

# חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) – חסינות עובד הציבור

תמר קלהורה\* מיכל ברדנשטיין\*\*

- א. מבוא
- ב. הדין שקדם לתיקון לחוק בנוגע לאחריות המדינה ולאחריות עובד הציבור
1. לאחריות המדינה בנזיקין
  2. לאחריות עובד הציבור בנזיקין לפני התיקון
- ג. ההצדקה למתן חסינות אישית מפני אחריות בנזיקין לעובד ציבור
- ד. עקרונות ההסדר הקבוע בתיקון מס' 10
1. יסודות החסינות – סעיף 7א לפקודת הנזיקין
  2. חסינות לעובד הציבור הממלא "תפקיד שלטוני" בלבד
  3. "עובד הציבור" הזכאי לחסינות
- 3.1 מהי "רשות ציבורית"
  - 3.2 מיהו "עובד מדינה"
4. זכות המדינה כלפי עובד הציבור לפיצוי או לשיפוי
5. הרחבת אחריותן השילונית של המדינה ושל הרשות הציבורית
- 5.1 ביטול סעיפי הפטור מאחריות שילונית
  - 5.2 הרחבת יישומו של עקרון השוואת המעמד
6. תחולתו האקטיבית של תיקון מס' 10
- ה. הליך הדיון בשאלת החסינות הדיונית של עובד הציבור
1. הליך ההכרה בחסינות של עובד מדינה – כללי

---

\* ממונה, מחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי), הייתה אחראית על העברת החוק בכנסת בקריאה שנייה ושלישית ועל התקנת התקנות. ריכזה את מתן הייעוץ לפרקליטות, ליחידות הממשלה השונות ולשלטון המקומי בעקבות יישום החוק, בגיבוש מדיניות הפרקליטות בנוגע לטיפול בתיקי חסינות עובדי המדינה, ובהחלטות בבקשות פרטניות לקראת העברתן להחלטת הגורם המוסמך להכיר בחסינות.

\*\* פרקליטה בכירה בפרקליטות המדינה (המחלקה האזרחית) ומרכזת תחום הנזיקין בפרקליטות, ובכלל זה, נושאים רוחביים בסוגיית החסינות. בשנתיים וחצי הראשונות ליישום תיקון מס' 10 ריכזה את הטיפול בבקשות פרטניות בעניין חסינות עובדי המדינה לקראת העברתן להחלטת הגורם המוסמך להכיר בחסינות, וכן מרכזת את הטיפול בעמדת המדינה בבקשות תובעים שלא להכיר בחסינות.

\*\*\* תודתנו לפרופ' ישראל גלעד על הערותיו החשובות והמחכימות.

- 1.1 מידת הפירוט וההנמקה של הודעת ההכרה
- 1.2 השגת התובע על הודעת ההכרה
- 1.3 השגת עובד על אי-מתן הודעת הכרה או על הימנעות מהגשת בקשה לדחות את התביעה
- 1.4 בדיקת הודעת ההכרה – לפי כללי המשפט המנהלי
- 1.5 הדיון בבקשות בעניין החסינות – לאלתר
2. הליך ההכרה בחסינות כשהעובד הוא עובד רשות ציבורית – כללי
  - 2.1 כיצד תיבחן בקשת הרשות להכיר בחסינות ובאיזה שלב?
  3. האם הכרח לקיים דיון בעל פה בבקשה, תוך חקירת מצהירים?
    - א. משפט משווה
      1. אנגליה
      2. קנדה
      3. ארצות-הברית
    - ז. סוגיות נוספות שעלו בפסיקה
      1. שאלת הנטל בהשגה על החסינות
      2. מתן החלטה חדשה בשאלת החסינות
      3. תחולת החסינות על תביעות לשון הרע
      4. פרשנות הסייג לחסינות
    - ח. נתונים
    - ט. סיכום

## א. מבוא

תיקון מס' 10 לפקודת הנזיקין, שעניינו חסינות עובד הציבור, התקבל בכנסת ב-25.7.2005<sup>1</sup> עם כניסתו לתוקף ביום 10.2.2006 חל שינוי של מאה ושמונים מעלות בעקרונות ובכללים שהתוו את אחריותו של עובד הציבור, הממלא תפקיד שלטוני, בנזיקין בישראל, מאחריות אישית לחסינות. התיקון נחקק על רקע של שימוש תדיר בתביעות נזיקין, ובאיום בהגשת תביעות נזיקין, נגד עובדי ציבור, בכירים וזוטרים, במיוחד אלה המפעילים במסגרת סמכותם שיקול דעת שלטוני. מטרת התביעות והאיום בתביעות היא לבוא עמם חשבון בשל החלטות שהחליטו או מעשים שעשו במסגרת מילוי תפקידם או להרתיעם מקבלת החלטה מסוימת או מעשיית מעשה מסוים (או להרתיע עובדי ציבור אחרים מלקבל החלטה דומה או מלעשות מעשה דומה).

<sup>1</sup> חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10), התשס"ה–2005 (להלן: "תיקון מס' 10" או "התיקון").

במלאת חמש שנים לכניסת התיקון לתוקף<sup>2</sup> מבקש מאמר זה לדון בטעמים העומדים ביסוד החסינות, בעקרונותיה ובסייגיה ובדין החדש ההולך ומתגבש בפסיקת בתי המשפט שנדרשו לפרשנות הוראות התיקון והתקנות שהותקנו מכוחו. תחילה נציג את הדין שקדם לתיקון, הן בנוגע לאחריות המדינה בנזיקין והן בנוגע לאחריות עובד הציבור. לאחר מכן נציג את השינויים המרכזיים שיצר התיקון, באחריות עובד הציבור (בעיקר הקניית חסינות) אך גם באחריות המדינה ורשויות הציבור האחרות (שעיקרם הרחבת אחריותן השילוחית) שחלקם נדרש בעקבות השינוי שחל בדין אחריות עובד הציבור. נציג את הטעמים והתכליות העומדים ביסוד התיקון, וכן שאלות משפטיות שונות שעלו בפסיקה אגב הדיון בבקשות הנוגעות לחסינות, בהתאם להליך שקבע התיקון.<sup>3</sup> כן נבקש להציג נתונים שנאספו במשרד המשפטים במסגרת הטיפול בהחלטות בעניין החסינות.

לא למותר להוסיף ולציין כי תיקון מס' 10 הוא למעשה חלק מפרק הנוזיקין של הקודקס האזרחי,<sup>4</sup> שהוכן על ידי ועדת משנה של ועדת הקודיפיקציה,<sup>5</sup> בהתבסס על מחקרו המקיף והיסודי של פרופ' ישראל גלעד,<sup>6</sup> אשר גם ניסח את הנוסחים הראשונים של הצעת החוק וליווה את הליך החקיקה בכנסת עד להשלמתו. מציאות החיים, כפי שיתואר בהמשך, הביאה להפרדת הסימן של פרק הנוזיקין משאר הקודקס, ולקידומו כהצעת חוק ממשלתית נפרדת.

## ב. הדין שקדם לתיקון לחוק בנוגע לאחריות המדינה ולאחריות עובד הציבור

נקודת המוצא של דיני הנוזיקין היא כי מקום שבו נעשתה עוולה, קמה למעוול אחריות.<sup>7</sup> ייתכנו הריגים לכלל, כלומר ייתכנו מצבים שבהם אף שהתקיימו יסודותיה

<sup>2</sup> תקנות הנוזיקין (אחריות עובדי ציבור), התשס"ו–2006, ק"ת 6475, 704 (להלן: "תקנות הנוזיקין" או "התקנות").

<sup>3</sup> נכון למועד פרסום מאמר זה (מאי 2011), טרם נדון התיקון בפסיקת בית המשפט העליון והפסיקה שתזכר היא אפוא של בית המשפט השלום ובית המשפט המחוזי בלבד.

<sup>4</sup> תזכיר חוק דיני ממונות (הקודקס האזרחי), התשס"ו–2006 (להלן: "הקודקס" או "הקודקס האזרחי"). ניתן לצפייה בכתובת: [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf) (נבדק לאחרונה ב-15.5.2011).

<sup>5</sup> בראש ועדת הקודיפיקציה עמד הנשיא (בדימוס) פרופ' אהרן ברק; בראש ועדת המשנה לעניין הנוזיקין עמד השופט (בדימוס) פרופ' יצחק אנגלרד.

<sup>6</sup> ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון)" **משפט וממשל** ב' 339 (1994) (להלן: גלעד "אחריות עובדי הציבור 1"); ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)" **משפט וממשל** ג' 55 (1995) (להלן: גלעד "אחריות עובדי הציבור 2").

<sup>7</sup> ס' 3 לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש), התשכ"ח–1968 (להלן: "פקודת הנוזיקין" או "הפקודה") וס'

של עוולה מסוימת, לא תוטל אחריות, אולם הכלל הוא הטלת אחריות. היבט נוסף של עיקרון זה הוא, שככלל, אדם אחראי למעשיו הוא, אך לא למעשיו של אחר.<sup>8</sup> גם להיבט זה יש כמה חריגים, המטילים על אדם אחריות למעשיו של אדם אחר, אשר הוא זה שעשה את מעשה העוולה, בשל התקיימותו של יחס מיוחד בין האחראי לבין המזיק הישיר או בשל יחס מיוחד אחר.<sup>9</sup> (חריגים אלה מעוגנים במשפטנו בסעיפים 12–15 לפקודת הנזיקין).<sup>10</sup> שני החריגים הנוגעים לסוגיית חסינות עובד הציבור הם אלו המעוגנים בסעיפים 13 ו-14 לפקודת הנזיקין העוסקים באחריות השילוחית של מעביד למעשה העובד (סעיף 13) ובאחריות השילוחית של שולח למעשה שלוח שאינו עובדו (סעיף 14).<sup>11</sup>

לעניין ההיבט הראשון, קרי העיקרון שבמקום שנעשתה עוולה יש אחריות, קיימים שני סוגים של חריגים. הסוג הראשון הוא חסינות. החסינות היא מחסום דיוני

364–363 לקודקס.

<sup>8</sup> יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 435 (מהדורה שנייה, גרסאות ערוך, התשל"ז) (להלן: דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית).

<sup>9</sup> כגון יחס מיוחד בין האחראי לבין הניזוק או הנכס שבאמצעותו נגרם הנזק. דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, שם.

<sup>10</sup> האחריות למעשיו של קבלן לפי סעיף 15 לפקודה היא אחריות אישית. האחריות לפי סעיף 12 של המשלוח פורשה כאחריות "מעורבת". ראו: ע"א 337/81 בוסקילה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 337, 349–350 (1984).

<sup>11</sup> להלן נוסח הסעיפים:

"13. חבות מעביד

(א) לענין פקודה זו יהא מעביד חב על מעשה שעשה עובד שלו –

(1) אם הרשה או אישר את המעשה;

(2) אם העובד עשה את המעשה תוך כדי עבודתו;

אולם –

(א) מעביד לא יהא חב על מעשה שעשה מי שאיננו מעובדיו, אלא

אחד מעובדיו העביר לו תפקידו בלא הרשאתו המפורשת או המשתמעת של המעביד;

(ב) מי שהיה אנוס על פי דין להשתמש בשירותו של אדם שאין

בחירתו מסורה לו, לא יהיה חב על מעשה שעשה האדם תוך כדי עבודתו זו.

(ב) רואים מעשה כאילו נעשה תוך כדי עבודתו של עובד, אם עשה כעובד

וכשהוא מבצע את התפקידים הרגילים של עבודתו והכרוכים בה אף על פי שמעשהו של העובד היה ביצוע לא-נאות של מעשה שהרשה המעביד; אולם לא יראו כן מעשה שעשה העובד למטרות של עצמו ולא לענין המעביד.

(ג) לענין סעיף זה, מעשה – לרבות מחדל".

"14. חבותו של שולח

לענין פקודה זו, המעסיק שלוח, שאיננו עובדו, בעשיית מעשה או סוג של מעשים למענו, יהא חב על כל דבר שיעשה השלוח בביצוע אותו מעשה או סוג מעשים ועל הדרך שבה הוא מבצע אותם".

בפני הגשת תביעה. משמעותה היא כי לא ניתן להגיש תובענה לבית המשפט נגד הגורם החסין (גם לא תובענה לחזרה או לשיפוי), אך המעשה נושא התביעה נותר מעשה עוולה. לכן, אמנם החסינות מונעת הגשת תובענה נגד המעוול שעשה את העוולה, אך היא אינה מונעת הגשת תובענה נגד מי שאחראי למעשיו של המעוול באחריות שילוחית. הסוג השני הוא **סייג לאחריות**. סייג לאחריות מקים מחסום מהותי בפני הגשת תובענה בנוזיקין. בהתקיים סייג לאחריות, אין עילת תביעה בנוזיקין. המעשה אינו עוולה, ולפיכך לא רק שלא ניתן לתבוע את המעוול בנוזיקין (לרבות בתביעת חזרה או שיפוי), גם לא תוכל לקום אחריות שילוחית בגין מעשיו.<sup>12</sup> כפי שיפורט בהמשך בהרחבה, תיקון מס' 10 התווה דרך של הקניית חסינות לעובד הציבור, כלומר הקמת מחסום דיוני ולא מהותי, וכך אמנם חסם אפשרות להגיש תביעה אישית נגד העובד, אך אפשר הגשת תביעה נגד המדינה או הרשות הציבורית שבה הוא עובד, מכוח אחריותה השילוחית למעשיו. כך נשמרה זכותו של הניזוק מעוולה לקבל תרופה לנזקיו.

שאלת האחריות בנוזיקין של עובד הציבור למעשה שעשה במסגרת מילוי תפקידו קשורה בקשר בל יינתק לשאלת האחריות של המדינה או הרשות הציבורית. מטרת החלק הבא של מאמר זה היא לתאר את התפתחות האחריות בנוזיקין של רשויות ציבוריות במשפטנו, כחלק מן הרקע לחקיקת התיקון.

## 1. אחריות המדינה בנוזיקין

עד שנת 1952 חל במשפטנו העיקרון העתיק מן המשפט המקובל, שהעניק למדינה פטור מוחלט מאחריות בנוזיקין – *The King can do no wrong*.<sup>13</sup> משנת 1952 ואילך נוהג חוק הנוזיקים האזרחיים,<sup>14</sup> אשר ביטל תחולתו של כלל זה בשם עקרון השוואת המעמד וקבע, בסעיף 2, כי דין המדינה לעניין אחריות בנוזיקין כדין כל גוף מאוגד, למעט הסייגים הקבועים שם. לענייננו חשובים שני סייגים: סעיף 3, הקובע סייג לאחריות המדינה בנוזיקין בשל מעשה שנעשה בהרשאה חוקית, וסעיף 4, שסייג

<sup>12</sup> להבחנה בין סייג לאחריות לחסינות ראו **דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 398–400. כן ראו את הקודקס האזרחי, המבחין בין סייגים לאחריות לחסינות: סעיפים 373–378 עוסקים בסייגים לאחריות בנוזיקין וסעיפים 379–386 עוסקים בחסינויות (בשלב זה, רק חסינות עובד הציבור).

<sup>13</sup> עובדי הציבור, לעומת זאת, היו אחראים אישית בנוזיקין, אם כי עמדה להם חסינות מוגבלת. זאת, עקב התפיסה של המשפט המקובל באותה עת, כי ביצוע עוולה על ידי עובד הציבור הוא מחוץ לסמכותו. המצב המשפטי היה אפוא כי המדינה הייתה פטורה מאחריות, אך עובד הציבור היה אחראי. להרחבה ראו: גלעד "אחריות עובדי הציבור 1", לעיל ה"ש 6, בעמ' 375.

<sup>14</sup> חוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב–1952 (להלן: "חוק הנוזיקים האזרחיים").

את אחריותה של המדינה בנזיקין בשל לשון הרע.<sup>15</sup> יושם אל לב, כי סעיף 3, שהוא הסייג לאחריות הרלוונטי ביותר לענייננו ועוסק במעשיהם של עובדי הציבור ואחריותה (הישירה) של המדינה בגינם, אינו מקנה למדינה הגנה כלשהי מפני מעשי התרשלות. כלומר, אם נתבעה המדינה בשל מעשה או מחדל של עובדיה שיש בהם משום התרשלות,<sup>16</sup> היא אינה יכולה לטעון שאינה אחראית, משום שהמעשה נעשה בהרשאה חוקית. זאת, משום שהרשות אינה מוסמכת לפעול בחוסר סבירות.<sup>17</sup>

עקרון השוואת המעמד מורה כי דין הרשות כדין מזיק פרטי, והוא מהווה אפוא ביטוי במשפט הפרטי לעקרון השוויון בפני החוק, ומכאן חשיבותו.<sup>18</sup> השאלה היא אם אכן דינה של הרשות הוא כדין מזיק פרטי לכל דבר ועניין. נראה כי גם לשיטתם של אלה הסבורים שיש להרחיב את אחריות הרשות בנזיקין, התשובה היא שלילית. קיימים סוגים שונים של פעולות הנעשות על ידי הרשות, ובנוגע למקצתן – פעולות שלטוניות מובהקות, כגון רישוי, מיסוי, מתן היתרים, אכיפת חוק, הסדרת פעולות כלכליות – קשה למצוא פעולה מקבילה הנעשית על ידי גורמים פרטיים באופן שניתן להשוות את מעמד הרשות למעמד מן ההיבט הנזיקי. קיימות גם פעולות שלטוניות שיש להן מקבילה במשפט הפרטי, כגון אספקת שירותי חינוך, רפואה ורווחה, היכולים להינתן גם על ידי גורמים פרטיים (דבר שאינו גורע מאופיין כפעולות שלטוניות), ובהן החלת עקרון השוואת המעמד מתאימה יותר. כמובן קיימות גם פעולות הנעשות על ידי הרשות, שהן בעלות אופי פרטי לחלוטין, כגון בעלות על נכסים והחזקתם, ולגביהן אין חולק על תחולתו של עיקרון זה.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> סעיף 3 לחוק הנזיקים האזרחיים, בנוסחו לפני התיקון, קבע כדלקמן: "אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, או בתום לב תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית; אולם אחראית היא על רשלנות שבמעשה". סעיף 4 לחוק הנזיקים האזרחיים קבע: "אין המדינה אחראית בנזיקים על הוצאת שם רע".

<sup>16</sup> בס' 3 לחוק הנזיקים האזרחיים נאמר "רשלנות שבמעשה", כלומר לכאורה הוא אינו חל כלפי כל עוולה, אם נטען שהמעשה נעשה תוך התרשלות. לעומת זאת, בס' 6 לפקודת הנזיקין נאמר שהסייג הקבוע בו אינו חל על עוולת הרשלנות, כלומר, הוא לכאורה רחב יותר. להתייחסות להבדל מבלי להכריע בו ראו: ע"א 404/80 בני עטרות נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 30 (1984).

<sup>17</sup> הסעיף נדון בפסק הדין בעניין בני עטרות, שם, ובו קבע בית המשפט העליון כי ה"הרשאה החוקית" שבה עוסק הסעיף היא הרשאה מהותית ולא טכנית. דהיינו, לא די בכך שהמחוקק הסמיך את הרשות לבצע פעולה מסוימת, אלא צריך שמעשה זה יעמוד באמות המידה של המשפט הציבורי. לביקורת על פסק הדין ראו גלעד "אחריות עובדי הציבור 1", לעיל ה"ש 6, בעמ' 381.

<sup>18</sup> ראו גם: ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לז(3) 757, 770 (1983): "הכול שווים בפני החוק, וגם הרשות השלטונית הפועלת על פי סמכות סטטוטורית חייבת לקחת בחשבון כי בפעולתה השלטונית הרשלנית תזיק לזולתה".

<sup>19</sup> להבחנה בין הסוגים השונים של הפעילות השלטונית ראו: גלעד "אחריות עובדי הציבור 1", לעיל ה"ש 6, בעמ' 341. גלעד סבור כי פעולה של רשות ציבורית היא שלטונית כאשר הרשות מפעילה, כשליח או כנאמן של הציבור, סמכויות וכוחות שהופקדו בידה לצורך הגשמת מטרותיה.

המשמעות היא כי דין אחריותן של רשויות הציבור בנזיקין בשל פעולות שלטוניות, בייחוד פעולות שלטוניות מובהקות, הוא דין מיוחד ושונה מדין הנזיקין הפרטי. הרשות הציבורית היא נאמן הציבור. "כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות".<sup>20</sup> נאמנות זו מטילה על הרשות חובות, מחד גיסא, אך מצדיקה גם זהירות בהתערבות בשיקול דעתה, לרבות בדיני הנזיקין, מאידך גיסא. שוני זה קיבל ביטוי בשיטת המשפט שלנו בהלכת לוי,<sup>21</sup> שם הוכר חריג "שיקול הדעת" המשמש בעת קביעת חובת הזהירות המושגית של הרשות בהיתבעה בנזיקין בעוולת הרשלנות בשל פעולות שלטוניות שבצידין שיקול דעת "חזק". כמו כן הוכרו שם סייגים לאחריות המדינה הקבועים, כאמור לעיל, בחוק הנזיקים האזרחיים.<sup>22</sup>

לשם השלמת התמונה יש להזכיר את סעיפים 25, 28 ו-61 לפקודת הנזיקין, אשר שללו אחריות שילוחית בעוולת התקיפה,<sup>23</sup> כליאת השווא<sup>24</sup> והנגישה.<sup>25</sup> סעיפים אלה סייגו למעשה את תחולתם של סעיפים 13 ו-14 לפקודה, וקבעו כי אין שולח או מעביד אחראי באחריות שילוחית לאחת העוולות, אלא אם כן הרשה או אשרר את המעשה במפורש.<sup>26</sup> המשמעות היא כי מי שהגיש תביעה באחת מן העוולות האלה,

<sup>20</sup> בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פ"ד כה (1) 325, 331 (1971).

<sup>21</sup> ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח (3) 45 (1994) (להלן: הלכת לוי).

<sup>22</sup> ההלכה שנקבעה בהלכת לוי, שם, היא כי בית המשפט האזרחי ועוולת הרשלנות אינם מתאימים, מוסדית, לבקר שיקול דעת שלטוני מהסוג הרחב או "החזק". הכוונה היא לשיקול דעת המופעל על בסיס שיקולי מדיניות רחבים, והרשות בוחרת בין כמה דרכי פעולה או החלטות אלטרנטיביות, במקום שאין קריטריונים ספציפיים המורים לה כיצד עליה להחליט, והחלטתה כרוכה בהכרעה בין שיקולים חברתיים, פוליטיים וכלכליים מתחרים.

<sup>23</sup> ס' 23 לפקודת הנזיקין.

<sup>24</sup> ס' 26 לפקודת הנזיקין.

<sup>25</sup> ס' 60 לפקודת הנזיקין.

<sup>26</sup> וזו לשון הסעיפים:

"25. אחריות לזולת

על אף האמור בפקודה זו, לא יהיה שולח או מעביד אחראי לתקיפה שתקף שלוחו או עובדו, אלא אם במפורש התיר את התקיפה או אשרר אותה".

"28. אחריות לזולת

על אף האמור בפקודה זו, לא יהיה מרשה או מעביד אחראי לכליאת שוא שביצע מורשהו או עובדו, אלא אם במפורש התיר את הכליאה או אישרר אותה".

"61. סייג לתובענה על נגישה

על אף האמור בפקודה זו לא יהיה שולח או מעביד אחראי לנגישה שהתחיל בה שלוחו או עובדו, אלא אם במפורש הרשה או אישרר אותה".

לא יכול היה לתבוע גם את המעביד או השולח בגין אחריותו השילוחית, כלומר היה מנוע מלתבוע את "הכיס העמוק", אלא אם כן עלה בידו להוכיח מתן רשות למעשה או רשות בדיעבד, דבר שהקטין את סיכוייו להיפרע ממלוא נזקו, אם זכה בתביעה. סייגים אלה לאחריית השילוחית עמדו לא רק לזכות המדינה או רשויות ציבוריות אחרות, אלא גם לזכותם של מעסיקים פרטיים.

## 2. אחריות עובד הציבור בנזיקין לפני התיקון

עד לכניסת התיקון לתוקף הוסדרה אחריות עובד הציבור בנזיקין בסעיף 7(א) לפקודת הנזיקין (שהוחלף במסגרת התיקון), שהטיל על עובד הציבור אחריות לעוולה באופן אישי. עובד הציבור נהנה מהגנה – בכל תובענה שאינה על רשלנות – אם המעשה שבגיניו נתבע נעשה בתחום סמכותו כדין.<sup>27</sup> כלומר, נקודת המוצא הייתה שהיותו של אדם עובד ציבור אינה פוטרת אותו מאחריות אישית בנזיקין.<sup>28</sup> יצוין כי האחריות האישית של עובד הציבור הקימה לרשות אחריות שילוחית בנזיקין, כאשר עשה עוולה תוך כדי עבודתו ולמען מטרות המעביד. אחריות ישירה של הרשות בשל מעשה של עובד שלה קמה רק כאשר העובד גורם הנזק הוא אורגן של הרשות, או כאשר החובה שהופרה מוטלת במישרין על הרשות. עובד נחשב לאורגן, רק אם הוא בעל תפקיד בכיר ברשות.<sup>29</sup> החסינות הוחלה על כל התנהגות בלתי סבירה בכל עוולה,<sup>30</sup> ולא רק בעוולת הרשלנות.<sup>31</sup> נוסף על סעיף זה, חל בעניינו של עובד הציבור גם סעיף 6 לפקודה, הקובע הגנה כללית (שעומדת לעובד הציבור כמו גם לנתבעים אחרים).

ניתן לראות כי שני הסעיפים, כמו גם סעיף 3 לחוק הנזיקים האזרחיים הנזכר לעיל, מסייגים את ההגנה המוענקת מכוחם בנוגע לתובענה על רשלנות.<sup>32</sup> הסיבה היא

<sup>27</sup> להלן לשון הסעיף: "עובד ציבור אחראי לכל עוולה שעשה, ואם ייתבע לדין על כך, ייתבע אישית; אולם, בלי לגרוע מכוחן של הוראות סעיפים 6 ו-8 תהא לעובד הגנה בכל תובענה שאינה על רשלנות, אם המעשה היה בתחום סמכותו כדין".

