



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1649/09  
רע"א 775/11

לפני :  
כבוד הנשיא א' גרוניס  
כבוד המשנה לנשיא מ' נאור  
כבוד השופט ס' גובראן  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט י' עמית

המערער בע"א 1649/09 : אברהם פלקסר

המבקשת ברע"א 775/11 : עו"ד אולגה גורדון

נגד

המשיבים בע"א 1649/09 :  
1. מדינת ישראל - משטרת ישראל  
2. סני"צ אריה אידלמן  
3. רפ"ק דודי בר

המשיבים ברע"א 775/11 :  
1. עיזבון המנוח דוד שי ז"ל  
2. עיריית נצרת עילית  
3. עו"ד שרה שי

ערעור על פסק דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-  
יפו, מיום 9.12.2007, בבש"א 12915/07 (ת"א 1021/07),  
שניתן על-ידי כבוד הרשם א' זמיר

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית-המשפט המחוזי  
בנצרת, מיום 20.12.2010, ברע"א 21404-12-10, שניתן על-  
ידי כבוד השופט א' אברהם – סג"נ

תאריך הישיבה : ב' באדר התשע"ג (12.2.2013)

בשם המערער בע"א 1649/09 : בעצמו

בשם המבקשת ברע"א : עו"ד טלי בן סימון  
775/11 :

בשם המשיבים בע"א 1649/09 עו"ד מיכל ברדנשטיין  
ובשם היועץ המשפטי  
לממשלה ברע"א 775/11 :

בשם המשיבים 1 ו-3 ברע"א עו"ד יהושע רובין  
: 775/11

בשם המשיבה 2 ברע"א עו"ד מורן ברדה מלכה  
: 775/11

## פסק-דין

השופטת א' חיות:

חסינותם של עובדי הציבור לסוגיהם מפני תביעות בנזיקין על-פי תיקון 10 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: הפקודה) וסדרי הדין הייחודיים שנקבעו לבירורה – אלו הן הסוגיות העומדות להכרעה בהליכי הערעור שבפנינו.

תמצית העובדות ופסקי הדין בערכאות קמא

ע"א 1649/09 אברהם פלקסר נ' משטרת ישראל ואח'

1. ביום 5.1.2000 פנה עורך-דין חנינא ברנדס אל פרקליטת המדינה דאז וביקש לפתוח בחקירה פלילית נגד חשב משרדו מר אברהם פלקסר (להלן: פלקסר או המערער), בחשד כי גנב מסמכים הקשורים לחשבון נאמנות שהתנהל עבור נשיא המדינה דאז עזר וייצמן ז"ל, שהיה לקוח של המשרד והעבירם לעיתונאי יואב יצחק. בעקבות התלונה הורתה פרקליטת המדינה על פתיחת חקירה פלילית. סגן ניצב אריה אידלמן מונה לראש צוות החקירה ועם הצוות נמנה רב פקד דוד בר (להלן ביחד: השוטרים). השוטרים הזמינו את פלקסר לחקירה והורו על מעצרו אשר אף הוארך על-ידי בית משפט השלום. לאחר ששהה שבעה ימים במעצר, שוחרר פלקסר ביום 18.1.2000, וביום 8.3.2001 החליטה פרקליטת מחוז ת"א לסגור את תיק החקירה נגדו בשל היעדר ראיות מספיקות. כשבע שנים לאחר מכן, ביום 22.1.2007, הגיש פלקסר תביעה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו נגד מדינת ישראל והשוטרים בטענה כי התרשלו בניהול חקירתו, לרבות ככל שהדבר נוגע להחלטה להחזיקו במעצר. כתב התביעה כולל טענות רבות נגד השוטרים, ובין היתר נטען בו כי הם נמנעו מלחקור עדים רלוונטיים, כי הדליפו לעיתונות פרטים מן החקירה וכי בדיון שהתקיים בעניין הארכת המעצר העלימו בכוונה מבית המשפט עובדות מהותיות ואף נטען כי רב פקד

בר העיד בהקשר זה עדות שקר ביודעין. פלקסר הוסיף וטען בתביעתו כי השוטרים ביקשו להאדיר את שמם באמצעי התקשורת ולספק את תאוות הפרסום שלהם, תוך התעלמות מן הנזק החמור שנגרם לו עקב שלילת חירותו והפגיעה בשמו הטוב ובמוניטין המקצועי שלו. בשל כל אלה תבע פלקסר מהמדינה ומהשוטרים פיצוי בסך של 3.7 מיליון ש"ח.

2. המשנה לפרקליט המדינה לעניינים אזרחיים הגישה לבית המשפט המחוזי בתל אביב הודעה קצרה בדבר ההכרה בחסינותם של השוטרים כעובדי ציבור (להלן: הודעת ההכרה). בהודעתה ציינה המשנה לפרקליט המדינה כי היועץ המשפטי לממשלה האציל לה את סמכותו להכרה בחסינות עובדי ציבור וכי היא מאשרת שמעשי השוטרים נעשו תוך כדי מילוי תפקידם השלטוני כאמור בסעיף 7א(ב) לפקודה וכי לא מתקיים החריג למתן החסינות. נוכח הודעה זו ביקשה המדינה מבית המשפט המחוזי כי יורה על דחיית התובענה נגד השוטרים. פלקסר התנגד לכך ובבקשה שהגיש על-פי סעיף 7ב(ג) לפקודה עתר לכך שבית המשפט יקבע, בניגוד לעמדת המדינה, כי במקרה דנן מתקיים החריג לכלל בדבר חסינות עובדי הציבור בנוזיקין על מעשים שעשו תוך כדי מילוי תפקידם, משום שלדבריו השוטרים פעלו ביודעין ומתוך כוונה לגרום לו נזק או למצער בשוויון נפש לאפשרות גרימתו (להלן: החריג לחסינות).

בית המשפט המחוזי (כבוד הרשם (כתוארו אז) א' זמיר) קיבל את עמדת המדינה ובפסק הדין החלקי מיום 9.12.2007 דחה על הסף את התביעה ככל שהופנתה נגד השוטרים בקובעו כי הודעת המדינה בדבר ההכרה בחסינותם נסמכת על כך שהגורמים המוסמכים בדקו ומצאו כי מתקיימים תנאי החסינות וכי פלקסר לא עמד בנטל המוטל עליו בנסיבות אלה להראות כי נפל פגם בשיקול דעתה של המדינה אשר הוביל אותה להחלטה בלתי סבירה בדבר ההכרה בחסינות השוטרים. עוד ציין בית המשפט המחוזי כי אם יתברר שהשוטרים אכן גרמו לפלקסר נזק בר-פיצוי, תוטל האחריות הנזיקית על המדינה והיא תחויב לפצותו. על כן וגם בהיבט המעשי, כך הוסיף בית המשפט וקבע, לא ייגרם לפלקסר נזק כלשהו עקב דחיית התביעה אותה הפנה נגד השוטרים.

רע"א 775/11 עו"ד אולגה גורדון נ' עזבון המנוח דוד שי ז"ל ואח'

3. המבקשת בבקשה זו היא עו"ד אולגה גורדון (להלן: עו"ד גורדון) המשמשת כיועצת המשפטית של עיריית נצרת עילית (להלן: העירייה). ביום 19.3.2009 הגישה המשיבה 3 (להלן: שי), תושבת נצרת עילית, תביעה לבית משפט השלום בנצרת נגד עו"ד גורדון ונגד העירייה ובה טענה כי לאחר ויכוח מילולי בינה ובין עו"ד גורדון

במעלית של בית המשפט לתביעות קטנות בנצרת, הודיעה לה עו"ד גורדון כי היא "עוד תשמע ממנה". מאותה עת ואילך, כך לטענת שי, השתמשה עו"ד גורדון בכוחה השלטוני כיועצת משפטית של העירייה ונקטה נגדה הליכים משפטיים שונים המפורטים בתביעה. לטענת שי, מדובר בהליכים שננקטו שלא כדין בהם דרשה ממנה העירייה תשלומי ארנונה מופרזים ורטוראקטיביים, שללה ממנה פטורים מארנונה שהגיעו לה על-פי חוק וכן נקטה נגדה בהליכי גבייה ועיקול בשל חובות ארנונה ומים למרות שהחובות נפרעו ובניגוד לצו מניעה שניתן על-ידי בית המשפט. על-פי כתב התביעה עו"ד גורדון היא זו שעמדה מאחורי כל ההליכים המשפטיים הללו אשר הוגשו משיקולים לא ענייניים ובסטייה חמורה מהתנהגות ראויה של עובד ציבור. בשל שיקולי אגרה, כך על-פי הנטען בכתב התביעה, צמצמה שי את סכום הפיצוי אותו דרשה מהעירייה ומעו"ד גורדון לכדי סך של 300,000 ש"ח.

4. עו"ד גורדון פנתה לבית משפט השלום בבקשה כי יכיר בחסינותה כעובדת ציבור וידחה על הסף את התביעה ככל שהופנתה נגדה באופן אישי. העירייה, אשר יוצגה בתביעה על-ידי עו"ד אוהד אליעז (להלן: עו"ד אליעז) ממחלקת הייעוץ המשפטי של העירייה (אותה ניהלה עו"ד גורדון), הודיעה לבית המשפט כי היא תומכת בבקשה וכי לגישה פעלה עו"ד גורדון בתום לב ובמסגרת תפקידה כיועצת המשפטית של העירייה. בית משפט השלום (כבוד השופט ש' סרחאן) דחה את הבקשה להכרה בחסינות וקבע כי הטענות שנטענו בכתב התביעה מקימות לכאורה עילת תביעה אישית נגד עו"ד גורדון, ולכן אין מקום לסילוק התביעה על הסף. עוד הוסיף בית משפט השלום כי אם יתברר בסוף ההליך כי לא היה מקום לצירופה של עו"ד גורדון כנתבעת תוכל היא למצוא את תרופתה לכך בפסיקת הוצאות.

על החלטה זו הגישה עו"ד גורדון בקשת רשות ערעור לבית המשפט המחוזי (כבוד השופט א' אברהם) אשר דחה את הבקשה בלא לבקש את תגובת המשיבים בקובעו כי על-פי העובדות הנטענות בכתב התביעה מתקיימים תנאי החריג לחסינות ולכן אין מקום לסילוק התביעה נגד עו"ד גורדון על הסף. עו"ד גורדון לא השלימה עם החלטתו זו של בית המשפט המחוזי ומכאן בקשת רשות הערעור שבפנינו.

השתלשלות ההליכים בבית משפט זה

5. ביום 3.3.2011 הודיע היועץ המשפטי לממשלה על התייצבותו ברע"א 775/11 מכוח סמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] ובהחלטתי מיום 2.5.2011 הוריתי כי הדיון בע"א 1649/09 וברע"א 775/11 יאוחד משום שבשני התיקים עולה שאלה משפטית דומה. הדיון בשני התיקים

התקיים בפני הרכב שלושה ביום 11.1.2012 ואליהם צורף באותו שלב תיק נוסף שעסק אף הוא בשאלת החסינות בנוזיקין (רע"א 4126/11). בעקבות אותו הדיון נתקבלה ביום 3.4.2012 החלטה הקובעת כי בשים לב לשאלות הצריכות הכרעה בתיקים אלה, ראוי להרחיב את הרכב השופטים הדין בהם (ראו החלטת חברי הנשיא לעניין הרחבת ההרכב מיום 22.4.2012). הדיון בפני ההרכב המורחב התקיים ביום 12.2.2013 ובמהלכו ניתן פסק דין בתיק הנוסף (רע"א 4126/11) המוחק את הבקשה בהסכמת הצדדים.

6. ביום 10.1.2012, טרם הדיון שהתקיים בהרכב שלושה, הגישה שי, המשיבה 3 ברע"א 775/11, הודעה דחופה לפיה קיבלה מכתב מראש עיריית נצרת עילית דאז, מר שמעון גפסו, בו צוין כי הסכמת העירייה ליתן חסינות לעו"ד גורדון אינה מוכרת לו וכי הסכמה זו לא ניתנה על דעת העירייה. לטענת שי יש בכך כדי לעורר ספק בדבר סמכותו של עו"ד אליעז להודיע לבית משפט השלום בשם העירייה על הסכמתה להכיר בחסינותה של עו"ד גורדון באותו הליך וכי גם מטעם זה אין להיעתר לבקשת רשות הערעור שהגישה עו"ד גורדון. מנגד טענו באת-כוח היועץ המשפטי לממשלה ובא-כוח העירייה כי אין ליתן משקל למכתבו של ראש העיר גפסו שכן לשיטתם שיקול דעתה של מחלקת הייעוץ המשפטי של העירייה בנושא חסינות העובדים הוא עצמאי ואין צורך לקבל לשם כך את אישורו של ראש העירייה.

7. התפתחות נוספת שאירעה טרם הדיון בפני ההרכב המורחב נוגעת לבקשה שהגישה המדינה ביום 26.12.2012 בע"א 1649/09, בה עתרה לאפשר לה להגיש בשלב הערעור הודעת הכרה משלימה ומפורטת לעניין חסינותם של השוטרים. המדינה נימקה את בקשתה זו בין היתר בכך שהמשנה לפרקליט המדינה (עניינים אזרחיים) ראתה לנכון לשוב ולבחון את ההחלטה להכיר בחסינות השוטרים, הגם שהודעת ההכרה המקורית שניתנה בשנת 2007 התקבלה על-ידי בית המשפט המחוזי, וזאת נוכח הדיון התקדימי שנקבע בפני הרכב מורחב בסוגיית חסינות עובדי הציבור על-פי תיקון 10 לפקודת הנוזיקין ונוכח הטענות שהעלה פלקסר בערעור בדבר היות הודעת ההכרה המקורית לוקה בחוסר הנמקה. פלקסר התנגד לבקשה זו וטען בין היתר כי ההודעה המשלימה שצירופה התבקש איננה רלוונטית שכן ערעורו מופנה כנגד פסק דינו החלקי של בית המשפט המחוזי וזה התייחס להודעת ההכרה המקורית. ביום 3.1.2013 קבע חברי הנשיא כי הבקשה תובא להכרעה ההרכב והטענות בה אכן נשמעו במועד הדיון שהתקיים כאמור בפני ההרכב המורחב ביום 12.2.2013. ייאמר כבר עתה כי הבקשה להגשת הודעת הכרה משלימה מעוררת קשיים לא מבוטלים אך נוכח התוצאה אליה הגענו וכפי שיבואר להלן לא ראינו צורך להידרש אליה. עוד נציין כי משנמצא שרע"א 775/11 כמו גם ע"א 1649/09 מעוררים שאלה עקרונית אשר ראוי כי תתברר בפני

הרכב מורחב, ברי כי יש לדון ברע"א 775/11 כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש על-פיה ערעור. לבסוף אקדים ואציין כי אף ששני ההליכים מעוררים שאלה משותפת הנוגעת לחסינות עובדי ציבור ייפרשו להלן, בנפרד, טענות הצדדים בכל אחד מן ההליכים וזאת משום שהאחד (ע"א 1649/09) נוגע לחסינות עובדי מדינה והאחר (רע"א 775/11) נוגע לחסינותם של עובדי רשויות מקומיות ומשום השוני הקיים בין ההסדרים הנוגעים לכל אחד מסוגי עובדי הציבור הללו.

