאמץ – שחלוקת הסיכון להיות המזיק הישיר לא בר-גבייה בין התובע למאסדר המנהלי היא לפיו מיטבית? בחנתי וניתחתי שלוש חלופות אפשריות להגבלת חבותם של מאסדרים מנהליים: מעבר לכלל של אחריות יחסית; אימוץ כלל של תקרה סטטוטורית; שימוש בכללי כלאיים. לכל אחת מן החלופות שנדונו וחסרונות שונים, והבחירה ביניהן תלויה במידה רבה במטרה שאותה רואה המחוקק לנגד עיניו. ההכרעה באיזה מן הנתיבים שנתחו ברשימה זאת יש לפסוע היא החלטה נורמטיבית התלויה בתוצאות שאליהן מוביל כל נתיב ובהערכה נורמטיבית של תוצאות אלה לעומת חלופותיהן.

לאור דברים אלו עמדתי היסודית היא שכהכרעה עקרונית יש לאמץ כלל שיותאם לנסיבות המקרה על פי קריטריונים ברורים שאותם אפרט כעת. כפי שהיה אפשר להסיק מן המצבים השונים שנתחו ברשימה זאת, יש נסיבות שבהן מוטב ליישם כלל של אחריות יחד ולחוד, באחרות עדיף כלל של אחריות יחסית, ובנוספות כלל של תקרה סטטוטורית. חרף זאת שיהיו שיטענו שחסרונות של כלל מותאם זה עלול להיות שריו בחוסר ודאות מסוים שהוא מייצר, יתרונו הרב הוא דווקא בהיותו גמיש, כי בכך הוא מאפשר לייחס משקל מתאים לכל השיקולים הרלוונטיים בקביעת דרך הפיצוי הרצויה בנסיבות המקרה.

זאת ועוד, כדי לצמצם את הקושי בדבר חוסר הוודאות, בבואו להכריע איזה כלל ליישם אציע כי על בית המשפט יהיה לשקול את שבעת השיקולים האלה:<sup>127</sup> חומרת ההתרשלות הנטענת; משכה; סוג הנזק שנגרם והיקפו; מידת הסיכון שלה חשף המאסדר את הניזוק לגרם

127 אומנם קביעתה של רשימת שיקולים אלו כסגורה עשויה לחזק את הוודאות המשפטית, אולם דומני כי מוטב להשאיר רשימה פתוחה המאפשרת גמישות.

הנזק; עוצמת הקשר בין המחדל האסדרתי לבין הנזק שסבל הניזוק; השאלה אם מחדלה של הרשות היה חוליה מרכזית וחשובה בגרם הנזק או שמא מינורית ומשנית; ונגישותו של הניזוק לביטוח. דומני שכלל מותאם זה, על פי שיקולים אלו, עשוי להגשים טוב יותר את מטרות דיני הניזוקין לעומת המצב הקיים, ולכן יש לקבוע שהבחירה בדרך הפיצוי הרצויה צריכה להתבסס על שיקולים אלו, וכי תוכנם של שיקולים אלו צריך להיקבע על יסוד נתונים עובדתיים בכל מקרה לגופו.

טלו למשל מקרה של רשלנות קשה שביטויה היעדר בדיקה הולמת, שבגללה העניק המאסדר רישיון לחברה פלוגנית לשיווק מזון תינוקות שאינו ראוי למאכל אדם, ותינוקות שצרכו אותו מזון לקו במחלות קשות. נראה שבדוגמה זאת מורים השיקולים דלעיל לאמץ כלל פיצוי אשר מחמיר עם המאסדר, דהיינו את כלל האחריות יחד ולחוד. בולטים במיוחד בדוגמה זאת ההתרשלות הקשה שבה מדובר (השיקול הראשון) ונזקי הגוף החמורים שסבלו הניזוקים (השיקול השלישי). השילוב הזה – של חומרת ההתרשלות מזה עם חומרת הנזק מזה – עשוי לדעתי להצדיק כלל אשר מחמיר עם הגורם המפקח, כאמור. זאת ועוד, נראה שבדוגמה זאת מידת הסיכון שלה חשף המאסדר את התינוקות לגרם הנזק (השיקול הרביעי) רבה; קיים קשר הדוק בין המחדל האסדרתי לבין הנזק שנסבל (השיקול החמישי); מתדלו של המאסדר הוא חוליה מרכזית וחשובה בגרם הנזק (השיקול השישי).