<sup>28</sup> גלעד "אחריות עובדי הציבור 1", לעיל ה"ש 6, בעמ' 359.

<sup>29</sup> גלעד "אחריות עובדי הציבור 2", לעיל ה"ש 6, בעמ' 88.

<sup>30</sup> בפסק דין אחד הובעה הדעה, כי הוראת הסעיף יוצרת מחסום מהותי מפני הגשת תביעה, דהיינו סייג לאחריית, ולא מחסום דיוני, כלומר חסינות (ע"א 437/65 מאורר נ' מועצה אזורית גליל עליון, פ"ד (3) 645 (1966), פסק דינו של השופט ויתקון). עמדת הספרות המקצועית הייתה כי מדובר בחסינות (דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 8, עמ' 399–400).

<sup>31</sup> שם, בעמ' 376. נוסח הסעיף לפני תיקון קבע כדלקמן: "בתובענה שהוגשה על עוולה, חוץ מרשלנות, תהא הגנה שהמעשה או המחדל שמתלוננים עליו היה לפי הוראת חיקוק ובהתאם להן".

<sup>32</sup> ואין פלא בכך, משום שהמחוקק בשנת 1952 נטל את ההוראה שהייתה קבועה ביחס לעובדי הציבור והחיל אותה על המדינה עצמה. ראו: גלעד "אחריות עובדי הציבור 1", לעיל ה"ש 6,



שהכרה בכך שהעובד מפעיל את שיקול דעתו בהתאם לסמכות כדין או לקבוע על פי חיקוק, אין משמעה מתן הרשאה לפעול בחוסר סבירות, דהיינו ברשלנות. כך קבע בית המשפט העליון עוד בעניין **קופר**:<sup>33</sup> "החובה המוטלת לקיים 'הוראות חיקוק' ככתבן וכלשונו ולפעול על-פי 'הרשאה חוקית' באמונה, מותנית ומסויגת בכך שלא תנהג ברשלנות – כלומר, שלא תפר חובת הזהירות המוטלת עליך תמיד כאדם סביר ונבון. גם עובד הציבור הממלא תפקידו על-פי החוק, נשאר תמיד – וחייב להישאר תמיד – אדם סביר ונבון, וגם במילוי תפקידו הציבורי כחוק אסור לו לעשות מעשה אשר אדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות" (ההדגשות שלנו – ת.ק. ומ.ב.).<sup>34</sup>

אם כן, טרם התיקון, המצב המשפטי היה כדלקמן: ככלל, המדינה הייתה אחראית בנזיקין, למעט הסייגים הקבועים בחוק הנזיקים האזרחיים, שמקצתם הוזכרו לעיל.<sup>35</sup> גם עובד הציבור נשא באחריות בנזיקין באופן אישי. הסייג הקבוע בסעיף 3 לחוק הנזיקים האזרחיים לא חל עליו, אך עמדה לו ההגנה שבסעיף 7 לפקודה, אם נתבע בשל מעשה שעשה במסגרת תפקידו – למעט בשל רשלנות.

כיצד ראתה הפסיקה את הגנת עובד הציבור, שהייתה קבועה בסעיף 7(א) לפקודה? בבג"ץ **בינוי ופיתוח**,<sup>36</sup> שניתן בשנות ה-70, קבע בית המשפט העליון, כי "זוהי הגנה מרחיקת לכת, ואין פלא שלא מצינו תובענות רבות ממין זה בארץ נגד עובדי ציבור".<sup>37</sup> אמירה זו ביטאה תפיסה שלפיה ההגנה על עובדי הציבור היא הגנה רחבה, למעט סייג צר בתובענה בשל רשלנות, ושיקפה גישה שצמצמה את אחריות המדינה ועובדיה בנזיקין. תפיסה זו השתנתה עם שינוי הגישה בנוגע לאחריות המדינה ועובדיה בנזיקין בפסיקת בית המשפט העליון.<sup>38</sup> בפועל, התרוקנה ההגנה שבסעיף 7 לפקודה מתוכן, בשל השימוש בעוולת הרשלנות, שלגביה היא אינה חלה. כך אירע גם לסייג לאחריות המדינה הקבוע בסעיף 3 לחוק הנזיקים האזרחיים. צמצום ההגנות למצבים של אחריות חמורה ומוחלטת והשימוש בעוולת הרשלנות, אפשר לתובעים גם לעקוף את הסייגים לאחריות השלוחית בשל עוולות התקיפה, כליאת השווא והנגישה כמפורט לעיל. הדבר התאפשר בשל הרחבת אחריותן של המדינה ושל רשויות הציבור בפסיקת בית המשפט העליון בעשורים האחרונים.<sup>39</sup> התוצאה הייתה הגשת תביעות רבות נגד המדינה ונגד עובדי הציבור באופן אישי.

בעמ' 375.

33 ע"א 603/73 **קופר נ' עמר**, פ"ד כט(2) 244 (1975).

34 ש.ס. בפס' 5 לפסק הדין.

35 פרק א.1 למאמר זה.

36 בג"ץ 101/74 **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' משרד הביטחון**, פ"ד כח(2) 449 (1974).

37 ש.ס. בעמ' 455.

38 גלעד "אחריות עובדי הציבור 1", לעיל ה"ש 6, בעמ' 382–401.

39 ראו: ישראל גלעד "דיני הנזיקין בפסיקתו של אהרן ברק" **ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 487 (2009).

עובדי הציבור נחשפו לגל של תביעות אישיות ולאיומים בתביעות אישיות. לנוכח המצב הבעייתי שנוצר סבר משרד המשפטים כי לא ניתן להמתין בסוגיה זו עד לחקיקת הקודקס האזרחי, ולפיכך הוחלט על הפרדת סוגיה זו מן הקודקס ועל חקיקתה כתיקון לפקודת הנזיקין הקיימת בחוק נפרד.

### ג. ההצדקה למתן חסינות אישית מפני אחריות בנזיקין לעובד הציבור

ההצדקה העיקרית למתן חסינות לעובד הציבור מפני הטלת אחריות אישית בנזיקין היא הרצון להגן על שיקול דעתו של עובד הציבור הממלא תפקיד שלטוני, כדי שיוכל להמשיך ולבצע את תפקידו זה למען הציבור בלי להיות מוטריד מאיום בתביעות נזיקין נגדו, דבר העלול להשפיע על שיקול דעתו בקבלת ההחלטות ובביצוע התפקיד. עובד הציבור הוא נאמן הציבור. אין לו משל עצמו ולא כלום ועליו להפעיל את סמכויותיו למען הציבור.<sup>40</sup> הגשת תביעות נזיקין בשל רשלנות מערערת את שיקול הדעת של עובד הציבור ומכניסה למערכת השיקולים שעליו לשקול שיקול זר – החשש לעוררו אם יקבל את ההחלטה ה"לא נכונה".<sup>41</sup> נימוק נוסף התומך במתן החסינות הוא החשש מפני הרתעת יתר, שתוביל לקיפאון בפעילות הרשות. החשש הוא שהאיום באחריות בנזיקין יפגע במוטיבציה של עובדי הציבור, יהפוך אותם להססנים ונטולי יזמה, אשר ישקיעו את מרצם לא בהגשמת המטרות שלשמן מונו לתפקידם, תוך נטילת יזמה ואחריות, אלא לנקיטת אמצעי התגוננות נגד איום האחריות הרובץ בפתח והבטחת כיסוי לכל פעולה הננקטת על ידם.<sup>42</sup> התוצאה עלולה להיות שיבוש פעולת המנהל הציבורי.<sup>43</sup>

שיקול נוסף הוא, שהרשות היא הצד הנכון והמתאים בתביעות נזיקין, משום שעובדי הציבור פועלים במסגרת התפקיד ולמען מטרות הרשות (כמעביד). מהיבט ההגינות, קשה להצדיק הטלת אחריות בפועל על עובד הפועל בתום לב במהלך עבודתו למען קידום מטרות המעביד. ההגינות מחייבת שהמעביד, העומד מאחורי הסיכונים שיוצרת עבודת העובד ואף נהנה ממנה, הוא שיהיה חשוף לתביעה על ידי מי שנפגע הימנה.<sup>44</sup> דברים אלה, היפים בנוגע לכל עובד, יפים שבעתיים בנוגע לעובדי הרשויות הציבוריות. יש לזכור כי עובדי הציבור, בייחוד אלה הממלאים תפקידים שלטוניים, חשופים ליותר תביעות מאשר עובדים רגילים רק בשל היותם עובדי ציבור; מי שנמצאים בחזית הביורוקרטיה מול האזרח וחשופים יותר לחוסר

<sup>40</sup> בג"ץ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73 (1987).

<sup>41</sup> הדבר מוביל גם לעיוות שיקול דעתה של הרשות. ראו: הלכת לוי, לעיל ה"ש 21, פס' 25. כן ראו: גלעד "אחריות עובדי הציבור 1", לעיל ה"ש 6, בעמ' 353.

<sup>42</sup> שם, בעמ' 351. כן ראו דברי ההסבר להצעת החוק.

<sup>43</sup> שם, בעמ' 352.

<sup>44</sup> גלעד "אחריות עובדי הציבור 2", לעיל ה"ש 6, בעמ' 94.

שביעות רצונו של האזרח מן השירות שניתן לו ומתוכן ההחלטות בעניינו.<sup>45</sup> קיים גם נימוק מעשי: הרשות היא בעלת המשאבים הכספיים והיכולת לפזר את הנזק, ומטבע הדברים הניזוק רואה בה את הכתובת הטבעית לתביעה ולתשלום. משהובטח פיצויו של הניזוק על ידי הרשות, מה בצע באחריותו הנוספת של העובד? הניזוק אינו מרוויח מכך מאומה, משום שממילא ברגיל, לא עובד הרשות נושא בתשלום, אלא הרשות עצמה, מכוח אחריותה השילוחית למעשה העובד.<sup>46</sup>

השיקולים נגד מתן חסינות מתמצים בעיקרם בחשש כי הסרת האיום שבאחריות בנזיקין מעל העובד תביא לזלזול ולביצוע רשלני של התפקיד על ידי העובד. התשובה לכך היא, כי הכרה בחסינות – להבדיל מסייג לאחריות – משמעה, כי עובד הציבור חסין ולא ניתן לתבוע אותו, אולם הניזוק עדיין יכול להגיש תביעה נגד הרשות הציבורית המעסיקה את העובד. מאחר שגם במקרה כזה מעשהו של העובד יעמוד במרכזו של ההליך, די בכך כדי ליצור הרתעה ראויה כלפיו. זוהי בעצם תכליתו של ההליך שנקבע להכרה בחסינות: להוציא את העובד מן התמונה ולהכניס את הרשות הציבורית, המעסיקה אותו, כנתבעת במקומו. הרשות היא הכיס העמוק, והעובד פעל באירוע נושא התביעה מטעמה ולמטרותיה, ולכן היא הצד הנכון והמתאים כנתבעת בתובענה, ולא העובד. זאת ועוד: הסרת האחריות בנזיקין, אין משמעה הסרת כל אחריות משפטית. אם יש במעשהו של העובד משום עברה פלילית או משמעתית, הוא עודנו חשוף לתביעה פלילית ולדין משמעתי, כך שהחשש שלו מסנקציה אם לא ימלא את תפקידו כראוי נשמר. בנוסף, כאמור בסעיף 17 לפקודה, שהוסף אף הוא במסגרת התיקון, במקרה שבו העובד סטה סטייה חמורה מנורמת ההתנהגות הראויה של עובד הציבור (להבדיל מהתרשלות "סתם"), זכאית הרשות לחזור אליו, כפי שיפורט בהמשך. כלומר, ההסדר משמר את האינטרס המערכתי והמוסדי לעצב נהלים, מנגנונים, דרכי פעולה ואמצעי פיקוח ובקרה, שיקטינו את העלות הצפויה של אחריות בנזיקין, ובכך משמר מידה לא מבוטלת של הרתעה מצד המדינה כלפי העובד.<sup>47</sup>

## ד. עקרונות ההסדר הקבוע בתיקון מס' 10

תיקון מס' 10 שינה כמה שינויים מהותיים בפקודת הנזיקין. סעיף 7 הוחלף בסעיפים 7–17, הקובעים את יסודות החסינות ואת ההליך להכרה בחסינות עובד הציבור (תוך יצירת הליכים שונים לעובד המדינה ולעובד רשות ציבורית אחרת, שאינה המדינה,

<sup>45</sup> עוד על ההצדקה להבחין בין עובדי הציבור לעובדים רגילים בעניין החסינות מפני תביעות נזיקין ראו שם.

<sup>46</sup> שם, בעמ' 93.

<sup>47</sup> שם.

כמפורט בהמשך). סעיף 6 תוקן והורחב; סעיפים 25, 28 ו-61, שעניינם היה כאמור בקביעת סייגים לאחריות השילוחית בעולת התקיפה, הנגישה וכליאת השווא, בוטלו; וסעיף 92, שהפנה לדינים שנמנו בתוספת שלפיהם לא ינהגו אם הם סותרים את הקבוע בפקודה, הוחלף בסעיף המסמיך את שר המשפטים באישור ועדת החוקה לשנות בצו את התוספת, המונה את רשימת התאגידים הסטוטוריים שניתן יהיה להחיל על עובדיהם את החסינות.<sup>48</sup> במסגרת התיקון תוקן גם חוק הנזיקים האזרחיים: תוקן סעיף 3 לחוק זה (באופן שיפורט בהמשך) ובוטל סעיף 4, שקבע סייג לאחריות המדינה בעולת לשון הרע.

בעקבות התיקון ולשם יישומו הותקנו תקנות הנזיקין, המסדירות עניינים דינאיים שונים הנוגעים, בין השאר, לדיון בבית המשפט בבקשות השונות הנוגעות לחסינות (בקשת תובע לקבוע שאין מתקיימים תנאי החסינות של עובד המדינה, לפי סעיף 27ב(ג); בקשת עובד המדינה לקבוע שמתקיימים תנאי החסינות, לפי סעיף 27ב(ד); ובקשת רשות ציבורית לקבוע שמתקיימים תנאי החסינות ביחס לעובד, לפי סעיף 27ג).

## 1. יסודות החסינות – סעיף 7א לפקודת הנזיקין

ההסדר המהותי בעניין חסינות עובד הציבור קבוע בסעיף 7א(א) החדש לפקודה, הקובע:

"(א) 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."

בסעיף קטן זה גלומים עקרונות היסוד של חסינות עובד הציבור. היסוד הראשון הוא, כי מדובר במחסום דינאי ולא מהותי. מן הלשון "לא תוגש תובענה" אנו למדים שמדובר בחסינות ולא בסייג לאחריות,<sup>49</sup> ולפיכך, אף שהעובד חסין מפני התביעה, ניתן לתבוע תחתיו בנזיקין את המדינה או את הרשות הציבורית. העובד הוא הנהנה מן החסינות, אך לא מעבידתו. משמעות הדבר היא שמירה על זכותו של התובע לקבל

<sup>48</sup> התאגידים המנויים בתוספת הם: 1. בנק ישראל; 2. המוסד לביטוח לאומי; 3. שירות התעסוקה; 4. הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים; 5. הרשות לפיקוח חקלאי; 6. רשות ניירות ערך; 7. רשות העתיקות; 8. הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו; 9. רשות שדות התעופה, לעניין תפקידיה לפי חוק הטיס (ביטחון בתעופה האזרחית), התשל"ז-1977, וחוק להסדרת הביטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח-1998.

<sup>49</sup> להבחנה ביניהם ראו לעיל, בה"ש 12.

את הסעד המגיע לו באמצעות השארת הרשות כצד לתביעה או צירופה, במקום שבו לא נתבעה, כך שניתן להמשיך ולנהל את התובענה נגדה. אם תימצא הרשות אחראית בנוזיקין, ניתן יהיה לחייבה בפיצוי התובע.<sup>50</sup> בהקשר זה לא למותר להזכיר מה שעשוי להיות מובן מאליו, כי מדובר בחסינות מפני תביעות נזיקין, ואין מקום להשתמש בחסינות כאשר עילת התביעה נגד עובד הציבור היא אחרת, כגון עילה חוזית (אם כי במקרה כזה, ספק אם יש עילת תביעה אישית נגד עובד הציבור).<sup>51</sup> כאשר עובד הציבור נתבע אישית בגין עילות שונות, ובהן עילה בנוזיקין, הסדר החסינות יחול רק בנוגע לעילה זו.

היסוד השני הוא כי החסינות חלה על כל תובענה שמוגשת נגד עובד ציבור בשל מילוי תפקידו השלטוני, בשל כל עוולה, לרבות אם נתבע בשל מעשה רשלני ("מעשה" מוגדר בסעיף 7 לפקודה "מעשה – לרבות מחדל"). זהו השוני העיקרי לעומת הדין שקדם לתיקון, שכזכור קבע כי העובדה שעובד הציבור פעל במסגרת מילוי תפקידו כדין אינה הגנה בפני תובענה בשל רשלנות. סעיף 7א(א) לפקודה מורה, כי אם נעשתה העוולה במסגרת מילוי תפקידו השלטוני של עובד הציבור, לא ניתן יהיה להגיש נגדו תובענה. השמטת הסייג בעניין הרשלנות מלמדת (כפי שעולה גם מתכליתו של התיקון), כי התיקון חל גם על תובענה שהוגשה בעילה של רשלנות. במידה רבה, זו מטרתה העיקרית של התיקון: למנוע הגשת תביעות נזיקין בעוולת הרשלנות נגד עובדי הציבור, בהיותה העוולה העיקרית שבה נעשה שימוש בתביעות הנוזיקין. החסינות חלה, בין שמדובר בתביעת סרק, והעובד לא עשה דבר מן הנטען נגדו ואף לא היה לו כל קשר לאירוע,<sup>52</sup> בין שהעובד עשה את המעשה הנטען נגדו בכתב התביעה, אך לדעת המדינה לא התרשל, ובין שקיימת תשתית ברורה לכך שהעובד התרשל.

**היסוד השלישי הוא יסוד "שלילי": החסינות לא תחול מקום שבו המעשה נעשה בזדון, כלומר ככוונה לגרום נזק, או תוך שוויון נפש (דהיינו אדישות או חוסר אכפתיות) לתוצאות המעשה. עובד ציבור אשר עשה עוולה (לרבות רשלנות) מתוך**

<sup>50</sup> בעניין זה ראו: בש"א (שלום חי) 11502/06 המטה למען ארץ ישראל נ' אהרונוב, דינים שלום 181188/07 מועדים נ' לוי, תק-של 108 (1) 12661 (2008), שעסק בתביעה נגד רשות מקומית וסגנית מהנדס העיר, נתפס בית המשפט לכלל טעות בעניין זה. באותו מקרה, העיר בית המשפט כי "אי לזאת, העירייה ולוין גם יחד נהנות מחסינות". כאמור לעיל, קביעה זו היא מוטעית, בכל הכבוד, שכן החסינות אינה חלה על הרשות, אלא על העובד בלבד. ראו לעומת זאת את דבריו של בית משפט השלום בבאר שבע, בבש"א (שלום ב"ש) 1274/07 המוסד לביטוח לאומי נ' בר, תק-של 107 (1) 29579 (2007) (להלן: עניין תמי בר), שלפיהם אין בחסינות העובדים כדי לגרוע מאחריות המוסד לביטוח לאומי, שתתברר בהליך העיקרי.

<sup>51</sup> לשימוש מוטעה בחסינות עובד הציבור מקום שבו עילת התביעה היא חוזית ראו: ת"ק (ב"ש) 2084/05 גבאי נ' מועצה מקומית ירוחם, תק-של 307 (3) 13529 (2007).

<sup>52</sup> ראו הדין בשאלה זו להלן, בפרק ה.1.

כוונה לפגוע בניזוק-התובע (בין באופן אישי ובין משום שהוא משתייך לקבוצה מסוימת באוכלוסייה, כגון ממניעים גזעניים) או מתוך שוויון נפש כלפי האפשרות שעקב מעשהו העוולתי ייגרם נזק לתובע, אינו זכאי לחסינות. כלומר הסייג לחסינות טמון ביסוד הנפשי. ייתכנו שני עובדי ציבור שעשו אותו מעשה, שניהם התרשלו באותו אופן, אך אחד מהם פעל מתוך זלזול וחוסר אכפתיות. העובד הראשון יהא זכאי לחסינות, אך לא השני, וניתן יהיה להגיש את התובענה הן נגדו והן נגד הרשות, ואם תוטל אחריות, היא תוטל על שניהם, בהתאם לכללים הרגילים בדיני הנזיקין.<sup>53</sup>

את ההוראות המהותיות של הסדר החסינות משלימות הוראות סעיפים קטנים (ב) ו-(ג). סעיף 7א(ב) מבהיר כי האחריות השילוחית של הרשות אינה נפגעת מן החסינות.<sup>54</sup> סעיף 7א(ג) מבהיר כי זכאי לחסינות מי שהיה עובד הציבור בעת עשיית המעשה נושא התובענה, גם אם בינתיים פרש מן השירות הציבורי.<sup>55</sup> זאת, מאחר שחשיפת עובד הציבור שפרש לאחריות בנזיקין בשל מעשים שעשה בעת עבודתו, לעתים שנים רבות לפני כן, עלולה להרתיע את עובדי הציבור שבשירות לא פחות ואולי אף יותר מחשיפתם לתביעה במהלך השירות, שכן בעוזבם את השירות הם כבר אינם חלק מהמערכת, על כל הכרוך בכך.

## 2. חסינות לעובד הציבור הממלא "תפקיד שלטוני" בלבד

חסינות עובד הציבור אינה עומדת לכל עובד ציבור באשר הוא, אלא רק לעובד ציבור הממלא "תפקיד שלטוני".<sup>56</sup> מונח זה מוגדר בסעיף 7 לפקודה (שהפך להיות סעיף ההגדרות) כ"תפקיד ציבורי על פי דין" – מונח המופיע בסעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה. מבחן זה מגדיר תפקיד שלטוני ככזה שניתן לעתור בשל אופן ביצועו לבית המשפט המנהלי. הכוונה היא בראש ובראשונה לתפקידים המסורים לעובדי הרשויות כשלטון, תפקידים שברגיל אין להם מקבילה במגזר הפרטי.<sup>57</sup> באשר לתפקידים שלטוניים שיש להם מקבילה במשפט הפרטי, כגון הוראה או מתן שירותי רפואה, הרי אין לראות בהם "תפקיד שלטוני" לצורך החסינות, כמפורט בהמשך.<sup>58</sup> ההגדרה חלה

<sup>53</sup> ראו גם גלעד "אחריות עובדי הציבור 2", לעיל ה"ש 6, בעמ' 98.

<sup>54</sup> לשון ס' 7א(ב): "אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לגרוע מאחריותה של המדינה או של רשות ציבורית לפי סעיפים 13 ו-14 ולפי כל דין".

<sup>55</sup> לשון ס' 7א(ג): "החסינות לפי סעיף זה תחול גם על מי שהיה עובד ציבור בעת ביצוע המעשה נשוא התובענה".

<sup>56</sup> הצעת החוק לא עשתה הבחנה זו, וכך גם הציע פרופ' גלעד (גלעד "אחריות עובדי הציבור 2", לעיל ה"ש 6, בעמ' 95). גישה זו לא התקבלה בכנסת.

<sup>57</sup> ראו לעיל, בפרק ב.1 למאמר זה.

<sup>58</sup> ההנחה היא, כי אין הבדל, מבחינת שיקול הדעת, בין מורה המועסק על ידי משרד החינוך למורה המועסק על ידי בית ספר פרטי, בכל הנוגע לשיקול הדעת של ביצוע תפקידו. כך גם לגבי רופא:

על ממלאי תפקידים שלטוניים מובהקים, כגון שרים,<sup>59</sup> מנכ"ל משרדי ממשלה וראשי אגפים או מי שעומדים בראש תאגידים סטוטוריים המנויים בתוספת לפקודה, כגון נגיד בנק ישראל או יו"ר רשות ניירות ערך, הרמטכ"ל, היועץ המשפטי לממשלה, תובעים פלייזים, שוטרים, החשב הכללי ואחרים. כלומר, היא חלה על כל תפקיד שלטוני, בין שמדובר בהפעלת סמכות של קביעת מדיניות או פיקוח ובין שמדובר בביצוע, ובלבד שכרוכה בו הפעלה של שיקול דעת. היא חלה גם על היועצים המשפטיים של משרדי הממשלה ועל פרקליטים, הפועלים כזרועותיו הארוכות של היועץ המשפטי לממשלה, שעל תפקידו השלטוני בוודאי אין חולק.<sup>60</sup>

מנגד, מהגדרה זו עולה כי למשל רופא העובד בבית חולים ממשלתי ומעניק טיפול רפואי לחולים אינו זכאי לחסינות. מסיבה זו, בצדק, דחה בית המשפט המחוזי בירושלים בעניין **עזובן בראא**<sup>61</sup> את הטענה כי מנהל מחלקת ילדים ופגייה בבית חולים ממשלתי שנתבע בגין רשלנות רפואית עקב החלטתו לכלול תינוק במסגרת ניסויית באופן שגרם לפטירתו, זכאי לחסינות עובד ציבור.<sup>62</sup> לעומת זאת, פתולוג, העובד במכון לרפואה משפטית המבצע נתיחות לאחר המוות בהתאם לחוק האנטומיה והפתולוגיה כדי להעריך אם המוות נקבע בעברה, ממלא תפקיד שלטוני.<sup>63</sup>

השיקולים ששוקל רופא המועסק בבית חולים ממשלתי בבואו ליתן טיפול רפואי אינם שונים משל רופא המועסק על ידי קופת חולים.

<sup>59</sup> אך לא חברי כנסת, הזכאים לחסינות מכוח חוק נפרד (חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א–1951).

