

אקדח שנשכח במערכה ראשונה: דיני הנזיקין כפיקוח אזרחי על הפרטות סמויות – ניתוח פעולה

גלית לובצקי*

מוקדש למעיין, שהרעיון לו
התגבש אחרי הרעיון למאמר,
ובכל זאת יצא לאור לפניו.

א. מבוא. ב. אקדח שנשכח במערכה ראשונה. 1. משומר הלילה למסחור השמירה –
צמיחת תעשיית האבטחה כהפרטה סמויה. 2. הרקע הנורמטיבי להסדרת נשיאת כלי
יריה בישראל. ג. דיני נזיקין והפרטות – בסיס תיאורטי. 1. הליכים משפטיים ככלי
לשינוי חברתי. 2. מאבקים בהפרטות המזיקות. ד. הכסף יכול איכשהו לענות על
השאלה! תביעות נזיקין ככלי פיקוח אזרחי בעקבות אתגרי ההפרטה הסמויה. 1. מן
הכלל אל הפרט – מקרה בוחן. ה. השימוש בתביעות נזיקין ככלי פיקוח אזרחי. 1. איזון
וסימטריה לכוחות השוק. 2. הפנמת החצנות שליליות. 3. הרחבת תחום השקיפות.
4. העצמה אינדוידואלית והשמעת קול. 5. חשיפה ישירה של מקבלי החלטות.
6. שיקולים מערכתיים. 7. מעקף "חומות הגנה" פרוצדורליות. 8. קונטרה לתמריץ
שלילי לפיקוח. 9. דמוקרטיזציה. ו. חסמים המקשים על השימוש בתביעות נזיקין ככלי
פיקוח אזרחי. 1. חסמים חברתיים ומעמדיים. 2. חסמים משפטיים. 3. הטיות שופטים.
ז. ביקורת ופתרונות אפשריים. 1. קשיים רעיוניים. 2. קשיים פרקטיים. 3. הכבדה על
יעילות הרשויות. 4. המתח בין האישי לציבורי. 5. סתירה לעיקרון האשם. ח. בין פסק
הדין לבין פשרה – הערה לפני סיום. ט. סיכום וקריאה לפעולה.

* עורכת דין. בשנים 2012–2020 ייצגתי בתביעות נגד חברות האבטחה והמדינה המוזכרות במאמר. ברצוני להודות לפרופ' טליה פישר מאוניברסיטת תל אביב; לפרופ' ארנה בן-נפתלי ומשתתפי הסדנה "עת לכתוב" בקתדרה לזכויות אדם ע"ש אמיל זולא ובראש ובראשונה לד"ר אבינעם כהן, על הערותיהם המועילות על טיוטות מוקדמות של המאמר ועל התמיכה לאורך הדרך. תודה גדולה גם למערכת חוקים, על ההערות הדקדקניות והעריכה הקפדנית; לעורכות הדין תמי קלנברג-לוי, דיקלה טוטיאן, פרופ' יפעת ביטון וסמדר בן-נתן שהשיחות איתן לאורך השנים תרמו לגיבוש התובנות בבסיס מאמר זה, וכמובן לטדלה – על האמון.

א. מבוא

בתחילת שנות האלפיים החל להתפתח בישראל, גם אם לאיטו, שימוש בדיני הנזיקין ככלי להנעת שינוי חברתי וככלי אכיפה אזרחי. מאמר זה מבקש להתקדם צעד נוסף ולהציע כי דיני הנזיקין יכולים לשמש גם ככלי פיקוח אזרחי על שירותים מופרטים. פיקוח אזרחי כזה עשוי להשלים את המשפט הציבורי במאבק בנזקי הפרטות פוגעניות לא רק מהותית ורעיונית אלא גם, ואולי בעיקר – כרונולוגית (היינו, בדיעבד ולא רק מראש).

המאבק בהפרטות פוגעניות מוכר בעיקר בניסיון למנוע אותן או לצמצם את היקפן באמצעות עתירות ומאבק אזרחי סמוך ליציאתן לפועל. לעומתם, הכלי הנזיקי עשוי לסייע בצמצום נזקים של הפרטה פוגענית קיימת, במקרים בהם המדינה אינה מפקחת כראוי על השירות המופרט ועל כך שהוא עומד בקריטריונים ראויים ביחס לזכויות הפרט ואינטרס הציבור. כאשר המדינה מעבירה סמכויות מהמרחב הציבורי לפרטי, מאבק לשינוי עשוי לצאת נשכר אם יפעלו במסגרתו להגנה על זכויות (גם) באמצעות הצבת תג מחיר עליהן ובדרישה לפקח על כך שהן נשמרות. במלים אחרות – לצד דרישה מהמדינה שתספק שירותים בסיסיים ושתפקח כראוי על השירותים שהפסיקה לספק (כדוגמת עתירות, הפגנות ולובי בכנסת ומול קובעי מדיניות), תביעות נזיקיות ישמשו כלי פיקוח נוסף שיחייב את המדינה לשקלל בחישוב התועלת שעשויה לצאת מהפרטה גם את מחיר הנזקים שהיא עלולה לגרום.

המאמר מבקש להאיר קשיים ותועלות באסטרטגיה זו כפי שבאו לידי ביטוי בשטח, באולמות בתי המשפט ולא פחות מכך – במסדרונותיהם, על בסיס מקרה הבוחן של המאבק באכיפת הפיקוח על נשק אבטחה. המאמר יפתח בהצגת ההפרטה הסמויה וכיצד היא מתבטאת בתחום השיטור והאבטחה. שנית, יסקר בקצרה הבסיס התיאורטי לשימוש בנזיקין ככלי לשינוי חברתי והדרך בה יושם, ולאחר מכן המאבק המשפטי בהפרטות עד כה. מכאן למקרה הבוחן – השימוש בדיני הנזיקין ככלי מפקח: הצגת כשל הפיקוח ומאפייני תביעות שהוגשו בעקבותיו; השימוש בדיני הנזיקין ככלי פיקוח אזרחי ותועלות הכרוכות בו; והחסמים המקשים על שימוש זה. הן התועלות והן החסמים יוצגו לצד הדרך בה הן התממשו בפועל בתביעות שהוגשו. לפני סיום אתיחס לביקורת עקרונית ולפתרונות אפשריים, וכן לרלוונטיות האמור ביחס להליכים המסתיימים בפשרה.

אף שהמאמר עוסק בשאלות של הפרטה ופיקוח, רבים מהרציונליים ומהחסמים המוצגים בו נכונים לשימוש בדין הנזיקי ככלי לשינוי חברתי ולעיצוב מדיניות בכלל. מיקוד הדיון במקרה בוחן, בענייננו – אחריות המדינה כמפקחת על שירותי שמירה מסחריים, נועד לזקק ולחדד את הבחינה התיאורטית של הרציונליים והחסמים המקשים על כך, אך אלו נכונים בהיקפים שונים בכל תביעה המבקשת להשפיע על מדיניות במרחב השוקי.

ב. אקדח שנשכח במערכה ראשונה

לפעמים אנשים נמצאים במקום הלא נכון בזמן הלא נכון. לא טדלה.¹ באותו יום שבת בצהריים הייתה טדלה היכן שהייתה צריכה להיות – עם בתה בביתן, כשבן זוגה דאז ירה בה 8 כדורים מטווח קצר. ירה, אך לא הרג. טדלה נותרה בחיים, לבדה עם הצורך להתמודד עם הישרדות כלכלית ונפשית לאחר ההישרדות הפיזית כשהיא מטפלת בפעוטה, סובלת מנזקים גופניים רחבים ומפוסט טראומה, לאחר שאיבדה את יכולת ההשתכרות שלה כליל ונותרה תלויה בשירותי הרווחה הציבוריים.

הירי בטדלה לא היה רק סכסוך בין בני זוג, אלימות מגדרית או טרגדיה אישית, אלא גם תוצאה צפויה של הפרטה סמויה של שירותי השמירה החמושים.² האקדח ששימש לירי (ולניסיון התאבדות של היורה אחריו) ניתן ליורה לצורך עבודתו כמאבטח של משרד ממשלתי, במסגרת עבודה בחברת אבטחה. נשיאת האקדח כנשק אישי לאחר המשמרת לא נעשתה ביוזמת היורה אלא כפרקטיקה שגורה של חברות אבטחה, שאושרה על ידי הגורמים המפקחים במדינה. כך במקרה של טדלה, וכך במקרים דומים.³

1. משומר הלילה למסחור השמירה – צמיחת תעשיית האבטחה כהפרטה סמויה

פילוסופיות פוליטיות מגדירות בדרכים שונות את תפקידי המדינה. אולם גם לפי תפיסות צרות ביותר אחראית המדינה לספק לתושביה ביטחון כלפי חוץ וכלפי פנים (צבא, משטרה וערכאות אכיפה). תפיסה זו, שזכתה לכינוי "מדינת שומר הלילה" מלמדת כי שירותי שיטור נמצאים בליבת העיסוק של מדינה.⁴

- 1 שם בדוי. באמהרית – "בת מזל". התובעת התנתה הסכמתה לתיאור עניינה במאמר בכך ששמה לא יופיע.
- 2 הוועדה הבין משרדית לבחינת מערך רישוי כלי ירייה לשומרים דין וחשבון הוועדה לבחינת מערך רישוי כלי ירייה לשומרים 17 (2005) (להלן: דו"ח ברניקר). בדו"ח מצוין במפורש כי "מרבית האסונות והתקלות אירעו בנסיבות אלו של לקיחת כלי הירייה אל מחוץ לתחום עיסוקו של השומר כשומר".
- 3 שם, בס' 7 ו-11 בעמ' 12 ובפרק 4. כדוגמאות להשלכות הפרקטיקה ניתן לציין את המקרים הבאים: עופר אשטוקר "ברחוב המלך חיזקיה פלט מאבטח כדור מאקדחו ופגע באחיו-פונה במצב אנוש" **אשדוד נט** (9.11.2013) <https://bit.ly/3SnxuYx>; רענן בן-צור "אישום ברצח: וידא הריגת סבתו, דודתו ובעלה" **Ynet** (22.5.2008) <https://bit.ly/3zAck0y>; רענן בן-צור ורועי רובינשטיין "חשד לרצח והתאבדות: גבר ואישה נמצאו ירויים בדירה בפתח תקווה" **Ynet** (18.1.2020) <https://bit.ly/3PdaE3f>.
- 4 שרון ידין **רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי** 144 (2018); וכן אצל הילה שמיר "הפרטה: המדינה, השוק ומה שביניהם – למשמעויותיה של פסיקת בג"ץ בנושא בית-הסוהר הפרטי" **עיוני משפט** לה 747, 760 (2013); לשם כך ראו את בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545, פסק דינו של השופט לוי (2009).

בהתאמה, אף שכיום קשה לזכור זאת, תעשיית האבטחה המסחרית בישראל הייתה עד תחילת המאה ה-21 תעשייה מינורית. גם החוק התייחס אליה ככזו והסדיר אותה לצד שירותי החוקרים הפרטיים בחוק משותף משנת 1972.⁵ בראשית שנות האלפיים, על רקע האירועים המכונים האינתיפאדה השנייה, התעצם ענף האבטחה.⁶ במהרה החלו להופיע מאבטחים חמושים בפתח בתי קפה ומסעדות, מועדונים וחנויות, ואלה החלו משמשים בתפקידי שיטור קלסיים כדוגמת שמירה וחיפוש. המדינה עצמה הכירה בכך שמדובר בהפעלת סמכויות שלטוניות, כפי שניתן ללמוד מההגדרה שנתנה לשירותי התעשייה בתזכיר חוק שירותי אבטחה:

שירותים למטרת אבטחת אדם, רכוש או מקום, כאשר האבטחה מבוצעת ככלל באחד משני אופנים: (א) תוך החזקת כלי ירייה (אבטחה המוגדרת בהמשך כ"אבטחה חמושה"), או (ב) שביצועה מחייב הסמכה על פי דין. **הכוונה היא לפעולות אבטחה שהינן למעשה הפעלת סמכויות שלטוניות, ואשר לא ניתן לבצען בלי הסמכה כדין.** פעולות כאלה הן, למשל, עריכת חיפוש על גופו של אדם או בכלי תחבורה ותפיסת חפץ שהתגלה אגב החיפוש; דרישת הזדהות מאדם; מניעת כניסה למקום או הוצאת אדם ממקום; עיכובו של אדם עד לבואו של שוטר; וכדומה.⁷

מעט שניתן היה לרכוש בקלות שירותי שמירה חמושה בשוק החופשי, הציג ענף השמירה והאבטחה קצב צמיחה מהמהירים במשק גם בשוך הלהבות: בין השנים 2004 ו-2011 מספר המאבטחים כמעט הוכפל (מלפחות 46,500 לכ-90,000). בשנת 2011 היו השומרים והמאבטחים כמעט 3% מכלל המועסקים במשק הישראלי.⁸ מגמה זו של יצירת היצע שגרם לביקוש הוצגה למדינה כבר בשנת 2005. כאמור בדו"ח ברינקר: "דרישת הלקוחות, ולא הצורך האמיתי, מכתוב מצב של אבטחה חמושה מעבר לנדרש. הלקוח, בין אם הוא בעל עסק או מי שמקיים אירוע פרטי, ברצותו לתת תחושת בטחון ללקוחותיו/אורחיו מזמין שומרים חמושים אף אם אין צורך בכך."⁹

המדינה לא נותרה מחוץ למשחק והחליפה אף היא שומרים מטעמה בחברות אבטחה. מדוע? נניח כי למשרד הבריאות עולה X שקלים להעסיק Y שומרים בכניסה לקופות החולים.

5 חוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב-1972. החוק תוקן לראשונה בשנת 2002 ומאז ארבע פעמים נוספות בלבד.

6 **מאבטחים במוסדות ציבור ובעסקים פרטיים** (הכנסת, מרכז מידע ומחקר 2003).

7 תזכיר חוק שירותי אבטחה, התשע"ד-2014. ההדגשה נוספה. בהמשך התזכיר הובהר כי הכוונה לשירותים שמספקים תאגידים פרטיים להבדיל משירותי אבטחה המסופקים על ידי המדינה ומוסדותיה העוסקים באבטחה (כגון צה"ל וגופי ביטחון ממשלתיים).

8 רלה מזלי "האקדח על שולחן המטבח: הדיכוי המגדרי הטמון בתעשיית האבטחה בישראל" **קפיטליזם ומגדר: סוגיות פמיניסטיות בתרבות השוק** 124, 124 (רונה ברייר-גארב, דנה אולמרט, ארנה קזין ויופי תירוש עורכות, 2017).

9 דו"ח ברינקר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 13. בהמשך צוין כי "האמור תורם רבות להמצאות של כלי ירייה רבים מדי בשוק, ושומרים חמושים מעבר לצורך האמיתי".

דיני הנזיקין כפיקוח אזרחי על הפרטות סמויות – ניתוח פעולה

במקרה כזה יעדיף המשרד, משיקולי תקציב, לפרסם מכרז לשירותי שמירה ולשכור שירותי אבטחה במחיר $2/3X$. אף כי ייתכן שהפער בעלות ינבע גם מהתייעלות תקציבית, לא פעם הוא נובע מקיצוץ בחלקי התקציב הגמישים, כשלרוב המשמעות היא קיצוץ בעלויות העסקה. הרי כדי שהחברה שזוכה במכרז תוכל גם לספק שירות במחיר $2/3X$ וגם להרוויח, עליה לקצץ בהוצאות, כאשר ההוצאה הגדולה בהקשר לשירותים מבוססי כוח אדם היא התשלום לעובדים. כתוצאה מכך, מגיעים לעבודות כאלה מי שחסרים חלופות העסקה ראויות; נצפית תחלופה גבוהה שמביאה לחוסר מקצועיות ויציבות; ישנה העלמת עין מבעיות פוטנציאליות והעלמת פרטים רלוונטיים מהגורמים המפקחים; חסכון בהכשרות וכיוצא בכך, כפי שיורחב בהמשך.¹⁰ במלים אחרות, חלק משמעותי מה"חסכון" נובע מהחצנת עלויות והטלתן על העובדים, הקרובים להם והציבור הרחב. כך לדוגמה, ככל שכוח האדם מוכשר וכשיר פחות לביצוע תפקידו, שירותי השמירה שהציבור "מקבל" אינם מבטיחים את שלומו ולמעשה אף מסכנים אותו משהיקף כלי הנשק במרחב הציבורי גדל בכלל, ומוחזק בידי מי שאינו מוכשר לכך בפרט.

מדיניות העברת שירותי שמירה מהמרחב הציבורי בעיקרם למרחב המבוסס על "השוק החופשי", לא צמחה בחלל ריק או בשל פרוץ האינתיפאדה גרידא. עד ראשית שנות השמונים נקטה ישראל במדיניות של מעורבות ניכרת בחיי הכלכלה והחברה בדומה למדינות מערב-אירופאיות רבות. מדיניות זו התבטאה בשני היבטים מרכזיים – אספקת שירותים חברתיים על ידי המדינה, ושליטה של המדינה בהיקף משמעותי בנכסים ובתשתיות. שינויים פוליטיים, משבר כלכלי והתפתחויות בין-לאומיות שינו מגמה זו. החל משנות השמונים החלו ממשלות ישראל לתמוך בהיקפים משתנים בהקטנת מעורבותן במשק, ובהעברת האחריות או פינוי מקום לגורמים פרטיים, מסחריים. מדיניות כזו, המוגדרת כ"הפרטה", מאופיינת במובנה הרחב והמסורתי במעבר מאספקת שירותים ומוצרים במימון ציבורי לאספקתם תמורת תשלום, בעיקר בשוק החופשי.¹¹ המשבר הכלכלי העולמי ופרוץ האינתיפאדה השנייה בראשית שנות האלפיים הביאו לירידה בהיקף ההפרטה. אולם, עם ההתאוששות הכלכלית נבלמה ירידה זו, ומשנת 2005 לערך זכתה ההפרטה לתנופה חדשה.¹²

בספרות הוצגו מספר טכניקות הפרטה הנוגעות לענייננו.

- 10 פרוטוקול ישיבה 305 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-17 (5.2.2008) (להלן: ועדת הפנים והגנת הסביבה), כדברי היועץ המשפטי של משרד הפנים בדיון בוועדת ועדת הפנים והגנת הסביבה: "המצב הזה שבו חברת האבטחה אחראית גם על הכשירות ועל ההכשרה יוצר ניגוד אינטרסים, כי לה יש אינטרס למשל למעט באימון כי זה חוסך לה כסף". בשנת 2005 כשליש מתוך המאבטחים והשומרים הועסקו במשרות חלקיות, נתון המשקף מגמה של תת-תעסוקה. שיעור התחלופה השנתית במועסקים בתעשיית האבטחה באותה שנה – 20% לעומת 11% בשאר המשק. הכנסת – מרכז המחקר והמידע מאפייני ההעסקה של עובדי שמירה ואבטחה בישראל (2005).
- 11 יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים 288, 287 (התשס"ז).
- 12 אסף שפירא "תהליכי הפרטה מרכזיים בישראל" פרלמנט 64 (2010).

