

1. מבוא

סעיף 8 לפקודת הנזיקין, שהוא המקור הנורמטיבי לחסינות השיפוטית בדין הישראלי, קובע כי:

"אדם שהוא גופו בית משפט או בית דין או אחד מחבריהם, או שהוא ממלא כדין חובותיו של אדם כאמור, וכל אדם אחר המבצע פעולות שיפוט, לרבות בורר – לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי".

החסינות השיפוטית חלה על עוולה שבוצעה בעת מילוי התפקיד השיפוטי, ואינה חלה על עוולה שבוצעה על ידי שופט כאדם פרטי או תוך כדי מילוי תפקיד אחר – כאמור בסיפא של סעיף 8 הנ"ל ("לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי"). תחולת החסינות מוגבלת לפעולה שיפוטית בלבד ואינה משתרעת על פעולות מינהליות או על פעולות לוואי אחרות, המבוצעות על ידי שופט או ממלא תפקיד שיפוטי אחר – כאמור ברישא של סעיף 8 ("אדם שהוא גופו בית משפט [...] וכל אדם אחר המבצע פעולות שיפוט").

"מילוי תפקיד שיפוטי" אינו זהה בהכרח ל"פעולת שיפוט". ייתכן כי אדם יבצע פעולת שיפוט שאינה קשורה למילוי תפקיד שיפוטי, כגון שופט בתחרות יופי המבצע פעולת שיפוט, אך אינו מכריע בסכסוך בין צדדים כשופט הממלא תפקיד שיפוטי. בפרק זה אבחן מהי "פעולת שיפוט" או "פעולה שיפוטית", כפי שנהוג לכנותה כיום,¹ תוך ניסיון להבחינה מפעולות מינהליות או פעולות לוואי אחרות המבוצעות על ידי ממלאי תפקידים שיפוטיים.

¹ ראו למשל, ע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102, 125 (1991), שם השתמש השופט (כתוארו אז) ברק במונח "פעולת שיפוט"; לעומת ע"א (ת"א) 63/85 ניר נ' אריאלי, פ"מ התשמ"ו (2) 313, 322 (1985), שם השתמש השופט לויט במונח "פעולה שיפוטית".

2. פעולה שיפוטית – Judicial Act

א. הגדרה במשפט האמריקאי

המונח "פעולה שיפוטית" הוא מושג עמום, שלא ניתן לפרשו מתוכו² אלא על פי התכלית החקיקתית של סעיף 8 לפקודת הנוזיקין – מתן חסינות מפני אחריות בנוזיקין. פעולה שיפוטית הנכללת בגדר החסינות, צריכה להיות קשורה לתפקיד השיפוטי אשר מהותו ותכליתו הם הכרעה בסכסוך. במסגרת הסכסוך צריך להתקיים אותו "שילוש", שבו בעל התפקיד השיפוטי מכריע בסכסוך בין שני בעלי דין או יותר, בהליך שתוצאתו עשויה להשפיע על זכויות הצדדים.³

בעל התפקיד השיפוטי אינו חייב להיות שופט דווקא, אלא מי שהסכסוך הובא לפניו כדי שיכריע בו בהליך דמוי משפט. כך למשל, קבע בית המשפט בפרשת ניר נ' אריאלי,⁴ כי ראש ההוצאה לפועל מבצע פעולת שיפוט כאשר הוא מוציא פקודת מאסר נגד חייב, אם כי הוא גופו אינו שופט אלא רשות מינהלית, ולכן נהנה מחסינות שיפוטית. בפרשת רוטברד⁵ קבע השופט ברק כי אדם, שאינו בית משפט, אך מבצע פעולות שיפוט, יוכל ליהנות מהחסינות

² בג"ץ 66/81 המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שופט בית-משפט השלום ברמלה, פ"ד לה (4) 337, 348 (1981).

³ דברי השופט ברק בפרשת רוטברד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 126. ייתכנו מקרים שבהם ההכרעה בסכסוך במעמד צד אחד בלבד, אך תוצאתו תחול גם על הצד האחר, שלא נכח בדיון עצמו. על פסק דין במעמד צד אחד ועל השלכותיו ראו, ע"א 531/92 נזאל נ' דווירי, פ"ד מז (4) 824 (1993); ע"א 171/88 דרוקר זכריה חברה קבלנית לעבודות אזרחיות בנין ופיתוח בע"מ נ' ברמן, פ"ד מד (2) 346 (1990).

⁴ לעיל ה"ש 1, בעמ' 321. באופן דומה נקבע כי פעולות מכירת נכס והעברתו לקונה, הנעשות על ידי שופט שלום, הן פעולות שיפוטיות כאשר הן מתבצעות במסגרת משפט חלוקה, כמשמעותו בחוק חלוקת נכסי דלא-ניידי העות'מאני, 1913, שהיה קיים באותה עת. ראו בג"ץ 206/59 גילה נ' שופט השלום, ירושלים, פ"ד יד 1709, 1711-1713 (1960).

⁵ לעיל ה"ש 1, בעמ' 126.

הנתונה לרשות השופטת, רק אם מתקיימים שני אלה: הפונקציה שהוא מבצע, מבחינתם של דיני הנזיקין, היא פונקציה שיפוטית, וההליך שבמסגרתו מבוצעת הפונקציה הוא הליך דמוי הליך שיפוטי.⁶

עיון בשני המבחנים שפירט השופט ברק מלמדנו, כי המבחן הראשון אינו אלא חזרה על הנוסחה הידועה לנו זה מכבר, שלפיה פעולה שיפוטית צריכה להיות מסווגת ככזו על פי דיני הנזיקין, ועל פי התכלית המונחת ביסוד דבר החקיקה הספציפי – לענייננו סעיף 8 לפקודה.

מהי אפוא אותה פונקציה שיפוטית שעליה ניתן להחיל את החסינות השיפוטית? המענה לשאלה זו אינו חד-משמעי, גם כאשר דנים בשאלה בהקשר של פועלם של שופטים "אמיתיים".

מעיון בפסיקה האמריקאית הדנה בנושא ניתן לראות כי פעולות שלא סווגו כשיפוטיות לצרכים כלליים, זכו להיכלל בהגדרה של פעולה שיפוטית, והשאלה שעמדה על הפרק הייתה שאלת החסינות השיפוטית. לדוגמה: הסכם מוקדם שנעשה בין שופט לבין צד לדיון לגבי תוצאות הדיון סווג בחלק מפסקי הדין כפעולה שיפוטית הנהנית מחסינות⁷ – בניגוד לפסקי דין קודמים שקבעו אחרת.⁸ לעומת זאת, הופעתו של שופט בתכנית טלוויזיה – שבמהלכה ניסה להצדיק לפני הציבור החלטה שנתן בתביעה להחזקת קטינים – לא הוכרה כפעולה שיפוטית הראויה לחסינות שיפוטית.⁹

ניתן לומר כבר עתה כי ישנם מקרים שבהם פעולה שניתן לסווגה כפעולה מינהלית סווגה על ידי בתי המשפט, משיקולי מדיניות, כשיפוטית –

⁶ בהסתמך על מבחנים אלה נקבע בפרשת רוטברד, לעיל ה"ש 1, כי הוצאת רישיון בנייה על ידי ועדה מקומית אינה בגדר פעולת שיפוט.

⁷ Ashelman v. pore, 769 F. 2d 1360 (9th cir., 1985); Moore v. Brewster, 96 F. 3d 1240 (9th cir., 1996).

⁸ למשל Rankin v. Howard, 633 F. 2d 844 (9th Cir., 1980).

⁹ Roush v. Hey 475 S.E. 2d 299 (W. Va. 1996).

לצורך החלת החסינות השיפוטית.¹⁰ לכאורה, הדבר אפשרי מאחר שלא ניתן להצביע על הבחנה חד-משמעית וחדה בין פעולה שיפוטית לבין פעולה מינהלית.¹¹

מאחר שאין בנמצא הגדרה ספציפית למונח "פעולה שיפוטית", יש להגדירו באמצעות מבחנים אחרים. להלן אדון במאפייני הפעולה השיפוטית שיש בהם כדי לסייע בהגדרתה.

ב. אפייני הפעולה השיפוטית – המבחנים השונים

המבחן הראוי לבחינת אופייה של פעולה – אם היא שיפוטית או מינהלית – הוא מהות הפעולה ולא מיהות מבצע הפעולה. בדעה זו תומכים מלומדים ושופטים רבים.¹³ הסיווג חייב להיעשות לפי אופי הפעולה עצמה, מאחר ששופטים מבצעים פעולות רבות שאינן פעולות שיפוטיות, אלא פעולות מינהליות טהורות, כגון קביעת מועדים לדיון, קביעת מועדים לקבלת עורכי דין בלשכה, מתן הנחיות עבודה לקלדניות, הזמנת ציוד הדרוש לאולם או ללשכה וכדומה. פעולות אלה מיועדות לסייע לשופט בביצוע תפקידו השיפוטי אך אינן פעולות שיפוטיות כלל ועיקר, והחסינות השיפוטית אינה חלה עליהן.

J. Romagnoli, "What Constitutes a Judicial Act for Purposes of Judicial Immunity?" 53 FORDHAM L. REV. 1503 (1985) 10

Jeanne Pucci, "Immunity Doctrines and Employment Decisions of Judges", 55 FORDHAM L. REV. 621 (1987) 11

S.A. DE SMITH, JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTIONS (5th ed., ראו, London, 1995) Appendix p. 1010 12

Ex Parte Virginia 100 U.S. 339, (U.S. Sup. Ct. למשל, השופט Strong בפרשת 1879) 13

Doe v. Lake County Indiana, 399 F. Supp. 443, (U.S. Sup. Ct. והשופט Sharp בפרשת

Clinton v. Jones, 137 L.Ed. 2d 446; ראו גם פרשת (U.S. D. Ct. Indiana, 1975)

1997) 945, 949, שם נפסק כי המבחן הראוי להחלת החסינות על נשיא ארצות

הברית, שהואשם בהטרדה מינית, הוא מהות הפעולה, ולא זהות מבצע הפעולה –

בדומה למבחן החל על שופטים.