<sup>60</sup> לשופטים עומדת חסינות מכוח סעיף אחר, הוא סעיף 8 לפקודת הנוזיקין, הקובע כדלקמן: "רשות שופטת: 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".

<sup>61</sup> ת"א (מחוזי י"ם) 2537/08 **עזובן בראא נ' קושניר**, תק-מח 1310 (1) 2010.

<sup>62</sup> שם, בפס' 9 לפסק הדין: "**החלת הוראת החסינות על רופא המועסק בבית חולים ממשלתי הינה מלאכותית עד מאוד, ואינה משרתת את התכלית המובהקת לשמה נקבעה הוראת החסינות. ככלל, רופא המועסק בבית חולים ממשלתי אינו מפעיל סמכויות שלטוניות. תביעת נוזיקין בגין רשלנות רפואית המוגשת נגדו, דבר אין לה עם סמכויות כאלה. ההחלטה לכלול את כנם התינוק של תובעים 2 ו-3 בניסוי הקליני נשוא התביעה, אינה יונקת מסמכויות שלטוניות, אלא היא תולדה של שיקול דעת רפואי. ההבדל היחיד בין נתבע 1 לבין רופא בבית חולים פרטי מתבטא בזהות משלם משכורתו. הבדל זה אינו יכול להצמיח טעם ענייני להחלת הוראת החסינות על רופא שמשכורתו משולמת על ידי המדינה, להבדיל מרופא אחר. בשני המקרים המדובר בפעולה זרה, הנובעת מהיותם רופאים. היותו של האחד גם עובד מדינה בדרך מקרה, אינה מעלה ואינה מורידה" (ההדגשות שלנו – ת.ק. ומ.ב.). אף שמדובר כאמור בהחלטה נכונה לגופה, חשוב לציין כי טענת הרופא נטענה באותו מקרה מתוך טעות ובחוסר סמכות – בלי שהוגשה הורעת הכרה בחסינות בתיק, ללא אישורו וללא ידיעתו של הגורם המוסמך מטעם היועץ המשפטי לממשלה להכיר בחסינות, ובניגוד למדיניותו בעניין פרשנות התנאי של "תפקיד שלטוני".**

<sup>63</sup> חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג–1953, ס"ח 134. כן ראו ההחלטות בעניין **מורד וברדיצ'אנסקי**, להלן ה"ש 101.

רופאים, או עובדי ציבור אחרים הממלאים תפקידים שלא כרוך בהם שיקול דעת שלטוני (אם כי ייתכן מאוד שכרוך בהם שיקול דעת מקצועי אחר), אינם זכאים לחסינות. מטרת התיקון אינה לתת חסינות לעובד הציבור משום שהוא עובד ציבור; מטרתו היא להגן על שיקול דעת שלטוני, כדי להגן על הציבור שבשמו ולמענו פועל העובד. רופאים, גם בבתי חולים ציבוריים, אינם מפעילים שיקול דעת שלטוני, ולכן לא יזכו לחסינות, אף על פי שהם עובדי מדינה. הדבר נכון גם לגבי מורים ומנהלי בתי ספר. בנוסף, למורים, למנהלי בתי ספר ולרופאים יש מקבילה גם בשוק הפרטי, ואין כל הבדל בין שיקול הדעת החינוכי-פדגוגי שמפעיל מורה שעובד בבית ספר פרטי לזה שמפעיל מורה שעובד בבית ספר ממשלתי, או בין שיקול הדעת המקצועי שמפעיל רופא בחדר המיון או בחדר הניתוח בבית חולים רמב"ם, שהוא בית חולים ממשלתי, לזה המופעל על ידי רופא בבית החולים כרמל, שהוא בית חולים של קופת חולים.<sup>64</sup> לעומת זאת, עובדי מדינה הנתבעים בגין הפעלת סמכות פיקוח רשלנית על מורים ומנהלי בתי ספר או על בתי חולים חסינים משום שהם מפעילים שיקול דעת שלטוני.

החסינות אינה חלה רק על עובדים בכירים בשירות המדינה: היא חלה גם על שוטרים, על סוהרים, על חיילים ועל קצינים, על מפקחים, על פקחים ועל פקידים במשרדי הממשלה וברשויות הציבוריות המנויות בתוספת, זוטרים ובכירים כאחד – כאמור, גם אם סמכותם היא סמכות ביצועית – ובלבד שתפקידם כרוך בהפעלת שיקול דעת שלטוני. כך, למשל, סמכות המעצר היא סמכות שלטונית מובהקת, והשוטר בשטח שמחליט לעצור אדם מפעיל שיקול דעת שלטוני בהחלטתו זו, ולפיכך הוא זכאי לחסינות. עם זאת, עובדים זוטרים בשירות המדינה או ברשויות ציבוריות אחרות, המבצעים תפקידים פקידותיים ואחרים שלא כרוך בהם שיקול דעת כלל, ברגיל אינם זכאים לחסינות מאחר שלרוב אין מדובר בתפקיד שלטוני, על פי ההגדרה. עוד נציין, כי ייתכן שלמרות הזכאות העקרונית לחסינות של עובד ציבור מסוים, משום שתפקידו הוא תפקיד שלטוני, במקרה פרטני הוא לא יהיה זכאי לחסינות, משום שהמעשה המסוים נושא התובענה לא נעשה במסגרת תפקידו השלטוני. כך, למשל, מתן הערכה לעובד במסגרת הערכה שנתית אינה "תפקיד שלטוני", גם אם העובד הבכיר, נותן ההערכה, נושא במשרה שלטונית בכירה (לדוגמה הערכה שנתית שמעריך פרקליט מחוז או יועץ משפטי של משרד ממשלתי את עורכי הדין הכפופים לו). מתן הערכה לעובד היא עניין של יחסי עבודה, הקיים בכל מקום עבודה, ואין בו היבט שלטוני. שאלה אחרת שהתעוררה בהקשר זה היא, אם ראינות לתקשורת הם חלק מתפקידו השלטוני של עובד הציבור. שאלה זו

<sup>64</sup> להחלטה בנוגע לעובדי הוראה, בהקשר של חסינות עובדי רשות ציבורית שהיא רשות מקומית, הקובעת כי אין מדובר בתפקיד שלטוני, ראו: ת"א (שלום ת"א) 36001/07 עיריית גבעתיים נ' עיזבון זילכה, תק-של 7126 (1)08 (2008).



התעוררה במקרה אחד בעניינו של רמטכ"ל, ובמקרה אחר בעניינו של יו"ר רשות החשמל. בשני המקרים התקבלה עמדת המדינה, כי מסירת דין וחשבון לציבור על ביצוע התפקיד באמצעות מתן ראיונות לתקשורת היא חלק מתפקידו השלטוני של עובד הציבור.<sup>65</sup>

מהו "תפקיד שלטוני" בהקשר של רשויות מקומיות? ראשות העיר היא בוודאי תפקיד שלטוני, וכך גם מנהל אגף ברשות המקומית, מהנדס העיר, היועץ המשפטי,<sup>66</sup> מבקר הרשות, מנהל מחלקת רווחה,<sup>67</sup> מנהל מחלקת חנייה,<sup>68</sup> מנהל מחלקת מידע תכנוני<sup>69</sup> וכיוצא באלה תפקידים הכרוכים במתן היתרים, רישוי, סמכויות פיקוח, קביעת מסים עירוניים וגבייתם, וכדומה.<sup>70</sup> בנוגע לתאגידים שהוקמו בחוק, למשל, ברי כי סמכויות חקירה והעמדה לדין, כגון הסמכויות המסורות לרשות לניירות ערך, הן סמכויות שלטוניות, וכך גם החלטות הנוגעות לקצבאות לביטוח הלאומי.

<sup>65</sup> ת"א (שלום ת"א) 32231/06 אורן נ' יעלון, דינים שלום 10(73) 910 (2010) (להלן: עניין יעלון). (לא פורסם, 18.1.2007). בתיק זה הוגשה תביעת לשון הרע נגד מר יעלון על דברים שאמר לתקשורת בהיותו רמטכ"ל. בית המשפט דחה את טענת התובעים, שלא היה מקום להכיר בחסינות מאחר ותפקיד הרמטכ"ל הוא פיקוד על הצבא – ולא ראיונות לתקשורת – וקבע כי תפקידו השלטוני של הרמטכ"ל כולל גם מתן דין וחשבון לציבור במסגרת שיחות עם התקשורת; בש"א (שלום י"ם) 8237/06 אוחנה נ' אטוס, תק-של 08(4) 11861 (2008), (להלן: עניין אטוס). בעניין זה, נדונה תביעת לשון הרע שהוגשה נגד מי שכיהן כיו"ר רשות החשמל, הרשות המופקדת על הרגולציה בשוק החשמל, עקב דברים שאמר בראיון עיתונאי בעקבות הפסקת החשמל הגדולה שהייתה לפני כמה שנים. מדבריו בראיון השתמע כי הוא מייחס הפסקת חשמל זו למעשה מכוון של עובדי חברת החשמל במטרה למנוע שינויים ארגוניים בחברה. בית המשפט דחה את טענת התובעים, כי לא היה מקום להכיר בחסינות מהטעם שהתראיינות בתקשורת אינה חלק מתפקידו השלטוני של יו"ר רשות החשמל, בפרט שלא הוכח כי הוא קיבל אישור להתראיין בתקשורת בהתאם לתקשי"ר. בית המשפט קיבל את טענת המדינה כי סיווג הראיון בתקשורת באותו עניין כחלק מתפקידו השלטוני של הנתבע הוא סביר, וזאת אף אם לא הוסמך הנתבע פורמלית בהתאם לתקשי"ר, לקיים ראיונות עיתונאיים.

<sup>66</sup> עניין מועדים, לעיל ה"ש 50 (הכרה בחסינותה של סגנית מהנדס העיר); ת"א (מחוזי חי') 1029/06 עיריית חיפה נ' בידור נאה מפעלי בתי קולנוע בע"מ, דינים מחוזי 10(19) 1238 (2010) (יועץ משפטי של עירייה ממלא תפקיד שלטוני).

<sup>67</sup> ת"א (שלום חי') 4118/07 נקר נ' אוחנה, תק-של 08(1) 6260 (2008). בית המשפט קבע כי ניהול מחלקת הרווחה הוא תפקיד שלטוני.

<sup>68</sup> בת"ק (ת"א) 08-02-3816 נחום נ' רייך, תק-של 08(3) 4088 (2008) ובת"ק (הרצליה) 08-12-9311-12-08 שוסברגר נ' פריץ, תק-של 09(2) 15403 (2009) נקבע, כי ניהול מחלקת חניה הוא תפקיד שלטוני.

<sup>69</sup> ת"ק (פ"ת) 08-11-9137-11-08 לשם נ' עיריית פתח תקווה, תק-של 09(3) 26256 (2009).

<sup>70</sup> בש"א (שלום ת"א) 159398/08 מזון וכימיקלים בע"מ נ' עיריית תל אביב, תק-של 08(2) 201786 (2008) (ניהול אגף הארנונה בעירייה הוא תפקיד שלטוני).

### 3. "עובד הציבור" הזכאי לחסינות

#### 3.1 מהי "רשות ציבורית"

המונח "עובד הציבור" מוגדר בסעיף 7 לפקודה כ"עובד המדינה או עובד רשות ציבורית". רשות ציבורית היא "רשות מקומית, וכל תאגיד שהוקם בחוק המנוי בתוספת". מכאן ניתן ללמוד שני דברים: האחד לא כל עובדי התאגידים שהוקמו בחוק זכאים לחסינות, אלא רק עובדי תאגידים כאמור המנויים בתוספת; השני חברות ממשלתיות אינן "רשות ציבורית", ולכן עובדיהן, דוגמת עובדי חברת החשמל, מקורות, וכיוצא באלה אינם יכולים להיות זכאים לחסינות. עובדי רשויות שאינן תאגיד סטטוטורי, כגון עובדי רשות החשמל, הם עובדי המדינה.

בנוסף, קיימים דברי חקיקה שהוקמו בהם תאגידים שונים, ובהם הוראות חוק הקובעות כי לעניין דיני הנזיקין, דין עובדי אותם תאגידים הוא כדין עובדי המדינה. אנו סבורות, כי חרף סעיפי השוואת הדינים בדברי חקיקה אלה, תיקון מס' 10, ששינה את מצבם המשפטי של עובדי תאגידים המנויים בתוספת, אינו חל על עובדי תאגידים שאינם מנויים בתוספת, והם אינם זכאים אפוא לחסינות. זאת, משום שהתיקון הוא חוק מיוחד ומאוחר, שבו הביע המחוקק את רצונו להחיל את הסדר החסינות אך ורק על עובדי תאגידים המנויים בתוספת. הסיבה להבחנה בין התאגידים הסטטוטוריים השונים היא הרצון להעניק את החסינות רק לתאגידים הממלאים תפקידים שלטוניים, דוגמת הסדרה, אכיפה ופיקוח, אכיפת חוק וכדומה (דוגמת בנק ישראל, הרשות לניירות ערך, ושאר התאגידים הכלולים בתוספת), בדומה לעובדי המדינה ועובדי רשויות מקומיות, כפי שהוסבר לעיל. התוספת עשויה להשתנות ולהתעדכן מעת לעת.

#### 3.2 מיהו "עובד המדינה"

המונח "עובד המדינה" אינו מוגדר בהגדרה מהותית, אלא מוגדר על דרך הריבוי כ"לרבות אורגן של המדינה וכל אדם הממלא מטעם המדינה תפקיד ציבורי על פי חיקוק, לרבות המשרתים בצבא ההגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הביטחון האחרים של המדינה, ולמעט בעל חוזה כמשמעותו בסעיף 15" (ההדגשות שלנו – ת.ק. ומ.ב.). כלומר במונח זה נכללים כל עובדי המדינה מן המניין, וכן אותם גורמים הנזכרים בהגדרה, אשר אינם בהכרח "עובדים" כמשמעות מונח זה בדיני העבודה.

המונחים שהדגשנו לעיל טעונים הסבר קצר. במונח "אורגן" הכוונה היא לעובדים הממלאים תפקידים בכירים, המהווים למעשה זרוע של המדינה ואשר פעולותיהם

מהוות פעולות של המדינה.<sup>71</sup> שרים הם דוגמה קלאסית ל"אורגן", וגם הם זכאים לחסינות עובד הציבור. המונח "כל אדם הממלא מטעם המדינה תפקיד ציבורי על פי חיקוק" מורכב מעט יותר. הכוונה היא לאנשים שאינם עובדי מדינה כלל, אלא עצמאים או עובדים של גורם פרטי, אך ממלאים תפקיד ציבורי מטעם המדינה לפי חיקוק כלשהו, כדוגמת ועדות סטטוטוריות, שמקובל לכלול בהן כחברים גם מי שאינם עובדי מדינה, לצד עובדי מדינה מן השורה. חברי הוועדה כולם ייחשבו לצורך החסינות כעובדי המדינה והיו זכאים לה אם ייתבעו בשל תפקידם השלטוני בוועדה. זאת, משום שהטעמים העומדים ביסוד החסינות חלים גם על חברי ועדות אלה. יודגש כי תנאי הוא שהתפקיד הציבורי יהיה מעוגן בחיקוק: חברים בוועדות שאינן פועלות מכוח חיקוק, גם אם הן ממלאות תפקיד ציבורי מטעם המדינה, אינם זכאים לחסינות. כאמור, לא ייחשב כעובד המדינה "בעל חוזה", כמשמעות מונח זה בסעיף 15 לפקודת הנוזיקין. הכוונה היא לקבלן שהתקשר עם המדינה בהסכם לביצוע עבודה מסוימת. ואכן, קבלן חיצוני, שאינו נמנה עם השלטון, אשר מפעיל שיקול דעת מקצועי עצמאי (והרי בשל מומחיותו המקצועית נשכרו שירותיו), ובעיקר, שאין למזמין אחריות על מעשיו – הטעמים העומדים ביסוד החסינות ממילא אינם חלים עליו, למעט באותם מקרים חריגים הקבועים בסעיף 15 לפקודה (שגם הם נחשבים לאחריות אישית ולא שילוחית).<sup>72</sup> קיומה של אחריות שילוחית הוא תנאי לחסינות, שהרי כל ההסדר, כפי שיפורט להלן, מבוסס על כך שהמדינה או הרשות האחראית באחריות שילוחית למעשהו של העובד נכנסת בנעליו כצד לתביעה, ולכן בהיעדרה – שהרי מדובר בקבלן – לא ניתן להכיר בחסינות.

השאלה מיהו "בעל חוזה" לעניין תחולת החסינות או אי-תחולתה, אינה תמיד שאלה פשוטה. יש עובדים במשרדי הממשלה וברשויות ציבוריות אחרות המועסקים דרך חברות כוח אדם, אשר עושים אותה מלאכה כעובדי המדינה או הרשות הציבורית מן המניין. ייתכנו מקרים שבהם, הגם שמבחינה פורמלית מדובר בעובדים של חברת כוח האדם, הבוחרת אותם, מנתבת אותם מבחינה תעסוקתית ומשלמת להם את שכרם, השליטה האפקטיבית באופן ביצועם את התפקיד נתונה למעשה בידי המשרד הממשלתי או הרשות הציבורית. הפסיקה מכירה בנסיבות מסוימות בעובדי הקבלן

<sup>71</sup> לשם השוואה, וכן לשם דיון בתורת האורגנים והאחריות בנוזיקין, ראו ע"א 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקיריטי בע"מ, פ"ד מח(5) 661 (1994).

<sup>72</sup> ראו דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית, לעיל ה"ש 8, בעמ' 474. לשון סעיף 15, חבותו של בעל חוזה, היא כדלקמן: "לענין פקודה זו, העושה חוזה עם אדם אחר, שאיננו עובדו או שלוחו, על מנת שיעשה למענו מעשה פלוני, לא יהא חב על עוולה שתצמח תוך כדי עשיית אותו מעשה; הוראה זו לא תחול באחת מאלה: (1) הוא התרשל בבחירת בעל חוזהו; (2) הוא התערב בעבודתו של בעל חוזהו באופן שגרם לפגיעה או לנזק; (3) הוא הרשה או אישר את המעשה שגרם לפגיעה או לנזק; (4) הוא היה אחראי מכוח חיקוק לעשיית המעשה שביצעו מסר לקבלן עצמאי; (5) הדבר שלעשיתו נעשה החוזה היה שלא כדין".

כ"משרתם של שני אדונים": האחד הוא הקבלן או חברת כוח האדם, השולח את העובדים למקום העבודה ומשלם את שכרם, ואשר מכונה "המעביד הכללי", והאחר הוא המעביד בפועל המקיים שליטה ופיקוח על העובדים, המכונה "המעביד הספציפי", ובשל כך נחשב אף הוא למעביד לצורך פקודת הנזיקין, על אף היעדר קשר ישיר בינו לבין העובד. לעניין האחריות על נזקים שנגרמו לעובד במהלך עבודתו, עקב רשלנות המעביד, מוכרים שני המעבידים כמעוולים במשותף.<sup>73</sup> השאלה אם תיתכן אחריות שילוחית של שני המעבידים, היא שאלה מורכבת. לכאורה, מבחן השליטה הגמורה מחייב שכדי שתקום אחריות שילוחית למעביד השני תועבר אליו גם השליטה הגמורה, מה שאינו מאפשר אחריות שילוחית בו-זמנית. מנגד, אם יש הבדל בין הזכות לשליטה לבין השליטה בפועל, הדבר אפשרי.<sup>74</sup> כאשר עובדים אלה ממלאים תפקידים שלטוניים, מתעוררת השאלה אם יש לראות בהם "בעל חוזה", אשר החסינות אינה חלה עליו, או עובדי מדינה או רשות ציבורית, הזכאים לחסינות. בנסיבות מסוימות, ניתן לכאורה לקבוע את אחריותה השילוחית של המדינה או הרשות הציבורית למעשיו של עובד או קבלן כזה מכוח הוראת סעיף 14 לפקודת הנזיקין, המטילה אחריות שילוחית כשל שולח על מי שמעסיק שלוח שאינו עובדו. המבחן לבחינת השאלה מתי ייחשב פלוני כשלוחו של אלמוני לעניין סעיף 14 הנו מבחן שאינו עולה כדי מבחן ה"שליטה המוחלטת", הנוהג לעניין אחריות שילוחית של מעביד:

**"פלוני ייחשב כידו הארוכה של האלמוני – ועל כן כשלוחו לעניין האחריות השילוחית בנזיקין – אם פעולתו של פלוני אינה נעשית באופן עצמאי משלו, אלא אם היא נעשית במסגרת הפעולות העסקיות של אלמוני, באופן שאין היא בחינת שירות חיצוני הניתן לאלמוני אלא פעילות המהווה חלק פנימי ואינטגרלי לפעולתו העסקית של אלמוני. במצב דברים זה פעולתו של פלוני היא חלק פנימי ממערך הפעילות הכוללת של אלמוני, וניתן לראות בה כאחד האברים המהווים את גוף הפעילות כולה. בנסיבות אלה ניתן לראות בפלוני יד-ארוכה, שכן הוא אבר חי מהמערך הכולל של אלמוני. מבחן**

<sup>73</sup> זו הגישה בע"א 54/64 פרץ נ' קרן קיימת לישראל בע"מ, פ"ד יח(3) 387 (1964); ע"א 197/58 אילון נ' ידעי, פ"ד יב 1459 (1958).

<sup>74</sup> דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 8, בעמ' 446–447; וכן ע"א 502/78 מדינת ישראל נ' ניסים, פ"ד לה(4) 748, 751 (1981) (להלן: עניין ניסים) (דברים שנאמרו בנוגע לשלוח לפי סעיף 14 לפקודה). כמו כן, ייתכן שגורם מסוים יהא אחראי באחריות שילוחית כמעביד למעשיו של פלוני וגורם נוסף יהיה אחראי כשולח בשל אותו מעשה (ע"א 4530/91 רשות הנמלים והרכבות נ' צים חברת השיט הישראלית בע"מ, פ"ד נד(4) 583, 619–620 (2000)).

עזר זה, הגיונו בצדו, שכן יש בו כדי להצדיק את האחריות השילוחית המוטלת על השולח. ההצדקה היא בכך שהסיכון שנוצר בשל פעילותו של פלוני הוא חלק מהסיכון הכולל שנוטל על עצמו אלמוני, ושבגינו מוטלת עליו אחריות שילוחית, וזאת חרף העובדה, שביצוע אותו פעולות מהווה גם ביצוע פעולתו העסקית של פלוני עצמו. אכן, האחריות השילוחית של אלמוני מתווספת לאחריותו האישית של פלוני, ואין היא באה במקומה" (ההדגשות שלנו – ת.ק. ומ.ב.).<sup>75</sup>

במקרה אחד עלתה השאלה מה דינו של קבלן חיצוני, הפועל מכוח הסכם קבלנות עם המדינה או הרשות, אך גם מכוח ייפוי כוח שניתן לו מטעמה להפעלת סמכות שלטונית טהורה. כך, למשל, עורכי דין פרטיים, המשמשים כתובעים פליליים מטעם הוועדות המחוזיות לתכנון ובנייה, פועלים במסגרת הסכם בינם לבין משרד הפנים באמצעות ייפוי כוח מטעם היועץ המשפטי לממשלה. מחד גיסא, מדובר במי שהם קבלנים חיצוניים; מאידך גיסא, הם פועלים בשם היועץ המשפטי לממשלה כבאי כוחו, כפופים להנחיות המקצועיות של המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין שבפרקליטות המדינה ומפעילים שיקול דעת שלטוני מובהק. מאחר שתובעים אלה מפעילים סמכות שהיא מסמכויות הליבה של השלטון, מתקיימות בהם כל תכליות החסינות שמנינו לעיל. שאלה היא, האם ניתן במקרה מיוחד זה לראות בהם שלוחים של המדינה, מכוח סעיף 14 לפקודת הנזיקין, ולא קבלנים רגילים מכוח סעיף 15 לפקודה, ולפיכך הסיפה של הגדרת "עובד המדינה לא תחול", הם יחשבו עובדי מדינה וחסינות עובד הציבור תחול גם עליהם?

שאלה זו עלתה לדיון בבתי המשפט פעם אחת עד כה. זה היה בבית משפט השלום בפתח תקווה בעניין סולטאן,<sup>76</sup> שבו נתבע בניזיקין עורך דין פרטי שנשכר על ידי הוועדה המחוזית לתכנון ובניה כדי לנקוט בשמה הליכים שלטוניים (לרבות הגשת כתבי אישום פליליים) על פי כתב הסמכה שקיבל מהיועץ המשפטי לממשלה. התביעה נגדו הוגשה בשל הליכים שנקט במסגרת תפקידו זה. המדינה הגישה הודעת הכרה בחסינות וביקשה לדחות את התביעה בעניינו. התובע השיג על כך. בית המשפט אישר את הודעת ההכרה בחסינות וקיבל את עמדת המדינה, כי את החריג להגדרת "עובד מדינה" בסעיף 7 לפקודת הנזיקין – שעניינו "בעל חוזה כמשמעותו בסעיף 15" – יש לפרש כך שאינו חל על עורך דין פרטי המשמש כתובע מטעם הוועדה המחוזית, מכוח כתב הסמכה של היועץ המשפטי לממשלה, בשל מעשה שעשה בתפקידו זה. זאת, בשל תכלית החסינות – להגן על שיקול הדעת של מי

<sup>75</sup> עניין ניסים, שם, בעמ' 751.

<sup>76</sup> ת"א (שלום פ"ת) 3334/07 סולטאן נ' מדינת ישראל (עו"ד בונה), דינים שלום 10(161) 1199 (2010).