דותן ומדינה מתייחסים לקיצוץ בתקציב המיועד לאספקת שירות ציבורי המוליך להסתמכות על והזדקקות לשירותים מסחריים באופן רב יותר. אחת הדוגמאות שהם נותנים לכך היא תעשיית האבטחה הפרטית.¹³ גל-נור ופז-פוקס מכנים הפרטה כזו "הפרטה באסטרטגיה של שחיקה".¹⁴ פז-פוקס ומדלקרן מתייחסים למיקור החוץ כאל "הפרטה חלקית" ומציינים אף הם את שירותי האבטחה כשירותים שלא היה נהוג להפריטם בעבר, וכיום מתקיימת בהם הפרטה חלקית.¹⁵ יהא שמה אשר יהיה, צמיחת תעשיית האבטחה מלמדת על הפרטה בפועל של הכוח השיטורי שנועד לאכוף את הסדר הציבורי. המחשה קלסית להפרטה שהספרות מכנה גם "הפרטה זוחלת" – הממשלה מקצצת בתקציב השירותים ציבוריים ובמקביל מאפשרת יצירת מנגנונים שוקיים שימלאו את החסר.¹⁶

אף שהמדינה ממשיכה כמוכחן לספק שירותי שיטור, היא צמצמה שירותים מסוימים (בעיקר בתחום המניעה והסדר הציבורי),¹⁷ נמנעה מלספק שירותים כאלה כשהתעורר בהם צורך והותירה אותם לשוק החופשי שמטבעו ביקש להשתלט על נתח שוק גדול יותר.¹⁸ ביקש – והצליח. בשנת 2010 הראו חמש חברות האבטחה הגדולות במשק עלייה ממוצעת של 5.7% ברווח התפעולי שלהן.¹⁹ באשר להיקף ההכנסות, בהתאם להערכות, בשנת 2017 "ענף האבטחה האנושית" גלגל פדיון מצרפי של כ-6.6 מיליארד שקלים.²⁰ בשנת 2021, הוערכו הכנסותיהן של 12 חברות "אבטחה שמירה וניקיון" בלמעלה מ-7.1 מיליארד שקלים.²¹ אין בכך פלא – בזמן שמספר השוטרים בישראל ביחס למאה אלף איש ירד בהתמדה משנת 2000, מספר המאבטחים גדל עד כדי כך שבשנת 2016 היה כוח השיטור הפרטי גדול למעלה

- 13 דותן ומדינה, לעיל ה"ש 11, בעמ' 296.
- 14 יצחק גל-נור ואמיר פז-פוקס **מדיניות ההפרטה בישראל – אחריות המדינה והגבולות בין הציבורי לפרטי** 8 (2015).
- 15 אמיר פז-פוקס ורוני מדלקרן "לא מוסדר ולא במקרה: כשלים מובנים באסדרת (רגולציה) שירותים ציבוריים מופרטים חלקית" **משפטים** מג 1195, 1201 (2013).
- 16 ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" **משפט וממשל** יז 63, 140 (2016).
- 17 כך לדוגמה, השינוי במשחקי הכדורגל והכדורסל – בהתאם להחלטה 4314 של הממשלה ה-27 (13.9.1998), בוטלה השתתפות הממשלה במימון פעולות השיטור בליגות הגבוהות, והאחריות למימון הוטלה על הקבוצות. כתוצאה מכך, שירותי השמירה על הסדר ניתנים כיום על ידי שוטרים בתשלום פרטי לצד מאבטחים וסדרנים פרטיים. חוק איסור אלימות בספורט, התשס"ח-2008 שנכנס לתוקף עשור לאחר מכן שינה את התנאים לקיום אירוע ספורט אך לא השיב את משטרת ישראל למגרשים כחלק מתפקידה הציבורי השוטף. הכנסת – מרכז המחקר והמידע **שיטור במשחקי כדורגל** (2010).
- 18 השווה לדיון הציבורי אודות בתי הספר הפרטיים והשר"פ, לדוגמה בבג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(2) 86 (2009).
- 19 נתוני דאן אנד ברדסטריט לחברות G4S (השמירה), מודיעין אזרחי, אי.א.ס, קבוצת מיקוד ועמישב שירותים לשנת 2010.
- 20 דאן אנד ברדסטריט **תמונת מצב חודשית – נובמבר 2017** (2017) <https://bit.ly/3oR8FXx>.
- 21 דאן אנד ברדסטריט **דירוגים 2021** <https://bit.ly/3SmF1XA>.

מפי 3 ממשטרת ישראל, כשמספר המאבטחים החמושים היה גדול יותר ממספר השוטרים כולם.²² כתוצאה מהצמיחה האינטנסיבית והפער שנוצר, השתנו יחסי הכוחות בין השיטור המוסדי הפרטי והציבורי במרחב הציבורי. זאת, בין השאר כיוון ששיקול פיננסי קיבל בכורה אצל מספקי השירות על חשבון שיקולים ציבוריים. לא מיותר להזכיר, אף כי הדבר חורג ממסגרת המאמר, כי משטרת ישראל עצמה היא שחקנית פעילה בשוק השמירה המסחרי – חוק המשטרה משנת 2006 הסדיר מפורשות העסקה פרטית של שוטרים בתשלום.²³ כלומר תשלום פרטי, נפרד ממשכורתם השוטפת המשולמת על ידי הציבור כולו, מטעם המארגן של האירוע שהמשטרה דרשה בו שמירה במסגרת תנאי הרישיון.

אף שדרך המלך להפרטה היא בחקיקה,²⁴ העברת האחריות על התפקיד השיטורי של שמירה על סדר ובטחון במרחב האזרחי לידיים פרטיות נעשתה בנגיסות קטנות, בהתפתחות מתגלגלת, ללא דיון במשמעויותיה הרחבות. אין מדובר רק בהעברת האחריות על שירותי השיטור שהמדינה סיפקה בעבר, אלא גם בהצבת דרישות חדשות לשיטור בשוק המסחרי כתנאי להיתרי פעילות, דרישות שלשם מימושן נשלח הציבור אל התעשייה המסחרית. הפרטה כזו, שלא התקבלה בחוק או בהחלטת ממשלה מפורשת, הפכה את הפרטת שירותי השיטור הללו לנסתרת מהעין ולכן היא תכונה במאמר זה "הפרטה סמויה". ככזו, הליכים משפטיים קלסיים של המשפט הציבורי ודיני המכרזים סובלים מעמדת נחיתות ומיכולת השפעה מוגבלת עליה בין השאר כיוון שההפרטה מזוהה בדיעבד, ואילו עתירות נגד הפרטה (כשלעצמה או במכרז) רלוונטיות בשלבים ראשונים שלה בטרם עלות טענות נגד "מעשה עשוי", הסתמכות של הגורם הפרטי, שיהוי וכיוצא בכך.

2. הרקע הנורמטיבי להסדרת נשיאת כלי ירייה בישראל

החוקה ורישוי של כלי ירייה פרטיים בישראל – אישיים וארגוניים כאחד, מוסדרים בחוק כלי הירייה, התשי"ט-1950 (להלן: **החוק**). בניגוד לארצות הברית שם החזקת כלי ירייה היא זכות בסיסית המוגנת בחוקה, החזקת כלי ירייה פרטי בישראל היא זכות-יתר (פריבילגיה) הדורשת רישיון ועמידה בתנאים (תבחינים); והחוק מפריד בין רישיון לכלי ירי פרטי-אישי לבין רישיון לכלי ירי בעבודת אבטחה.²⁵

22 בהתאם לנתוני משטרת ישראל, בשנת 2016 היו בישראל 29,930 שוטרים. משטרת ישראל **שקיפות נתוני שוטרים לשנת 2016** (2017) <https://bit.ly/3zX1bZq> (נכון לעת ה-14.7.2022 האתר הורד לצורכי תחזוקת נתונים). בהתאם לנתונים שפרסמו ארגון חברות האבטחה באותה שנה, ענף האבטחה בישראל מעסיק כ-105 אלף איש, מתוכם כשליש נושאי נשק. יובל אזולאי "הוצאות האבטחה בישראל: יותר מ-9 מיליארד שקל בשנה" **גלובס** (20.3.2016) <https://bit.ly/3Jsa7cm>.

23 סימן ב' לחוק המשטרה, התשס"ו-2006.

24 דותן ומדינה, לעיל ה"ש 11, בעמ' 294.

25 בשנת 2014 פרסם משרד המשפטים את "תזכיר חוק שירותי אבטחה, התשע"ד-2014" שנועד להסדיר את פעילותן הייחודית של חברות האבטחה שהתרחבה משמעותית מאז שנות האלפיים כאמור. עד למועד כתיבת דברים אלה תזכיר החוק לא התגבש להצעת חוק, ופעילות חברות

בשנת 2008 תוקן החוק (תיקון מס' 15) ונוסף לו סעיף 10 הקובע כי רישיון נשיאת כלי ירייה שניתן לצורך אבטחה במסגרת גוף פרטי יוגבל לאזור האבטחה (להבדיל מרישיון נשיאת נשק פרטי-אישי או היתר נשיאת נשק ארגוני-ציבורי שניתן לשוטרים, עובדי שב"ס וכו'). העילה להוספת הסעיף הייתה סדרת אירועי רצח בנות זוג ובני משפחה של מאבטחים בנשק שניתן להם לעבודתם. הוספת הסעיף התבססה על הבנה, שנתמכה לא רק בשכל הישר אלא גם בנתונים מהעולם, שזמינות נשק חם מגבירה סיכוי לתוצאה קטלנית.²⁶

בפועל, מאז חקיקתו ועד שנת 2013 נותר סעיף 10 אות מתה, בין השאר בשל אינטרסים כלכליים של חברות האבטחה. הללו הגדירו מאבטחים כ"כוננים" וכך התאפשר להן לשלוח אותם לביתם עם הנשק בניגוד מובהק לכוונת המחוקק, וכך לחסוך הוצאות אחסנה בתום המשמרת.²⁷ כתוצאה מאי אכיפת הסעיף והגדרת ה"כוננות" הרחבה, נשק ארגוני גם החל לשמש בהיקף רחב כנשק אישי בידי מי שאינם עומדים בתבחינים, וכן הוחזק בבתי המאבטחים ללא אחסון נאות.

רק בקיץ 2013 החל השר יצחק אהרונוביץ' לפעול לאכיפת הסעיף, לאחר שנה עקובה מדם²⁸ ומאבק ציבורי שהובילה קואליציית ארגונים בשם "האקדה על שולחן המטבח" שכלל לחץ ציבורי בתקשורת, בכנסת, בהפגנות ובסמוך לכך גם הגשת שתי תביעות נזיקיות בשם קורבנות נשק אבטחה.²⁹ השר שינה את ההנחיות כך שהן צמצמו משמעותית את האפשרות להשתמש בבתי המאבטחים כמחסן נשק, והביאו להקמת פתרונות אצל חברות האבטחה עצמן. וכך, בעוד שבשנים 2008–2013 שילמו בחייהם לפחות 19 בני אדם בשל שימוש בנשק אבטחה במרחב הפרטי (ועל כך נוספו מקרי התאבדות), בשנים 2014–2016 לא תועד מקרה אחד (!) כזה. נתון מדהים זה של 3 שנים ללא עבירות המתה בנשק אבטחה מתחדד נוכח העובדה שמשנת 2002 לא הייתה ולו שנה אחת ללא עבירה כזו, ואף הנתונים הקיימים הם נתוני מינימום שכן באותה תקופה לא נהגו כלי התקשורת לאזכר את מקור כלי הירי בדיווחיהם.

-
- 26 האבטחה ממשיכה להיות מוסדרת בחוק כלי הירייה, התש"ט–1949, בחוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב–1972, ובחוקים נוספים, ביניהם: חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה–2005 וחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח–1998. ועדת הפנים והגנת הסביבה, לעיל ה"ש 10; הכנסת – מרכז המחקר והמידע **מדיניות מתן נשק למאבטחים** (2013).
- 27 מבקר המדינה **רישוי כלי ירייה והפיקוח על החזקתם** 396 (2014) (להלן: מבקר המדינה 2014).
- 28 בין חודש יולי 2012 לחודש יולי 2013 שילמו בחייהם כתוצאה מירי בנשק אבטחה מחוץ למשמרת 8 בני אדם. ראו שם, בעמ' 397, תרשים 10.
- 29 כותבת המאמר ייצגה את טדלה בתביעה הראשונה שהגיש הפרויקט (ת"א (שלום נת') 22507-08-14 **פלוני נ' פלוני** (נבו 15.3.2020) (להלן: עניין **פלוני**)) והייתה שותפה לייצוג בשנייה (ת"א (מחוזי מרכז) 66709-12-14 **ליטרובניק נ' רשף בטחון** (1993) בע"מ (נבו 30.11.2017) (להלן: עניין **ליטרובניק**)). תביעת פלוני הוגשה בתחילה בבית המשפט המחוזי בחודש ינואר 2013 ונמחקה חצי שנה לאחר מכן בעקבות המלצת בית המשפט לצורך הגשתה בבית משפט השלום (פרטי ההליך אינם מצוינים כדי לשמור על פרטיות התובעת המופיעה שם בשמה המלא).

מדיניות מצמצמת זו החזיקה שנים בודדות. חרף הנתונים המעידים על חשיבותה בכל הקשור להצלת חיים בסביבה הביתית, שינה אותה מספר שנים לאחר מכן השר לביטחון הפנים גלעד ארדן, אשר נכנס לתפקידו בשנת 2015. בשנת 2016 תוקן החוק פעם נוספת (תיקון 18). לכאורה נקבע מפורשות שרישיון לנשיאת כלי ירייה למאבטחים בחברת שמירה יוגבל למקום ולזמן השמירה, אך במקביל הוסמך השר הממונה להחריג זאת.³⁰ מאז שנת 2017 נצפתה התדרדרות חוזרת במספר הקורבנות – במשך פחות משלוש שנים נרשמו 4 מקרים של ירי קטלני בנשק אבטחה במרחב הביתי, 3 מהם מקרי רצח והתאבדות, ובסך הכל 7 קורבנות וחזרה לממוצע מדאיג של יותר מתקריט בשנה.³¹ נתונים אלה מעלים את המסקנה כי אכן קיים קשר בין מדיניות הפיקוח והיקף כלי הירייה לבין מספר הנפגעים. בטרם נפנה לשאלה כיצד דיני הנזיקין רלוונטיים לקידום פיקוח על הפרטות סמויות, נסקור את השאלה כיצד הם משמשים ככלי לשינוי חברתי ולאכיפה אזרחית בכלל. בהמשך תוצג הבהרה מושגית של תופעות הפרטה בישראל. הסקירה תעשה בתמצית בלבד כיוון ששני הנושאים הללו נדונו בהרחבה בספרות ובפסיקה.

ג. דיני נזיקין והפרטות – בסיס תיאורטי

1. הליכים משפטיים ככלי לשינוי חברתי

החל משנות ה־80 וביתר שאת בשנות ה־90, עותרים ציבוריים בדמות ארגוני זכויות אדם נעשו שחקנים מרכזיים בשינוי השיח החברתי־פוליטי באמצעות המשפט.³² עם הזמן החל להתברר כי לפעולות מחלחלות אלה (top-down) השפעה מוגבלת, ובתחילת המאה ה־21 התחילו תביעות נזיקיות־אזרחיות להשתתף אף הן במשחק במטרה להביא לשינוי צומח (bottom-up).³³ כך לדוגמה, נצפה שימוש אסטרטגי בתביעות נזיקין שנועדו לקדם שוויון בין המינים;³⁴ למגר אפליה עדתית³⁵ וככלי "אכיפה אזרחית" לצמצום עישון במרחב הציבורי ושליחת דואר

30 ס' 10ג(ב) ו־10ג(ה) (1) לחוק כלי הירייה בהתאמה.

31 גבר (63) נורה בביתו כתוצאה מפליטת כדור של בנו המאבטח (19.8.2017); קשישה (91) נורתה בביתה על ידי בנה המאבטח (67) שהתאבד בירי (11.3.2018); תושבת מודיעין נורתה על ידי בעלה המאבטח שהתאבד לאחר מכן (28.9.2018), תושבת פתח תקווה נורתה על ידי בן זוגה המאבטח שהתאבד לאחר מכן (17.1.2020), צעירה תושבת קרית מלאכי התאבדה באמצעות אקדח שהחזיקה מתוקף תפקידה כמאבטחת (14.12.2021).

32 מנחם מאוטנר "מה קרה כאן למן שנות השבעים? – ביקורת ספרים" **עיוני משפט** לח 125, 133 (2015).

33 יפעת ביטון ולירון קנטי "בין הפרטה לפרט – תמורות פוליטיות ותמורות הנזיקית" **עיוני משפט** מ 493, 511 ו־539 (2017).

34 שם, בעמ' 512 וההפניות לפסיקה.

35 בנימין שמואלי "הפרדה משפילה בחינוך החרדי: היבטים נזיקיים ושיקולי מדיניות בעקבות בג"ץ 1067/08 עמותת 'נוער כהלכה' נ' משרד החינוך" **תרבות דמוקרטית** 15 (2013); יפעת ביטון

זבל (ספאם).³⁶ אותה השתתפות אזורית משפטית שנועדה להטיל אחריות על המדינה ועל גורמים פרטיים בעלי כוח והשפעה על המרחב הציבורי התבססה על רציונל נזיקי בסיסי – הפנמת עלות הנזק שגרמה התנהגות שלילית בעבר עשויה להשפיע על התנהגות עתידית.³⁷ במלים אחרות – הדרישה ממזיק לפצות את הניזוק תייקר את פעילותו ולעיתים תהפוך אותה לבלתי משתלמת, מה שיתמרץ אותו לשנות את אופייה.³⁸ בבסיס השימוש בדיני הנזיקין ככלי לקידום שינוי עומדת אם כן לוגיקה שוקית מובהקת – הצבת תג מחיר על נזקים הנובעים מהפגיעה החברתית.³⁹ החל מתחילת המאה ה-21 נצפתה גם עלייה משמעותית במספר התביעות הנזיקיות שהוגשו נגד המדינה, אשר התחילה להיות נתפסת כשחקן שווה ערך לשחקנים אחרים בשדה החברתי.⁴⁰ מבין השורות עולה כי הליכים אלה התאפיינו בעיקר במדינה כמספקת שירות.