פרק ח': תחולת החסינות על פעולה שיפוטית

פעולה שיפוטית, לעומת פעולה מינהלית, נבחנת על פי מאפיינים ספציפיים. בספרו של המחבר Olowofoyeku מובאת רשימה של תשעה מאפיינים להגדרת הפעולה השיפוטית.¹⁴ אמנה אותם כסדרם ואתיחס לכל אחד מהם:

1. הכרעה ושיקול דעת – הרעה המקובלת היא כי פעולה שיפוטית היא הפעלת שיקול דעת ושיפוט עצמאיים, שפירושם היכולת והכוח לבחור, על פי שיקול הדעת, פעולה או החלטה מסוימת ממגוון של פעולות או החלטות.¹⁵
2. הערכה של עובדות ושל הוראות חוק – הערכה של עובדות או של דין, לרבות פרשנות הדין והתאמתו למערכת הנסיבות בכל מקרה, הן פעולות שיפוטיות מובהקות.
3. הכרעה בסכסוך – פעולות שיפוטיות כרוכות בפתרון סכסוכים ובהכרעה בין אינטרסים נוגדים. תכונה זו היא המאפיין העיקרי של פעולה שיפוטית, שנועדה מעצם טיבה להכריע בסכסוכים – להבדיל מגופים

14 A. OLOWOFOYEKU, *SUING JUDGES: A STUDY OF JUDICIAL IMMUNITY* (Oxford, 1993) 40

15 המחבר סבור (שם, בעמ' 40), כי פעולות שיפוטיות מסוימות מתבצעות ללא הפעלת שיקול דעת ומביא כרוגמה מקרה של החלטה להרשיע נאשם על סמך הודאתו. דעתי היא כי אין הנדון דומה לראיה, דהיינו הרשעת נאשם על פי הודאתו כרוכה בהפעלת שיקול דעת, שכן שופט אינו חייב להסתמך על הודאת נאשם, אם סבור הוא כי לא ניתנה מרצונו החופשי או שאינו מבין את משמעותה. יחד עם זאת, ניתן להביא דוגמאות אחרות לפעולה שיפוטית שבה אין מקום להפעלת שיקול דעת עצמאי של השופט. למשל, עד לאחרונה, הטלת מאסר עולם על נאשם שהורשע ברצח על פי הוראת סעיף 300 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226, לא הייתה נתונה לשיקול דעתו של השופט. כיום, לאחר תיקון חוק העונשין, ניתן לשופט שיקול דעת להורות על עונש מופחת, אם נעברה העבירה באחת הנסיבות המנויות בסעיף 300א, שהוכנס כתיקון לחוק בשנת 1995 (תיקון מס' 43, ס"ח התשנ"ה 390).

שתפקידם לייעץ או לחקור בלבד.¹⁶

4. פעולה מחייבת - פעולה או החלטה שיפוטית מחייבת את הצדדים כל עוד לא בוטלה או שונתה בערעור, ובכך השוני העיקרי בינה לבין פעולה מינהלית, שהדרך לתקיפתה אינה על ידי ערעור דווקא. הכרעה שיפוטית מקנה לצד שזכה את האפשרות לפעול על פיה למימוש זכויותיו, ללא צורך באישורו של גורם נוסף כלשהו. יחד עם זאת יש לזכור כי הסמכות להוציא החלטות או צווים מחייבים מוקנית גם לרשויות מינהליות מסוימות, ואין בכך כדי להפוך את פעולותיהן לשיפוטיות.¹⁷

5. השפעה על זכויות - לפעולה שיפוטית יש השפעה על זכויות הצדדים, והיא מטילה חבויות עליהם או על אחד מהם. זהו, למעשה, פן נוסף של היות הפעולה השיפוטית מחייבת - כאמור בסעיף 4 לעיל.

6. אפשרות לתיקון על ידי ערעור - אחד המאפיינים של החלטה שיפוטית הוא העובדה שניתן לערער עליה לערכאה שיפוטית גבוהה יותר. השופט Wright מזכיר את אפשרות הערעור כאחד המאפיינים וקובע כי פעולה של שופט, שאינה נתונה לערעור, אינה יכולה להיחשב פעולה שיפוטית¹⁸. זו הייתה גם דעת המיעוט בפסק דין *Stump v. Sparkman*¹⁹,

16 למשל, מבקר המדינה - כאמור בחוק יסוד: מבקר המדינה, ס"ח התשמ"ח 30.

17 A. Rubinstein, "Liability in Tort of Judicial Officers" 15 UNIV. OF TORONTO L.J. 317, 328 (1963-1964)

18 *Gregory v. Thompson*, 500 F.2d 59, 64 (9th Cir., 1974). שופט שלום בבית משפט באריזונה (המשיב) תקף והוציא בכוח את המערער מאלם בית המשפט. השופט לא הסתפק בכך אלא הטיל את המערער על הרצפה, זינק עליו והחל להכותו. מזכירת השופט אצה למשרדו של השריף, ושני שוטרים הגיעו בריצה והפרידו בין הנצים. נקבע כי פעולה זו, שהנוק בגינה אינו ניתן לתיקון בערעור, אינה פעולה שיפוטית, ואין חלה עליה החסינות השיפוטית, אשר מלכתחילה לא נועדה למקרים מסוג זה. השופט Wright מציין, באירוניה מסוימת, כי:

"Judge Thompson's choice to perform an act similar to that normally performed by a sheriff or bailiff should not result in his receiving absolute

אולם דעת
פעולה שיפוטית
השופט White
פוגמת באי
מאפשר לער
ערעור, יבין
כגון חליה
היכולת לער
7. פעולה שב
הרוב בפסק
עם האמיר
המורה לר
פעולה שיפ

198. p.
השימוש
מלאכות
בידה אי
1974
לעיל
ראשית
הצדדים
השופט
המורה
בסיס
בתי
השופט
השיפוטית

אולם דעת הרוב שם מפי השופט White קבעה כי פעולה יכולה להיות פעולה שיפוטית גם אם לא ניתן לערער עליה. נראה כי בנקודה זו צדק השופט White. העובדה שפעולה מסוימת אינה ניתנת לערעור, אינה פוגמת באופייה כפעולה שיפוטית. בין שמדובר בפעולה שהדין אינו מאפשר לערער עליה, כגון פעולה של ערכאת ערעור שאין עליה עוד ערעור, ובין שמדובר בפעולה שלא ניתן לערער עליה מטעמים טכניים, כגון חלוף המועד לערעור – אופייה השיפוטי אינו צריך להיבחן על פי היכולת לערער עליה.

7. פעולה שבדרך כלל מבוצעת על ידי שופט – תכונה זו הוגדרה על ידי הרוב בפסק דין Stump²⁰ כמאפיינת עיקרית של פעולה שיפוטית, יחד עם האמור בס"ק 8 להלן. לפיכך נקבע באחד מפסקי הדין כי שופט המורה להביא לפניו עורך דין שלא התייצב לדיון שאליו הוזמן, מבצע פעולה שיפוטית המבוצעת בדרך כלל על ידי שופט, אם כי נטען כלפיו

immunity for this act, simply because he was a judge at the time" (ibid, p. 65).

השימוש שנעשה במבחן הערעור לצורך קביעה אם מדובר בפעולה שיפוטית נראה מלאכותי, שכן נסיבות המקרה זועקות כי מדובר בפעולת תקיפה, שעל פי כל אמת מידה אינה פעולה שיפוטית.

Powell, 435 U.S. 349 (1978).

לעיל ה"ש 18, בעמ' 362. בפסק הדין נקבע מבחן דו-ראשי לפעולה שיפוטית: ראשית, האם מדובר בפעולה המבוצעת בדרך כלל על ידי שופט? שנית, האם הצדדים פנו אליו בתפקידו כשופט? נראה כי הכוונה לפעולות המבוצעות על ידי שופטים ככלל, ולא לפעולות המבוצעות על ידי שופט ספציפי זה או אחר. לדוגמה: שופט היושב בוועדה בעלת סמכויות חקיקה בלבד, כגון ועדה לענייני מסים, אינו מבצע פעולה שיפוטית, מפני שאין דרכם של שופטים לעסוק בפעילות מעין זו, והחלטותיו במקרים אלה אינן נהגות מחסינות שיפוטית. ראו לעניין זה *Lynch v. Johnson*, 420 F. 2d 818, 820 (6th Cir., 1970). גם קבלת עובדים ופיטוריהם על ידי שופט מהוות פעולות מינהליות ולא שיפוטיות. ראו *Clark v. Campbell*, 514 F. Supp. 1300, 1302-1303 (Ark., 1981).

הצדדים כל
בינה לבין
קא. הכרעה
יה למימוש
עם זאת יש
מוקנית גם
פעולותיהן

ת הצדדים,
ן נוסף של

ה שיפוטית
נר. השופט
כי פעולה
וב פעולה
19, Stump

.30
A. Rubinst

שלום בבית
ת המשפט.
עליו והחל
יעו בריצה
ן בערעור,
תחילה לא

"Judg
perform

כי הורה לאנשי המשטרה לגרור את עורך הדין בכוח לאולמו.²¹

על פי אותו היגיון נקבע כי הוראה שניתנה על ידי שופט להגיש כתב אישום נגד אדם – במיוחד כאשר ההוראה מונעת מאינטרס אישי של השופט – אינה פעולה שיפוטית, ולכן אינה חסינה.²² במקרים חריגים הוחלט שיש לראות בהוראה להגיש כתב אישום פעולה שיפוטית, כאשר לא הוכח כי ההחלטה הונעה ממניע אישי פסול של השופט,²³ או כאשר ההחלטה הסתמכה על חומר הראיות שהוצג לשופט במהלך הדיון המשפטי.²⁴ מקרה ברור של הטרדה מאיימת ותקיפה מינית על ידי שופט

²¹ הדוגמה לקוחה מפסק דין, *Mireless v. Waco*, 116 L.Ed. 2d 9 (U.S. Sup. Ct., 1991). גם במקרה של שופט שאסר על עורך דין להיכנס לאולמו והביע ביקורת בוטה על התנהגותו, נקבע כי השופט ביצע פעולה שיפוטית ולכן הוא חסין מפני תביעה, ללא קשר למניע שגרם לו לעשות כן, *Montana v. Connor*, 817 F. Supp. 2d. 440 (2011 U.S. Dist.).