שמפעיל סמכות כזו, יהא זה עורך דין עובד ציבור או עורך דין פרטי, מפני לחצים ואיומים בהגשת תביעות אישיות. לדעתנו, אין להסיק מכך כי כל מי שממלא תפקיד שלטוני עבור המדינה או הרשות הציבורית מכוח ייפוי כוח במסגרת הסכם קבלנות ייחשב עובד ציבור, שלגביו קיימת אחריות שילוחית מכוח סעיף 14 לפקודת הנזיקין, הזכאי לחסינות. לשיטתנו, מדובר בחריג. עניין **סולטאן** הוא אכן מקרה מיוחד של קבלן שפעל כאמור מכוח כתב הסמכה של היועץ המשפטי לממשלה בתחום התביעה הפלילית שהוא בליבת הסמכות השלטונית, ואשר היה כפוף מבחינת ההנחיה המקצועית למחלקת איכפת דיני מקרקעין בפרקליטות המדינה.

הגדרת "עובד רשות ציבורית" זהה למעשה לזו של עובד המדינה – "לרבות אורגן של רשות ציבורית וכל אדם הממלא מטעם הרשות הציבורית תפקיד ציבורי על פי חיקוק, ולמעט בעל חוזה כמשמעותו בסעיף 15". כמו כן, עקרונות הפרשנות שפירטנו לעיל בנוגע לעובד המדינה יפים גם כאן. במקרה אחד, התעוררה השאלה אם מנכ"ל של חברה כלכלית עירונית הוא עובד העירייה לצורך החסינות, בתביעה שהוגשה נגדו ונגד מבקרת העירייה ומהנדס העיר.<sup>77</sup> העובד טען כי החברה הכלכלית והעירייה הן אמנם ישויות משפטיות נפרדות, ברם, בהלכה הפסוקה נקבע לא אחת כי תאגיד עירוני משמש "זרועה הארוכה" של העירייה, שהרי פעילותו נובעת כל כולה ממבנה הבעלות והשליטה בה, ואלה נתונים באופן מוחלט לעירייה. במקרה זה העירייה הייתה בעלת כל מניותיה של החברה הכלכלית ובעלת השליטה היחידה בה, כך שמהותה המסחרית נבלעה באופייה ובמהותה הציבורית של העירייה. לפיכך גם הוא עובד ציבור הזכאי לחסינות. בית המשפט דחה את הטענה. הוא פסק כי אכן, עירייה מוסמכת, מכוח פקודת העיריות, לייסד חברה עירונית למטרה שהיא בגדר סמכויות העירייה ותפקידיה, ואם הוקם תאגיד עירוני כאמור, שבידי העירייה מחצית הון מניותיו או מחצית כוח ההצבעה בו לפחות, תהא למועצת העירייה נציגות בגוף המנהל שלו.<sup>78</sup> נציגים אלה יכול שיהיו חברי העירייה או עובדיה. באותו מקרה לא נטען כי העובד נמנה עם נציגי מועצת העירייה במקביל לכהונתו כמנכ"ל החברה הכלכלית. בית המשפט פסק, כי גם אם הוקמה החברה הכלכלית בהתאם להוראות פקודת העיריות על מנת למלא תפקידים שברגיל מצויים בתחום אחריותה של העירייה, הרי ככל תאגיד אחר, מעמד החברה הכלכלית עצמאי ובעל אישיות משפטית נפרדת מזו של בעלי מניותיה. העובדה שהעירייה הנה בעלת כל המניות אינה משנה מסקנה זו ואינה הופכת את עובדי החברה הכלכלית לעובדי העירייה. לפיכך, מעמדם אינו זה של עובדי ציבור לפי הגדרת סעיף 7 לפקודת הנזיקין, ולכן הוראות סעיף 7א אינן חלות עליהם. מכאן שאין העובד זכאי לחסינות.

<sup>77</sup> ת"א (שלום חי') 4831/08 **אלהודף נ' פרץ**, תק-של (3) 09 (21683) (2009).

<sup>78</sup> ס' 249 (30) ו-249א לפקודת העיריות, נ"ח התשכ"ד 197.

#### 4. זכות המדינה כלפי עובד הציבור לפיצוי או לשיפוי

סעיף 17 לפקודת הנוזיקין, שכותרתו "פיצוי ושיפוי המדינה או הרשות הציבורית" מקנה למדינה או לרשות הציבורית, במקרה שבו התרשל עובד הציבור התרשלות חמורה, זכות לפיצוי או לשיפוי מאת העובד, בסכום שיקבע בית המשפט בהתאם לצדק והיושר.<sup>79</sup>

האפשרות לחזור אל העובד בתביעת שיפוי או פיצוי נדרשת לשם שמירת ההרתעה מפני התנהגות רשלנית העולה כדי סטייה חמורה מנורמת ההתנהגות הראויה של עובד הציבור, קרי התנהגות המהווה התרשלות "חמורה". זהו כאמור אחד האיזונים של ההכרה בחסינות עובד הציבור, יחד עם הדין הפלילי והמשמעת.<sup>80</sup> סעיף זה קובע שעובד ציבור שהתרשל בעת מילוי תפקידו יהא זכאי אמנם לחסינות מפני תביעה משפטית מצד הניזוק, אך אם הייתה התרשלותו התרשלות "חמורה", דהיינו אם פעל העובד בסטייה חמורה מהתנהגות ראויה,<sup>81</sup> הוא עלול להיות צפוי לתביעה לשיפוי או לפיצוי מצד הרשות שנכנסה בנעליו כצד לתביעה מול הניזוק, מכוח הסדר החסינות. בכל הנוגע לתביעת השיפוי, אפשרות זו הייתה עומדת לרשות גם ללא

<sup>79</sup> להלן נוסח סעיף 17: "א) פעל עובד ציבור בסטייה חמורה מהתנהגות ראויה של עובד ציבור, זכאית המדינה או הרשות הציבורית, לפי העניין, על אף הוראות סעיף 7א – (1) אם ביצע כלפיה עובד הציבור מעשה המקים אחריות בנוזיקין – לפיצוי ממנו; (2) אם נמצאה אחראית למעשה שעשה עובד הציבור – לשיפוי ממנו. (ב) בהליכים על שיפוי לפי סעיף זה יהיו דמי השיפוי בסכום שיקבע בית המשפט על פי הצדק והיושר."

<sup>80</sup> ראו גם גלעד "אחריות עובדי הציבור 2", לעיל ה"ש 6, בעמ' 98.

<sup>81</sup> התרשלות "חמורה" שונה מהתרשלות "רגילה" ברמת הסטייה מסטנדרט הזהירות. כזכור, התרשלות היא התנהגות שאינה סבירה בנסיבות העניין, דהיינו, התנהגות הסוטה מסטנדרט הזהירות המקובל. כאשר הסטייה היא קלה, מדובר בהתרשלות "רגילה", וכאשר הסטייה היא ניכרת, מדובר בהתרשלות "חמורה". בפסיקה שזורים בערכובייה המונחים "רשלנות חמורה", "רשלנות רבת" ומונחים אחרים, שבאים לתאר מצב של התרשלות חמורה. מונחים אלה אינם מוצלחים, משום שהם אינם מבהירים כי הדגש הוא על ההתנהגות, שכן המונח "רשלנות" מתאר את העוולה כולה על כל יסודותיה ולא רק את יסוד ההתרשלות, שהוא היסוד ההתנהגותי שלה. להבחנה בין רשלנות "סתם" לרשלנות "בוטה" או "רבת" ראו: בר"ע (מחוזי י"ם) 2315/00 **מדינת ישראל נ' פרידמן**, תק"מ 101(1) 65542 (2001).

שאלה היא מהי הנפקות של היות התרשלות "התרשלות חמורה". כך, למשל, הפסיקה שאלה אם התרשלות חמורה מנתקת את הקשר הסיבתי בין מעשהו של המזיק לבין הנזק, והשיבה על כך בשלילה, אם ניתן היה לצפותה (ע"פ 8827/01 **שטריינז נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(5) 506, 518 (2003); ע"פ 402/75 **אלגביש נ' מדינת ישראל**, פ"ד (2) 561, 574 ואילך (1976); ע"פ 119/93 **לורנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח (4) 1, 37 (1994); ע"א 350/77 **כיתן נ' וייס**, פ"ד לג(2) 785, 801 (1979); ע"א 542/87 **קופת אשראי וחסכון נ' עוואד**, פ"ד מד(1) 422, 437 (1990); דנ"פ 983/02 **יעקובוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 385, 391–393 (2002)). בתיקון מס' 10 ניתנה להבחנה זו משמעות, בהיותה אבן הבוחן המאפשרת למדינה לחזור אל העובד שהוכרה חסינותו או לתבוע ממנו פיצויים.

הוראת חוק מיוחדת, מכוח הדין הכללי, משום שלצורך תביעת השתתפות קובעת החבות המהותית, ללא התחשבות במחסומים דינויים דוגמת החסינות.<sup>82</sup> ואולם הוראת סעיף 17 לפקודה נדרשה בהקשר זה בשל הסדר החסינות החדש, לאמור, כדי להבהיר שהחסינות עומדת לעובד הציבור כלפי התובע-הניזוק, אך לא כלפי הרשות-שולחתו. במילים אחרות, ללא הוראה זו, לכאורה גם הרשות לא הייתה יכולה לתבוע את העובד לנוכח חסינותו, שהרי אין בהתרשלות חמורה כדי לעמוד בתנאים של החריג לחסינות – פעולה ביוזעין בכוונה לגרום נזק או מתוך שוויון נפש כלפי אפשרות גרימתו כאמור. לפיכך, גם אם הוסר מעל עובד הציבור מורא התביעה מצד האזרח, אין הוא יכול להפסיק למלא תפקידו נאמנה, משום שאם יסטה סטייה גדולה מדי מן המצופה מעובד ציבור, הוא יהיה חשוף לתביעת נזיקין מצד מעבידו. יצוין, כי הוראת הסעיף נוגעת לעובדים הזכאים לחסינות. על עובדים שאינם זכאים לחסינות יחול דין ההשתתפות הכללי.

## 5. הרחבת אחריותן השילוחית של המדינה ושל הרשות הציבורית

כפי שציינו בפתח הדברים, תיקון מס' 10 מרחיב את אחריותן השילוחית של המדינה ושל הרשויות הציבוריות, וזאת, כמשקל נגד להקניית החסינות לעובד ציבור, שביטלה את אחריותו הישירה למעשים שעשה במסגרת מילוי תפקידו. ההרחבה נעשתה בשתי דרכים: ביטול פטורים מאחריות שילוחית והרחבתו של עקרון השוואת המעמד.

### 5.1 ביטול סעיפי הפטור מאחריות שילוחית

צעד משלים להקניית חסינות מפני תביעות נזיקין לעובדי הציבור הוא ביטול הסייגים לאחריות השילוחית, שהיו קבועים בסעיפים 25, 28 ו-61 לפקודת הנזיקין. סעיפים אלה, כאמור לעיל, קבעו כי מעביד אינו חב באחריות שילוחית למעשי עובד בעוולות התקיפה, כליאת השווא והנגישה, אלא אם כן הרשה או אשרר את המעשה. ביטול זה היה נחוץ, משום שלולא בוטלו הוראות אלה, היה התובע נותר ללא יכולת לקבל סעד על נזיקו, לנוכח ההכרה בחסינות עובד הציבור שעשה את מעשה העוולה. לא היה לו את מי לתבוע, שכן עובד הציבור חסין, ואילו הרשות אינה חבה באחריות שילוחית בגין מעשיו.<sup>83</sup> משמעות הביטול היא, בהקשר של עוולת התקיפה, למשל, כי ניתן מעתה ואילך לתבוע את המדינה והרשות הציבורית באחריות שילוחית למעשה תקיפה של מי מעובדיהן, למשל שוטרים, סוהרים או פקחים, שעומד בתנאי סעיף 13 לפקודת הנזיקין.

<sup>82</sup> גלעד "אחריות עובדי הציבור 1", לעיל ה"ש 6, בעמ' 360.

<sup>83</sup> ראו גם גלעד "אחריות עובדי הציבור 2", לעיל ה"ש 6, בעמ' 96.



## 5.2 הרחבת יישומו של עקרון השוואת המעמד

הצעד האחרון שנעשה במסגרת תיקון מס' 10 לפקודת הנזיקין הוא הרחבת יישומו של עקרון השוואת המעמד בין המדינה לבין שאר האזרחים, הגופים הפרטיים והרשויות הציבוריות.<sup>84</sup> כאמור, עיקרון זה בא לידי ביטוי בסעיף 2 לחוק הנזיקים האזרחיים, שקובע כי לעניין אחריות בנזיקין, דין המדינה כדין כל גוף מאוגד, למעט החריגים הקבועים בחוק. החריג העיקרי בענייננו הוא סעיף 3, שכותרתו "מעשה בתחום הרשאה חוקית", אשר תוקן במסגרת תיקון מס' 10 כתיקון עקיף ותחולתו צומצמה. הסעיף כולל שתי חלופות לתחולת הסייג לאחריות בשל "מעשה בתחום הרשאה חוקית": האחת, אם המעשה אכן נעשה בתחום הרשאה חוקית, והשנייה, אם המעשה נעשה מחוץ לתחום הרשאה החוקית, דהיינו, בחריגה מסמכות, ובלבד שנעשתה בתום לב, כשהעובד שחרג מסמכות דימה בנפשו שיש לו הרשאה חוקית. התנאי לסייג לאחריות טרם התיקון היה שהמעשה שנעשה היה "בתחום הרשאה חוקית" או "בתום לב תוך שימוש בהרשאה חוקית" (למעט ברשלנות, כאמור). דהיינו גם במצב שבו העובד פעל ללא הרשאה חוקית, אך סבר בתום לב כי אינו חורג ממנה.<sup>85</sup>

התיקון מתבטא בכך שלחלופה השנייה נוספה הדרישה כי אמונת העובד, שהוא פועל במסגרת סמכותו, לא די שתהא תמת לב, אלא היא צריכה גם להיות סבירה. הטעם לכך הוא, שכשם שתום הלב כשלעצמו אינו מגן על המדינה מפני רשלנותה, אין מקום שהוא יגן עליה כאשר הרשלנות מתבטאת בחריגה מסמכות.<sup>86</sup> כלומר, הוראת סעיף 3 בנוסחה הקודם דרשה לכאורה מבחן סובייקטיבי, ואילו לאחר התיקון המבחן הוא אובייקטיבי, ולפיכך מצמצם יותר. עקב כך המדינה אינה יכולה לטעון שאין כלפיה עילת תביעה בנזיקין, משום שעובד מסוים סבר שהוא מוסמך לפעול, כאשר אדם סביר במקומו לא היה סובר כך. התוצאה היא צמצום של תחולת הסייג לאחריות המדינה, כלומר הרחבת אחריותה. תוצאה זו עולה בקנה אחד עם דיני הנזיקין המודרניים במשפט הישראלי.

גם סעיף 6 לפקודה, שכותרתו היא "מעשה לפי חיקוק", תוקן במסגרת תיקון מס' 10 ותחולתו הורחבה. כפי שכבר צוין לעיל, נוסח הסעיף שקדם לתיקון הורה כי אדם רשאי להתגונן בפני תביעת נזיקין (למעט ברשלנות), אם המעשה או המחדל שבגינם הוא נתבע היה "לפי הוראות חיקוק ובהתאם להם". השינוי בסעיף 6 לפקודה

<sup>84</sup> גם ביטול הסייגים לאחריות השילוחית, כאמור לעיל, מהווה ביטוי למגמה זו.

<sup>85</sup> להלן נוסח סעיף 3 לפני התיקון: "אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, או בתום לב תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית; אולם אחראית היא על רשלנות שבמעשה" (ההדגשה שלנו – ת.ק. ומ.ב.).

<sup>86</sup> גלעד "אחריות עובדי הציבור 1", לעיל ה"ש 6, בעמ' 377.

בעקבות התיקון מתבטא בהוספת חלופה הזוהה, לנוסחו של סעיף 3 לחוק הנזיקים האזרחיים.<sup>87</sup> כלומר, לאחר התיקון כל אדם יכול לטעון כי פעל לא רק בהתאם להוראות חיקוק, אלא גם בתחום הרשאה חוקית שניתנה לו או בתום לב ומתוך אמונה סבירה שהוא פועל בתחום הרשאה חוקית כאמור. תיקון סעיף 6 משווה למעשה את ההגנה העומדת לאדם פרטי לזו העומדת למדינה.

סעיף נוסף שבוטל במסגרת הרחבת יישומו של עקרון השוואת המעמד, בהיותו מיושן ובלתי מוצדק, הוא סעיף 4 לחוק הנזיקים האזרחיים, אשר קבע, כזכור, כי המדינה אינה אחראית בנזיקים ללשון הרע. סעיף זה, שעסק באחריותה הישירה של המדינה, שלל למעשה את עילת התביעה בשל לשון הרע נגד המדינה, שלילה שאינה עולה בקנה אחד עם התפיסה המודרנית של מעמד המדינה כמתדיין בנזיקין, כמו גם עם היותה של הזכות לשם הטוב זכות חוקתית.<sup>88</sup> ביטול הסעיף מאפשר הגשת תביעה נגד המדינה בלשון הרע, וחשוב לא פחות, מתן חסינות לעובדי ציבור שנתבעו בשל לשון הרע שהוציאו במסגרת מילוי תפקידם השלטוני, במקרים המתאימים לכך.<sup>89</sup>

## 6. תחולתו האקטיבית של תיקון מס' 10

תחולתו של תיקון מס' 10 לפקודת הנזיקין היא אקטיבית. סעיף 7 לחוק המתקן קובע, כי תחילתו של החוק היא שישה חודשים מיום פרסומו, וכי הוא יחול על תובענה שהוגשה ביום התחילה ולאחריה. התיקון נכנס לתוקף ביום 10.2.2006, ולפיכך הוא חל על תובענות שהוגשו לאחר תאריך זה. התחולה האקטיבית משמעה, כי הוא חל גם על תובענות שהוגשו לאחר המועד הנזכר בגין מעשים או מחדלים שנעשו טרם כניסתו של החוק לתוקף.

<sup>87</sup> להלן נוסחו של סעיף 3 לאחר התיקון: "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" (ההדגשות שלנו – ת.ק. ומ.ב.).

<sup>88</sup> גלעד מציין, כי הוראת הסעיף גם אינה עולה בקנה אחד ההסדרים המיוחדים והמפורטים שבחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965, במיוחד לא לנוכח סעיפים 13–15 שבו, הקובעים סייגים לאחריות והגנות פרטניים. הוא סבור, כי אם החסינות וההגנה הניתנים לפרסומי המדינה אינם מספקות, הדרך להרחיבה היא באמצעות הסדרים ספציפיים בחוק איסור לשון הרע, ולא באמצעות סייג גורף לאחריות. ראו גלעד "אחריות עובדי הציבור 2", לעיל ה"ש 6, בעמ' 81.

<sup>89</sup> ראו פסקי הדין בעניין יעלון ובעניין אסוס, לעיל ה"ש 65.

## ה. הליך הדין בשאלת החסינות הדיונית של עובד הציבור

התיקון יוצר הליכים שונים להכרה בחסינות עובד הציבור שהוא עובד מדינה ושל עובד ציבור שהוא עובד רשות ציבורית אחרת (דהיינו רשות מקומית ותאגיד סטטוטורי המנוי בתוספת). המבחן המהותי הקבוע בסעיף 7א לפקודה זהה עבור שני סוגי עובדי הציבור, אך ההליך שבמסגרתו מוכרת החסינות שונה. כפי שיפורט כעת, בנוגע לעובד ציבור שהוא עובד המדינה מגישה מעבידתו, המדינה, "הודעת הכרה" לבית המשפט, ואם התובע אינו משיג עליה, אין לבית המשפט שיקול דעת, ועליו לדחות את התביעה נגד עובד המדינה ולהכניס (או להותיר) את המדינה כצד לתביעה. באשר לעובד הציבור שהוא עובד רשות ציבורית, לא קיימת "הודעת הכרה", ועל הרשות הציבורית להגיש בקשה להכרה בחסינותו לבית המשפט המוסמך. להלן נפרט את ההליכים השונים.

### 1. הליך ההכרה בחסינות של עובד מדינה – כללי

בדרך כלל, הסמכות להחליט בדבר קיום חסינות בדין לגורם הנתבע בתיק היא של בית המשפט, אולם הסמכות בעניין הכרה או אי-הכרה בחסינות עובד המדינה שנתבע אישית בנויקין מוקנית לגורם מנהלי. תיקון מס' 10 מפרט את הליך ההכרה בחסינות ואת עקרונות הביקורת השיפוטית עליה, כפי שיתואר כעת. סעיף 7ב לפקודה מורה מה יהא ההליך להכרה בחסינות של עובד ציבור שהוא עובד המדינה. ראשית, במקרה שבו הודיעה המדינה לבית המשפט על קיומה של חסינות העובד (בהודעה המכונה "הודעת הכרה"), אך היא אינה צד לתובענה, על בית המשפט לצרף אותה להליך כנתבעת.<sup>90</sup> אם ביקשה המדינה בהודעת ההכרה כי התובענה נגד עובד המדינה תידחה, על בית המשפט לדחותה, ואין לו שיקול דעת בעניין (אלא אם כן מוגשת השגה מצד התובע). במקרה זה יראו את התובענה כאילו הוגשה מלכתחילה נגד המדינה בשל אחריותה השילוחית, ואת מעשה העובד כאילו נעשה תוך מילוי תפקידו.<sup>91</sup> כלומר, הגשת הודעת ההכרה היא הודאה של המדינה בכך שהמעשה הנטען נעשה (אם נעשה) במסגרת תפקידו של עובד המדינה, וכי היא אחראית אחריות שילוחית למעשה זה. כמו כן, הודעת ההכרה מעידה, כפי שיפורט

<sup>90</sup> ס' 7ב(א) לפקודה: "הוגשה תובענה נגד עובד המדינה על מעשה שנעשה בעת מילוי תפקידו כעובד המדינה, וטענה המדינה בהודעה לבית המשפט לקיומה של חסינות לפי סעיף 7א לגבי מעשה העובד, אם נעשה המעשה, תצורף המדינה להליך, אם לא צורפה אליו כנתבעת."

<sup>91</sup> ס' 7ב(ב) לפקודה: "ביקשה המדינה, בהודעתה לפי סעיף קטן (א), כי תידחה התובענה נגד עובד המדינה – תידחה התובענה נגדו, ויראו את התובענה כאילו הוגשה נגד המדינה מכוח אחריותה למעשהו של עובד המדינה לפי סעיפים 13 או 14, ואת מעשה עובד המדינה כאילו נעשה תוך כדי מילוי תפקידו."

בהמשך, שהגורם המוסמך לתיתה סבר שמתקיימים תנאי החסינות, לאמור, המעשה המיוחס לעובד נעשה במסגרת תפקידו השלטוני ואין תשתית להריג לחסינות. תובע שהמדינה הגישה בתובענתו הודעה על הכרה בחסינות העובד, רשאי להגיש לבית המשפט בקשה, תוך פרק זמן שנקבע בתקנות, כי בית המשפט יקבע שלא מתקיימים תנאי החסינות. אם קבע כך בית המשפט, לא תחול החסינות – ולא יראו בתובענה כאילו הוגשה אך ורק נגד המדינה מכוח אחריותה השילוחית בשל מעשה העובד. אם נתבע העובד לבדו, הרי התובענה נגדו תעמוד על כנה.<sup>92</sup> בדומה, עובד שהמדינה החליטה שלא להגיש לגביו הודעת הכרה – למשל, משום שסברה שהוא אינו עונה על הגדרת "עובד המדינה" או משום שסברה שתפקידו אינו תפקיד שלטוני או משום שסברה כי מתקיימת תשתית לסייג לחסינות – רשאי להגיש לבית המשפט בקשה לקבוע שמתקיימים בעניינו תנאי החסינות. אם מצא כן בית המשפט, תידחה התובענה נגד העובד, תצורף המדינה, ויראו את המעשה כאילו נעשה במסגרת מילוי תפקידו של העובד ואת אחריות המדינה כנובעת מאחריותה השילוחית למעשיו. מובן שאם דחה בית המשפט את בקשת העובד, הוא יישאר כצד לתובענה, וניתן יהיה לחייבו באופן אישי.<sup>93</sup>

הפקודה מוסיפה וקובעת, כי בקשה של תובע שייקבע כי אין תחולה לחסינות בעניינו ובקשת עובד המדינה מבית המשפט לקבוע קביעה הפוכה לגביו, יידונו "לאלתר", דהיינו כטענה מקדמית ראשונה במסגרת התובענה, ולפני כל טענה אחרת.<sup>94</sup>

סעיף 7ב לפקודה עוסק במצבים שבהם, על אף הוראת סעיף 7א, מוגשת בכל זאת תובענה בנזיקין נגד עובד הציבור שהוא עובד המדינה, בשל מעשה שעשה במסגרת מילוי תפקידו.<sup>95</sup> בעניין הולנדר השיג התובע על הודעת הכרה שנתנה לנציב שירות

<sup>92</sup> ס' 7ב(ג) לפקודה: "על אף הוראות סעיף קטן (ב) רשאי התובע לבקש, בתוך תקופה שתיקבע בתקנות, כי בית המשפט יקבע שלא מתקיימים תנאי החסינות לפי סעיף 7א; קבע בית המשפט כאמור, לא תידחה התובענה נגד עובד המדינה, ולא יחולו הוראות סעיף קטן (ב)".

<sup>93</sup> ס' 7ב(ד) לפקודה: "לא מסרה המדינה הודעה כאמור בסעיף קטן (א) או לא ביקשה לדחות את התובענה נגד עובד המדינה כאמור בסעיף קטן (ב), רשאי עובד המדינה לבקש, בתוך תקופה שתיקבע בתקנות, כי בית המשפט יקבע שמתקיימים תנאי החסינות לפי סעיף 7א; ביקש העובד כאמור, תצורף המדינה להליך, אם לא צורפה אליו כנתבעת; קבע בית המשפט כי מתקיימים תנאי החסינות כאמור בסעיף 7א, תידחה התובענה נגד עובד המדינה, ויחולו הוראות סעיף קטן (ב), בשינויים המחויבים; קבע בית המשפט שעובד המדינה עשה את המעשה שלא תוך כדי מילוי תפקידו – תידחה התובענה כנגד המדינה".