טענות הצדדים בע"א 1649/09

8. פלקסר טוען כי העוולות שביצעו השוטרים כלפיו נעשו ביודעין ובמתכוון, או למצער מתוך שוויון נפש לאפשרות כי ייגרם לו נזק כתוצאה מהתנהלותם. על כן מתקיים לשיטתו החריג לחסינות הקבוע בסעיף 7א(א) לפקודה והוא מונה בהקשר זה שלושה מבחנים שונים שפיתחה הפסיקה בערכאות הדיוניות לעניין התקיימות החריג. יש בתי משפט הסוברים, כך טוען פלקסר, כי מן הדין לבחון את תנאי החסינות על-פי העובדות הנטענות בכתב התביעה (להלן: מבחן כתב התביעה), ואלה קבעו כי החריג לחסינות מתקיים בכל מקרה בו נטען בכתב התביעה שעובד הציבור פעל בכוונה לגרום נזק או מתוך שוויון נפש לאפשרות גרימתו. עיון בכתב התביעה שהגיש פלקסר מעלה כי הוא אכן טען לעובדות המקיימות את תנאי החריג לחסינות, ועל כן לטענתו על-פי מבחן כתב התביעה לא היה מקום לאמץ את עמדת המדינה בדבר ההכרה בחסינות. מבחן אחר שאומץ על-ידי הערכאות הדיוניות ואף אותו מזכיר פלקסר בטיעונו הוא המבחן לפיו נדרש בירור עובדתי מקדמי בכל השאלות הנוגעות להתקיימות תנאי החסינות (להלן: מבחן הבירור המקדים). לטענת פלקסר, מבחן זה הוא המסתבר ביותר מתכלית הוראות החסינות בפקודה ובתקנות הנזיקין (אחריות עובדי ציבור), התשס"ו-2006 (להלן: תקנות הנזיקין), שכן על-פיו שומע בית המשפט בשלב המקדמי עדויות וקובע ממצאים עובדתיים ברמה הלכאורית, לצורך ההכרעה בשאלת התקיימות תנאי החסינות והחריג לה. במקרה שלפנינו, כך טוען פלקסר, בית המשפט המחוזי סירב לשמוע עדויות ולערוך דיון בשאלות אלה ולכן לא נקבעו על-ידו ממצאי עובדה כלשהם ולו ברמה הלכאורית, לביסוס החלטתו. המבחן השלישי והאחרון שאליו מפנה פלקסר בטיעונו הוא מבחן הביקורת המנהלית שהאוחזים בו גורסים כי החלטת המדינה להכיר או שלא להכיר בחסינות העובד ראוי לה כי תיבחן על-פי כללי המשפט המנהלי (להלן: מבחן הביקורת המנהלית). זוהי הגישה אותה אימץ בית המשפט המחוזי במקרה דנן. אולם לטענת פלקסר גם אם זהו המבחן המתאים שגה בית המשפט המחוזי ביישומו משום שהתעלם מפגמים מנהליים רבים שנפלו בהודעת ההכרה ובהקשר זה מצביע פלקסר על כך שהודעת ההכרה אינה מנומקת, אינה מפרטת מיהו הגורם המנהלי

שבחן את מעשיהם של השוטרים, מה היו ממצאיו ומתי ערך את בדיקתו. כמו כן לא צורף להודעת ההכרה תצהיר המאמת את מהלך הבדיקה ואת ממצאיה. משכך, סבור פלקסר כי המדינה לא הציגה תשתית המאפשרת לבית המשפט לקבוע כי החלטתה הייתה סבירה ואין להסתפק בהקשר זה בהודעת ההכרה הסתמית שהגישה כדי לדחות את טענותיו המבוססות לעניין היסוד הנפשי שליווה את מעשי השוטרים.

נוסף על כל אלה, טוען פלקסר כי בקשתו לקבוע שמתקיימים במקרה דנן תנאי החריג לחסינות הוכרעה על-ידי רשם שהוא שופט אשר בהחלטה מאוחרת אף הבהיר כי נתן את החלטתו זו "בכובעו" כרשם. משכך מדובר לטענת פלקסר בהחלטה שניתנה ללא סמכות שכן לשיטתו סמכותו של הרשם מוגבלת לאותם המקרים שבהם הסמיכוהו החוק או התקנות באופן מפורש לדון, ואילו בעניין חסינותם של עובדי ציבור הנזיקין אין בחוק סעיף המסמיך את הרשם לדון. עוד טוען פלקסר כי קיום תנאי החריג לחסינות היא שאלה עובדתית אשר ההכרעה בה ככלל אינה בסמכות הרשם. משנדחתה התביעה נגד השוטרים על הסף, כך מוסיף פלקסר וטוען, אף מקשה הדבר עליו בהוכחת טענותיו לגוף הדברים, משום שעם דחיית התביעה סירבו השוטרים לענות על שאלונים ששלח להם בטענה שאינם בעלי דין. לבסוף טוען פלקסר כי תקנות 10 ו-11 לתקנות הנזיקין קובעות חובה לקיים דיון בבקשה הנוגעת להתקיימות תנאי חסינות של עובדי ציבור בו יתאפשר לצדדים לחקור את המצהירים, להשמיע עדים ולהגיש עיקרי טיעון בכתב, ואין לבית המשפט שיקול דעת לסטות מסדרי הדין הללו.

9. בסיכומי המדינה והשוטרים המיוצגים כולם על-ידי פרקליטות המדינה (להלן: המשיבים), מפרטים המשיבים בהרחבה את הפרשנות הראויה לגישתם להסדרים בפקודה העוסקים בחסינות עובדי ציבור, אשר שולבו בתיקון מספר 10 לפקודת הנזיקין (להלן: תיקון 10 לפקודה).

המשיבים טוענים כי הרקע לחקיקת התיקון לפקודה הוא החשש מחשיפת עובדי ציבור ללחצים בדרך של הגשת תביעות אישיות נגדם, העשויות לשבש את שיקול דעתם ולהוביל להרתעת יתר של העובדים ולהססנות בתפקודם. עם זאת, כך מוסיפים המשיבים וטוענים, החסינות שנקבעה בפקודה בעקבות תיקון 10 הינה חסינות דיונית בלבד ואינה פוגעת בזכויותיו המהותיות של התובע לקבל את מלוא הפיצוי המגיע לו ממעסיקתו של עובד הציבור – המדינה או הרשות הציבורית – אם יוכיח כי מעשי העובד מקימים עילה לפיצוי נזיקי. אשר לעובדי המדינה, נטען כי משמעות הודעת ההכרה בחסינות היא כי המדינה מצאה, בהתאם לתשתית הראיות המנהליות העומדות בפני הגורם המחליט, כי עובד המדינה הנתבע ביצע את המעשים הנטענים במסגרת תפקידו השלטוני וכי לא מתקיימים תנאי החריג לחסינות. לטענת המשיבים

היועץ המשפטי לממשלה הסמיך שלושה בעלי תפקידים בכירים בשירות המדינה (המשנה לפרקליט המדינה, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה ומנהל המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה), ואותם בלבד, להודיע לבית המשפט על הכרה בחסינותו של עובד, ולטעמם הדבר מוביל לריכוז מיומנות וניסיון בתחום זה בידי גורמים אלה. כיוון שהודעת ההכרה היא החלטה מנהלית סבורים המשיבים כי על בית המשפט להפעיל את הסמכות שניתנה לו בסעיפים 7(ג) ו-10(ד) לפקודה על-פי הכללים הנוהגים בהפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות, לצורך הקביעה האם התקיימו במקרה שלפניו תנאי החסינות. לגישת המשיבים, המחוקק ראה אמנם לשלב את הדיון ואת ההכרעה בסוגיית החסינות בהליך האזרחי (התביעה בנזיקין), על מנת למנוע את פיצול הדיון בסוגיה זו בין שתי ערכאות שונות, אך בהינתן העובדה כי עניין לנו בביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית סבורים המשיבים כי על הערכאה האזרחית ליישם לצורך כך את הכללים והעקרונות הנוהגים במשפט המינהלי. המשיבים מוסיפים ומפנים בעניין זה אל דברי ההסבר להצעת תיקון 10 לפקודה אשר תומכים אף הם בעמדתם לפיה כפופה הודעת ההכרה לביקורת שיפוטית על-פי כללי המשפט המנהלי.

10. עוד טוענים המשיבים כי בחינת הסוגיה על-פי כללי המשפט המנהלי עדיפה על המבחנים האחרים שהוצעו. לטענת המשיבים, בחינת תנאי החסינות על-פי מבחן כתב התביעה תרוקן את הסדר החסינות מתוכן משום שכל תובע יכול לנסח את תביעתו באופן המייחס לעובד הציבור מעשים המקיימים את תנאי החריג לחסינות והם סבורים על כן כי גישה מרחיבה כזו אינה מתיישבת עם תכליתו של תיקון 10 אשר נועד להגן על עובד הציבור מפני התנכלות. כמו כן טוענים המשיבים כי אין מקום להשוואה בין סילוק תביעה על הסף – ממנה לקוח מבחן כתב התביעה – ובין ההכרה בחסינות עובד הציבור משום שסילוק תביעה על הסף מותיר את התובע בלא סעד ואילו ההכרה בחסינות עובד הציבור אינה פוגעת בזכותו של התובע לקבלת הסעד מידי המדינה או מידי הרשות הציבורית לפי העניין, אם יוכיח את תביעתו. עוד סבורים המשיבים כי אין מקום לבירור עובדתי מקדים בשאלת קיום תנאי החסינות, שכן קיימת חפיפה בין דיון ההוכחות שיידרש לצורך בירור השאלות הרלוונטיות לסוגיית החסינות ובין דיון ההוכחות שיש לקיים בהליך לגופו לצורך בירור העילה הנזיקית. המשיבים מוסיפים וטוענים כי באופן טיפוסי שאלת החסינות עומדת להכרעה טרם שנערכו ההליכים המקדמיים וטרם שהבשיל התיק לדיון. גם מטעם זה, לגישת המשיבים, אין זה סביר לקיים בירור עובדתי מקדמי הנוגע להכרה בחסינות. לבסוף, סבורים המשיבים כי לנוכח אופיו המנהלי של הליך ההשגה על הודעת ההכרה בחסינות, אין מקום לקיים בעניין זה דיון בעל-פה וברוב המקרים לשיטתם יוכל בית המשפט לבחון האם קיימת עילה מנהלית להתערבות, על-פי הודעת ההכרה ועל יסוד מסמכים בכתב.



11. אשר לחקירתו ומעצרו של פלקסר טוענים המשיבים כי הובאה בפני המשנה לפרקליט המדינה תשתית ראייתית מנהלית, המורכבת בעיקרה מתיק החקירה נגד פלקסר והמוכיחה כי פעולות השוטרים נעשו באופן מקצועי ובתום לב במסגרת תפקידם כחוקרים. על כן, סבורים המשיבים כי פלקסר לא עמד בנטל ההוכחה המוטל עליו להראות כי החלטת המשנה לפרקליט המדינה להכיר בחסינות השוטרים חרגה ממתחם הסבירות. אשר להיעדר פירוט והנמקה בהודעת ההכרה טוענים המשיבים כי בעבר, כשפרקליטות המדינה החלה ביישום תיקון 10 לפקודה, ניתנו ברוב המקרים הודעות הכרה קצרות ללא נימוקים. אולם, כך טוענים המשיבים, החל משנת 2009 השתנתה פרקטיקה זו וכיום נוהגים הגורמים האחראים על כך בפרקליטות המדינה לפרט בהודעותיהם את הנימוקים להכרה בחסינות. על כל פנים, המשיבים טוענים כי ככל שנפל פגם בהיעדר ההנמקה בעבר הוא נרפא עתה נוכח ההנמקה המפורטת שנפרשה בטיעוני המשיבים בהליך זה, והם מוסיפים וטוענים כי עו"ד אורית סון, המשנה לפרקליט המדינה (עניינים אזרחיים) הנוכחית, עיינה אף היא בתשתית הראייתית המנהלית וסמכה ידיה בדיעבד על ההכרה בחסינות מן הנימוקים שפורטו. אשר לטענה כי רשם בית המשפט המחוזי לא היה מוסמך להחליט בבקשת פלקסר לקבוע שלא התקיימו תנאי החסינות, טוענים המשיבים כי הפקודה והתקנות קובעות כי החלטה בבקשה זו היא בסמכות "בית המשפט" ומונח זה כולל גם את הרשם, בהיעדר הוראה אחרת הקובעת כי הוא אינו מוסמך להחליט. זאת בייחוד, כך טוענים המשיבים, מקום שמדובר ברשם שהוא שופט, כבענייננו. לבסוף טוענים המשיבים כי ההכרה בחסינות השוטרים לא פגעה בסיכווי של פלקסר להוכיח את תביעתו. לטענתם, המחלוקת שנפלה בין הצדדים בנוגע לשאלונים ששלח פלקסר למדינה נובעת בעיקרה מכך שהמדינה סברה כי הם מנוסחים באופן מכביד וקנטרני. על כל פנים, כך מציינים המשיבים, הצדדים הגיעו להסדר בנושא זה והשוטרים ענו לשאלונים שהופנו אליהם.

בנסיבות אלה, סבורים המשיבים כי התעקשותו של פלקסר לתבוע את השוטרים באופן אישי מעוררת תמיהה, ולשיטתם התיקון לפקודה נועד כדי למנוע התנהלות מסוג זה במקרים המצדיקים הכרה בחסינות.

טענות הצדדים ברע"א 775/11

12. כפי שכבר הוזכר, סדרי הדין שנקבעו לעניין ההכרה בחסינותם של עובדי רשות ציבורית שאינם עובדי מדינה, שונים מסדרי הדין הנוגעים לעובדי מדינה ועל כך נעמוד בהרחבה להלן. מכל מקום, עו"ד גורדון טוענת אף היא כי אין מקום להחיל על

הבקשה להכרה בחסינות עובד ציבור שאותה הגישה את המבחנים שנקבעו בפסיקה לעניין סילוק תביעה על הסף וזאת מאותם טעמים שמנו המשיבים בע"א 1649/09. עוד טוענת עו"ד גורדון כי אף שבעניינה מדובר בהחלטת ביניים וב"גלגול שלישי", יש מקום למתן רשות ערעור מכיוון שמדובר בשאלה עקרונית המשפיעה על כלל עובדי הציבור ומכיוון שטרם נקבעה הלכה בסוגיה זו. עו"ד גורדון מוסיפה וטוענת כי קיימת בנושא זה אי-בהירות בפסיקת הערכאות הדיוניות, ולראיה היא מציינת כי בתביעה אחרת שהוגשה נגדה הכיר בית משפט השלום בנצרת (במותב שונה) בחסינותה וקבע כי אין לבחון את התקיימות החריג לחסינות על-פי עובדות כתב התביעה. על כן סבורה עו"ד גורדון כי מן הראוי להחזיר את ההליך דנן לבית משפט השלום על מנת שיקיים דיון מחודש בבקשה להכיר בחסינותה ולחלופין היא עותרת לכך שבית משפט זה יכריע בנושא.

13. בתגובתה לבקשת רשות הערעור הודיעה העירייה כי בהינתן יחסי הכפפות המקצועיים בין עו"ד גורדון לעו"ד אליעז שייצג את העירייה בבית המשפט המחוזי, קבע היועץ המשפטי למשרד הפנים שעו"ד רשף חן, היועץ המשפטי לעיריית חיפה, הוא שיתן חוות דעת בשאלה האם עיריית נצרת עילית צריכה לתמוך בבקשת רשות הערעור או להתנגד לה. בעמדה שהציג טוען עו"ד חן כי בתי המשפט המחוזי והשלום שגו בבוחנם את תנאי החריג לחסינות על-פי העובדות שנטענו בכתב התביעה, בציינו כי בחינה זו מרוקנת מתוכן את תכלית התיקון לפקודה להעניק חסינות לעובדי הציבור מפני תביעות נזיקין. בהתייחסו להוראות הדין הנוגעות לחסינות עובדי רשויות ציבוריות - סדרי הדין לגביהם שונים כאמור מסדרי הדין הנוגעים לחסינות עובדי מדינה - ציין עו"ד חן כי משהגיש עובד של רשות ציבורית (הנתבע) בקשה הנתמכת בתצהיר בה נטען כי התקיימו תנאי החסינות, עובר הנטל אל התובע להוכיח כי מתקיים הסייג לחסינות. במקרה דנן, כך מוסיף עו"ד חן וטוען, לא השיבה שי (התובעת) בתצהיר מטעמה על תצהירה של עו"ד גורדון ולדעתו די היה בכך על מנת לקבל את הבקשה להכרה בחסינות. לבסוף טוען עו"ד חן כי מעיון בכתב התביעה נראה שפעולותיה של עו"ד גורדון היו פעולות לגיטימיות בהן נקטה כיועצת המשפטית של הרשות המקומית, ולשיטתו קשה להניח כי מכלול המחלוקות המשפטיות בין העירייה לשי נובעות מויכוח מילולי שפרץ בין השניים, כפי שנטען בכתב התביעה. אשר על כן, חיווה עו"ד חן את דעתו כי מן הראוי שהעירייה תתמוך בבקשת רשות הערעור שהגישה עו"ד גורדון.