2. מאבקים בהפרטות המזיקות

במסגרת המאבק בהפרטות מזיקות בזירה המנהלית-חוקתית, הציעו מלומדים את דוקטרינת "ההצברה" (publicization). היינו – החלה של כללי המשפט הציבורי על גופים פרטיים שהוסמכו להעניק שירותים ציבוריים, באופן שיחייב אותם לממש את הערכים הציבוריים.⁴¹ קושי עיקרי בדוקטרינה זו מתעורר בהפרטה שהוגדרה בספרות כ"הפרטה רדיקאלית". הפרטה שלא נועדה לייעל את השירות ציבורי אלא לעקוף מגבלות חוקתיות, מנהליות ופוליטיות ולאפשר לגוף הפרטי לקדם פונקציות שהממשלה אינה יכולה או מתקשה לבצע בשל "מחלוקות עקרוניות נורמטיביות, התנגדות פוליטית, ציבורית או קשיים חוקתיים-דמוקרטים". נטען כי בנסיבות כאלה ההפרטה איננה דרך לממש מטרות ציבוריות אלא להפך – "מכשיר לסיכול מטרות ציבוריות ולמימוש מטרות פרטיות".⁴²

המלומדים הראל ושרון מונים מספר סיבות לכך שהצברה מספקת מענה חלקי בלבד להתמודדות עם נזקי הפרטות, בין אם מדובר בהפרטה שביסודה תכליות לגיטימיות ובין אם לאו. ראשית, סביבת העבודה השונה במרחב השוקי/פרטי שונה מסביבת המגזר הציבורי מקשה, ואף

-
- מזרחים במשפט: 'האין' כ'יש' "משפטים מא 455 (2011) (להלן: ביטון 2011), וראו הדוגמאות המופיעות במאמרים הללו.
- 36 ביטון וקנטי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 539.
- 37 ישראל גלעד "ארבעים שנה למשפט הישראלי – סוגיות בדיני נזיקין" משפטים יט 647 (התש"ן) (להלן: גלעד התש"ן).
- 38 ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני נזיקין" משפטים כב 421, 425 (1993) (להלן: גלעד 1993).
- 39 על הקשר בין דיני הנזיקין לקפיטליזם ושינוי חברתי ראו יפעת ביטון "ללמד נזיקין מבלי לגרום לנזק" מעשי משפט ט 195 (2017) וההפניות שם.
- 40 חיה זנדברג "תביעות נזיקין נגד הרשות המבצעת – על תנועת המוטטלת" הפרקליט נב 3, 11 (התשע"ד).
- 41 איל פלג ההפרטה כהצברה: גופים מופרטים במשפט ציבורי (2005); אלון הראל ואסף שרון "הפרטה רדיקאלית" משפטים מז 287 (2018).
- 42 שם.

מונעת, הפנמה של ערכי השירות הציבורי. חשוב יותר לענייננו הטעם השני שהם מציינים: הפיקוח המשפטי "המוגבל ביכולתו לייצר נורמות של משפט ציבורי". לשיטתם, ייתכן שהחלה פורמלית של נורמות משפט ציבוריות תקרב את פעילות הגוף הפרטי למאפיינים החיוביים של המגזר הציבורי, אך האפקטיביות של אותן נורמות מושפעת מהמבנה המוסדי/ארגוני של אותו גוף. ממילא, נורמות כאלה אפקטיביות כשהגוף הביצועי מעוניין בהן, מה שלא ניתן להניח שמתקיים באופן נפוץ אצל הגוף הפרטי ואף לא אצל הרשות כשהיא פועלת (ישירות או כמפקחת) במרחב שוקי. כך לדוגמה, מזכירים הראל ושרון את הפסיקה לפיה חוק חופש המידע לא חל על החטיבה להתיישבות כי היא איננה "רשות ציבורית" חרף הפעילות הציבורית המובהקת שלה.⁴³

בהפרטה סמויה נוסף על הקשיים הללו קושי נוסף – התנגשות עם זכות הקניין של החברה אליה הופרטה הסמכות ובעלי מניותיה ועם חופש העיסוק של אותה חברה. כיוון שהפרטות סמויות אינן נעשות בהחלטת מדיניות מובהקת והן מזוהות בדיעבד, סביר שהחובות הציבוריות לא הוסדרו במרכז או בחוזה הפרטה, ועד שזוהו כבר ניצבת מולם זכות חוקתית מובהקת.⁴⁴ גם פד-פוקס ומנדלקרן מציינים שבתי המשפט נרתעים מדוקטרינת ההצברה מסיבות אלה (אך מציינים שהרתיעה פוחתת כשמדובר בגופים דו-מהותיים).⁴⁵

בתקופה בה מאפיינים אלה, לצד תופעת ההפרטה שתוארה לעיל, הגיעו לשיא וצמחו באופן מואץ, נצפתה גם עליה בדומיננטיות של השימוש במשפט הנזיקי ככלי לביטוי אידאולוגי והשפעה על מדיניות ומול המדינה. שלוש מגמות אלה – שימוש בדיני הנזיקין ככלי לשינוי חברתי, עליית מספר תביעות הנזיקין מול המדינה והמאבק המשפטי בהפרטות מזיקות, צברו דומיננטיות בתקופה מקבילה אך לא התמזגו לפעולה אחת. המאבק בהפרטות מזיקות התמקד בזירה המנהלית-חוקתית כשהדוגמה הבולטת ביותר למהלך משפטי שתקף את ביצוע ההפרטה ואת הלגיטימיות שלה היא העתירה נגד התוכנית להקים בית סוהר פרטי שהביאה לגניזתה.⁴⁶ עתירה אחרת תקפה את מדיניות ההצבה של מאבטחים פרטיים במימון המדינה (במקום שוטרים) להגנה על המתחמים היהודים במזרח ירושלים.⁴⁷ מהלך משמעותי נוסף היה המאבק בהפרטת השירותים למובטלים מחפשי עבודה על ידי הגשת שורת תביעות בבתי הדין לעבודה

43 שם. לקשיים נוספים בדוקטרינת ההצברה ראו פד-פוקס ומדלקרן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1220.
 44 השוו דותן ומדינה, לעיל ה"ש 11, בעמ' 345. השניים מציינים בבירור כי זכותו של פלוני להמשיך לקבל שירותים ציבוריים אינה נופלת מזכותו של אלמוני להתחיל לספק את אותם שירותים בשוק החופשי "באופן שעלול להוביל לשחיקת הזכות הראשונה".
 45 פד-פוקס ומדלקרן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1221.
 46 עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 4.
 47 בג"ץ 8001/11 סיאם נ' ממשלת ישראל (נבו 12.1.2014). נוסף לעותרים, פלסטינים ממזרח ירושלים, עתרה גם האגודה לזכויות האזרח. העתירה נמחקה בהסכמה.

לצד מאבק חברתי-ציבורי.⁴⁸ בפרק הבא נדון בשאלה כיצד דיני הנזיקין עשויים לקדם פיקוח על הפרטות סמויות.

ד. הכסף יכול איכשהו לענות על השאלה!⁴⁹ תביעות נזיקין ככלי פיקוח אזרחי בעקבות אתגרי הפרטה הסמויה

צמצום המגזר הציבורי השפיע ומשפיע גם על מספר המפקחים והמאסדרים הציבוריים שאמורים לפקח על הגוף הפרטי שמספק את השירות – כך לדוגמה, בשנת 2014 היו 6 מפקחים בלבד על כ-274,000 כלי הירייה הפרטיים בישראל. המספר נשאר זהה בשנת 2018 למעט תוספת של מפקח ארצי.⁵⁰ אין מדובר בתקלה נקודתית – שני דוחות של מבקר המדינה בהפרש עשור וחצי העלו תמונה דומה של פיקוח מינורי על הנשק הפרטי בישראל בתקופה בה, כאמור, צמח היקפו דרמטית.⁵¹ בין השאר העלה דוח המבקר כי כאשר עזב המפקח במחוז ירושלים את תפקידו לא מונה לו מחליף עד שנת 2013, וכתוצאה מכך, במשך חמש שנים “חודשו הרישיונות של כל הארגונים הפועלים במחוז ירושלים באופן אוטומטי וללא פיקוח”; וכי במשך לפחות שנתיים “לא היה מפקח מחוזי ייעודי במחוז הצפון האחראי ל-196 ארגונים, והפיקוח בוצע על ידי מנהל המחוז נוסף על שאר תפקידיו”. המבקר ציין עוד כי האגף לרישוי כלי ירייה ביטל בשנת 2012 את ביקורות העומק והחל מסתפק בביקורת פתע וביקורת “רגילה”; וכי “עבודת המפקחים היא מוגבלת ונעדרת יכולת הרתעה”.

הבעיה אינה ייחודית לשוק האבטחה. פיקוח לוקה או חסר נצפה גם במשרד השיכון ובמשרד הרווחה ביחס למעונות לזקנים ולפנימיות לבעלי מוגבלויות.⁵² היקף מצומצם של מפקחים שהביא לאי-עמידה בנהלים התגלה במגוון תחומי פעילות של משרד הרווחה וכיניהם שירותי דיור ותעסוקה לאנשים עם פיגור, לאנשים הלוקים באוטיזם, לנפגעי נפש ולנוער בסיכון.⁵³ לא רק קובעי מדיניות ברשויות המדינה משפיעים על צמצום כוחם של הגופים המפקחים, אלא גם

48 עב' (אזורי י-ם) 1506/06 רג'בי – תוכנית מהל"ב – ועדת ערר (נבו) 14.6.2006; ע"ע (ארצי) 68/07 לוגסי – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה (30.5.2007). עתירה נגד תוכנית “אורות לתעסוקה” הוכנה אך לא הוגשה מאחר שהתוכנית נגנזה בסופו של דבר.

49 בפראפרזה על דברי השופט ברנזון בע"א 541/63 רכס נ' הרצברג, פ"ד יח 120 (1964): “שום כסף שבעולם אינו מפצה על ייסורי גוף ונפש, על הפחתת הסיכויים להקמת קן משפחתי, או על אובדן הנאות חיים נורמליים. ברם, כיון שמה שנלקח-נלקח ומה שאבד-אבד, אין להחזיר את המצב לקדמותו, אולם פיצוי צריך להתבטא בכסף, הרי שהכסף צריך איכשהו לענות על השאלה”.

50 עדכון שנמסר לנציגות “האקדח על שולחן המטבח” בפגישה ביום 14.1.18 עם הוועדה לרישוי כלי ירייה במשרד לביטחון פנים. מספר היקף הרשיונות לא נמסר.

51 מבקר המדינה דוח שנתי 48 לשנת 1997 לחשבונות שנת הכספים 1996 (1998); מבקר המדינה 2014, לעיל ה"ש 27, בעמ' 356–357.

52 פז-פוקס ומדלקרן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1211.

53 שם. לדוגמאות נוספות ראו דוחות מבקר המדינה המוזכרים בהערות השוליים שם.

אינטרסים של מספקי השירות ולחצים שהם מפעילים כדי להשיא את רווחיהם. בין השאר, גורמת לכך הצטברות הידע בידי הגורם הפרטי באופן המנטרל את המדינה מאפשרותה לפקח באופן מיטבי (כשל המוכר בשם "הרגולטור השבוי")⁵⁴. כשמדובר בהפרטות, לוגיקה שוקית עשויה להיות אפקטיבית יותר משימוש בשפת הזכויות והעקרונות החברתיים מהתחום הפוליטי, המוסרי או המנהלי שכן גופים פרטיים מחויבים להם בצורה פחותה ואף פחותה משמעותית (כמוזכר לעיל). אפקטיביות יתרה זאת נובעת גם מכך שהמשפט המנהלי מכיר במרחב סבירות רחב של הרשות המבצעת לקבל החלטות ללא התערבותו. ודאי נכון הדבר כאשר זכויות בסיסיות רבות אינן מעוגנות כחוק יסוד ולכן נעדרות מעמד חוקתי שווה לזכות הקניין וחופש העיסוק.

1. מן הכלל אל הפרט – מקרה בוחן

כאמור, כחלק מהמאבק בהפרטת שירותי השמירה, ובראשו המאבק לכך שנשק אבטחה לא יוחזק במרחב הביתי, הגישו ארגוני חברה אזרחית שתי תביעות נזיקין בעקבות שני אירועי ירי שנשק אבטחה בבית פרטי. באחת יוצגה טדלה על ידי פרויקט "האקדח על שולחן המטבח" ו"מרכז נגה" בשל נזקי הגוף הקשים שנגרמו לה כתוצאה מהירי בה (בהמשך הוכפף הייצוג פורמלית ללשכה לסיוע משפטי). בתביעה שנייה, יוצג אדם שהוריו וסבתו נורו על ידי קרוב משפחה שגר עם הסבתא, על ידי "האקדח על שולחן המטבח" ו"מרכז תמורה"⁵⁵. בשני המקרים השתמש היורה בנשק שנתנה לו חברת האבטחה המעסיקה לצורך עבודתו לאחר שהורתה לו, ולכל הפחות אפשרה לו, לקחת עמו את הנשק לביתו בסוף המשמרת בניגוד לסעיף 10ג לחוק. להלן נסקור מאפיינים משותפים לשתי התביעות, מאפיינים החורגים מעניינם של בעלי הדין הקונקרטיים ורלוונטיים לתביעות נוספות בגין פיקוח רשלני.

זהות הנתבעים: הסוגיה המשפטית המרכזית הייתה אחריות חברת האבטחה המעסיקה ואחריות המדינה כגורם המפקח עליה, והן שהיו הנתבעות המרכזיות. תביעות נגד מאבטחים יורים כמובן אינן עניין חדש, אולם הטלת אחריות על יורה לא תשפיע על פיקוח עתידי או על מדיניות ציבורית. ההפך הוא הנכון – קל לפטור ירי כזה כנובע מחוסר אחריות אישית של חמוש או סכסוך בין פרטים, ובכך להמשיך את הטלת האחריות על החוליה החלשה ביותר בשרשרת. למעשה, במקרה אחד היורה כלל לא נתבע כיוון שלאחר הירי נשלח לאשפוז כפוי. אומנם מבחינה משפטית ניתן היה לתבוע אותו, אך התובע ויתר על כך כיוון שהוא ראה במעסיקה ובמדינה את האחראיות לאסונו, וביורה – קורבן נוסף של רשלנותן. במקרה השני נתבע היורה, ואף שמקומו בהליך היה שולי (לרבות בשל היותו אסיר ומצבו הכלכלי הקשה), נוכחותו כבעל דין התגלתה כמועילה לצורך המשגת אחריות המדינה. תצהיר התשובות לשאלון והעדות שנתן

54 שם, בעמ' 1217. ראו גם ההתייחסות לשיקולים הבלתי-לגיטימיים במובהק כמו שחיתות וניגוד עניינים המוזכרים בה"ש 70-71 באותו מאמר, בעמ' 1214.
55 עניין פלוגית ועניין ליטרובניק, לעיל ה"ש 29.

חשפו מכלי ראשון את הפער העצום בין ההנחיות ליישומן. השיפת הפער הקלה על הדגמת הקשר הסיבתי בין הפיקוח המינורי על חברות האבטחה ועל מתן היתר לגיבוש נהלים הסותרים את תכלית סעיף 10ג, באופן העולה כדי רשלנות, לבין הנזק שנגרם לתובעת, כדוגמת הכרזה גורפת על מאבטחים כ"כוננים" הזכאים לשאת את נשק הביתה באופן "חריג" והעדר פתרון להחזקת כלי הירי מחוץ לבית.

נוכח החסינות המוקנית לעובדי ציבור מפני אחריות נזיקית לא נתבעו פקידים קונקרטיים ברשות.⁵⁶ ממילא, ההימנעות מתביעה פרסונלית אפשרה למקד את הדיון בשאלות של מדיניות, על חשבון משיכתו לטענות בדבר כשל נקודתי.

העילה המשפטית: בשתי התביעות עילת התביעה העיקרית מול המדינה הייתה רשלנות (נטען לאחריות גם בעילות נוספות כגון סיוע והפרת חובה חקוקה אך אלה אינן רלוונטיות לענייננו). עילת הרשלנות אפשרה לבסס טענה שהעברת האחריות על אספקת שירותים לשוק החופשי תוך הותרת המדינה כגוף מפקח גרידא מחייבת נקיטת זהירות יתרה בכל הקשור לטיב והיקף הפיקוח.

כידוע, לצורך הטלת אחריות ברשלנות יש להוכיח כי נתבע התנהג בצורה בלתי סבירה וכתוצאה מכך נגרם נזק לתובע. משכך, בלב התביעות ניצבה הטענה כי המדינה אפשרה בנהליה את הפרקטיקה בה מאבטחים נושאים את נשקם מחוץ לאזור האבטחה בניגוד לחוק, אף שסעיף 10ג נחקק על רקע מקרי ירי בבני משפחה ובמטרה לצמצם את התופעה. דברי ההסבר לחוק ודוח הוועדה שהוביל לתיקונו, הביאו את התובעים למסקנה כי המדינה ידעה על קשר סיבתי בין נוכחות בבית של כלי ירי המיועד לאבטחה לבין ירי במרחב הפרטי והתרשלה בהתעלמותה מכך. סעיף 10ג שינה את התמונה המשפטית ואפשר לחזור ולדון באחריות חברת האבטחה והמדינה, לאחר שבסדרת פסקי דין (קודם לתיקון) נקבע כי אין להטיל על מי מהן אחריות. בפסק הדין האחרון והבולט שבהם נקבע כי השארת נשק בידי מאבטח בתום יום העבודה אינה מהווה רשלנות כיוון שנהלי המדינה והוראות משרד הפנים (המשרד האחראי באותה תקופה) מאפשרים למאבטחים להחזיק בנשק שניתן לצורך עבודתם גם לאחר שעות העבודה.⁵⁷ חדות העין ודאי יבחינו כי בעת מתן פסק הדין כבר השתנו נהלים אלה.

כדי לבסס את קיומה של עוולת הרשלנות, יש להוכיח קיומם של "יחסי שכנות" בין הצדדים אשר מקימים חובת זהירות.⁵⁸ בכל הקשור לפיקוח על שירותים מופרטים, יחסי שכנות אלה נוצרים מעת שהמדינה הופכת לגורם המפקח על נותן השירות בפועל, ובכך הופכת את עצמה לחוליה נוספת בשרשרת האחריות. כך במקרה האבטחה, כאשר המדינה היא האחראית על הנפקת רישיונות נשיאת הנשק. בית המשפט העליון כבר הכיר בעבר בחובת הזהירות המוטלת המדינה כמפקחת על גורמים פרטיים הטעונים רישוי (באותו עניין – מרפאה פרטית שלא נרשמה

56 ס' 7א לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. ראו גם תקנות הנזיקין (אחריות עובדי ציבור), התשס"ו–2006.

57 ת"א (מחוזי י-ם) 5380/03 רחלין נ' ציסין, פס" 79 לפסק הדין של השופט דרורי (נבו 22.2.2009).

58 ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994).

כדין בפנקס המרפאות בהתאם לתקנות בריאות העם (רישום מרפאות), התשמ"ז-1987).⁵⁹ כדברי השופט ריבלין, "הפיקוח, וההסתמכות הכרוכה בו, עשויים להקים חובת זהירות". בשני מצבים מתקרבים יחסי השכנות אף יותר. האחד, כאשר המדינה עצמה מפנה אל השירות הפרטי. כך לדוגמה, כאשר שירותי הרווחה או בתי המשפט מפנים מאן שהוא למעון סגור, מרכז גמילה, פנימייה לנוער בסיכון וכיוצא בכך (בשונה למשל משירותי האבטחה אשר ככלל נבחרים על ידי בעלי העסק המאובטח ללא מגבלה מבין האפשרויות השונות בשוק החופשי). המצב השני הוא כאשר המדינה היא מקבלת השירות מהגורם הפרטי, בדרך של מיקור חוץ. כך קרה במקרה של טדלה, אשר בן זוגה ירה בה באקדח שניתן לו לצורך שמירה במשרד ממשלתי.