<sup>94</sup> ס' 7ב(ה) לפקודה: "בית המשפט יחליט בבקשת תובע כאמור בסעיף קטן (ג) או בבקשת עובד המדינה כאמור בסעיף קטן (ד), לאלתר".

<sup>95</sup> ראו הגדרת המונח "מעשה" שבסעיף 7 לפקודה, הוא סעיף ההגדרות החדש, הקובע "מעשה" – לרבות מחדל". כן ראו ס' 6 לקודקס האזרחי, המחיל הגדרה זו על הקודקס האזרחי כולו (ולא רק על פרק הנזיקין).

המדינה במסגרת תובענה שהוגשה נגדו בעילת לשון הרע. הוא טען כי יש מקום לקבוע שאין מתקיימים תנאי החסינות, משום שהמדינה טענה שהמעשה לא נעשה על ידי העובד שנתבע אישית, ושהוא לא היה מעורב בו כלל. בית משפט השלום קיבל טענה זו בנימוק שלנוכח עמדת המדינה כי העובד לא ביצע כלל את המעשה נשוא כתב התביעה, אין בפניו "מעשה או מחדל", ולכן לא היה מקום להכיר בחסינות. זאת, מאחר שבנסיבות כאלו לא ניתן כלל לבדוק את התקיימות החריג לחסינות.<sup>96</sup> בית המשפט המחוזי קיבל את בקשת רשות הערעור, הפך החלטה זו וקבע כי פסיקה זו מרוקנת את החסינות מתוכן.<sup>97</sup> נקבע כי הסדר החסינות חל גם כאשר התשתית העובדתית העומדת בפני הגורם המוסמך להכיר בחסינות מעלה כי העובד לא היה מעורב במעשה המיוחס לו. זאת, משום שהחסינות נועדה לחול גם על עובדים שצורפו לתביעה בלי שהייתה להם מעורבות כלשהי במעשה, שכן היא נועדה לנטרל את עצם האיום בהגשת תביעת נזיקין אישית, איום העלול להשפיע על אופן הפעלת סמכות העובד ולשבש את פעולת המנהל הציבורי. הוצאת מעשים המיוחסים לעובד – הגם שהמדינה מכחישה זאת – מגדר החסינות, תרוקן אפוא את הסדר החסינות מתוכן בנוגע לעובדים אלה. במקרים אלה, מאליו ברור שלא מתקיים החריג לחסינות.<sup>98</sup>

בהתאם להוראת סעיף 2 לתקנות, כתב התביעה וכלל החומר הרלוונטי מומצאים לפרקליטות המחוז הרלוונטית (או לכנסת, אם היה העובד שנתבע עובד הכנסת) ומועברים ליועץ המשפטי לממשלה או למי שהוא הסמיכו לכך (או ליועץ המשפטי לכנסת), כדי שישקול לאחר עיון בחומר אם העובד זכאי לחסינות לפי סעיף 7א. אם התשובה חיובית, יש להכריע בשאלה נוספת והיא: האם יש לבקש גם את דחיית התביעה כלפיו. אם המדינה סבורה שאין סיבה עניינית לכך שהעובד יישאר כצד בתיק – וזהו המקרה השכיח – היא תודיע לבית המשפט כי היא מכירה בכך, שמעשהו של העובד נעשה במסגרת מילוי תפקידו ("הודעת הכרה") ותבקש מבית המשפט לדחות את התביעה נגד העובד.<sup>99</sup> אם התובע לא השיג על כך, בהתאם לסעיף 7ב(ג), ידחה בית המשפט את התביעה נגד עובד הציבור, ואין לו שיקול דעת

<sup>96</sup> בש"א (שלום י"ם) 4344/07 משעול נ' הולנדר, נציב שירות המדינה, תק"ש של 08(3) 7068 (2008) (להלן: עניין הולנדר).

<sup>97</sup> בר"ע (מחוזי י"ם) 660/08 הולנדר נ' משעול, תק"מ מח 09(1) 7602 (2009) (להלן: עניין הולנדר בכר"ע).

<sup>98</sup> גם אם בהליך העיקרי עצמו יימצא שהעובד ביצע את המעשה, שכן, כפי שנפרט בהמשך, יש הבדל בין דרך הבחינה של ההכרה בחסינות, הנעשית לפי כללי המשפט המנהלי בתחילת ההליך, לבין דרך הבחינה של המחלוקות בתיק העיקרי.

<sup>99</sup> הודעת הכרה אינה טעונה תמיכה בתצהיר לפי התקנות (בש"א (שלום ת"א) 176550/07 מפקד בית הסוהר שקמה נ' פרג'ללה, דינים שלום 08(31) 1004 (2008) (להלן: עניין פרג'ללה); ת"א (שלום י"ם) 21869/08 פדרמן נ' משטרת ישראל, תק"ש של 09(4) 18876 (2009)).

להשאירה על כנה (בית המשפט אינו צריך, בטרם דחיית התביעה, לבקש את תגובת התובע). אם המדינה לא הייתה צד להליך, כלומר אם לא נתבעה לצד העובד בכתב התביעה, היא תצורף כנתבעת, ותינתן לה אורכה להגיש כתב הגנה. אם המדינה הייתה צד להליך, היא תישאר כנתבעת לבדה, ללא העובד, ותגיש כתב הגנה במועד.<sup>100</sup> במקרה שבו נתבע העובד לבדו, אין צורך לצרף את המדינה כצד לפני ההכרעה בשאלת החסינות.

### 1.1 מידת הפירוט וההנמקה של הודעת ההכרה

בתוספת לתקנות הנזיקין כלול נוסח של הודעת הכרה, שלפיו יש לפרט את הטעמים לקיומה של החסינות. השאלה היא, מה מידת הפירוט וההנמקה הנדרשים בהודעת ההכרה. בתחילה נוסחו הודעות ההכרה באופן תמציתי ברוח הבאה: "הטעמים לקיומה של החסינות הם שהמעשה המיוחס לעובד המדינה נעשה במסגרת תפקידו השלטוני ואין מתקיימת תשתית לחריג לחסינות – פעולה ביועין בכוונה לגרום נזק או מתוך שוויון נפש כלפי אפשרות גרימתו כאמור". המדינה פירטה את טעמי ההכרה בחסינות בתיק הקונקרטי במסגרת תגובתה לבקשת התובע לקבוע שאין מתקיימים תנאי החסינות. בפסיקה נחלקו הדעות בשאלת דיוחה של הנמקה שכזו. בשני מקרים פסל בית משפט השלום בתל-אביב את הודעות ההכרה שניתנו בנוסח דומה בנימוק שהן אינן ממלאות אחר חובת הפירוט וההנמקה.<sup>101</sup> גישה אחרת נקט בית המשפט המחוזי בירושלים בעניין **הולנדר**, שם נקבע כי היעדר פירוט והנמקה של הודעת הכרה הוא אכן פגם לפי כללי המשפט המנהלי, אך אין בו כשלעצמו כדי לפסול את הודעת ההכרה, לאחר שהפירוט וההנמקה הובאו במסגרת תגובת המדינה לבקשת התובע, שהשיג על ההכרה בחסינות באמצעות בקשה לקבוע שאין מתקיימים תנאי החסינות.<sup>102</sup> גם בבית משפט השלום בתל-אביב-יפו ניתנו החלטות התומכות בגישה זו, בעניין **פרג'ללה**<sup>103</sup> ובעניין **רווח**.<sup>104</sup>

<sup>100</sup> ס' 13 לתקנות.

<sup>101</sup> ראו: ת"א (שלום ת"א) 57311/07 **ברדיצ'אנסקי נ' המכון לרפואה משפטית באבו כביר**, תק-של 7172 (2) 08 (2008); ת"א (שלום ת"א) 65485/07 **מורד נ' המכון לרפואה משפטית באבו כביר**, תק-של 12362 (2) 08 (2008).

<sup>102</sup> עניין **הולנדר**, לעיל ה"ש 96. כן ראו ת"א (מחוזי ב"ש) 5330/08 **אלון נ' קוגל** (טרם פורסם, 1.6.2009).

<sup>103</sup> עניין **פרג'ללה**, לעיל ה"ש 99.

<sup>104</sup> ת"א (שלום ת"א) 20557/07 **רווח נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 1.1.2008). גם בית משפט השלום בקרית גת סבר שאין צורך בהודעה מפורטת: ת"א (שלום ק"ג) 471/07 **פרץ נ' מדינת ישראל**, תק-של 16277 (2) 09 (2009).

לדעתנו, נכון וראוי שהודעת ההכרה תכלול פירוט ונימוקים קונקרטיים, המתייחסים לנסיבות המקרה שבהן הוחלט בשאלת החסינות, בפרט משום שבהתאם לתיקון מס' 10, ההכרה בחסינות נעשית באופן חריג על ידי רשות מנהלית (וכאמור, ברגיל, הרשות השופטת היא שמחליטה בשאלת קיומה של חסינות). עם זאת, אנו סבורות שאין בהיעדר פירוט והנמקה כדי לפסול ההודעה, אם פירוט ונימוקים כאלה מובאים במסגרת תגובת המדינה בהליך שבו נתקפת ההחלטה, שכן בדרך זו נרפא הפגם המנהלי. כיום דומה כי למחלוקת זו אין עוד נפקות ממשית מהטעם שלאחר מתן ההחלטות בעניין **ברדיצ'אנסקי** ובעניין **מורד**, הגורם המוסמך מטעם המדינה נוהג ליתן החלטה מפורטת ומנומקת.

### 1.2 השגת התובע על הודעת ההכרה

הגשת "הודעת הכרה" ובקשה לדחות את התביעה אינה סוף פסוק מבחינת התובע. הוא רשאי להשיג על הודעת ההכרה ולבקש כי בית המשפט יקבע שלא מתקיימים תנאי החסינות.<sup>105</sup> כזכור, הדרך להכרה בחסינות העובד עוברת דרך הגשת הודעת הכרה בחסינות על ידי המדינה ובקשה לדחות את התביעה נגדו. בהיעדר השגה, המוגשת בבקשה של התובע לקבוע שאין מתקיימים תנאי החסינות, על בית המשפט לדחות את התביעה נגד עובד המדינה. לפיכך תובע המבקש להשיג על הודעת ההכרה בחסינות, חייב להגיש בקשה משלו כאמור, ולא "התנגדות" להודעת ההכרה.<sup>106</sup> הליך ההשגה על החסינות הוא הליך של השגה על החלטת הגורם המוסמך מטעם היועץ המשפטי לממשלה. דהיינו מדובר בהליך מנהלי. הדבר עולה בבירור מדברי ההסבר לסעיפים 7(א) ו-7(ב) להצעת החוק,<sup>107</sup> שבהם נאמר במפורש כי: "מוצע כי החלטת המדינה לאמץ את מעשה עובד המדינה או שלא לאמץ, תהיה כפופה לביקורת הערכאה הדנה בתובענה במסגרת של הליך מקדמי ולא לביקורת בג"ץ, כדי למנוע כפל דיון בשתי ערכאות באותה שאלה, ומכיוון שהשאלות שיידונו במסגרת התובענה, ואופי הביקורת בהליך זה, אף שהוא מתנהל במסגרת תביעה נזיקית, יהיה מינהלי במהותו, כמתחייב מהעובדה שמדובר בביקורת על החלטה של המדינה, נטל ההוכחה בעניין כגון זה יוטל על הטוען נגד החלטת המדינה". למרות דברים ברורים

<sup>105</sup> ס' 27(ג) לפקודה.

<sup>106</sup> ת"א (שלום ת"א) 19466/06 **ירמיהו נ' בן ארויה**, תק-של 11747 (1)07 (2007). בעניין זה הגיש התובע "התנגדות" להודעת ההכרה. בית המשפט קיבל את עמדת המדינה, כי הדרך היחידה לתקוף הודעת הכרה היא בהגשת בקשה מטעם התובע לקבוע שאין מתקיימים תנאי החסינות, ולא די בהתנגדות להכרה בחסינות.

<sup>107</sup> דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון פקודת הנוזיקין (תיקון מס' 9) (אחריות עובד הציבור), התשס"ג–2002, ה"ח התש"ס–1999, 2832.

אלה, בתחילת הדרך התגלעה מחלוקת בשאלה זו בפסיקת בתי המשפט, כפי שיפורט בהמשך בהרחבה.

### 1.3 השגת עובד על אי-מתן הודעת הכרה או על הימנעות מהגשת בקשה לדחות את התביעה

המדינה אינה חייבת, כמובן, להגיש הודעת הכרה או לבקש לדחות את התביעה נגד העובד. מדובר בהחלטה המסורה לשיקול הדעת של הגורם המוסמך מטעם היועץ המשפטי לממשלה, המבוססת על עובדות המקרה, כפי שהן עולות מהתשתית המנהלית שנאספה והונחה בפניו, ועל פרשנות הדין. המדינה רשאית אפוא להחליט שבנסיבות מקרה מסוים אין ליתן הודעת הכרה: אם משום שהעובד כלל אינו זכאי לחסינות, שכן הוא אינו עונה על הגדרת "עובד המדינה" שבסעיף 7 לפקודה; אם משום שהוא אינו ממלא במדינה תפקיד שלטוני או שנתבע בגין מעשה שבוצע שלא במסגרת תפקידו השלטוני; אם משום שבנסיבות העניין, לא מתקיימת אחריות שילוחית בשל המעשה;<sup>108</sup> או משום שהמדינה הגיעה למסקנה, כי בנסיבות העניין ועל בסיס התשתית המנהלית שנאספה, מתקיים הסייג לחסינות, לאמור, העובד פעל לכאורה בזדון או בשוויון נפש. במקרים אלה המדינה אינה נוהגת להגיש הודעת הכרה.

ייתכן גם מצב דברים שבו המדינה תגיש הודעת הכרה, אך תחליט שלא לבקש את דחיית התביעה נגד העובד. הדבר אפשרי רעיונית, אך בפועל מדובר במצבים חריגים ונדירים ביותר, כגון במקרה שבו העובד חדל מלהיות עובד מדינה והוא אינו משתף פעולה עמה בניהול התביעה, או כאשר העובד מבקש מטעמיו להישאר נתבע אישית בתיק. הגשת הודעת הכרה בחסינות במצבים כאלה, אף שהמדינה אינה מבקשת לדחות את התביעה נגד עובד הציבור, מיועדת להבהיר שמתקיימים תנאי החסינות. במקרים שבהם ההחלטה שלא להגיש בקשה לדחות את התביעה האישית נגד עובד המדינה אינה על דעת עובד המדינה, מורה סעיף 27(ד) לפקודה, כי העובד רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה ליתן החלטה הקובעת שמתקיימים תנאי החסינות ולדחות את התביעה נגד העובד. עד עתה, ארבע שנים לאחר כניסת התיקון לתוקף, הוגשה רק "בקשת עובד" אחת, שנדחתה.<sup>109</sup>

<sup>108</sup> כגון במקרה שבו העובד פעל למטרותיו הוא, ולא למטרות המעביד.  
<sup>109</sup> בש"א (שלום ראש"ל צ) 5319/07 מינסטר נ' משטרת ישראל, תק-של 2008 (2) 13091 (2008). מדובר בהחלטה שדחתה בקשת עובד מדינה – שוטר שנתבע בניזקין בגין תקיפת התובעת – לקבוע שמתקיימים תנאי החסינות בעניינו. העובד פנה לבית המשפט לאחר שהמדינה החליטה שלא להגיש הודעת הכרה בחסינותו מהטעם העיקרי שהוא הורשע בפלילים בעבירת-כוונה בעניין המעשה שבגינו נתבע בניזקין, ומשכך, מתקיים החריג לחסינות. בקשת העובד לקבוע שמתקיימים תנאי החסינות בעניינו נדחתה.



#### 1.4 בדיקת הודעת ההכרה – לפי כללי המשפט המנהלי

כפי שצוין לעיל, הליך ההשגה על החסינות במקרה שבו נתנה המדינה הודעת הכרה בחסינות העובד הוא הליך מקדמי, שנועד לעסוק בסוגיית החסינות בלבד, ובמסגרתו בודק בית המשפט האם מתקיימים תנאי החסינות. שאלה שהתעוררה בפסיקה בתחילת דרכו של התיקון הייתה: על פי איזו מערכת דינים יש לבחון שאלה זו – האם על פי המשפט האזרחי או על פי כללי המשפט המנהלי. עמדת המדינה היא כי הבדיקה צריכה להיעשות לפי כללי המשפט המנהלי, דהיינו, על בית המשפט לבחון אם ההחלטה הייתה סבירה, נבעה משיקולים עניינים, וכו'. עמדה זו נתמכה בדברי ההסבר להצעת החוק, כפי שפורטו לעיל, ובתכלית החסינות.

ואכן, בתי המשפט שדנו בהודעות הכרה בחסינות קיבלו עמדה זו של המדינה. מסיבה זו נדחו טענות שהועלו על ידי תובעים שונים, כי המבחן לעניין זה הוא המבחן המנחה בעניין סילוק על הסף של תביעה. השאלה לפי מבחן זה היא זו: בהנחה שיעלה בידי התובע להוכיח את הטענות העובדתיות המהותיות הנטענות בתביעתו – האם הוא יהא זכאי לסעד שהוא תובע? רק אם התשובה שלילית, ניתן לומר שכתב התביעה אינו מגלה עילה, ויש הצדקה להורות על מחיקתה על הסף.<sup>110</sup> אם קיימת אפשרות, ולו קלושה, שעל פי עובדות כתב התביעה התובע יהא זכאי לסעד שהוא מבקש, אין למחוק את התביעה. כלומר, מדובר במבחן מחמיר, שנקודת המוצא שלו היא שבית המשפט לא ימנע מהתובע לברר עניינית את תביעתו אלא במקרים חריגים, כאשר קיימת הצדקה ברורה לכך בהתאם למבחן דלעיל. התפיסה ביסוד מבחן זה היא שמחיקת תביעה או דחייתה על הסף הן בגדר אמצעים הננקטים בלידת ברירה, במקרים קיצוניים ויוצאי דופן, ואם תיקון כתב התביעה עשוי למנוע את הצורך למחוק על הסף את התביעה, תינתן לתובע האפשרות לתקן את תביעתו, והיא לא תסולק על הסף.<sup>111</sup>

פסק הדין המנחה בשאלה אם יש להחיל מבחן זה בהקשר של בחינת ההכרה בחסינות ניתן בבית המשפט המחוזי בת"א בעניין ספוז'ניקוב בבר"ע.<sup>112</sup> מקרה זה עסק בתביעה אישית נגד עובדי המשרד לאיכות הסביבה, בטענה כי הם נקטו אכיפה פלילית סלקטיבית כלפי התובעים בתחום הפיקוח על חומרים מסוכנים והתעמרו בהם.<sup>113</sup> בית משפט השלום קבע, כי יש לבחון את השאלה לפי המבחנים המקובלים

<sup>110</sup> יואל זוסמן סדר הדין האזרחי 384 (מהדורה שביעית, שלמה לוי עורך, 1995).

<sup>111</sup> ראו למשל: ע"א 35/83 חסין נ' פלדמן, פ"ד לו(4) 721 (1983).

<sup>112</sup> בר"ע (מחוזי ת"א) 1934/07 מדינת ישראל נ' מרכי ספוז'ניקוב בע"מ, תק"מ 4(07) 12806 (2007) (להלן: עניין ספוז'ניקוב בבר"ע).

<sup>113</sup> שם. יצוין, כי בסופם של אותם הליכים הורשעו התובעים ובית המשפט דחה את טענת האפליה וההתעמרות האישית בית משפט השלום.

בפסיקה בעניין מחיקה על הסף של תביעה לפי תקנות סדר הדין האזרחי,<sup>114</sup> המדינה הגישה בקשת רשות ערעור שהוגשה על החלטה זו, שהתקבלה. בית המשפט המחוזי קבע, כי את התקיימות החסינות אין לבדוק לפי ניסוח כתב התביעה, אלא לפי התשתית המנהלית שעמדה לפני הגורם המוסמך; כי המבחנים של סילוק על הסף של תביעה אינם רלוונטיים; וכי הביקורת השיפוטית בסוגיית החסינות תיעשה לפי כללי המשפט המנהלי. בית משפט השלום בת"א בעניין **שטוב**<sup>115</sup> הלך בדרכו של בית המשפט בעניין **ספוז'ניקוב בבר"ע**. לדעתנו, זוהי העמדה הנכונה, משום שהיא מעוגנת כאמור בדברי ההסבר להצעת החוק ותואמת את תכליות החסינות. אכן, יישום המבחנים האזרחיים לסילוק על הסף במסגרת הביקורת השיפוטית על ההכרה בחסינות ירוקן את הסדר החסינות מכל תוכן. זאת, שכן די שהתובע ינסח את כתב תביעתו באופן המייחס לעובד הציבור פעולה בחוסר תום לב כדי לשלול את חסינותו, והרי מטרת הסדר החסינות היא לשלול מהתובע את הכוח להיטפל לעובד. הלכה זו מוצדקת גם בשים לב להבדלים בין תוצאות הסילוק על הסף האזרחי לבין תוצאות ההכרה בחסינות ודחיית התביעה נגד עובד הציבור: מחיקת התביעה על הסף מותירה את התובע ללא אפשרות לקבל סעד, אולם הותרת ההכרה בחסינות עובד הציבור על כנה ודחיית התביעה האישית נגדו משמרת באופן מלא את זכותו של התובע לסעד באותו הליך ממש, אם יוכיח את טענותיו, שכן הרשות נותרת כבעלת ריבו.

היות והביקורת השיפוטית בסוגיית החסינות צריכה להיעשות לפי כללי המשפט המנהלי, נדחתה בפסיקה גם הטענה כי שאלת התקיימות תנאי החסינות צריכה להתברר בדרך שבה מתבררות מחלוקות עובדתיות במשפט אזרחי. כך נקבע בבית המשפט המחוזי בירושלים בעניין **דהן** ובעניין **כהן**,<sup>116</sup> בבית המשפט המחוזי בת"א בעניין **כהן נ' ונדגמן** ובעניין **זהר**<sup>117</sup> ובבית המשפט המחוזי בחיפה בעניין **קיסין**.<sup>118</sup>

<sup>114</sup> ת"א (שלום ת"א) 52783/06 מרדכי ספוז'ניקוב בע"מ נ' מדינת ישראל – המשרד לאיכות הסביבה, תק-של 12641 (2)07 (2007).

<sup>115</sup> בש"א (שלום ת"א) 178868/06 שטוב נ' מנהל בתי הדין הרבניים, תק-של 407 (4)07 (2007).

<sup>116</sup> בש"א (מחוזי י"ם) 3665/06 דהן נ' מדינת ישראל, תק-מח 307 (3)07 13884 (2007); בר"ע (מחוזי י"ם) 4057/10 כהן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 3.10.2010).

<sup>117</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 1605/07 כהן נ' ונדגמן, דינים מחוזי 08 (38) 4 (2008); ת"א (מחוזי ת"א) 1985/09 זהר נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי 10 (60) 256 (2010).

<sup>118</sup> ת"א (מחוזי חי') 439/08 א.ב. קיסין (סוכנויות גז) נ' משרד התשתיות הלאומיות, תק-מח 09 (3) 11934 (2009) (להלן: עניין קיסין); וראו: עניין עיזבון בראא, לעיל ה"ש 61. החלטות בתי משפט השלום שקבעו אף הם כי יש לבחון את הודעת ההכרה בחסינות במבחיני המשפט המנהלי: ת"א (שלום רח') 1596/06 פסטרנק נ' עודי, תק-של 07 (1)07 17298 (2007); עניין רווח, לעיל ה"ש 104; עניין פניץ, לעיל ה"ש 104; בש"א (שלום ראשל"צ) 1792/07 לוי נ' זיילר, תק-של 07 (4)07 6693 (2007) (להלן: עניין זיילר); עניין מינסטר לעיל ה"ש 109; עניין אסוס, לעיל ה"ש 65; ת"א (שלום חי') 750-04-09 טסלר נ' בר יהושע, דינים שלום 10 (88) 579

עמדה זו היא העמדה שהתבססה בפסיקה במרוצת הזמן, ונראה כי כיום אין עוד חולק עליה.<sup>119, 120</sup> לדעתנו, בצדק נדחתה הגישה שלפיה את התקיימות תנאי החסינות יש לבדוק באופן שבו מבררים פלוגתאות עובדתיות במשפט אזרחי. "הגישה האזרחית" סותרת את כוונת המחוקק, שלפיה, את הביקורת השיפוטית יש לקיים כאמור לפי כללי המשפט המנהלי. קיום ביקורת שיפוטית על ההחלטה בסוגיית החסינות לפי כללי המשפט האזרחי תגרום לכפל דיון – הצורך להוכיח את המיוחס לעובד המדינה, ובמיוחד כי פעל תוך יסוד נפשי של זדון או שוויון נפש בראיות אזרחיות יידרש הן בהליך הסף בענין החסינות והן בהליך העיקרי. בנוסף, אין זה סביר לנהל בירור עובדתי על דרך הוכחות אזרחיות, במסגרת הליך מקדמי, בטרם התקיימו בין הצדדים הליכים מקדמיים וקדמי משפט המיועדים להבשלת תיק לשמיעה. לבסוף, מהלך כזה יעקר מתוכן גם את קביעת המחוקק לקיים את הביקורת השיפוטית בסוגיית החסינות לאלתר, בטרם כל דיון אחר, שכן לא יהיה עוד טעם בפיצול בין שלב הדיון בחסינות לבין שלב הדיון בתיק העיקרי.

