

ד"ר דפנה אבניאלי

שופטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

דיני חסינות



פרלשטיין-גינזבורג בע"מ

הקדמה

פרופ' דפנה ברק-ארו
שופטת בית המשפט העליון

הנושא העומד במרכזו של הספר שבפנינו – דיני חסינות – הוא חשוב מאין כמותו, הן במישור התיאורטי והן במישור המעשי. במישור התיאורטי – הדיון בחסינות חשוב משום שהוא משרטט תחום הפטור לכאורה, באופן מלא או חלקי, מתחולתם של כללי האחריות הרגילים. שאלת ההצדקה לכך, מבחינת שלטון החוק והשוויון בפני החוק, מתעוררת אפוא במלוא עוצמתה. במישור המעשי – הדיון בחסינות חשוב גם משום שיש בו כדי להשליך על התוצאות המשפטיות בעניינם של הנוגעים בדבר, הן הנהנים מן החסינות (וכך פטורים מאחריות) והן אלה שבגין החסינות מנועים מקבלת סעד משפטי.

אין מקום לנטייה הקיימת לעתים לראות בדיני החסינות תחום משני להסדרים המשפטיים הקובעים את מסגרת האחריות עצמה. כללי החסינות הם אלה שמגדירים את המשמעות המעשית של כללי האחריות, ובכך קובעים אם יש להם ממשות ככללים משפטיים לכל דבר ועניין.¹ על מנת לדעת מהו משטר האחריות שחל הלכה למעשה על אנשים במצבים שונים לא ניתן לבחון רק את הוראות החוק המגדירות את מקור האחריות (עילות תביעה או עבירות) אלא גם את החסינויות החלות על מבצעי הפעולות או המחדלים. לא בכדי החסינות היא אחת מסוגי הזכויות שנמנו על-ידי הופלד בטיפולוגית הזכויות הקלאסית שלו.² טיפולוגיה זו מבהירה מה רב כוחה של החסינות – אשר העומד כנגדה מוגדר כחסר כוח לשנות את מצבו של בעל החסינות.

¹ להבחנה בין כללי משפט לכללי מוסר מן הפרספקטיבה של "האיש הרע" המתעניין בתוצאותיהם של הכללים בחיי המעשה, ראו: Oliver W. Holmes, *The Path of Law*, 100 HARV. L. REV. 991 (1897).

² ראו: Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L. J. 16 (1913).

דרך מועילה נוספת להבנת חשיבותו של הנושא במלוא עוצמתה היא דרכה של ההתבוננות ההיסטורית על חסינות המדינה בדיני הנוזיקין. כאשר שלטה בכיפה הדוקטרינה המסורתית של חסינות המדינה, אשר ינקה מ"חסינות הכתר" שאותה ירש המשפט הישראלי בתחילת דרכו, לא הייתה כל ממשות לתפארתם של דיני הנוזיקין, מאחר שזו התנפצה על סלעי החסינות. הנהגת העיקרון של אחריות המדינה, גם אם בכפוף לחריגים משמעותיים, עם חקיקתו של חוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, הוגדרה על-ידי השופט אהרן ברק (כתוארו אז) כ"שעתו היפה של המשפט הישראלי".³ מאז ואילך, שאלת היקפה של אחריות המדינה בנוזיקין ממשיכה להעסיק את בתי המשפט עד ימינו אנו, בנתון למגבלות הנובעות מן החסינויות הספציפיות שנתרו בתחום זה ולשיקולי המדיניות המיוחדים שמעצבים אותו.

יטעה מי שיסבור כי החסינות היא עניין "היסטורי" בלבד. אכן, הרעיון של חסינות התפתח בעולם משפטי, שבו זכויות יתר של בעלי מעמד או של השלטון עצמו נחשבו מקובלות,⁴ ולא נורמות שנויות במחלוקת המעוררות את החשש מפני יצירת "עיר מקלט" משפטית ששעריה פתוחים בפני מפרי חוק.⁵ אולם, גם כיום הענקת חסינות בתנאים מסוימים נחשבת לחלק מן השיטה המשפטית, ואף לנורמה ראויה, כאשר היא משרתת תכליות ציבוריות חשובות, כדוגמת החסינות המהותית שנועדה לאפשר לחברי הכנסת למלא את תפקידם ללא מורא. יתר על כן, תחום החסינות ידע במהלך השנים חידושים רבים, שחלקם הונהגו בתיקוני חקיקה עדכניים – כמו למשל בכל הנוגע לחסינות המוענקת לעובדי ציבור בנוזיקין⁶ או בהתייחס להליך המסדיר את חסינותם של חברי הכנסת.⁷ חידושים אלה שהתחוללו מאז צאת הספר

³ ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 135 (1985).

⁴ לדיון בחסינות הכתר אצל בלקסטון, ראו למשל: WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAW OF ENGLAND (Thomas B. Wait, & 1807) (1765), Vol. 1, 242.

⁵ בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 687 (1995).

⁶ חוק לתיקון פקודת הנוזיקין (מס' 10), התשס"ה-2005.

⁷ חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (תיקון מס' 33), התשס"ה-2005.

"חסינות אישי ציבור" בשנת 2001, מצביעים על חשיבותו של התחום ועל הרלוונטיות שלו למשפט ולחברה בישראל.

כפי שכבר צוין, חסינות מפני אחריות מעוררת שאלות קשות – הן מהיבטם של השיקולים הציבוריים המתמקדים בשלטון החוק ובשוויון בפני החוק והן מהיבטם של השיקולים שבהם מתמקד הדיון כאשר החסינות נסבה על אחריות אזרחית – הכוונת התנהגויות ותיקון העוול שנגרם לניזוק. על כן, כל חסינות וחסינות צריכה להיבחן בנפרד – בשים לב לתכליותיה, להיקפה ולאיוונים הפנימיים הגלומים בה. הדיון בחסינות מחייב, לא אחת, גם דיון בחשיבותה היחסית של הפעילות החברתית שעליה המשפט מבקש להגן באמצעות החסינות. כמו כן, על הדיון להיעשות בזיקה לשאלה האם החסינות מפני אחריות מוענקת בתנאים שבהם קיימים אמצעים אחרים לתמרץ להתנהגות ראויה (למשל, באמצעות מנגנון של דין משמעתי) וכן אמצעים חלופיים להגן על מי שזכותו נפגעה (למשל, באמצעות מנגנון פיצוי לבר-נזיקי).

הספר שבפנינו ממלא חלל חשוב בכך שהוא מעמיד את נושא החסינות במרכזו. המחברת, השופטת ד"ר דפנה אבניאלי, החלה במילוי החלל הקיים בספרות המשפטית בישראל בתחום זה עוד בספר "חסינות אישי ציבור". כעת, היריעה הורחבה וכוללת דיון בחסינותם של בעלי תפקידים וגופים נוספים, מתוך התירה ליצור קורפוס שלם של דיני חסינות. הדיון המקיף בספר משמש כקלידוסקופ שבאמצעותו ניתן להתבונן בתחום של דיני חסינות מזוויות שונות, שכל אחת מהן חושפת פן אחר שלהם. הספר דיני חסינות מוסיף לספריה המשפטית חיבור רחב יריעה, המשלב ניתוח משפטי דוקטרינרי, עיון השוואתי ודיון בשיקולי המדיניות הרלוונטיים. הוא יניח בסיס לחשיבה מקיפה על התחום שבו הוא עוסק ובמסגרת זאת יסייע גם למי שיבקשו לבחון מחדש את היקפן של החסינויות בתחומי משפט שונים, בין אם לצורך הרחבתן ובין אם לצורך צמצומן. על כל אלה תבוא המחברת על הברכה.

פתח דבר

בעשור האחרון נחשדו אישי ציבור בכירים בביצוע עבירות פליליות, אך לא ניתן היה להעמידם לדין פלילי בשל חסינותם, כל עוד כיהנו בתפקידם. משה קצב נחקר בחשד לביצוע עבירות מין המורות, אך לא ניתן היה להגיש נגדו כתב אישום כל עוד המשיך לכהן בתפקידו הרם כנשיא המדינה. קצב ניאות לפרוש מכהונתו שבועיים בלבד לפני סיומה, לאחר שהוצע לו הסדר טיעון מקל, שממנו נסוג לבסוף. לימים הורשע ונידון לעונש מאסר ממושך.

בצל החסינות שחלה בעבר על ראשי ערים, התמודדו בבחירות המקומיות בשנת 2013 שלושה ראשי ערים מכהנים. העובדה שהוגשו נגדם כתבי אישום חמורים, לא מנעה את בחירתם שנית לתפקידם.

עקרון החסינות סיפק הגנה גם לחברי כנסת שחשפו מעל בימת הכנסת פרשת ריגול חמורה שיוחסה לאסיר X (בן זיגיר), למרות צו איסור פרסום שהוטל על הפרשה. אלמלא החסינות ניתן היה להעמיד את חברי הכנסת לדין בשל כך.

אין באזכור דוגמאות אלה כדי לטעון כי נעשה שימוש לרעה בחסינות, שנועדה לאפשר לנושאי תפקידים למלא את תפקידם ללא חשש ומורא. ברם, מקרים אלה מצביעים על הצורך בעיון בדוקטרינת החסינות ובבחינה אנליטית של גבולותיה הנאותים כיום.

החסינות אינה פרי חידושו או המצאתו של המחוקק הישראלי. שורשיה נטועים במשפט המקובל, שגרס כי מי שסמכותו הוא המקור לחוק, אינו יכול להיחשב כמפר חוק. כבר בדין האנגלי הקדום, האמרה הידועה The King can do no wrong פורשה כמקנה חסינות לכתר ולרשויות השלטון באנגליה מפני תביעה אזרחית, גם אם ביצעו מעשה עוולה. במאה ה-17 הונחו היסודות לחסינות השיפוטית המוחלטת במשפט המקובל באנגליה, ואומצו לאחר מכן גם במשפט האמריקאי. החסינות הפרלמנטרית נועדה להגן על מעמדו

העצמאי של הפרלמנט יותר מאשר על חבריו כפרטים, ומקורה אף הוא במשפט הרומי הקדום, שם נציגי העם זכו להגנה מיוחדת כדי להגן על חירותם ועל חופש פעולתם.

הספר "דיני חסינות" סוקר את היבטיה של דוקטרינת החסינות. כפי שהיא חלה על בעלי תפקידים שונים, על ארגונים ועל מדינות. זהו ניסיון ראשון לאגד בישראל את כל דיני החסינות תחת קורת גג אחת. הספר נכתב בראייה אקדמית ומעשית, שהתאפשרה הודות לשנות כהונתי כשופטת בישראל. במהלך שנים אלה הזדמן לי לדון בתביעות שהייבו התייחסות לנושא החסינות, וזאת לצד מחקרי האקדמי בנושא זה.

לפני למעלה מעשור יצא לאור ספרי "חסינות אישי ציבור", שהתבסס בחלקו על עבודת דוקטורט שכתבתי על גבולות החסינות השיפוטית, בהדרכתם המשותפת של פרופ' צפורה כהן מהפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן ושל פרופ' דני מור מהפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב, שאושרה על ידי סנאט אוניברסיטת בר-אילן בחודש אפריל 2000.

הספר "דיני חסינות" אינו מהווה מהדורה מעודכנת של קודמו, אלא התבוננות מחודשת בעין ביקורתית, על הגבולות הראויים של החסינות ויישומה כיום. כתיבת הספר נמשכה שנתיים והייתה כרוכה בקריאת מאות פסקי דין, מאמרים ודברי חקיקה שונים. השתדלתי להבהיר בכל פרק את הנושא מבראשית, תוך השוואה לדין החל במדינות אחרות. בחלק מהמקרים הוספתי הצעות לשינוי המצב הקיים, כמו בפרק העוסק בחסינות נשיא המדינה, שנכתב לאחר פרשת קצב – הנשיא הראשון בישראל שנודע למאסר. כך גם בפרק הדין בחסינות נבחר הציבור, שנכתב בעת שנודע כי שלושה ראשי ערים נבחרו שוב לכהונתם, אף שהוגשו נגדם כתבי אישום חמורים. פסיקת בית המשפט העליון ותיקון חוק הרשויות המקומיות שהתקבל בשנת 2013, לא יצרו פתרון מושלם, ובפרק מובאות הצעות לשינוי החוק.

הספר פותח בהצגת דוקטרינת החסינות, ולאחר מכן נחלק לפרקים העוסקים בנושאי משרות, במדינות ובארגונים הנהנים מחסינות מפני תביעה אזרחית או הליכים פליליים.

פרקים א' עד ג' סוקרים את החסינות לסוגיה, ובעיקר את ההבחנה בין חסינות מהותית לחסינות דיונית, את מעמדה המיוחד של מערכת השפיטה ואת הצורך להבטיח את אמון הציבור בה.

פרקים ד' עד ה' עוסקים בחסינות השיפוטית, שזכתה בעשור האחרון לדיון נרחב בפסיקה הישראלית, אם כי הנושא טרם נדון בבית המשפט העליון. שופטים נהנים מחסינות מפני תביעה אזרחית בנוגע לפעולותיהם השיפוטיות, אך ניתן לתבוע את המדינה כאחראית באחריות שילוחית או ישירה למעשיהם. בתי המשפט שדנו בחסינות זו פירשו אותה בדרכים שונות. בעיקר קיימת מחלוקת אם ניתן לתבוע את המדינה גם בשל פעולה שיפוטית שנעשתה ברשלנות רבתי, או רק כאשר הפעולה השיפוטית נעשתה בזדון או תוך חריגה מסמכות. שופטים חסינים גם מפני העמדה לדין פלילי בכל הנוגע למעשים שבוצעו במסגרת תפקידם, כל עוד אין מדובר במעשים שנעשו בזדון או בכוונת תרמית, או בפעולות "פרטיות" שאינן קשורות לתפקיד השיפוטי.

פרק ט' עוסק בחסינות מעין-שיפוטית, החלה על בעלי תפקידים שונים הפועלים לצד בית המשפט, החל בעדים וכלה במומחים ובקציני מבחן; וכן על בעלי תפקידים הפועלים מחוץ לבית המשפט, כדוגמת רשם ההוצאה לפועל, פסיכיאטר מחוזי והמפקח על רישום מקרקעין.

פרק י"א עוסק בחסינות בוררים, שמעמדם דומה לשל שופטים, אך חלה עליהם גם חובת נאמנות כלפי הצדדים לסכסוך, והפרתה מקנה לצד הנפגע זכות לפיצויים. הפניה לבוררים מקובלת כיום יותר מבעבר, ועל הבורר לדעת כי אחריות כבדה מוטלת עליו כלפי הצדדים לדיון.

פרק י"ב עוסק בחסינות מפני תביעות לשון הרע בהליך שיפוטי. זוהי חסינות מיוחדת, החלה לא רק על שופטים אלא גם על עורכי דין, על עדים ועל בעלי דין. היא נועדה להבטיח חופש פעולה וחופש ביטוי במהלך ההתדיינות המשפטית, אך ישנם שופטים שהציבו לה "סייג פסיקטי" וקבעו כי החסינות לא תחול במקרה שבו אין זיקה בין תוכן האמירה או הפרסום לבין ההליך המשפטי.

פרק י"ג עוסק בחסינות נבחרי ציבור והוא נכתב בצל האירועים הקשורים להרחתם של ראשי הערים יצחק רוכברגר, שמעון גפסו ושלומי לחיאני מתפקידם, בעקבות הגשת כתבי אישום נגדם. הפרק סוקר את הפסיקה החדשנית של בית המשפט העליון, שלדברי רבים היוותה דוגמה לחקיקה שיפוטית; את החוק שנחקק מיד לאחר מתן פסק הדין והסדיר את האפשרות להשעייתו של ראש עיר מכהן מתפקידו, עד לסיום ההליכים הפליליים נגדו; ואת הנושאים שטרם הוסדרו בחוק.