הקביעה שצמחה חובת זהירות מבוססת לא רק על יחסי שכנות, אלא גם על שיקולי מדיניות. היינו, האם ראוי להטיל חובת זהירות שכזו. לאור המאפיינים הסוציאקונומיים של עובדי תעשיית האבטחה (ובתוך כך מאפייני בני ובנות משפחתם) – יכולת השתכרות מוגבלת, השתייכות לקהילות מהגרים עם רשת תמיכה חלשה וכיוצא בכך, יש מקום לטענה שהמדינה חבה חובת זהירות מוגברת בפיקוח לצורך הגנתם שכן מדובר באחוזים משמעותיים בחברי קבוצות מוחלשות כלכלית וחברתית. הטלת האחריות אינדיבידואלית על הפרט אינה תואמת שיקולי צדק והגנה על אוכלוסיות מוחלשות, קל וחומר כאשר מדובר בשירות מופרט שמטבעו נמצא בליבת עיסוקה של המדינה (כדוגמת שמירה על הביטחון) או כשמדובר בהפרטה סמויה, היינו – שלא בהחלטה של הכנסת בעקבות דיון ציבורי שדן בהשלכותיה.

דוקטרינות משפטיות רלוונטיות: בין השאר, נעשה בתביעות שביקשו להטיל אחריות על המדינה וחברות האבטחה על ירי בתוך המשפחה שימוש במספר דוקטרינות קונקרטיות העשויות להיות רלוונטיות במקרים נוספים של תביעות בגין פיקוח לקוי.⁶⁰ **פיצויים עונשיים:** נטען כי יש לפסוק פיצוי עונשי לאור העובדה שהתביעות עסקו ברשלנות שבמדיניות גלובלית ולא ברשלנות נקודתית. **הפיכת נטל הראייה:** ביחס לחברות האבטחה נטען כי יש להפוך את נטל הראייה בהתאם לסעיף 38 לפקודת הנזיקין (אחריות על בעלי כלי ירייה). סביר שבסיטואציות דומות ניתן יהיה לטעון להיפוך הנטל גם מול המדינה באמצעות עקרון "הדבר מעיד בעד עצמו" הקבוע בסעיף 41 לפקודת הנזיקין כיוון שהיא זו שמקבלת את ההחלטות אודות היקף הפיקוח הדרוש וכיוצא בכך. הסעיף הופך את נטל ההוכחה באופן שבו מוטלת חובת ההוכחה על הנתבע להוכיח שלא נהג ברשלנות, וזאת כאשר תובע לא ידע ולא יכול היה לדעת מה היו הנסיבות שגרמו לנזק; הנזק נגרם על ידי נכס שהנתבע שלט עליו במלואו ובית המשפט השתכנע במידת מה כי סביר שהאירוע המזיק נגרם כתוצאה מכך שהנתבע לא נזהר כראוי.

59 ע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 33 לפסק הדין של השופט ריבלין (נבו 18.11.2004). ראו גם ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני (נבו 14.12.2006); ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 1027 (2012).

60 כתב טענות בת"א (שלום נח') 22507-08-14 פלונית נ' פלוני (נבו 13.8.2014).

ה. השימוש בתביעות נזיקין ככלי פיקוח אזרחי

למשפט הציבורי תועלות גדולות והוא השיג הישגים משמעותיים ביחס לשינוי מדיניות, אך הותרו כמעט בודד במרחב הפעילות המשפטית מקטינה את טווח השינוי האפשרי. כשפרקטיקות או מדיניות אותן רוצים לשנות נוגעות למרחב השוקי ולגופים פרטיים שאינם מחויבים לכללי המשפט הציבורי, ויתור על המשפט הנזיקי מצמצם את סל הכלים ובכך את ההשפעה של סוכני שינוי.

למאבק הוליסטי לשינוי סיכוי גדול יותר להצלחה. פגמים שונים ניתן לרפא בכלים שונים. השוק משפיע על ומושפע מהמרחב הציבורי, משפיע על ומושפע מהחלטות של רשויות ציבוריות, ובעל השפעה עצומה על זכויות אדם ואזרח. כאשר סמכויות שבעבר היו בידי רשויות ציבוריות עברו לגופים פרטיים מסחריים הנותנים משקל עיקרי לשיקולי רווח על חשבון שיקולי הגנה על זכויות אדם, כסף – ולא רק עקרונות ציבורים וחוקתיים, יכול לענות על הבעיות הנגזרות מכך. תביעות המציבות תג מחיר על נזק שנגרם כתוצאה מהעדפת שיקולים כלכליים עשויות לתת מענה לפגיעה בזכויות ובמרחב הציבורי שפוגעים תאגידים מסחריים דומיננטיים. תג מחיר כזה עשוי לתמרץ גם את המדינה לפעול בהתאם לחובתה לפקח פיקוח הולם ועקבי על אותם תאגידים בשלושת מישורי האסדרה – יצירת הכללים, הפיקוח עליהם, ובעיקר אכיפתם וביצועם.⁶¹ הרציונאליים שיפורטו, המבוססים על תיאוריות משפטיות שונות, מלמדים כי מנקודת מבט כלכלית, מנקודת מבט של ביקורת חברתית ומנקודת מבט משפטית-טיפולית, הדין הנזיקי עשוי להיות כלי רב ערך במאבק בנזקי הפרטות, בראש ובראשונה בשל יצירת איזון לכוחות השוק.

1. איזון וסימטריה לכוחות השוק

המשפט הנזיקי מתאים ככלי למאבק מתמשך בהפרטות בראש ובראשונה כיוון שהפרטה איננה אירוע חד פעמי שבו הרשות המבצעת מעבירה סמכויות מתן שירות אל גוף פרטי לאחר שקבעה הנחיות וכללים בנושא, אלא משא ומתן מתמשך בינה לבין ספקי השירות החדשים. אלה האחרונים פועלים להשאת רווחיהם ומצויים בדיאלוג מתמשך מול הרשות המבצעת כדי לקדם מטרה זו. אף שמדובר במטרה לגיטימית, תוצאתה שפקידי הרשות המבצעת ונציגי הרשות המחוקקת נתונים למכבש לחצים בלתי פוסק על ידי לובי ממומן היטב שמבקש לצמצם את הדרישות ממנו. לחצים מן העבר השני עשויים לאזן את הלחצים עמם מתמודדים הגורמים המפקחים, ולשמש "הצדקה" מדוע "אינם יכולים" להקל בתנאים המוצבים לחברה הפרטית.

61 בג"ץ 8205/17 פרטנר תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פס' 33 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו 22.5.2018).

כמובן, לחצים כאלה קיימים כבר היום כדוגמת לובי של ארגונים חברתיים, קמפינים ציבוריים וכיוצא בכך.⁶²

ככל שמקבלים את ההנחה שלעיתים פקידות מעוניינת להתנגד ללחצים מסחריים, פסיקה שקובעת רף פיקוח מינימלי דרוש, ודאי חיוב בפיצוי משמעותי, מחזקת את הפקידות מול הלובי המסחרי שפעמים רבות מיוצג בעצמו על ידי עורכות דין ומשפטניות.⁶³ פסיקה כזו עשויה לחזק את הפקידות גם בבואה לדרוש ממשרד האוצר תוספת תקנים לפקחים ומפקחים. יצירת האיזון רלוונטית גם ביחס להליך המשפטי – ייצוג פרטים מאוכלוסיות מוחלשות על ידי סוכני שינוי משפטיים מאפשר לצמצם את הפער בבית המשפט בין עורכות הדין של המדינה ושל תאגידים המשמשים כשחקנים חוזרים, לבין עורכות הדין הפרטיות המייצגות ניוזקים אשר העוול שנגרם להם הוא חד פעמי,⁶⁴ אף כשמדובר בתופעה מעוללת הפוגעת ברבים אחרים.

2. הפנמת החצנות שליליות

החצנה שלילית (או "החצנת עלויות"), היא הטלת עלות פעולה על אחרים שאינם מרוויחים ממנה. החצנה שלילית נוצרת כאשר אדם נהנה מפעולה כלשהי אך אחרים נושאים במחירה, ונחשבת לכשל שוק כאשר ההפסד הכללי עולה על התועלת האישית.⁶⁵ דוגמה למקרה כזה היא חברה המייצרת מוצר בעלות 8, הייצור גורם לזיהום אוויר בעלות 50 והחברה מוכרת את המוצר במחיר 20. בהתאם לחישוב זה, החברה הרוויחה 12 אך הציבור נושא בעלות חברתית 50. הפער בין חישוב עלות-תועלת פרטית לחישוב עלות-תועלת חברתית נוטה להיות גדול על רקע הפרטת שירותים ציבוריים שכן האפשרות להציע במכרז הצעה נמוכה (ולכן הצעה זוכה), כרוכה לא פעם בפגיעה בזכויות עובדים ובקרובים להם, כפי שהודגם בפרק 2 ביחס להפרטת שירותי שמירה חמושים. בתמצית – תשלום פיצוי מייקר את עלות הפעולה ולכן מתמרץ לשנות את אופייה.⁶⁶ ביחס לנשק האבטחה, הפגיעה אינה מסתכמת בזכויות העובדים אלא קשורה גם בשליחת המאבטחים לביהם עם הנשק שקיבלו מחברת האבטחה, לאחר סיום המשמרת.

62 רלה מזלי, סמדר בן-נתן, ניב חכלילי וגלית לובצקי לא נצור: נשק קל במרחב האזרחי – כמה כלים וכמה פיקוח? 35 (2017). ראו גם עדותה של אשת לובי מטעם הארגון "לובי 99": "רגולטור מרים טלפון בשעת לילה מאוחרת ואומר, בואו @lobbying99 לעזור לנו מול לוביסטים של חברות גדולות בדיון מחר בכנסת. זה קרה אמש וזה כבר קורה כמעט באופן קבוע.[...]". מרב דוד (@meravdavid) טוויטר (12: 14, 11.6.2018). <https://bit.ly/3JvLWtF>.

63 כאן ובהמשך הכוונה לעורכות ועורכי דין, משפטניות ומשפטנים כאחד.

64 מארק גאלאנטר "מדוע 'אלה שיש להם' נוטים להצליח: הרהורים על גבולות השיח המשפטי" מעשי משפט ד 15, 24 (2011). גאלאנטר אף מתייחס לכך שעורכי דין המייצגים לקוחות בעוני מאופיינים בעבודה שבלונית בשל התשלום הנמוך אשר אינו מצדיק מבחינה כלכלית התייחסות ייחודית לנסיבות המיוחדות במקרים בעלי מאפיינים דומים.

65 דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 24 (2010).

66 להרחבה בעקרון בסיסי זה של דיני הנזיקין ראו גלעד 1993, לעיל ה"ש 38. למחלוקת אודות מידת האפקטיביות של הרתעה זו, ראו יפעת ביטון "קפיטליזם בדיני הנזיקין: לשחק את המשחק או להמציא משחק חדש?" דין ודברים יא 77, 81 (2018) (להלן: ביטון 2018).

פרקטיקה כזו חוסכת למעסיקה תשלום עבור מחסן עם כספות, עבור הזמן שדרוש למאבטח להגיע אל מחסן הנשק ככל שאין כספת מקומית ביעד המאובטח ועבור לשומר שישמור על מחסן הנשק. דא עקא, העובדה שחברת האבטחה אינה משלמת את מחיר האחריות לנשק לאחר שעות המשמרת אינה מעלימה אותו, אלא אך מטילה אותו על אחרים.

כמו שלמדו התובעים מניסיונם, כלי ירייה בבית מגדיל סיכון לפגיעה אישית: נוכחותו מגדילה סיכון לתאונה ולדרדור של סכסוך לאלימות קשה שמסתיימת לעיתים במוות.⁶⁷ בו בעת, זמינות כלי ירי גם מגדיל את הסיכון שניסיונות התאבדות יסתיימו במוות.⁶⁸ אולם, לא רק התובעים נשאו במחיר החזקת כלי הירייה, אלא החברה כולה – הציבור הוא שנושא בעלויות שירותי רפואה ושיקום לאחר אירוע ירי אלים שגרם לנזקים שהיו נגרמים בצורה פחותה בהעדר כלי ירי זמין (או נמנעים כליל). לכך יש להוסיף מחיר חברתי ישיר שנגרם כתוצאה מגניבת כלי ירייה ו"זליגתם" למרחב הפלילי כאשר אלה אינם מאוחסנים בצורה בטוחה וממוסדת.⁶⁹ מחירים אלה לא נלקחו בחשבון בעת חישוב עלות שירותי אבטחה פרטית. התעלמות זו מתאפשרת לא רק כיוון שמדובר במחיר עתידי ומופשט, אלא גם לאור חולשתם הפוליטית של

67 על פי ממצאים מאוסטרליה, קנדה, ארה"ב ודרום אפריקה, תדירות מקרי הרצח של נשים עולה בכתיים או במשפחות שיש בהם כלי ירייה. עליה זו נצפתה באותן ארבע מדינות על אף משטרי הרגולציה השונים (חלקם שונים דרמטית) בין המדינות השונות. בארה"ב (2003), נמצא סיכון גדול פי 3 לרצח נשים בכתיים שהחזיקו בהם כלי ירייה. במחקר אמריקאי נוסף מאותה שנה נמצא שהסיכוי לרצח נשים עולה פי 5 כשגברים בעלי עבר של אלימות כלפי בנות זוג מחזיקים בכלי ירייה. Douglas J. Wiebe, *Homicide and Suicide Risks Associated with Firearms in the Home: A National Case-Control Study*, 41 ANNALS EMER. MED. 771, 775 (2003); Arthur L. Kellermann, Fredrick P. Rivara, Norman B. Rushforth, Joyce G. Banton, Donald T. Reay, Jerry T. Francisco, Ana B. Locci, Janice Prodzinski, Bela B. Hackman & Grant Somes, *Gun ownership as a risk factor for homicide in the home*, 329 NEW ENG. J. MED. 1084 (1993); David Hemenway, Tomoko Shinoda-Tagawa & Matthew Miller, *Firearm availability and female homicide victimization rates among 25 populous high-income countries*, 57 J. AM. MED. WOMEN'S ASS'N 100 (2002); James E. Bailey, *Risk Factors for Violent Death of Women in the Home*, 157 ARCHIVES INTERNAL MED. 777 (1997); Shanaaz Mathews, Naemah Abrahams, Loma J. Martin, Lisa Vetten, Lize van der Merwe & Rachel Jewkes, *Every six hours a woman is killed by her intimate partner: A National Study of Female Homicide in South Africa*, 5 MED. RES. COUNCIL POL'Y BRIEF (2004); JOHNS HOPKINS BLOOMBERG SCH. PUB. HEALTH, *Q & A: Domestic Violence and Guns* (Oct. 14, 2009), <https://bit.ly/3SvUXH9>; Jacquelyn C. Campbell, Daniel Webster, Jane Koziol-McLane, Carolyn Block, Doris Campbell, Mary Ann Curry, Faye Gary, Nancy Glass, Judith McFarlane, Caroline Sachs, Phyllis Sharpe, Yvonne Ulrich, Susan A. Wilt, Jennifer Manganello, Xiao Xu, Janet Schollenberger, Victoria Frye & Kathryn Laughon, *Risk Factors for Femicide within Physically Abusive Intimate Relationships: Results from a Multi-site Case Control Study*, 93 AM. J. PUB. HEALTH 1089 (2003).

68 דוח אמריקאי מצביע על כך ש-85% מניסיונות ההתאבדות בירייה מסתיימים במוות. Madeline Drexler, *Guns & Suicide – The Hidden Toll*, 24 HAR. PUB. HEALTH, (Spring 2017).

69 מזלי, בן-נתן, חכלילי ולובצקי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 34.

הנפגעים הישירים מהעדר הפיקוח על סעיף 10ג – המאופיינים בהשתייכות לקבוצות הגירה ולקבוצות חלשות-כלכלית ובדפוס עבודה בלתי יציב.⁷⁰ לשם ההשוואה, ניתן לראות שבצבא, ארגון חמוש ציבורי (ולכן אינו כפוף לחוק כלי הירייה) שאינו מחויב להשאת רווחים ואשר נדרש במתן דין וחשבון ציבורי (בשל היותו חלק מהרשות המבצעת אך לא פחות מכך, בשל העובדה שמשרתים בו גם בני ובנות אוכלוסיות חזקות), זוהתה זמינות כלי ירייה כגורם מסכן לסביבה ולחייל עצמו. מתוך כלל מקרי ההתאבדות של חיילים בתקופה שֶנבדקה רוב מכריע מהחיילים (84%) התאבד בירייה. בהמשך לנתון זה החליט הצבא הישראלי בשנת 2006 לצמצם את מספר החיילים שיוורשו לצאת עם נשק לחופשת סוף השבוע; נמצא שבעקבות ההוראה (לצד גורמים נוספים) חלה ירידה של 40% במספר ההתאבדויות של חיילים.⁷¹

3. הרחבת תחום השקיפות

בהליך נזיקי ניתן לדרוש מידע במסגרת הליך גילוי מסמכים ושאלונים שאינו כפוף לחוק חופש המידע. קל וחומר הדבר רלוונטי כשמדובר בשירות ציבורי שהופרט, וכתוצאה מכך תאגיד פרטי שאינו כפוף לחוק מחזיק במידע או שהמדינה כפופה (או טוענת שהיא כפופה) לחובת סודיות מסחרית. אף שהליכי גילוי המסמכים מוגבלים בהיקפם למידע הדרוש להליך הקונקרטי במסגרתו הוא מבוקש, שילוב מידע מהסוג שנמסר מכוח חוק חופש המידע עם מידע שנמסר בהליך תביעה קונקרטי במסגרת גילוי מסמכים וחקירות, עשויים להשלים זה את זה ולאפשר קורפוס אינפורמציה רחב שסוכומו גדול מסך חלקיו.

אחזקת נשק בישראל מקושרת למרחב בטחוני אף כשמדובר בנשק אזרחי. בצירוף הפטורים שניתנים ביחס למידע הנמצא אצל הרשויות הנוגע לגופים פרטיים, התוצאה היא שבקשות לקבלת מידע המצוי אצל הרשויות ונוגע לתעשיית האבטחה בישראל נענות באופן חלקי. כך לדוגמה, כאשר התבקשו שישה משרדי ממשלה למסור העתק מההסכמים עם חברות השמירה המספקות שירותים למשרד ומהמכרזים הרלוונטיים, נדחתה הבקשה מהטעם "שהצעת הזוכה הינו מידע שהרשות רשאית להימנע מלגלותו" ועל בסיס סעיף בחוק הקובע כי "רשות ציבורית אינה חייבת למסור מידע אודות פרטי משא ומתן עם גוף או עם אדם שמחוץ לרשות".⁷² שנה לאחר מכן, חלק מאחד המכרזים הללו צורף לחומר ההגנה באחת מהתביעות.

70 בשנת 2005 כשליש מתוך המאבטחים והשומרים הועסקו במשרות חלקיות, נתון המשקף מגמה של תת-תעסוקה. שיעור התחלופה השנתית במועסקים בתעשיית האבטחה באותה שנה – 20% לעומת 11% בשאר המשק. מאפייני ההעסקה של עובדי שמירה ואבטחה בישראל, לעיל ה"ש 10.

71 אובדנות בצבא" וסקירת הפעילות של משרד ההגנה האמריקני למניעת התאבדויות בצבא ארה"ב (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2013). משטרת ישראל לא אוספת את הנתונים הרלוונטים ביחס לחברה האזרחית.

72 בקשת מידע שהוגשה על ידי התנועה לחופש המידע בשיתוף "האקדח על שולחן המטבח" ביום 16.7.2013, תשובת גב' מיכל גולדשטיין מיום 30.6.2013.