²² ראו *Lopez v. Vanderwater*, 620 F.2d 1229 (7th Cir., 1980); *Sevier v. Turner*, 742 F.2d. 262 (6th Cir., 1984).

²³ *Barnes v. Winchell*, 105 F.3d 1111 (6th Cir., 1997). בית המשפט, מפי השופט Moore, הגיע למסקנה כי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה לא חל הכלל הרגיל. והפעולה תסווג בין הפעולות ששופטים נוהגים לבצע – למרות היותה מסורה מעצם טיבה בידי התביעה הכללית, ועל אף כי מקורה בטעות פרוצדוראלית חמורה או בשיקול דעת מוטעה (שם, בעמ' 1119–1122). ארבעה עמודים נדרשו לבית המשפט כדי להצדיק החלטה אשר לכאורה נראית מוטעית, הן לגופו של עניין והן על פי ההלכות שנקבעו בפסיקה אמריקאית קודמת. כך פסק שוב בית המשפט בעניין *Howell v. Hofbauer*, 123 F. Supp. 2d 1178 (2000), שם הורה שופט שלום לאסור תובעת שלא הופיעה לדיון, באשמת ביזיון בית המשפט. הטענה כי מדובר בפעולה המסורה בידי התביעה הכללית נדחתה, בין היתר בהסתמך על הלכת *Barnes*.

²⁴ פרשת *Harris v. Deveaux*, 780 F.2d 911 (11th Cir., 1986), שבה נקבע כי שופט המורה לנציג התביעה לתקן את כתב האישום במהלך הדיון ולהוסיף אישום של שוד מזוין, מבצע אמנם פעולה חריגה, שכן היא פעולה המסורה בדרך כלל בידי התביעה, אך עדיין נהנה מחסינות שיפוטית, מכיוון שההוראה לתקן את כתב האישום נשענה על העדויות ששמע. באותו אופן נקבע כי שופט שהגיש תלונה נגד עורך דין, וטען כי נועדה להגן על טוהר ההליך השיפוטי, חסין, אפילו

לא סווג כמובן כפעולה שיפוטית, והחסינות לא חלה עליו.²⁵

ברור לכול כי מדובר במבחן טכני – או ליתר דיוק במבחן המסמן את נקודת הפגיעה ולאחר מכן את המטרה. המבחן המוצע אינו מתייחס כלל לאופי ההחלטה או לתוכנה. אין כל רלוונטיות לעובדה ששופטים נוהגים לבצע פעולות מסוג מסוים. השאלה צריכה להיות אם הפעולה או ההחלטה שבה עסקינן היא פעולה שעל פי טיבה וטבעה ראויה לסיווג כפעולה שיפוטית. הדוגמאות שהבאתי מוכיחות כי במקרים רבים התשובה לכך שלילית, ולמרות זאת מצאו בתי המשפט לנכון להחיל עליהן את החסינות.²⁶

8. השופט פועל במילוי תפקידו השיפוטי – גם דרישה זו נקבעה בפרשת *Stump* דלעיל, והיא מתייחסת לציפיות הצדדים ובודקת אם הצדדים פנו לשופט במסגרת תפקידו השיפוטי. לעניין זה ציין שופט הרוב White, כי אמה של הנערה לינדה ספרקמן פנתה אל השופט בבקשה לאשר עיקורה, מפני שידעה כי הוא מכהן כשופט במחוז.²⁷ למותר לציין כי ציפיות הצדדים אינן מעלות ואינן מורידות אם מתברר כי השופט פעל בחוסר סמכות מוחלט.²⁸

שמדובר בפעולה המסורה בדרך כלל בידי רשויות התביעה, *Brookings v. Clunk*, 389 F.3d 614 (6th Cir. 2004).

Archie v. Couch, 95 F.3d 438 (6th Cir. 1996).

עם זאת, במקרים שבהם ברור כי הפעולה אינה קשורה למילוי התפקיד השיפוטי, אין להחיל את החסינות. כך למשל, נקבע כי התבטאות פוליטית של שופטת בתכנית אירוח בטלוויזיה אינה מהווה פעולה שיפוטית *Roush v. Hey*, 475 S.E. 2d 299 (1996).

לעיל ה"ש 18, בעמ' 343.

בפרשת *Stump* עצמה (435 U.S. 349 (1978)) ציין השופט Stewart בדעת מיעוט (בעמ' 345), כי החוק במדינת אינדיאנה, שבה כיהן השופט *Stump*, אינו מסמיך שופט לדון בבקשה לעיקור. לפיכך, פעולתו במקרה זה לא הייתה פעולה המבוצעת בדרך כלל על ידי שופט, ולמעשה, לא נודע על שום מקרה של שופט במדינת אינדיאנה שעשה כן לפני מקרה זה או אחריו. שופטי הרוב לא ייחסו חשיבות לטענה זו ומיקדו דיונם בשאלה אם שופטים מוסמכים

9. ההכרעה מתייחסת לעניין תלוי ועומד לפני השופט – פעולתו של השופט היא פעולה שיפוטית, כל עוד היא קשורה לתיק התלוי ועומד לפניו. כך למשל, פעולה יכולה להיות שיפוטית גם אם אינה נעשית בבית המשפט, אלא בעת שהשופט עורך ביקור במקום או שומע עדות של חולה המאושפז בבית חולים.

לא נדרש קיומם של כל המאפיינים במצטבר כדי לקבוע אם מדובר בפעולה שיפוטית.²⁹ מבין המאפיינים שמנתי לעיל, נראה כי המאפיין העיקרי הוא מאפיין ההכרעה בסכסוך, שבו נדרש השופט, או ממלא תפקיד שיפוטי אחר, להכריע בסכסוך בין צדדים על סמך עדויות וראיות שהובאו לפניו.³⁰ לפיכך, כל גוף הפועל להכרעה בסכסוך בין צדדים *lis inter partes*, כגון בית דין משמעותי של לשכת עורכי הדין, רוב פעולותיו ייחשבו לצורך החסינות כפעולות שיפוטיות, אם יש בהן כדי לחייב את הצדדים.³¹

הפסיקה האמריקאית נדרשת שוב ושוב לתחום את הגבול שבין פעולה שיפוטית לבין פעולה מינהלית, בשל ריבוי התביעות המוגשות נגד

לדון בבקשות בענייני קטינים במעמד צד אחד. משהשיבו עליה בחיוב ואף מצא כי הפנייה לשופט Stump, בשבתו כשופט במחוז, נעשתה על ידי האם. קבעו כי הפעולה חסינה.

Olowofoyeku, לעיל ה"ש 13, בעמ' 52.

דברים ברוח זו נאמרו בעניין *R. v. Dublin Corp.* (1878) 2 L.R. Ir. 371, 367.

"An authority acts in a judicial capacity when, after investigation and deliberation, it makes a decision or performs an act that is binding and conclusive and imposes obligations upon or affects the rights of individuals".

כך נפסק באנגליה, כי בית דין של שופטי כדורגל Court of Referees אינו מבצע פעולה שיפוטית, אם כי היא נדרש לפעיל ללא נשיא פנים. ילכו לא יחד עם חברי חסינות שיפוטית. *Collins v. Henry Whiteway & Co.* [1927] 2 K.B. 378. 1948 העביר למקרה שבו נפסק באנגליה כי חברי כדורגל מינהלי יאמרו חסינות שיפוטית מינהלית. ראו בפסקת *Partnership Farms v. Harvey-Smith* [1913] 2 K.B. 415 שם ייחזקו בבית דין שיפוטית ויהי נכסיהם חסינים.

29

30

31

פרק ח': תחולת החסינות על פעולה שיפוטית

שופטים.³² עיון בפסקי הדין מעלה כי הנטייה להרחיב את ההגדרה ולכלול בתוכה פעולות הנחזות לכאורה להיות פעולות מינהליות לא הצטמצמה עם השנים.³³ החסינות הוחלה גם על התבטאויות פוגעניות של שופט במהלך הדיון,³⁴ על החלטה להורות על הוצאתם מן האולם של צופים שסירבו להסיר את כיסוי ראשם מטעמים דתיים,³⁵ ועל מכתב תלונה של שופט נגד עורך דין³⁶ – מאחר שמדובר בפעולות הקשורות לביצוע התפקיד השיפוטי.

ג. פעולה שיפוטית במשפט הישראלי

בעניין ניר ב' אריאלי³⁷ מציין השופט לויט, כי:

”...אין נוסחת פלאים ואף לא הסכמה כללית על הקו המפריד בין פעולה שיפוטית לבין פעולה מינהלית.”

סעיף 8 לפקודת הנויקין נוקט את המונח ”פעולת שיפוט”, אך בפסיקה נעשה שימוש תדיר במונח ”פעולה שיפוטית”.³⁸ בתי המשפט דנו בהבחנה שבין פעולה שיפוטית לפעולה מינהלית, אם כי לא בהקשר של החסינות השיפוטית.

³² בשונה מישראל, בארצות הברית ניתן להגיש תביעה נגד שופטים באופן אישי ולא רק נגד המדינה, ראו פרק ז' לעיל.

³³ כך, נקבע כי החסינות חלה על החלטה של שופט לבחור את המועמדים לרשימת צירכי דין הרשאים לייצג בהליך פלילי, למרות האופי המינהלי של הפעולה: *Davis v. Tarrant County*, 565 F.3d 214 (2009).

³⁴ *Royer v. Mignault*, (1988) 50 D.L.R. (4th) 345.

³⁵ *Taylor v. Canada (Att. Gen.)* (2000) 184 D.L.R. (4th) 738.