פרק י"ד הסוקר את חסינות המדינה ורשויות הציבור, ופרק ט"ו הסוקר את חסינות עובדי הציבור, מדגימים את השינוי המהפכני שחל בגישתם של המחוקק ושל בתי המשפט בנושאים אלה. החסינות המוגבלת שחלה על עובדי הציבור שונתה בחקיקה משנת 2005 לחסינות מוחלטת, ואופן ההכרה בה הוסדר אף הוא בחוק. בתי המשפט מודעים היטב לעובדה שהחסינות נועדה להגן על שיקול הדעת של עובד הציבור הממלא תפקיד שלטוני, אך אין מדובר בחסינות אוטומטית, והיא נתונה לביקורת שיפוטית.

פרק ט"ז הדין בחסינות חברי הכנסת מדגים אף הוא את השינוי הרדיקלי בחקיקה שנועדה להסדיר נושא זה. השינוי יצר מהפך במעמדם של חברי הכנסת, ממעמד של בעלי חסינות למעמד של מבקשי חסינות. חבר כנסת הסבור שאין להעמידו לדין בשל עבירה שביצע בעת מילוי תפקידו, צריך לפנות בבקשה להעניק לו חסינות, ואינו נהנה מחסינות אוטומטית. גם כאן גילה המחוקק הישראלי יצירתיות וחדשנות, שהסתמכה על פסיקת בית המשפט העליון ועל הביקורת שהובעה בה לגבי ההסדר הקודם. הפרק נחתם בפרשת האסיר X (בן זיגיר) שנחשפה מעל בימת הכנסת על ידי שלושה מחבריה, כאשר צו איסור פרסום שהוטל על הפרשה היה עדיין בתוקפו. עד כה לא נודע אם יינקטו הליכים משמעתיים או פליליים נגד חברי הכנסת שניצלו את מעמדם המיוחד ואת החסינות החלה על הנאמר במליאה, כדי לעקוף את צו איסור הפרסום שהוטל בשעתו על הפרשה.

הפרק הדין בחסינות נשיא המדינה (פרק י"ז) מהווה דוגמה לדינמיקה של המשפט הישראלי, שנאלץ להתמודד עם מקרה של נשיא מכהן שהואשם בביצוע עבירות מין חמורות ושבשל חסינותו לא ניתן היה להעמידו לדין פלילי, אלא לאחר שניאות לפרוש מתפקידו. הפרק דן גם בצורך להסדיר את

אופן חקירתו במשטרה של הנשיא ואת הפגיעה הקשה במעמדו וההשפעה האפשרית של חקירה משטרתית על המשך תפקודו כנשיא המדינה.

פרק י"ח עוסק בחסינות מבקר המדינה, שמעמדו הוא כשל עובד ציבור, אך המחוקק טרם הסדיר את חסינותו בחוק מיוחד. מבקר המדינה ועובדי משרדו הם עובדי ציבור, ולכן חלה עליהם החסינות מפני תביעה לפיצויים בנוגע לפעולה הקשורה למילוי תפקידם, אך מעמדו המיוחד של מבקר מדינה מחייב שמירה על חופש פעולתו ועל עצמאותו, ולכן ראוי היה כי חסינותו תוסדר בנפרד מחסינותם של שאר עובדי הציבור.

הפרקים העוסקים בחסינות בפעולה מלחמתית (פרק י"ט) ובחסינות הרשות הפלסטינית וארגונים אחרים (פרק כ'), נכתבו בעקבות פסקי הדין הרבים שניתנו בנושאים אלה. הדיון ממחיש כיצד בתי המשפט נדרשו להגדיר את המונח "פעילות מלחמתית", לאחר פרוץ האינתיפאדה הראשונה בשנת 1987, ואת הצורך ליתן מענה לעלייה בהיקף פעילותם של ארגונים שונים, ולמעמדה החדש של הרשות הפלסטינית. סקירת המשפט ההשוואתי מלמדת כי במדינות אחרות המתמודדות עם קשיים דומים, נדרשים בתי המשפט לתת מענה במקום המחוקק, שאינו מצליח להדביק את קצב האירועים השונים.

חסינות המדינה הזרה נסקרת בפרק כ"א, והיא בעלת חשיבות מיוחדת למדינת ישראל, כחברה בקהילת מדינות העמים, אשר הסדירה את החסינות בחקיקה רק בשנת 2008, ועד אז ינקה את חיותה מכללי המשפט הבינלאומי המנהגי.

הספר נחתם בסקירת החסינות הדיפלומטית והקונסולרית המוסדרת באמנות שישראל צד להן. החסינות נועדה להקל על בעלי התפקידים לבצע את תפקידם ולהגביר את שיתוף הפעולה בין מדינות העולם. החסינות אינה הופכת מעשה אסור למעשה מותר ואינה פוטרת את בעל התפקיד מן החובה לציית להוראות החוק הפלילי במדינה המקבלת. הפרק סוקר את הבעייתיות הכרוכה בעובדה שהחסינות מונעת כל אפשרות לרון בתביעה אזרחית או פלילית נגד נציג דיפלומטי של מדינה זרה בנוגע לפעולות הקשורות לתפקידו הרשמי, לאור כך שההבחנה בין פעולות אלה לבין פעולות מסחריות פרטיות אינה חד-משמעית.

הספר כולו נועד להמחיש כי עובדת היותו של אדם נבחר ציבור, מצדיקה כי תינתן לו חסינות מפני תביעות סרק, אך בה בעת מחייבת אותו ברמת התנהגות קפדנית יותר מאדם רגיל. על כן, כאשר מתגלה כי בעל התפקיד פוגע באמון הציבור בשלטון או במעמד הגוף שאותו הוא מייצג, אין מקום להעניק לו הגנה מיוחדת ולאפשר לו בכך להימלט מאימת הדין. מלאכת האיזון בין החסינות לבין הצורך להבטיח את אמון הציבור ברשויות השלטון והבטחת יושרם האישי של משרתי הציבור מוטלת ברובה על בית המשפט. אני מקווה כי הספר ישפוך אור על מגוון הסוגיות הכרוכות בשימוש ברוקטרינת החסינות, ויתרום להפעלת הדין ולפיתוחן של נורמות ראויות במגזר הציבורי.

אני מבקשת להודות לכל מי שעזרו בעצה ובעשייה מיטיבה: לכב' השופטת פרופ' דפנה ברק-ארז שכיבדה אותי בכתיבת הקדמה לספר; לעו"ד נעמה גורני-לר, שסייעה באיסוף חומר משפטי ובהכנת פרקים אחדים; לפרופ' ישראל גלעד, שהעיר הערות חשובות לפרקים העוסקים בחסינות המדינה ובחסינות עובדי הציבור; לעו"ד שלי גינוסר על העריכה הלשונית, ולהוצאת פרלשטיין-גינסר על העזרה ועל האכסניה הנאה. אחרונים ברשימה ולא בסדר חשיבותם, אני מודה לבעלי, להוריי, לבנותיי ולבני זוגן, על ההבנה ועל הסבלנות שגילו לאורך כל התקופה שבה עסקתי בכתיבה. בלעדיהם לא היה בכוחי לעמוד במשימה הקשה.

אפריל 2014

דפנה אבניאלי

הקדמה מאת

פתח דבר

תוכן עניינים

תוכן עניינים

פרק א': מהות

פרק ב': השפעת

פרק ג': אי-ת

פרק ד': הצורך

פרק ה': חסינות

פרק ו': חסינות

פרק ז': חסינות

פרק ח': תחולת

פרק ט': תחולת

פרק י': סעדים

פרק י"א: חסינות

פרק י"ב: חסינות

פרק י"ג: חסינות

פרק י"ד: חסינות

פרק ט"ו: חסינות

תוכן עניינים מקוצר

| | |
|-----|--|
| ז | הקדמה מאת פרופ' דפנה ברק-ארוז – שופטת בית המשפט העליון |
| יא | פתח דבר |
| יז | תוכן עניינים מקוצר |
| יט | תוכן עניינים מפורט |
| 1 | פרק א': מהות החסינות |
| 7 | פרק ב': השפיטה והשופטים מן ההיבט החברתי |
| 23 | פרק ג': אי-תלות המערכת השיפוטית |
| 41 | פרק ד': הצורך בחסינות שיפוטית |
| 77 | פרק ה': חסינות שיפוטית מפני אחריות בנויקין במשפט הישראלי |
| 123 | פרק ו': חסינות שיפוטית מפני אחריות פלילית |
| 135 | פרק ז': חסינות שיפוטית בשיטות משפט אחרות |
| 195 | פרק ח': תחולת החסינות על פעולה שיפוטית |
| 227 | פרק ט': תחולת החסינות על פעולה מעין-שיפוטית |
| 305 | פרק י': סעדים ואמצעי בקרה נוספים על עוולה שיפוטית |
| 343 | פרק י"א: חסינות בוררים |
| 367 | פרק י"ב: חסינות מפני תביעות לשון הרע בהליך שיפוטי |
| 381 | פרק י"ג: חסינות נבחר ציבור |
| 429 | פרק י"ד: חסינות המדינה ורשויות הציבור |
| 453 | פרק ט"ו: חסינות עובדי הציבור |

| | | |
|-----|--|--------------|
| 487 | פרק ט"ז: חסינות חברי הכנסת | |
| 531 | פרק י"ז: חסינות נשיא המדינה | |
| 547 | פרק י"ח: חסינות מבקר המדינה | |
| 567 | פרק י"ט: חסינות בפעולה מלחמתית | |
| 589 | פרק כ': חסינות הרשות הפלסטינית, ארגונים בינלאומיים והפטריארכיה היוונית | |
| 621 | פרק כ"א: חסינות המדינה הזרה | |
| 649 | פרק כ"ב: חסינות דיפלומטית וקונסולרית | |
| 671 | | מפתחות |
| 673 | | מפתח חקיקה |
| 699 | | מפתח פסיקה |
| 773 | | מפתח ספרות |
| | | מפתח עניינים |

תוכן עניינים מפורט

| | |
|----|--|
| ז | הקדמה מאת פרופ' דפנה ברק-ארוז – שופטת בית המשפט העליון |
| יא | פתח דבר |
| יז | תוכן עניינים מקוצר |
| יט | תוכן עניינים מפורט |
| 1 | פרק א': מהות החסינות |
| 3 | 1. מטרת החסינות |
| 4 | 2. הבחנה בין חסינות דיונית לחסינות עניינית |
| 6 | 3. הבחנה בין חסינות מוחלטת לחסינות מוגבלת |
| 7 | פרק ב': השפיטה והשופטים מן ההיבט החברתי |
| 9 | 1. המשפט והשפיטה כצורך חברתי |
| 12 | 2. תפקיד השופט |
| 19 | 3. תפקידו של בית המשפט בחברה הישראלית |
| 23 | פרק ג': אי-תלות המערכת השיפוטית |
| 25 | 1. מבחנים כלליים |
| 28 | 2. אי-תלות השופטים |
| 28 | א. המצב במדינות העולם |
| 31 | ב. המצב בישראל |
| יט | |

| | |
|--------------------------------------|--|
| 34 | 3. אי-תלות המערכת השיפוטית |
| 34 | א. המצב במדינות העולם |
| 36 | ב. המצב בישראל – ועדת קדמי |
| פרק ד': הצורך בחסינות שיפוטית | |
| 41 | 1. שיקולים המצדיקים קיומה של חסינות שיפוטית |
| 45 | 1.1 שיקולים מערכתיים |
| 46 | א. רצון למנוע פגיעה בתפקודו של השופט ובעצמאותו |
| 50 | ב. קיומם של סעדים חלופיים |
| 54 | ג. עקרון סופיות הדיון |
| 56 | ד. הרתעת מועמדים מוכשרים משיפוט |
| 57 | 1.2 שיקולי צדק וטובת הציבור |
| 57 | א. היעדר הצדקה לחיוב השופט באחריות לטעות בתום לב |
| 58 | ב. שמירה על האינטרס הציבורי |
| 59 | 1.3 שיקולים כלכליים |
| 60 | א. ריבוי תביעות סרק – הצפה |
| 61 | ב. היעדר הצדקה כלכלית לחיוב השופט בתשלום מכיסו |
| 62 | 2. שיקולים לשלילת קיומה של החסינות השיפוטית |
| 62 | 2.1 שיקולים מערכתיים |
| 63 | א. הצורך להבטיח את אמון הציבור במערכת השיפוטית |
| 64 | ב. הרתעת שופטים אחרים |
| 65 | 2.2 שיקולי צדק |
| 65 | א. היעדר הצדקה להטלת הנזק על הניזוק |
| 66 | ב. היעדר הצדקה לפטור של השופט מאחריות למעשים ודוניים |

| | | |
|-----|---|----|
| | ג. היעדר הצדקה לפטור של השופט מאחריות למעשים שנעשו בחוסר סמכות | 34 |
| 71 | | 34 |
| | 2.3 שיקולים כלכליים | 36 |
| 72 | | |
| | א. הרתעה ויעילות כלכלית | |
| 73 | | |
| | 3. סיכום – מאזן התועלת מול הנזק מצמצום החסינות השיפוטית | 41 |
| 75 | | 45 |
| | פרק ה': חסינות שיפוטית מפני אחריות בנויקין במשפט הישראלי | 45 |
| 77 | | |
| | 1. מהות החסינות | 46 |
| 79 | | |
| | 2. עקרון החסינות השיפוטית | 50 |
| 85 | | |
| | 3. הדין בישראל בעבר | 54 |
| 86 | | |
| | 4. סעיף 8 לפקודת הנויקין | 56 |
| 89 | | |
| | 4.1 מסגרת החסינות | 57 |
| 89 | | |
| | 4.2 פרשת פרידמן | 57 |
| 91 | | |
| | 4.3 הביקורת על פסק דין פרידמן | 58 |
| 93 | | |
| | א. רשלנות בוטה לעומת זדון | 59 |
| 93 | | |
| | ב. אחריות שילוהית לעומת אחריות ישירה | 60 |
| 96 | | |
| | 5. תביעה נגד המדינה כאחראית לתקינותה של המערכת השיפוטית | 61 |
| 100 | | |
| | 6. שופט חוקר | 62 |
| 105 | | |
| | 7. הזמנת שופט לעדות | 62 |
| 110 | | |
| | 8. חסינות לשופט כעובד ציבור | 63 |
| 113 | | |
| | א. מהות החסינות המוקנית לעובדי הציבור במשפט האנגלו-אמריקאי | 64 |
| 113 | | 65 |
| | ב. חסינות לשופט כעובד ציבור בישראל | 65 |
| 116 | | |
| | 9. חסינות המדינה | |
| 117 | | |
| | 10. שיקולי מדיניות משפטית – שלילת אחריות המדינה | 66 |
| 121 | | |

פרק ו': חסינות שיפוטית מפני אחריות פלילית

| | |
|-----|-------------------------------|
| 123 | 1. מהות החסינות |
| 125 | 2. היקף תחולת החסינות |
| 126 | 3. חקירה פלילית נגד שופט |
| 131 | 4. הדין באנגליה ובארצות הברית |
| 132 | |