בבקשת מידע נוספת נדחתה מסירת 22% מפרטי המידע בתואנה שמדובר במידע ביטחוני, וכ-10% נוספים בטענה שהמבוקש אינו עונה על ההגדרה "מידע" הקבועה בחוק.⁷³ גם חלקים ממידע זה נמסרו ונחשפו בתצהירי גילוי המסמכים בשתי התביעות. השוואת התצהירים של המדינה, של חברות האבטחה ושל המאבטח שנתבע, אפשרה כאמור לעמוד על הפער בין ההוראות הפורמליות לבין יישומן באופן שאינו נכלל במידע הכפוף להוראות החוק.

4. העצמה אינדיבידואלית והשמעת קול

"מוטיב מרכזי בשיטת המשפט הטיפולי הוא הצורך לשמוע את עמדתם (של הנפגעים, ג.ל), כפעולה מאששת, המחזירה תחושת כח".⁷⁴ ואכן, הליכים משפטיים הוכרו כמי שמקיימים את הפונקציה החברתית של מתן קול והכרה בסובייקטים משפטיים.⁷⁵ היות שהקולות הנשמעים בבית המשפט עוצבו על ידי כללי סדרי הדין והראיות,⁷⁶ המשפט הנזיקי (והאזרחי בכלל) מאפשר לפרט להשמיע את קולו בדרך שנמנעת ממנו בהליכים מנהליים, ובוודאי פליליים. בעוד שההליך הפלילי נכפה על נפגע העבירה, מנוהל על ידי המדינה ותפקיד הנפגע מסתכם במתן עדות במקרים הולכים ומתמעטים בהם מתנהל הליך הוכחות, ההליך המנהלי הוא אומנם יוזמה של פרט הנפגע ממצעי הרשות, אך עדיין מנוהל על ידי עורכת הדין. הכיוון שבהליך המנהלי מתן העדות מסתכם לרוב בהגשת תצהיר לאקוני חתום, עותרת עצמה זוכה לעיתים נדירות להשמיע את קולה בבית המשפט. הדיון עוסק בה ובעוול שנגרם לה, אך היא איננה נוטלת בו חלק פעיל. מדברים עליה ולא איתה.

בהליכים אזרחיים המצב שונה. התובעת נדרשת להיות שותפה פעילה בהליך החל ממתן תצהירים מפורטים ועד לעדותה בבית המשפט, וכן בהליכי גישור ושאר הליכים לבר-משפטיים. מתן העדות הוא השלב בו התובעת משמיעה את עמדתה באופן ישיר ויכולה להפנות אצבע מאשימה ולהאיר את העוול שנגרם לה ללא תיווך וללא מסננות.⁷⁷ חשיבות ההעצמה האינדיבידואלית מקבלת משנה תוקף לאור העובדה שהליכים המבקשים להגן על זכויות אדם

73 בקשת מידע שהוגשה על ידי "האקדח על שולחן המטבח" ביום 23.12.2013, תשובת מר יואל לוי מהמשרד לביטחון פנים מיום 26.3.2014.

74 דנה פוגין, "סלבריטאים על כורחם (ובחסות בית המשפט?) מחשבות על פרטיותם של נפגעי עברות בהליך משפטי" קרית המשפט י 79 (2014).

75 ליאורה בילסקי "אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה לקול" עיוני משפט כג(2) 421, 422 (2000).

76 שם, בעמ' 424.

77 אף שרבים מההליכים האזרחיים מסתיימים לפני שלב ההוכחות, קולם של תובעים נשמע בבית המשפט כבר בשלב קדם המשפט גם אם לא בהכרח פורמלית. כך למשל, כאשר עוסקים בשאלה של פשרה אפשרית ביחס להליך העיקרי או סעדי ביניים, כאשר דנים בשאלות של נזק ואף בעניינים טכניים כגון גיבוש מועדי דיון לאורך התמשכות ההליך. לתמיכה בכך ראו גם נעמי לבנקרון "כסף משלהן" תביעות אזרחיות של קרבנות סחר כנגד סוחריהן: ואף על פי כן נוע ינוע "העצמה במשפט" 478, 451 (גיא מונדלק ומימי אייזנשטדט עורכים, 2008). גישה הפוכה, הסבורה כי ההליך הפלילי נותן קול לנפגע יותר מהליך אזרחי, מוצגת אצל בילסקי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 432, ה"ש 29.

דיני הנזיקין כפיקוח אזרחי על הפרטות סמויות – ניתוח פעולה

נוטים להתמקד באלו הנמנים על קבוצת מיעוט כלכלית, חברתית או פוליטית, וכאשר יש חשש שבשל השתייכותם לקבוצה זו זכויותיהם תפגענה.⁷⁸ כאלו לדוגמה, הם נפגעי ההפרטות במשרדי הרווחה והבריאות שהוזכרו לעיל, רבים מהם בעלי נכות נפשית או קוגניטיבית המקשה עליהם במיצוי זכויותיהם.

עניין זה התבטא בצורה משמעותית בעניינה של טדלה. זו, בשל מצבה הרפואי לאחר הירי והעובדה כי לא הייתה מיוצגת, לא השמיעה את קולה בהליך הפלילי נגד היורה חרף זכותה כנפגעת עבירה. לעומת זאת, בהליך הנזיקי הנ"ל נכחה במרבית הדיונים, ולפחות פעמיים דיברה ישירות באולם. עת הרגישה שהיא צריכה להגן על כבודה מפני הערות שנשמעו בו. טדלה מסרה גם תצהיר עדות ראשית נרחב, ובמסגרת החקירה הנגדית שיתפה בהישרדותה ובתחושותיה במילותיה שלה. לא רק זאת, אלא שהחלטה איזו הצעה לקבל במסגרת הגישור ואיזו הצעה לדחות, התקבלה על ידה במלוא מובן המילה, והיא לא היססה לדחות מספר הצעות אותן תפסה כמעליבות (הסכם הטיעון בהליך הפלילי נחתם חרף רצונה). כך גם התעקשה טדלה להמשיך ולנהל את ההליך נגד היורה עצמו לאחר שהתביעה נגד המדינה וחברת האבטחה הסתיימה בפשרה. פסק הדין שנתן בית המשפט בסופו של דבר, הגם שקיים ספק באיזה היקף ימומש, היווה עבורה תיקון מסוים לאחר החוויה הקשה שחוותה בהליך הפלילי.

5. חשיפה ישירה של מקבלי החלטות

נוסף להעצמה פוטנציאלית של התובע והתפקיד שממלא ההליך עבורו מבחינה רגשית (וכשמדובר בנפגעי עבירה, אף טיפולית), ההליך הנזיקי חושף גורמים מטעם הרשויות המפקחות (כמו גם התאגידים מספקי השירות עצמם) לתוצאות פעולותיהם. הצורך "להסתכל בעיניים" של מי שנפגע מסדרי העדיפויות שקבעו אותם פקידים (במובנם האנושי, ולא כממלאי פונקציה במערכת) עשוי לסייע בהפנמת מחירי ההחלטות שמתגבשות בדמות בשר ודם ולא כפגיעה פוטנציאלית עמומה ככל שזו בכלל נשקלת בדיונים בעלי אופי כלכלי-פיננסי בעיקרם. חשיבות העניין מתחדדת שעה שהנפגעים מאותה מדיניות או פיקוח לקוי וחסר הם חברי קבוצת מיעוט, המיוצגים באופן חסר (אם בכלל) בקרב מקבלי החלטות.⁷⁹ בשעה שפעמים רבות חברות ביטוח נכנסות בנעלי תאגידים מסחריים גדולים כאשר אלו נתבעים (באופן שלמעשה מוציא את המזיק האמיתי מחוץ לתמונה ומן העבר השני, עשוי לגרום לחברות ביטוח לקבע

78 השוו לנטע זיו "עריכת דין לשינוי חברתי בישראל: מבט לעתיד לאחר שני עשורי פעילות" **מעשי משפט** א 19, 20 (2008) (להלן: זיו 2008). ראו גם טענתה בעמ' 24 כי בנוסף להעצמה האישית נמצא ש"עבודת שטח" משפטית (כדוגמת הליכים בערכאות נמוכות) עשויה להביא להעצמה של קהילה.

79 הדבר נכון כמובן לא רק בישראל. למשל Lucie E. White, *Subordination, Rhetorical Survival Skills, and Sunday Shoes: Notes on the Hearing of Mrs. G.*, 38 *BUFF. L. REV.* 1 (1990).

סטנדרט זהירות כתנאי למימוש פוליסה מבטחת),⁸⁰ רשויות המדינה, אף שמבוטחות במקרים רבים, עדיין מנהלות הליכים כאלה באמצעות הפרקליטות (כמו שאכן קרה בשתי התביעות).⁸¹

6. שיקולים מערכתיים

הכרעה בהליך נזיקי חלה על הצדדים להליך ועליהם בלבד גם כשמדובר בקביעה שמדיניות פיקוח אשר נמנעה מלשקול סכנה צפויה היא רשלנית (להבדיל למשל מהכרעה בעתירה המבטלת מדיניות). אכן, הטענה בבסיס המאמר היא כי פסיקה שמחייבת תשלום פיצוי עשויה לקדם שינוי של פיקוח לקוי, אך טענה זו רואה בפסיקות כאלה חלק מתהליך עיצוב מדיניות ולא את סופו. הליכה זו של עקב בצד אגודל עשויה לאפשר למערכת להיות נכונה יותר לשינוי. אף שהמערכת עשויה להתפשר במקרה קונקרטי כדי למנוע הכרעה בעלת משמעויות רוחב, לעיתים תשלום לתובע (לצד הפניית תשומת הלב לתוצאות המזיקות של הפרקטיקה במוקד התביעה) יניע בחינה מחדש של סדרי עדיפויות ושל מדיניות הפיקוח במטרה להימנע מתשלום בעתיד. המשמעות המוגבלת של פסיקת הערכאות הדיוניות הנמוכות מביאה אף לעלות טעות (error cost) נמוכה יותר.⁸² עלות הטעות הנמוכה עשויה להועיל לנפגעים עצמם (משיש בה פוטנציאל לצמצם חשש של שופטים מהכרעה תקדימית) כמו גם לרשויות כמשרות הציבור כולו, שכן פסיקה מוטעית של ערכאה נמוכה מחייבת פחות מפסיקת הערכאות הגבוהות.

כאמור, ההנחה שתביעות נזיקין עשויות להניע שינוי מבוססת על כך שלפחות בחלק מהמקרים תשלום לתובע (לצד הפניית תשומת הלב לתוצאות המזיקות של הפרקטיקה במוקד התביעה) יניע את הרשות והתאגיד לבחון מחדש את סדרי העדיפויות ואת המדיניות כדי להימנע מתשלום דומה בעתיד. כך למשל, למדינה עשוי להיות משתלם יותר להעסיק פקחים נוספים ולחברת האבטחה עשוי להיות משתלם יותר לשלם עבור החזקת מחסן נשק, במקום לפצות סדרת נפגעים חמורים (בנוסף כמובן לממד המוסרי הכרוך במניעת פגיעה). קיים אומנם חשש שנוכח החסמים המקשים על הגשה וניהול של תביעות כאלה, המדינה וחברות האבטחה יסכימו עם סטנדרטים נמוכים וישלמו מדי פעם את מחירן של תביעות על ליקויים, אך ניתן לקוות שהצטברות מספיק תביעות כאלו, לצד לחץ ציבורי, ימתנו חשש זה.

80 ראו גם התייחסותה של ביטון לכך בהקשר לת"א (מחוזי ת"א) 2271/04 עזבון ברז נ' ביתילי בע"מ (נבו 7.4.2010) בביטון 2018, לעיל ה"ש 66, בעמ' 1311.

81 עם זאת, גם כאן ניתן לראות את תוצאות ההפרטה משניהול הגנת המדינה בהליכים אזרחיים רבים הופרטו אף הם. בשנים 2010–2011 הוציא משרד המשפטים כאלף תיקים בממוצע לעורכי דין חיצוניים. עידו באום "מפריטים את שלטון החוק: מי מייצג את המדינה בבית המשפט" *TheMarker* (21.2.2013) <https://bit.ly/3daVBtl>.

82 השוו לאורי אהרונסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" *משפט וממשל* טז 21,9 (2015).

7. מעקף "חומות הגנה" פרוצדורליות

במקרים של הפרטה רדיקאלית (אותה הפרטה שנועדה לאפשר למדינה לעקוף את חובותיה באמצעות הפרטת סמכויות לגוף פרטי), שימוש בכלים שמספק המשפט הפרטי והנזיקי חוסך התמודדות עם "חומות הגנה" פרוצדורליות שנועדו להרחיק את החובה להתחשב בציבור הרחב, כפי שהודגם בהרחבה במאמרם של הראל ושרון.⁸³

8. קונטרה לתמריץ שלילי לפיקוח

סעיף 15 לפקודת הנזיקין קובע שצד לחוזה אינו אחראי לנזקים שנגרמו כתוצאה מעוולה שביצע הצד השני לחוזה במסגרת מימוש התחייבויותיו. לקביעה כללית זו ישנם חריגים, ביניהם הרשאה או אישור של המעשה המעוול. בספרות הוצג חשש שבניסיון לחמוק מאחריות נזיקית הרשות המפקחת תצמצם את מידת מעורבותה בפעילות של נותן השירות.⁸⁴ דוקטרינת הפיקוח-האזרחי עונה על חשש זה משהיא תוקפת את עצם צמצום ההתערבות או ההימנעות ממנה.

9. דמוקרטיזציה

לטענת אהרונסון ביקורת שיפוטית ביזורית (ביקורת שיפוטית שלא מתרכזת בערכאה אחת, ובהקשר החוקתי שהוא מתייחס אליו – בית המשפט העליון) מקדמת דמוקרטיזציה.⁸⁵ אהרונסון אומנם מתייחס לביקורת שיפוטית בהקשר חוקתי, אך הרציונל התומך בפסיקה-מעצבת-מדיניות שצומחת מלמטה נכון גם בענייננו, בין השאר לאור המבנה ההיררכי של המערכת המשפטית והעובדה שככל שמדובר בערכאה נמוכה יותר לפרט יש יותר מקום להשתתף בה (כפי שפורט) והיא פחות אליטיסטית.⁸⁶ בכך, תביעה נזיקית עשויה לאפשר לפרטים מקרב אוכלוסיות מוחלשות שנדרשים להקדיש את מרצם להישדודות יומיומית ורבים מהם אינם מתפנים לעסוק בשינוי חברתי, הפגנות, מחאות והשתתפות במרחב קבלת ההחלטות, להשפיע על מדיניות המשליכה עליהם ועל שכמותם.

רציונלים אלו מצביעים על כך שתביעה נזיקית, ודאי במרחב בו הציבורי והמסחרי מתערבים, עשויה להיות כלי בעל ערך לשינוי חברתי ולתקיפת מדיניות פיקוח לקוי על גופים פרטיים שמספקים שירות ציבורי. כפי שראינו, רבים מהם התבטאו בתביעות שהוגשו. מכאן נפנה לצדו השני של המטבע, ונסקור את החסמים המקשים על שימוש בתביעות נזיקין ככלי לפיקוח, ואשר מהווים אתגר בפני אסטרטגיה זו.

83 מעניין לציין שהראל ושרון, לעיל ה"ש 41, השתמשו אף הם במאמרם על ההפרטה הרדיקאלית בדוגמת הפרטת כוחות לחימה אל חברות אבטחה פרטיות (שם בהקשר לפעילותה של ארצות הברית בעיראק).

84 פז-פוקס ומדלקרן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1234.

85 אהרונסון, לעיל ה"ש 82, בעמ' 36.

86 שם, בעמ' 34.

1. חסמים המקשים על השימוש בתביעות נזיקין ככלי פיקוח אזרחי

אם הכלי עשוי להיות אפקטיבי ובצידו שכר פוטנציאלי נאה, מדוע סוכני שינוי משפטיים משתמשים במשפט הנזיקי ככלי לשינוי חברתי בהיקף מצומצם, ונמנעים מלהשתמש בו ככלי למאבק בהפרטות פוגעניות? זיהוי החסמים המקשים על כך חיוני לצורך עיצוב מושכל של פעולה לשינוי חברתי וסנגור ציבורי. סוכני שינוי משפטיים המבקשים לדעת כיצד הגשת תביעה נזיקית עשויה להתממש בשטח יפיקו תועלת מהכרת השיקולים והסוגיות, בראש ובראשונה כי הבנת החסמים מאפשרת לעורכת הדין להשיג את מטרותיה ולשרת את האינטרסים של לקוחותיה טוב יותר. עורכת דין שמכירה הטיות וחסמים המשפיעים על הגשת תביעה נזיקית שמטרתה ליצור שינוי תוכל לנתב את הדיון לצרכיה באופן מיטבי. ככל ששופטים יכירו את ההטיות ויחשפו להשפעתן הלא מודעת, הדבר עשוי לצמצם את השפעתן ולו אד-הוק. בנוסף, הבנת המכשולים בדרך, החסמים המשפטיים ולא פחות מכך – החברתיים, עשויה לצמצם את הבדידות שחשה עורכת הדין לשינוי חברתי בפעולתה במרחב הזר לפעילות המקובלת בקהילה המקצועית שלה, בין אם מדובר בסוכנת שינוי העוסקת בנזיקין ובין אם מדובר בעורכת דין נזיקית העוסקת בשינוי חברתי.

זיהוי ומיפוי החסמים העלה כי ניתן לחלק אותם לשלוש קבוצות: חסמים חברתיים ומעמדיים מהצד היוזם (סוכנת השינוי החברתי והתובעת הנפגעת עצמה), חסמים משפטיים וחסמים הנובעים מהטיות שופטים. האחרונים ניצבים לצד החסמים המשפטיים "הטהורים" ומשיקים להם, אך רעיונית נכון להפרידם.

1. חסמים חברתיים ומעמדיים

העדר משאבים של התובע: ניסיון החיים מלמד שבהקשרים רבים מעמד אקונומי נמוך מגיע לצד מעמד חברתי נמוך, ופעמים רבות מהעדר ההון נגזר העדר הון-סימבולי. בפרט כשמדובר בשירותים הניתנים בשוק, אוכלוסייה ממעמד סוציאקונומי נמוך מצויה במקום פגיע יותר, מראש ובדיעבד.