³⁶ בחשבת יסות ערעור על פסק הדין בהחלטה: 2005) 202 *Hamalengwa v. Duncan*, 2005 FC 1000.

³⁷ עניין ניר ב' אריאלי, 55:1 פסק דין.

בעניין הלפרין³⁹ נדרש בית המשפט להחליט אם קביעת ההרכב שידון בתיק פלילי היא פעולה שיפוטית או פעולה מינהלית.⁴⁰ הנשיא שמגר ציין כי הפסיקה מגלה היעדר אחידות בתחימת התחומים בין פעולה שיפוטית למינהלית, ולעתים קרובות תהיה ההחלטה מעין יצור כלאיים, שמעורבות בו תכונות משני המינים.⁴¹ הדברים נאמרו אמנם בהקשר של ביקורת של בג"ץ על החלטות הניתנות בבית משפט, אך הם ישימים גם בהקשר של חסינות שיפוטית.

בפסק הדין קינן נ' אגמון⁴² קבע בית המשפט כי ניתן לראות בפקידת סעד שהגישה תסקיר לבית הדין הרבני במסגרת הליכי גירושין בין בני זוג, כמי שמבצעת "פעולת שיפוט".⁴³ במרבית פסקי הדין העוסקים בחסינות השיפוטית, יצאו בתי המשפט מנקודת הנחה כי מדובר בפעולה שיפוטית, מבלי להגדירה.⁴⁴ בחלק מהמקרים לא נעשה כלל שימוש במונח "פעולה

39 בג"ץ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מא(4) 683, 688 (1987).

40 הכרעה בשאלה נדרשה, מאחר שפעולה מינהלית כפופה לביקורת בג"ץ, ואילו פעולה משפטית נתונה לביקורת רק במסגרת ערעור, אלא אם מדובר בפעולה בחוסר סמכות, כאמור בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה.

41 לעיל ה"ש 10, בעמ' 695.

42 ת"א (חי') 10271/01 קינן נ' אגמון (פורסם בנוב, 7.3.2005).

43 השופטת שרון-נתנאל קבעה כי

"תפקידה של פקידת סעד בהכנת תסקיר הינו תפקיד המכריע (גם אם לא באופן סופי) במחלוקות בין בני זוג [...] פעולותיה [...] עבור בית המשפט או בית הדין הינן, כעיקרון, 'פעולות שיפוט' החוסות בצל החסינות השיפוטית אשר מעניק סעיף 8 לפקודה" (פס' 13).

בפסק הדין אין התייחסות לאפשרות החלטה של חסינות מעין-שיפוטית על פקידת הסעד, אף שזו האופציה הנכונה יותר. ראו להלן פרק ט' הדן בחסינות מעין-שיפוטית.

44 כך למשל, נקבע כי קיום דיונים בבית המשפט עם עורך דין, ללא בירור יסודי אם קיימים ייפויי כוח כשרים בתיק, מהווה פעולה שיפוטית, שהדרך החוקית להתמודד עמה היא הגשת ערעור ולא הגשת תביעות בנוזיקין נגד השופטים היושבים בדין. ת"א (שלום פ"ת) 1285-04-11 גל נ' ויסמן (פורסם בנוב, 2.2.2012).

שיפוטית";⁴⁵ בחלקם הוזכרה ההבחנה בין הפעולות, תוך הבאת דוגמאות לפעולות שיש לסווגן כפעולות מינהליות וציון העובדה שהחסינות השיפוטית אינה חלה עליהן.⁴⁶

פעולות כגון רישום פרוטוקול ואף ניהול הדיון עצמו אינן פעולות מינהליות אלא פעולות שיפוטיות, וכל הבחנה אחרת שתיעשה תהא מלאכותית ותפגע באינטרס שלשמו נקבעה ההגנה על פעולה שיפוטית.⁴⁷

לא ידוע על אף מקרה שבו נדחתה טענת החסינות בשל היות הפעולה שבוצעה על ידי השופט פעולה מינהלית.

3. פעולה מינהלית – Administrative Act

א. הבחנתה מפעולה שיפוטית

כבר צוין כי לעתים קרובות נדרשים ממלאי תפקידים שיפוטיים לבצע גם פעולות מינהליות, או משרדיות, הכרוכות בביצוע תפקידם השיפוטי, אך אינן מסווגות כפעולות שיפוטיות.⁴⁸ חשיבות ההבחנה בין פעולה שיפוטית

⁴⁵ ראו למשל, ת"ק (אשד') 1135/08 ירושלמי נ' פיינשטיין (פורסם בנבו, 5.6.2011), שם נקבע כי החלטה של שופט להורות על העברת דיון בתובענה מבית משפט אחד למשנהו, או ממסלול דיוני אחד למשנהו, מסורה לפי דין אך ורק לנושאי משרה שיפוטית והיא החלטה המתקבלת במסגרת מילוי תפקיד שיפוטי. אין ספק כי מדובר בפעולה שיפוטית, אך פסק הדין אינו נוקט הגדרה זו.

⁴⁶ ראו דוגמאות בבר"ע (י-ם) 2315/00 מדינת ישראל נ' פרידמן (פורסם בנבו, 12.3.2001); וכן ע"א (ת"א) 1100/08 שטוב נ' מנהל בתי הדין הרבניים (פורסם בנבו, 13.4.2011).

⁴⁷ עניין ניר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 321; בש"א (חד') 874/02 יורשי המנוח אמנון הומינר ז"ל נ' איל דש בע"מ (פורסם בנבו, 2.6.2002); ת"א (נצ') 17206-11-11 בוכחוט נ' שופט בית הדין האזורי לעבודה (פורסם בנבו, 22.5.2012).

⁴⁸ כך למשל, נקבע כי החלטת שופט לפטר קצין מבחן היא החלטה מינהלית ולא שיפוטית, ולכן אין החסינות חלה עליה (1988) 484 U.S. 219 Forrester v. White.

לבין פעולה מינהלית נובעת מכך שהחסינות השיפוטית חלה רק על פעולה שיפוטית של שופט או של ממלא תפקיד שיפוטי אחר, ואינה חלה על פעולות מינהליות המבוצעות על ידיהם.⁴⁹

הראיתי לעיל את הקושי הקיים בהגדרת הפעולה השיפוטית, ואת העובדה שהמונח "שיפוט" מקבל משמעויות שונות על פי המטרה שלשמה מפרשים את המונח.⁵⁰ לענייננו חשובה פרשנות המונח כדי להפרידו מפעולה מינהלית, שאינה חסינה. כדי להתגבר על עמימות המושג פעולה שיפוטית (judicial act) נוהגים להדגיש כי היא מנוגדת לפעולה מינהלית (administrative act). בהערת אגב אציין כי ישנם מלומדים⁵¹ המבחינים גם בין פעולה מינהלית לבין פעולה מיניסטריאלית (ministerial act), אך לא אאמץ

לעומת זאת, שופט המורה להמשיך בהליכי תביעה נגד אדם, במסגרת תיק פלילי המתנהל נגדו, אינו מבצע פעולה מינהלית אלא פעולה שיפוטית במסגרת תפקידו השיפוטי, ולכן הוא חסין.
 49 את מרותו כדי להשליט סדר באולמו במהלך הדיון, מבצע פעולה שיפוטית ראו למשל, *Forrester v. White*, לעיל ה"ש 48, שם חזר בית המשפט וקבע כי על פעולות מינהליות, שאינן בגדר הכרעה בסכסוך בין שני צדדים, לא חלה החסינות השיפוטית. כך נאמר גם בספר SHEPARD'S CIVIL ACTIONS AGAINST STATE AND LOCAL GOVERNMENT (2nd ed., 1992) Vol. 2, 120. אומר על כך פרופ' De Smith בספרו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1019:
 50 "Judicial acts may be identified by reference to their formal, procedural, or substantive characteristics, or by a combination of them".
 כך, על פי De Smith, ייתכן ששר המאשר תכנית מתאר עיר, ויידרש לפעול פעולת שיפוט במובן זה, יהיה מחויב לכללי הצדק הטבעי אך לא ייהנה מחסינות, כי לצורך האחריות בנויקין תיחשב פעולתו מינהלית (שם, בעמ' 1010). הספר עוסק בביקורת שיפוטית על פעולות המינהל ודן רק כבדרך אגב בהגדרת הפעולה השיפוטית לצורך חיוב בנויקין.
 51 ראו למשל, *Olowofoyeku*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 35.

הבחנה זו, הנראית כפעולה מינהלית.

ב. מאפייני

על פי הגדרת המתקבלת על בכתקיים הנא שהפעלתה היא מצד הפקיד שיקול דעת המשפט ניהול דעת ונוטה

עיון בכו שיפוטית לפי

50
 51
 52
 53
 54
 55
 56
 57
 58
 59
 60
 61
 62
 63
 64
 65
 66
 67
 68
 69
 70
 71
 72
 73
 74
 75
 76
 77
 78
 79
 80
 81
 82
 83
 84
 85
 86
 87
 88
 89
 90
 91
 92
 93
 94
 95
 96
 97
 98
 99
 100

הבחנה זו, הנראית סמנטית בלבד, ואתייחס לכל פעולה שאינה שיפוטית כאל פעולה מינהלית.⁵²

ב. מאפייני הפעולה המינהלית

על פי הגדרתה המקובלת, פעולה מינהלית היא פעולה הנעשית או החלטה המתקבלת על ידי רשות מינהלית מכוח הסמכות המוקנית לה על פי דין, בהתקיים תנאים עובדתיים מסוימים. בפעולה מינהלית מבחינים בין סמכות שהפעלתה היא חובה, לבין סמכות אשר הפעלתה תלויה בהפעלת שיקול דעת מצד הפקיד או האורגן של הרשות.⁵³ פעולה מינהלית המצריכה הפעלת שיקול דעת דומה במהותה לפעולה שיפוטית,⁵⁴ וזו אחת הסיבות לכך שבית המשפט נוהג בריסון בהטלת אחריות על רשות המפעילה סמכויות שבשיקול דעת ונוטה להתערב פחות בסוג כזה של פעולות.⁵⁵

עיון בכתבי מלומדים מראה כי מרביתם עסקו בהבחנה שבין פעולה שיפוטית לפעולה מינהלית לעניין הפעלת הביקורת השיפוטית על פעולות

52 זו גם עמדתו של De Smith המציין כי נהוג להשתמש במונחים ministerial או executive וכן administrative כמונחים חלופיים, שמשמעות כולם זהה ומכוונת לכל פעולה שאינה שיפוטית. לעיל ה"ש 11, בעמ' 1005.