פרק ז': חסינות שיפוטית בשיטות משפט אחרות

| | |
|-----|--------------------------|
| 135 | 1. מבוא |
| 137 | 2. המשפט הגרמני |
| 138 | 3. המשפט הצרפתי |
| 142 | 4. המשפט האיטלקי |
| 146 | 5. סיכום ביניים |
| 153 | 6. המשפט האנגלי |
| 153 | א. הדין בעבר |
| 153 | ב. הדין כיום |
| 156 | ג. שופטי השלום |
| 159 | ד. אחריות המדינה |
| 162 | ה. סיכום ביניים |
| 163 | 7. המשפט האירי |
| 164 | א. הדין בעבר |
| 164 | ב. הדין כיום |
| 165 | 8. המשפט האמריקאי |
| 170 | א. דוקטרינת החסינות בעבר |
| 171 | ב. הדין כיום |
| 174 | ג. חסינות לפעולה שיפוטית |
| 175 | |

| | | |
|-----|---|-----|
| 177 | ד. הגדרת הסמכות לצורך החסינות | 123 |
| 184 | ה. הליכים משמעותיים כתחליף לתביעה כספית | 125 |
| 184 | ו. הקריאה לצמצום החסינות | 126 |
| 185 | ז. אחריות המדינה | 131 |
| 186 | 9. המשפט הקנדי | 132 |
| 191 | 10. המשפט האוסטרלי | |
| 191 | 11. סיכום | 135 |
| | | 137 |
| 195 | פרק ח': תחולת החסינות על פעולה שיפוטית | 138 |
| 197 | 1. מבוא | 142 |
| 198 | 2. פעולה שיפוטית – Judicial Act | 146 |
| 198 | א. הגדרה במשפט האמריקאי | 153 |
| 200 | ב. אפייני הפעולה השיפוטית – המבחנים השונים | 153 |
| 207 | ג. פעולה שיפוטית במשפט הישראלי | 153 |
| 209 | 3. פעולה מינהלית – Administrative Act | 156 |
| 209 | א. הבחנתה מפעולה שיפוטית | 159 |
| 211 | ב. מאפייני הפעולה המינהלית | 162 |
| 212 | ג. הבעייתיות בהחלת המבחנים | 163 |
| 215 | 4. חריגה מסמכות | 164 |
| 216 | א. הגדרת הסמכות – Jurisdiction | 164 |
| 219 | ב. סמכות כללית לדון בנושא – Subject Matter Jurisdiction | 165 |
| 221 | ג. סמכות אישית – Personal Jurisdiction | 170 |
| 221 | ד. פעולה בחוסר סמכות | 171 |
| 223 | ה. חוסר סמכות במשפט הישראלי | 174 |
| 225 | 5. סיכום | 175 |

פרק ט': תחולת החסינות על פעולה מעין-שיפוטית

| | |
|-----|---|
| 227 | |
| | 1. מבוא |
| 231 | |
| | 2. פעולה מעין-שיפוטית – Quasi-Judicial Act |
| 232 | |
| | א. הגדרה |
| 232 | |
| | ב. פעולה מעין-שיפוטית לעומת חסינות מעין-שיפוטית |
| 235 | |
| | ג. מבחן ההשוואה הפונקציונלית |
| 237 | |
| | ד. דרישת תום הלב |
| 242 | |
| | 3. חריגה מסמכות |
| 243 | |
| | 4. הנהגים מן החסינות בשיטה האנגלו-אמריקאית |
| 245 | |
| | 4.1 בעלי תפקידים הפועלים לצד בית המשפט |
| 246 | |
| | א. מושבעים ועדים |
| 246 | |
| | ב. תובעים פליליים וסנגורים ציבוריים מטעם המדינה |
| 248 | |
| | ג. עורכי דין |
| 252 | |
| | ד. פקירי בית משפט |
| 253 | |
| | ה. מומחים מטעם בית המשפט |
| 255 | |
| | ו. קציני מבחן |
| 258 | |
| | 4.2 בעלי תפקידים הפועלים מחוץ לבית המשפט |
| 261 | |
| | א. בוררים |
| 261 | |
| | ב. מגשרים ומפשרים |
| 261 | |
| | ג. בעלי תפקידים אחרים |
| 262 | |
| | 6. סיכום ביניים |
| 263 | |
| | 7. הנהגים מן החסינות במשפט הישראלי |
| 265 | |
| | 7.1 בעלי תפקידים הפועלים לצד בית המשפט |
| 265 | |
| | א. עדים |
| 265 | |
| | ב. עורכי דין ופרקליטים פליליים |
| 267 | |

| | | |
|-----|--|-----|
| 269 | ג. מומחים מטעם בית המשפט | 227 |
| 273 | ד. מפרק חברה, מנהל מיוחד ונאמן בפשיטת רגל | 231 |
| 278 | ה. כונס נכסים | 232 |
| 279 | ו. פקידת סעד | 232 |
| 280 | 7.2. בעלי תפקידים הפועלים מחוץ לבית המשפט | 235 |
| 280 | א. רשם ההוצאה לפועל | 237 |
| 286 | ב. רשם סימני המסחר | 242 |
| 286 | ג. מפקח על רישום מקרקעין | 243 |
| 287 | ד. בורר, מעין-בורר, מעריך או שמאי | 245 |
| 293 | ה. מגשר | 246 |
| 295 | ו. פסיכיאטר מחווי | 246 |
| 296 | ז. פקיד שומה | 248 |
| 298 | ח. קצין תגמולים ורופא מוסמך ראשי | 252 |
| 298 | 7.3. טריבונלים שונים וחבריהם | 253 |
| 300 | א. ועדות רפואיות | 255 |
| 301 | ב. חברי ועדת הקירה | 258 |
| 301 | ג. חברים בוועדת שחרורים של שירות בתי הסוהר | 261 |
| 302 | ד. חברים בוועדות משמעת | 261 |
| 303 | ה. חברים בוועדות ערר | 261 |
| 303 | 8. סיכום: המצוי והרצוי בדין הישראלי | 262 |
| | | 263 |
| 305 | פרק י': סעדים ואמצעי בקרה נוספים על עוולה שיפוטית | 265 |
| 307 | 1. מבוא | 265 |
| 307 | 2. סעדים העומדים לרשות הנפגע | 265 |
| 307 | א. בקשה לביטול ולערעור | 267 |
| | כה | |

| | |
|-----|---|
| 309 | ב. צו מניעה וסעד הצהרתי |
| 315 | ג. פסילת שופט |
| 320 | ד. הגשת תלונה לנציב תלונות הציבור על שופטים |
| 323 | ה. פנייה לתקשורת כאמצעי פיקוח ובקרה |
| 324 | 3. סעדים שאינם עומדים לרשות הנפגע |
| 324 | א. אמצעים משמעותיים |
| 332 | ב. הדחה (Impeachment) |
| 337 | 4. מי ישפוט את השופטים |
| 337 | א. מבוא |
| 337 | ב. בית משפט לענייני שפיטה |
| 339 | ג. סמכויות בית המשפט לענייני שפיטה |
| 343 | פרק י"א: חסינות בוררים |
| 345 | 1. תפקיד הבורר |
| 346 | 2. חובת הנאמנות ויחסי אמון |
| 348 | 3. חסינות בוררים באנגליה, בארצות הברית ובקנדה |
| 353 | 4. חסינות בוררים במשפט הישראלי |
| 353 | 4.1 חסינות מפני אחריות בנוזיקין |
| 356 | 4.2 חיוב בפיצויים על הפרת חובת הנאמנות |
| 358 | 4.3 חסינות מפני הליכים פליליים |
| 360 | 4.4 חסינות מוסדית |
| 361 | א. המצב בארצות הברית ובאנגליה |
| 363 | ב. המצב בישראל |
| 365 | הערת סיום |

| | | |
|-----|---|-----|
| 367 | פרק י"ב: חסינות מפני תביעות לשון הרע בהליך שיפוטי | 309 |
| 369 | 1. מבוא | 315 |
| 370 | 2. המשפט האנגלו-אמריקאי | 320 |
| 373 | 3. המשפט הישראלי | 323 |
| | | 324 |
| 381 | פרק י"ג: חסינות נבחרי ציבור | 324 |
| 383 | 1. אחריותם של נבחרי הציבור | 332 |
| 385 | 2. המסגרת הנורמטיבית | 337 |
| 385 | 2.1 הפסקת כהונתם של ראשי רשויות | 337 |
| 386 | 2.2 הפסקת כהונתם של שרים ושל חברי כנסת | 337 |
| 387 | 3. מיהו נבחר הציבור | 339 |
| 387 | 3.1 הוראות החקיקה | |
| | 3.2 ההבחנה בין מי שנבחר על ידי הציבור לבין מי שמונה לתפקיד | 343 |
| 388 | | 345 |
| | 3.3 ההבחנה בין שאלת הכשירות לכהונה לבין שיקול דעת במינוי לכהונה | 346 |
| 390 | | 348 |
| 394 | 4. הדחה מכהונה כנבחר ציבור | 353 |
| 394 | 4.1 עמדת הפסיקה | 353 |
| 395 | 4.2 פרשת בר | 356 |
| 399 | 4.3 העתירות בעניין רוכברגר וגפסו | 358 |
| 401 | א. הטיעונים בעניין רוכברגר | 360 |
| 403 | ב. הטיעונים בעניין גפסו | 361 |
| 403 | ג. פסק הדין המנומק בעניין רוכברגר וגפסו | 363 |
| | 1.ג. המצב הראשון: העברת ראש רשות מקומית מכהונתו בשל כתב אישום שהוגש נגדו במהלך הכהונה | 365 |
| 404 | | |

| | |
|-----|---|
| 406 | 2.ג המצב השני: מניעת התמודדות של מועמד בבחירות |
| 408 | 3.ג המצב השלישי: העברה מכהונה של ראש רשות שנבחר לתפקיד, אף שתלוי ועומד נגדו כתב אישום |
| 412 | 4.ג סיכום ביניים |
| 414 | ד. פרשת לחיאני |
| 417 | 5. תוצאות הבחירות לרשויות המקומיות – אוקטובר 2013 |
| 419 | 6. הצעות לתיקון חוק הרשויות המקומיות |
| 421 | 7. תיקון חוק הרשויות המקומיות (מס' 30), התשע"ד-2013 |
| 424 | 8. סיכום |
| 426 | 9. פרשת הולילנד |
| 429 | פרק י"ד: חסינות המדינה ורשויות הציבור |
| 431 | 1. המשפט האנגלי |
| 436 | 2. המשפט האמריקאי |
| 440 | 3. המשפט הישראלי |
| 443 | 4. שיקולי מדיניות משפטית – שלילת אחריות המדינה |
| 447 | 5. תיקון מספר 10 – הרחבת גבולות אחריות המדינה |
| 453 | פרק ט"ו: חסינות עובדי הציבור |
| 455 | 1. המשפט האנגלו-אמריקאי |
| 455 | א. אחריותם של עובדי הציבור |
| 456 | ב. חסינות כאמצעי לפטור מאחריות |
| 459 | ג. מיהו עובד הציבור |

| | |
|-----|--|
| 460 | 2. המשפט הישראלי |
| 460 | א. היקף החסינות בעבר |
| 461 | ב. מסגרת החסינות – תחום הסמכות כדין |
| 463 | ג. סייג לחסינות – תובענה על רשלנות |
| 463 | ד. חסינות עובדי הציבור – מהותית או דיונית |
| 464 | ה. תזכיר חוק לתיקון פקודת הנזיקין (אחריות עובדי ציבור), התשנ"ו-1996 |
| 465 | ו. תיקון מספר 10 לפקודת הנזיקין – חסינות מוחלטת לעובד הציבור |
| 469 | ז. מיהו עובד ציבור |
| 470 | ח. אופן ההכרה בחסינות עובד מדינה |
| 473 | ט. אופן ההכרה בחסינות עובד רשות ציבורית |
| 475 | י. תנאי לחסינות – עובד הציבור פעל תוך כדי מילוי תפקיד שלטוני |
| 479 | יא. החריג לחסינות – זדון או שוויון נפש מצד עובד הציבור |
| 480 | יב. ביקורת בית המשפט על הכרה בחסינות |
| 484 | יג. סיכום |
| 487 | פרק ט"ז: חסינות חברי הכנסת |
| 489 | 1. טעמי החסינות |
| 490 | 2. החסינות העניינית |
| 490 | א. המסגרת הנורמטיבית |
| 491 | ב. התכלית המונחת ביסוד החסינות העניינית |
| 494 | ג. הפעילות המוגנת על ידי החסינות |
| 499 | ד. "במילוי תפקירו או למען מילוי תפקידו" – גבולות החסינות העניינית |

| | |
|-----|--|
| 503 | 3. החסינות הדיונית |
| 503 | א. תכלית החסינות הדיונית |
| 504 | ב. הענקת חסינות דיונית |
| 508 | ג. תיקון מספר 33 |
| 511 | ד. האם צמצם תיקון מספר 33 את גבולות החסינות הדיונית? |
| 517 | 4. חסינות מפני חיפוש, האזנות סתר ומעצר |
| 518 | 5. היחס שבין חסינות לבין כללי האתיקה המשמעתית |
| 520 | 6. חסינות חברי כנסת מפני תביעות לשון הרע |
| 520 | א. החסינות לעומת הזכות לשם טוב |
| 523 | ב. פרשת האסיר X |
| 524 | 7. הדין הזר |
| 525 | א. ארצות הברית |
| 527 | ב. אנגליה |
| | |
| 531 | פרק י"ז: חסינות נשיא המדינה |
| 533 | 1. מהותו של מוסד הנשיאות |
| 534 | 2. בחירת הנשיא וסיום כהונתו |
| 538 | 3. חסינות נשיא המדינה מפני אחריות אזרחית |
| 543 | 4. חסינות הנשיא מפני אחריות פלילית |
| 544 | 5. המצב בארצות הברית |
| | |
| 547 | פרק י"ח: חסינות מבקר המדינה |
| 549 | 1. תפקיד מבקר המדינה |
| 553 | 2. חסינות מבקר המדינה מפני ביקורת שיפוטית |
| 557 | 3. הצעות חוק חסינות מבקר המדינה |

| | | |
|-----|---|-----|
| 559 | 4. חסינות המבקר ועובדי משרדו כעובדי ציבור | 503 |
| 560 | 5. חסינות מעין-שיפוטית למבקר המדינה | 503 |
| 561 | 6. חסינות מפני תביעות לשון הרע | 504 |
| | | 508 |
| 567 | פרק י"ט: חסינות בפעולה מלחמתית | 511 |
| 569 | 1. מהות החסינות | 517 |
| 569 | 2. המסגרת הנורמטיבית | 518 |
| 573 | 3. הביטוי "פעולה מלחמתית" – כהגדרתו בפסיקה | 520 |
| 578 | 4. הביטוי "פעולה מלחמתית" – כהגדרתו בחוק | 520 |
| 582 | 5. המשפט האנגלי | 523 |
| 583 | 6. המשפט האמריקאי | 524 |
| | | 525 |
| | פרק כ': חסינות הרשות הפלסטינית, ארגונים בינלאומיים והפטריארכיה היוונית | 527 |
| 589 | 1. חסינות הרשות הפלסטינית | 531 |
| 591 | א. מעמד הרשות הפלסטינית כאישיות משפטית | 533 |
| 596 | ב. השוואת מעמד הרשות הפלסטינית למעמד מדינה זרה | 534 |
| 601 | 2. חסינות ארגונים בינלאומיים | 538 |
| 601 | א. חסינות האו"ם ומוסדותיו | 543 |
| 604 | ב. היקף החסינות | 544 |
| 612 | ג. הצלב האדום | |
| 615 | 3. חסינות הפטריארכיה היוונית-אורתודוקסית | 547 |
| | | 549 |
| 621 | פרק כ"א: חסינות המדינה הזרה | 553 |
| 623 | 1. מהות החסינות | 557 |

| | | |
|-----|-----|------------------------------------|
| 624 | 2. | חסינות המדינה הזרה |
| 624 | 2.1 | המסגרת הנורמטיבית |
| 625 | 2.2 | גבולות החסינות – משפט השוואתי |
| 625 | א. | הדין האנגלי |
| 627 | ב. | הדין האמריקאי |
| 632 | ג. | אמנת האו"ם והאמנה האירופית |
| 633 | 3. | הדין בישראל |
| 633 | א. | כללי המשפט הבינלאומי המנהגי |
| 636 | ב. | חוק חסינות מדינות זרות |
| 643 | 4. | חסינות ראש מדינה זרה Head of State |

פרק כ"ב: חסינות דיפלומטית וקונסולרית

| | | |
|-----|----|-------------------|
| 649 | 1. | חסינות דיפלומטית |
| 651 | א. | המסגרת הנורמטיבית |

ב. תבלית החסינות הדיפלומטית

1. מטרת החסינות
2. הבחנה בין חסינות
3. הבחנה בין חסינות

1. מטרת החסינות

עניינה של החסינות הוא שלילת זכות הניזוק או תביעתו. חסינות מוענקת בשל מעמדו של המזיק (כגון עובד ציבור, דיפלומט, חבר כנסת), או בשל אופי היחסים שבין המזיק לבין הניזוק (כגון חבלה שנגרמה בשירות צבאי),¹ כאשר אותו מעשה היה מטיל אחריות בנוזיקין אילו בוצע על ידי אדם אחר או כלפי אדם אחר.