14. מנגד טוענת שי כי בהבדל מן האופן אשר בו נבחנת הודעת הכרה בחסינותו של עובד מדינה, בקשה להכרה בחסינות מטעם רשות ציבורית אינה צריכה להיבחן על-

פי מבחני המשפט המנהלי. לשיטתה, הפקודה יצרה הבחנה מפורשת בין מנגנוני ההכרה בחסינות הנוגעים לכל אחת משתי קבוצות העובדים הללו, ובעניינם של עובדי הרשויות הציבוריות נקבע כי בית המשפט ולא הרשות הציבורית הוא זה שיקבע האם התקיימו תנאי החסינות וזאת על-פי בקשה שתוגש לו על-ידי הרשות הציבורית או על-ידי העובד הנתבע. על כן לגישה יש ליצוק תוכן להבחנה זו ואילו אם ייקבע כי ההכרה בחסינותם של עובדי הרשויות הציבוריות תיבחן אף היא על-פי כללי המשפט המנהלי, יהא בכך כדי לאיין את ההבחנה שערך המחוקק ביניהן. נוסף על כך טוענת שי ככל שהבקשה להכרה בחסינות מוגשת על-ידי העובד לפי סעיף 7ג לפקודה, אין בנמצא החלטה מנהלית אותה ניתן לבחון על-פי כללי המשפט המנהלי. עוד טוענת שי כי הכרת העירייה בחסינותה של עו"ד גורדון נעשתה תוך ניגוד עניינים, שכן העירייה יוצגה על-ידי עו"ד אליעז ממחלקת הייעוץ המשפטי שלה, שהיה כפוף לעו"ד גורדון והיא מוסיפה וטוענת כי הדבר מבליט את הסיבה שהמחוקק הבחין לכתחילה בין עובדי המדינה לעובדי הרשויות הציבוריות. לטענת שי, חוות דעתו של היועץ המשפטי לעיריית חיפה, אשר הוגשה לראשונה בפני בית משפט זה, אינה יכולה לרפא את הפגם שנפל במעשי העירייה בערכאות הקודמות. בנוסף, טוענת שי כי הבקשה להכרה בחסינות שהגישה עו"ד גורדון לבית משפט השלום הוגשה כעשרה חודשים לאחר שהומצא לה כתב התביעה ונוסחה כבקשה לסילוק על הסף לפי תקנות סדר הדין האזרחי ולא כבקשה להכרה בחסינות לפי פקודת הנזיקין. עוד היא טוענת כי כשם שבית המשפט רשאי במקרים מתאימים להכריע בבקשות בהליכים אזרחיים ללא קיום דיון וללא חקירת מצהירים, כך ניתן לעשות גם בהחלטה בבקשה להכרה בחסינות. לבסוף טוענת שי כי הבקשה לא מעוררת שאלה משפטית בעלת חשיבות כללית המצדיקה מתן רשות ערעור על החלטת ביניים "בגלגול שלישי".

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

15. היועץ המשפטי לממשלה אשר התייצב כאמור לדיון ברע"א 775/11 ציין בטיעונו הנוגעים להליך ההכרה בחסינותו של עובד רשות ציבורית כי המחוקק אכן הבחין בין הליך זה ובין הליך ההכרה בעניינו של עובד המדינה ובעוד שהפקודה קובעת כי המדינה רשאית להגיש הודעה בדבר הכרה בחסינותו של עובד המדינה, הרשות הציבורית ועובד הרשות הציבורית רשאים אך לבקש מבית המשפט כי יקבע שהעובד זכאי לחסינות. הסיבה להבחנה בין סוגי העובדים, כך טוען היועץ המשפטי לממשלה, היא היעדרו של גורם משפטי עצמאי ובלתי תלוי ברשות הציבורית אשר יוכל להכריע בסוגיית חסינות עובדי הרשות הציבורית, דוגמת פרקליטות המדינה. לגישתו של היועץ המשפטי לממשלה, היועצים המשפטיים של הרשויות הציבוריות (אשר

הוסמכו בתקנה 8 לתקנות הנזיקין לאשר הגשת בקשה להכרה בחסינות), אינם מנותקים לחלוטין מן הרשות הציבורית ולכן העדיף המחוקק כי אלה לא יחליטו בסוגיית ההכרה אלא יהיו רשאים לאשר, בשם הרשות הציבורית, הגשת בקשה לבית המשפט להכיר בחסינות העובד. ואולם, כך לטענת היועץ המשפטי לממשלה, השוני האמור הקיים בין ההסדרים החלים על עובדי המדינה ובין אלה החלים על עובדי הרשויות הציבוריות אין בו כדי להצדיק שוני מהותי באופי הביקורת השיפוטית שמפעיל בית המשפט על החלטת הרשות, ולגישתו על בית המשפט לבחון על-פי כללי המשפט המנהלי גם בקשה להכרה בחסינות עובד שהוגשה מטעם רשות ציבורית. היועץ המשפטי לממשלה סבור עוד כי אם מצא בית המשפט שהחלטת הרשות הציבורית אשר מכוחה הוגשה הבקשה להכיר בחסינות העובד היא סבירה, עליו להיעתר לבקשה ולהכיר בחסינות והוא מוסיף וטוען כי הרציונאלים המצדיקים את דחיית יתר המבחנים שהוצעו בקשר להכרה בחסינות עובדי המדינה, תקפים גם ביחס לעובדי הרשות הציבורית. אשר למקרה כמו זה שבפנינו אשר בו הנתבע הוא היועץ המשפטי של הרשות הציבורית עצמו, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי הדרך הראויה היא שהרשות תפנה ליועץ המשפטי של משרד הפנים בבקשה למנות יועץ משפטי של רשות אחרת על מנת שיחווה את דעתו בסוגיה. עם זאת, טוען היועץ המשפטי לממשלה כי סעיף 7ג(א) לפקודה מאפשר גם לעובד הרשות הציבורית לבקש מבית המשפט לקבוע כי התקיימו תנאי החסינות ולכן פתוחה הדרך בפני נתבע שהוא יועץ משפטי של רשות ציבורית לפנות בעצמו לבית המשפט. עוד מוסיפה המדינה וטוענת כי במקרה שבו עובד הרשות הציבורית שהוא הנתבע הגיש את הבקשה להכרה בחסינות, והרשות הציבורית הודיעה לבית המשפט כי היא מצטרפת לבקשה ותומכת בה, מדובר בהחלטה מנהלית של הרשות ועליה להיבחן על-פי כללי המשפט המנהלי.

16. אשר לנסיבות המקרה שלפנינו, טוען היועץ המשפטי לממשלה כי עו"ד גורדון היא זו שהגישה את הבקשה להכרה בחסינות והעירייה תמכה בבקשה. לכן היה על בית המשפט לבחון את סבירות החלטתה המנהלית של העירייה בעניין זה. לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, שגו הערכאות קמא בכך שבחנו את קיום החריג לחסינות על-פי מבחן כתב התביעה, ולגישתו חותר מבחן זה תחת הרציונאלים של הסדר החסינות לעובדי הציבור. על פני הדברים, כך מוסיף היועץ המשפטי לממשלה וטוען, הציבה עו"ד גורדון תשתית ראייתית משמעותית המוכיחה כי לא מתקיימים במקרה זה תנאי החריג לחסינות. אולם, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי נוכח העובדה שהערכאות קמא לא בחנו את בקשת ההכרה בחסינות על-פי מבחני המשפט המנהלי יש להשיב את הדיון לבית משפט השלום על מנת שיבחן בדרך זו את הבקשה.

## תיקון 10 לפקודת הנזיקין

17. ביום 10.8.2005 פורסם ברשומות תיקון 10 לפקודה שעניינו אחריות עובדי ציבור בנזיקין. התיקון נכנס לתוקפו שישה חודשים לאחר הפרסום והרחיב במידה משמעותית את היקף חסינותם של עובדי הציבור בנזיקין. טענות בעלי הדין בהליכים שבפנינו מגלות מחלוקות מהותיות באשר לפרשנות הוראותיו של התיקון והתקנות שהותקנו מכוחו הן בכל הנוגע לעובדי מדינה והן בכל הנוגע לעובדי רשויות ציבוריות. על מנת להידרש למחלוקות אלה מן הראוי, אפוא, להציג כלשונן את הוראות הפקודה והתקנות הרלוונטיות לעניין.

## סעיף 7א(א) שנוסף לפקודה בתיקון 10 קובע כך:

לא תוגש תובענה נגד עובד ציבור על מעשה שעשה תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור, המקום אחריות בנזיקין; הוראה זו לא תחול על מעשה כאמור שנעשה ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור.

בשני המקרים העומדים לדיון בפנינו לא הייתה מחלוקת כי הפעולות נעשו תוך כדי מילוי תפקידם השלטוני של עובדי הציבור. אשר לשוטרים מדובר בפעולות שנעשו תוך כדי חקירתו של פלקסר ובעניינה של עו"ד גורדון מדובר בנקיטת הליכים משפטיים שנעשו תוך כדי מילוי תפקידה כיועצת המשפטית של העירייה. עיקר הדיון בפנינו התמקד, אפוא, בהוראת הסיפא של סעיף 7א(א) הקובעת חריג לחסינות מקום שבו עובדי הציבור פעלו ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו. בקובעו את החריג ביטא המחוקק את העיקרון לפיו עובד ציבור אשר בביצוע תפקידו השלטוני פועל מתוך כוונה לגרום נזק או מתוך אדישות לנזק העלול להיגרם כתוצאה ממעשיו, אינו ראוי לחסות תחת כנפי החסינות אשר נועדה בעיקרה לאפשר לעובדי הציבור לבצע את תפקידם ללא מורא וללא חשש כי פעולותיהם במילוי תפקידם השלטוני - במעשה או במחדל - יצמיחו תביעות אישיות נגדם.

18. מהו האופן אשר בו ראוי לברר את היסוד הנפשי שליווה את מעשיו של העובד לצורך קביעת דבר קיומה או אי-קיומה של חסינות העומדת לעובד בתביעה אישית שהוגשה נגדו? זוהי השאלה המרכזית שהציבו הצדדים בפנינו בערעורים דנן. ההוראות הרלוונטיות לעניין זה קבועות בסעיפים 7ב ו-7ג לפקודה וכפי המזדקר לעין מייד עם

קריאת הוראות אלה, אשר תובאנה להלן, המחוקק ראה להבחין בהקשר זה בין עובדי מדינה לעובדי רשויות ציבוריות.

סעיף 7 ב מתייחס לחסינות של עובדי מדינה וקובע כך :

(א) 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.

(ב) 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.

(ג) 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).

(ד) 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 המחוייבים; קבע בית המשפט שעובד המדינה עשה את המעשה שלא תוך כדי מילוי תפקידו – תידחה התובענה כנגד המדינה.

(ה) בית המשפט יחליט בבקשת תובע כאמור בסעיף קטן (ג) או בבקשת עובד המדינה כאמור בסעיף קטן (ד), לאלתר.

בתקנות הנזיקין נקצבו מועדים וסדרי דין ליישום הוראות אלה ונקבע כי על המדינה להגיש את הודעת ההכרה הנזכרת בסעיף 7ב(א), ככל שברצונה להגישה, בתוך המועד שנקצב להגשת כתב הגנה (תקנה 6 לתקנות הנזיקין). עוד נקבע בתקנות כי תובע המבקש לפי הוראת סעיף 7ב(ג) לפקודה כי בית המשפט יקבע שלא מתקיימים תנאי החסינות לפי סעיף 7א, יגיש בקשה בעניין זה בתוך 14 ימים מן היום שבו הומצאה לו הודעת ההכרה מטעם המדינה (תקנה 7א) לתקנות הנזיקין). כמו כן נקבע בתקנות כי עובד המבקש לפי הוראת סעיף 7ב(ד) לפקודה כי בית המשפט יקבע שמתקיימים תנאי

החסינות לפי סעיף 7א (במקרה שבו לא הודיעה המדינה על הכרה בחסינות או לא ביקשה כי התביעה נגדו תידחה) עליו להגיש את בקשתו בתוך 14 ימים מן היום האחרון שנקצב להגשת הודעת ההכרה כאמור (תקנה 7(ב) לתקנות הנזיקין).

סעיף 7ג מתייחס לחסינות של עובדי רשויות ציבוריות וקובע כך:

(א) הוגשה תובענה נגד עובד רשות ציבורית על מעשה שנעשה בעת מילוי תפקידו כעובד הרשות הציבורית, ושאינם 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.

(ב) קבע בית המשפט כי התקיימו תנאי החסינות לפי סעיף 7א, תידחה התובענה נגד עובד הרשות הציבורית, ויחולו הוראות סעיף 7(ב), (בשניוניים המחויבים; קבע בית המשפט שעובד הציבור עשה את המעשה שלא תוך כדי מילוי תפקידו – תידחה התובענה נגד הרשות הציבורית).

(ג) בית המשפט יחליט בבקשת הרשות הציבורית או העובד כאמור בסעיף קטן (א), לאלתר.

גם לעניין הוראות אלה נקבעו מועדים וסדרי דין בתקנות הנזיקין. כך נקבע בתקנה 9 כי בקשת עובד הרשות הציבורית או בקשת הרשות הציבורית שבית המשפט יקבע כי מתקיימים תנאי החסינות לפי סעיף 7א לפקודה, תוגש בתוך 30 ימים מהיום שבו הומצא להם כתב התביעה.

19. כמפורט בהרחבה בפרק המתאר את טענותיהם, הצדדים הציגו עמדות שונות בתכלית באשר לפרשנותן של ההוראות המפורטות בסעיפים 17-18 לעיל, ולכאורה עניין לנו בשאלות הנוגעות לפרוצדורה ולסדרי דין, אך ברי כי ההכרעה בהן כרוכה ושלובה בשאלות הנוגעות לאופייה ולהיקפה של החסינות ומכאן חשיבותה. פלקסר ושי טוענים כי די בכך שטענו בכתב תביעתם כי התנהלותו של עובד הציבור-הנתבע באה בגדר החרג לחסינות על-פי התנאים שנקבעו לעניין זה בסעיף 7א סיפא, על מנת שהחסינות לא תחול, ולחלופין הם טוענים כי למצער יש לקיים בפתח ההליך דיון הוכחות ממצה לעניין תחולתו של החרג. השוטרים כעובדי מדינה ועו"ד גורדון כעובדת רשות ציבורית, טוענים מנגד - ובטענותיהם תומכים גם המדינה, היועץ המשפטי לממשלה והעירייה - כי אין לקבל את מבחן כתב התביעה ואף לא את מבחן

הבירור המקדים שהציעו פלקסר ושי. לגישתם יש לסווג את החלטת בית המשפט בסוגיית החסינות בקטגוריה של ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית שהתקבלה על-ידי הגורמים המוסמכים במדינה (לעניין עובדי מדינה) ועל-ידי הגורמים המוסמכים לכך ברשות הציבורית (לעניין עובדי רשויות ציבוריות) ולהחיל בעניין זה את כללי המשפט המינהלי.

כבכל מהלך פרשני אנו מחויבים גם במקרה דנן לבחון את התכלית אשר עמדה ביסוד החסינות שניתנה לעובדי ציבור בתיקון 10 לפקודה, בהיותה יסוד המסד למהלך הפרשני האמור ולכך נפנה עתה.