53 דיון בסמכות חובה לעומת סמכות רשות, המבוססת על חריג שיקול הדעת, חורג מתחום עיסוקו. לפירוט ראו "גלעד" האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" חלק ראשון משפט וממשל ב 339 (התשנ"ה); "גלעד" האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" חלק שני משפט וממשל ג 55 (התשנ"ה); ראו גם De Smith, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1005.

54 בע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 80 (1994), מציין הנשיא שמגר כי יש "לנקוט יתר זהירות ביחס לתביעות רשלנות נגד המדינה, אם אלו עוסקות בהחלטות רשות שלטונית הכרוכות בהפעלת שיקול דעת רחב".

55 אחריות בנוזיקין תוטל על הרשות רק באותם מקרים שבהם חרגה הפעלת שיקול הדעת מכל אמת מידה סבירה, אך "מתחם הסבירות הנוזיקי [...] הוא רחב"; ראו דברי הנשיא שמגר בעניין לוי, שם, בעמ' 81.

המינהל, ולא לעניין תחולת החסינות השיפוטית.⁵⁶ פרשנותם של המונחים "פעולה שיפוטית" ו"פעולה מינהלית" חייבת להיעשות בהתאם לתכלית החקיקתית,⁵⁷ במטרה לבחון על אילו מן הפעולות ראוי להחיל את החסינות השיפוטית. כפי שאראה בהמשך, בתי המשפט נקטו פרשנות מרחיבה כאשר נדרשו לפסוק אם יש להחיל חסינות שיפוטית על פעולה נדונה.

ג. הבעייתיות בהחלת המבחנים

עיון בפסיקה האמריקאית, שבה נמצא מגוון הדוגמאות הרחב ביותר, מלמד כי המקרים שסווגו כפעולה שיפוטית שונים זה מזה. לעתים קרובות הסיווג הוא פרי רצונו ומדיניותו של בית המשפט להרחיב את תחולתה של החסינות

⁵⁶ ישנם מלומדים הסבורים שלא ניתן להבחין כלל בין פעולה מינהלית לפעולה שיפוטית. למשל, המלומד Jennings סבור כי:

"It is quite impossible to draw a distinction between 'judicial' and 'administrative' functions in terms of the nature or substance of functions actually exercised by the courts and administrative authorities in this country". J. JENNINGS THE LAW AND THE CONSTITUTION (5th ed., London, 1960) 293.

המלומד Wade סבור, לעומת זאת, כי קיימת הבחנה ברורה בין פעולה שיפוטית לבין פעולה מינהלית. לדבריו, פעולה שיפוטית כרוכה ביישום הוראת חוק, מחייבת את הצדדים, ונתונה לערעור לפני ערכאה גבוהה יותר. פעולה מינהלית, לעומת זאת, כרוכה בהפעלת "מדיניות" (policy), ולא ניתן לשנותה באמצעות פנייה לערכאת ערעור.

R. Wade, "Quasi-Judicial and Its Background" 10 H.W. CAMBRIDGE L.J. (1949) 216, 222-224 גישתו של Wade אומצה במספר פסקי דין בארצות הברית. ראו למשל, דבריו של השופט O'Connor בפרשת *Forrester v. White*, לעיל ה"ש 48. מאמרו של Wade דן בהבחנה שבין פעולה שיפוטית לבין פעולה מינהלית בהיבט הכללי, ואין בו התייחסות להיבט הרלוונטי לדיונו של הטלת אחריות או של מתן חסינות בנוזיקין.

⁵⁷ לעיל ה"ש 2 ו-3.

השיפוטית או לצמצמה, ללא כל התייחסות לשאלה אם התקיימו בהחלטה זו או אחרת מאפייני הפעולה השיפוטית או אפילו חלקם.⁵⁸

בארצות הברית נמתחה ביקורת על הפרשנות המרחיבה של המונח פעולה שיפוטית שנוקטים בתי המשפט, כאשר עליהם לפסוק אם יש להחיל את החסינות השיפוטית המוחלטת על פעולה נדונה.⁵⁹ פרשנות זו מבוססת על ההגדרה רחבת ההיקף שנקבעה בפסק דין *Stump v. Sparkman*,⁶⁰ שלפיה פעולה תסווג כשיפוטית אם היא נמצאת בתחום סמכותו של השופט ואם יוכח כי הצדדים פנו אליו בכשירותו כשופט.

הביקורת על הגדרת הפעולה השיפוטית, כפי שנקבעה בפסק דין *Stump*, נחלקת לשתיים:⁶¹

הבעייתיות המהותית – פסק דין *Stump* אינו מבהיר אילו פעולות מינהליות הנעשות על ידי שופטים, ייחשבו פעולות "שיפוטיות". ברור לכול כי ההגדרה רחבת ההיקף נקבעה בפרשה זו כדי לחסום את התביעה כלפי השופט *Stump*, אך האם ראוי היה לחסום את התביעה לו דובר בפעולה מינהלית של השופט? כך למשל, שופט היושב בוועדת קבלה של עובדים לעירייה או עוסק במילוי טפסים מינהליים, אינו נזקק לחסינות שיפוטית כה

⁵⁸ לדעת De Smith, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1017, ההבדל בין פעולות שיפוטיות המבוססות על שיקול דעת, לבין פעולות מינהליות המבוססות על שיקולי מדיניות, הוא לעתים עניין של דרגה בלבד ושל מדיניות שיפוטית. כאשר ניאות בית המשפט לבחון את הפעולות, הן סווגו כשיפוטיות, וכאשר בחר שלא להתערב, סווגו הן כפעולות מינהליות. באנגליה הנטייה כיום בנוגע להפעלת כללי הצדק הטבעי והביקורת השיפוטית היא לזנוח את ההבחנה שבין פעולה שיפוטית למינהלית, ויש אפילו המכנים אותה אפיקורסית (heresy). ראו למשל, לורד Denning בפרשת *R. v. Gaming Board ex pl Benaim and Khaida* [1970] 2 Q.B. 417, 430.

⁵⁹ ראו למשל, Romagnoli, לעיל ה"ש 10; 1503 (1985) *Fordham L. Rev.*

⁶⁰ 435 U.S. 349 (1978).

⁶¹ Romagnoli, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1512. לדעת המחבר, ההגדרה של פסק דין *Stump* צריכה להתפרש כדרישה לייחודיות, דהיינו הפעולה צריכה להיות כזו ששופט בלבד מוסמך לבצעה, והפעולה צריכה להיות בתחום סמכותו של השופט.

גורפת, ואין גם הצדקה להעניקה לו. בזכרנו כי מטרת החסינות היא להגן על עצמאות השופטים ולהבטיח כי יכריעו בסכסוכים ללא חשש מפני תביעה אפשרית, ברור כי הגנה זו אינה נדרשת בפעולות מינהליות המבוצעות על ידי שופט.

הבעייתיות הדיונית – הגדרת הפעולה השיפוטית שניתנה בפרשת Stump
התייחסה למקרה מאוד ספציפי, אך יושמה בפסיקה מאוחרת יותר באופן גורף.⁶² אין ספק כי המבחן שנקבע בפסק דין Stump נועד, בראש ובראשונה, לפטור את השופט שם מאחריות, וקשה להחילו על מגוון של מקרים אחרים. הבלבול הרב שנוצר בפסיקה מאוחרת יותר של בתי המשפט בארצות הברית רק מעיד על כך.⁶³

ישנם מקרים שבהם הפעולה אינה שיפוטית בעליל, ואין להחיל עליה את החסינות השיפוטית, כגון מקרה שבו שופט תוקף פיזית את אחד המשתתפים בדיון.⁶⁴ יישום נכון של המבחנים שנקבעו בפסק דין Stump – אשר ממילא לא נועדו אלא לשרת את עובדותיו של אותו מקרה – חייב להוביל למסקנה

⁶² שם, בעמ' 1514.

⁶³ כגון בשאלה אם הסכם מוקדם שנעשה בין שופט לבין אחד הצדדים לדיון בדבר תוצאות הדיון, מהווה פעולה שיפוטית שהחסינות השיפוטית חלה עליה. בעניין זה ניתנו פסקי דין סותרים, למשל, *Dykes v. Hosemann*, 743 F. 2d 1488, 1495 (11th Cir., 1984), וכן *Moore v. Brewster*, 96 F. 3d 1240 (9th Cir., 1996), שבהם נפסק כי זוהי פעולה שיפוטית, ולצומתם פסק דין *Rankin v. Howard*, 633 F. 2d 844 (9th Cir., 1980), שבו נפסק כי אין מדובר בפעולה שיפוטית, ועל כן לא תחול עליה החסינות השיפוטית.

⁶⁴ הדוגמה מבוססת על עובדות פסק הדין בעניין *Gregory v. Thompson*, 500 F.2d (1974), שבו חויב השופט Thompson לשלם למערער פיצויים בסך 2,000 דולר. הטחת דלת על גופו של בעל דין לא הוכרה אף היא כפעולה שיפוטית והוגדרה כנוגדת כל היגיון המצדיק את החלת החסינות, *Regan v. Price*, 131 Cal. App. 4th (2005), 1491.