פגיעה מראש: משאבים פיננסיים מוגבלים מקשים על קבלת שירותים בהיקף וברמה הדרושים והרצויים. אדם במעמד פיננסי וחברתי איתן יכול לבחור בין גופים שונים, להתמקח על התנאים ועל אופי השירות שניתן לו, ונדרש פחות להסתמך על פיקוח המדינה לצורך הבטחת תנאי מינימום. על אחת כמה וכמה נכון הדבר כשמדובר בפגיעות ובנזקים שנגרמים לפועלי המרחב השוקי כפי שיודגם בהמשך. **פגיעה בדיעבד:** הגישה לערכאות (כמו גם ההבנה שהזכויות שנפגעו לא היו בחזקת גורל או כוח עליון אלא נזק בר מניעה ובגין מדיניות וסדרי עדיפות)⁸⁷ והיכולת לממן הליך ארוך ומורכב דורשות משאבים ניכרים – רגשיים, חברתיים (כדוגמת אמון

87 ההכרה בכך מוכרת בספרות כתהליך Naming, Blaming, Claiming, כפי שהומשג על ידי William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, 15 L. Soc'y. Rev. 631 (1980–1981)

דיני הנזיקין כפיקוח אזרחי על הפרטות סמויות – ניתוח פעולה

במערכת ונגישות לייצוג משפטי⁸⁸ ולא פחות מכך, פיננסיים.⁸⁹ יצוין בהקשר זה המובן אליו – מרבית עורכי הדין בישראל פועלים בעצמם במרחב שוקי.⁹⁰ כאשר מדובר בהליך שמטרתו להניע שינוי, היקף הפיצוי והסבירות לקבלו ביחס להיקף העבודה משפיע על נכונותם של אנשי מקצוע לפעול לפי שכר טרחה המבוסס על אחוזים מהפיצוי העתידי. במילים אחרות, אף שבתביעות נזיקין מקובל לעבוד על בסיס אחוזים באופן שמאפשר לניזוק לקבל ייצוג ללא השקעה פיננסית מכיסו, עורכי דין פרטיים לא ימהרו לקחת תביעות שמטרתן שינוי נורמות נהוגות המביאות לכך שלא ניתן להסתמך על עבודה שנעשתה בעבר ובנוסף פוטנציאל הזכייה מאד ספקולטיבי.

מאפיינים אלה, של השתייכות לאוכלוסייה בעלת חולשה כלכלית ואשר מתקשה לממש זכויות, מתבטאים באופן מובהק בסעיף 10ג אשר נועד להגן על המאבטחים החמושים ועל הקרובים להם (ולא על הציבור הרחב הנזקק או "נזקק" לשירותי האבטחה).⁹¹ זאת, הואיל ובני המשפחה הקרובים של המאבטחים שייכים לרוב לאותה קהילה והם בעלי מאפיינים דומים. כך לדוגמה, בדיקה שנערכה בכנסת בשנת 2005 העלתה כי המועסקים מקבוצות מהגרים בתעשיית האבטחה והשמירה הם כמעט שלישי (28%) מכלל המועסקים בתעשייה, לעומת 14% מקבוצות הגירה מתוך כלל המועסקים במשק.⁹² כך גם, בשתי התביעות המוזכרות במאמר זה – בתביעתה של טדלה היה היורה יוצא אתיופיה, ובתביעה השנייה היה היורה יוצא ברית המועצות לשעבר. בהתאמה, גם הנפגעים היו יוצאת אתיופיה ויוצאי ברית המועצות לשעבר.

בדומה לטדלה, כמעט רבע מהנשים שנרצחו ונהרגו במרחב הביתי בנשק אבטחה בשנים 2002–2013 היו ממוצא אתיופי (4 קורבנות מתוך 18), אף שבשנת 2011 הייתה אוכלוסיית המהגרים מאתיופיה רק כאחוז מכלל אוכלוסיית ישראל (1.05%). בהנחה שנשים הן מחצית מאוכלוסייה זו, משמעות הדבר שאשה ממוצא אתיופי עמדה בסכנה גבוהה פי 50 להיות קורבן לנשק אבטחה לעומת רעותה מהאוכלוסייה כללית.⁹³ משמעות ייצוג מוגבר זה מתחדדת על רקע

88 דפנה ברק-ארז "מזיהוי עוול לסעד משפטי" **מעשי משפט** ג 33, 38 (2010).

89 ע"א 10064/02 "מגדל" **חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא**, פ"ד ס(13) 13, פס' 41 לפסק הדין של השופט ריבלין (2005) מזכיר את התמריץ השלילי שגורם למזיקים לנקוט אמצעי זהירות קפדניים פחות כלפי מי שמגיעים מקבוצות מוחלשות בחברה ונקבע כי זו תוצאה שאינה מתקבלת על הדעת.

90 זיו 2008, לעיל ה"ש 78, בעמ' 19. ראו גם עמ' 26 שם היא מזכירה את הסיוע המשפטי מטעם המדינה הניתן במישור הפלילי באופן רחב מכוח חוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, לעומת הסיוע המצומצם מאוד בהיקפו בהליכים אזרחיים אותו מספקת המדינה מכוח חוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972.

91 דו"ח ברינקר, לעיל ה"ש 2.

92 **מאפייני ההעסקה של עובדי שמירה ואבטחה בישראל**, לעיל ה"ש 10.

93 **לרגל חג הסיגוד** (2012), ולפיו בסוף שנת 2011 היו 81.9 אלף ילידי אתיופיה בישראל; לפי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **סקירת המצב הדמוגרפי בישראל לשנת 2011** (2013), בסוף שנת 2011 מנתה אוכלוסיית ישראל 7,836,600 נפש.

מעמדם הכלכלי הנמוך יחסית של יוצאי אתיופיה לעומת האוכלוסייה הכללית.⁹⁴ במלים אחרות – נשות הקבוצה הכי מועדות לנשיאה במחיר הנזק של ירי בנשק אבטחה, משתייכות גם לאחת הקבוצות היותר פגיעות כלכלית, עניין המחדד את משקל החסם הכרוך בהעדר משאבים של התובע להגיש תביעה.

העדר משאבים של סוכני שינוי: עלות ההליך הנזיקי בהשוואה להליכים מנהליים וחוקתיים משליכה לא רק על יכולתם של הנפגעים להגיש תביעה, אלא גם על יכולתם של סוכני שינוי לשאת על עצמם עלויות ייצוג בהליך ממושך כשלעצמו, ובוודאי לעומת הליכים מנהליים וחוקתיים. כך לדוגמה, בשנת 2020 ניהול תיק אזרחי בבית משפט השלום נמשך 11.2 חודשים בממוצע (11.4 חודשים בממוצע בשנת 2019, 1.2 חודשים בשנת 2018, 11.5 בשנת 2017; 12.3 בשנת 2016; 14.2 בשנת 2015) וניהול הליך בתיק אזרחי בבתי המשפט המחוזיים 19.5 חודשים בממוצע (19.2 בשנת 2019, 17.2 בשנת 2018, 16.4 בשנת 2017 ובשנת 2016; 19.5 בשנת 2015), בעוד שניהול עתירה מנהלית בבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים נמשך בממוצע רק 4.8 חודשים (4.7; 4.3; 4.5; 4.4; 5.3) ועתירה בבג"ץ 5.5 חודשים (7.5; 9; 7.5; 8; 8.9).⁹⁵ ודוק – הנתונים מתייחסים לתביעות אזרחיות כמקשה אחת וכוללים גם הליכים בסדר דין מהיר וכיוצא בכך. לשם דוגמה, תביעתה של טדלה הוגשה לראשונה בשנת 2013 בבית המשפט המחוזי, נמחקה והוגשה שנית בשנת 2014 בבית משפט השלום. כ-5 שנים אחר כך (2019) הסתיים ההליך מול המדינה וחברת האבטחה (בשנת 2020 ניתן פסק הדין נגד היורה עצמו). התביעה השנייה הוגשה בשנת 2014 והסתיימה, תוך זמן "קצר", בסוף שנת 2017. הליך נזיקי גם דורש חוות דעת ממומחים, הוצאות מגשרים, תשלום שכר בטלה לעדים, דיונים מרובים (על ההוצאות הכרוכות בהם), אגרות הגשת בקשות⁹⁶ וכיוצא באלה. כל זאת שעה שהליכים מנהליים וחוקתיים מתנהלים בשגרה בדיונים בוודים, ללא איתור וחקירת עדים, ללא אגרות ביניים, ואינם מופנים לגישור אלא לכל היותר לניסיונות הדברות בין עורכי הדין המייצגים.

לא מיותר לציין שבישראל אין תקצוב אישי לנפגע עבירה בביטוח הלאומי, בשונה למשל מנפגעי סחר בבני אדם והחזקה בתנאי עבדות הזוכים באופן פוטנציאלי (אך בפועל חלקית

94 בשנת 2019 הייתה ההכנסה הכספית נטו למשק בית בקרב יוצאי אתיופיה כ-13,300 אלף נה לעומת כ-16,500 נה בקרב האוכלוסייה הכללית. מתוך הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה האוכלוסייה **ממוצא אתיופי בישראל – לקט נתונים לרגל חג הסיגוד** (2019).

95 הנהלת בתי המשפט דו"ח שנתי 2020 (2021); הנהלת בתי המשפט דו"ח שנתי 2019 (2020); הנהלת בתי המשפט דו"ח שנתי 2018 (2019); הנהלת בתי המשפט דו"ח שנתי 2017 (2018); הנהלת בתי המשפט דו"ח שנתי 2016 (2017); הנהלת בתי המשפט דו"ח שנתי 2015 (2016). הדוחות אינם כוללים פילוח לפי אופי ההליכים האזרחיים, אך ניתן להניח שההליכים הנזיקיים נמצאים בצד המתמשך יותר. נתוני שנת 2020 אינם נכללים לאור העיוות בהתנהלות השוטפת שיצרה מגפת הקורונה והמגבלות שנבעו ממנה.

96 על פי תקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז–2007, ההליכים והבקשות בהליך האזרחי המוגשות לבית המשפט כרוכות בתשלום אגרה (למעט חריגים). אגרות מקבילות אינן מוטלות בהליכים מנהליים.

ביותר), לפיצוי באמצעות "קרן החלוט הייעודית לטיפול ברכוש שחולט ובקנסות שהוטלו בתיקי סחר בבני אדם והחזקה בתנאי עבדות" הפועלת מכח סעיפים 377ד ו-377 לחוק העונשין.⁹⁷ נפגעי העבירה גם אינם זכאים לייצוג מטעם המדינה (למעט חריגים) ואף אין תקצוב לעמותות המגינות באופן מאורגן על זכויותיהם.

גם הפרוצדורה המורכבת המאפיינת הליכים נזיקיים, בפרט נוכח העובדה שהליכים נזיקיים שונים כוללים פרוצדורות שונות (למשל, נזק גוף לעומת נזק לרכוש, תאונות דרכים לעומת רשלנות רפואית וכו'), דורשת מומחיות מקיפה ומגוונת, בעוד שהפרוצדורה המנהלית/חוקתית ממוקדת ודומה בעיקרה ברוב המטריה המשפט-ציבורית ללא תלות בתוכן העתירות.

השפעות היסטוריות: פעילות לשינוי חברתי והגנה על זכויות אדם נעשתה באופן מסורתי מול המדינה ובדרישה כי תשנה ממנהגה, ובהתאמה התמקדה במשפט הציבורי (והפלילי, ביחס לזכויות כגון קניין, חירות ובעשורים האחרונים גם פרטיות). חריג לכך ניתן למצוא בתחומי ההגנה על זכויות עובדים, זכויות צרכנים, איכות סביבה ונוחני שירותים ציבוריים בהם נצפית מעורבות ארגונים וסוכני שינוי מול גורמים פרטיים באופן משמעותי יותר.⁹⁸ ואולם, כאתוס כללי, לא ניתן להתעלם מההשפעות ההיסטוריות שהגדירו את "גבולות הגזרה" ואת דרכי הפעולה של סוכני השינוי המשפטיים באופן שהמשיך להשפיע גם לאחר תהליכי ההפרטה שהחלו בשנות השמונים ובאופן מואץ בשנות האלפיים, והביאו לכך שיותר ויותר פעולות ציבוריות באופיין עברו להתנהל בשוק. נטייה זו לעבר המשפט הציבורי, מהווה אף היא חסם המעכב את השימוש במשפט הפרטי.

מאפיינים חברתיים של המייצגים: כפי שהוזכר, אהרונסון טוען כי ככל ש"עולים" במעלה הערכאות ובהיררכיה השיפוטית מספר השופטים ועורכי הדין המייצגים קטן ובכך הופך הייצוג בערכאות הגבוהות ליותר אליטיסטי ויוקרתי.⁹⁹ אף שהוא מתייחס לערכאות הערער בהשוואה לערכאות הדיוניות, דבריו נכונים לגבי הערכאות השיפוטיות בכלל. קיים חשש שהסתמכות של ארגונים על תרומות עלולה לתמרץ אותם להעדיף עתירות לבג"ץ על פני ניהול הליכים אפורים וחסרי תהילה בבתי משפט השלום, בשל הצורך להצביע על הישגים "מרשימים" לתורמים. האליטיזם משפיע גם במישור אישי יותר, אף שכנראה לא במודע.¹⁰⁰ עורכות דין המגייסות את כישוריהן למען הנעת שינוי מותרות על ההון הממשי שזוכים לו חבריהם המייצגים בתחומי

97 החוק הורה על הקמת קרן בשנת 2006, אך רק בשנת 2014 החלו מופקדים בה כספים משמעותיים ורק בשנת 2016 התכנסה הוועדה המייעצת לראשונה, כשבפניה 46 בקשות בסכום כולל של למעלה מ-10 מיליון שקלים. הסכום שעמד לחלוקה היה כחצי מיליון בלבד (577 אלף ₪). בשנת 2017 חולק סכום של 886,960 ₪. סכומים פעוטים אלה חולקו לנפגעי עבירה פרטניים למטרות שיקום, לקרבנות האוחזים בפסק דין שלא הצליחו לממש ולגופים הפועלים ספציפית לסיוע לקרבנות סחר בבני אדם ולמטרות הקשורות בכך. הנתונים באדיבות עוה"ד איילת דהן ממשרד המשפטים, דואר אלקטרוני מאיילת דהן, משרד המשפטים לכותבת מאמר זה (1.7.2018). על הקושי של קורבן סחר בבני אדם להיפרע על נזקיו ומשמעותו, ראו לבנקרון, לעיל בה"ש 77.

98 להרחבה, זיו 2018, לעיל ה"ש 78, בעמ' 22.

99 אהרונסון, לעיל ה"ש 82, בעמ' 34.

100 כך או כך, מדובר בעניין למחקר סוציולוגי החורג משמעותית מהמטריה של מאמר זה.

המשפט המסחרי, עבירות ההון, המיסים או הנדל"ן, אך זוכות – ולו בקרב הקהילה הרלוונטית להן, בהון סימבולי. משיצוג אידאולוגי לרוב אינו מלווה בתמורה פיננסית משמעותית, הוויתור על ההליכים היוקרתיים הופך קשה יותר משמשמעותו ויתור גם על הרווח המופשט.

2. חסמים משפטיים

העדר בסיס רעיוני-משפטי ביחס לתביעות נזיקין בגלל רשלנות במדיניות פיקוח: השימוש החסר במשפט הנזיקי ככלי לעיצוב ולשינוי מדיניות מזין את עצמו. בהעדר פרקטיקה מפותחת כזו, עורכת הדין המבקשת לטעון למדיניות פיקוח רשלנית (להבדיל מתקלה נקודתית באכיפה) מתמודדת עם הצורך לבסס תשתית משפטית לטענותיה כמעט מאפס ואין באפשרותה להיעזר ולהפנות לחומר רלוונטי קודם. יתרה מכך, בהעדר הכרות עם פרקטיקה כזו, מושכת המערכת המשפטית את הדיון אל שאלות של רשלנות או תקלה נקודתית באופן המונע דיון רחב יותר שעשוי לקדם את השינוי הרצוי כפי שיודגם בהמשך.

כאמור, סעיף 10 ג קובע כי רישיון לנשיאת נשק אבטחה יינתן לאזור היעד המאובטח, אך המשטרה קבעה הנחיות שאפשרו לחברות האבטחה להגדיר מאבטחים כ"כוננים" ללא תלות באופי עבודתם וללא מגבלה משמעותית. בהעדר פיקוח על היקף ואופי המאבטחים שהוגדרו ככוננים, בחברות אבטחה רבות (לכל הפחות) מאבטחים הוגדרו ככוננים באופן גורף כדי לייתר את הצורך במציאת פתרון לנשק אחרי המשמרת, כפי שקרה גם באירועים שהביאו להגשת התביעות.

העדר תשתית רעיונית-משפטית אודות רשלנות בפיקוח ובקביעת מדיניות הקשתה על הוכחת "מדיניות רשלנית" ומשכה את הדיונים לשאלות נקודתיות של צפיות קונקרטיים ביחס לשאלת מצבו הנפשי וכוונתו של היורה עובר לאירוע, הליך הכשרתו וקבלתו לעבודה וכיוצא בכך, במקום בחינה של הצפיות המושגית אודות השפעת כלי ירייה על הסלמת תקריות אלימות; הלגיטימציה של המדיניות הנוהגת להגדיר מאבטחים ככוננים באופן גורף; היקף הפיקוח של המדינה בעניין זה; לגיטימיות קביעת הנחיות המשטרה הסותרות את סעיף החוק ואת רוחו וכיוצא בכך.¹⁰¹

הוכחת רשלנות במדיניות: תביעות נזיקיות המבקשות לגבש ולהשפיע על מדיניות "מלמטה למעלה", נאלצות להתמודד עם הקושי בהוכחת הטענה שהנזק נגרם בשל מדיניות רשלנית (בפרט רשלנות גורפת בפיקוח) ולא בשל אירוע חד פעמי. במלים אחרות – הצורך להוכיח שמדובר בתופעה ולא בתקלה (במקרה הטוב), או הצורך להוכיח שעצם הפעולה בהתאם

101 ס' 10 ג נחקק בעקבות המלצות ועדת ברינקר. בין השאר ציינה הוועדה כי לאור הממצאים אודות הכשרה בלתי מספקת של שומרים ושל "הפיקוח החסר המתבצע על תפקודם – אין זה סביר כי תופעה זו, של נטילת כלי הירייה לאחר המשמרת, יישאר על כנו ונראה לנו כי יש לשנותו בדחיפות". (ההדגשה במקור). בהתאמה, המליצה הוועדה על צמצום מספר השומרים החמושים ועל "צמצום האישורים לנשיאת כלי ירייה ותופעת נטילת כלי הירייה על ידי השומרים לביתם" (המלצות 6-7).

למדיניות ולהנחיות מהווה רשלנות כשלעצמה (במקרה המורכב עשרות מונים). כך לדוגמה, קיים קושי של מזרחים להוכיח כי הופלו בכניסה למועדונים בשל מוצאם האתני בשל התכסות הגורמים המפלים באצטלות כביכול תמימות המסבירות מדוע עיכוב או מניעת כניסה נעשו בשל סיבות לגיטימיות לכאורה.¹⁰² הקושי מתחדד כשמדובר לא בתביעת פיצוי של עשרות אלפי שקלים (לעיתים בתביעות קטנות ללא מעורבות עורכי דין) אלא של מאות אלפים ומיליונים. קל וחומר כשמהעבר השני נדרשת המדינה לשלם ולהתגונן ולא בעלי עסק קטן, על פערי הכוחות הנובעים מכך ועל ההטיות המערכתיות בהקשר זה. כך, בתביעתה של טדלה ציינה עורכת הדין מהפרקליטות כי היא "מגלה סימפטיה לרעיון הכללי" (העומד בבסיס התביעה לאכוף את ולפקח על מימוש הסעיף המגביל נשיאת נשק אבטחה למרחב הפרטי), אך באותה נשימה טענה שיש לדחות את התביעה.