אחריות עובדי ציבור בנוזיקין טרם חקיקת תיקון 10 לפקודה

20. התפישה אשר רווחה במשפט המקובל במשך מאות בשנים הייתה – "The King can do no wrong", לאמור: רשויות המדינה חסינות מפני תביעות נזיקין (WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 242-245 (1753); וראו גם: Edwin M. Borchard, *Government Liability in Tort*, 34 YALE L. J. 1, 1-8 (1924) (להלן: Borchard); *United States v. Gibbons v. United States*, 75 U.S. 269 (1868); *Lee*, 106 U.S. 196 (1882); ישראל גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון)" משפט וממשל ב 339, 360 (1995) (להלן: גלעד, חלק ראשון)). עם זאת ואף שהניזוק לא היה רשאי לתבוע את המדינה בשל נזקים שנגרמו לו על-ידי אחד מעובדיה, עמדה לרשותו במקרים רבים עילת תביעה נזיקית כנגד עובד הציבור באופן אישי (ישראל גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)" משפט וממשל ג 55, 89-90 (1995) (להלן: גלעד חלק שני); Borchard, בעמ' 7-9; *Robertson v. Sichel*, 127 U.S. 507 (1888)).

גישה זו חלחלה למשפט הישראלי וקיבלה ביטוי בסעיף 4 לפקודת נזיקים אזרחיים, 1944, ע"ר תוס' 1, 93, אשר קבע מחד גיסא כי "לא תוגש תביעה משפטית בדבר נזיקים אזרחיים על הוד רוממותו או ממשלת פלשתינה" ומאידך גיסא כי "משמשו של הוד רוממותו ופקיד ציבורי יהיו אחראים לכל נזיקים אזרחיים שיעשום", ככפוף למספר חריגים. בשינויי נוסח קלים, המשיך סעיף 7(א) לפקודה לבטא את אותה התפישה. סעיף זה, שעמד בתוקפו עד לחקיקתו של תיקון 10 לפקודה, קבע כי:

עובד ציבורי 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 או שעשהו בתום לב כסבור שהוא פועל בתחום  
סמכותו כדין.

הנה כי כן, העיקרון אשר משל בכיפה במשפט הישראלי במשך עשרות שנים  
בהשראת המשפט המקובל היה העיקרון לפיו עובד הציבור אחראי אישית לעוולות  
שביצע. הסיפא של סעיף 7(א) הנ"ל העניקה אמנם הגנה מסוימת לעובדי הציבור, אך  
החרגתן של תביעות הרשלנות מתוך הגנה זו והפרשנות המצמצמת שאימצה הפסיקה  
בהקשר זה, הובילו לכך שבפועל חלה אותה ההגנה במקרים נדירים יחסית (תמר  
קלהורה ומיכל ברדנשטיין "חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) – חסינות עובד  
הציבור" הפרקליט נא 293, 301-302 (2011) (להלן: קלהורה וברדנשטיין); גלעד, חלק  
ראשון, בעמ' 375-376; יואב דותן "האחריות הנזיקית של עובד-הציבור המפעיל  
סמכויות" משפטים טו 245, 276-282 (1985); דפנה אבניאלי דיני חסינות 461 (2014)  
(להלן: אבניאלי)).

21. הזרעים הראשונים להיפוך התפיסה בכל הנוגע לאחריותו האישית של עובד  
הציבור בנזיקין, נזרעו בשנת 1952 עם חקיקת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות  
המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: חוק הנזיקים האזרחיים). חוק זה אימץ את התפישה  
המשפטית המודרנית, שאומצה גם במדינות נוספות, המבוססת על ערכי יסוד בדבר  
שוויון בפני החוק ועל ההכרה כי בדרך זו יזכו זכויות הפרט להגנה ראויה וטובה יותר  
ויקודמו עקרונות של צדק חלוקתי ויעילות בפיזור הנזק (ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ'  
מנורה חברה לביטוח בע"מ, פס' 18 (25.5.2006) (להלן: עניין עיריית חיפה)). עקרון זה  
של השוואת המעמד קיבל ביטוי בסעיף 2 לחוק הנזיקים האזרחיים הקובע כי "דין  
המדינה, לענין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מואגד, פרט לאמור להלן בחוק זה".

נקודת המוצא על-פי תפישה זו היא כי המדינה אינה נהנית עוד מחסינות  
גורפת כבעבר, להוציא חריגים מסוימים אשר נקבעו מפורשות בחוק הנזיקים  
האזרחיים. עם זאת, תהליך הפנמתו והטמעתו של השינוי שחל לעניין אחריות המדינה  
עם ביטול החסינות המיוחדת שממנה נהנתה בעבר, היה תהליך ממושך יחסית (ראו  
לעניין זה ביתר הרחבה בעניין עיריית חיפה, בפס' 18 ובאסמכתאות שם) ויתכן שבכך  
ניתן למצוא את ההסבר לעובדה כי לאורך שנים רבות לא נלווה לשינוי נורמטיבי זה  
באחריות המדינה גם שינוי של ממש בהיקף האחריות של עובדי הציבור, אף שהדבר  
מתבקש לכאורה כפועל יוצא מכך. כך, בחמישים ושלוש השנים שחלפו מאז חקיקת  
חוק הנזיקים האזרחיים ועד לחקיקת תיקון 10 לפקודה, הוטלה אחריות מקבילה הן על

עובד ציבור שגרם בעוולתו לנזק והן על המדינה או הרשות הציבורית שבה הועסק, ככל שהן חבות באחריות לעוולה שביצע (קלהורה וברדנשטיין, בעמ' 301; דותן, בעמ' 251-257; גלעד חלק שני, בעמ' 88; ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 70 (1994); וראו גם אהרן ברק דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 407-411 (גד טדסקי עורך, מהדורה שניה, 1976) (להלן: דיני הנזיקין)). מצב משפטי דומה שורר עד היום באנגליה ובקנדה שבהן מוטלת אחריות על המדינה ועל רשויות ציבוריות במקביל לאחריות המוטלת על העובד (קלהורה וברדנשטיין, בעמ' 333-335; אבניאלי, בעמ' 455). בהטלת האחריות המקבילה כאמור נסמכו בתי המשפט בישראל על הוראת סעיף 11 לפקודה הקובעת כי במקום שבו שני מעוולים חבים יחד באחריות, יהיו השניים ניתנים להיתבע ביחד ולחוד. משכך ועל פי המצב המשפטי טרם תיקון 10 לפקודה, הבחירה אם לתבוע את העובד, את הרשות או את שניהם גם יחד, נתונה הייתה באופן בלעדי בידי הניזוק. מטבע הדברים ומשום שככלל כשרות הפירעון של המדינה ושל הרשויות הציבוריות האחרות גבוהה מזו של העובד, ניתן להניח כי תובע רציונאלי שהיה מעוניין בקבלת הסעד אשר ייטיב את נזקו יעדיף לתבוע בראש ובראשונה את הרשות השלטונית ובמקרים מסוימים אולי אף יסתפק בכך ולא יראה צורך לתבוע באופן אישי גם את העובד. ברם, המצב המשפטי ששרר טרם תיקון מספר 10, הותר כאמור את הבחירה בעניין זה בידי הניזוק וברמה המהותית ועל-פי הוראת סעיף 7(א) לפקודה, כנוסחו טרם התיקון, הכלל היה כלל של אחריות אישית שחלה על העובד לעוולות שביצע תוך כדי מילוי תפקידו והחריג היה מתן חסינות מסוימת בהתקיים התנאים שנקבעו בסיפא לאותו סעיף.

חסינות עובדי הציבור בתיקון 10 לפקודה

22. השינוי המהותי במשטר המשפטי הנוהג התרחש ככל שהדבר נוגע לאחריות האישית של עובדי ציבור רק עם חקיקת תיקון 10 לפקודה בשנת 2005. על-פי סעיף 7(א) שנתווסף לפקודה במסגרת תיקון זה, לא תוגש תובענה נגד עובד ציבור על עוולה נזיקית שביצע תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני, אלא אם פעל "ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו". עם כניסת התיקון לתוקפו ניטלה, אפוא, מידי התובע הזכות לבחור אם לתבוע את הרשות או את העובד או את שניהם גם יחד בגין עוולה שביצע כלפיו עובד ציבור במסגרת מילוי תפקידו, ונקבע בתיקון ובתקנות שהותקנו מכוחו מסלול מפורט אשר רק בהתקיים התנאים והקריטריונים שנקבעו בו ניתן יהיה להותיר על כנה ולנהל תביעה נזיקית נגד עובד הציבור. ודוק: החסינות המוקנת לעובד הציבור על-פי סעיף 7(א) לפקודה היא חסינות דיונית ומשמעות הדבר היא כי עובד הציבור אינו פטור באופן מהותי מאחריות נזיקית, אלא

שלא ניתן לתבוע אותו לדין על אחריות זו (ראו דברי הסבר לסעיף 7א להצעת חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) (אחריות עובדי הציבור), התשס"ג-2002, ה"ח 134, 136 (להלן: הצעת החוק); פרוטוקול ישיבה מס' 270 של ועדת החוק, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 19 (22.7.2004); קלהורה וברדנשטיין, בעמ' 304-305; והשוו לדיני הנזיקין, בעמ' 350-351). אחת התוצאות המרכזיות הנובעות מאופייה הדיוני של החסינות היא כי אף שהניזוק אינו יכול להיפרע את נזקיו מידי עובד הציבור באופן אישי, אין הדבר גורע מזכותו להיפרע את נזקיו מן המדינה או מהרשות הציבורית כמעסיקה או כשולחת של העובד (סעיף 7א(ב) לפקודה; והשוו לאבניאלי, בעמ' 463-464, 467). כמו כן, ובשל אופייה הדיוני של החסינות שהוקנתה לעובד הציבור לפי סעיף 7א(א) לפקודה, נסללת הדרך למדינה או לרשות הציבורית לתבוע מידי העובד דמי שיפוי וזאת גם באותם המקרים אשר בהם החליטה כי ביחסים שבינו ובין הניזוק מן הראוי להקנות לעובד חסינות (סעיף 17 לפקודה).

23. על התכליות והרציונאלים אשר ניצבו ביסוד החסינות הדיונית שהוקנתה לעובדי הציבור על-פי תיקון 10 לפקודה, עמדו יוזמי התיקון בדברי ההסבר להצעת החוק באומרים:

מוצדק להכיר במעמד המיוחד של עובדי ציבור מאחר שהם חשופים לסיכוני אחריות עקב אפשרות ההיזק הנרחבת של הרשות; עובדי הציבור חשופים ללחצים בדרך של הגשת תביעות אישיות בלתי מוצדקות או איום בהגשת תביעות כאלה, דבר העלול להשפיע על תפקודם ולשבש את פעילותה של הרשות הציבורית; מבחינת כושר הפיצוי, המדינה או הרשות הציבורית היא בעלת המשאבים הכספיים ובעלת היכולת לפזר את הנזק, והתביעה האישית נגד עובד הציבור אינה מוסיפה דבר לנפגע; נטל האחריות בנזיקין מוטל, למעשה, על המעסיק, לא רק במגזר הציבורי אלא גם במגזר הפרטי, ולפיכך ההסדר המוצע הוא יותר בבחינת הכרה רשמית במציאות משפטית קיימת.

(הצעת החוק, בעמ' 134; וראו גם אבניאלי, בעמ' 466)

אכן, אחת התכליות המרכזיות שעמדו לנגד עיני המחוקק בהענקת החסינות לעובד הציבור מפני תביעות נזיקין הייתה ליתן מענה להפעלת לחצים בלתי ראויים ולהרתעת יתר של עובד הציבור במילוי תפקידו מחשש לתביעות אישיות שתוגשנה נגדו (רע"א 9227/12 עו"ד גרנות, כונס הנכסים נ' שפייזר, פס' 19 (27.8.2013); ע"א 9040/10 פנחס גדעון ובניו בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (17.10.2012); גלעד חלק שני, בעמ' 93; קלהורה וברדנשטיין, בעמ' 302; ישראל גלעד דיני הנזיקין – גבולות

האחריות ב 1052 (2012)). עמד על כך גם יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר הכנסת מיכאל איתן, בהציגו את תיקון 10 לפקודה בפני מליאת הכנסת באומרו:

מדובר במקרים שיש בהם תביעה, או איום בתביעה, כנגד עובדי ציבור. מה הבעיה? הבעיה היא שלפעמים עובדי ציבור צריכים למלא את תפקידם, ובאים מולם אנשים בעלי כוח, נגיד בעלי הון, מאיימים עליהם, אומרים להם: אם לא תיתנו לנו את הרשיון, אם לא תיתנו לנו את ההיתר, אנחנו נתבע אתכם למשפט. אותו עובד ציבור נמצא במצב שהוא חושש שמא אם הוא לא ייענה, אחר כך הוא יצטרך להגיע לבתי-משפט ולהתגונן באופן אישי.

הנקודה הזאת מחייבת איזון מאוד מאוד עדין. מצד אחד אנחנו מעוניינים להגן על עובדי הציבור שיוכלו לקבל את ההחלטות ולא יהיו נתונים לאיומים. איך עושים את זה? על-ידי זה שהמדינה באה ואומרת: אם יש תביעה נגד עובד ציבור, המדינה נכנסת בנעליו והיא מנהלת את המשפט, והיא הנתבעת. אין תביעה נגד אותו עובד ציבור... מצד שני, יש סכנה שברגע שהמדינה נותנת מעין ביטוח כולל לעובד הציבור, עובדי הציבור יתעמרו באזרחים ויגידו: מה אכפת לנו, אנחנו ממילא מוגנים. נטרטר את האזרח, נגרום לו נזקים, ממילא המדינה בסוף תהיה זאת שתלך לבית המשפט.

הוועדה ישרה והתעמתה מול הצעת החוק הזאת שהממשלה יזמה, משום שהממשלה הביאה הצעת חוק שנועדה להגן על עובדי הציבור מעל למידה שאנחנו חשבנו שהיא ראויה. אמרנו: להגן על עובדי ציבור – כן, אבל לא במקרים שבהם אותו עובד ציבור נהג בשרירות, בשוויון נפש, לגבי הנזקים שהוא יכול לעשות. (ד"כ 199, 9922 (2005); וראו גם יצחק זמיר הסמכות המינהלית א 639-640 (מהדורה שניה, 2010))

על מנת לאזן, כדברי חבר הכנסת איתן, בין התכלית הראויה שביסוד הענקת החסינות לעובד הציבור ובין החשש המתעורר מנגד להרתעת חסר של העובד ולהטלת נטל גדול ובלתי מוצדק על הקופה הציבורית בהקשר זה, סויגה החסינות ונקבע כי היא אינה חלה באותם מקרים אשר בהם אין מדובר במעשה עוולה אשר נעשה "תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני" של עובד הציבור או במקרים אשר בהם פעל עובד הציבור "ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו" (סעיף 7א(א) לפקודה). אמצעי מאזן נוסף נקבע בסעיף 17 לפקודה, עליו כבר עמדנו לעיל, ולפיו ניתנה בידי המדינה ובידי הרשות הציבורית הזכות לתבוע מידי העובד פיצוי ושיפוי במקרים שבהם פעל "בסטיה חמורה מהתנהגות ראויה של עובד ציבור" וזאת גם אם

סברו המדינה או הרשות הציבורית, לפי העניין, כי ביחסים שבין הניזוק ובין עובד הציבור מן הראוי להקנות לעובד חסינות.

סדרי הדין הנוגעים לחסינות של עובדי ציבור

24. דיני הנזיקין מעניקים חסינות גם לסוגי נתבעים נוספים. כך למשל מוענקת חסינות לרשות השופטת ולקטינים מפני אחריות בנזיקין כמפורט בסעיפים 8-9 לפקודה (לדעות השונות שהובעו באשר לטיבה של החסינות לשופטים ראו אבניאלי, בעמ' 83-82 ובאסמכתאות שם). כמו כן מוכרות בדיני הנזיקין הגנות שונות מפני הטלת אחריות בנזיקין, שאינן עולות כדי חסינות (ראו למשל סעיפים 4-6 לפקודה; להבחנה בין חסינות והגנה ראו אבניאלי, בעמ' 79-80). בהבדל ממסלולי הבירור הייחודיים שנקבעו לעניין חסינות עובדי הציבור בתיקון 10 לפקודה ובתקנות שהותקנו בעקבותיו, לא נקבע מסלול דיוני ייחודי דומה לבירורן של חסינויות והגנות אחרות דוגמת אלה שנקבעו בסעיפים 4-6 ו-8-9 לפקודה. על כן הדרך לברר את התקיימות התנאים המקימים את אותן חסינויות או הגנות היא הדרך "הרגילה" הקבועה לבירור טענות סף המועלות בהליך אזרחי בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי), וממילא חלות על הליכים אלה ההלכות והמבחנים שנפסקו לעניין דחיית תביעות על הסף. כך למשל אם סבור בית המשפט כי העילה המועלית לצורך דחיה על הסף טעונה בירור עובדתי ושמיעת ראיות, יוכל הוא להורות כי בירור זה ישולב במסגרת שמיעת ההליך לגופו או שיורה על קיום דיון נפרד באותה סוגיה בלבד בפתח ההליך (ראו למשל ע"א 35/83 חסין נ' פלדמן, פ"ד לז(4) 721 (1983); רע"א 1120/06 עו"ד לאואר נ' ע.מ.ש. חברה לבנין ולפיתוח בע"מ (בפירוק), פס' 10-11 (16.4.2007); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 377-378 (מהדורה אחת עשרה, 2013) (להלן: גורן)).