(2010); ת"א (שלום י"ם) 35516/08 רגו'אן נ' משטרת ישראל – מדינת ישראל, תק-של 109 (1) 17538 (2009); ת"א (שלום י"ם) 1773/09 פלק נ' בלינקי, תק-של 409 (4) 20709 (2009); ת"א (שלום ת"א) 159198/09 זה"ב נ' רותם, דינים שלום 103 (3) 3737 (2009); בש"א (שלום י"ם) 2471/09 מדינת ישראל נ' מהרט, תק-של 409 (4) 8570 (2009); ת"ק (קריית ארבע) 9/09 פס נ' משמר הגבול – משטרת ישראל (לא פורסם, 7.1.2010); ת"א (שלום י"ם) 7892/09 גולדמינץ נ' מדינת ישראל, דינים שלום 10 (128) 918 (2010). מנגד, ראו בש"א (שלום ת"א) 171502/06 שטנגר נ' איציק, תק-של 107 (1) 7436 (2007), שם סבר בית המשפט כי את התקיימות תנאי החסינות יש לבחון באופן עובדתי, לאמור, תוך הכרעה עובדתית בשאלה, האם העובד ביצע את המיוחס לו במסגרת תפקיד שלטוני ולא פעל בזדון. עם זאת, יוער כי היה זה המקרה הראשון, בתחילת דרכו של התיקון, שבו נדרש בית משפט כלשהו לסוגיית חסינות עובדי המדינה. גישה זו נדחתה בפסיקה המאוחרת יותר של הערכאות הדיוניות, כמפורט לעיל, וההלכה, מכל מקום, היא כבתי המשפט המחוזיים.

119 בש"א (מחוזי ת"א) 12915/07 פלקסר נ' מדינת ישראל, תק-מח 407 (4) 14209 (2007) (על ההחלטה בתיק זה תלוי ועומד ערעור בבית המשפט העליון – ע"א 1649/09); עניין הולנדר בכר"ע, לעיל ה"ש 97.

120 לדוגמה להפעלת הביקורת השיפוטית על פי כללי המשפט המנהלי ראו: ת"א (שלום ת"א) 17707/08 מרדכי נ' פרו, תק-של 09 (2) 30001 (2009). הוגשה הודעת הכרה בחסינות שוטר שנתבע אישית בגין התנהלות אלימה כלפי התובע במהלך פינוי עמונה. ההודעה הוגשה על רקע זיכוי השוטר בהליך פלילי שננקט נגדו, ולאחר שהמדינה חזרה בה, מערעור שהגישה, בהמלצת בית המשפט. התובע תקף את הודעת החסינות. בית המשפט אישר את הודעת ההכרה. בית המשפט קבע כי הליך הביקורת השיפוטית בסוגיית החסינות נשלט על ידי כללי המשפט המנהלי. אמנם הוא סבר כי היה מקום לערוך בדיקה נוספת ביחס להליכים הפליליים, ובכלל זה בנוגע לשאלה מדוע המדינה חזרה בה מהערעור, אך עם זאת, לא מצא שיש להתערב בהודעת ההכרה.

## 1.5 הדיון בבקשות בעניין החסינות – לאלתר

כאמור, סעיף 7ב(ה) קובע כי הטיעונים לחסינות יועלו בשלב הראשוני, ובית המשפט יידרש לדון בהם לאלתר. משמעות הדבר היא למעשה קיומו של הליך מקדמי, לפני דיון בסוגיות מקדמיות נוספות או אחרות בתובענה, שבמסגרתו תתברר שאלת החסינות, ושאלה זו בלבד. התקנות מורות כי בקשת תובע תוגש תוך 14 יום מיום שהומצאה לו הודעת ההכרה והבקשה לדחות את התביעה נגד עובד המדינה, ואילו בקשת עובד המדינה תוגש בתוך 14 ימים מהמועד האחרון להגשת הודעת הכרה.<sup>121</sup> זאת, במטרה להבטיח שאכן שאלת החסינות תידון כשאלה מקדמית ראשונה, וכי הדיון בה לא יידחה לסוף ההליך. דחייה כזו משמעה למעשה ריקון החסינות מתוכן: מטרת החסינות היא למנוע דיון בשאלת אחריותו האישית של העובד, מן הטעמים שפורטו לעיל. במקרה של השגה על הודעת ההכרה, אם לא תוכרע השאלה כשאלה מקדמית ראשונה, ייוותר העובד כצד לתביעה, ותכלית החסינות – להסיר את האיום שבאחריות האישית בניזקין ובהתדיינות האישית מעל ראשו – תסוכל.<sup>122</sup>

## 2. הליך ההכרה בחסינות כשהעובד הוא עובד רשות ציבורית – כללי

סעיף 7ג לפקודה קובע את הליך ההכרה בחסינות כשעובד הציבור הנוגע לעניין הוא עובד רשות ציבורית, דהיינו רשות מקומית או תאגיד שהוקם בחוק, המנוי בתוספת. הסעיף מורה, כי אם הוגשה תובענה נגד עובד רשות ציבורית בשל מעשה שעשה בעת מילוי תפקידו, רשאים הרשות הציבורית או העובד להגיש לבית המשפט בקשה כי בית המשפט יקבע שמתקיימים תנאי החסינות, לפי סעיף 7א לפקודה. הסעיף מורה, כי אם הוגשה בקשה כאמור – בין שמטעם העובד עצמו ובין שמטעם הרשות הציבורית – והרשות לא הייתה צד לתובענה, יצרף אותה בית המשפט להליך, ולאחר מכן יקבע אם התקיימו תנאי החסינות אם לאו.<sup>123</sup> במקרה שבו קבע בית המשפט כי

<sup>121</sup> סעיפים 7(א) ו-7(ב) לתקנות, בהתאמה.

<sup>122</sup> ראו לעניין זה: עניין ספוז'ניקוב בבר"ע, לעיל ה"ש 112. כן ראו: עניין זיילר, לעיל ה"ש 118.

<sup>123</sup> ס' 7ג(א) לפקודה: "א) הוגשה תובענה נגד עובד רשות ציבורית על מעשה שנעשה בעת מילוי תפקידו כעובד הרשות הציבורית, רשאים הרשות הציבורית או העובד לבקש, בתוך תקופה שתיקבע בתקנות, כי בית המשפט יקבע שמתקיימים תנאי החסינות לפי סעיף 7א לגבי מעשה העובד, אם נעשה המעשה; הוגשה בקשה כאמור, תצורף הרשות הציבורית להליך, אם לא צורפה אליו כנתבעת, ובית המשפט יקבע האם התקיימו תנאי החסינות לפי סעיף 7א". להחלטות שדחו בקשות להכרה בחסינות עובד ציבור שהוא עובד רשות ציבורית משום שלא התקיים ההליך על פי הוראות הפקודה והתקנות ראו, למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 1214/05 סיון נ' הרשות הפלסטינית, דינים מחוזי 2009 (73) 148; ת"א (שלום נצ') 14455-02-09 אריאב נ' בר, דינים שלום 2009 (48) 155 (מתן אורכה להגשת בקשה על פי התקנות); עניין נקר, לעיל ה"ש 67.

התקיימו תנאי החסינות, תצורף הרשות הציבורית להליך ויחולו לגבי התביעה אותם כללים שחלים בנוגע לתובענה של עובד המדינה שהוכרה חסינותו, דהיינו, יראו את המעשה כאילו נעשה במסגרת מילוי תפקידו של העובד ואת אחריות הרשות הציבורית, כאחריות שילוחית למעשיו.<sup>124</sup> וכמו בתובענה נגד עובד המדינה, גם בתובענה נגד עובד רשות ציבורית מורה הפקודה כי בית המשפט ידון בבקשה בעניין החסינות "לא לתר".<sup>125</sup>

ניתן אפוא לראות כי המבחן המהותי לזכאות לחסינות הקבוע בסעיף 7א הוא אחד לעובדי המדינה ולעובדי הרשויות הציבוריות, ואילו הליך ההכרה בחסינות שונה. המדינה מגישה בנוגע לעובדיה הודעת הכרה ולא בקשה, ואילו רשות ציבורית המעוניינת שתביעת נזיקין נגד עובד שלה תידחה, צריכה להגיש בקשה לבית המשפט. כלומר בנוגע לעובד ציבור שהוא עובד רשות ציבורית, אין "הודעת הכרה".<sup>126</sup> המדינה אינה מגישה הודעות הכרה בנוגע לעובדי רשויות ציבוריות, משום שאינה אחראית למעשיהם באחריות שילוחית, שכן הם אינם עובדיה אלא עובדי גופים אחרים. מהעבר האחר, החוק אינו מתיר לרשויות הציבוריות להגיש הודעת הכרה לבית המשפט, שאחריה – בהיעדר השגה מצד התובע – אין לבית המשפט שיקול דעת אלא לדחות את התביעה.

תחת זאת, החוק קובע בסעיף 7ג לפקודה, כי רשות ציבורית המבקשת להביא להכרה בחסינות עובד ציבור שנתבע ולהביא לדחיית התביעה נגדו צריכה להגיש בקשה לבית המשפט, אשר לו מסורה הסמכות להחליט אם מתקיימים תנאי החסינות ואם יש לדחות את התביעה נגד העובד. הטעם העיקרי להבדל בהליך בין עובד המדינה לעובד הרשות הציבורית הוא, שביחס לעובדי מדינה קיים גורם מרכזי חיצוני ואובייקטיבי – היועץ המשפטי לממשלה, אשר להנחיותיו המקצועיות כפופות רשויות המדינה, ואילו בנוגע לעובדי הרשויות הציבוריות כאמור אין גורם כזה וגם אין גורם שלטון מרכזי אחר שלו כפופות רשויות אלו. מנגד, אין זה רצוי להותיר את ההחלטה בידי היועץ המשפטי של הרשות, שאינו גורם חיצוני ובלתי תלוי, אלא חלק ממנה. לפיכך סבר המחוקק כי הדרך הנכונה היא להסמיך את בית המשפט להחליט בשאלת חסינותו של עובד רשות ציבורית. התובע, כמובן, רשאי להתנגד לבקשת הרשות להכיר בחסינות, ובמקרה זה יתקיים הליך על פי ההסדר שנקבע בסעיפים

<sup>124</sup> ס' 7ג(ב) לפקודה: "קבע בית המשפט כי התקיימו תנאי החסינות לפי סעיף 7א, תידחה התובענה נגד עובד הרשות הציבורית, ויחולו הוראות סעיף 7ב(ב), בשינויים המחויבים; קבע בית המשפט שעובד הציבור עשה את המעשה שלא תוך כדי מילוי תפקידו – תידחה התובענה נגד הרשות הציבורית".

<sup>125</sup> סעיף 7ג(ג) לפקודה: "בית המשפט יחליט בבקשת הרשות הציבורית או העובד כאמור בסעיף קטן (א), לא לתר".

<sup>126</sup> להחלטה מוטעת בעניין זה ראו: בש"א (מחוזי ת"א) 11196/07 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ת"א פו נ' הילה ר.ג. ייעוץ, תק-מח 308 (3) 8454 (2008).

8–9 לתקנות. אין צורך לצרף את הרשות כצד לתביעה לפני הדיון בבקשה בעניין החסינות, אלא צירוף הרשות (או אי-צירופה), היא תוצאה של ההחלטה בבקשה, כפי שקבוע בנוגע למדינה.<sup>127</sup>

מבחינת סדרי הדיון, אין למעשה הבדלים נוספים – פרט להבדל העיקרי שתואר לעיל – בין הדיון בחסינות עובד הציבור שהוא עובד המדינה לדיון בחסינות עובד הציבור שהוא עובד רשות ציבורית אחרת. כתב התביעה וכלל החומר הרלוונטי מומצאים, בהתאם להוראת סעיף 2(ב) לתקנות, ליועץ המשפטי של הרשות הציבורית.<sup>128</sup> אישורו של זה נדרש להגשת הבקשה לבית המשפט לקבוע שעובד הציבור הנתבע חסין.<sup>129</sup> כמו עובד המדינה, גם עובד הרשות הציבורית, שמעבידתו הרשות נמנעה מלבקש מבית המשפט להכיר בחסינותו, רשאי להגיש בקשה להכרה בחסינות, כאמור בסעיף 7(א) לפקודה. גם בקשה זו תידון בהתאם להוראת סעיף 10 לתקנות. כמו במקרה של עובד המדינה, גם בקשות לעניין חסינותו של עובד רשות ציבורית, מורה הפקודה בסעיף 7(ג), יידונו לאלתר, מאותם טעמים.<sup>130</sup>

## 2.1 כיצד תיבחן בקשת הרשות להכיר בחסינות ובאיזה שלב?

כיצד יש לבחון את בקשת הרשות להכיר בחסינות עובד הרשות? האם החלטתה להגיש בקשה כזו תיבחן לפי כללי המשפט המנהלי, בדומה להליך הבחינה של הודעת הכרה בחסינות הניתנת בנוגע לעובד המדינה, או לפי כללי המשפט האזרחי הרגילים? בשאלה זו נחלקו הדעות בפסיקה.

יש הסוברים כי בשל ההבדל בין הליך ההכרה בחסינות עובדי המדינה (החלטה מנהלית), לבין הליך ההכרה בחסינות עובד הרשות המקומית (החלטה שיפוטית), ובאין יכולתה של הרשות המקומית להכיר בחסינות, אין מקום לבחון את בקשת הרשות לפי כללי המשפט המנהלי, כפי שמקובל לבחון את הודעת ההכרה בחסינות עובדי המדינה.<sup>131</sup> בכמה תיקים נקבע שאת בקשת הרשות לדחיית התביעה על הסף נגד העובד יש לבחון בהתאם למבחנים המקובלים בנוגע לדחייה על הסף ולא בהתאם לכללי המשפט המנהלי, ולפיכך, כאשר נדרש ליבון עובדתי, יש לדון בה במסגרת ההליך העיקרי. כך היה למשל בעניין **נבות**,<sup>132</sup> בעניין **מישלי**,<sup>133</sup> ובעניינים אחרים.<sup>134</sup>

<sup>127</sup> להחלטה מנוגדת ומוטעית, לדעתנו, בכל הכבוד, ראו: בש"א (שלום ת"א) 207042/09 בר נ' זינגר תק-של (1)09 31772 (2009).

<sup>128</sup> ראו גם: עניין **נקר**, לעיל ה"ש 67.

<sup>129</sup> ס' 8 לתקנות.

<sup>130</sup> ס' 11 לתקנות.

<sup>131</sup> בש"א (שלום ת"א) 182718/08 (ת"א 49650/08) **מועצה מקומית קרני שומרון נ' גולן**, תק-של (4)09 7809 (2009); ת"א (שלום חי') 4831/08 **אלרחה נ' פרץ**, תק-של (3)09 21683 (2009).

<sup>132</sup> בש"א (שלום חי') 3953/08 **נבות נ' קיסר**, תק-של (2)08 6616 (2008).

מנגד, היו שסברו כי על אף השוני בהליך ההכרה בחסינות, גם את בקשת הרשות יש לבחון לפי כללי המשפט המנהלי (עניין **עמותת תל גיבורים**, עניין **הפנר**<sup>135</sup> ואחרים<sup>136</sup>). כך, למשל, בעניין **קוטלר**<sup>137</sup> שבו נדונה בקשה להכיר בחסינותם של ראש עיריית תל-אביב, מנהל האגף לשיפור פני העיר ומהנדס באגף התכנון והבנייה, בחן בית המשפט את אופן הגשת הבקשה על ידי העירייה, וקבע כי משמעותו של האישור שמסר היועץ המשפטי של המבקשת היא כי הגורמים המוסמכים אצל המבקשת בדרך ומצאו שהמשיבים הפורמליים פעלו תוך כדי מילוי תפקידם השלטוני, וכי מבחינת המבקשת לא מתקיים החריג לחסינות. באותו עניין החליטה העירייה להעניק למשיבים הפורמליים גיבוי לפעולותיהם. היא טענה כי לאחר בדיקה ובחינה של הנסיבות הרלוונטיות נמצא כי המבקשים פעלו תוך ביצוע תפקידם השלטוני, וכי פעילותם נעשתה בתחום הרשאתם החוקית, במסירות ובמקצועיות ראויה, ולא נמצא כל דופי בעבודתם המקצועית. בנסיבות העניין סבר בית המשפט כי לא נפל פגם בשיקול דעתה של המבקשת, וכי החלטתה לעתור לדחיית התביעה נגד המשיבים הפורמליים נוכח חסינותם, אינה חורגת מגדר מתחם הסבירות. מה עוד שאין משמעות מעשית מזיקה למשיבים, שכן המבקשת היא שתישא באחריות ותפרע את נזקיהם (ככל שיוכחו).

אנו סבורות, בכל הכבוד, כי זו הגישה הראויה. לדעתנו, אין בסיס להבחנה שלפיה לגבי עובדי המדינה יש לבחון את הודעת ההכרה במשקפי המשפט המנהלי, ואין לעשות כן בנוגע לעובדי רשות ציבורית, בהיעדר הודעת הכרה.<sup>138</sup> אין כל הבדל לעניין זה בין עובד המדינה לבין עובד רשות מקומית, שכן תכלית החסינות בנוגע לשניהם אחת היא. גם החלטת רשות ציבורית להגיש בקשה לבית המשפט שיקבע שעובד ציבור המועסק אצלה ונתבע בשל תפקידו השלטוני, נהנה מחסינות, היא החלטה מנהלית. על בית המשפט הן בבקשה לבחון את סבירות ההחלטה להגיש את

<sup>133</sup> בש"א (שלום רח') 2153/07 מועצה מקומית גדרה נ' מישלי, תק-של (3)08 (2008) (להלן: עניין מישלי).

<sup>134</sup> למשל: בש"א (אזורי ת"א) 8771/07 המועצה הדתית נתניה נ' כהן, תק-עב (4)07 (2007) 8783; בש"א (נצ') 6250/07 אשל נ' חייט, תק-של (1)08 (2008) 2521; בש"א (שלום רח') 1868/08 חן נ' אמסיס, תק-של (3)08 (2008) 21481.

<sup>135</sup> בש"א (שלום ת"א) 169133/08 עמותת תל גיבורים – אגודה לזכויות האדם נ' בלסנהיים, תק-של (4)08 (2008) 17386 (להלן: עניין תל גיבורים); בש"א (שלום ראשל"צ) 1125/07 הפנר נ' קמחי, תק-של (2)07 (2007) 25074.

<sup>136</sup> בש"א (שלום ת"א) 168952/08 שמעוני נ' בן גל, תק-של (4)08 (2008) 1014; בש"א (שלום ת"א) 161625/09 גרמן נ' כרם, תק-של (3)09 (2009) 8180; ת"א (שלום ק"ג) 715/08 כהן נ' פריץ, דינים שלום 2010 (149) 271.

<sup>137</sup> בש"א (שלום ת"א) 162405/08 עיריית תל-אביב-יפו נ' קוטלר, תק-של (3)08 (2008) (להלן: עניין קוטלר).

<sup>138</sup> בש"א (שלום א') 1455/06 עיריית אילת נ' ביטון, תק-של (2)08 (2008) 19623.

הבקשה בהתאם למבחני המשפט המנהלי, ואם מדובר בהחלטה סבירה – להיעתר לה. החלטת מבחני הסילוק על הסף האזרחיים והשארית שאלת חסינותו של עובד הציבור פתוחה להכרעה במסגרת הדיון בתובענה העיקרית מרוקנת מתוכן את הוראות החסינות, שכן העובד נאלץ להתמודד עם תביעה אישית נגדו, על כל הכרוך בכך, עד לסיום התיק העיקרי, בניגוד לתכלית החסינות, ולהוראת התיקון כי הדיון בבקשה יתקיים לאלתר. היות והבחנה צריכה להיעשות לפי כללי המשפט המנהלי, אין גם מקום לבחינת שאלת התקיימות תנאי החסינות בדרך שבה מבררים פלוגתאות בהליך אזרחי, וזאת מאותם הטעמים שעליהם עמדנו בעניין עובדי המדינה, בפרק ה' (סעיף 1.4).

### 3. האם הכרח לקיים דיון בעל פה בבקשה, תוך חקירת מצהירים?

הוראת תקנה 10 לתקנות קובעת כי על הגשת בקשה לפי סעיף 7ב(ג) לפקודה (בקשה של תובע לקבוע שאין מתקיימים תנאי החסינות), לפי סעיף 7ב(ד) לפקודה (בקשה של עובד מדינה שלא הוכרה חסינותו לקבוע שמתקיימים תנאי החסינות), או לפי סעיף 7ג(א) לפקודה (בקשת הרשות המקומית או עובד הרשות הציבורית לקבוע שמתקיימים תנאי החסינות) יחולו, בשינויים המחויבים ובכפוף להוראות התקנות, הוראות סימן א' בפרק כ' לתקנות סד"א שעניינו בקשות בכתב.<sup>139</sup> תקנה 241(ד) לתקנות סד"א מאפשרת מתן החלטה בבקשה על יסוד הבקשה והתשובות שניתנו לה "או, אם ראה צורך בכך, לאחר חקירת מצהירים על תצהיריהם". בתקנה 11(א) לתקנות הנזיקין נקבע: "במועד שיקבע לדיון יתייצבו המצהירים לחקירה על תצהיריהם, אלא אם כן הורה בית המשפט אחרת".

לדעתנו, ככלל על בית המשפט ליתן החלטה בבקשות הנוגעות לחסינות, על יסוד הבקשות, התגובות והתצהירים שצורפו להן, בלי צורך לקיים דיון. זאת, לנוכח הוראת תקנה 241(ד) לתקנות סד"א והוראת תקנה 11 לתקנות הנזיקין, המתירות לבית המשפט להחליט בבקשה, במקרים המתאימים, ללא צורך בחקירת המצהירים, ולנוכח אופיו המנהלי של ההליך בסוגיית החסינות. ממילא הדיון לא נועד לברר את המחלוקות לגופן בתיק עצמו, אלא אך לבדוק אם קיימת עילה מתחום המשפט המנהלי להתערב בהחלטת הגורם המוסמך בעניין החסינות או בהחלטת הרשות הציבורית לבקש להכיר בחסינות. כפועל יוצא של כך, גם במקרים שבהם בית המשפט מחליט לקיים דיון בבקשה, תוך חקירת המצהירים, החקירה צריכה להתמקד לדעתנו אך ורק בנושאים הרלוונטיים לעילות הביקורת השיפוטית (כמו קיום תשתית ראויה להחלטה בעניין החסינות). ואכן, כפי שיפורט בהמשך בפרק הנתונים, בפועל התקבלו מרבית ההחלטות בנושא ללא חקירה נגדית אלא בהסתמך על המסמכים שהוגשו לבית המשפט בלבד.

<sup>139</sup> תק' 240–246 לתקנות סדר הדיון האזרחי, התשמ"ד–1984 (להלן: "תקנות סד"א").



## 1. משפט משווה

כפי שתואר לעיל, דיני הנזיקין שלנו הם צאצאים של המשפט האנגלי, ואחים לשיטות משפט נוספות המשתייכות למשפחת המשפט המקובל.<sup>140</sup> לפיכך לא למותר להתייחס בקצרה לאופן שבו מסדירות שיטות משפט אלה את אחריותן של רשויות הציבור ואת אחריות עובדי הציבור.

### 1. אנגליה

נקודת המוצא של המשפט האנגלי היא שרשות ציבורית אינה נהנית מחסינות מפני תביעה בנזיקין ברשלנות רק משום שהיא רשות ציבורית.<sup>141</sup> זהו הדין החל משנת 1947, עת בוטל בחוק העיקרון שלפיו "The King Can Do No Wrong".<sup>142</sup> הקושי נעוץ במקרים שבהם ההתרשלות עוסקת בהפעלת סמכות שלטונית שיש עמה שיקול דעת או מילוי תפקיד שלטוני.<sup>143</sup> הפסיקה האנגלית ידעה תהפוכות בשאלה זו, מגישה מרחיבה, כפי שבאה לידי ביטוי בפסק הדין בעניין *Anns*,<sup>144</sup> דרך פסקי הדין המצמצמים בעניין *X v. Bedfordshire County Council* ובעניין *Stovin v. Wise*.<sup>145</sup> ועד להשפעתו של בית המשפט האירופי לזכויות האדם ול- Human Rights Act 1988.<sup>146</sup> בתי המשפט באנגליה, לרבות בית הלורדים, עסקו רבות בשאלת אחריותן של רשויות ציבוריות בנזיקין (בעיקר בעוולת הרשלנות), אך לא הצליחו לגבש אמות מידה אחידות להכרעה בשאלה זו.<sup>147</sup> המטוטלת נעה בין גישה מרחיבה בשנות השבעים והשמונים של המאה ה-20, כפי שהשתקפה בעניין *Anns*, לגישה מצמצמת בשנות התשעים שמצאה ביטוי בעניין *Bedfordshire County Council*. הגישה המרחיבה גרסה כי אם לרשות סמכויות שהפעלתן יכולה להגן על הפרט, ואי-הפעלתן אינה סבירה, אזי הרשות תהא אחראית, ואילו הגישה המצמצמת התמקדה בעיקר בדרישה שהתובע יוכיח כי הכרה בחובת זהירות היא הוגנת, צודקת וסבירה

<sup>140</sup> יש הרואים בשיטתנו שיטת משפט מעורבת. ראו: דניאל פרידמן "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" **עיוני משפט** ה' 463 (1976).

<sup>141</sup> *Allen v. Gulf Oil Refining Ltd*, [1981] A.C. 1001 (H.L.)

<sup>142</sup> *Crown Proceeding Act*, 1947, 11 & 12 Goe 6., c 44 (Eng.)

<sup>143</sup> להרחבה בעניין המשפט האנגלי כפי שהיה עד שנות התשעים, ראו אצל גלעד "אחריות עובדי הציבור 1", לעיל ה"ש 6, בעמ' 360–374.

<sup>144</sup> *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)

<sup>145</sup> *X v. Bedfordshire County council* [1995] 2 A.C. 633; *Stovin v. Wise*, [1996] A.C. 923.

<sup>146</sup> ראו: JOHN MURPHY, *STREET ON TORTS* 47–58 (12<sup>th</sup> ed. 2007).

<sup>147</sup> *CHERIE BOOTH & DAN SQUIRES, THE NEGLIGENCE LIABILITY OF PUBLIC AUTHORITIES* 9 (2006).