המשגת נסיבות חיים של אוכלוסיות מוחלשות: מטבע מינוים משתייכים שופטים (ובמידה פחותה אך ממשית לא פחות – עורכי הדין שהם עובדי ציבור ועורכי דין מסחריים המייצגים תאגידים) למעמד סוציו-אקונומי גבוה.¹⁰³ מצב כזה מקשה על המשגת הזכויות הנפגעות לאור הזרות של אוכלוסיות מוחלשות במערכת המשפט על מאפייני החיים של המשתייכים אליהן.¹⁰⁴ התביעות שהוגשו בעקבות הפרת סעיף 10ג בכוונה לתמרץ את אכיפתו הדגימו קשיים אלו באופן מובהק. בתביעה אחת נדרשו עורכות הדין להסביר מדוע לא ניתן לייחס רשלנות תורמת למהגרת קשישה, ניצולת שואה, שהתגוררה עם נכדה המאבטח מאחר שלא התנתה את המשך המגורים עמה בכך שיעזוב את עבודתו או יוותר על נשיאת הנשק לאחר שעות העבודה.¹⁰⁵ בתביעה של טדלה נדרשו עורכות הדין להתמודד עם השאלה מדוע אין לייחס רשלנות תורמת למהגרת צעירה מאתיופיה, אנאלפבתית שעבדה בשכר מינימום, כיוון שלא התעקשה מול בן זוגה ומול חברת האבטחה בה הוא הועסק שהאקדח שקיבל לצורך עבודתו לא יוחזק בביתם אחרי המשמרת.¹⁰⁶ באותו מקרה נדרשו עורכות הדין לשכנע שמשיכת תלונה על אלימות במשטרה במטרה לאפשר לבן זוג לקבל חזרה רישיון לנשיאת נשק לצורך פרנסת המשפחה היא שיקול רציונלי על רקע מצוקה כלכלית מוחשית ומידית לעומת סכנת ירי מופשטת ועתידית, נוכח חוסר היכולת של שופטים לתפוס חוסר אונים ומצוקה כלכלית בהיקף הרלוונטי. אולי לא מיותר

102 ביטון 2011, לעיל ה"ש 35, בעמ' 500.

103 יובל אלבשן זרים במשפט – נגישות לצדק בישראל 21 (2005). ניתן גם להניח שרבים רבים מביין אלו שהגיעו למלא את התפקידים הנ"ל צמחו בסביבה מאפשרת, לרבות מבחינה סוציאקונומית.

104 להרחבה על הקשיים המוגברים המוטלים על המשתייכים לאוכלוסיות מוחלשות בכואם לבקש סעד מבית המשפט ראו שם; וכן אצל נטע זיו "משפט ועוני – מה על סדר היום? הצעה לאג'נדה משפטית לעוסקים בייצוג אוכלוסיות החיות בעוני" עלי משפט ד 17 (התשס"ה) (להלן: זיו התשס"ה).

105 רויטל חובל "הפרקליטות: בת 89 שנרצחה בידי נכדה נחשפה מרצונה לסכנה" הארץ (26.4.2015) <https://bit.ly/3Qohm7p>; אודות עניין ליטורבניק, לעיל ה"ש 29.

106 עניין פלונית, לעיל ה"ש 29.

לציין שלראשונה מונו שופטות יוצאות אתיופיה רק בשנת 2016. נכון למועד כתיבת דברים אלו עומד מספר השופטים יוצאי אתיופיה על שלושה בלבד.¹⁰⁷

תכלית אידאולוגית כעילה להקטנת פיצוי: בספרות נטען כי שופטים רואים בהגשת תביעה שמטרתה להביא לשינוי חברתי עילה להקטנת הפיצוי או עניין הנוקף לגנות התובע, גם כשמדובר בתביעה המבוססת על חוק בעל מטרות חברתיות כדוגמת חוק המועדונים והתכליות העומדות בבסיסו.¹⁰⁸ מעניין להזכיר בהקשר זה פסק דין של השופט אליקים רובינשטיין, שציין ביחס לתביעות שמטרתן שינוי חברתי: "...אין בהחלטה זו, כמובן, כדי לגרוע מן החשיבות שבאכיפת החקיקה לעניין שוויון זכויות בעלי מוגבלויות, כמפורט מעלה, וכל האוכף הרי זה משובח".¹⁰⁹ הדברים נכתבו במסגרת תביעה שהוגשה על רקע דרישה מנוסע עיוור שירכוש כרטיס נסיעה עבור כלב הנחייה שלו. דא עקא, לא ניתן להתעלם מכך שבאופן אירוני האלמנט המפלה באותה פרשה (עיוורון פיזי) היה גלוי לעין, לעומת האפליה העדתית המוכשת פעמים רבות, לרבות על ידי בתי המשפט, ובכך מקשה על הוכחתה.¹¹⁰ נוכח העובדה שעוני איננו מושג הנתפס כמונח משפטי,¹¹¹ השתייכות לקבוצות מוחלשות כלכלית וחברתית מצויה בהקשר זה קרוב יותר לקבוצת המזרחים מאשר לבעלי נכות פיזית גלויה.

יתרונות לטובת המדינה כבעלת דין: באופן עקרוני, ובניגוד להליכים פליליים, בהליך האזרחי המדינה היא ככל בעל דין אחר.¹¹² ואכן, ישנה טענה כי ההליך האזרחי חל על סכסוך בין שני פרטים שחלוקת המשאבים ביניהם מאוזנת ושוויונית, וככל שצד אחד ניחן ביתרון יחסי מדובר בהטיה שאינה שיטתית.¹¹³ אולם חלק מיתרונות המדינה כבעלת דין בהליך הפלילי¹¹⁴ (ובאופן דומה גם בהליך הציבורי) נכונים גם כשהמדינה נתבעת בהליך האזרחי: בראש ובראשונה, קביעת כללי המשחק לפיהם מתנהל ההליך. כך לדוגמה, חוקקה המדינה את חוק הנזיקים האזרחיים המעניק לה פטורים רחבים מאחריות נזיקית, ואף הוסיפה פטור קונקרטי לנזקים שגרמו כוחות הביטחון שלא במסגרת "פעולה מלחמתית" (שכבר ניתן לה פטור קודם לכן) בתגובה לאלפי תביעות נזיקין שהגישו פלסטינים תושבי האזור (השטחים) בבתי משפט ישראליים בדרישה לפיצוי בגין נזקים שגרמו כוחות הביטחון הישראלים על רקע האינתיפאדה

- 107 טובה צימוקי "השופטים החדשים: 21 נשים, 13 גברים בהם אחד יוצא אתיופיה" Ynet, <https://bit.ly/2TFnUBO> (23.11.2018).
- 108 ביטון 2011, לעיל ה"ש 35, בעמ' 503.
- 109 רע"א 9568/16 אסולין נ' הדקה ה-90 בע"מ, פס' טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו) 9.3.2017.
- 110 ביטון 2011, לעיל ה"ש 35, בעמ' 504.
- 111 זיו התשס"ה, לעיל ה"ש 104, בעמ' 18.
- 112 זנדברג, לעיל ה"ש 40.
- 113 יששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח 489, 499 (2009).
- 114 שם.

הראשונה.¹¹⁵ בחוק זכויות נפגעי עבירה הקדימה המדינה "תרופה למכה" וקבעה כבר בנוסחה המקורי כי אי קיום הזכויות המנויות בחוק לא יהווה עילת תביעה.¹¹⁶ יתרון שני הוא המשאבים העצומים העומדים לרשות המדינה. רוזן-צבי ופישר מציינים "כספים, יחידות משטרה וייעוץ משפטי מיומן",¹¹⁷ ועל כך ניתן להוסיף גישה למידע ולמקבלי ההחלטות, ארכיונים, מומחים וכיוצא בכך.

שלישית יש להוסיף את היתרונות המוקנים למדינה בהיותה שחקן חוזר:¹¹⁸ התמחות, גודל שהופך את העלות השולית של ניהול כל תיק נוסף לנמוכה יחסית, קשרים בלתי פורמליים עם גורמים במערכת, יכולת לבזר סיכונים שגורמת לאדישות לסיכון ואפשרות לנקוט באסטרטגיות שמקנות יתרונות לטווח ארוך גם במחיר הפסד בטווח הקצר. כזו לדוגמה היא האפשרות של שחקן חוזר לשלם פיצוי חלקי "מבלי להודות בכל טענה" על מנת למנוע הכרעה משפטית פומבית שתשפיע על תביעות עתידיות (כפי שאכן נעשה בשתי התביעות).¹¹⁹ יתרונות אלה נשחקים אומנם כאשר הצד השני הוא תאגיד בעל כיס עמוק,¹²⁰ אך כמתואר לעיל, כאשר מדובר בתביעות נזיקין שמטרתן לתמרץ את המדינה להגביר פיקוח על תאגידים זה אינו המצב. למעשה, ייתכן שההפך הוא הנכון – ככל שלצד המדינה נתבעים התאגיד המעוול וחברת הביטוח שלו, עשויים הללו לחבור לצורך סילוק התביעה.

3. הטיות שופטים

הערפת סיפור מוכר: הקושי בהמשגת מושגי החיים של חברי קבוצות מוחלשות שהוזכר לעיל משפיע גם על החלטות שופטים. זמיר וטייכמן טוענים כי אופן בניית הסיפור בבית המשפט עשוי להשפיע על החלטות השופט.¹²¹ בהתאם ל"מודל הסיפור", השופט קובע את העובדות בהתדיינות משפטית באופן של יצירת סיפור המסביר את הראיות והטענות שהוצגו בפניו. לשיטתם, שופט מאמץ את הפרשנות שמסבירה את הראיות בצורה הטובה ביותר ובאופן קוהרנטי. "הקוהרנטיות דורשת שהסיפור לא יכלול סתירות פנימיות או פערים בלתי-מוסברים,

115 ס' 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952. הסעיף אושר לראשונה בשנת 2005 ועבר מספר גלגולים לאחר שבגרסתו הראשונה נפסל בהחלטת בג"ץ. המדינה הוסיפה את הסעיף אף שבמקביל "בתי המשפט הרחיבו, מיוזמתם, את הפטור של המדינה מתשלום פיצויים. כתוצאה משינויים אלה, נחסמה כמעט לחלוטין האפשרות של תושבי השטחים לקבל פיצויים, אפילו במקרים שבינם ובין פעולות לחימה אין כל קשר, כמו פעולות שיטור מובהקות, אירועי ביזה ואלימות", יעל שטיין פטור בלא כלום (2017).

116 ס' 21 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001.

117 רוזן-צבי ופישר, לעיל ה"ש 113, בעמ' 508.

118 שם, בעמ' 508. ראו גם ההבחנה שעורך גאלאנטר, לעיל ה"ש 64, בין "שחקנים מזדמנים" ל"שחקנים חוזרים" בעמ' 16.

119 שם, בעמ' 17.

120 רוזן-צבי ופישר, לעיל ה"ש 113, בעמ' 508.

121 איל זמיר ודורון טייכמן "ניתוח התנהגותי של החלטות שיפוטיות: הישגים ואתגרים" משפט ועסקים יט 57, 64 (2015).

ושהוא יעלה בקנה אחד עם אמונותיו של השופט לגבי העולם הפיזי ולגבי מניעיהם של אנשים והתנהגותם". בין אם השופטים מגיעים מהמגזר הציבורי (ולכן, ככלל, ייטו לייחס אידיאלים להתנהגותה של המדינה) ובין אם הגיעו מרקע של משפט מסחרי או תאגידי (ולכן סביר שייטו לקבל בהבנה רבה יותר טיעונים מערכתיים וכלכליים), קיים חשש שהסיפור אותו יעדיפו לא יקבל בהבנה את מניעי הנפגעים להתנהגותם, ודאי כשאלה לא פועלים באופן "רציונלי" לכאורה. תיאוריות העוסקות בקבלות החלטות מלמדות שתהליך קבלת החלטה הוא דו כיווני: עוצמת הראיות והטיעונים קובעת איזה סיפור השופט יאמץ ואת ההחלטה שיתקן כתוצאה מכך, אך הסיפור המאומץ הוא גם זה שקובע את הרלוונטיות, האמינות והחשיבות ששופט מייחס לראיות ולטיעונים המוצגים בפניו.¹²² כך לדוגמה, בתביעה של טדלה בחרו הנתבעים להדגיש שזו משכה את תלונתה במשטרה על אלימות במשטרה ואף חתמה בהמשך על תצהיר (לבקשת עורך דינו של היורה) אשר אפשר ליורה לקבל חזרה את נשקו ומכאן שלא הייתה להם "דרך לדעת" על חוסר השקט בבית. הדגשה חוזרת של טיעון זה מלמד על כך שהנתבעים סברו שהטיעון מצא אוזן קשבת בבית המשפט, ואין בכך פלא, שעה ששופטים נאלצים להכריע בבקשות מסוג זה על סמך תצהירים (בתגובה לכך נדרשה התובעת שוב ושוב לטיעון כי הרשלנות נבעה מעצם שליחת היורה לביתו עם הנשק, שכן אם לא היה האקדח זמין לו, לא היו המתחים בתא המשפחתי גורמים נזק כה גבוה).

הטיית המחדל: הטיית המחדל היא הנטייה להעדיף אי-מעשה על מעשה. ביחס לקבלת החלטות שיפוטיות (שמחייבות מתן החלטה) נמצא שקבלת תביעה נתפסת כפעולה אקטיבית יותר מדחייתה. משכך, אף שבתביעות אזרחיות יש לפסוק על פי "מאזן ההסתברויות" (היינו, על התובע להוכיח שגרסתו משכנעת מעט יותר מגרסת הנתבע), בפועל סטנדרט השכנוע הנדרש גבוה בשיעור ניכר.¹²³ זמיר וטייכמן מזכירים גם את הטיית הסטטוס-קוו הקרובה להטיית המחדל, המלמדת שאנשים נרתעים מלקבל החלטות המשנות את המצב הנהוג. מיותר לציין את הקושי הרב שמוסיפה הטיה כזו על הליכים שמבקשים להשפיע על מדיניות נהגת או פרקטיקה רווחת.

התעלמות מהמשמעות הקבוצתית/חברתית של ההליך: שופטים מתרכזים בפרמטרים אינדיבידואליים של בעלי הדין תוך התעלמות מהמשמעות הקבוצתיות. כך למשל, מציינת ביטון כי באחת התביעות מכוח חוק המועדונים טענה שופטת בפסק דינה כי מוטב היה לתובע לו היה פונה לתוכנית תחקירים טלוויזיונית במקום לתבוע את נזקיו.¹²⁴ חסם משמעותי זה מתכתב עם הבעיה שאוזכרה לעיל, וייתכן שעלייה במספר התביעות הנזיקיות שמבקשות להביא לשינוי חברתי תציף משמעות אלה באופן שיקשה להתעלם מהן.

122 שם, בעמ' 66.

123 שם, בעמ' 57.

124 ביטון 2011, לעיל ה"ש 35, בעמ' 503.

נטייה כללית לעמדת המדינה:¹²⁵ כמעט מחצית מהשופטים בישראל "צמחו" במגזר הציבורי. תפקידם הקודם של 44% מהשופטים היה במגזר הציבורי, כאשר נוכחות גבוהה במיוחד ישנה לאנשי פרקליטות המדינה.¹²⁶ אך בעוד ששופטים צריכים לעדכן אודות היכרות מוקדמת עם עורכי דין איתם עבדו בעבר, בפרט כשזו עלולה לעלות כדי ניגוד עניינים, חובה דומה אינה מוטלת על שופטים שהגיעו מהפרקליטות ואשר בתביעות נגד המדינה נאלצים להכריע בין עורך דין פרטי לבין פרקליט שייתכן ועבד לצדם ועמם בעבר.¹²⁷ ממילא, גם כשלא מדובר בהכרות אישית, עבר במגזר הציבורי (כמו גם העובדה ששופטים שייכים למגזר הציבורי) עלול ליצור הזדהות יתר עם טענות המדינה ועם טענותיה שהיא לכאורה שחקן נייטרלי.

העדפת עמדות מומחי המדינה: חזקה פסיקתית במשפט הציבורי קובעת כי בהתקיים שלושה יסודות מצטברים (העדר ידיעה שיפוטית בנושא הכרוך במחלוקת, מחלוקת בין המומחים בנושא ושכנוע בית המשפט שהמחלוקת כנה ואמיתית), על בית המשפט להעדיף עדות מומחה שבחן את הנושא בהזמנת הרשות.¹²⁸ בעוד שהדברים רלוונטיים במשפט הציבורי, שם הרשויות מקבלות הכרה רחבה בהחלטותיהן ובית המשפט אמור להתערב רק כאשר הן חרגו ממתחם הסבירות, במשפט האזרחי אמורה המדינה להיות שחקן שווה לכל שחקן אחר. בפועל, ניסיון החיים מלמד שנטיית שופטים להעדיף עמדות מומחים מטעם המדינה נצפית גם בהליכים האזרחיים.

שני החסמים האחרונים, בצירוף היתרונות המשפטיים של המדינה כבעלת דין, מתעצמים עשרות מונים כאשר המדינה נתבעת לא בגין מעשה שעשתה אלא בגין התרשלותה בכיצוע תפקידה כמפקחת.

אולם, נוסף לקשיים בניהול ההליך הקונקרטי, ישנם קשיים בעצם האסטרטגיה, ובכך ידון הפרק הבא.

125 הכוונה להטיות השופטים כלפי עמדות המדינה, להבדיל מהיתרונות המערכתיים לטובת המדינה שהם חלק מהשיטה ומצוינים בפרק 4.2.

126 **נתונים על הרקע הדמוגרפי והתעסוקתי של שופטים** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020). בשנת 2007 היה המצב דומה, כאשר בבתי המשפט המחוזיים בתל אביב ובירושלים היה שיעור השופטים שצמחו במגזר הציבורי 51% ו-60% בהתאמה, אף שהיקף עורכי הדין העובדים במגזר הציבורי בסך הכל באותה תקופה היה 10% בלבד. ארנון בן-יאיר "כשמגזר של 10% מספק 50% מהשופטים זה גורם לירידה ברמת השפיטה" *TheMarker* (25.2.2007) <https://bit.ly/3bGE0sL>.

127 ראו כדוגמה "רשימת מניעויות – שופטי ורשמי בית המשפט העליון" **אתר הרשות השופטת** (1.3.2021) ואת רשימת מניעויות – שופטי ורשמי בית המשפט העליון" **אתר הרשות השופטת** (יוני 2022) <https://bit.ly/3SxFlmr>.

128 בג"ץ 492/79 **חברה פלונית נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(3) 712, 706 (1980): "פעמים רבות אמרנו שכאשר קיימת מחלוקת בין המומחים בשאלות טכניות מסובכות אין בית-משפט זה ערוך לעשות מחקר ולקבוע מסקנה משלו, כאשר לא מדובר בדברים ברורים למדי, וביתר דיוק כאשר חוות הדעת מראות שקיימת מחלוקת כנה וממשית בין המומחים... גם אם קיימות דעות סותרות של מומחים בעלי שם, בית-המשפט יעמיד את הגוף הציבורי בחזקת מי שבדק את העניין לגופו ויכבד את החלטתו בהיותו הגוף שבידו הופקדה ההחלטה. אבל שוב, גם בעניין זה אין לקבוע מסמרות ואין זה חוק כל יעבור...".