לעומת זאת טלו מקרה שבו, כבפרשת לוי, בשל התנהלותה הרשלנית צברה חברת ביטוח גירעונות, ודרישות המפקח על הביטוח לכסותם לא זכו לתגובה. היא המשיכה לצבור גירעונות ולבסוף התמוטטה. שבועות מספר לאחר ההתמוטטות החליט המפקח להפסיק את פעילות החברה, והיא נכנסה להליכי פירוק. בתחילה שילם המפרק כספים נוכח תביעות שהגישו מבוטחי החברה, עד שהכספים הללו אזלו. חלק מן המבוטחים לא זכו לתשלום חרף היותם זכאים לו כקבוע בפוליסה. מבוטחים אלו תבעו את המפקח על הביטוח בעילת הרשלנות, על שלא שלל את רישיון החברה מבעוד מועד. נראה שבדוגמה זאת מורים השיקולים דלעיל לאמץ כלל אשר מקל עם המאסדר, כלומר כלל של אחריות יחסית למשל. אין מדובר במקרה זה בהתרשלות קשה, והנזקים שאותם נטען כי גרם המאסדר באשמו – חוסר היכולת להישפות מחברת הביטוח – הם כלכליים בלבד. כמו כן נראה כי הקשר בין המחדל האסדרתי לבין הנזק שנסבל רופף, ושמתדלו של המאסדר הוא חוליה משנית בגרם הנזק.

אם יבחר בית המשפט לפסוע בנתיב כלל האחריות היחסית – וכפי שעלה מן הניתוח שנערך בתת-פרק 3.ג(ב) – אינני מציע בשלב זה לאמץ כלל טהור של אחריות יחסית כי אם לילך בדרך ביניים, המבטאת פתיחות מחד גיסא, וזהירות מאידך גיסא באמצעות שש החלופות שהוצגו בתת-פרק זה להחלתו של כלל האחריות היחסית בהתקיים נסיבות מסוימות בלבד. מבין שש חלופות אלה ניתן להעניק תשומת לב מיוחדת לזאת הרביעית, המחלקת את הסיכון בין המזיק העקיף לתובע. כזכור, ייחודה של חלופה זאת בכך שחלקו של המזיק הישיר, בהיותו לא בר-גבייה, אינו נופל במלואו על כתפי המאסדר (תוצאה שאליה מביאנו כלל טהור של אחריות יחד ולחוד) ואינו נופל במלואו על כתפיו של התובע (תוצאה שלה גורם כלל טהור של אחריות יחסית). תחת זאת מחולק סיכון זה בין שני הצדדים. הגם שחלופה זאת אינה נקיה מקשיים, היא נותנת ביטוי הולם להצדקות המרכזיות להגבלת חבותם של מאסדרים בלי לזנוח את מטרת פיצוי הניזוק. חלופה זאת יוצרת איזון עדין בין המטרות המתחרות בכך שהיא מפזרת את הסיכון להיות

המעוול העיקרי לא בר-גבייה בין הצדדים הנותרים במערכה הנזיקית, דהיינו בין המאסדר לתובע.