זו, אך בפועל מחילים בתי המשפט את החסינות על מקרים שלא נועדו לכך.⁶⁵

במאמר שנכתב בשנת 2012 נטען⁶⁶ כי אין הצדקה להגדרה הרחבה של פעולה שיפוטית שנקבעה בפסק דין Stump, ואין להחיל את החסינות על פעולות מינהליות כגון בחירת מועמדים לחבר מושבעים,⁶⁷ או החלטה להעסיק או לפטר קצין מבחן מתפקידו.⁶⁸ מחבר המאמר סבור כי יש להחמיר את הפיקוח על שופטים ואין להחיל את החסינות על פעולה שיפוטית שבוצעה בזדון או ממניעים מושחתים,⁶⁹ אף שהפסיקה אינה מחריגה מקרים אלה מתחולת החסינות השיפוטית.

4. חריגה מסמכות

החסינות השיפוטית אינה חלה על פעולה שבוצעה ללא סמכות או תוך חריגה מודעת מסמכות. לאחר שנקבע כי פעולה מסוימת היא פעולה שיפוטית, נותר עוד לבחון אם הפעולה הנטענת בוצעה במסגרת סמכותו של ממלא התפקיד השיפוטי, אם לאו. במסגרת תת-פרק זה אדון במבחנים שפותחו בפסיקה לצורך הגדרת הסמכות, וגם כאן נראה כי מדובר בהגדרה שנועדה להרחיב את קשת המקרים הנופלים לגדר החסינות השיפוטית.

⁶⁵ למאמרים נוספים בנדון, ראו למשל, Sadler, "Judicial and Quasi-Judicial Immunities: A Remedy" 13 MELB. U. L. REV. (1982) 508, 524; Jan Pillai, "Rethinking Judicial Immunity for the Twenty-First Century" 39 HOWARD L. J. 95 (1995); E.J.H. Schrage, "The Judge's Liability for Professional Mistakes" (1996) 17(2) LEGAL HISTORY 101, 113-117, 125-127.

⁶⁶ Timothy Stengel, "Absolute Immunity Makes Absolutely No Sense: An Argument for an Exception to Judicial Immunity", 84 TEMP. L. REV. 1071, 1081 (2012).

⁶⁷ *Ex Parte Virginia* 100 U.S. 339, 348-349 (1879).

⁶⁸ *Forrester v. White*, לעיל ה"ש 48.

⁶⁹ "Where judges act maliciously or corruptly, they should not enjoy immunity" לעיל ה"ש 67, בעמ' 1099.

א. הגדרת הסמכות – Jurisdiction

במילון המשפטי מצויים מונחים רבים שהפירוש להם אינו חד-משמעי, אך ספק אם ישנו עוד מונח בעל משמעויות כה רבות כמו המונח "סמכות".⁷⁰

המונח "סמכות" ניתן לפירוש במספר אופנים: ראשית, במשמעות עצם סמכותו של בית המשפט לדון בנושא מסוים;⁷¹ שנית, במשמעות של סמכות בית המשפט ליתן את הסעד המבוקש; ושלישית, במשמעות של סמכות בית המשפט לדון בשאלת סמכותו ולהכריע בה.⁷² כאשר משתמשים במונח סמכות בהקשר של חסינות שיפוטית, הכוונה לסמכות לדון בנושא מסוים וליתן את הסעד המבוקש – כאמור בשני המבחנים שהוזכרו לעיל.⁷³

באנגליה חלה החסינות השיפוטית גם על פעולה שנעשתה ללא סמכות, כל עוד ניתן להוכיח כי השופט פעל בתום לב, בסברו כי העניין מצוי

⁷⁰ כפי שאמר לורד Bridge בפרשת *In re McC* [1985] 1 A.C. 528, 536

"There are many words in common usage in the law which have no precise or constant meaning. But few, I think, have been used with so many different shades of meaning in different context or have so freely acquired new meanings with the development of the law as the word 'jurisdiction'".

⁷¹ כפי שנאמר בעניין *Garthwaite v. Garthwaite* [1974] 2 All E.R. 233, 241 על ידי לורד Diplock:

"In the narrow and strict sense, the 'jurisdiction' of a validly constituted court connotes the limits which are imposed on its power to hear and determine issues between persons seeking to avail themselves of its process by reference (i) to the subject-matter of the issue, or (ii) to the persons between whom the issue is joined, or (iii) to the kind of relief sought, or any combination of these factors".

⁷² חלוקה זו לשלושת מרכיבי המונח "סמכות" נעשתה על ידי לורד Reid בעניין *Commission Anisimic v. Foreign Compensation* [1969] 2 A.C. 147, 195

גם *Olowofoyeku*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 53.

⁷³ כפי שנאמר על ידי לורד Diplock בעניין *Garthwaite v. Garthwaite*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 241.

פרק ח': תחולת החסינות על פעולה שיפוטית

בסמכותו.⁷⁴ ההגדרה של פעולה בסמכות רחבה למדי וכוללת גם פעילות חריגה של השופט בתחום סמכותו.⁷⁵ החסינות אינה חלה על פעולות שבוצעו בחריגה מוחלטת מסמכותו של השופט,⁷⁶ ואינה חלה על פעולות או על אמירות שנאמרו מחוץ לדיון המשפטי.⁷⁷

בפסיקה האמריקאית נקבע כי החסינות תישלל רק במקרה שיוכח כי השופט פעל ללא סמכות באופן מוחלט – in clear absence of all jurisdiction.⁷⁸ ההלכה בארצות הברית היא שאם אין חוק האוסר מפורשות על השופט לבצע פעולה מסוימת, הפעולה היא בסמכות. לפיכך, חריגה של שופט מגדר סמכותו, שאינה סותרת הוראת חוק מפורשת, או הפעלה מוטעית של סמכות, אינן נחשבות פעולות בחוסר סמכות מוחלט ואינן מונעות תחולת החסינות לגביהן.⁷⁹

בארצות הברית מבחינים בין הגבלה ורטיקלית-אנכית על הסמכות מבחינת התחום שבו מוסמך השופט לדון (צוואות, פשיטת רגל, מסים וכיוצא באלה), לבין הגבלה הוריוונטלית-אופקית מבחינת הסכום או הסעדים

- 74 מבחן תום הלב הוצע על ידי לורד Denning בפרשת *Sirros v. Moore*, 1 [1975] Q.B. 118, 136, שקבע כי השופט חסין: "So long as he does his work in the honest belief that that it is within his jurisdiction, then he is not liable to an action"
- 75 ראו למשל, *Marsea Case* (1612) 10 Co Rep 68b; *Massey v. Johnson* (1809) 12 East 67.
- 76 כך למשל, שופט המפיץ כרוז עם האשמות פוליטיות המהוות לשון הרע, מבצע פעולה החורגת בעליל מסמכותו ואינו מוגן על ידי החסינות השיפוטית: *Mr Justice Johnson's Case* (1805) 29 State Tr 81.
- 77 *Paris v. Levy* (1860) 9 CBNS 342, 363.
- 78 *Bradely v. Fisher*, 13 Wall 335 (1872); *Pierson v. Ray*, 386 U.S. 547 (1967); *Stump v. Sparkman*, U.S. 349 435 (1978); *MacFarlane v. Smith*, 947 F. Supp. 572 (D.N.H. 1996); *Santini v. Gierbolini*, 937 F. Supp. 130 (D.Puerto Rico 1996).
- 79 כפי שנקבע בעניין *Bradley v. Fisher*, לעיל ה"ש 78, בעמ' 338: "Judges of courts... are not liable to civil actions for their judicial acts, even when such actions are in excess of their jurisdiction, and are alleged to have been done maliciously or corruptly".

שהשופט רשאי לפסוק.⁸⁰ שאלת הסמכות עצמה נחלקת לשני ראשים: סמכות כללית לדון בעניין וסמכות ספציפית של השופט היושב לדין ליתן את הסעד המבוקש.⁸¹ שופט שסמכותו מוגבלת מבחינה הוריוונטלית, לא ייחשב כמי שפעל בחוסר סמכות ברור (in clear absence of all jurisdiction), אלא כמי שחרג מסמכותו, ולכן זכאי לחסינות בגין פעולתו.

לעומת זאת, שופט שסמכותו מוגבלת מבחינה ורטיקלית, והוא חורג ממנה, עושה כן תוך סיכונו האישי, שכן הוא פועל בחוסר סמכות ברור, ועל כן אינו זכאי לחסינות. לדוגמה: שופט בארצות הברית, המוסמך לדון רק בענייני צוואות ומחליט לדון בתיק פלילי, שבמהלכו הוא מורה על מאסרו של אדם. הניזוק יהא רשאי להגיש נגד השופט תביעת נזיקין, והחסינות השיפוטית לא תחול על החלטה זו שניתנה בחוסר סמכות ברור. לעומת זאת, אם שופט הדן בעניין פלילי, מרשיע נאשם במעשה שאינו עבירה פלילית, זוהי רק פעולה מעבר לסמכות, ותחול עליה החסינות השיפוטית.⁸² את המקרה האחרון, שבו שופט פלילי מרשיע במעשה שאינו עבירה פלילית, ניתן לסווג גם כטעות בהפעלת הסמכות, אשר לגביה אין חולק, גם בישראל, כי חלה החסינות השיפוטית, וניתן לתקוף אותה רק באמצעות ערעור על פסק הדין.

⁸⁰ בפרשת *Turner v. Raynes*, 611 F. 2d 92, 95-97 (5th Cir., 1980) נפסק, למשל, מפי השופט Gee, שאף שהמשיב הרשיע את המערער בעבירה פלילית שאינה קיימת (nonexistent crime) ואף גזר עליו מאסר למשך שנה בגין עבירה זו, חלה על מעשיו החסינות השיפוטית.

⁸¹ בארצות הברית משתמשים במושגים jurisdiction and function ורואים בהם שני תנאים בסיסיים להחלת החסינות השיפוטית. ראו במאמרו של J.E. Richards "Judicial Immunity: Developments in federal Law" 33 BAYLOR L. REV. (1981) 351, 355.

⁸² הדוגמה מובאת בפסק דין *Bradley v. Fisher*, לעיל ה"ש 78, בעמ' 352, וצוטטה בהסכמה על ידי שופטי הרוב, מפי השופט White, בפרשת *Stump v. Sparkman*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 356.