ז. ביקורת ופתרונות אפשריים

הביקורת הראשונית על השימוש בדיני הנזיקין ככלי למאבק בהפרטות מבוססת על ההנחה שהפרטה היא דבר רצוי. אולם ההצעה לנקוט פיקוח-אזרחי באמצעות דיני הנזיקין נוגעת למקרים בהם מצטלבים שני גורמים: פיקוח רשלני של המדינה על מספק השירות, ונזקים שנגרמים כתוצאה מכך. במקרים בהם הפרטה קידמה זכויות ושיפרה את המרחב הציבורי, ברי כי אין צורך בהתערבות סוכני שינוי. ואולם, הרושם המתקבל הוא שכשמדובר בהפרטות סמויות, גורמים אלו מצטלבים פעמים רבות.¹²⁹ לא רק זאת, אלא שכאשר מדובר בהפרטה סמויה המזוהה רק בדיעבד, ממילא אין יותר מדי חלופות משפטיות אפקטיביות אחרות. אבל גם מעבר לכך קיימות טענות וביקורות הנוגעות לתזה המוצעת, ואלה דורשים התמודדות ומענה.

1. קשיים רעיוניים

במישור התיאורטי קיימים שני קשיים הדורשים התמודדות. האחד נוגע לטענה שהשימוש בדיני הנזיקין ככלי פיקוח מהווה הפרטה-רעיונית של המאבק בהפרטות. יש מי שתראה בכך טעם טוב בשל הסימטריה הכרוכה במידה כנגד מידה, אך אחרות לא יוכלו להתעלם מהמחיר הכרוך באימוץ התפיסה הקפיטליסטית על ידי אלו המבקשות להיאבק בה. עצם השימוש בכלי הנזיקי והאימוץ הפרגמטי של תפיסת "תג המחיר" עלול לפגוע בפגיעה במאבק העקרוני בתפיסת העולם הניאו-ליברלית הבוחנת את שוויון של אדם במונחים כספיים.¹³⁰ קושי נוסף טמון בטענה שהפיקוח האזרחי פוגע בעקרון הפרדת הרשויות – הטלת חובת פיקוח ראוי על המדינה מהווה התערבות של הרשות השופטת בהחלטות שבשיקול דעת.¹³¹ ועוד ניתן לטעון כי הטלת השוויון הנזיקי בין המדינה לאזרח אינה מצדיקה הטלת אחריות בפעולות שלטוניות שאין להן מקבילה בשלטון הפרטי.¹³² אולם בימינו אנו, המדינה מיוזמתה בחרה לשחק תפקיד פעיל במרחב השוקי, וממילא היא בעל דין מוכר בתביעות אזרחיות המוגשות נגדה.

2. קשיים פרקטיים

לא ניתן לבטל את הטענה שהפיקוח האזרחי המוצע הוא "רוב מהומה על לא מאומה": כדי שתביעות-פיקוח יהיו אפקטיביות דרושה מאסה של תביעות. ביחס לירי בנשק אבטחה, כשמדובר במספר מקרי מוות בודדים בשנה, לא תצטבר מאסה כזו, בניגוד לתביעות-אכיפה

129 פד-פוקס ומדלקרן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1210.

130 להרחבה אודות הדילמה האתית הכרוכה בשימוש בדיני הנזיקין הקפיטליסטיים באופיים לשם השגת שינוי חברתי הממתן את האפקטים השליליים של הקפיטליזם, ראו ביטון 2018, לעיל ה"ש 66, בעמ' 83 ו-145.

131 זנדברג, לעיל ה"ש 40. המאמר הנ"ל חובר בעת שהכותבת שימשה כמנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה, כך שהדברים נכתבו מתוך פוזיציה מובהקת.

132 שם.

הנוגעות לעניינים שביום-יום כגון הפצת דואר זבל ("ספאם"), עישון במקומות ציבוריים והפליה בכניסה למועדונים.

הפתרון לקושי זה הוא פיתוח התחום על רקע תביעות של נפגעי עבירות חמורות. בתביעות כאלה הנזק שנגרם לתובע כה גדול שהוא מאזן חלק מתמריצי הנגד, בראש ובראשונה עלויות ההליך. הנזק הנגרם כתוצאה מאי-אכיפת ההגבלה על נטילת כלי ירי למרחב הביתי אינו מתמצה במקרי ההמתה. פגיעות בגוף ואף כאב וסבל נפשי הן עלויות תביעות מוכרות כמזכות בפצוי משמעותי – בדומה לתביעה של טדלה. ממילא, התוצאה המקווה של התביעות אינה קשורה במספרן אלא בהיקף הסכומים המשולמים. תביעות בגין מוות ונכות מובילות לפיצוי בסדרי גודל של מאות אלפים ומיליונים של שקלים – ומכאן שהשפעתה של כל תביעה כזו מקבילה למספר תביעות גדול הנוגעות לנזקים מצומצמים.

פתרון נוסף לקשיים הפרקטיים הוא הובלת התהליך על ידי ארגונים אידאולוגיים בעלי אורך נשימה יחסי ומיומנות נצברת של שחקן חוזר, כפי שנעשה במידה מסוימת בתביעות האמורות.¹³³ ארגונים כאלה יכולים, בנסיבות המתאימות, להיעזר גם בשירותים המשפטיים שמספקת המדינה למעוטי יכולת לפי חוק הסיוע המשפטי אשר כולל לא רק תשלום לעורכות הדין אלא גם השתתפות בעלויות חוות דעת וגישה (הגם שבצורה חלקית ביותר).¹³⁴ באופן אירוני, גם בהקשר זה פנתה המדינה למיקור חוץ והשירותים הללו מסופקים על ידי עורכי דין פרטיים הפועלים בשוק החופשי.

133 בתביעת טדלה לקח חלק בייצוג "מרכז נגה למען נפגעי עבירה" אשר ייצג נפגעי עבירות המתה ועבירות מין חמורות בתובענות נזיקיות תקדימיות במטרה להגן על נפגעי עבירה ובמטרה לפתח את תחום ההגנה שמספקת המדינה עליהם. בתביעת ליטורבניק לקח חלק בייצוג "מרכז תמורה לקידום שוויון", אחד הארגונים הבודדים הפועל במוצהר במרחב המשפט הפרטי "...מתוך כוונה ברורה ומודעת לזכות בהחלטות משפטיות תקדימיות ופורצות דרך למען הקבוצות המופלות בישראל" (מתוך אתר מרכז תמורה "אודות מרכז תמורה" מרכז תמורה – המרכז המשפטי לקידום שוויון <http://www.tmura.org.il/page1.html>). במקביל פועל המרכז לקידום פרקטיקה של שימוש בהליכים אזרחיים ודרישת פיצוי על ידי הנפגעים עצמם ככלי לתיקון עולות באמצעות סיוע בהגשת תביעות קטנות בנושאי אפליה מכוח חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000 (חוק המועדונים) ובנושאי פגיעה בחופש המחאה ביחס להתנהגות מעוולת של שוטרים בהפגנות.

134 בשנים האחרונות הורחב הסיוע המשפטי שנותן משרד המשפטים גם למתן ליווי וסיוע ללא תלות במצב כלכלי למשפחות של קורבנות עבירות המתה, פעולות איבה ומשפחות שכולות (החלטה 936 של הממשלה ה-32 "סיוע למשפחות נפגעי עבירות המתה" (22.11.2009); החלטה 2777 של הממשלה ה-34 "הענקת סיוע משפטי לבני משפחותיהם של נפגעי עבירות המתה כתוצאה מפעולות איבה ולמשפחות שכולות" (23.6.2017)). בחודש אוקטובר 2021 פרסם משרד המשפטים תזכיר חוק המבקש לעגן את מתן הסיוע לנפגעי עבירות מין ולקורבנות עבירות המתה ופעולות איבה (תזכיר חוק הסיוע המשפטי (תיקון מס' 25 והוראת שעה) (סיוע משפטי לנפגעי עבירות), התשפ"ב–2021), ולתובעים בהתאם לחוק המועדונים (חוק הסיוע המשפטי (תיקון מספר 22 – הוראת שעה), התשע"ט–2018). ייצוגה של טדלה הוסדר על ידי הסיוע בשלב מסוים כדי לסייע במימון חוות הדעת על רקע מצבה הכלכלי.

3. הכבדה על יעילות הרשויות

יש המעלים את החשש מפני תביעות סרק שיפגעו ביעילות הרשויות. נוכח פערי הכוחות בין הנפגעים הפוטנציאליים לבין המדינה, פערי כוחות הנובעים לא רק ממאפייני הנפגעים אלא גם מיתרונות המדינה ומאפיינה (כמפורט בפרק החסמים), קיים ספק אם מדובר בחשש ממשי. ממילא, כפי שהמדינה ומוסדותיה יודעים להתמודד עם עתירות סרק ועם תביעות סרק הנוגעות לאחריותה הישירה, ברי כי זו תדע להתמודד גם עם עניין זה, ככל שיתעורר.

4. המתח בין האישי לציבורי

קיים חשש שהמקרה האישי עליו מבוססת התביעה יתפס ככזה – טרגדיה אישית הנובעת משרשרת אירועים קונקרטיים. ההתמודדות עם חשש זה דורשת עריכת איזון זהיר כדי להבטיח שהסיפור האישי ידגים וימחיש תופעה כללית, והאישי לא יסתיר את העקרוני. פתרון אפשרי לכך הוא יצירת בסיס תיאורטי אקדמי שעשוי לתת כלים לסוכני השינוי אשר מבקשים לבחון דרכי פעולה חדשות, בין אם לאור תהליכי הפרטה המכרסמים בהיקף התערבות המשפט הציבורי ובין אם לאור הרצון להרחיב את סל הכלים הקיימים.

5. סתירה לעיקרון האשם

לבסוף, עולה טענה שהטלת נטל הפיצוי על הגורמים המפקחים עלול לשמוט את הבסיס העקרוני של "האשמה החברתית" של המזיק הישיר ולרוקן אותה מתוכן. הטלת אחריות כזו עלולה להפסיק להרתיע באופן מיטבי את המזיק הפוטנציאלי, שכן את מחיר אשמתו משלמים אחרים.¹³⁵ ובכך לא רק שפעמים רבות אף המזיק הישיר נתבע, מחויב בתשלום ואינו פטור מאחריות, אלא שממילא במקרים רבים המשפט הפלילי מטיל אחריות ישירה, וחמורה יותר, על המזיק הישיר.

ח. בין פסק הדין לבין פשרה – הערה לפני סיום

מאמר זה עסק בהליך הנזיקי בצורתו הקלסית, אך יותר ויותר הליכים מסתיימים בפשרה ולא בפסק דין מכריע. כך גם התביעות שנסקרו במאמר.¹³⁶ אין בכך לייתר את האמור. בבסיס ההצעה לנצל את דיני הנזיקין ככלי להשפעה על מדיניות הפיקוח של המדינה לאחר הפרטות עומדת התפיסה לפיה הצמדת תג מחיר לפיקוח לוקה חשובה כשלעצמה. כיוון שכן, התשלום משפיע בין אם ניתן בפסק דין ובין אם בפשרה.

135 גלעד התש"ן, לעיל ה"ש 37, בעמ' 650.

136 בעניינה של טדלה ניתן פסק דין נגד היורה שכן הוא לא היה חלק מהסכם הפשרה.

כך לדוגמה, ניתן לסבור שמספר פשרות משמעותיות בין הרשויות לבין נפגעות ירי מנשק אבטחה יביא לשינוי מדיניות הפיקוח של הרשות על חברות האבטחה ולאכיפה קפדנית יותר של סעיף 10ג, ומספר פשרות בין חברות אבטחה לבין נפגעות יביאו לשינוי פוליסות הביטוח ולפרקטיקות הנהגות אף אם המדינה לא תשנה את היקף הפיקוח. בדוגמה זו, ההשפעה הרצויה תתממש אף אם הסכמי הפשרה יכללו תניות סודיות הואיל והצדדים הרלוונטים הם קובעי המדיניות (בין אם מדיניות הפיקוח על התאגיד ובין אם מדיניות הפיקוח על החמושים בתוך התאגיד). זאת ועוד – פשרה, ודאי בהליך שנועד להניע שינוי ולא רק להשיג תרופה כספית לנזק, עשויה לאפשר פתרון חורג מהסעדים ומהתרופות שמוסמך בית משפט לתת.

כיוון שכך, כדי להשיג את התוצאה הציבורית הרצויה אין הכרח שההליך יתנהל באולם בית המשפט דווקא. להליכים אזרחיים פומביים תפקיד חשוב בעיצוב ערכים חברתיים, אך כפי שטוענות פישר ובילסקי החלוקה בין הפרטי לציבורי בהליכים משפטיים אינה חותכת, ולא ניתן לייחס ציבוריות או פרטיות להליכים מסוג אחד על חשבון האחר.¹³⁷ יתרה מכך, בעיקר אצל שחקנים חוזרים כדוגמת המדינה, שהיא אולי השחקן החוזר הבולט ביותר שישנו (המדינה היא בעלת דין בכשליש מההתדיינות בבתי המשפט)¹³⁸ פשרות קודמות משפיעות על מידת הנכונות להתפשר בתביעות עתידיות והמודעות לקיומן משפיעה על עצם ניהול ההליך לרבות לעניין שקילת הסיכויים והסיכונים הכרוכים בו. הדברים נכונים עוד יותר כשמדובר בהסכמי פשרה שגובשו בחסות בית המשפט ומופיעים בפרוטוקול.¹³⁹ כך או כך, ברי שכדי לסיים הליך בפשרה, יש ראשית כל להתגבר על החסמים שתוארו בפרקים הקודמים ולפתוח באחד.¹⁴⁰

ט. סיכום וקריאה לפעולה

“עורכי דין חברתיים, עורכי דין ציבוריים, עורכי דין הפועלים לקידום מטרה ציבורית, עורכי דין לשינוי חברתי – יהא אשר יהא הכינוי שנאמץ – כבר תפסו את מקומם בזירה המשפטית כסוכנים מרכזיים בקידום ההגנה על זכויות יחידים ועל קבוצות נטולות כוח, וכן על אינטרסים ציבוריים שאינם מיוצגים כדבעי במסגרת השוק ואשר ההגנה עליהם חיונית לפעילות חברה דמוקרטית וצודקת.”¹⁴¹

זו מציינת כי עורכי דין לשינוי חברתי ממלאים בישראל תפקיד סגורי מובהק בכך שהם מפעילים את השיטה המשפטית מול “מערכי כוח בלתי מבוקרים, ובראשם המדינה.”¹⁴²

137 ראו טענתן זו ביחס למלומד פיס הגורס כי התפשרויות והסכמים שמתגבשים מחוץ לכתלי בית המשפט פוגעים בתפקיד ציבורי זה בשל “טבעם הפרטי” (Owen M Fiss, *Against Settlement*, 93) (1984) Leora Bilsky & Talia Fisher, *rethinking Settlement*, 15 THEORETICAL.(YALE L.J 1073 (2014) INQUIEIRS L. 77, 79 (2014).

138 רוזן-צבי ופישר, לעיל ה”ש 113, בעמ’ 507 בה”ש 63.

139 Bilsky & Fisher, לעיל ה”ש 137, בעמ’ 90.

140 השוו לאמור שם, בעמ’ 79 ו-81.

141 זיו 2008, לעיל ה”ש 78, בעמ’ 26.

142 שם.

לשיטתה, פעילות כזו מתאפשרת בגלל "מיקומם בזירה שאינה תלויה במדינה, בעצמאות יחסית המאפשרת לבקר את 'הכוח' ולהתעמת איתו... בעניינים שנויים במחלוקת ציבורית, תוך שימוש במשפט כזירה לביקורת השלטון, ותוך שהם נהנים מההגנה שמעניקה הפרופסיה לייצוג ביקורתי שכזה".

גם הערכאות מכירות בתפקיד זה. כדברי השופט בדימוס ניל הנדל בפסק דין שניתן אך לאחרונה: "יש חשיבות רבה לפעילותם של גורמים אזרחיים, לתוספת של "אכיפה פרטית" של הדין בנוסף לפעולת הרשויות המוסמכות, ולדו שיח בין הגורמים האזרחיים ובין הרשויות [...] הצדדים אינם צרים זה לזה, אלא פועלים למען מטרה משותפת".¹⁴³

ואכן, בחינה של מפת סוכני השינוי (המאורגנים) בישראל מעלה שנתח משמעותי מפעילותם מתבצע במישור המשפטי, בעיקר המשפט הציבורי, ועל ידי עורכי ועורכות דין. המאמר ביקש להציג רציונלים להרחבת הפעילות אל המישור הנזיקי ככלי נוסף למאבק בהפרטות שתוצאתן פגיעה במרחב הציבורי, בזכויות אדם ובזכויות אזרח. המאמר ביקש להציג כיצד יכול המשפט הנזיקי להשלים את המאבק בהפרטות פוגעניות בדרך של צמיחה לצד המשפט הציבורי ודרך החלחול. כטענת אהרונסון, החלטות בודדות "אפילו השפעתן המעשית מוגבלות, יכולות לשמש זרז לפעילות חוקתית בתוך בתי המשפט וגם מחוץ להן, בהיותן סמן בעל משמעות למגוון השחקנים המעורבים בתהליך היצירה של משמעויות חוקתיות".¹⁴⁴

לא ניתן להתעלם מהחסמים הרבים המעכבים סוכני שימוש משפטיים מלהשתמש בכלי הנזיקי ככלי נוסף בארגז הכלים המשפטי שעומד לרשותם, בוודאי ככלי עקרוני שנועד לעצב מדיניות וגם לא ניתן להתעלם מהביקורת. במאמר ביקשתי לגייס את ניסיוני באולמות בתי המשפט לצד הידע הרחב שנצבר בתחומים שונים, כדי לדבר בכל זאת בזכות ניהול מאבק באמצעות תביעות נזיקיות. העלאת הקשיים לא נועדה לרפות ידיים אלא לאפשר לסוכני שינוי משפטיים לעצב באופן מושכל פעולות לשינוי חברתי וסגור ציבורי.

זאת ועוד, הבנת החסמים שימושית לעורכת הדין לצורך השגת מטרותיה ושירות האינטרסים של לקוחותיה. עורכת דין שמכירה את השיקולים, ההטיות והחסמים העומדים בבסיס הגשת תביעה נזיקית שמטרתה ליצור שינוי ולא רק להשיג תרופה לנפגעת קונקרטי, תשיג תוצאות טובות יותר ותוכל לנתב את הדיון לצרכיה באופן מיטבי. כך לדוגמה, הכרות עם הטיית המחדל עשויה להביא למסקנה האופרטיבית שיש להמשיג בכתב התביעה את רשלנות המדינה כאי עמידה בפיקוח שדורש החוק, ולא כהעדר פיקוח הנובע מרשלנות באי-קביעת מדיניות. ככל ששופטים יכירו את ההטיות ויחשפו להשפעתן הלא מודעת הדבר עשוי לצמצם את השפעתן ולו אד-הוק. בסופו של דבר, הבנת המכשולים בדרך, החסמים המשפטיים ולא פחות מכך – החברתיים, עשויה לצמצם את הבדידות שחשה עורכת הדין לשינוי חברתי בפעולתה במרחב הזר לפעילות המקובלת בקרב הקהילה הפרופסיונית אליה הוא משתייכת. תקוותי שמאמר זה יהווה תמיכה מסוימת בכך.

143 בג"ץ 2780/17 ארד נ' הכנסת, פס"ד 4 (נבו 12.7.2022).

144 אהרונסון, לעיל ה"ש 82, בעמ' 36.