פלקסר ושי סבורים כי יש לאמץ מסלול דיוני כזה גם בענייננו ולאפשר הצגת ראיות בפני בית המשפט בכל הנוגע לבירור חסינותם של עובדי הציבור על-פי תיקון 10 לפקודה. ברמה העיונית יש טעם בטענה זו, בייחוד משום שהענקת החסינות לעובדי ציבור מותנית בהתקיימותם של תנאים הכרוכים מעצם טיבם בעובדות הטעונות הוכחה. כך יש להראות כי המעשה בוצע "תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני" של עובד הציבור וכן יש להראות כי אין מדובר במעשה שנעשה "ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו". אלא שבהבדל מן המסלול הדיוני אשר על-פיו מתבררות טענות בדבר חסינות שאיננה חסינות של עובדי ציבור, וכן הגנות וטענות סף אחרות המועלות בהליך אזרחי, ראה המחוקק כאמור לקבוע מסלול מפורט וייחודי

לכירור החסיונות המוענקת לעובדי ציבור (בהבדלים מסוימים בין עובדי מדינה לעובדי רשויות ציבוריות, עליהם עמדנו לעיל ועוד נעמוד להלן). על כן, אין מקום ליישם בהקשר זה את המתכונת הדיונית שנקבעה לכירור טענות סף בתקנות סדר הדין האזרחי ואת ההלכות אשר נגזרו ממנה, ככל שאלה אינן מתיישבות עם המסלול הדיוני הייחודי שנקבע לעניין כירור חסיונותם של עובדי הציבור. ויאמר מייד - "מבחן כתב תביעה" שאליו התייחסו פלקסר ושי ושאותו שאבו מן ההלכות המתייחסות לסילוק תביעה על הסף בשל היעדר עילה, אינו מתיישב על פני הדברים עם המסלול הדיוני הייחודי שנקבע בתיקון 10 לפקודה לעניין כירור חסיונותם של עובדי מדינה ועובדי רשויות ציבוריות. בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי בנצרת סברו אחרת ובהחלטותיהם נושא רע"א 775/11 הנוגעות לטענת החסיונות בעניינה של עו"ד גורדון, אימצו את מבחן כתב תביעה ודחו את טענת החסיונות. משכך, יש מקום להתערב בהחלטות אלה כפי שיפורט להלן.

25. בסדרי הדין שנתייחדו לסוגיית החסיונות של עובדי הציבור על-פי תיקון 10 לפקודה בולטת ההוראה הקובעת כי החלטת בית המשפט בבקשות הנוגעות לחסיונות תינתן לאלתר (ס' 7ב(ה) לפקודה לעניין עובדי מדינה וס' 7ג(ג) לפקודה לעניין עובדי רשויות ציבוריות). לביקורת שנמתחה על הוראות אלה ראו אבניאלי, בעמ' 480). המועדים אשר נקצבו בתקנות להגשת בקשות בעניין זה מנתבים אף הם את ההכרעה בסוגיית החסיונות אל פתח הדיון. ההיגיון שביסוד הוראות אלה המבקשות לסיים את כירור סוגיית החסיונות בטרם יפנה בית המשפט לדון בתביעה לגופה ולהכריע בה, הינו ברור ופשוט. מי שהוקנתה לו בחוק חסיונות מפני הליך משפטי (בין אם היא דיונית ובין אם היא מהותית), אינו צריך להיגרר לאורך כל ההליך כולו עד שתוכרע שאלת חסיונותו ומן הראוי כי הדבר ייקבע ככל הניתן כבר בפתח הדיון. מהירות ההכרעה בשאלת החסיונות, ויכולתה של המדינה או הרשות הציבורית לגרום לצירופה כנתבעת ולדחיית התביעה נגד העובד על הסף, מובילים לכך שבאותם המקרים אשר בהם העובד עומד בתנאי החסיונות עשויה התביעה נגדו להידחות סמוך מאוד למועד הגשתה ומבלי שהוא יידרש כלל לנקוט מצידו בהליך כלשהו לצורך כך.

26. מדוע בחר המחוקק לקבוע סדרי דין ייחודיים אלה לצורך כירור חסיונותם של עובדי ציבור? נראה כי הדבר נובע במידה רבה מן העובדה שהפגיעה באינטרסים של התובע כתוצאה מדחיית התובענה המופנית באופן אישי נגד העובד הינה נמוכה ביותר וזאת נוכח יכולתו להמשיך לנהל את ההליך נגד המדינה או נגד הרשות הציבורית, לפי העניין, ולהיפרע מידיהן את הפיצוי המגיע לו אם יוכיח את תביעתו. לעומת זאת, מנקודת מבטו של העובד הטירחה והמשאבים הכרוכים בצורך להתגונן מפני התובענה

עשויים להיות כה גבוהים עד שיהיה בהם לכשעצמם כדי להרתיע את העובד ולהשפיע על שיקול דעתו בקבלת החלטות מנהליות (להשפעת המטרד שבתביעה על התנהגות הנתבע באופן כללי ראו: David Rosenberg and Steven Shavell, *A Model in Which Suits are Brought for Their Nuisance Value*, 5 INT'L REV. L. & ECON. 3 (1985)). על כן, כך נראה, הניח המחוקק כי חסינות אפקטיבית ראוי לה כי תימנע מן העובד גם את הטירדה שבניהול ההליך ולא רק את החשש מהטלת אחריות בסופו. גישה דומה נוקט גם המשפט האמריקאי המכיר בחסינות רחבה לעובדי ציבור במטרה להגן עליהם לא רק מפני הטלת אחריות אישית אלא גם מפני ניהול ההליך. עמד על כך בית המשפט העליון האמריקאי באחת הפרשות באומרו:

The entitlement is an immunity from suit rather than a mere defense to liability; and like an absolute immunity, it is effectively lost if a case is erroneously permitted to go to trial.  
(*Mitchell v. Forsyth*, 472 U.S. 511 (1985)).

בשנת 1982 אף ביטל בית המשפט העליון האמריקאי את הכלל שפעולה בכוונת זדון (malicious intention) מהווה חריג לחסינות, בקובעו כי בחינה של היסוד הנפשי הסובייקטיבי של עובד הציבור דורשת קיום בירור עובדתי מורכב הצפוי להפריע לעבודתו התקינה של עובד הציבור ( *Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S. 800 (1982)) (להלן: *Harlow*). תחת זאת נקבע בארה"ב כי החריג לחסינות יחול רק במקרים שבהם פעולת עובד הציבור מפרה זכות חוקתית ברורה (clearly established right) של התובע, אשר אדם סביר צריך היה להיות מודע לה. הבחירה בסטנדרט אובייקטיבי לבחינת שאלת החסינות נועדה לצמצם ככל הניתן את הבירור הראייתי הנדרש בשאלה זו, אם כי בהחלטות מאוחרות יותר הובהר כי גם לצורך החלתו של המבחן האמור בירור עובדתי כלשהו עשוי להיות בלתי נמנע ( *Anderson v. Creighton*, 483 U.S. 635, (1987) at 641; וראו גם: *Harlow* at 821 (Brennan J., concurring); *Pearson v. Callahan*, 555 U.S. 223 (2009); Alan K. Chen, *The Facts About Qualified Immunity*, 55 Emory L. J. 229 (2006)).

האם השיקולים שמנינו לעיל מצדיקים את המסקנה לפיה אין מקום לבירור עובדתי על דרך של הצגת ראיות ולו בפתח הדיון בשאלות הנוגעות להענקת החסינות? זוהי השאלה העומדת בלב הערעורים שבפנינו ועל מנת להשיב עליה יש לבחון בנפרד את סדרי הדין שנקבעו בפקודה ובתקנות לעניין חסינות עובדי המדינה (אשר נוגעים לערעורו של פלקסר - ע"א 1649/09) ואת אלה שנקבעו בפקודה ובתקנות לעניין

חסינות עובדי הרשויות הציבוריות (אשר נוגעים לרע"א 775/11 שהגישה עו"ד גורדון).

סדרי הדין הנוגעים לחסינות עובדי המדינה

27. תובע המגיש תובענה נזיקית נגד עובד מדינה נדרש להמציא לפרקליט המחוז שבו נמצא בית המשפט הדין בתובענה הודעה על כך, בצירוף כתב התביעה, וזאת באותו מועד שבו המציא את כתב התביעה לעובד (תקנה 2-3 לתקנות) והיועץ המשפטי לממשלה רשאי להגיש לבית המשפט, בתוך התקופה שנקבעה בתקנה 6 לתקנות, הודעה על כך שהמדינה מכירה בחסינות העובד ביחס לתביעה ולבקש במסגרתה כי התביעה נגד העובד תידחה. הוגשה הודעה כאמור תידחה התובענה נגד העובד, והמדינה תצורף כנתבעת לתביעה, ככל שלא נתבעה בה קודם לכן, ויראו את התביעה כאילו הוגשה לכתחילה נגד המדינה מכוח אחריותה למעשה העובד (סעיפים 7(א)-7(ב) לפקודה).

הודעת המדינה ובקשתה לדחות את התובענה נגד העובד מחייבות את דחיית התובענה נגדו - כך מורה הוראת סעיף 7(ב) לפקודה - אלא אם כן הגיש התובע בקשה כאמור בסעיף 7(ג) שעל הוראותיו נעמוד להלן.

פרוצדורה חריגה זו, לפיה הודעה מטעם המדינה מכתיבה במידה רבה את תוצאות התביעה ככל שהופנתה נגד העובד, משקפת את נכונותו של המחוקק להקנות משקל מכריע להחלטת היועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע לקיומה של חסינות וכן בכל הנוגע להטלת האחריות הבלעדית לפיצוי התובע, ככל שתוכח, על כתפי המדינה. ובמילים אחרות, נראה כי מן השיקולים שמנינו לעיל מוכן היה המחוקק להסתפק בהקשר זה בהחלטה מנהלית הקובעת כי התקיימו התנאים הקבועים בפקודה להכרה בחסינות העובד, בסוברו כי החלטה כזו - ככל שהיא עומדת בכללי המשפט המנהלי - די בה ואין צורך להוסיף עליה הליך משפטי אשר במסגרתו יצטרך בית המשפט לברר בראיות את דבר התקיימותם של תנאי החסינות (דברי הסבר לסעיף 7 בהצעת החוק; קלהורה וברדנשטיין, בעמ' 321-323).

מסגרת הדיון בבקשת תובע על-פי סעיף 7(ג) לפקודה

28. החלטת המדינה להכיר בחסינות עובד המדינה אינה סוף פסוק אם ביקש התובע מבית המשפט בתוך התקופה שנקבעה בתקנות הנזיקין, לקבוע "שלא מתקיימים תנאי החסינות לפי סעיף 7א" (סעיף 7(ג) לפקודה). כמו כן החלטת המדינה שלא להכיר בחסינות אף היא אינה סוף פסוק אם ביקש העובד מבית המשפט בתוך התקופה



שנקבעה בתקנות הנזיקין לקבוע "שמתקיימים תנאי החסינות לפי סעיף 7א" (סעיף 7ב(ד) לפקודה).

מהם הכללים המשפטיים אשר על-פיהם יחליט בית המשפט בבקשת התובע או בבקשת העובד המתייחסות להחלטת המדינה בעניין החסינות?

החלטת המדינה בדבר הכרה או אי-הכרה בחסינות היא על-פי טיבה החלטה מנהלית, וככזו היא כפופה לביקורת שיפוטית על-פי כללי המשפט המנהלי. מדברי ההסבר להצעת החוק הנוגעת לתיקון 10 עולה כי זהו אכן סוג הביקורת השיפוטית שאותו ראה המחוקק לנגד עיניו, הגם שהערכאה אותה העדיף כאכסניה לקיום אותה הביקורת היא הערכאה הדיונית שבפניה הוגשה תביעת הנזיקין, וזאת מטעמי יעילות. כך צוין לעניין זה בדברי ההסבר (עמ' 137):

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 בענין כגון זה יוטל על הטוען נגד החלטת המדינה.

האמת צריכה להיאמר - נוסחו של סעיף 7ב(ג) לפקודה אינו בהיר דיו בעניין זה אך דברי ההסבר וכן טיבה ואופיה של ההחלטה הנתקפת (על-ידי התובע או על-ידי העובד לפי העניין) משמיעים לנו את המסקנה המתבקשת כי כללי הדין אשר יש להחיל בכל הנוגע לבקשות על-פי סעיף 7ב(ג) ו-7ב(ד) לפקודה הינם כללי המשפט המנהלי לפיהם נבחנות כרגיל החלטות מנהליות. אחד מכללי היסוד בדין המנהלי לביקורת שיפוטית על החלטות המינהל הוא כי בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות המנהלית בשיקול דעתו שלו ואינו בוחן את תבונתה של ההחלטה. במסגרת הביקורת השיפוטית עליו לבחון את חוקיות ההחלטה ואת סבירותה, על-פי עילות ההתערבות המוכרות בדין המנהלי (בג"ץ 11087/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 13 (21.8.2012); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי ב-625-620 (2010)). העולה מן האמור לעיל הוא כי בדונו בבקשות על-פי סעיף 7ב(ג) ו-7ב(ד) לפקודה, עליו לקיים ביקורת שיפוטית על החלטת המדינה להכיר או שלא להכיר בחסינות העובד, תוך יישום כללי המשפט המנהלי הנוהגים בעניין זה. כך לטעמי יש לפרש את הסמכות שניתנה לבית המשפט באותם הסעיפים לבחון את סוגיית

התקיימותם של תנאי החסינות, וזאת מן הנימוקים שפורטו לעיל. עליהם אוסיף ואציין כי פירוש אחר המאמץ את עמדת פלקסר בעניין "מבחן הבירור המקדים", לפיו נדרש בית המשפט הדין בבקשות אלה לקיים הליך של בירור בראיות לעניין התקיימות תנאי החסינות, יש בה משום התעלמות מהחלטת היועץ המשפטי הממשלה ומן המשקל אשר ייחס המחוקק להחלטה זו על-פי סעיף 7(ב) לפקודה, והוא אינו מתיישב עם הסמכות שהוקנתה למדינה לכתחילה להכיר או שלא להכיר בחסינות כזו. אכן אין טעם ואין תכלית להעניק למדינה סמכות להכיר בחסינות ולקבוע כי החלטתה מחייבת את בית המשפט לדחות את התובענה נגד העובד (סעיף 7(ב) לפקודה), אם כל אימת שיבקש זאת התובע (או העובד במקרה שבו החליטה המדינה שלא להכיר בחסינות), יהא על בית המשפט לשוב ולדון בהתקיימות תנאי החסינות מבראשית.

נוכח מסקנה זו יש לדחות את הטענה המרכזית שהעלה פלקסר בערעורו ולפיה היה על בית המשפט קמא לקיים בירור עובדתי ולשמוע ראיות בסוגיית החסינות וכי שגה בהחילו ביקורת שיפוטית על-פי כללי המשפט המינהלי על החלטת המדינה להכיר בחסינותם של השוטרים. פלקסר העלה טענות נוספות בערעור שהגיש הנוגעות לזכותו לחקור מצהירים במסגרת הדיון בבקשה ולקיים בה דיון בעל-פה וכן טען להיעדר סמכות של הרשם לדון בבקשות כאלה. לסוגיות אלה אפנה עתה.