לבסוף ניתן לטעון כי קיומו של כלל גמיש הנתון לשיקול דעתו של בית המשפט עלול לגרום להתערבות יתר של בית המשפט בשיקול הדעת המנהלי, וכי התערבות כזאת עלולה לצמצם את שיקול דעתה של הרשות המבצעת ולפגוע ביכולתה לפעול. אני סבור שחששות אלו אינם מבוססים דיים ואינם הכרחיים משתי סיבות מרכזיות: האחת, אופיו ה"רך" של הסעד הנזיקי; השנייה, הצעתי דלעיל דווקא מיטיבה עם רשויות ציבוריות ביחס לדין הנוהג ואינה מחמירה עימן. אסביר:

הסיבה הראשונה מדוע אין לצפות להתערבות יתר של בית המשפט בשיקול הדעת המנהלי בהקשר זה נעוצה באופיו ה"רך" של הסעד הנזיקי.<sup>128</sup> הסעד המנהלי חריף כיוון שהוא מפיק צו המונע מהרשות להמשיך לפעול באי-סבירות. לעומת זאת הסעד הנזיקי אומנם מחייב את הרשות בפיקודו, אך מאפשר לה להמשיך בפעולתה הלא סבירה ולשאת בהוצאותיה. זאת ועוד, ההכרעה בעתירה מנהלית היא בעלת אופי כללי, שכן היא מחייבת את הרשות בכל פעולותיה. ההכרעה בתביעה נזיקית, לעומתה, היא פולשנית פחות, מהטעם שהיא מכוונת כלפי ניזוק מסוים. נקודה זאת מתחדדת מאוד נוכח האיסור שמטיל הדין הישראלי על תביעות נזיקין ייצוגיות נגד רשויות ציבוריות,<sup>129</sup> שלו אין מקבילה בדין המנהלי.<sup>130</sup> הסיבה השנייה מדוע אין לצפות להתערבות יתר בשיקול הדעת המנהלי היא שלפי הדין הנוהג בישראל, כפי שראינו, הטלת אחריות על הגורם המאסדר – לפי כלל האחריות יחד ולחוד – חושפת אותו לסכנה של חבות מלאה, באין מזיק נוסף שהוא בר-גבייה. דווקא הצעתי לסטות מכלל זה עשויה להוביל אפוא להתערבות פחותה בשיקול הדעת המנהלי, בשלב השתת החבות.

לסיכום, הכלל המשפטי המוצע מייצג לדעתי פשרה טובה בין שתי עמדות קיצון – שמירה מוחלטת על כלל האחריות יחד ולחוד (המטילה נטל מופרז על המאסדר), לעומת ביטולו של כלל זה לגמרי (שעלול להיות לא הוגן כלפי תובעים). כלל זה מנסה להעניק פיצוי הוגן והולם לתובעים, מתוך הבנה רחבה יותר של מושג ה"הוגנות", ככזה המביא בחשבון גם את חלוקת החבות בקרב נתבעים שאינם עשויים מקשה אחת. לכן חלופה זאת מתקרבת למתן מענה לשתי קבוצות של מטרות חשובות (ולעיתים סותרות זו את זו) של דיני הנזיקין – פיצוי וצדק מחלק לעומת הוגנות, צדק מתקן והרתעה יעילה.

128 פורת סבור שסעד הפיצוי רך מסעד הציווי, וראו אריאל פורת "דיני נזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל 2021, 264 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1991); ושהסעד דרסטי בתחום המשפט המנהלי יותר מבתחום דיני הרשלנות, וראו פורת נזיקין, לעיל ה"ש 13, 210–219; גם לדידה של ברק-ארז הגנה על זכות באמצעות סעדים כספיים כרוכה בהתערבות פחותה בשיקול הדעת השלטוני לעומת פרקטיקה של צווים, וראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג 414 (2013).

129 וראו ס' 3(א) חוק תובענות ייצוגיות, הפוטר את המדינה מתשלום פיצויים לניזוקים רבים כשהמזיק הישיר הוא צד שלישי, וכשרשלנות המדינה ביטויה הוא באסדרה ובפיקוח של פעילותו.

130 ס' 5(3) לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס–2000 מסמיך את בית המשפט המנהלי לדון בתובענות נגד רשות לפי חוק תובענות ייצוגיות.