בנסיבות העניין. הגישה המצמצמת הביאה לצמצום ניכר של אחריות הרשויות בנזיקין, ומשם לפסיקה שהושפעה מפסיקת בית הדין האירופי לזכויות האדם, ואשר הרחיבה שוב את אחריות הרשויות, החל מסוף שנות התשעים.<sup>148</sup> החל מאמצע העשור הנוכחי ניכרת שוב תנועת מטוטלת לכיוון צמצום האחריות של רשויות בנזיקין,<sup>149</sup> לרבות באמצעות צמצום ההכרה בחובת הזהירות של הרשויות.<sup>150</sup> כאשר לאחריות עובד הציבור, עובדי הציבור בבריטניה אינם נהנים מחסינות. למעשה, עד לביטולה של חסינות הכתר שימשה אחריותו האישית של עובד המדינה תחליף לאחריותו של הכתר מבחינת הניזוק, משום שעשיית עוולה על ידי נציג הכתר, בכיר או זוטור, נתפסה כמעשה שנעשה מחוץ לסמכותו. בפועל, עמדה הרשות מאחורי העובד ונשאה בפיצויים שחויב בהם. לאחר ביטול חסינות הכתר, אחריות הרשויות בנזיקין מושתתת בעיקר על מוסד האחריות השילוחית של הכתר למעשי עובדיו ושלוחיו, למעט אחריות ישירה. האחריות מוטלת על עובד הציבור וממנו מתרחבת לרשות הציבורית. בפועל, התביעות מוגשות לרוב נגד הרשות, כך שאין בעצם ייחוד לשאלת אחריותו של עובד הציבור לעומת אחריותו של עובד של גוף פרטי. ניתן אפוא לומר שהדין בנוגע לעובדי הציבור באנגליה דומה לדין שהיה קיים במשפטנו לפני חקיקת תיקון מס' 10 לפקודת הנזיקין (וכפי שהוא עודנו כיום ביחס לעובדי הציבור, שהחסינות אינה חלה עליהם).<sup>151</sup>

## 2. קנדה

מקורם של דיני הנזיקין במשפט הקנדי, במרבית הפרובינציות המרכיבות את קנדה (למעט קוויבק), הוא במשפט המקובל האנגלי. לפיכך, גם בקנדה נהג בעבר, עד שנות החמישים של המאה ה-20, העיקרון שלפיו "The King Can Do No Wrong". בדומה למשפט שלנו, גם שם, בשנת 1953, בוטלה החסינות האמורה,<sup>152</sup> וכיום היא נתפסת כדבר שחלף ופס מן העולם.<sup>153</sup> עם זאת, עדיין קיים גם בקנדה חריג בנוגע

148 Barret v. Enfield London Borough Council, [2001] 2 A.C. 550 (H.L.); Phelps v. Hilingdon London Borough Council, [2001] 2 A.C. 619 (H.L.)

149 למשל על ידי הצבת רף גבוה בפני תובע המבקש להוכיח כי הרשות התרשלה: Gorringe v. Calderdale Metropolitan Borough Council, [2004] 1 WLR 1057 (H.L.)

150 למשל: D v. East Berkshire Community NHS Trust, [2005] 2 A.C. 373 (H.L.)

151 להרחבה ראו: גלעד "אחריות עובדי הציבור 1", לעיל ה"ש 6, בעמ' 374-375.

152 ZOE Oxaal, "Removing That Which Was Indian from the Plaintiff": Tort Recovery for Loss of Culture and Language in Residential /schools Litigation, 68 SASK. L. REV. 367 (2005)

153 Elizabeth Adjin-Tettey, *Accountability of Public Authorities through Contextualized Determinations of Vicarious Liability and Non-Delegable Duties*, 57 UNIV. OF NEW BRUNSWICK L.J. 46 (2007)

להפעלת סמכויות שלטוניות.<sup>154</sup> הגשת תביעת נזיקין נגד רשויות ציבוריות בשל מעשים שעשו עובדיהן במסגרת מילוי תפקידם, בעוולת הרשלנות, כפופה כיום לכללים דומים מאוד לאלו המקובלים באנגליה ולמתווה שהתווה הנשיא שמגר בהלכת לוי אצלנו, דהיינו הדרישה לקיומה של שכנות כחלק מקביעת חובת הזהירות המושגית.<sup>155</sup> גם ההבחנה בין עשיית מעשים או מחדלים במסגרת הפעלת שיקול דעת רחב, להבדיל מסמכויות ביצוע מוכרת שם (וכך גם הביקורת על הבחנה זו, שלעתים אינה ישימה).<sup>156</sup> פרשנות מצטברת זו הביאה לכך שניתן לומר שכיום קיימת בקנדה גישה מצמצמת בנוגע לאחריות רשויות ציבוריות בנזיקין, בעיקר בעוולת הרשלנות.<sup>157</sup> בדומה לאנגליה, גם בקנדה עובדי הציבור אינם חסינים וניתן לתבוע אותם ישירות. אחריותם מצמיחה לרשויות אחריות שילוחית, ובפועל הרשות עומדת מאחורי עובד הציבור ונושאת בפיצוי הניזוק, אם הוטלה אחריות.<sup>158</sup>

### 3. ארצות-הברית

הממשל הפדרלי בארצות-הברית חסין, ככלל, מפני תביעות נזיקין. נוסף על הדוקטרינה הוותיקה של המשפט המקובל בעניין מעמד הריבון, שהייתה קיימת בארצות-הברית, נובעת חסינות זו גם מהוראותיה של "פסקת ההקצאות" – The Appropriation Clause – שבחוקה האמריקנית, אשר אוסרת הקצאת כספים מהאוצר הפדרלי שלא על פי חוק.<sup>159</sup> עקרון חסינות הריבון במשפט האמריקני קובע אפוא כי הממשל הפדרלי חסין מפני תביעות נזיקין, אלא אם כן הסכים לוותר על חסינותו.<sup>160</sup> עם זאת, אמנם הממשל חסין, אולם עובדיו לא היו חסינים בשל מעשי

<sup>154</sup> Just v. British Columbia, [1989] 2 S.C.R. 1228.

<sup>155</sup> הלכת לוי, לעיל ה"ש 21.

<sup>156</sup> MELANIE Randal, *Sex Discrimination, Accountability of Public Authorities and the Public/Private Divide in Tort Law: An Analysis of Doe v. Metropolitan Toronto (municipality) Commissioners of Police*, 26 QUEEN'S L.J. 451 (2001).

<sup>157</sup> Adjin-Tettey, לעיל ה"ש 153.

<sup>158</sup> שם, בעמ' 48.

<sup>159</sup> ס' 81(8) לחוקת ארצות-הברית קובע: "No money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law; and a regular Statement and Account of the Receipts and Expenditures of all public Money shall be published from time to time." לביסוס חסינות הממשל הפדרלי מפני תביעות נזיקין על פסקת ההקצאות ראו: Lawrence Rosenthal, *A Theory of Government Damages Liability: Torts, Constitutional Torts, and Takings*, U. PA. J. CONST. L. (2006). ניתן לצפייה בכתובת: <http://ssrn.com/abstract=878213> (נבדק לאחרונה ב-15.5.2011).

<sup>160</sup> United States v. H. Testan, 424 U.S. 392 (1976); United States v. Sherwood, 312 U.S. 584 (1941).

עוולה שעשו בעת מילוי תפקידם.<sup>161</sup> החריג העיקרי הידוע לחסינות הממשל הפדרלי קבוע בחוק שנחקק בשנת 1946, ה-Federal Tort Claims Act (להלן: "FTCA").<sup>162</sup> עד לחקיקת החוק הדרך היחידה לקבל סעד בנזיקין נגד ארצות-הברית הייתה פנייה לקונגרס לקבלת סעד באמצעות חקיקה פרטית – "Private Bills" או "Legislative Relief".<sup>163</sup> הוא יוצר מעין ייחוד עילה, בקבעו כי תרופה לפי החוק מוציאה תרופה לפי כל תביעה או עילה אחרת כלפי העובד, אשר ביצע את המעשה שבגיניו נתבע הממשל, כפי שיובהר בהמשך.<sup>164</sup> ה-FTCA מאמץ את עקרון השוואת המעמד בקבעו כי אחריותה של ארצות-הברית זהה, ככלל, לזו של אדם פרטי באותן נסיבות (האחריות היא אחריות שילוחית למעשה עוולה של העובד), למעט בשל פיצויים עונשיים.<sup>165</sup> בד בבד הוא קובע לעיקרון זה חריגים רבים,<sup>166</sup> שנועדו למנוע

<sup>161</sup> Brady v. Roosevelt Steamship Co. 317 U.S. 575 (1943).

<sup>162</sup> 28 U.S.C. § 1346, 2671-2680.

<sup>163</sup> הדבר היווה נטל כבד ובלתי רצוי על הקונגרס ויש האומרים, כי מטרתו של ה-FTCA הייתה לפטור את הקונגרס מעונש זה. ראו: William P. Kratzke, *Some Recommendations Concerning Tort Liability of Government and Its Employees for Torts and Constitutional Torts*, 9 ADMIN. L.J. AM. U 1105 (1996).

<sup>164</sup> ס' 2679(b) ל-FTCA קובע:

- "(b) (1) The remedy against the United States provided by sections 1346 (b) and 2672 of this title for injury or loss of property, or personal injury or death arising or resulting from the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment is exclusive of any other civil action or proceeding for money damages by reason of the same subject matter against the employee whose act or omission gave rise to the claim or against the estate of such employee. Any other civil action or proceeding for money damages arising out of or relating to the same subject matter against the employee or the employee's estate is precluded without regard to when the act or omission occurred.
- (2) Paragraph (1) does not extend or apply to a civil action against an employee of the Government—
- (A) which is brought for a violation of the Constitution of the United States, or
- (B) Which is brought for a violation of a statute of the United States under which such action against an individual is otherwise authorized".

<sup>165</sup> ס' 1346(b) ל-FTCA. אין בכך כדי לשלול הטלת אחריות אישית על הממשל. לשון הסעיף קובעת כך: "The United States shall be liable, respecting the provisions of this title relating to tort claims, in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances, but shall not be liable for interest prior to judgment or for punitive damages"

פגיעה בפעילויות ממשלתיות מסוימות עקב החשש מפני תביעות נזיקין; למנוע את חשיפת הממשל לתביעות סרק או לתביעות כוזבות ולמנוע הגשת תביעות מקום שיש תרופה נאותה אחרת.<sup>167</sup> החריג העיקרי הרלוונטי לענייננו הוא החריג בדבר ביצוע תפקיד או יישומו של חוק, ובכלל זה בדבר הפעלת שיקול דעת.<sup>168, 169</sup> חריג חשוב נוסף ורלוונטי לענייננו הוא זה השולל עילת תביעה בשל תקיפה, מעצר או מאסר שווא, נגישה, הוצאת דיבה, מצג שווא, מרמה וגרם הפרת חוזה.<sup>170</sup> חריג נוסף שנקבע בפסיקה קובע כי לא ניתן לתבוע בנזיקין את הממשל באחריות חמורה או מוחלטת.<sup>171</sup> הדין שיש ליישם בפרשנות החוק הוא הדין שהיה מפעיל בית המשפט של המדינה שבה אירע המקרה נושא התביעה (ובכלל זה גם דין פדרלי).<sup>172</sup> כאמור, החריג העיקרי ב-FTCA הוא החריג הראשון שכולל חסינות מפני מצבים של הפעלת

<sup>166</sup> למשל, בשל פעילות פסקלית ומוניטרית, מיסוי, פעילות קרביית בזמן מלחמה ופעילות במדינה זרה. ראו ס' 2680 ל-FTCA.

<sup>167</sup> Kosak v. United States, 465 U.S. 848 (1984).

<sup>168</sup> סעיף 2680(a) ל-FTCA. הוראת הסעיף היא כדלקמן: "(a) Any claim based upon an act or omission of an employee of the Government, exercising due care, in the execution of a statute or regulation, whether or not such statute or regulation be valid, or based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function or duty on the part of a federal agency or an employee of the Government, whether or not the discretion involved be abused". יש לשים לב, כי על פי לשונו, החריג לאחריית הממשל בעניין ביצוע תפקיד חל כאשר עובד הממשל עשה מעשה לשם ביצוע חוק או תקנה כשהוא פועל כאדם סביר וזהיר (Exercising Due Care). כלומר, הוא דומה לס' 7 לפקודת הנוזיקין, שבוטל במסגרת תיקון מס' 10 – הגנה לעובד הציבור אם ביצע את המעשה במסגרת מילוי תפקידו, אך לא בפני רשלנות. לעומת זאת, כאשר מדובר בהפעלת שיקול דעת, גם אם שיקול הדעת הופעל שלא כהלכה (Abused), לא ניתן יהיה לתבוע את הממשל. בית המשפט העליון של ארצות-הברית קבע, כי כדי שמעשה או מחדל ייכנס בגדר החריג בעניין שיקול הדעת, יש להראות כי המעשה עומד בשני תנאים: האחד, שכרוך בו מעצם טבעו שיקול דעת, והיינו, שמעצם טבעו יש בו יסוד של בחירה, והשני, כי המעשה או המחדל הנטען צריך להיות מבוסס על שיקולים של מדיניות ציבורית.

<sup>169</sup> Berkovitz v. United States, 486 U.S. 531 (1988); United States v. Gaubert, 499 U.S. 315 (1991).

<sup>170</sup> אם התקיפה, מעצר או מאסר השווא או הנגישה נעשו על ידי "Law Enforcement Officers", אזי הממשל לא ייהנה מחסינות סעיף 2680(h) לחוק. לכאורה, ניתן לעקוף את החסינות הנובעת מן החריג באמצעות הגשת תביעות בשל רשלנות, אך הדבר לא הותר (United States v. Shearer, 473 U.S. 52 (1985), שעסק בתקיפה). עם זאת, אם המעשה העומד ביסוד התביעה הוא תקיפה של אסיר בבית כלא פדרלי על ידי אסיר אחר, לא תהא לו עילת תביעה נגד הממשל בתקיפה, אבל כן תעמוד לו עילת תביעה ברשלנות (Panella v. United States, 216 F.2d 622 (1954)).

<sup>171</sup> Laird v. Nelms, 406 U.S. 797 (1972). לביקורת על פסק הדין ראו: Kratzke, לעיל ה"ש 163, בעמ' 1126.

<sup>172</sup> סעיף 1346(b).

שיקול דעת. נמתחה עליו ביקורת מרובה, בטענה שבתי המשפט פירשו אותו באופן כה רחב, עד שהפכו את החריג לכלל ואת הכלל – שיש אחריות – לחריג.<sup>173</sup> גם לגבי החריגים האחרים מקובלת פרשנות מרחיבה.<sup>174</sup> נראה אפוא שהאפשרות לתבוע את הממשל בנוזיקין מצומצמת למדי, לאור היקפם הרחב של החריגים.

נוסף על שאלת חסינות הממשל הפדרלי, קיימת בארצות-הברית גם שאלת חסינות המדינות והשלטון המקומי. פרט למדינת וושינגטון, חוקקו כל מדינות ארצות-הברית חוקים המגבילים את אחריות הממשל ועובדיו, בדומה ל-FTCA.<sup>175</sup> ההגבלות נקבעו בחיקוקים ספציפיים, והן מתייחסות להיבטים שונים של פעילות המדינות.<sup>176</sup> 42 מדינות חוקקו חוקים המגבילים את הפיצויים שניתן להטיל על עובדי המדינות במסגרת תביעת פיצויים.<sup>177</sup> כמו כן, שכיחות מאוד הוראות חוק המחייבות את המדינות לשפות את עובדיהן, במקרה של תביעת נזיקין על מעשה שנעשה במסגרת מילוי התפקיד, או לשלם במקומם את הפיצויים. בנוסף, לכל מדינה בארצות-הברית משפט מקובל משלה, ובכלל זה, כמובן, דיני הנזיקין.<sup>178</sup> לרוב, נמנעו בתי המשפט מהטלת אחריות על רשויות ציבוריות בהיעדרם של ביטוח, רשלנות חמורה או יחסי שכנות.<sup>179</sup>

- <sup>173</sup> לביקורת ראו: JAMES R. Levine, *The Federal Tort Claims Act: A Proposal for Institutional Reform*, 100 COLUM. L. REV. 1538 (2000). לפסיקה בעניין פרשנות החריג ראו אצל גלעד "אחריות עובדי הציבור 2", לעיל ה"ש 6, בעמ' 58–62.
- <sup>174</sup> לביקורת על פרשנותו הרחבה של החריג שעוסק בגביית מסים או עיכוב רכוש, לדוגמה, (הקבוע בסעיף 2680(c) ל-FTCA), ראו: Sarah Lahlue-Amine, *The Improper Expansion of Law Enforcement Officers Immunity under the Federal Tort Claims Act Detention of Property Provision: Why Immunity should Not Extend to Bureau of Prisons Officials*, 35 STETSON L. REV. 559 (2006).
- <sup>175</sup> החוק במדינת וושינגטון שימר את הסייג הידוע לאחריות הממשל בנוזיקין במקרים של הפעלת סמכות שבשיקול דעת.
- <sup>176</sup> כגון: פעולות שנעשו תוך הסתמכות על חיקוק; מעשים שנעשו במסגרת של עוולות מכוונות ספציפיות; ביטול או התליה של רישיון; מחדל בהפעלת סמכות פיקוח; מחדלים באכיפת החוק; קיום הליכים משפטיים או מנהליים; אי-מתן שירותי שיטור, כליאה, תביעה וכיבוי אש ברמה הנאותה. חלק מן החוקים מסייגים את אחריות המדינה בלבד, וחלקם מסייגים גם את אחריות העובד. בחלק מן המקרים, צמצום חסינות המדינה במקרים של הפעלת שיקול דעת מוגבל למצבים שבהם שיקול הדעת נוגע לשאלות מדיניות יסודיות.
- <sup>177</sup> לרשימה המלאה ולאסמכתאות ראו: Rosenthal, לעיל ה"ש 159.
- <sup>178</sup> העקרונות המנחים את דיני הנזיקין המדינתיים בארצות-הברית דומים לאלו המקובלים במשפט האנגלי והקנדי. כך, למשל, מקובלת ההבחנה בין חובה כלפי כלל הציבור, שאינה מקימה חובת זהירות בנוזיקין, לבין חובה כלפי מי שיש עמו יחסים מיוחדים (או אם תרצו, "שכנות") ראו, למשל, פסיקה לגבי חסינות מפני אי-מניעת פשע (תקיפה מינית): Doe v. State ex rel. the Mississippi Department of Corrections, 859 So. 2d 350 (2003).
- <sup>179</sup> לפסיקה ולביקורת על הפסיקה בהקשר של אי-מניעת תקיפה מינית ראו: Ellen. M. Bublick, *Tort Suits Filed by Rape and Sexual Assault Victims in Civil Courts: Lessons for*

שאלה נפרדת היא שאלת חסינותם של עובדי הציבור עצמם. עובדי הציבור, כאמור, לא היו בתחילת הדרך חסינים מפני אחריות בנזיקין בשל מעשה שעשו במילוי תפקידם. באשר לעובדי הממשל הפדרלי, נוצר השינוי בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין *Barr v. Mateo*,<sup>180</sup> שקבע כי עובדי הרשות הפדרלית בכל הדוגים נהנים מחסינות בנזיקין בשל עוולות שעשו במהלך מילוי תפקידם. לשונו של פסק הדין רחבה, ואף שההלכה ניתנה במקרה של הפעלת שיקול דעת, החסינות לא הוגבלה רק למצבים אלה ולכאורה היא חלה אף על עוולות שנעשו בזדון. חריג לחסינות מוחלטת זו קיים בתחום העוולות החוקתיות, דהיינו, בשל פגיעה בזכויות המעוגנות בחוקה. במקרים אלה החסינות אינה מוחלטת, אלא מסויגת, והיא תחול רק אם העובד פעל בתום לב, מתוך אמונה כי מעשהו היה בתחומי הסמכות.<sup>181</sup>

החל משנת 1988 חל בעניינם של עובדי הממשל הפדרלי חוק מיוחד, ה-Federal Employees Liability Reform and Tort Compensation Act,<sup>182</sup> שנועד להעניק לעובדי הממשל חסינות מוחלטת.<sup>183</sup> הסדר זה הוא ששימש השראה ומקור השוואה להסדר שנקבע אצלנו בתיקון מס' 10 לפקודת הנוזיקין. החוק מורה על החלפת עובד הציבור בממשל בכל מקרה שבו על אף החסינות מוגשת תביעה נגד עובד הממשל (או עזבונו) בשל מעשה שעשה במסגרת מילוי תפקידו, אם אישר התובע הכללי של ארצות-הברית כי העובד הנתבע פעל במהלך עבודתו ("Within the scope of his office or employment"). זאת, בין שהוגשה התובענה בבית משפט פדרלי ובין שהוגשה בבית משפט מדינתי (שאז לאחר מתן האישור על ידי התובע הכללי התובענה תועבר לבית משפט פדרלי). הן העובד והן התובע רשאים להשיג על אישור (או אי-אישור) כאמור של התובע הכללי ולהביא את הסוגיה להכרעת בית המשפט.<sup>184</sup> עם זאת, לא למותר לציין, כי מדובר בהסדר רחב יותר מן ההסדר הקבוע

*Courts, Classrooms and Constituents*, 59 S.M.U. L. REV. 55 (2006)

*Barr v. Mateo*, 360 U.S. 564, 79 S. Ct. 1335 (1959) <sup>180</sup>

*Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 <sup>181</sup>  
(1971).

28 U.S.C. § 2679 <sup>182</sup>

ולתגבר בכך על פסק דין שצמצם את חסינות עובדי הממשל באופן שלא הייתה לרוחו: *Westfall v. Erwin*, 484 U.S. 292 (1988) <sup>183</sup>.

סעיפים (c)-(e) 2679(c)-(e). בשל חשיבות הסעיפים, לא למותר להביאם במלואם: <sup>184</sup>

"c) The Attorney General shall defend any civil action or proceeding brought in any court against any employee of the Government or his estate for any such damage or injury. The employee against whom such civil action or proceeding is brought shall deliver within such time after date of service or knowledge of service as determined by the Attorney General, all process served upon him or an attested true copy thereof to his immediate superior or to whomever was designated by the head of

---

his department to receive such papers and such person shall promptly furnish copies of the pleadings and process therein to the United States attorney for the district embracing the place wherein the proceeding is brought, to the Attorney General, and to the head of his employing Federal agency.

- (d) (1) Upon certification by the Attorney General that the defendant employee was acting within the scope of his office or employment at the time of the incident out of which the claim arose, any civil action or proceeding commenced upon such claim in a United States district court shall be deemed an action against the United States under the provisions of this title and all references thereto, and the United States shall be substituted as the party defendant.
- (2) Upon certification by the Attorney General that the defendant employee was acting within the scope of his office or employment at the time of the incident out of which the claim arose, any civil action or proceeding commenced upon such claim in a State court shall be removed without bond at any time before trial by the Attorney General to the district court of the United States for the district and division embracing the place in which the action or proceeding is pending. Such action or proceeding shall be deemed to be an action or proceeding brought against the United States under the provisions of this title and all references thereto, and the United States shall be substituted as the party defendant. This certification of the Attorney General shall conclusively establish scope of office or employment for purposes of removal.
- (3) In the event that the Attorney General has refused to certify scope of office or employment under this section, the employee may at any time before trial petition the court to find and certify that the employee was acting within the scope of his office or employment. Upon such certification by the court, such action or proceeding shall be deemed to be an action or proceeding brought against the United States under the provisions of this title and all references thereto, and the United States shall be substituted as the party defendant. A copy of the petition shall be served upon the United States in accordance with the provisions of Rule 4(d)(4) of the Federal Rules of Civil Procedure. In the event the petition is filed in a civil action or proceeding pending in a State court, the action or proceeding may be removed without bond by the Attorney General to the district court of the United States for the district and division embracing the place in which it is pending. If, in considering the petition, the district court determines that the employee was not acting within the scope of his office or employment, the action or



אצלנו, בשני מובנים: הוא אינו מוגבל לעובדים הממלאים תפקיד שלטוני בלבד, והוא חל על פי לשונו, גם מקום שבו עובד הציבור פעל שלא כדין מתוך זלזול או בזדון. באשר לעובדי המדינות, הרי החוקים המגבילים את אחריותן בנוזיקין של המדינות מגבילים לרוב גם את אחריות העובד. במדינות רבות בארצות-הברית, הממשל המקומי נתפס כחלק מן הממשל המדינתי, ולפיכך הכללים החלים על עובדי המדינות חלים גם עליהם.

## ז. סוגיות נוספות שעלו בפסיקה

### 1. שאלת הנטל בהשגה על החסינות

השאלה הראשונה שנשאלה בהקשר של השגת התובע על מתן הודעת הכרה על ידי המדינה היא: על מי מוטל הנטל – האם על המדינה להוכיח כי מתקיימים תנאי החסינות, ולפיכך הייתה הצדקה ליתן הודעת הכרה, או שמא על התובע להוכיח שמתקיימת תשתית לחריג? עמדת המדינה היא, כי הנטל מוטל על התובע להוכיח שמתקיימת תשתית לחריג לחסינות, כפי שגם נאמר במפורש בדברי ההסבר להצעת החוק, התקבלה על ידי בתי המשפט.<sup>185</sup>

---

proceeding shall be remanded to the State court.

- (4) Upon certification, any action or proceeding subject to paragraph (1), (2), or (3) shall proceed in the same manner as any action against the United States filed pursuant to section 1346 (b) of this title and shall be subject to the limitations and exceptions applicable to those actions.
- (5) Whenever an action or proceeding in which the United States is substituted as the party defendant under this subsection is dismissed for failure first to present a claim pursuant to section 2675 (a) of this title, such a claim shall be deemed to be timely presented under section 2401 (b) of this title if—
  - (A) the claim would have been timely had it been filed on the date the underlying civil action was commenced, and
  - (B) The claim is presented to the appropriate Federal agency within 60 days after dismissal of the civil action”.