הנמקת הודעת ההכרה ותמיכתה בתצהיר

29. תקנה 10 לתקנות הנזיקין קובעת כי "על הגשת בקשה לפי סעיפים 7(ג) או (ד) או 7(א) לפקודה יחולו הוראות סימן א' לפרק כ' בתקנות סדר הדין [האזרחי], בשינויים המחויבים ובכפוף להוראות תקנות אלה". סימן א' לפרק כ' הנ"ל עניינו בהגשת בקשות בכתב וסדרי הדין שנקבעו בו חלים אפוא, בשינויים המחויבים, על הבקשה שהגיש פלקסר לפי סעיף 7(ג) לפקודה. מה משמיעה לנו התיבה "בשינויים המחויבים" ככל שהדבר נוגע לבקשה האמורה?

תקנה 6(ג) לתקנות הנזיקין מורה כי הודעת ההכרה של המדינה תהא ערוכה לפי טופס 2 שבתוספת לתקנות אלו. עיון בנוסחו של הטופס האמור מלמד כי הוא כולל שלושה סעיפים - האחד נועד לפרט את הודעת המדינה על דבר היותו של העובד הנתבע חסין מפני תביעת הנזיקין העומדת על הפרק. השני עניינו בפירוט הטעמים לקיומה של החסינות האמורה והשלישי עניינו בבקשה המופנית אל בית המשפט לדחות את התביעה בהתאם. על ההודעה יחתום מוסר ההודעה תוך פירוט שמו ותפקידו. אין בטופס 2 או בתקנות הנזיקין הוראה המחייבת את מוסר ההודעה לתמוך את האמור בה בתצהיר. משהגיש התובע בקשה על-פי סעיף 7(ג) לפקודה יחולו עליה

כאמור סדרי הדין הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי לעניין בקשות בכתב. משכך, על התובע לתמוך את בקשתו בתצהיר ככל שהיא נסמכת על עובדות (תקנה 241(א)) לתקנות סדר הדין האזרחי) ותגובת המדינה המוגשת לבקשה זו אף היא צריכה להיתמך בתצהיר לגבי העובדות המפורטות בתגובה (תקנה 241(ג)) לתקנות סדר הדין האזרחי). ודוקו - משקבענו כי במסגרת הבקשה בוחן בית המשפט את חוקיותה ואת סבירותה של החלטת המדינה להכיר בחסינות הנובע מכך הוא כי התצהיר שעל המדינה לצרף כתמיכה לטענות שברצונה להעלות בעניין זה יהא תצהירו של הגורם מטעמה שקיבל את ההחלטה בדבר ההכרה בחסינות, כמי שיוכל להעיד מידיעתו האישית על אופן קבלת ההחלטה, על התשתית העובדתית שנבחנה לצורך כך ועל הטעמים שעמדו ביסודה.

30. הודעת ההכרה שמסרה המדינה לעניין חסינות השוטרים במקרה דנן אינה עומדת בדרישת ההנמקה האמורה להיכלל בהודעה לפי סעיף 2 של הטופס. תחת זאת הסתפקה המדינה באמירה לאקונית ובלתי מנומקת לפיה מעשי השוטרים נעשו "תוך כדי מילוי תפקידם השלטוני, כאמור בסעיף 7א(ב) לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), ואין מתקיים החריג לחסינות" (מוצג 3 למוצגי המדינה). כמו כן, לא הוגש על-ידי המדינה תצהיר מטעם הגורם אשר קיבל במקרה דנן את ההחלטה להכיר בחסינות לתמיכה בתגובה שהוגשה לבקשתו של פלקסר. תחת זאת הוגשו תצהירי השוטרים.

בהינתן העובדה כי הודעת ההכרה במקרה דנן ניתנה כשנה בלבד לאחר כניסת תיקון 10 לפקודה ותקנות הנזיקין לתוקף, נראה כי ניתן לזקוף פגמים אלה לכך שטרם נצבר באותו שלב ניסיון מספיק בהפעלתו של המנגנון הייחודי שנקבע על-פי התיקון לצורך ההכרה בחסינותם של עובדי המדינה. אין בכך כמובן כדי לאיין את הפגמים שנפלו בהתנהלות המדינה כמפורט לעיל, אך נראה כי בפועל לא היה בהם כדי לפגוע בזכויותיו הדיוניות או המהותיות של פלקסר. זאת משום שתגובת המדינה לבקשתו על-פי סעיף 7ב(ג) לפקודה הייתה מנומקת והסתמכה בעיקרה על תיק החקירה. תיק זה היה פתוח גם בפני פלקסר, כעולה מן הטיעונים שהציג, וניתנה לו ההזדמנות להגיב לנימוקי המדינה במסגרת תשובה לתגובה. אשר להיעדרו של תצהיר מטעם הגורם שקיבל את החלטת ההכרה. מעיון בתגובת המדינה נראה כי בנוסף לתיק החקירה – שהוא הראיה המינהלית שעליה הסתמכה המדינה בהחלטתה ותוכנו אינו שנוי במחלוקת – העובדה היחידה שנטענה בתגובה ואותה היה צורך לתמוך בתצהיר, היא העובדה ששני השוטרים רואיינו על-ידי הפרקליטה שטיפלה בתיק (סעיף 24 לתגובת המדינה). עובדה זו פורטה בתצהירי השוטרים שצורפו לתגובה. לפיכך נראה כי במקרה דנן וככל שהדבר נוגע לתצהיר מדובר במשגה דיוני שלא פגע בזכויותיו של פלקסר,

ולגבי משגים מסוג זה מסור לבית המשפט שיקול דעת רחב להכריע בדבר נפקותו (תק' 526 לתקנות סדר הדין האזרחי; גורן, בעמ' 9; ע"א 1046/90 ברוכיאן נ' כלי, פ"ד מה(5) 345, 352 (1991); בש"א 6171/04 מיכאלי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 361, 366 (2004)). בנסיבות שתוארו לא ראיתי מקום לפסול את הודעת ההכרה ואת התגובה לבקשת פלקסר, למרות הפגמים שנפלו בהן כאמור וזאת מן הטעמים שעליהם עמדתי לעיל. במאמר מוסגר ובמבט צופה פני עתיד לא למותר לציין כי בטיעוניה ציינה המדינה שהפגם של היעדר הנמקה אשר נפל בהודעת ההכרה שנמסרה בעניינם של השוטרים בתביעת פלקסר, אפיין למרבה הצער הודעות הכרה נוספות שנמסרו בתקופה הסמוכה לכניסת תיקון 10 לתוקפו, אך היא הוסיפה והדגישה כי פגם זה תוקן בהמשך וכי בהודעות ההכרה המוגשות כיום לבתי המשפט יש הקפדה על פירוט ההנמקה.

קיום דיון וחקירת מצהירים

31. לעניין חקירת המצהירים נקבעו הוראות בתקנה 11 לתקנות הנזיקין, אך הצדדים נחלקו ביניהם באשר למשמעותן, וזו לשון התקנה:

- (א) במועד שנקבע לדיון יתייצבו המצהירים לחקירה על תצהיריהם, אלא אם כן הורה בית המשפט אחרת.
- (ב) הדיון בבקשה יסתיים בתוך יום אחד; ראה בית המשפט כי יש צורך בכך, רשאי הוא לקבוע ימי דיונים נוספים, ברציפות ככל האפשר, עד גמר חקירת העדים.
- (ג) בעלי הדין רשאים להגיש לבית המשפט, עד שבעה ימים לפני המועד שנקבע לדיון, רשימת אסמכתאות משפטיות ועיקרי טיעון בכתב; סיכום טענות בעלי הדין יהיה בעל פה ביום הדיון בבקשה לאחר סיום הבאת הראיות.
- (ד) בית המשפט ייתן החלטה בבקשה לכל המאוחר בתוך 14 ימים, לכל המאוחר, מתום הדיון בבקשה, ולפני מתן כל החלטה אחרת בתובענה.

לשיטת פלקסר יש לפרש תקנה זו כקובעת חובה לקיים דיון בבקשה ולאפשר את חקירת המצהירים מטעם שני הצדדים ואילו המדינה טוענת מצידה כי רק לעיתים נדירות יקיים בית המשפט דיון ויאפשר חקירת מצהירים.

אין בידי לקבל איזה מן הפירושים הללו.

תקנה 10 לתקנות הנזיקין קובעת כאמור כי הדיון בבקשת התובע לפי סעיף 7ב(ג) כמו גם בבקשת העובד לפי סעיף 7ב(ד) יתקיים בהתאם לכללים הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי לגבי בקשות בכתב, בשינויים המחויבים ובכפוף להוראות שנקבעו בתקנות הנזיקין עצמן. תקנה 241(ד) לתקנות סדר הדין האזרחי מאפשרת לבית המשפט להכריע בבקשה בכתב על יסוד הבקשה והתגובות לה, או אם ראה צורך בכך, לאחר חקירת המצהירים על תצהיריהם. במילים אחרות, וככל שבבקשות בכתב עסקינן אין חובה לקיים דיון בבקשה והוא הדין כאשר לבקשות על-פי סעיף 7ב(ג) או 7ב(ד) לפקודה, אשר לגביהן החילה תקנה 10 הנ"ל את סדרי הדין הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי לעניין בקשות בכתב. על כן אין לקבל את גישתו של פלקסר לפיה יש חובה לקיים דיון בעל-פה בכל בקשה המוגשת על-פי סעיפים 7ב(ג) או 7ב(ד) לפקודה. מאידך גיסא אין מקום לגישה הקיצונית הנגדית שהציגה המדינה בהקשר זה ולפיה רק לעיתים נדירות יקיים בית המשפט דיון בבקשה המוגשת לפי סעיפים 7ב(ג) ו-7ב(ד) לפקודה (ע"א 1927/10 בידור נאה מפעלי בתי קולנוע בע"מ נ' עו"ד רשף (24.11.2011)). השאלה אם לקיים או לא לקיים דיון וחקירת מצהירים בבקשות אלה מסורה לשיקול דעתו של בית המשפט ואותו על בית המשפט להפעיל על-פי המתווה שנקבע לעניין זה בפסיקה המתייחסת לקיום דיון ולחקירת מצהירים בבקשות בכתב לפי תקנה 241(ד) לתקנות סדר הדין האזרחי. על-פי מתווה זה יורה בית המשפט על קיום דיון בבקשה כאמור ככל שבירור המחלוקת העובדתית אשר נפלה בין הצדדים נדרש לשם הכרעה בבקשה ואחד מבעלי הדין ביקש לחקור בחקירה שכנגד את המצהירים מטעם בעל הדין האחר (רע"א 2508/98 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ, פ"ד נג(3) 26 (1998) (להלן: פרשת מתן); ע"א 823/08 חזן נ' רשות המיסים – פקיד שומה נתניה, פס' 6 (4.1.2009); רע"א 6793/08 לואר בע"מ נ' משולם לוינשטיין הנדסה וקבלנות בע"מ, פס' 16 (28.6.2009)). עם זאת, נקבע כי בית המשפט רשאי להגביל את היקף החקירה בשלב בירור הבקשה וכי "אין להפוך את החקירה שכנגד בהליכים אלה לחזרה כללית לקראת המשפט" (פרשת מתן, בעמ' 34; גורן, בעמ' 752).

כאמור קובעת תקנה 10 לתקנות הנזיקין כי סימן א' לפרק כ' לתקנות סדר הדין האזרחי יחולו על בקשות לפי סעיף 7ב(ג) ו-7ב(ד) "בשינויים המחויבים ובכפוף להוראות תקנות אלה", אך נראה כי המתווה ששורטט לעיל לעניין הדיון וחקירת המצהירים בבקשות בכתב הוא המתווה המתאים גם לצורך הבקשות האמורות. עוד נראה כי הוראת תקנה 11(א) לתקנות הנזיקין אינה סוטה מאותו מתווה וכל שנאמר בה הוא כי ככל שנקבע מועד לדיון בעל-פה, על המצהירים להתייצב במועד שנקבע לחקירה על תצהיריהם "אלא אם כן הורה בית המשפט אחרת".

32. בענייננו וככל שהדבר נוגע לקיום דיון בעל-פה בבקשתו של פלקסר, סבר בית המשפט קמא כי אין צורך בקיומו של דיון כזה בקובעו תחילה, בניגוד לעמדה שהציג פלקסר, כי אין עליו לדון בקיומם של תנאי החסינות אלא כי עליו לבחון את ההחלטה להכיר בחסינות השוטרים על דרך של ביקורת שיפוטית ועל-פי כללי המשפט המנהלי. כפי שפורט לעיל אנו סבורים כי צדק בית המשפט קמא בגישתו זו. המתווה אשר בו ביקש פלקסר לדון בבקשה נגזר בהכרח מגישתו לגבי מהותה ומשכך עתר לצרף לבקשתו תצהירי עדים מטעמו ולהזמין לעדות כ-12 עדים המסרבים לתת לו תצהיר, והכל על מנת לברר לגופו של עניין את התקיימות תנאי החסינות במקרה דנן. בקשתו זו של פלקסר בצדק לא נענתה על-ידי בית המשפט קמא. עוד סבר בית המשפט כי הביקורת השיפוטית במקרה דנן אינה מצריכה בירור עובדתי ואינה מחייבת דיון בעל-פה וזאת נוכח התרשמותו למקרא תגובת המדינה כי לא נפל פגם בשיקול דעתה וכי לא נמצא שהודעתה אינה סבירה. החלטה זו אינה מצדיקה התערבות בנסיבותיו של המקרה דנן בו נסמכו למעשה שני הצדדים על תיק החקירה שתוכנו לא היה שנוי במחלוקת.

#### סמכות הרשם

33. טענה נוספת שהעלה פלקסר בטיעוניו נוגעת לסמכותו העניינית של הרשם (כתוארו אז) א' זמיר להידרש ולהכריע בבקשות על-פי סעיפים 7ב(ג) או 7ב(ד) לפקודה. הוראות הפקודה והתקנות אכן מתייחסות ל"בית המשפט" ואין בהן התייחסות מפורשת לרשמים או לרשמים שהם שופטים כמי שהוסמכו אף הם לדון בבקשות אלה. ואולם נראה כי גם בעניין זה ניתן להקיש מסדרי הדין האזרחיים הרגילים על סדרי הדין שיש להחיל בבקשות בנושא החסינות לפי הפקודה ותקנות הנזיקין.

תקנה 101 לתקנות סדר הדין האזרחי מסמיכה רשם שהוא שופט לדחות תובענה על הסף בשל קיומו של מעשה בית דין, בשל חוסר סמכות, או בשל "כל נימוק אחר שעל פיו הוא סבור שניתן לדחות מלכתחילה את התובענה בנוגע לאותו נתבע". הענקת סמכות זו לרשם שהוא שופט, בניגוד לרשם שאינו שופט אשר הוסמך אך למחוק תובענה על הסף (על-פי העילות המנויות בתקנה 100 לתקנות סדר הדין האזרחי), מבהירה כי מחוקק המשנה ראה ברשם שהוא שופט כמי שמתאים להכריע בדבר קיומה של עילת סף, אף כאשר יש להכרעתו תוצאה רבת-משמעות נוכח מעשה בית-דין הנוצר במקרה של דחיית התביעה. משקלה של הכרעה כזו בוודאי אינו נופל ממשקלן של ההכרעות הנדרשות בבקשתו של תובע על-פי סעיף 7ב(ג) לפקודה או בבקשתו של עובד על-פי סעיף 7ב(ד) לפקודה (ראו והשוו החלטת השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בתיק זה מיום 11.5.2009). משכך, איני רואה הצדקה לפרש את הפקודה והתקנות

באופן הסוטה לעניין סמכות רשם שהוא שופט מסדרי הדין הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי. נוכח מסקנה זו ובהינתן העובדה שהרשם א' זמיר היה בעת מתן ההחלטה הרלוונטית גם שופט, ניתן להותיר בצריך עיון את טענת המדינה לפיה מוסמך כל רשם גם אם אינו שופט להכריע בבקשות האמורות מתוקף הוראת סעיף 90 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, אם כי אני נוטה לדעה כי אין מקום לפרשנות כה מרחיבה של התיבה "ענין הנוגע לניהולו של הליך" הקבועה באותו הסעיף (לעניין פרשנותה של תיבה זו השוו למשל: ס' 90(1)-90(12) לחוק בתי המשפט; בש"א 2742/00 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' דיקלה חברה לנאמנות בע"מ (29.8.2000); ב"ש 153/86 צביח נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 345, 347 (1986)).