לצורך הבנת מושג החסינות ומשמעויותיו, יש להבחין בין מוסד החסינות לבין מוסד ההגנות שבפקודת הנוזיקין. נקודת המוצא של שניהם זהה – המשפט מעריך את האינטרסים של הצדדים ושל הציבור וקובע את האינטרסים הראויים לשמירה. בהערכה זו יש שמובאת בחשבון מהות המעשה, ויש שמובא בחשבון מעמד העושה.

בפקודת הנוזיקין המחוקק אינו משתמש בביטוי "חסינות", אלא בביטוי "לא תוגש תובענה". מובנו של המונח אינו זהה בכל המקרים שבהם נעשה בו שימוש בסעיפים השונים של הפקודה.² יש לשים לב לעניין זה, כי לעתים נוקטת פקודת הנוזיקין לשון "הגנה", אך למעשה מתכוונת ל"חסינות". כך למשל, הפקודה קובעת כי תהיה זו הגנה מפני תקיפה³ או כליאה,⁴ אם הנתבע והתובע שניהם חיילים, והנתבע פעל מכוח דין החל על הצבא ולפי הדין. במקרה זה ההגנה ניתנה בשל מעמדו של העושה. בדומה לכך קבע סעיף 7(א) לפקודה בנוסחו עד שנת 2005, כי תהיה הגנה לעובד ציבור בכל תובענה שאינה על רשלנות, כשהמעשה היה בתחום סמכותו כדין או שעשהו בתום לב, כסבור שהוא פועל בתחום סמכותו כדין.⁵ בשנת 2005 תוקן סעיף 7 וכיום

¹ סעיף 6(א) לחוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, ס"ח 339.

² סעיפים 7א, 8, 9, 43 ו-56 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968, ס"ח 101.

³ סעיף 24(6) לפקודת הנוזיקין.

⁴ סעיף 27(5) לפקודת הנוזיקין.

⁵ סעיף 7(א) לפקודת הנוזיקין.

הוא קובע כי "לא תוגש תובענה" נגד עובד הציבור על מעשה שעשה תוך כדי מילוי תפקידו.⁶ במקרה זה ההגנה ניתנה בשל מהות המעשה.

2. הבחנה בין חסינות דיונית לחסינות עניינית

יש הטוענים כי משמעות ההבחנה שבין "חסינות" לבין "הגנה" היא שהחסינות אינה שוללת את האחריות בנוזיקין אלא רק את התביעה, ואילו ב"הגנה" נשללת האחריות עצמה – כולה או חלקה.⁷ ספק אם הבחנה זו ממצה את ההבדל שבין שני המושגים. אמנם ההגנה שוללת את האחריות בנוזיקין, אך אין זה נכון כי החסינות שוללת רק את התביעה, והדבר תלוי בסוג החסינות.⁸ לשם כך יש להבחין בין סוגי חסינות שונים. יש שהחסינות היא דיונית – כמו החסינות הבינלאומית – ויש שהחסינות היא מהותית, כגון חסינות נשיא המדינה.⁹ במקרה הראשון נשללת רק זכות התביעה נגד הנהגה מן החסינות; ואולם בחסינות המהותית נשללת האחריות עצמה ולא ניתן לתבוע גם את מי שבא במקום מושא החסינות.

המבחן לקביעת סוג החסינות תלוי במהותה הפנימית של החסינות ובמטרה שאותה היא באה להגשים.¹⁰ לא ניתן להיעזר רק בלשון שנוקט

⁶ סעיף 7א(א) בנוסחו החדש קובע כי: "לא תוגש תובענה נגד עובד ציבור על מעשה שעשה תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור, המקים אחריות בנוזיקין; הוראה זו לא תחול על מעשה כאמור שנעשה ביוזמתו מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור".

⁷ דוגמה למקרה של הגנה הנשללת בחלקה היא הגנה של אשם תורם, סעיפים 64–68 לפקודת הנוזיקין.

⁸ ברק, אנגלרד, חשין וטרסקי דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית 350 (ג' טרסקי עורך, התשל"ז).

⁹ סעיף 13 לחוק יסוד: נשיא המדינה. החסינות מיועדת להגן על מעמדו של נשיא המדינה ועל כבוד משרתו, והיא עומדת לו גם לאחר תום כהונתו. ראו פרק י"ז להלן.

¹⁰ ברק, אנגלרד, חשין וטרסקי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 153.

המחוקק בתיאור החסינות כדי לקבוע אם החסינות דיונית או מהותית, וזאת משני טעמים: ראשית, הוראות הפקודה, הן לעניין ההגנות והן לעניין החסינות, מנוסחות בלשון דיונית. ההסבר לכך נעוץ בנטייתו המסורתית של המשפט האנגלי להשקיף על זכויות מהותיות מתוך ההליך השיפוטי. אופיו הדיוני של הביטוי "לא תוגש תובענה" אינו בולט יותר לעומת הביטוי "הגנה מפני התובענה". ניתן לומר כי דווקא הביטוי השני "דיוני" יותר מהראשון.¹¹

שנית, השימוש בביטוי "לא תוגש תובענה" בהוראות הפקודה אינו מעיד על שיטה כלשהי. יש שהוא מופיע בהקשר דברים המעיד על חסינות דיונית, כגון החסינות שהוענקה בעבר לבני זוג;¹² יש שהוא מופיע בהקשר המעיד על חסינות מהותית, כגון חסינות שיפוטית;¹³ ויש שהוא מופיע כהגנה.¹⁴ נראה אפוא כי המבחן המכריע הוא מבחן המהות וכוונת החקיקה, ולא המבחן הלשוני.¹⁵

11 ש.ס.

12 ע"א 479/60 אפלשטיין נ' אהרוני, פ"ד טו 682, 694 (1961). השוו עם ע"א 523/63 גלפנד נ' כהן, פ"ד יח(2) 197 (1964).

13 סעיף 8 לפקודת הנזיקין.

14 למשל, סעיף 43 לפקודת הנזיקין, בעניין תובענה על מטרד לציבור. חיזוק לדעה שלפיה מבחן הלשון אינו מעיד על טיב ההגנה, ניתן למצוא בפסיקה שפירשה את החסינות המוקנית לחברי כנסת כחסינות מהותית ("חבר הכנסת לא יישא באחריות פלילית או אזרחית [...] בשל מעשה שעשה בכנסת או מחוצה לה..."). ראו בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1995); בג"ץ 620/85 מיצארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169, 205 (1987). באופן דומה פורשה גם החסינות על פי חוק יסוד: נשיא המדינה כחסינות מהותית ("לא יתן נשיא המדינה את הדין [...] בשל דבר הקשור בתפקידו או בסמכויותיו..."). ראו בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986).

15 בפסיקה נעשה לעתים שימוש בשני המבחנים, אך נראה כי משקלו של מבחן המהות רב ממשקלו של מבחן הלשון. לדוגמה: בע"א 3765/95 חוסיין נ' טורם, פ"ד נ(5) 573 (1996), נעשה שימוש הן במבחן הלשון והן במבחן התכלית המהותית לצורך פרשנות הוראת סעיף 8(א) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, המורה כי: "מי שתאונת דרכים מקנה לו עילת תביעה על פי ביטוח [...] לא תהא לו עילת תביעה על פי פקודת הנזיקין בשל נזק גוף, וזולת אם נפגע על ידי אדם אחר במתכוון". השופט אור קבע (בעמ' 584), כי על פי הרובד הלשוני ועל פי

3. הבחנה בין חסינות מוחלטת לחסינות מוגבלת

נהוג להבחין בין שני סוגי חסינות: חסינות מוחלטת – דוגמת החסינות החלה על עובדי ציבור ושופטים על פי סעיפים 7 ו-8 לפקודת הנזיקין;¹⁶ וחסינות מוגבלת או יחסית – דוגמת החסינות המוקנית למדינה ולרשויות ציבור על פי סעיף 6 לפקודת הנזיקין וסעיף 3 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952.¹⁷

קיים גם מצב של היעדר חסינות, שבו אין מניעה לתבוע בנוזיקין נושאי תפקידים, כגון רופאים, עורכי דין וכיוצא באלה. בנוסף לאחריות האישית המוטלת על העובדים במקרים אלה, ניתן לתבוע גם את המעביד, כאחראי באחריות שילוחית או ישירה למעשיהם.

בפרקים הבאים אדון בחסינות המוקנית לבעלי תפקידים ולארגונים שונים, ואפרט מה מהותה של החסינות החלה עליהם על פי המבחנים שפורטו לעיל.

מבחן המהות יש לפרש את הוראת סעיף 8(א) כהוראה מהותית, השוללת את זכותו של הנפגע לפיצוי על פי פקודת הנזיקין. ראו גם רע"א 7092/94 *Her Majesty the queen in right of Canada נ' אדלסון*, פ"ד נא(1) 625, 644 (1995), שם קבע הנשיא ברק, תוך שימוש במבחן המהות והתכלית החקיקתית, כי החסינות הדיפלומטית מכוונת לשלול את סמכות השיפוט של בתי המשפט בישראל, ולכן היא חסינות דיונית ולא מהותית.

לעיל ה"ש 2.

החסינות על פי הוראות אלה מוגבלת, מאחר ששתיהן מוציאות את עוולת הרשלנות מתחולתן. לדיון מפורט ראו פרק י"ד הדן בחסינות המדינה ורשויות הציבור.

16

17

משאבים ראויה.⁶⁰ אבחן עתה את היתרונות הכלכליים המגולמים בעקרון החסינות השיפוטית.

א. ריבוי תביעות סרק – הצפה

המצדדים בחסינות טוענים כי חשיפת השופטים לתביעות אישיות עלולה להציף את בתי המשפט בתביעות נזיקין, לגרום לשיתוקם של בתי המשפט, ולהטיל נטל כלכלי כבד על המערכת המשפטית ועל הצדדים עצמם. טיעון זה של "הצפה" בתביעות משפטיות הועלה גם בהקשר של חסינות עובדי הציבור,⁶¹ אך עד שנת 2005 לא נקבעה בעטיו חסינות מוחלטת לעובדי הציבור בישראל.⁶² בשנת 2005 תוקן סעיף 7 לפקודת הנזיקין, וכיום נהנים עובדי הציבור מחסינות מוחלטת מפני תביעות בנזיקין, למעט תביעות שעניינן מעשה שנעשה ביודעין, מתוך כוונה לגרום נזק, או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו.⁶³

מספרן של התביעות המוגשות נגד עובדי ציבור קטן יחסית, ויש הטוענים כי קיימת הפרזה רבה בטיעוני עומס היתר וההצפה.⁶⁴ מספרן של התביעות שהוגשו נגד המדינה בגין עוולות שיפוטיות הוא מועט וברוב

⁶⁰ ראו D. More, "Re-Examining Strict Products Liability's Goals and Justifications" 9 TEL-AVIV UNIV. STUDIES IN LAW 165, 184 (1989)

⁶¹ ראו דבריו של הנשיא שמגר בעניין לוי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 78, שקבע כי שכרה של הטלת אחריות נזיקית על המדינה יצא בהפסדה, בין היתר בשל החשש מפני הצפת בתי המשפט בתביעות. לטענה כי הגשת תביעות נגד עובדי ציבור גרמה בארצות הברית עומס יתר ונטל כלכלי כבד על רשויות הציבור, ראו גלעד, לעיל ה"ש 11, בעמ' 354.

⁶² בתזכיר חוק לתיקון פקודת הנזיקין (אחריות עובדי ציבור), התשנ"ו-1996, הוצע להעניק חסינות כמעט מוחלטת לעובדי הציבור ולהטיל על המדינה את האחריות לפיצוי. גם כאן החשש מפני תביעות סרק, או הצפה, לא הניע את הוועדה לשלול לחלוטין את הזכות לפיצוי ממי שנפגע מפעולה של עובד ציבור. לדיון בתזכיר, ראו להלן, פרק ט"ו.

⁶³ תיקון מס' 10 לפקודת הנזיקין. ראו פרק ט"ו להלן.

⁶⁴ ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985).

המקרים התביעות נדחו.⁶⁵ בארצות הברית, שבה נדונות תביעות נזיקין נגד שופטים שפעלו בחוסר סמכות, לא נצפתה הצפה של בתי המשפט, ולא נראה כי בתי המשפט כורעים תחת נטל בירורן של תביעות אלה.⁶⁶

אף שטיעון ההצפה לא הוכח כנכון, עדיין יש המעלים אותו כצידוק להמשך קיומה של החסינות המוחלטת.

ב. היעדר הצדקה כלכלית לחיוב השופט בתשלום מכיסו

טיעון נוסף של המצדדים בקיומה של החסינות הוא כי אין הצדקה כלכלית לחייב שופט לשלם לנפגע פיצויים או הוצאות משפט מכיסו. שופט הוא פקיד ציבור, המקבל משכורת מהמדינה, ולכן אין זה מוצדק להטיל עליו את הנטל הכספי הכרוך בפיצוי הנפגע על נזקיו ועל הוצאותיו.⁶⁷ לכאורה נראה טיעון זה הגיוני: שופט, המכהן במשרה ציבורית ומקבל משכורת חודשית בעד עבודתו, עלול לשלם לנפגע פיצויים בסכום העולה פי כמה על משכורתו ואף לשאת בשכר טרחת עורך דין ובהוצאות משפטיות נכבדות.⁶⁸

טיעון זה מאבד ממשקלו כאשר בודקים את הטענה לגופה, ומוצאים כי עובדי ציבור אחרים, כגון רופאים ומהנדסים, המכהנים במשרות ממשלתיות ומקבלים משכורת חודשית בעד עבודתם, אינם נהנים מחסינות כה גורפת כמו השופטים. אמנם, במקרים רבים אין נושאי התפקידים הללו נדרשים לשלם את הפיצויים מכיסם, והמדינה משלמת אותם במקומם, אך אין הם מוגנים לחלוטין מפני הגשת תביעה אישית נגדם.

⁶⁵ ראו פרק ה' להלן.

⁶⁶ לטיעון דומה ראו E.J.H. Schrage, "The Judge's Liability for Professional Mistakes" 17 LEGAL HISTORY 101, 123-125, (1996).

⁶⁷ דברי השופט Scrutton בעניין [1920] 3 K.B. 163, 197.