ב. סמכות כללית לדון בנושא – Subject Matter Jurisdiction

כבר נאמר כי התשובה לשאלה אם שופט פעל במסגרת סמכותו, אם לאו, נקבעת בארצות הברית על פי מבחני הסמכות שנקבעו בפסיקה, וההבחנה העיקרית געשית בין סמכות כללית לדון בנושא לבין סמכות ליתן את הסעד המבוקש.⁸³ שופט שפסק בעניין שאינו במסגרת סמכותו הכללית (סמכות ורטיקלית) אינו ראוי לחסינות, והוא נחשב כמי שפעל בחוסר סמכות ברור. ההבחנה נראית ברורה לכאורה, אך עיון בפסיקה מלמד כי לעתים נמנעו בתי המשפט מלסווג מקרה כחוסר סמכות ברור, וקבעו כי הוא מצוי בסמכותו הכללית של השופט, ובכך גרמו להחלת החסינות על פעולות שאינן ראויות לחסינות.

דוגמה לשימוש שנעשה במבחן הסמכות הכללית לדון בנושא כאמצעי להחלת החסינות השיפוטית על פעולה, אשר בנסיבות אחרות לא הייתה מוגדרת כפעולה שיפוטית, ניתן למצוא בעניין *Dykes v. Hosemann*.⁸⁴ בית המשפט חזר, אמנם, על העיקרון שלפיו שופט הפועל בחוסר סמכות ברור אינו זכאי ליהנות מן החסינות השיפוטית,⁸⁵ אך הדגיש את הצורך להבחין בין חוסר סמכות לבין חריגה מסמכות. במקרה זה, שהיה חריג בנסיבותיו ואף חריג בתוצאתו, נטען כי עקב הסכמה מוקדמת שהושגה בין המשיב, השופט *Hosemann*, לבין בעלה של המערערת ואביו, שכיהן בעצמו כשופט באותו מחוז, החליט המשיב לשלול מהמערערת את זכויות החזקה בבנה.

בית המשפט של ערכאת הערעור דחה את הטענה כי הסכם מוקדם בין שופט לבין צד לדיון שולל את החסינות השיפוטית, וקבע כי החסינות תישלל רק במקרה של פעולה בחוסר סמכות ברור ומוחלט. נקבע כי באופן כללי היה המשיב מוסמך, על פי החוק במדינת פלורידה שבה כיהן, לדון בבקשה להחזקת קטין, ולכן נופלת פעולתו לגדר החסינות השיפוטית למרות הפגם

ס: סמכות
את הסעד
יחשב כמי
אלא כמי

הוא חורג
ברור, ועל
לדון רק
על מאסרו
והחסינות
עומת זאת,
הפליילית,
שית.⁸² את
הפליילית,
בישראל,
ערעור על

פסק, למשל,
ילית שאינה
יורה זו, חלה

ים בהם שני
J.E. Richard
"Judicial Im

352, וצוטטה
, *Stump v. S*

⁸³ לעיל ה"ש 81.

⁸⁴ *Dykes v. Hosemann* 743 F.2d 1488 (11th Cir., 1984)

⁸⁵ דעת הרוב מפי השופט *Thornberry*, שם, בעמ' 1495-1496.

ג. המהותי שנמצא בדרך קבלת ההחלטה עצמה, אשר הייתה פרי הסכמה מוקדמת עם אחד הצדדים לדיון.

קשה להסכים עם תוצאת פסק הדין לאחר שהוכח בבירור כי הפגם בהחלטה אינו נובע מטעות בפירוש גדר סמכותו של השופט, אלא מהסכם מוקדם לגבי אופן ההכרעה בתביעה. ניתן היה לצפות כי בית המשפט יקבע שהסכם מוקדם מסוג זה הוא פעולה בחוסר סמכות ברור, מאחר ששום שופט לא הוסמך לפסוק על פי הסכם מוקדם עם אחד הצדדים; אך לא כך פסק בית המשפט של ערכאת הערעור.

ד. לא תמיד קיימת הסכמה בשאלת הסמכות. במקרה אחד פסק שופט נוער כי אינו מוסמך לדון בעתירה להחזקה במעון סגור של קטינה בת 16, שנכנסה להיריון כתוצאה מיחסים עם גבר מבוגר, ולכן הורה על החזרתה למשמורת אמה במקסיקו. בערעור נקבע כי השופט טעה בסברו כי אינו מוסמך לדון בעתירה, והנושא הוחזר לדיון לפניו.⁸⁶ דוגמה למקרה שבו התקבלה טענת חוסר סמכות עניינית, הייתה בתביעה לצו מניעה זמני ולתשלום פיצויים בשל אובדן רווחים, עקב תחרות בין שני בתי קזינו.⁸⁷ המשיב הגיש בקשה לסילוק התביעה על הסף וטען, בין היתר, כי סכום הפיצויים עולה על הסכום המקסימלי שבית המשפט מוסמך לפסוק. טענתו התקבלה ונקבע כי התביעה תידחה על הסף, מאחר שבית המשפט נעדר סמכות עניינית לדון בה.⁸⁸

L. A County Dep't of Children & Family Servs. v. Superior Court, 2009 Cal. 86

.App. Unpub. Lexis 10357

Mo. River Historical Dev. Inc. v. Penn Nat'l Gaming Inc. 283 F.R.D 501 87

.(2012)

שם, בעמ' 512: 88

"The court finds that it does not have subject matter jurisdiction over the instant action. Therefore, Penn's Motion to Dismiss is granted".

ג. סמכות אישית – Personal Jurisdiction

אם נקבע כי שופט מוסמך לדון בנושא על פי דין, עדיין נותר לקבוע אם סמכותו משתרעת על המתדיין הספציפי שלפניו או על מתן הסעד המבוקש בתביעה.⁸⁹ אף שמדובר בשלב חשוב של בדיקת הסמכות, מרבית פסקי הדין בארצות הברית אינם עוסקים בשאלה זו ומסתפקים בבחינת הסמכות הכללית לדון בנושא כתנאי להגדרת הסמכות.⁹⁰

ד. פעולה בחוסר סמכות

הקושי העיקרי בפסיקה האמריקאית הוא בהבחנה שבין הגבלה ורטיקלית לבין הגבלה הוריוזנטלית של הסמכות השיפוטית. כדי להתגבר על קושי זה יש הסוברים כי המבחן הראוי צריך להיות שונה, ולפיו רק במקרה שבו פעל השופט בחוסר סמכות בולט, ונראה כי עשה כן ביודעין או בחוסר אכפתיות – רק אז תחול עליו אחריות אישית.⁹¹ מבחן זה מבטל את הצורך בהבחנה בין חריגה מסמכות לבין פעולה בחוסר סמכות באופן ברור, ומתמקד בבחינת

כך נאמר, למשל, בפסק דין (Gregory v. Thompson, 500 F. 2d 63 (9th Cir., 1974)).
כך למשל, בפרשת Stump v. Sparkman, לעיל ה"ש 28, שאלת הסמכות כלפי המתדיין הספציפי לא נדונה כלל. בית המשפט הסתפק בקביעה כי מתן צו עיקור לא נאסר על פי החוק במדינת אינדיאנה, שבה כיהן המערער, וקבע כי הצו, כפי שניתן, היה במסגרת סמכותו. באופן דומה פסק בית המשפט לאחרונה בפרשת Jefferson v. City of Smith, לעיל ה"ש 78, וכן בעניין Hazlehurst, 936 F. Supp. 382 (S.D. Miss. 1995); Roush v. Hey, 475 S.E. 2d 299 (W. Va., 1996); Maus v. Curran, 945 F. Supp. 1217 (E.D. Wis. 1996); Santini v. Gierbolini, 1937 F. Supp. 130 (D. Puerto Rico, 1996); Tidik v. Ritsema, 938 F. Supp. 416 (E.D. Mich., 1996).

"Only a clearly inordinate exercise of unconfirmed jurisdiction by a judge – one so crass as to establish that he embarked on it either knowingly or recklessly – subjects him to personal liability" מבחן זה הוצע בפסק דין Stump v. Sparkman, לעיל ה"ש 28, וצוטט בהסכמה בעניין Turner v. Raynes, 611 F. 2d. 92, 95 (5th Cir., 1980).

נסיבותיו של כל מקרה לגופו, תוך התמקדות בשאלת תום לבו של השופט בעת ביצוע הפעולה.⁹²

בפרשת *Dykes v. Hosemann* היה בית המשפט ער לקושי בהחלת החסינות השיפוטית על מקרה שבו נעשה הסכם מוקדם עם השופט לגבי תוצאות הדיון, וכדי להתגבר על קושי זה נקבע גם שם כי החסינות תישלל רק אם יוכח שהשופט ידע כי הוא פועל בחוסר סמכות, או פעל בניגוד להוראת חוק ברורה השוללת את סמכותו.⁹³

השימוש במבחן תום הלב יוצר דמיון בולט בין מבחן הסמכות בפסיקה האמריקאית לבין מבחן הסמכות בפסיקה האנגלית, שם נקבע, כזכור, כי שופט שפעל בתום לב בסברו כי העניין מצוי בתחום סמכותו – חסיין.⁹⁴

עיון בפסיקה האמריקאית מראה כי לעתים, אם כי לכאורה דובר במקרה של חוסר סמכות ברור, הגיעו בתי המשפט בסופו של דבר למסקנה כי מדובר בחריגה מסמכות בלבד, שניתן להחיל עליה את החסינות השיפוטית.⁹⁵ בתי המשפט נוהרו מלהעביר ביקורת על התנהגותם של שופטים גם במקרים

⁹² Richards, לעיל ה"ש 81, בעמ' 356.

⁹³ כפי שנאמר בפרשת *Dykes v. Hosemann*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 1497:

"...immunity for judicial acts in the clear absence of jurisdiction is lost only if the judge knows that he lacks jurisdiction, or acts in the face of clearly valid statutes or case law expressly depriving him of jurisdiction".

⁹⁴ כך נקבע בעניין *Sirros v. Moore*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 136.