#### טבירות החלטת ההכרה בחסינות השוטרים

34. באופן חלופי טוען פלקסר כי גם אם המתכונת אשר בה יש לדון בבקשתו על-פי סעיף 7(ג) לפקודה הינה ביקורת שיפוטית על-פי כללי המשפט המינהלי, היה לגישתו מקום להתערב בהחלטת המדינה להכרה בחסינות השוטרים במקרה דנן ושגה בית המשפט קמא משלא עשה כן. זאת לטענתו נוכח הראיות שהוצגו על-ידו כבר בשלב זה מתוך תיק החקירה המלמדות כי מדובר בהחלטת הכרה שאיננה סבירה, משום שהיא מתעלמת מכך שמתקיימים במקרה דנן תנאי החריג לחסינות.

לא ראיתי צורך למנות אחת לאחת את כל ה"אינדיקציות" אשר מהן מבקש פלקסר להסיק כי השוטרים פעלו ביודעין ובמתכוון כדי לפגוע בו, או למצער כי התנהלו מתוך שוויון נפש לאפשרות גרימתו של נזק. מרבית האינדיקציות שאותן פירט פלקסר אינן אינדיקציות ליסוד הנפשי של השוטרים במהלך חקירתו, ולכל היותר יש בהן כדי להעיד לכאורה על רשלנותם. כך למשל, טוען פלקסר כי השוטרים מיהרו לחפש אחריו ולהודיע למשטרת הגבולות שתאסור את יציאתו מהארץ, בטרם בדקו את תלונתו של עו"ד ברנדס (ס' 11 לסיכומי פלקסר). אף אם טענה זו נכונה היא, ואף אם נניח כי יש בכך משום רשלנות – ולמותר לציין כי אינני מביעה כל עמדה בעניין זה – הרי שבכל מקרה אין למצוא בה את מה שמבקש פלקסר ללמוד קרי: קיומו של יסוד נפשי אצל השוטרים השולל את זכותם לחסינות. והוא הדין באשר לטענות הנוספות שהעלה פלקסר ביחס לחיפוש הרשלני לטעמו שבוצע אחר המסמכים שבגניבתם נחשד; לכך שהשוטרים נמנעו מלשחררו ממעצר כאשר מצאו ממצאים שמקלים את החשדות נגדו; נמנעו מלתעד פעולות חקירה מסוימות שביצעו; והתרשלו לכאורה בכך שלא בחנו כיווני חקירה אחרים. כל אלה נוגעים בעיניי לשאלה האם חקירתו של פלקסר הייתה רשלנית אם לאו, ושאלה זו דינה להתברר בדיון שיקיים בית המשפט בתביעת

הנזיקין שהוגשה על-ידו, אך לא מצאתי כי יש בהם לשנות מן המסקנה שאליה הגיע בית המשפט קמא ולפיה לא ראה להתערב בהחלטת המדינה להכיר בחסינות השוטרים על-פי כללי המשפט המנהלי. אשר לטענת פלקסר כי השוטרים "הדליפו" לעיתונות במתכוון מידע הקשור מחקירתו על מנת להאדיר את שמם ומתוך שוויון נפש לאפשרות הפגיעה בו. טענה זו אינה מבוססת על ראיה כלשהי למעט הסברה שהעלה פלקסר עצמו בעניין זה ומשכך טענה זו אף היא דינה להידחות.

35. בשל כל הטעמים המפורטים לעיל באשר לאמות המידה ולסדרי הדין אשר לפיהם יש לדון ולהכריע בבקשות על-פי סעיף 7(ב)ג) לפקודה וכן נוכח דחיית יתר הטענות שהעלה פלקסר כמפורט לעיל, אני סבורה כי ערעורו של פלקסר דינו להידחות.

סדרי הדין הנוגעים לחסינות עובדי רשויות ציבוריות

36. ההסדרים אשר נקבעו לעניין חסינותם של עובדי מדינה, עליהם עמדנו בהרחבה לעיל, חלים במידה כזו או אחרת גם בכל הנוגע לעובדי רשות ציבורית. עם זאת וכפי שכבר צוין, קיימים הבדלים מסוימים במנגנון ובסדרי הדין שנקבעו לצורך הכרה בחסינותם של עובדי המדינה לעומת אלה שנקבעו לגבי עובדי רשות ציבורית. "רשות ציבורית" הוגדרה בס' 7 לפקודה כ"רשות מקומית, וכל תאגיד שהוקם בחוק המנוי בתוספת", וההבדל המרכזי בענייננו בין עובדי רשות ציבורית לעובדי המדינה הוא בכך שההכרה בחסינותו של עובד רשות ציבורית מצריכה החלטה של בית המשפט במסגרת בקשה שאותה רשאים להגיש הרשות הציבורית או העובד (סעיף 7(א)ג7-(ב) לפקודה). לעומת זאת ההחלטה להכיר או לא להכיר בחסינותו של עובד מדינה נתונה בידי היועץ המשפטי לממשלה, שהודעה עליה הוגשה לבית המשפט. משמע - ככל שאין מי המבקש להשיג על החלטה בדבר הכרה בחסינותו של עובד המדינה, על בית המשפט ליישמה כלשונה ובמקרים שבהם העובד או התובע מבקשים להשיג עליה, יידרש בית המשפט להחלטה ויבחן אותה על-פי כללי המשפט המנהלי. לעומת זאת וככל שמדובר בחסינותם של עובדי רשויות ציבוריות ההחלטה בדבר הכרה בחסינות מתקבלת על-ידי בית המשפט, לבקשת הרשות או העובד.

שוני מהותי זה בין מנגנון ההכרה בחסינותם של עובדי המדינה וחסינותם של עובדי הרשויות הציבוריות נעוץ לגישתו של היועץ המשפטי לממשלה בכך שהרשויות הציבוריות נעדרות גורם מרכזי ובלתי-תלוי דוגמתו אשר יוכל לקבל את ההחלטה בדבר הכרה בחסינות של עובדי הרשויות הציבוריות (ראו גם: קלהורה וברדנשטיין, בעמ' 329; פרוטוקול ישיבה מס' 504 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 23-24



16.6.2005)). בין אם יש הצדקה להסדרים השונים שראה המחוקק לקבוע לעניין עובדי המדינה ועובדי הרשויות הציבוריות ובין אם אין לכך הצדקה מכל מקום יש ליצוק משמעות ותוכן להבדל הברור הקיים בין ההסדרים על-פי לשון הפקודה והתקנות ומשכך אין מקום לקבל בעניין זה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה גם בכל הנוגע לעובדי הרשויות הציבוריות על בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על-פי כללי המשפט המינהלי. משנקבע בפקודה מפורשות כי הסמכות להכיר בחסינותם של עובדי הרשויות הציבוריות נתונה לבית המשפט על-פי בקשה של הרשות הציבורית או העובד, אין מנוס מן המסקנה כי בדונו בבקשה הנוגעת לחסינות מסוג זה על בית המשפט לדון ולברר את שאלת התקיימותם של תנאי החסינות הקבועים בסעיף 7א(א) לפקודה (ראו והשוו אבניאלי, בעמ' 482-484).

37. ככל שהבקשה להכרה בחסינות מוגשת על-ידי הרשות הציבורית והתובע אינו מתנגד לה, כי אז מדובר בהחלטה פשוטה יחסית הנסמכת בעיקרה על נכונותה של הרשות הציבורית ליטול על עצמה את הסיכון שתחויב לבדה בפיצוי הניזוק ועל הסכמת הצדדים. כמו כן דומה כי גם כאשר התובע אינו מסכים לבקשה אך זו מוגשת על-ידי הרשות הציבורית הסבורה כי מתקיימים באותו המקרה התנאים הנדרשים להכרה בחסינות כי אז רשאי בית המשפט להניח כנקודת מוצא שהתנאים התקיימו והנטל יעבור אל התובע להראות מדוע אין לקבל את עמדתה של הרשות בעניין זה. גישה זו משרתת את התכליות שביסוד מוסד החסינות הניתנת לעובדי ציבור עליהן עמדנו לעיל והעיקרית שבהן היא - מתן מענה לחשש מפני הרתעת יתר של עובדי ציבור בגין תביעות אישיות המוגשות נגדם וצמצום הטירדה הנגרמת להם בשל עצם הצורך להתדיין על סוגיית החסינות מקום שהרשות מוכנה להכיר בה. שונה המצב באותם המקרים אשר בהם מבקש עובד הרשות הציבורית להכיר בחסינותו אך הרשות הציבורית סבורה כי אין לכך מקום. במקרים כאלה נראה כי הנטל הוא על העובד להראות כי תנאי החסינות מתקיימים, על מנת שבית המשפט יוכל לקבל החלטה בדבר הכרה בחסינותו.

38. בענייננו ביקשה עו"ד גורדון כי בית המשפט יכיר בחסינותה ככל שהדבר נוגע לתביעה שהגישה שי נגדה. העירייה מצידה תמכה בבקשה כמפורט בתגובתה ונראה כי הסיבה לכך שהבקשה להכיר בחסינותה של עו"ד גורדון לא הוגשה לכתחילה על-ידי העירייה עצמה נעוצה בכך שעל-פי תקנה 8 לתקנות הנזיקין היועץ המשפטי של הרשות הציבורית הוא זה אשר צריך לאשר הגשת בקשה מטעם הרשות להכרה בחסינות ומשעו"ד גורדון מכהנת כיועצת משפטית של העירייה אך מובן הוא כי לא היה בידה ליתן אישור כזה משום שהינה הנוגעת בדבר. אפשרות כזו לפיה העובד הנתבע הינו

היועץ המשפטי של הרשות הציבורית, אין לה מענה בפקודה או בתקנות ואף כי נראה שמדובר במקרים נדירים יחסית אין להוציאם מכלל אפשרות והמקרה הנוכחי יוכיח. על כן מן הראוי כי מחוקק המשנה ייתן את דעתו לכך ולמצער ועד שיעשה כן מן הראוי כי הנושא יוסדר בנהלים פנימיים של משרדי הממשלה הנוגעים בדבר. בהקשר זה נתבשרנו במהלך הדיון כי בינתיים ולפחות ככל שהדבר נוגע לרשויות מקומיות אכן נקבע על-ידי משרד הפנים נוהל הקובע כי מקום שבו הוגשה תביעה נגד יועץ משפטי של רשות מקומית כי אז תיבחן עמדתה של הרשות בסוגיית החסינות על-ידי יועץ משפטי של רשות אחרת. בהתאם לאותו הנוהל אכן הוצגה בפנינו, אם כי רק בשלב בקשת רשות הערעור, חוות דעתו של עו"ד רשף חן, היועץ המשפטי של עיריית חיפה, המתייחסת לסוגיית חסינותה של עו"ד גורדון בה הוצגה העמדה לפיה על העירייה הרלוונטית (עיריית נצרת עילית) לתמוך בבקשתה של עו"ד גורדון להכרה בחסינות. כפי שצוין בסעיף 6 לעיל הוגשה מנגד במסגרת בקשת רשות הערעור הודעה מטעם שי אליה צורף מכתבו של ראש עיריית נצרת עילית דאז מר שמעון גפסו מיום 9.1.2012, המופנה אל בא-כוחה של שי בו ציין כי "המחלקה המשפטית בראשותה של עו"ד אולגה גורדון לא פנתה אליי או למועצת העיר בבקשה לקבל חסינות. ההסכמה עליה אתה מדבר איננה מוכרת לי ולא ניתנה על דעת ובהסכמת הרשות". בהינתן הנוהל שקבע משרד הפנים למצבים ייחודיים כגון זה שנוצר במקרה דנן כשהנתבעת היא היועצת המשפטית של הרשות המקומית, נראה כי חוות דעתו של עו"ד רשף חן היא זו המשקפת את עמדת הרשות ואילו מכתבו של ראש העירייה דאז אין בו כדי לשנות מן העמדה שהוצגה באותה חוות דעת.

משקבענו בפסקה 24 לעיל כי אין מקום להחיל בבקשות על-פי סעיף 7ג(א) (ואף לא בבקשות על-פי סעיף 7ב(ג) ו-7ב(ד) לפקודה) את "מבחן כתב התביעה" שאימצו בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי בעניינה של עו"ד גורדון בדחותם את בקשתה להכרה בחסינות, ומשקבענו מהו המתווה ומהם סדרי הדין שלפיהם יש לדון בבקשה מסוג זה כמפורט לעיל, נראה לי כי מן הראוי להחזיר את הדיון אל בית משפט השלום על מנת שישוב וידון בבקשה לפי סדרי הדין ולפי המתווה כאמור. זאת מבלי להביע כמובן עמדה לגוף הדברים. עם זאת, ראיתי לציין כי משהוצגה בהתאם לנוהל שקבע משרד הפנים עמדת העירייה התומכת בבקשתה של עו"ד גורדון ניתן להשקיף על בקשה זו כבקשה אשר אלמלא נסיבותיה המיוחדות הייתה מוגשת על-ידי הרשות עצמה, וכך יש להתייחס אליה לרבות בכל הנוגע לסוגיית נטל הראיה עליה עמדתה לעיל.

סיכומו של דבר, אני מציעה לדחות את הערעור בע"א 1649/09, לקבל את הערעור ברע"א 775/11 ולהחזיר את הדיון לבית משפט השלום על מנת שישוב וידון בבקשתה של עו"ד גורדון להכרה בחסינותה. עוד אציע כי נוכח הסוגיות התקדימיות אשר בהן נדרשה הכרעתנו בערעורים אלה, לא ייעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

הנשיא א' גרוניס:

אני מסכים לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא מ' נאור:

אני מסכימה לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות, על כל חלקיו.

המשנה לנשיא

השופט ס' גובראן:

אני מסכים לפסק דינה המקיף והמעמיק של חברתי השופטת א' חיות.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות. לעניות דעתי, פסק הדין לא רק תואם את לשון החוק, אלא גם מתווה מדיניות רצויה שתסייע בפיתוח הדין בסוגיה ציבורית חשובה.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. אני מסכים עם חברתי השופטת חיות כמעט לכל אורך הדרך, למעט ביישורת האחרונה של המסלול. לדעתי, אותה אנמק בקצרה להלן, יש להחיל את הביקורת השיפוטית על פי כללי המשפט המנהלי גם לבחינת התקיימות תנאי החסינות של עובד הרשות הציבורית.

אציין כי השאלה אם יש להבחין בין אופן הביקורת השיפוטית של חסינות עובד מדינה לעומת הביקורת השיפוטית לגבי עובד הרשות הציבורית, נתונה מזה מספר שנים במחלוקת חריפה בערכאות הדיוניות והגיעה העת לקבוע הלכה בנדון (לדעות השונות ראו, לדוגמה, החלטת הנשיאה גרסטל בת"א (מחוזי מרכז) 13773-04-12 ממן נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ (10.12.2012), שם נקבע כי יש לבצע בדיקה עובדתית על פי כללי המשפט האזרחי והנטל הוא על הרשות הציבורית; לדעה דומה ראו, לדוגמה, החלטת השופט חדיד בת"א (שלום חי') 23970-07-11 יחב נ' בורובסקי (9.3.2012); החלטת השופטת אייזנברג בת"א (שלום צפת) 41872-09-12 מלצר נ' מימון ברק (20.3.2013) והאסמכתאות שם. לדעה חולקת ראו, לדוגמה, החלטת השופט עאסי בת"א (שלום י-ם) 24938-01-12 פלד נ' בלומנפלד (9.7.2013); החלטת השופט בולוס בת"א (שלום עכו) 24606-07-13 הדר נ' בן עזרא (27.1.2014) והאסמכתאות שם).