⁶⁸ החשש מפני הנטל הכספי מועלה לעתים גם כשיקול להרחבת החסינות המוקנית לעובדי ציבור. ראו עניין לוי, לעיל הי"ש 9, בעמ' 65.

כדי לצמצם את האיום הכלכלי המרחף מעל ראשי השופטים, ניתן לקבוע כי תשלום הפיצויים לא ייעשה מכיסם. במדינות מסוימות קיים הסדר, שלפיו מוגשת תביעה בגין עוולה שיפוטית רק נגד המדינה.⁶⁹ המדינה זכאית להגיש תביעת שיפוי נגד השופט על מלוא הסכום ששולם על ידיה לנפגע, או על חלקו.⁷⁰ אפשרות נוספת להסרת האיום הכלכלי מעל השופטים היא כי השופטים יבטחו את עצמם בביטוח אחריות מקצועית – בדומה לביטוח הנהוג אצל בעלי מקצועות חופשיים אחרים, כגון עורכי דין ורופאים.⁷¹

2. שיקולים לשלילת קיומה של החסינות השיפוטית

אל מול השיקולים בעד הענקת חסינות שיפוטית מוחלטת קיימים שיקולים מערכתיים, שיקולי צדק ושיקולים כלכליים, השוללים קיומה של החסינות לחלוטין או תומכים בהפיכתה לחסינות מוגבלת בלבד. ארון עתה בשיקולים אלה.

2.1 שיקולים מערכתיים

השיקולים המערכתיים התומכים בהפיכתה של החסינות השיפוטית לחסינות מוגבלת, מעוגנים בצורך להבטיח את אמון הציבור במערכת השיפוטית ולהרתיע שופטים אחרים מפני פגיעה מכוונת בזכותם של מתדיינים.

⁶⁹ זה המצב גם בישראל, לאחר פסק דין פרידמן, לעיל ה"ש 23. לדיון מפורט ראו פרק ה' להלן.

⁷⁰ הסדר מעין זה קיים, למשל, באיטליה; ראו להלן, פרק ז'. הסדר דומה קיים גם לגבי עובדי ציבור, לאחר שתוקן סעיף 7 לפקודת הנוזקין – לעיל ה"ש 63.

⁷¹ בארצות הברית, שם ניתן להגיש תביעה לפיצויים נגד שופט, דואגים שופטים לבטח עצמם בביטוח אחריות מקצועית. ראו D. Cohen, "Judicial Malpractice Insurance? The Judiciary Responds to the loss of Absolute Judicial Immunity" *CASE WESTERN RESERVE L. REV.* 267 (1990).

א. הצורך להבטיח את אמון הציבור במערכת השיפוטית

כוחם של בתי המשפט נשען על אמון הציבור.⁷² הצורך להבטיח את אמון הציבור בכך שהשפיטה נעשית בהגינות, ללא מורא או משוא פנים, הוא מאושיות המשפט בכל מדינה דמוקרטית.⁷³

דברים בציבור סבורים כי החסינות המוחלטת מאפשרת לחפות על שופטים שסרחו, וכתוצאה מכך נפגע אמון הציבור במערכת השיפוטית כולה.⁷⁴ מנגד יש הסבורים כי זכות תביעה נגד שופטים לא תסייע בבניית יחסי אמון כלפי המערכת השיפוטית, ותפגע באופן אנוש במעמדם של השופטים וביוקרתם בעיני החברה כולה.⁷⁵

הצורך להבטיח את אמון הציבור במערכת השיפוטית גובר על החשש מפני פגיעה אפשרית במעמדם של השופטים, אם ייחשפו לתביעה אישית נגדם⁷⁶ או נגד המדינה.⁷⁷ הציבור מורכב ממתדיינים בפועל או בכוח, ואין

⁷² כפי שאמר השופט Frankfurter בפרשת *Baker v. Carr* 369 U.S. 186, 267 (1962):
"The Court's authority possessed of neither the purse nor the sword ultimately rests on substantial public confidence in its moral sanction".

⁷³ פומביות הדיון נועדה אף היא לחזק את אמון הציבור במערכת השפיטה ולחשוף את פרטי ההליך המשפטי לעיני הציבור. ראו למשל, ע"פ 8225/12 פלונית (קטינה) נ' פלוני (פורסם בנבו, 24.2.2013); בש"פ 5759/04 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 665, 658 (2004).

⁷⁴ *Olowofoyeku*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 195.

⁷⁵ דברי השופט Mayne בפרשת *Taaffe v. Downes* 13 E.R. 15, 18 (1863):

"Liability to every man's action, for every judicial act a judge is called upon to do, is the degradation of the judge... It is to render the judges slaves in every court that holds plea, to every sheriff, juror, attorney and plaintiff".

הדברים נאמרו, כמובן, על דרך ההפרזה, למקרה שהחסינות השיפוטית תבוטל לחלוטין, אך אין ספק כי הם מעידים על סלידתו של השופט Mayne מפני האפשרות כי שופטים יועמדו לדין באופן אישי.

⁷⁶ ראו *S. SHETREET, JUDGES ON TRIAL* 282-284 (Amsterdam, 1976).

ספק כי האינטרס העיקרי שלהם הוא להבטיח כי שופט היושב לדין ישפוט על פי מיטב שיקול דעתו המקצועי, ולא מתוך מניעים אישיים מושחתים או על פי גחמות אישיות.⁷⁸

ב. הרתעת שופטים אחרים

נימוק נוסף להצדקת הגבלת החסינות השיפוטית הוא הצורך להרתיע שופטים מפני התעמרות או פגיעה מודעת במתדיינים. המצדדים בנימוק זה טוענים כי אם תותר הגשת תביעה נגד שופטים במקרים מסוימים, ישמש הדבר כגורם מרסן כלפי כלל השופטים – בבחינת "למען יראו וייראו".

השוללים הגבלת החסינות טוענים מנגד, כי הטלת אחריות אישית עלולה להוביל להסגנות או להרתעת יתר של שופטים מפני קבלת החלטות חריגות. הרתעת יתר גורמת פגיעה בעבודתם של השופטים, במקום התייעלות.⁷⁹ נדרש אפוא איזון בין הרתעה יעילה לבין הרתעת יתר, הגורמת לשיתוק.

"...The most important consideration in determining the remedy for an incident of misconduct is public confidence or the sense of the community."

עניין פרידמן, לעיל ה"ש 23, לדיון באפשרות חיובה של המדינה באחריות שילוחית או באחריות ישירה למעשי השופטים, ראו פרק ה' להלן.

כדברי השופט קרדוזה בספרו: CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS: 161-162 B (New-Haven, 1921)

"...The judge, even when he is free, is still not wholly free. He is not innovating at pleasure. He is not a knight-errant roaming at will in pursuit of his own ideal of beauty or of goodness".

תופעה דומה קיימת אצל רופאים, המנתחים ללא צורך או נותנים תרופות מעבר לנדרש, כדי להבטיח עצמם מפני תביעות. א' פורת מכנה זאת במאמרו "משפטנות מגוננת" בהשאלה מ"רפואה מגוננת", לעיל ה"ש 59, בעמ' 388.

במספר מועט של מקרים קבעו בתי המשפט כי מדובר באחריות ישירה של המדינה ולא באחריות שילוחית לפעולות הנעשות על ידי השופטים.⁸³ המשמעות המעשית של ההבחנה שבין אחריות שילוחית לאחריות ישירה של המדינה מתבטאת בכך שחסינותם של השופטים אינה נפגעת. במקביל, הנפגע יכול לזכות בפיצוי מאת המדינה על נזקיו, מכוח אחריותה הישירה.⁸⁴ בתביעות המוגשות נגד המדינה, הייצוג בבית המשפט נעשה על ידי פרקליטות המדינה, אלא אם הוסדר ייצוגה בדרך אחרת.⁸⁵

5. תביעה נגד המדינה כאחריות לתקינותה של המערכת השיפוטית

נוסף על האחריות המוטלת על המדינה למעשיו של שופט המבצע עוולה שיפוטית, חלה עליה אחריות במישור השלטוני – להבטיח את קיומה של רשות שופטת נטולת משוא פנים, ולמנות שופטים המסוגלים למלא את תפקידם ביעילות ובנאמנות. כמו כן, חלה על המדינה אחריות לדאוג לתפקודה היעיל של המערכת השיפוטית, לתקינותם של ההליכים ולהבטחת זכות הגישה של הציבור לערכאות.

⁸³ זו הייתה דעתי בעניין יאיר שיווק, לעיל ה"ש 28, אם כי פסק הדין מתייחס גם לאפשרות חיובה של המדינה באחריות שילוחית; זו גם דעתי של השופט שנלר בעניין בר לב, לעיל ה"ש 18.

⁸⁴ בעניין יאיר שיווק, לעיל ה"ש 28, נאמר כי ניתן לחייב את המדינה באחריות ישירה ולא באחריות שילוחית לעוולה שביצע ראש ההוצאה לפועל, כאשר הורה על עיקול ברישום של נכסי התובעת, לפני מתן אזהרה. בטופו של דבר נקבע כי מדובר לכל היותר ברשלנות, ולא ברשלנות רבתי או בזדון מצד ראש ההוצאה לפועל, ולכן התביעה נדחתה. לא הוגש ערעור על פסק הדין.

⁸⁵ הייצוג הוא על פי הוראת סעיף 2 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], ג"ח 282.

ניסיון לטעון כי הדבר נוגד את עקרון הפרדת הרשויות ואת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נדחה על ידי השופט הנדל ברע"א 6442/12 ויסמן נ' מנהל בתי המשפט (פורסם בנבו, 16.1.2013).

המדינה אינה אחראית לכל טעות או פגם במערכת השיפוטית. על התובע להוכיח כי מדובר בכשל מערכתי המצדיק את חיובה של המדינה באחריות ישירה, מכוח חובתה להבטיח קיומה של רשות שיפוטית תקינה ויעילה.⁸⁶ בהקשר זה ראוי להזכיר את פסק הדין בעניין טוטיאן על גלגוליו השונים. תחילתו של ההליך בתביעה כספית נגד לשכת ההוצאה לפועל, בגין נזקים שנגרמו לתובעים כתוצאה מרכישת נכס מכונס נכסים, שמונה על יד רשם ההוצאה לפועל. לאחר שהתובעים שילמו את מלוא התמורה, התברר כי הנכס נמכר שלא כדין והושב לבעליו. רוב התמורה ירדה לטמיון מאחר שכונס הנכסים ברח מהארץ ונטל את הכסף עמו. השופטת פרוסט-פרנקל קיבלה את טענתם של התובעים כי התיק טופל על ידי חמישה רשמים שונים, שלא שלטו בפרטי התיק ולא וידאו שכונס הנכסים ממלא אחר הוראות החוק, וקבעה כי המדינה נושאת באחריות שילוחית להחלטותיהם של רשמי ההוצאה לפועל.⁸⁷

בבית המשפט המחוזי נקבע⁸⁸ כי אין מקום לחיובה של המדינה באחריות שילוחית למעשיהם של נושאי משרה שיפוטית, הנהנים מחסינות שיפוטית מהותית שאינה מאפשרת לתבוע את המדינה – גם לא במקרים העולים כדי "רשלנות רבתי".⁸⁹ התיק הוחזר לבית משפט השלום על מנת שידון בטענתם הנוספת של התובעים, שעניינה אחריותה הישירה של המדינה לנוקיהם.

בפסק הדין שניתן בגלגול השני על ידי השופטת פרוסט-פרנקל נקבע כי כונס הנכסים המתמנה על ידי רשם ההוצאה לפועל, הוא למעשה ידו הארוכה לצורך ביצוע פסק דין, ופועל בהתאם להוראותיו ולהחלטותיו. עד לתיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל,⁹⁰ רשות ההוצאה לפועל הייתה חלק מהמערכת השיפוטית,

⁸⁶ במשפט הקונטיננטלי יש אפשרות לתבוע את המדינה בתביעה ישירה, בגין רשלנות מצידה בארגון המערכת השיפוטית או בגין הפרת החובה להבטיח קיומה של מערכת שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה.

⁸⁷ ת"א (ת"א) 39859/08 טוטיאן נ' הוצאה לפועל פתח תקוה (פורסם בנבו, 18.8.2011).

⁸⁸ עניין טוטיאן, לעיל ה"ש 17.

⁸⁹ ביקורת על הנמקה זו ראו לעיל ה"ש 20, והסקסט הנלווה אליה.

⁹⁰ שנכנס לתוקפו בשנת 2009.

וכיום היא מערכת נפרדת – רשות האכיפה והגבייה. התביעה הוגשה טרם התיקון, ופסק הדין מתייחס אל מערכת ההוצאה לפועל כחלק מהמערכת השיפוטית.

בפסק הדין נאמר כי הנהלת בתי המשפט אחראית, כאורגן של המדינה, לביצועם של סדרי המינהל ולעבודתם התקינה והיעילה של בתי המשפט השונים, לרבות התנהלותן של לשכות ההוצאה לפועל כחלק ממערכת בתי המשפט דאז. זאת ועוד, בעקבות בריחתו של כונס הנכסים מהארץ, לאחר שמעל בחובת האמון במסגרת תפקידו, נכתב דו"ח מפורט על ידי השופטת נועה גרוסמן, שכלל המלצות שונות להגברת הפיקוח והבקרה על פעולותיהם של כונסי נכסים. המלצות אלה לא יושמו במשך 12 שנים – עד לתיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל, והיה על המדינה, באמצעות הנהלת בתי המשפט, לצפות כי אי-ביצוע ההמלצות יוביל לנזקים וביניהם נזקיהם של התובעים. המדינה נושאת באחריות ישירה לליקויים שהתגלו בנוהלי הבקרה והפיקוח על פעולותיהם של כונסי הנכסים, שלא תוקנו במשך שנים, ולכן נקבע כי עליה לפצות את התובעים על נזקיהם.⁹⁰ מדובר בפסק דין ראשון מסוגו, הן באחריותה הישירה של המדינה לתשלום פיצויים עקב הפרת החובה להבטיח קיומה של מערכת שיפוטית תקינה ויעילה.

קשת האפשרויות לחיובה של המדינה באחריות ישירה אינה מצטמצמת רק למקרה של עוולה ספציפית שעשה שופט, אלא כוללת גם מקרים שבהם מדובר בשופט שאינו ראוי לשמש בתפקידו או בשופט שתפקודו לקוי, כגון שופט המזייף פרוטוקולים, שופט המתנהג באופן שאינו הולם את תפקידו ואת מעמדו, שופט המשהה מתן פסקי דין במשך שנים ארוכות, וכיוצא באלה.

בשנים האחרונות מסתמנת מגמה של הכרה בזכותם של בעלי דין לקבל פיצוי מהמדינה בשל סחבת במתן פסקי דין – סחבת המתפרשת ככשל בניהול

⁹¹ עניין טוטיאן, לעיל ה"ש 78.

המערכת השיפוטית כולה.⁹² הנהלת בתי המשפט נוקטת כיום גישה שלפיה אם ניתן פסק דין באיחור של שנים, כתוצאה מרשלנות ממשית של שופט, יש לפצות את הנפגעים על נזקיהם הממשיים. הפיצוי ניתן באותם מקרים שבהם מתברר כי נגרם נזק בלתי הפיך, בשל שיהוי בלתי מוצדק במתן פסק הדין.⁹³ מרבית המקרים המוסדרים בפשרה אינם מתפרסמים.⁹⁴ חלקם זוכים לפרסום בעיתונות⁹⁵ או בדו"ח נציב תלונות הציבור על שופטים.⁹⁶ לא מכבר נדחתה

⁹² מערכת בתי המשפט נאבקה במשך כל השנים בתופעה מצערת זו. ראו מ' בן-דרור התנהגות שופטים 404 (2005).