⁹⁵ לדוגמה: בפרשת *MacFarlane v. Smith*, 947 F. Supp. 572, 581 (D.N.H 1996) ניתן למונח "סמכות" פירוש מרחיק לכת, ונקבע כי הסמכות חלה גם על שיפוט שנדרש לפסול עצמו מלדון בתביעת גירושין ולאחר זמן הורה על מעצרו של התובע עקב אי-תשלום המזונות כסדרם. בית המשפט קבע, מפני השופט Devine כי:

"Under this understanding of the breadth of judicial immunity, this court finds that a judge's acting despite a disqualification for partiality does not constitute acting in 'clear absence of jurisdiction' [...] the risk of litigation provides sufficient reason to treat acts taken by a judge disqualified for partiality as absolutely immune from suit".

שבהם ניתן היה להוכיח כי פעולתם נעשה ביודעין, או אפילו בזדון, בגלל החשש מפני האפקט השלילי של התביעות על אמון הציבור במערכת השיפוטית. הדבר נעשה תוך שימוש בטיעון כי לצורכי חסינות יש לפרש את המונח סמכות פירוש מרחיב,⁹⁶ והדגשת העובדה כי מדובר בדוקטרינה עתיקת יומין, שבית המשפט לא יסטה ממנה בקלות.⁹⁷

ה. חוסר סמכות במשפט הישראלי

אפשר להשתמש במבחנים שפותחו בפסיקה האנגלו-אמריקאית או בחלקם כדי לבחון את שאלת הסמכות במשפט הישראלי.

סעיף 8 לפקודת הנזיקין מצריך אף הוא הכרעה בשאלת הסמכות. על פי ניסוחו של הסעיף, על בית המשפט לבחון:

- א. אם מדובר בפעולת שיפוט;
- ב. אם הפעולה נעשתה על ידי השופט במילוי תפקידו השיפוטי.

⁹⁶ כפי שנאמר בפרשת *Stump v. Sparkman*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 356:

"...The scope of the judge's jurisdiction must be construed broadly where the issue is the immunity of the judge".

⁹⁷ *Figuroa v. Balckburn*, 39 F. Supp. 2d 479 (1999 U.S. Dist.) הוא מקרה מייצג. שופט בית משפט לעניינים מקומיים הורתה על מעצרו המידי של אדם למשך 30 יום באשמת ביוזון בית המשפט, לאחר שסירב לכבות מכשיר הקלטה והודיע כי הוא כופר בסמכותו של בית המשפט. חרף ביקורת קשה שהביע בית המשפט לערעורים על החלטה זו, נקבע כי מדובר בפעולה שנעשתה על ידי השופט במסגרת סמכותה ולכן חלה עליה החסינות השיפוטית:

"... the judicial immunity doctrine runs deep in the lifelines of this country's jurisprudence, and the Court is hard pressed to deviate from the well-established legal principles stated in the United States Supreme Court precedent dating back to 1871 in *Bradley v. Fisher*".

הכרעה בשאלה השנייה מצריכה בירור אם הפעולה שבה עסקינן הייתה בסמכותו של השופט – הן סמכות כללית לדון בנושא והן סמכות ספציפית לדון בעניינו של מתדיין מסוים – או ליתן את הסעד המבוקש, אף ששאלת הסמכות אינה נזכרת כתנאי לחסינות השיפוטית.

ניתן להיעזר במבחני הסמכות החלים כיום על עובדי ציבור. תיקון מס' 10 לפקודת הנזיקין⁹⁸ העניק לעובדי הציבור חסינות מוחלטת מפני תביעות בנזיקין, למעט תביעות שעניינן מעשה שנעשה ביודעין, מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו.⁹⁹ החסינות חלה על כל מעשה שעשה עובד הציבור תוך כדי מילוי תפקידו ולא רק על מעשים שבוצעו בהתרשלות, או שמתקיימים בהם יסודותיה של עוולת הרשלנות. המחוקק ביקש לפרוס מטריה רחבה מעל ראשו של העובד ולהקנות לו את ההגנה, מבלי להבחין אם מדובר במעשה או במחדל, בפעולה הכרוכה בהפעלת שיקול דעת או בביצוע גרידא. הוראה זו לא תחול על מעשה שנעשה ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור.¹⁰⁰

בכך השווה המחוקק בין עובדי ציבור לבין ממלאי תפקידים שיפוטיים והחיל עליהם חסינות בהיקף דומה. ניתן להניח כי אם תוגש לבית המשפט תביעת נזיקין נגד ממלא תפקיד שיפוטי בטענה כי פעל בחוסר סמכות, יקבע בית המשפט כי אם הייתה טעות בתום לב לגבי גדר הסמכות, יש לראותה כפעולה בתחום הסמכות לעניין תחולת סעיף 8 לפקודת הנזיקין.¹⁰¹ לפיכך נראה כי בדומה למבחנים שנקבעו בפסיקה האנגלית ובפסיקה האמריקאית, במקרים שבהם יוכח כי שופט פעל בתום לב, בסברו כי העניין מצוי בתחום סמכותו, תיחשב פעולתו כפעולה בסמכות, ותחול לגביה החסינות השיפוטית.

⁹⁸ הצעת חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) (אחריות עובדי הציבור) התשס"ג-2002.

⁹⁹ סעיף 7א(א) בנוסחו כיום קובע כי: "לא תוגש תובענה נגד עובד ציבור על מעשה שעשה תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור, המקים אחריות בנזיקין; הוראה זו לא תחול על מעשה כאמור שנעשה ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור".

¹⁰⁰ לדיון בחסינות החלה על עובדי ציבור ראו פרק ט"ו להלן.

¹⁰¹ ראו עניין רוטברד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 130.

לאור רתיעתו של המחוקק מלהתייחס לשאלת הסמכות, נדרשו בתי המשפט לפרשנות התכליתית של סעיף 8 לפקודה, וחלקם קבעו מפורשות כי החסינות תישלל במקרה של חריגה מודעת מסמכות.¹⁰² מדובר בקשת מצומצמת של מקרים שבהם נדרש התובע להוכיח את האלמנט הסובייקטיבי של חריגה מודעת מסמכות.¹⁰³ במקרים שבהם יעלה הדבר בידו, נראה כי התוצאה תהא שלילת החסינות וחיוב המדינה בתשלום פיצויים.¹⁰⁴

5. סיכום

החסינות השיפוטית חלה על פעולה שיפוטית ואינה חלה על פעולה מינהלית, גם אם בוצעה על ידי ממלא תפקיד שיפוטי. במסגרת פרק זה בחנתי את פירוש המונח פעולה שיפוטית. הראיתי כי לצורך החלת החסינות בנויקין, על הפעולה הנטענת להיות קשורה לתפקיד השיפוטי, אשר מהותו ותכליתו הן הכרעה בסכסוך בין שני צדדים. בד בבד הראיתי כי הפרשנות שניתנה בפסיקה האנגלו-אמריקאית למונח פעולה שיפוטית, הושפעה מן הרצון להרחיב את תחולתה של החסינות השיפוטית. לכן, פעולות אשר לא סווגו

¹⁰² ת"א (ת"א) 199207/02 יאיר ש. שיווק בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 14.9.2005); ת"א (ת"א) 1358/02 מדינת ישראל נ' ר.י. (פורסם בנבו, 31.7.2006); ת"א (נתניה) 7824/04 אי. אי. אס. טכנולוגיות מחשוב בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.2.2007); ע"א (ת"א) 2473/07 מדינת ישראל נ' בר לב (פורסם בנבו, 13.12.2010); ת"א (חד') 2414/07 סימון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.5.2007); ת"א (ראשל"צ) 5951/01 מדינת ישראל נ' לוי תק-על 20002 (2) 133 (2002).

¹⁰³ חריגה מודעת מסמכות יכולה להתרחש כאשר שופט פועל בניגוד להוראת חוק מפורשת, או מתעלם מבקשה שלא לדון בעניין מסוים מטעמי חוסר סמכות וכיוצא באלה. לדיון מפורט בהצעה שלא להחיל את החסינות על חריגה מודעת מסמכות, ראו פרק י' להלן.

¹⁰⁴ ראו גם י" גלעד "אוי לדור ששופטיו צריכים להישפט" עלי משפט ב 225 (התשס"ב), הסבור כי אין מקום להעניק חסינות לשופטים במצבים של גרימת נזק בכוונת זדון או תוך שימוש לרעה בסמכות.

כשיפוטיות לצרכים אחרים, זכו להיכלל בהגדרה של פעולה שיפוטית לצורך תחולת החסינות.

עוד הראיתי כי על בית המשפט לבחון – בהנחה שמדובר בפעולה שיפוטית – אם הפעולה בוצעה בסמכות. נקודת המוצא של בתי המשפט היא שחריגה מסמכות אינה שוללת את תחולת החסינות. הנטייה המסתמנת בפסיקה העכשווית היא שהחסינות לא תוחל רק במקרה שבהם יוכח כי שופט ידע שהוא פועל בחוסר סמכות או פעל בניגוד להוראת חוק מפורשת, השוללת את סמכותו. בכך מושם הדגש על מניעיו של השופט בעת מתן ההחלטה או הצו, ונדרש מן התובע להוכיח כוונת זדון או ידיעה ממשית מצד השופט.

נראה לי כי ראוי לאמץ גם בישראל את הגישה הפרשנית שלפיה החסינות על פי סעיף 8 במתכונתו הנוכחית, אינה חלה על פעולה שיפוטית שבוצעה תוך חריגה מודעת מסמכות. בכך יושגו שתי המטרות העומדות בבסיס עקרון החסינות השיפוטית: ראשית, מתן הגנה לפעולה שיפוטית בלבד ואי-מתן הגנה לפעולה מינהלית; שנית, מתן הגנה לפעולה שיפוטית שבוצעה בסמכות, ואי-מתן הגנה לפעולה שבוצעה תוך חריגה מודעת מסמכות.

ד"ר דפנה אבניאלי
שופטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

דיני חסינות



פרלשטיין-גינזברג בע"מ