<sup>185</sup> בש"א (שלום ת"א) 171502/06 שטנגר נ' יהודה, תק-של 107 (1) 7436 (2007); עם זאת, בהחלטות שניתנו בעניינם של עובדי רשויות מקומיות נקבע, בטעות, כי הנטל להראות שמתקיימים תנאי החסינות מוטל על עובד הציבור. החלטות אלה, בכל הכבוד, אינן עולות בקנה אחד עם לשון החוק ותכליתו, כפי שקבעו בתי המשפט בהחלטות הנוגעות לעובדי המדינה. לעמדה שונה ראו: ת"א (שלום כ"ס) 3786/06 פנחס נ' עיריית פתח תקווה, תק-של 107 (2) 23386 (2007).

מה נדרש מתובע המבקש להשיג על הודעת הכרה בחסינות שניתנה במסגרת התובענה שהגיש? השאלה נוגעת במיוחד לעניין העמידה בנטל להוכיח, כי חל החריג לחסינות, דהיינו כי עובד הציבור עשה במסגרת תפקידו מעשה שלא כדיון, ככוונה לגרום נזק או מתוך שוויון נפש כלפי אפשרות גרימתו כאמור. בתי המשפט קבעו, תוך קבלת עמדת המדינה – במפורש או במשתמע – כי אין בעצם הגשת תצהיר בשם התובע, שבו הוא טוען כי עובד הציבור פעל ביודעין ככוונה לגרום נזק או מתוך שוויון נפש כלפי אפשרות גרימתו, משום עמידה בנטל (כך עולה מן ההחלטות בעניין **שטנגר**,<sup>186</sup> בעניין **שטוב**,<sup>187</sup> בעניין **פסטרנק**,<sup>188</sup> בעניין **פרץ**<sup>189</sup> ומהחלטות רבות נוספות). לדעתנו, אכן אין די בגרסת התובע לבדה, אף כשהיא נתמכת בתצהיר מטעמו, כדי להרים את הנטל המוטל עליו, שאם לא כן, הדבר היה מרוקן את החסינות מתוכן.

## 2. מתן החלטה חדשה בשאלת החסינות

לעובדה שעל החלטה בעניין חסינות עובד הציבור חלים כללי המשפט המנהלי יש משמעות גם לעניין שינוי החלטה קודמת. כידוע, הכלל הוא שהחלטה המנהלית אינה כפופה לעיקרון של גמר המלאכה או מעשה בית דין, ושיקולים שונים, לרבות שינוי נסיבות שחל מאז ההחלטה הקודמת, עשויים להצדיק בנסיבות מסוימות שינוי או ביטול ההחלטה.<sup>190</sup> לפיכך, הגורם המנהלי המוסמך להכריע בשאלת החסינות מוסמך לחזור ולהידרש להחלטתו המקורית ולשנותה, אם יש הצדקה לכך, כגון בשל שינוי נסיבות מאז מתן ההחלטה המקורית. חשוב לציין כי במקרה כזה הסמכות המקורית (הראשונית) להעריך מחדש את ההחלטה המקורית להכיר או שלא להכיר בחסינות נתונה בידי הגורם המנהלי כאמור, ולא בידי בית המשפט, אם כי התובע או עובד הציבור, לפי העניין, רשאי להשיג על ההחלטה החדשה בפני בית המשפט, בהתאם לכללים שפורטו לעיל.

עד כה נעשה שימוש על ידי הגורם המוסמך בסמכות לעיין מחדש בהחלטה המקורית עקב שינוי נסיבות בשני מקרים. בעניין **מינסטר**<sup>191</sup> לא הוכרה חסינותו של

186 ש.ם.

187 עניין **שטוב**, לעיל ה"ש 115.

188 עניין **פסטרנק**, לעיל ה"ש 118.

189 עניין **פרץ**, לעיל ה"ש 104.

190 ראו: יצחק זמיר, **הסמכות המנהלית**, כרך ב 981–1012 (1996); ע"א 196/90 **ירמיהו עיני, חברה לבנין בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריות**, פ"ד מז(2) 111, 131 (1993); עע"ם 1386/04 **המועצה הארצית לתכנון ובניה נ' עמותת נאות ראש העין, ע"ר**, תק-על(2) 2237 (2008).

191 עניין **מינסטר**, לעיל ה"ש 109.

שוטר בהודעת ההכרה המקורית שניתנה, מהטעם העיקרי שהוא הורשע בפלילים בעברת כוונה בעניין שבגיניו הוגשה נגדו תביעת הנוזיקין (שכן ההרשעה ביססה תשתית מנהלית להתקיימות החריג לחסינות). בית המשפט דחה את בקשת השוטר לקבוע שמתקיימים תנאי החסינות בעניינו, ובכך אישר את החלטת הגורם המוסמך שלא להכיר בחסינותו. מאוחר יותר, משזוכה השוטר בערעור, ולנוכח נסיבות הזיכוי, כפי שפורטו בפסק הדין המזכה, החליט הגורם המוסמך לעיין מחדש בהחלטתו המקורית, והפעם החליט להכיר בחסינות השוטר. התובעת השלימה עם השינוי בהחלטה.

דוגמה נוספת ניתן למצוא בעניין קיסין.<sup>192</sup> במקרה זה הגישה התובעת, סוכנות גז, תביעת נזיקין נגד המדינה וגם נגד ראש אגף הפיקוח במשרד התשתיות הלאומיות. נטען, בין השאר, כי העובד פעל לאסור על התובעת להעביר מיכלי גז שמולאו במתקנה אשר באזור יהודה ושומרון לתוך מדינת ישראל, ללא סמכות, משיקולים זרים ותוך הפרת הבטחות של משרד התשתיות כלפי התובעת. בתיק ניתנה הודעת הכרה, שהתבססה, בין השאר, על הנימוק כי משרד התשתיות כלל לא היה מוסמך מכוח הדין הקיים להתיר לתובעת להעביר מיכלי גז שמולאו במתקנה כאמור לתוך מדינת ישראל (כך לפי החקיקה הקיימת), וכי מכל מקום, העובד פעל במסגרת תפקידו השלטוני ואין מתקיים החריג לחסינות. לימים התברר שנפתחה חקירה פלילית נגד העובד בחשד לביצוע עברות אגב הפעלת סמכותו (חקירה שאמנם נפתחה עוד בטרם הוכרה חסינות העובד, אך דבר קיומה לא היה ידוע משום שהיא הייתה באותה עת סמויה). התובעת ביקשה לקבוע שאין מתקיימים תנאי החסינות מהטעם שדי בחקירה הפלילית כדי לבסס את החריג לחסינות ולפגום בהודעת ההכרה. בית המשפט קיבל את עמדת המדינה, כי יש להחזיר את העניין לעיונו מחדש של הגורם המוסמך, ורק לאחר מתן החלטה חדשה, אם יהיה בכך צורך, ניתן יהיה לקיים לגביה ביקורת שיפוטית. במסגרת העיון מחדש העלתה התשתית המנהלית שעמדה בפני הגורם המוסמך ממצאים בנוגע להתנהלות העובד בפרשות אחרות אך לא בפרשה נשוא התביעה. כן התבררו עובדות נוספות בנוגע לתובעת, שהחלישו את טענותיה.<sup>193</sup> על יסוד התשתית המנהלית העדכנית, ובשים לב גם לעובדה שהעובד כלל לא היה מוסמך מכוח הדין הקיים להתיר לתובעת את מבוקשה להעביר כאמור מיכלי גז שמולאו במתקנה לתוך ישראל, החליט הגורם המוסמך לחזור ולהכיר בחסינות העובד. בית המשפט דחה את בקשת התובעת לקבוע שאין מתקיימים תנאי החסינות ביישמו את כללי המשפט המנהלי, משמצא כי הודעת ההכרה החוזרת מפורטת ומנומקת כדבעי, בוחנת את כל השיקולים הנדרשים ומאזנת ביניהם כראוי.

<sup>192</sup> עניין קיסין, לעיל ה"ש 118.

<sup>193</sup> כך, למשל, התברר כי האיסור על התובעת להכניס גז כאמור לישראל הובהר לה עוד קודם לכניסתו לתפקיד של עובד המדינה, וזאת על ידי קודמו בתפקיד. עוד התברר כי ננקטו נגד התובעת הליכי אכיפה עקב העובדה שהפרה שוב ושוב איסור זה.

### 3. תחולת החסינות על תביעות לשון הרע

שאלה חשובה נוספת שנדונה בפסיקה היא, האם חסינות עובד הציבור חלה על תביעות נזיקין בשל לשון הרע. המקרה הראשון שעסק בשאלה זו היה עניין **יעלון**,<sup>194</sup> שבו הוגשה תביעת לשון הרע על ידי כתב עיתון "הארץ" נגד משה יעלון על דברים שאמר לתקשורת בהיותו רמטכ"ל (לאחר שכבר חדל מלהיות רמטכ"ל). המדינה הגישה הודעת הכרה בחסינות ובקשה לדחות את התביעה נגד הנתבע. התובע הגיש בקשה לקבוע שלא מתקיימים תנאי החסינות, בין השאר בטענה כי החסינות כלל אינה חלה על תביעות לפי חוק איסור לשון הרע. בית המשפט דחה את הטענה וקבע כי החסינות חלה גם חלה על תביעות לפי חוק אישור לשון הרע. זאת, לנוכח הוראת סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע,<sup>195</sup> שהחיל כמה סעיפים מפקודת הנזיקים האזרחים, על עוולת לשון הרע, וביניהם הוראות סעיפים 2(2) עד 15. בית המשפט קבע, כי אמנם הוראה זו לא יכולה הייתה להתייחס, עת נחקקה, להוראת סעיף 7 לפקודה שעייגנה הסדר חדש של חסינות, אך לנוכח הוראת סעיף 25 לחוק הפרשנות, התשמ"א–1981,<sup>196</sup> ברי כי הסדר החסינות חל גם על תביעות לפי חוק איסור לשון הרע. החלטה ברוח זו ניתנה גם בעניינו של עובד רשות מקומית, בעניין **הפנר**.<sup>197</sup>

### 4. פרשנות הסייג לחסינות

כאמור, החסינות אינה חלה על מעשה המקים עוולה בנזיקין, שנעשה בידועין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור. השאלה העיקרית בפרשנות החסינות היא מתי מתקיים החריג, במיוחד החלופה של "שוויון נפש", אך דווקא שאלה זו טרם זכתה לליבון משפטי בפסיקת בתי המשפט, בנוגע לעובדי המדינה. סביר להניח שהליך ההכרה בחסינות לעובדים אלה, המבוסס על בחינה יסודית של התשתית המנהלית על ידי הגורם המוסמך, תרם לכך, משום שבמקרים שבהם קיים יסוד לכך שהעובד פעל בנסיבות שבהן התקיים לכאורה החריג, לא הוגשה הודעת הכרה בחסינות.

עם זאת, בשני מקרים הנוגעים לעובד מדינה אחד (מנהל המכון הפתולוגי לשעבר, פרופ' יהודה היס), קיבל בית המשפט בקשה מהתובע המשיגה על הודעת

<sup>194</sup> עניין **יעלון**, לעיל ה"ש 65.

<sup>195</sup> חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965 (להלן: "חוק איסור לשון הרע").

<sup>196</sup> להלן לשון הסעיף: "אזכור של חיקוק בחיקוק אחר – כוונתו לחיקוק המאוזכר כנוסחו בשעה שנזקקים לו, לרבות הוראות שנוספו בו והוראות שבאו במקומו בחיקוק אחר".

<sup>197</sup> עניין **הפנר**, לעיל ה"ש 135. כן ראו ת"א (שלוס חד') 1860/06 **אנדן נ' אמור**, דינים שלום 10(8) 1221 (2010).

ההכרה וקבע כי יש לבטלה. שני המקרים<sup>198</sup> עסקו בסוגית נטילת דגימות מגופות של נפטרים לאחר נתיחות שלאחר המוות כראיות העשויות להידרש בהליך פלילי ובשמירתן במכון עד לסיום ההליך הפלילי. זאת, לטענת התובעים, מבלי ליידע בדבר במפורש ומראש את המשפחות על אודות הצורך בכך כחלק מהנתיחה שלאחר המוות. רק באחת ההחלטות, בעניין **מורד**, נומקה הקביעה בהתקיימות תשתית לחריג.<sup>199</sup> בית המשפט קבע שאי-יידוע המשפחות במפורש לגבי הצורך בנטילת דגימות מהגופה ושמירתן במכון נעשה תוך מודעות לפגיעה שהדבר יכול לגרום למשפחות. לכך הוסיף בית המשפט את הרשעת פרופ' היס בהליך משמעתי בגין שימוש בדגימות שניטלו בנתיחה על ידי גורמי מחקר שונים, בלי שקודם לכן ניתנה הסכמת המשפחה לכך, ובגין אי-קביעת נוהלי עבודה מסודרים בנוגע לקבלת הסכמת המשפחות לנטילת הדגימות. המקרה השני שבו התקבלה בקשת התובע לקבוע שאין מתקיימים תנאי החסינות בשל התקיימות החריג לחסינות הוא עניין **לנצ'נר**.<sup>200</sup> במקרה זה נתבעו אישית כמה שוטרים בגין כניסה שלא כדין לבית התובעים ועריכת חיפוש שם, תוך התעלמות מדרישותיהם שיציגו צו מתאים. הודעת ההכרה ניתנה בין היתר בהסתמך על החומר בתיק מח"ש שנסגר, שממנו עלה כי אין תשתית להתקיימות החריג לחסינות. למרות זאת, קבע בית המשפט כי יש לפסול את הודעת ההכרה בהתקיים תשתית לחריג לחסינות, וזאת בעיקר לנוכח ממצאי סרט וידיאו שהוסרט על ידי התובעת בזמן אמת, שהראו שהתובעים דרשו מהשוטרים להציג צו והשוטרים התעלמו מכך, וכן העידו על התנהגות גסה מצד השוטרים.<sup>201</sup>

## ה. נתונים

תיקון מס' 10 נכנס כאמור לתוקף ביום 10.2.2006. בארבע השנים שחלפו מאז עשתה המדינה שימוש תדיר במנגנון החסינות הקבוע בו, ובהתאם לכך ניתנו כמה החלטות בסוגיות שונות העולות מן התיקון. עד עתה הוגשו 414 תובענות נגד עובדי הציבור שהם עובדי המדינה.<sup>202</sup> מתוכן, הוגשו 303 הודעות הכרה (73%), ורק לגבי 81 מהן הוגשו השגות מצד התובעים בהתאם להליך הקבוע בפקודה ובתקנות (ורק במקרה אחד, בעניין **מינסטר**,<sup>203</sup> הוגשה השגה מטעם העובד לאחר שהוחלט שלא להכיר בחסינותו). למיטב ידיעתנו, עד עתה נתנו בתי המשפט (השלום והמחוזי) 75 החלטות

<sup>198</sup> עניין **ברדיצ'אנסקי** ועניין **מורד**, לעיל ה"ש 101.

<sup>199</sup> ראו שם, פס' 19 לפסק הדין.

<sup>200</sup> בש"א (שלום י"ם) 10611/08 **לנצ'נר נ' שרייבנד**, תק-של 09 (1) 436 (2009).

<sup>201</sup> בשל תקלה, הסרטון לא עמד בפני מקבל ההחלטה להכיר בחסינות, אלא הוצג לראשונה בבית המשפט בעת הדיון בבקשת התובעים לקבוע שאין מתקיימים תנאי החסינות.

<sup>202</sup> הנתונים נכונים לתחילת אוקטובר 2010.

<sup>203</sup> עניין **מינסטר**, לעיל ה"ש 109.

בעניין חסינות עובדי הציבור שהם עובדי המדינה.<sup>204</sup> מתוך ההחלטות שניתנו בעניינם של עובדי המדינה, 51 החלטות אישרו את הודעת ההכרה בחסינות שניתנה על ידי המדינה,<sup>205</sup> ורק חמש ביטלו אותה.<sup>206</sup> לא למותר לציין, כי ברוב המקרים של המקרים ניתנה ההחלטה על סמך החומר בכתב, ורק ב-9 מקרים ניתנה ההחלטה לאחר שהתקיימה חקירה נגדית של המצהירים מטעם המדינה.

נתון מעניין נוסף שכדאי לציין עוסק בשאלה מיהם עובדי הציבור החשופים ביותר לתביעות. בדיקת הנתונים מראה כי מתוך 414 תובענות, הוגשו 230 נגד שוטרים (55%). שאר התובענות הוגשו נגד כמעט כל עובד ציבור שניתן להעלות על הדעת, החל מן הבכירים ביותר, לרבות ראש הממשלה ושרים (7 תובענות), פרקליטים ומשפטנים בשירות המדינה ובכלל זה היועץ המשפטי לממשלה עצמו (11), מפכ"ל המשטרה (3), הרמטכ"ל, ראש המוסד, הרב הצבאי הראשי, נציב שירות המדינה ומפקד חיל האוויר, וכלה בעובדי ציבור מן השורה, כגון סוהרים, חיילים, מנותני שירותים ומקבלי קהל ועד מנהלי אגפים.

בדיקת הנתונים על פי שנת הגשת התובענה מעלה, כי לאחר עליה במספר התובענות שהוגשו נגד עובדי הציבור שהם עובדי המדינה בתחילת הדרך, חלה ירידה משמעותית. בשנת 2006 הוגשו 94 תובענות; בשנת 2007 הוגשו 131; בשנת 2008 הוגשו 89; בשנת 2009 הוגשו 69 תובענות; ובשנת 2010, עד לחודש אוקטובר, הוגשו 25 תובענות בלבד.

בעניינם של עובדי הרשויות הציבוריות, התמונה שונה. עד עתה לא ניתנו, למיטב ידיעתנו, החלטות בעניינם של עובדי תאגידים סטוטוריים, למעט המוסד לביטוח לאומי (3 החלטות) ורשות הטבע והגנים, (החלטה אחת).<sup>207</sup> בעניינם של עובדי רשויות מקומיות ניתנו עד כה, למיטב ידיעתנו, 50 החלטות. ב-21 מתוכן התקבלה בקשת הרשות להכיר בחסינות העובד בשלב מקדמי.<sup>208</sup> במקרה אחד נקבע, כי

<sup>204</sup> 52 בבתי משפט השלום, 15 בבתי המשפט המחוזיים ו-10 בבתי המשפט לתביעות קטנות.

<sup>205</sup> היו גם כמה מקרים שבהם התביעה נגד העובד נדחתה מבלי שנדונה התנגדותו להודעת ההכרה.

<sup>206</sup> אחת מהן הייתה עניין **ספוז'ניקוב** שהוזכר לעיל, בה"ש 112 ו-114. החלטה נוספת בעניין **הולנדר**, לעיל ה"ש 96, נהפכה על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים (עניין **הולנדר בכר"ע**, לעיל ה"ש 97) בעקבות בקשת רשות ערעור שהוגשה על ידי המדינה שהתקבלה (ושתיהן לא עסקו בהריג לחסינות), כך שלמעשה מדובר בשלוש החלטות בלבד. ההחלטות הן: עניין **ברדיצ'אנסקי** ועניין **מורד**, לעיל ה"ש 101 ועניין **לנצ'נר**, לעיל ה"ש 200.

<sup>207</sup> בעניין הביטוח הלאומי ניתנו ההחלטות הבאות: עניין **תמי בר**, לעיל ה"ש 50, שבו נקבע כי עומדת לעובדי המוסד חסינות בשל משלוח צווי עיקול, משום שלא התקיים בעניינם הריג לחסינות; ת"א (שלום נת') 1783/09 **זוננשיין נ' המוסד ביטוח לאומי**, דינים שלום 2009 (98) 400; ת"ק (ת"א) 17647-02-10 **רודה נ' המוסד לביטוח לאומי**, דינים תביעות קטנות 2009 (9) 906; ת"א (שלום חי') 2316-10-08 **סלמה נ' שורקי**, דינים שלום 2009 (27) 159.

<sup>208</sup> ראו, בין השאר: עניין **נקר**, לעיל ה"ש 67; עניין **תל גיבורים**, לעיל ה"ש 135; עניין **קוטלר**, לעיל ה"ש 137; עניין **מועדים**, לעיל ה"ש 50; עניין **גבאי**, לעיל ה"ש 51.

התקיים החריג לחסינות.<sup>209</sup> בשאר המקרים נדחתה הבקשה להכיר בחסינות מנימוקים דיוניים שונים, בעיקר בשל הקביעה, כי יש לדון בחסינות רק לאחר שמיעת הראיות בתיק במלואן (ב-13 מקרים),<sup>210</sup> אך גם משום שהעובד או הרשות לא פעלו בהתאם לדרישות התקנות.

## ט. סיכום

עיקרו של התיקון, הממשיך בהשוואת מעמדן של המדינה ושל הרשויות הציבוריות האחרות למעמד האזרחים (באמצעות ביטול סייגים שונים לאחריות, למשל), הוא יצירת חסינות מפני תביעות נזיקין לעובד הציבור. החסינות נועדה להגן על שיקול דעתו של עובד הציבור הממלא תפקיד שלטוני, העומד בדרישות ובתנאים, באמצעות הקניית חסינות מפני תביעות נזיקין בשל מעשה המיוחס לו, לרבות כזה שנעשה ברשלנות, אך לא על מעשים שנעשו בזדון או באדישות ושוויון נפש. מטרה זו מושגת תוך שמירה על איזון בין האינטרס שבהגנה על העובד, באמצעות חסינות דיונית אישית, לבין שמירה על זכותו של הנפגע לקבל סעד בשל נזקו, באמצעות שמירה על יכולתו להגיש תביעה נגד הרשות, במסגרת אחריותה השילוחית למעשה העובד, שבמסגרתה הוא יחא זכאי לכל הסעדים הנובעים מהתנהלותו של עובד הציבור, אם תוכח זכאותו להם. ההסדר משמר את ההרתעה שבדיני הנוזיקין כלפי העובד באמצעות קביעת זכאותה של הרשות לפיצוי או שיפוי הרשות מעובד הציבור הנתבע, אם סטה העובד סטייה חמורה מנורמת ההתנהגות הסבירה של עובד הציבור. איזון זה בא לידי ביטוי גם בהליך שקבע התיקון להכרה בחסינות העובד, הן זה של עובד הציבור שהוא עובד המדינה והן זה של עובד הציבור שהוא עובד רשות ציבורית – הליך המאפשר ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת של המדינה במתן הודעת הכרה או של הרשות הציבורית בבקשה להכיר בחסינות כאמור.

החלטת המדינה להכיר בחסינות העובד והחלטת רשות ציבורית לבקש מבית המשפט להכיר בחסינות העובד הן החלטות מנהליות. לפיכך על בית משפט הנדרש לסוגיית החסינות לבחון את שאלת התקיימות תנאי החסינות לפי התשתית המנהלית שעמדה בפני הגורם המחליט או המבקש, לפי העניין, תוך הגבלת הדיון העובדתי למה שדרוש לבחינת החלטה מנהלית, ולא לפי הכללים שלפיהם מתבררת מחלוקת עובדתית בתיק אזרחי. כמו כן, הביקורת השיפוטית של בית המשפט על

<sup>209</sup> עניין עיריית אילת, לעיל ה"ש 138.

<sup>210</sup> קביעה אשר כפי שפירטנו לעיל, היא שגויה לדעתנו, בכל הכבוד, ומנוגדת לפסיקת בתי המשפט בעניינם של עובדי המדינה (בעניין אין הבדל בין ההליכים בעניינם של שתי קבוצות העובדים). ראו, בין היתר: עניין מישלי, לעיל ה"ש 133; עניין נבות, לעיל ה"ש 132; עניין אשל, לעיל ה"ש 134; ת"א (מחוזי מרכז) 2129-09-07 אגוזי נ' שרר, דינים מחוזי 08 (28) 313 (2008); בש"א (שלום נת') 4155/07 המועצה המקומית אזור נ' אלישיב, דינים שלום 08 (17) 666 (2008).

החלטה או בקשה כאמור צריכה להיעשות לפי כללי המשפט המנהלי. הנטל בעניין אי-התקיימות החריג לחסינות הוא על התובע, ועליו להרים נטל זה בתשתית ראויה, כשאין די בהסתמכות על כתב התביעה או בטענותיו גרידא, שאחרת עובד המדינה יהיה בן ערובה בידיו של התובע. לבסוף, השגה יעילה של תכלית החסינות תיעשה רק אם הדיון בבית המשפט ייעשה לאלתר, לפני הכרעה בכל שאלה אחרת ולפני כל הליך מקדמי אחר, ולא יידחה לשלב הדיון בתיק העיקרי, שאחרת תיפגע תכלית החסינות.

כאמור, החסינות הקבועה בסעיף 7א לפקודת הנזיקין נועדה להגן על שיקול הדעת של עובד הציבור הממלא תפקיד שלטוני. על שיקול הדעת – ולא על העובד כשלעצמו. זאת, משום שלעובדי הציבור אין משל עצמם דבר; נאמני הציבור הם, ועליהם לפעול למען הציבור. פעולה למען הציבור פירושה מילוי התפקיד השלטוני והפעלת הסמכויות שניתנו להם למען התכליות והמטרות של התפקיד, ללא מורא. החשש מפני תביעת נזיקין זוהה על ידי המחוקק כגורם שעלול להטיל מורא על עובדי הציבור, לעוות את שיקול הדעת שעליהם להפעיל ולהביא לביצוע התפקיד השלטוני באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תכליתו ואשר עלול לפגוע בפעולתן התקינה של הרשויות. החסינות נועדה להסיר חשש זה.

מאמרנו נועד לפרוש קשת זו של שיקולים ואיזונים בפני הציבור, במלאת חמש שנים לכניסתו לתוקף של הדין החדש. כפי שהראינו, בתי המשפט הכירו עד כה בחשיבות התיקון, ופירשו אותו לרוב באופן המקדם את מטרותיו. אנו מקוות כי גם מאמר זה יסייע להפגמת עקרונות התיקון בקרב הציבור ויתרום להגשמת מטרותיו. בכך נבוא אנו על שכרנו.