⁹³ כך אירע בת"א (י-ם) 3086/07 שלום נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.9.2009). התובע הגיש תביעה לתשלום שכר עבודה ופיצויי הלנה לבית הדין לעבודה בשנת 1987. השופט בן עטר ז"ל סקר את ההליכים שהתקיימו בתביעה, וקבע כי לא הוכח שניתן בתיק פסק דין במשך 15 שנים. לאור העובדה שהחברה המעסיקה נכנסה במהלך השנים להליכי פירוק, חויבה המדינה בתשלום פיצויים חלקיים, של מחצית מסכום שכר העבודה. בית המשפט הפחית מסכום הפיצויים בשל אשמו התורם של התובע, שלא פעל לקבלת פסק הדין. במסגרת ערעור שהוגש לבית המשפט המחוזי הוסכם על תשלום מלוא שכר העבודה ופיצויים של 10,000 ש"ח. כן בוטלה קביעת האשם התורם (ע"א (י-ם) 3553/09 שלום נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 18.3.2010)). למרבה הצער, השופט בן עטר שם קץ לחייו בשנת 2011 ובמכתב שהותיר אחריו כתב למשפחתו "עומט העבודה הכריע אותי".

⁹⁴ לדוגמה, ת"א (ח"י) 7412/08 טויטו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.6.2010). שם הגיעו הצדדים להסדר פשרה מחוץ לכותלי בית המשפט, וביקשו מבית המשפט לתת לו תוקף של פסק דין, מבלי לציין את פרטי ההסדר.

⁹⁵ סחבת של 15 שנים בכתיבת פסק דין על ידי שופטת בתיק ליקויי בנייה, אילצה את המדינה לשלם 95 אלף ש"ח לתובע, רוברט חקן, במסגרת הסדר גישור בשנת 2013 (הארץ 10.2.2013). בשנת 2010 פורסם כי המדינה שילמה פיצויים בסך 210 אלף ש"ח לעו"ד עדיאל חשין, בגין עיכוב של עשר שנים במתן פסק דין על ידי אותה שופטת, מאחר שבינתיים הקבלן הנתבע פשט את הרגל (הארץ 10.5.2010).

⁹⁶ בדו"ח הנציבות לשנת 2007 פורסם, כי שופטת נגזפה על ידי נשיאת בית המשפט העליון דורית ביניש. בהמלצת נציבת התלונות השופטת (בדימי) שטרסברג-כהן, על התמשכות הליכים יותר מעשור בתביעה אזרחית של דיירים נגד אדריכל וקבלן בניין. ככל הידוע לא הוגשה תביעה לפיצויים בשל העיכוב במתן פסק הדין. בדו"ח לשנת 2012 פורסם כי הנציב השופט (בדימי) גולדברג מצא כמוצדקת תלונה על עיכוב של שמונה שנים במתן פסק דין. מדובר בבקשת רשות ערעור שהוגשה לבית המשפט העליון ובפסק הדין הובעה התנצלות על העיכוב, אך הנציב קבע כי מדובר בתקלה חמורה. גם תלונה על מתן פסק כעבור שנתיים מאז הגשת

תביעה לתשלום פיצויים בגין עיכוב במתן פסק דין בערעור.⁹⁷ דובר בנהג אוטובוס שדיווח על מעשה שחיתות במחלקת התחבורה של מעבידתו, ופוטר. בשנת 1996 ניתן פסק דין בבית הדין האזורי לעבודה, שקבע כי אמנם התובע פוטר שלא כדין, אך מאחר שנערך לו שימוע כנדרש, אין אפשרות לבטל את פיטוריו. התובע הגיש ערעור על פסק הדין לבית הדין הארצי לעבודה, שנשמע רק לאחר חמש שנים, שבמהלכן נדרש לפנות לבית הדין כמה פעמים כדי להביא לקידום הטיפול בערעור. בינתיים נאלץ התובע להתפטר מעבודתו כנהג מחמת הרעת תנאים, ולחפש עבודה חלופית. התובע טען כי בשל העיכוב במתן פסק הדין בערעור הוא נותר צודק אך מובטל, ולכן הגיש תביעה לפיצויים נגד מערכת בתי המשפט. השופטת אילונה אריאלי שדנה בתביעה קבעה כי אכן חל עיכוב בשמיעת הערעור. האחריות לקביעתם ולקיומם של דיונים במועד סביר היא של השופט היושב לדין, והיא מהווה חלק בלתי נפרד ממילוי תפקידו השיפוטי. על כן, מדובר בעוולה שעשו שופטי בית הדין שטיפלו בערעור, אולם עוולה זו חוסה תחת החסינות השיפוטית הקבועה בסעיף 8 לפקודת הנוזיקין. השופטת אריאלי לא הכריעה בשאלה אם ניתן לחייב את המדינה באחריות שילוחית או באחריות ישירה לעוולה שעשה שופט במילוי תפקידו השיפוטי,⁹⁸ אך קבעה כי "אין מדובר במקרה של 'רשלנות בוטה מאוד' או של 'רשלנות רבת',⁹⁹ בטח ובטח שאין מדובר ב'מקרה חריג של פעולות שנעשו בזדון או בחריגה מודעת מסמכות'". נוסף על כך נפסק כי התובע לא הוכיח את הנזק הנטען ולא הוכיח כי קיים

הסיכומים נמצאה מוצדקת, ונקבע כי עומס עבודה לא הצדיק את העיכוב. שם, בעמ' 59.

⁹⁷ ת"א (שלום טב') 1242-09-07 פרנקשטיין נ' מערכת בית המשפט משרד המשפטים (פורסם בנבו, 9.4.2013).

⁹⁸ בפסק הדין נאמר כי הובעו דעות שונות בסוגיה, שטרם הוכרעה בבית המשפט העליון, תוך הפניה לפסק דין פרידמן ולמאמרו "מי ישפוט את השופטים וכיצד?", לעיל ה"ש 16.

⁹⁹ מבחינת משך העיכוב נקבע, כי הדוגמה בפסק דין פרידמן למקרה של רשלנות רבתי היא הימנעות מלתת פסק דין במשך עשר שנים לאחר סיום המשפט, ובעניינו משך העיכוב היה כארבע שנים, והוא נבע מעומס ששרר בבית הדין הארצי לעבודה באותה עת.

קשר סיבתי בין העיכוב בשמיעת הערעור לבין הגזק הנטען, ולכן התביעה נדחתה.

כיום נעשה מעקב אחר מירוץ הזמן בתיקים, באמצעות תוכנת מחשב המאפשרת קבלת נתונים על מועד הפתיחה של כל תיק, התמשכות ההוכחות בו והזמן שחלף מעת הגשת הסיכומים ועד למתן פסק הדין, כדי למנוע מקרים של עיכוב בלתי סביר בסיום ההליכים.

6. שופט חוקר

שופט חוקר מתמנה לחקור את סיבת המוות, כאשר מת אדם ויש חשש שסיבת מותו אינה טבעית או שמותו נגרם בעבירה.¹⁰⁰ תפקידיו וסמכויותיו של שופט חוקר הוסדרו בחוק,¹⁰¹ והתכלית היא להקנות לשופט החוקר סמכות וכלים לחקור על אודות נסיבות מותו של אדם, בהיותו במעצר או במאסר, באשפוז בבית חולים לחולי נפש או במוסד סגור לילדים מפגרים, ואף לקבוע אם מותו בוצע בעבירה. השופט החוקר רשאי לערוך חקירה בפומבי או בדלתיים סגורות, להזמין עדים, ולצוות על פתיחת קבר. שופט חוקר מוסמך אף ליתן "צו אישום" המורה לפרקליט המחוז להגיש כתב אישום נגד אדם פלוני, אם נראה לשופט החוקר, על סמך הראיות שהובאו לפניו, כי נעברה על ידי אדם עבירה, בכפוף לזכות שימוע הנתונה לאותו אדם.¹⁰²

¹⁰⁰ סעיף 19 לחוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958. מינויו נעשה לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, קצין משטרה, רופא או כל אדם מעוניין. המינוי ניתן לשופט של בית משפט השלום, שבתחום שיפוטו אירע המוות או נמצאה הגווייה.

¹⁰¹ סעיפים 24, 25 ו-32 לחוק.

¹⁰² סעיף 32 לחוק.

תפקידו של השופט החוקר הוא יחיד במינו; יציר כלאיים שתפקידו משלב בחובו סמכויות שיפוטיות לצד סמכויות מינהליות.¹⁰³ לשם ביצועה של חקירה מקיפה רשאי הוא לבצע פעולות "אקטיביות" פרי יוזמתו, לקבוע את זהות העדים שיעידו לפניו ואף לחקור בעצמו ולהסיק מסקנות מחקירתו שלו.¹⁰⁴ חרף האופי השיפוטי המאפיין את החלטותיו, שופט חוקר נהנה מעצמאות ומחוסר תלות ברשויות המינהל האחרות, בהליך החקירה המתנהל על ידיו.¹⁰⁵

בפסיקה נקבע כי תכליתו של החוק הייתה יצירת הליך שיפוטי לגילוי מקרי מוות שנגרמו בעבירה.¹⁰⁶ לכן, קיימים סממנים שיפוטיים בהליך המתנהל לפני חוקר נסיבות מוות, הבאים לידי ביטוי בעצם קיום הדיון לפני שופט מקצועי, בקבלת ראיות ובהשמעת טיעונים בבית המשפט, ובסמכות להורות על העמדת חשוד לדין באמצעות צו אישום.¹⁰⁷

החסינות הסטוטורית הקבועה בסעיף 8 לפקודת הגזיקין חלה על פעולותיו של שופט חוקר, אף שאין מדובר בהליך שיפוטי במובנו הרגיל, דהיינו הכרעה בסכסוך בין צדדים יריבים, ואף שלא ניתן לתקוף את החלטתו להוציא צו אישום בערעור רגיל, אלא באמצעות פנייה לבג"ץ.¹⁰⁸ פעולות השופט החוקר במסגרת הליך חקירת נסיבות מוות כוללות גם סמכויות חקירה, אך הן פעולות בעלות מאפיינים שיפוטיים, ובוודאי הן פעולות

הנעשות במסגרת כוללים הפעלת של עובדות ושל

החסינות חלה אם ניתן להחילה

בעניין בן הרוש

הריגה מודעת מסת גרימת מוות ברשל ראיות כדי להביא תביעה לפיצויים כאחראית באחריות דחה על הסף את פירוט לגבי חריגת התביעה נגד המדינה הגזיקין נוקט לשמו ומונעת אפשרות המדינה, גם אם

109 עניין בן הרוש.

110 לדיון נרחב בספ להלן.

111 מקרה נוסף שהפילי, היה במ 2.2.2011. שני מוות ברשלנות חס"מ 18/99. לדעת הפרקליט על ידי היועץ (בג"ץ 5190/01 שהחל הדיון בו וזיכה את שני הדיון הקשה ש

103 בג"ץ 66/81 המפכ"ל של משטרת ישראל נ' שופט בית משפט השלום רמלה, פ"ד לה (4) 337 (1981).

104 עדי סומך "החקרת וגם שפטה? בחינת מעמד חסינותו של שופט חוקר מפני תביעה בנוזיקין" 11 (פורסם בנבו).

105 בג"ץ 1952/06 שרייבר נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 27.7.2006).

106 בג"ץ 10782/05 בן יוסף נ' שופט חוקר בבית משפט השלום בירושלים (פורסם בנבו, 23.8.2007).

107 רע"פ 3542/93 אזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 705, 730 (1994); בג"ץ 535/89 ריציוול נ' שופט בית משפט השלום בחיפה, פ"ד מד(1) 441, 450 (1990).

108 כדברי השופט שפסר בעניין בן הרוש, לעיל ה"ש 16. הסיבה לכך היא שהחלטה להוציא צו אישום אינה פסק דין. ראו עניין אזוב, לעיל ה"ש 107, בעמ' 717.

הנעשות במסגרת מילוי תפקידו השיפוטי של השופט.¹⁰⁹ מאפיינים אלה כוללים הפעלת שיקול דעת ושיפוט עצמאיים לשם קבלת ההחלטה, הערכה של עובדות ושל הוראות חוק, מתן החלטה המחייבת את הצדדים ועוד.¹¹⁰

החסינות חלה על השופט החוקר אם פעל ברשלנות, אך נשאלת השאלה אם ניתן להחילה על פעולות שבוצעו ברשלנות רבתי או בזדון.

בעניין בן הרוש נטען כי השופט החוקר פעל ברשלנות רבתי, בזדון ותוך חריגה מודעת מסמכות, כאשר הורה על מתן צו אישום נגד המשיב בעבירת גרימת מוות ברשלנות, בניגוד לעמדת פרקליטות המדינה, שסברה כי אין די ראיות כדי להביא להרשעתו. המשיב זוכה בתום הליך שהתנהל נגדו והגיש תביעה לפיצויים בסך אלף ש"ח נגד השופט החוקר ונגד מדינת ישראל, כאחראית באחריות שילוחית ואף באחריות ישירה למעשיו.¹¹¹ בית המשפט דחה על הסף את התביעה נגד השופט וקבע כי אין בעובדות כתב התביעה כל פירוט לגבי חריגה מסמכות, ואם מדובר ברשלנות רבתי, ניתן להגיש את התביעה נגד המדינה בלבד, לאור הלכת פרידמן. נאמר, כי סעיף 8 לפקודת הנויקין נוקט לשון "לא תוגש נגדו תובענה", המתפרשת כחסינות דיונית ומונעת אפשרות לתבוע את השופט עצמו, אך מאפשרת הגשת תביעה נגד המדינה, גם אם סיווג אחריותה של המדינה כאחריות שילוחית זכה

¹⁰⁹ עניין בן הרוש, לעיל ה"ש 16, בפס' 13.

¹¹⁰ לדיון נרחב במאפייני פעולה שיפוטית, להבדיל מפעולה מינהלית, ראו פרק ח' להלן.

¹¹¹ מקרה נוסף שהסתיים בזיכוי נאשמים, לאחר ששופט חוקר הורה על העמדתם לדין פלילי, היה במסגרת ת"פ (נצ') 2979/07 מדינת ישראל נ' שושני (פורסם בנבו, 2.2.2011). שני רופאים מומחים בכירורגיית ילדים הועמדו לדין בעבירה של גרם מוות ברשלנות של ילדה בת 11, על פי המלצת השופט החוקר יוסף אלרון (תיק חס"מ 18/99). בתום הקירה שנמשכה שנים ארוכות הוגש נגדם כתב אישום, בניגוד לדעת הפרקליטות שסברה כל העת כי אין די ראיות נגדם. עתירה שהוגשה לבג"ץ על ידי היועץ המשפטי לממשלה נגד ההחלטה להוציא צו אישום נגדם – נדחתה (בג"ץ 5190/01 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלרון, (פורסם בנבו, 2.12.2001)). לאחר שהחל הדיון בתיק קיבל בית המשפט את טענת הנאשמים שאין להשיב לאשמה וזיכה את שניהם. בהכרעת הדין נאמר כי יש לקוות שבכך "יבוא הקץ גם לעינוי הדין הקשה שהיה מנת חלקם של הנאשמים" (עמ' 16 לפסק הדין).

לביקורת.¹¹² הכרעה בקביעת דרגת החומרה של הרשלנות אינה עניין להליך סף, ולכן נקבע כי אין מקום להורות על סילוק התביעה נגד המדינה בשלב מוקדם זה.¹¹³

בעניין היס¹¹⁴ הוגשה תביעה לתשלום פיצויים נגד הוריה ואחיה של פעילת השלום, רייצ'יל קורי ז"ל, אשר קיפחה את חייה ברפיח, כשנמחצה למוות על ידי דחפור צבאי במהלך הריסת בתים. התביעה הוגשה נגד פרופ' היס כמנהל המכון לרפואה משפטית, שהיה אחראי לנתיחת גופתה של המנוחה, ונגד בית משפט השלום בראשון לציון, כאחראי באחריות שילוחית לפעולותיה של השופטת נטוביץ, ששימשה כשופטת חוקרת בנסיבות מותה של המנוחה.

בהחלטה המתייחסת למגוון נושאים, סקר השופט אחסאן כנעאן את הפסיקה ואת המאמרים שנכתבו בעקבות פסק דין פרידמן, וקבע כי עדיפה בעיניו הגישה שלפיה החסינות על פי סעיף 8 לפקודת הנזיקין היא חסינות "מהותית, מוחלטת ומלאה".¹¹⁵ בהיעדר מערכת יחסים של עובד-מעביד בין המדינה לבין השופטים, נקבע כי אין להטיל אחריות שילוחית על המדינה למעשה עוולה שביצע שופט במסגרת תפקידו. לפיכך נדחתה על הסף התביעה שהוגשה נגד בית משפט השלום, בגין מעשיה של השופטת נטוביץ בתיק החקירה.¹¹⁶ בפסק הדין לא נבחנה השאלה אם מדובר ברשלנות רגילה,

¹¹² עניין בן הרוש, לעיל ה"ש 16, בפס' 17. השופט שפטר מפנה בפסק דינו לספרי "חסינות אישי ציבור" (התשס"ב), ולמאמרי "מי ישפוט את השופטים וכיצד?". לעיל ה"ש 16.

¹¹³ בקשת רשות ערעור שהגישה המדינה על ההחלטה שלא לסלק על הסף את התביעה נגדה - נדחתה (בר"ע (מחוזי ב"ש 597/09 מדינת ישראל נ' בן הרוש (פורסם בנבו, 6.12.2009)).

¹¹⁴ ת"א (שלום נצ') 32966-03-10 היס נ' CORREI (פורסם בנבו, 16.2.2011). לעיל ה"ש 114, בפס' 55.

¹¹⁵ לעיל ה"ש 114, בפס' 59. עם זאת החליט בית המשפט לרחות את טענת ההתיישנות ואת טענת כפל תביעות שנטענו על ידי המדינה. החלטה זו שונתה על ידי בית המשפט המחוזי והתביעה כולה נמחקה על הסף. ראו רע"א (נצ') 42765-03-12 מדינת

ברשלנות רבתי או בזדון במעשיה של השופטת החוקרת, ומהי מידת הרשלנות הנדרשת כדי להקים עילת תביעה למי שנפגע מצו אישום של שופט חוקר.¹¹⁷

לאחרונה פורסמו בציבור פרטים על אודות חקירת נסיבות מוות, שנערכה לאחר התאבדותו של איש המוסד בן זיגיר, בתאו בכלא. נשיאת בית משפט השלום במחוז המרכז, דפנה בלטמן, שמונתה לחקור את נסיבות המוות, קבעה בדו"ח שהוא חסוי ברובו, כי יש חשד לרשלנות מצד אנשי שב"ס בפרשה שכונתה פרשת מות האסיר X, המצדיק העמדתם לדין. פרקליט המדינה משה לדור, הודיע ברבים כי לא ניתן לקבוע שחומר הראיות מוכיח במידת הוודאות הדרושה במשפט פלילי, כי אנשי שב"ס או אחרים גרמו למות המנוח ברשלנות, ולכן לא יועמד איש לדין. פשרה כספית שהושגה בין המדינה לבין משפחתו של בן זיגיר חתמה ככל הנראה את הפרשה.

החלטה שלא להעמיד איש לדין, התקבלה גם לאחר מותו של הבודן דודו טופז בתא המעצר בכלא "ניצן". שופט בית משפט השלום ברמלה, חגי טרסי, אשר מונה כשופט חוקר, קבע כי אין להוציא צו אישום נגד מי מהמעורבים בפרשה. השופט ציין כי לא ערך חקירה עצמאית, לאור חקירת המשטרה שהייתה ממצה לדעתו, וגיבש את מסקנתו על סמך בחינה של ממצאי החקירה המשטרתית.¹¹⁸

ישראל נ' CORRIE (פורסם בנבו, 4.7.2012). בקשת רשות ערעור שהוגשה לבית המשפט העליון נקבעה לדין לפני הרכב, וטרם נדונה (רע"א 6968/12).

¹¹⁷ סומך, לעיל ה"ש 104, בעמ' 14, מציע שלא להחיל את מבחן הרשלנות החמורה שנקבע בפסק דין פרידמן, אלא להכיר בזכותו של אדם להגיש תביעה אזרחית על בסיס עולת הרשלנות הרגילה. הצעה זו סותרת את עקרון החסינות השיפוטית, ומתעלמת מן העובדה שלתפקידו של שופט חוקר סממנים שיפוטיים מובהקים.

¹¹⁸ תיק בית המשפט חסוי ברובו. תחילה נקבע כי יש לאפשר למשטרה להשלים את פעולות החקירה, ובמסגרת זו על המשטרה לפעול לתפיסת כל המסמכים הנוגעים לנהלים בדבר ההשגחה על המנוח, ולבצע כל פעולת חקירה נדרשת לצורך השיפת

7. הזמנת שופט לעדות

שאלה הנוגעת בעקיפין לחסינות השיפוטית, מתייחסת לאפשרות עדותו של שופט בהליך המתנהל בבית המשפט.

לפי הניסיון הישראלי אין לזמן שופט לעדות על דבר הקשור בתפקידו השיפוטי.¹¹⁹ האיסור להעיד שופט בקשר לתיק שהתנהל לפניו, נובע מן הצורך למנוע פגיעה ברשות השופטת וכן פגיעה בשופטים כפרטים. ביסוד סדרי הדין הנוהגים בכלל ההליכים בבתי המשפט, מובלע הכלל שלפיו בית המשפט מנוע מלפרש בעצמו, על דרך מתן הסברים נוספים בעל פה, החלטות שנתן, וזאת בין היתר בשל כלל סופיות הדיון. מעבר לפגיעה במעמדו של השופט בפרט, ובמעמדה של הרשות השופטת בכלל, כל הסבר שיינתן להחלטה יהווה נימוק נוסף וחדש שלא נכלל במסגרת ההחלטה המקורית, ושלצדדים בהליך המקורי לא הייתה הזדמנות להתייחס אליו; עניין שהוא ביסוד שיטתנו האדברסרית.¹²⁰

הדין באנגליה הוא שאין להעיד שופט על דוכן העדים על דבר הקשור בתפקידו השיפוטי, בשל החשש מפגיעה במעמדו של השופט העומד לחקירה נגדית, ובשל הרצון לשמור על עצמאות המערכת השיפוטית.¹²¹ לפיכך נקבע כי עדותו של שופט תישמע רק לגבי אירועים שאין כל דרך אחרת לבררם, אלא באמצעות שמיעת עדותו בהליך השיפוטי, זהו הכלל גם בארצות הברית, במקרים שבהם התירו בתי המשפט להעיד שופט כעד על דוכן העדים, על

התמונה המלאה, הנוגעת לנסיבות שהביאו למותו. חס"מ 16321-08-09 מדינת ישראל נ' טופז ז"ל (פורסם בנבו, 2.9.2009).

¹¹⁹ ע"א 3805/07 שוקחה נ' שוקחה (פורסם בנבו, 31.12.2007); ע"א 4331/07 ויסולי נ' מצנע (פורסם בנבו, 6.9.2007).

¹²⁰ עמל"ע (י-ם) 10566-10-10 אהרן נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין (פורסם בנבו, 21.10.2012).

¹²¹ Warren v. Warren [1996] 4 All E.R. 664.

דבר הקשור בתפקידו השיפוטי, נבחנה קודם לכן השאלה אם קיים אמצעי אחר היכול להחליף את עדותו של השופט כראיה במסגרת ההליך השיפוטי.¹²²

שאלת העדת שופט על דבר שאינו קשור בתפקידו השיפוטי נבחנה בפרוטרוט בעניין יוסף.¹²³ בית המשפט דחה את בקשת המערערים לזמן לעדות את השופטת אמסטרדם בנוגע לתיק שהיה בטיפול בפרקליטות, טרם מינויה לשופטת, וקבע כי יש להסתפק בתשובותיה בכתב לשאלות שהוצגו לה קודם לכן בכתב.¹²⁴ נקבע כי ערכי השיפת האמת, עשיית משפט צדק והגינות ההליך השיפוטי, מחד גיסא, וערכי ההגנה על מעמדו של בתי המשפט, על אי-תלותם ועל הבטחת אמון הציבור בהם, מאידך גיסא, הם ביסוד קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. מציאת האיזון הראוי במצב כמו זה שלפנינו אינה פשוטה ואינה קלה; יש לפתוח פתח לקבלת המידע הדרוש, אך להיזהר מאוד שלא יעברו בו רוחות רעות.¹²⁵ לפיכך, רק במקרים נדירים יוזמן שופט להעיד בבית המשפט, וזאת לאחר שבית המשפט יקבע כי עדותו נדרשת להכרעה בתיק.¹²⁶ מדובר בשיקולים דומים לאלה

¹²² State v. Simpson 334 S.E. 2d 53 (1985); Kaufman v. Zakaib 535 S.E. 2d 727 (2000).

¹²³ רע"א 3202/03 מדינת ישראל נ' יוסף, פ"ד נח(3) 541 (2004).

¹²⁴ השופט טירקל קבע כללים לטיפול בסוגיה זו, שאלה תמציתם: בית המשפט הן בהליך שבו מתבקשת העדות יכריע, על סמך החומר שלפניו וטיעוני הצדדים, אם להעיד את השופט; משהוחלט להעיד את השופט, יגיש בעל הדין לבית המשפט את השאלות שהוא מבקש לשאול את השופט, ובית המשפט יחליט אילו שאלות יוצגו; השופט יענה על השאלות בכתב, ואחרי שיינתנו התשובות, בעלי הדין רשאים להפנות לשופט שאלות הבהרה, תוך שימוש במנגנון שתואר לעיל; אם מצא בית המשפט, לאחר קבלת התשובות, כי יש צורך לחקור את השופט בחקירה שכנגד – יזמין אותו לחקירה כאמור, לא לפני שיודיע על כך ליועץ המשפטי לממשלה, אשר יודיע מה עמדתו בסוגיה. לעיל ה"ש 123, בעמ' 556.

¹²⁵ דברי השופט טירקל, שם.

¹²⁶ ראו ע"א 2564/07 עובון תקתוק נ' תקתוק (פורסם בנבו, 19.1.2012), שם דחה בית המשפט בקשה להזמנת השופטת הראל-לפין להעיד בנוגע לעניין שהיה בטיפול בפרקליטות, טרם מינויה לשופטת. בית המשפט קבע כי לאחר קבלת התשובות בכתב ושמיעת שאר העדויות, עדותה אינה נדרשת להכרעה בתיק.

העומדים בבסיס החסינות השיפוטית, שנועדה אף היא לשמור על עצמאותם של השופטים ועל מעמדה של הרשות השופטת.

לעיתים נדרש שופט להעיד בבית המשפט בנוגע לעניינים "פרטיים", שאינם קשורים לתפקידו כשופט. כך, שופט המעורב בתאונה דרכים,¹²⁷ או שופט שנפגע מטיפול רפואי או התקשר בעסקה פרטית, רשאי להעיד בבית המשפט ככל בעל דין אחר. יחד עם זאת, כללי האתיקה לשופטים מורים, כי שופט לא יעיד בהליכים משפטיים, אלא אם כן זומן על ידי בית המשפט או באישורו של נשיא בית המשפט העליון.¹²⁸ שופט העומד להגיש תביעה בשמו או בן משפחות הקרובה, נדרש לפנות קודם לכן לנשיא בית המשפט העליון, כדי שיקבע לאיזה בית משפט תוגש התביעה. הדבר נועד כדי למנוע אי-נוחות של השופט העומד לדין ושל הצד שכנגד להליך או של המותב שישמע את עדותו.

¹²⁷ כך אירע בת"א (שלום י-ם) 6210/05 נצר נ' חשין (פורסם בנבו, 7.3.2006), שם הוגשה תביעה נגד שופט בית המשפט העליון מישאל חשין, בטענה כי נהג ברכב ופגע בתובע, שרכב על אופנוע. לאחר שנשמעו עדויות התובע והנתבע ועדויות מומחים, דחה השופט מינץ את התביעה וקבע כי "גרסתו של הנתבע מתקבלת במלואה ולפיה לא רובצת עליו שום אשמה לקרות התאונה". ערעור על פסק הדין נדחה (ע"א 9193/06 נצר נ' חשין (פורסם בנבו, 9.7.2006)). התובע הגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, וטען כי בית משפט השלום הושפע בהכרעתו מהעובדה שמדובר בשופט בית המשפט העליון. הבקשה נדחתה. השופטת ארבל ציינה כי המבקש הפנה בבקשתו למאמרי "מי ישפוט את השופטים וכיצד?", לעיל ה"ש 16, כתימוכין לטענתו כי תביעה אורחית נגד שופט אינה צריכה להתברר כתביעה אורחית "רגילה" לפני בית משפט אורחי, "אך עיון במאמר מלמד, כי עניינו בתובענות נגד שופט בגין עוולה שביצע במילוי תפקידו השיפוטי ואין כל דמיון בין עניינו של המאמר לעניינו אנו". רע"א 7302/06 נצר נ' חשין (פורסם בנבו, 24.10.2006).

¹²⁸ כלל 32 לכללי האתיקה לשופטים, התשס"ז-2007.

ב. חסינות לשופט כעובד ציבור בישראל

שופט הוא עובד ציבור, אם כי אינו "עובד" במובן הרגיל של יחסי עובד-מעביד. "עובד ציבור" מוגדר בסעיף 2 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] כאדם שהוטלו עליו תפקידים בעלי אופי רשמי – בין שלממשלה יש פיקוח ישיר על ביצוע התפקידים ובין שלא.¹⁴² "אופי רשמי" כולל בחובו דבר מה שלציבור הרחב עניין בו, ושאינו מצוי בתחום היחסים הפרטיים הקיימים בין אזרחי המדינה לבין עצמם.¹⁴³

שופטים אינם בגדר "עובדים", אך הם "עובדי ציבור", מאחר שהם ממלאים תפקידים בעלי אופי רשמי, ולכן נהנים מהחסינות החלה על עובדי הציבור מכוח סעיף 7(א) לפקודת הנזיקין,¹⁴⁴ נוסף על החסינות המיוחדת המוענקת להם על פי סעיף 8 לפקודה. החסינות על פי סעיף 8 חלה על פעולות שיפוטיות בלבד. במגוון הפעולות המבוצעות על ידי שופט ישנן גם פעולות מינהליות, כגון מתן ראיונות לעיתונות, מפגשים עם שופטים עמיתים מחו"ל או עם נציגי לשכת עורכי הדין. על פעולות מינהליות המבוצעות על ידי שופט חלה החסינות שבסעיף 7(א) לפקודת הנזיקין, שעניינה עובדי הציבור.

בפקודת הנזיקין ניתנת כיום הגנה אחידה לשופטים ולעובדי ציבור. סעיף 7(א) לפקודה מקנה גם לעובדי הציבור חסינות מוחלטת, בשונה מן החסינות המוגבלת שהייתה להם בעבר.¹⁴⁵ ההבחנה האמריקאית בין תפקיד הכרוך בשיקול דעת לבין תפקיד חובה אינה באה לידי ביטוי מפורש בפקודת הנזיקין, אך אומצה על ידי בתי המשפט תוך אימוץ העקרונות שנקבעו בפסיקה האנגלית והאמריקאית.¹⁴⁶ לפיכך, כאשר מדובר בהגנה המוענקת

¹⁴² דיני ישראל [נוסח חדש] מס' 1, התשי"ד, בעמ' 2.

¹⁴³ R. v. Whitaker [1914] 3 K.B. 1283.

¹⁴⁴ לעיל ה"ש 6.

¹⁴⁵ דאו להלן, פרק ח'.

¹⁴⁶ לעיל ה"ש 133 ואילך.

לשופט כעובד ציבור, ניתן להניח כי החסינות תחול גם על פעולות מינהליות הכרוכות בהפעלת שיקול דעת.

לכאורה נראה כי גם ביצוע רשלני של סמכות מהווה פעולה בתחום הסמכות כדין, ולכן עובד ציבור או שופט המפעיל ברשלנות את הסמכות שהוענקה לו, פועל עדיין בתחום סמכותו וחסיין מפני תביעה בנוגע לפעולה מינהלית. השאלה היא אם לאור הלכת פרידמן, תחול החסינות גם במקרה של רשלנות רבתי, ואם יש להחילה גם במקרים של פעולה בזדון או תוך חריגה מודעת מסמכות. בדומה לטיעון שהובא לגבי החסינות השיפוטית, ניתן לומר כי קיומו של הזדון שולל את ההגנה מפעולה המצויה בתחום סמכותו של עובד הציבור וגם של שופט המבצע פעולה מינהלית, ומוציא אותה מגדר החסינות. עם זאת, אין לשלול אפשרות שפעולה זדונית תיחשב לצורך החסינות כמצויה בתחום הסמכות, כפי שהפסיקה קבעה בנושא החסינות השיפוטית במשפט האנגלו-אמריקאי.

9. חסינות המדינה

המדינה כמעוולת אחראית למעשיה ולמחדליה ככל תאגיד או אדם פרטי. עיקרון זה נקבע על ידי המחוקק הישראלי בשנת 1952,¹⁴⁷ ומיד נקבע לצידו בסעיף 3 לחוק כי, "אין המדינה אחראית בנויקים על מעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, או בתום לב תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית; אולם אחראית היא על רשלנות שבמעשה".

נטל השכנוע בדבר קיום יסודותיו של סעיף 3 מוטל על המדינה.

הגנת סעיף 3 לחוק אחריות המדינה לא זכתה לדיון מקיף בפסיקה, אלא במספר מועט של מקרים. פסק הדין הראשון הוא בעניין בני עטרות.¹⁴⁸ בית

¹⁴⁷ סעיף 2 לחוק הנזיקים האזרחיים.

¹⁴⁸ ע"א 404/80 בני עטרות מושב עובדים להתיישבות הקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 30 (1984).

המשפט קבע כי סעיף 3 מעניק למדינה פטור מאחריות, ולא חסינות דיונית גרידא. כדי שהמדינה תהיה פטורה מחבות (במקרה זה בגין רעש וזיהום אוויר על ידי מטוסים), עליה להוכיח כי המעשה בוצע בתחום הרשאה חוקית, קרי כי ננקטו על ידי הרשות כל הצעדים שניתן היה לנקוט מתוך התחשבות בנסיבות העניין ובנושא ההרשאה.¹⁴⁹

שאלת פרשנותו של סעיף 3 לחוק אחריות המדינה נדונה גם בפסק דין בוסקילה,¹⁵⁰ ונקבע שם כי סעיף זה מטיל על המדינה אחריות לא רק בגין עוולת הרשלנות אלא גם בשל ביצוע רשלני של פעולה בתחום הסמכות. בעניין בוסקילה קבע בית המשפט כי המשטרה התרשלה בביצוע צווי המעצר, ועל רשלנות זו ניתן לתבוע את המדינה בין שמכוח אחריותה הישירה לעוולה ובין שמכוח אחריותה השילווחית כמעבידתם של השוטרים. מעשי השוטרים מצויים בתחומו של סעיף 3 לחוק הנויקים האזרחיים ומחייבים את המדינה, וכן בתחומו של סעיף 7 לפקודה, שמכוחו ניתן לחייב את השוטרים באופן אישי.¹⁵¹

בע"א 667/77 דרון נ' אטיאס¹⁵² קבע בית המשפט את מסגרת אחריותה של המדינה כך:

"...סעיף 3 מטיל על המדינה אחריות לא רק לרשלנות עובדיה המשמשת, היא עצמה, עילת תובענה, כי אם גם למעשה עוולה אחר ובלבד שנעשה ברשלנות. אין זאת כי אם אחראית המדינה, אם הייתה התנהגות של עובד המדינה רשלנית, תהא העוולה המשמשת עילת תביעה נגדו אשר תהא".

¹⁴⁹ שם, בעמ' 46. ראו גם ח' אבנור "אחריות המדינה למעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית והיפר חובה שבחוק" הפרקליט כ 233 (התשכ"ד).
¹⁵⁰ ע"א 337/81 בוסקילה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 337, 344 (1984). שם נעצר המערער והוזהר לבל יקטוף עגבניות מחלקתו, בלי שהמשטרה טרחה קודם לחקור את המערער בנוגע לעבירות המיוחסות לו.
¹⁵¹ לעיל ה"ש 150 בעמ' 345.
¹⁵² פ"ד לב(2) 169, 175 (1978).

בית המשפט העליון נדרש לפרשנותו של סעיף 3 לחוק גם בנוגע להפעלת סמכויותיו של הפסיכיאטר המחוזי,¹⁵³ וקבע כי הסיפא של סעיף 3, המטילה על המדינה אחריות בשל רשלנות, אינה מוגבלת רק לתביעה בעוולת הרשלנות אלא חלה גם על עוולות אחרות, שבוצעו תוך התרשלות. סעיף 3 חל לא רק על מחדליו של הפסיכיאטר המחוזי, המהווים עוולת רשלנות, אלא גם על האשרור שניתן ברשלנותו למעשי עוולה שבוצעו על ידי אחרים, ביניהם מנהל בית החולים.¹⁵⁴ השופטת נתניהו סברה כי רשלנותו של הפסיכיאטר המחוזי מתבטאת בחוסר פיקוח נאות על הנעשה בבית חולים לחולי נפש, ובאשרור רטרואקטיבי שאפשר את אשפוזה של המערערת בכפייה. המלצתה של השופטת נתניהו לחייב את המדינה בפיצוי המערערת נדחתה על ידי השופט בך והשופט ד' לוי, שסברו כי מצבו של הפסיכיאטר המחוזי לא יכול להיות גרוע יותר ממצבן של רופאות בית החולים, הנהנות מהגנה מפורשת הקיימת בעוולה של כליאת שווא.¹⁵⁵

דבריה של השופטת נתניהו ישימים גם בנוגע לרשלנות שניתן לייחס למדינה לגבי פעולותיו של שופט. לפיכך, אם יוברר, למשל, כי שופט נוהג ליטול שוחד מעורכי דין המופיעים לפניו, או מבצע את תפקידו כאשר הוא נתון תחת השפעת סמים, יוכל התובע לטעון כי המדינה התרשלה במובן סעיף 3 לחוק אחריות המדינה, ורשלנותה – אשר בגינה אין היא זכאית לחסינות – מתבטאת בחוסר פיקוח נאות על הנעשה בבית המשפט ועל התנהגותו של אותו שופט. פיקוח נאות אינו יכול למנוע התנהגות פלילית, כגון נטילת סמים או קבלת שוחד, אך הוא יכול להתבטא בטיפול מידי בתלונות נגד שופטים הנחשדים בהתנהגות פלילית.

¹⁵³ ע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 757 (1987).

¹⁵⁴ שם, בעמ' 782. בהקשר זה ראוי להזכיר כי בע"א 219/79 ירמלוביץ נ' חובב, פ"ד לה(3) 766, 770 (1980), ציינה השופטת בן פורת בהערת אגב, כי לדעתה יש להחיל את החסינות הקבועה בסעיף 8 לפקודת הנוזיקין על פעולותיו של הפסיכיאטר המחוזי, שהוגדרו על ידה "פעולות שיפוט". לפירוט נוסף ראו להלן, פרק ט'.

¹⁵⁵ סעיף 27 לפקודת הנוזיקין.

בתזכיר חוק לתיקון פקודת הנוזיקין¹⁵⁶ הוצע לבטל מספר הגנות מיוחדות המוענקות לרשויות הציבור. על פי התזכיר, יבוטלו סעיפים 3 ו-4 לחוק אחריות המדינה, המעניקים למדינה הגנות מיוחדות בקשר למעשה בתחום הרשאה חוקית ולהוצאת שם רע, וכן סעיפים 25, 28 ו-61 לפקודת הנוזיקין, המקנים אף הם הגנות מיוחדות למעבידים בקשר לעוולות תקיפה, כליאת שווא ונגישה. בדברי ההסבר¹⁵⁷ נאמר כי מוצע לבטל את סעיף 3, מאחר שאין מקום לפטור גורף מאחריות חמורה של המדינה, ובמקומו יש להרחיב את סעיף 6 לפקודת הנוזיקין, כך שיחול גם על פעולה בתחום הרשאה חוקית.¹⁵⁸

בסופו של דבר בוטל רק סעיף 4 לחוק אחריות המדינה ועמו ההגנה על המדינה מפני תביעות לשון הרע.¹⁵⁹ סעיף 3 לחוק נותר על כנו. במקביל תוקן סעיף 6 לפקודת הנוזיקין והורחבה ההגנה לפיו גם על פעולה בתחום הרשאה חוקית.¹⁶⁰ הוראות החסינות מקנות כיום למדינה הגנה "למעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית", וגם על מעשה שנעשה "לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן". שתי ההוראות מוציאות את עוולת הרשלנות מתחומי החסינות.

156 תזכיר חוק לתיקון פקודת הנוזיקין (אחריות עובדי הציבור), התשנ"ו-1996.

157 שם, בעמ' 1.

158 סעיף 6 לפקודת הנוזיקין בנוסחו כיום קובע כי: "בתובענה שהוגשה על עוולה, חוץ מרשלנות, תהא הגנה שהמעשה או המחדל שמתלוננים עליו היה לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן". בתזכיר מוצע, כי בסופו של סעיף 6 יבוא: "או שנעשה בתחום הרשאה חוקית".

159 תיקון מס' 6, התשס"ה-2005.

160 תיקון מס' 10, התשס"ה-2005: "בתובענה שהוגשה על עוולה, חוץ מרשלנות, תהא הגנה שהמעשה שמתלוננים עליו היה לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן או שנעשה בתחום הרשאה חוקית או מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; בסעיף זה, "מעשה" – לרבות מחדל".

10. שיקולי מדיניות משפטית – שלילת אחריות המדינה

בשורה של פסקי דין נקבע כי דווקא על הרשות הציבורית, אשר בידיה מופקד שיקול הדעת בהפעלת סמכויותיה, מוטלת חובה מיוחדת כלפי האזרח להפעיל סמכויות אלה בזהירות רבה, ואם לא תנהג הרשות כפי שנוהגת רשות סבירה, תחויב בדין.¹⁶¹

בעניין לוי, המהווה דוגמה לגישה מצמצמת שנקט בית המשפט, נאמר מפי הנשיא שמגר כי כאשר מדובר באחריות המדינה, "ישנם מעשים אשר לגביהם בדיקת האחריות בנוזיקין שונה מזו שנוקטים במקרים הרגילים [...] [ויש] לנקוט ריסון בהטלת אחריות בנוזיקין במקרה מן הסוג שלפנינו".¹⁶² יש הסבורים כי ההחלטה בפסק דין לוי מסמלת התפתחות חיובית בפסיקה ופותרת תקופה שלישית בתולדותיו של דין האחריות של רשויות ציבור בישראל, בתחום המרכזי של הפעלת שיקול דעת. במסגרת התפתחות זאת, הגישה מגבילת האחריות הופכת למדיניות מוצהרת, ונזנחת הגישה מרחיבת האחריות שהסתמנה בפסקי הדין זוהר וגורדון.¹⁶³

אחרים סבורים¹⁶⁴ כי אין להסכים עם התוצאה שאליה הגיע הנשיא שמגר בעניין לוי, ומציינים כי נימוקים כבדי משקל תומכים דווקא בהכרה בקיומה של חובת זהירות במקרה הנדון. לדירם, שאלת אחריותה בנוזיקין של רשות ציבורית לגבי החלטות שבשיקול דעת, המחייבת איזון בין שיקולים שונים – כלכליים, חברתיים ומוסריים – אינה מצדיקה מתן פטור מוחלט מחובת הזהירות כלפי האזרח הנפגע. לפיכך יש להכיר בקיומה של חובת זהירות, והמסקנה הסופית לגבי אחריות המדינה במקרה נדון תוסק רק לאחר שיערך

¹⁶¹ החל בע"א 862/80 עיריית חדרה נ זוהר, פ"ד לז(3) 757 (1983), וכלה בפסק דין לוי. לעיל ה"ש 71. לפירוט נוסף ראו ד' מור "פקודת הנוזיקין בראי ארבעים שנות פסיקה" הפרקליט לט 344, 352 (התש"ן).

¹⁶² עניין לוי, לעיל ה"ש 71, בעמ' 69-70. הנשיא שמגר מנמק קביעתו בשיקולי מדיניות משפטית. לדיון מפורט בשיקולים, ראו לעיל ה"ש 72.

¹⁶³ גלעד, לעיל ה"ש 139, בעמ' 64.

¹⁶⁴ ת' גדרון "אחריותו של המפקח על הביטוח להתמוטטות חברת ביטוח" המשפט 5 32 (1995).

סיווג ענייני של כל החלטה והחלטה בהתאם למהותה, לתוכנה ולמערכת היחסים שבין מקבל ההחלטה לבין מי שעלולים לשאת בתוצאותיה.¹⁶⁵

לדעתי, תוצאתו המעשית של פסק דין לוי היא יצירת מעין-חסינות לרשויות שלטוניות בגין פעולות והחלטות הכרוכות בהפעלת שיקול דעת טהור. פסק דין לוי מהווה, למעשה, צמצום של המגמה שננקטה בבית המשפט העליון במהלך עשר השנים האחרונות – מגמה שהצביעה על פתיחות ועל נכונות להרחבת תחומי האחריות בנוזקין של המדינה ושל רשויות ציבור אחרות.

פסק הדין בעניין לוי רק מחזק את היסוד שלא הובלט דיו בפסיקה קודמת, של הפעלת שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט, בבואו לבחון אם יש מקום לשלול את אחריותה של המדינה – בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו.

אם נחזור לשאלת חיובה של המדינה בגין רשלנות – המתבטאת בפיקוח לקוי על המערכת השיפוטית או על עבודתו של שופט פלוני – נראה לי בלתי ראוי כי בית המשפט יעשה שימוש בשיקולי מדיניות כדי למנוע מהניזוק אפשרות להיפרע מן המדינה בגין נזקיו. התקדים שנוצר בפסק דין לוי, מצביע על אפשרות שבית המשפט יבחן את השיקולים שהובאו על ידי הנשיא שמגר בכל מקרה על פי נסיבותיו.¹⁶⁶

1. מהות החס
2. היקף תחול
3. חקירה פל
4. הדין באנ

¹⁶⁵ לעיל ה"ש 164, בעמ' 62.

¹⁶⁶ כפי שעשתה השופטת פרוסט-פרנקל בעניין טוטיאן, לעיל ה"ש 87.