כפי שפירטה חברתי בפסק דינה, המחוקק קבע מנגנון שונה לעובדי מדינה לעומת עובדי רשויות ציבור. בעוד שהמדינה מגישה לבית המשפט הודעה על הכרה בחסינות העובד, הרשות הציבורית מגישה לבית המשפט בקשה להכיר בחסינות העובד. אולם הדרך הדיונית השונה להכרה בחסינות העובד, אינה מחייבת את המסקנה כי המחוקק נתכוון להחיל אמות מידה שונות לגבי אופי הביקורת השיפוטית. בנקודה זו אני מקבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לפיה השוני הפרוצדוראלי בין המנגנונים מקורו בשוני האינהרנטי בין המדינה לבין הרשות הציבורית, שבאחרונה אין גורם משפטי עצמאי ובלתי תלוי שיוכל להכריע בסוגיית החסינות, דוגמת פרקליטות המדינה (וראו תמר קלהורה ומיכל ברנשטיין "חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) חסינות עובד הציבור" הפרקליט נא 293, 329 (תשע"א)).

2. תימוכין למסקנתי כי השוני בין מנגנון ההודעה של המדינה לבין מנגנון הבקשה של הרשות הציבורית, אינו מחייב הבחנה באופי הביקורת השיפוטית, אני

מוצא בלשון החוק, בתכלית החוק, בכוונת המחוקק, בדרך הדיונית לבירור התקיימות תנאי החסינות, ובמשפט הרצוי הדיוני והמהותי.

תכלית החוק: התכלית שבבסיס החסינות היא הגנה על שיקול דעתו ועל תפקודו התקין של עובד ציבור במסגרת תפקידו. תכלית זו משותפת הן לעובדי מדינה והן לעובדי הרשות הציבורית (ושניהם נכללים בהגדרת "עובד ציבור" בסעיף 7א לפקודה), והיא באה לידי ביטוי בהוראה המהותית הקבועה בסעיף 7א(א), והמשותפת הן לעובדי המדינה והן לעובדי הרשות הציבורית:

#### חסינות עובד הציבור

7א. (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 בודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור.

משלא הבחין המחוקק מהותית בין שני סוגי העובדים, יש לשאוף לתוצאה אחידה שאינה מבחינה בין השניים. אציין כי גם הזכות המהותית לפיצוי ולשיפוי, הקבועה בסעיף 17 לפקודה, אינה מבחינה בין עובדי מדינה לעובדי רשות ציבורית.

כוונת המחוקק: זו באה לידי ביטוי בדברי ההסבר לחוק לפיה "אופי הביקורת בהליך זה, אף שהוא מתנהל במסגרת תביעה נזיקית, יהיה מנהלי במהותו" (דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) (אחריות עובדי הציבור), התשס"ג-2002, ה"ח הממשלה 6, 137). מציעי החוק לא הבחינו בין ביקורת המתייחסת לעובדי מדינה לביקורת המתייחסת לעובדי רשויות ציבור, ובדברי ההסבר הנוגעים לסעיף 7 לפקודה, מפנה המחוקק לדברי ההסבר שניתנו לסעיף 7 לפקודה (שם, בעמ' 139).

לשון החוק: אילו ביקש המחוקק להחיל כללי מהות שונים לצורך הביקורת השיפוטית, ניתן היה לצפות כי לגבי חסינות עובדי המדינה יידרש בית המשפט לקבוע אם הודעתה של המדינה ניתנה כדין. אלא שהלשון בה נקט המחוקק בסעיפים 7ב ו-7ג לחוק היא זהה, ובשני המקרים נדרש בית המשפט לקבוע אם מתקיימים או לא מתקיימים תנאי החסינות.

הדרך הדיונית: הן על פי סעיף 7ב(ה) לחוק (לגבי עובד מדינה) והן על פי סעיף 7ג(ג) לחוק (לגבי עובד רשות ציבורית), בית המשפט נדרש להכריע לאלתר אם נתקיימו תנאי החסינות.

גם בסעיפים 10-11 לתקנות הנזיקין (אחריות עובדי ציבור), התשס"ו-2006 אין כל הבחנה בין עובד רשות ציבורית לבין עובד מדינה. כך, תקנה 11 קובעת כלהלן:

#### החלטה בבקשה

11. (א) במועד שנקבע לדיון יתייצבו המצהירים לחקירה על תצהיריהם, אלא אם כן הורה בית המשפט אחרת.

(ב) הדיון בבקשה יסתיים בתוך יום אחד; ראה בית המשפט כי יש צורך בכך, רשאי הוא לקבוע ימי דיונים נוספים, ברציפות ככל האפשר, עד גמר חקירת העדים.

(ג) בעלי הדין רשאים להגיש לבית המשפט, עד שבעה ימים לפני המועד שנקבע לדיון, רשימת אסמכתאות משפטיות ועיקרי טיעון בכתב; סיכום טענות בעלי הדין יהיה בעל פה ביום הדיון בבקשה לאחר סיום הבאת הראיות.

ההליך הדיוני הוא אפוא אחד לשני סוגי העובדים.

המשפט הדיוני הרצוי: בירור התקיימותם של תנאי החסינות על פי כללי המשפט האזרחי מביאה לתוצאה בלתי רצויה ממנה ביקש המחוקק להימנע. בירור בכלים אזרחיים מהווה מעין משפט-זוטא לבירור היסוד הנפשי של העובד ("כוונה לגרום נזק או תוך שוויון נפש לאפשרות גרימתו"), מה שמצריך גם בחינת התקיימות היסודות העובדתיים של המעשה המיוחס לעובד הציבור. הדבר עלול להביא לכפל-דיון, על חוסר היעילות והתמשכות ההליכים הכרוכה בכך, ובניגוד למצוות המחוקק לקיים את הביקורת השיפוטית וליתן החלטה בבקשה לאלתר. מעבר לכך, גם קיים קושי לערוך בירור בכלים של משפט אזרחי, טרם התקיימו ההליכים המשפטיים המקדמיים בתיק העיקרי.

המשפט המהותי הרצוי: המגמה של הרחבת אחריות המדינה ורשויות ציבור באה לידי ביטוי במספר הרב של תביעות נזיקין המוגשות נגדן (חיה זנדברג "תביעות נזיקין נגד הרשות המבצעת – על תנועת המטוטלת" הפרקליט נב 591, 593 (תשע"ד)). לצד הרחבת אחריות המדינה ורשויות ציבור, ביקש המחוקק להגן על עובד הציבור, כדי למנוע הפעלת לחצים ואיומים עליו, וכפועל יוצא, כדי לאפשר לעובד למלא את

תפקידו הציבורי ללא מורא וללא חשש מעיוות בהפעלת שיקול דעתו המקצועי. במסגרת ההסדר שנקבע בסעיף 7א לפקודת הנזיקין, איזן המחוקק בין השיקולים השונים הצריכים לעניין. מחד גיסא, החסינות היא דיונית ואינה מוחלטת, כך שעובד שפעל במזיד או בשוויון נפש לתוצאות פעולותיו, לא תחול עליו החסינות ויתאפשר לניזוק לבוא עמו חשבון על פעולתו. מאידך גיסא, ההסדר נועד להבטיח כי עובד שמילא תפקידו בנאמנות, לא ימצא עצמו "חשוף בצריח" לתביעת נזיקין.

לצד תופעות של בריונות הבאה לידי ביטוי באלימות פיזית ומילולית כלפי עובדי ציבור, אנו עדים לתופעה ההולכת ותופסת תאוצה במקומותינו, של הגשת תביעות אישיות נגד עובדי ציבור. פלוני מבקש לאיים או להרתיע עובד ציבור מלבצע את מלאכתו? פלוני מבקש להתנכל ולנקום בעובד ציבור שלדעתו פגע בו? פלוני מנהל מאבק פוליטי נגד עובד הציבור? - אין קל מלהגיש תביעה אישית ולייחס לעובד הציבור כוונת זדון, תרמית, התנכלות וכיו"ב והמטרה כבר הושגה. די בעצם הגשת התביעה כדי להטריד את עובד הציבור ולערער את שלוותו ובטחונו ללא קשר לתוצאות ההליך העיקרי. התובע עשוי להשיג את מטרתו בעצם קיום הבירור העובדתי בכלים של משפט אזרחי וביכולתו לגרום לכך שעובד הציבור, לעיתים יריבו הפוליטי, יעלה לדוכן העדים לחקירה על תצהירו על פי דרישתו (ע"א 1927/10 בידור נאה מפעלי בתי קולנוע בע"מ ואחר' נגד עו"ד חן רשף (24.11.2011)). לא בכדי בחר המחוקק בסעיף 7א לפקודה להחיל הסדר מהותי זהה על כלל עובדי הציבור, הן עובדי מדינה והן עובדי רשות ציבורית. החלת כללים של משפט אזרחי כדי לבחון אם נתקיימו תנאי החסינות לגבי עובד הרשות ציבורית, יוצרת הבחנה לא מוצדקת בינו לבין עובד המדינה, בניגוד לתכלית החוק ובניגוד למשפט הרצוי.

במאמר מוסגר: חסרים אנו מחקר אמפירי בשאלה מה אחוז תביעות הנזיקין האישיות שהתקבלו כנגד עובדי ציבור. אסתכן ואומר כי על פי התרשמותי, אחוז התביעות האישיות שהתקבלו, לעומת מספר התביעות האישיות שהוגשו, הוא קטן ביותר. לדידי, התעקשות של תובע לתבוע באופן אישי את עובד הציבור היא חשודה מלכתחילה, מקום בו הרשות מאשררת את פעולת עובד הציבור ונוטלת על עצמה את האחריות לפיצוי התובע ככל שייפסק לזכותו.

3. כאשר בעובד מדינה עסקינן, בית המשפט נדרש לבחון את הודעת המדינה. כאשר בעובד הרשות הציבורית עסקינן, בית המשפט נדרש לבחון את החלטת הרשות. בשני המקרים מדובר בהחלטה של הרשות המינהלית. בשני המקרים הטיל המחוקק את נטל בדיקת התקיימות התנאים על בית המשפט. בשני המקרים בית המשפט נדרש

להחליט בכך לאלתר ובאותם סדרי דין. איני סבור כי יש להחיל אמות מידה שונות לבדיקת התקיימות התנאים, והמנגנון הדיוני השונה שנקבע על ידי המחוקק נעשה מן הטעם עליו עמדנו לעיל.

כאמור, החלטת הרשות הציבורית להגיש בקשה לבית המשפט להכיר בחסינותו של עובד הציבור, היא החלטה מינהלית. ככזו, היא נהנית מחזקת התקינות המנהלית - ועל כן הנטל רובץ על המבקש לסתרה - ויש לבחון אותה בכלים של משפט מינהלי ולא באופן בו מתבררות סוגיות עובדתיות בהליך אזרחי. במסגרת הביקורת המינהלית על בית המשפט לבחון אם ההחלטה לוקה באחד מהמרעין בישין של המשפט המינהלי כמו שיקולים זרים, אם החלטה מצויה במתחם הסבירות ואם נעשו כל הבדיקות והבירורים ונשקלו השיקולים הרלבנטיים לצורך קבלת ההחלטה, ואם היא מנומקת כהלכה.

4. סיכמו של דבר, ולו תישמע דעתי, אציע להחיל כללים של ביקורת מינהלית גם במסגרת בחינת התקיימות תנאי החסינות של עובד הרשות הציבורית, כאמור בסעיף 7ג לפקודת הנזיקין.

למצער, וככל שדעתי לא תישמע, אני מצטרף לעמדתה של חברתי השופטת חיות בפסקה 37 לפסק דינה, כי למרות שהמבקש הוא הרשות הציבורית או עובד הציבור, הרי שהנטל הוא על התובע להראות מדוע אין להכיר בכך שנתקיימו תנאי החסינות.

## ש ו פ ט

### השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה הראשוני והממצה של חברתי, השופטת א' חיות, לרבות לגבי עמדתה ביחס לדרך הראויה לבחינת התקיימות תנאי החסינות הנטענת של עובד הרשות הציבורית. חברי, השופט י' עמית, מבטא למעשה בגישתו החולקת בנקודה אחרונה זו את מה שמתחייב, לדעתו, מהדין, או מהמשפט הרצוי (ואפילו בסוגיית המשפט הרצוי, יש, להשקפתי, פנים לכאן ולכאן); יחד עם זאת תפיסת חברי איננה נותנת תוקף מלא, להבנתי, להוראות החוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10), התשס"ה-2005 (להלן – החוק). באלה ניתן למצוא שוני בין ההתייחסות שעל בית המשפט להעניק להודעת הכרה בחסינות, שניתנת מטעם המדינה בתובענה



שהוגשה כנגד עובד המדינה (סעיף 7' לחוק) לבין הטיפול השיפוטי שאמור להעריך בבקשה לחסינות בתובענה שהוגשה כנגד עובד הרשות הציבורית (סעיף 7' לחוק). בו בזמן שבתובענה כנגד עובד המדינה – בית המשפט מתבקש לבקר את הודעת המדינה בדבר קיומה של חסינות לגבי מעשה העובד לפי סעיף 7' לחוק (מעשה, לרבות מחדל – ראו: סעיף 7' לחוק), הרי שבתובענה כנגד עובד הרשות הציבורית – בית המשפט נדרש לבחון את בקשת הרשות הציבורית, או העובד בה, ולקבוע אם מתקיימים לגבי מעשה העובד תנאי החסינות לפי סעיף 7' לחוק.

2. הנני סבור כי במשפט המצוי לשוני הנ"ל שבהוראות החוק הקיים – מספר משמעויות (ולכן אינני מקבל גם את ההשקפה שבוטאה בשמו של היועמ"ש בנושא); אלה יפורטו להלן:

(א) ההחלטה המינהלית הגלומה בהודעת ההכרה של המדינה (הניתנת ע"י היועץ המשפטי לממשלה, או באמצעות מי שהוסמך לכך על ידו, כאמור בתקנה 5 לתקנות הנזיקין (אחריות עובדי ציבור), תשס"ו-2006) – נבדקת על דרך של ביקורת שיפוטית על מעשי המינהל בהתאם לכללי המשפט המינהלי (אף כי במקרים כאלה עשוי הפיקוח של בית המשפט להשתרע על תחום רחב יותר מאשר התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק, בדונו בעתירה לצו בירור – עיינו: שלמה לוי, עתירה לבג"ץ בהלך תקיפה ערעורי, משפטים ג' 15, 21, (1971)). מאידך גיסא בקשת הרשות הציבורית, או עובד הרשות הציבורית כי בית המשפט יקבע שמתקיימים לגבי מעשה העובד תנאי החסינות לפי סעיף 7' לחוק – נדונה על ידי בית המשפט לא בסמכותו המבוקרת, אלא בסמכותו המקורית, שהיא מקיפה בהרבה. אנלוגיה מסוימת ניתן ללמוד מהפרשה שנדונה בפסק הדין ב-א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה נ' חבר הכנסת טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003), בגדרו הסביר הנשיא א. ברק את ההבדל בין שני סוגי סמכויות שכאלו (שם היה מדובר בשוני שבין תפקידו של בית המשפט העליון לדון בערעור בחירות על החלטה של ועדת הבחירות המרכזית כי רשימת מועמדים רשאית להשתתף בבחירות לכנסת, או מנועה מכך, לבין תפקידו של בית המשפט העליון באישור החלטה של ועדת הבחירות המרכזית למנוע מועמד לכנסת מלהשתתף בבחירות). וכך נוסחה ההלכה בהקשר זה:

"השוני בין תפקידו של בית-המשפט העליון באישור בחירות לבין תפקידו בערעור בחירות מתבטא היטב בהיקף סמכותו של בית-המשפט העליון. אמת הדבר, בית-המשפט יימנע מלתת אישור להחלטתה של ועדת הבחירות (בהליך של אישור בחירות) ויבטל החלטתה

של ועדת הבחירות (בהליך של ערעור בחירות), אם לדעת בית-המשפט העליון נפלה אי-חוקיות בהחלטתה של ועדת הבחירות. השוני בין סוגי ההחלטות מתבטא במקרה שבו החלטתה של ועדת הבחירות היא במיתחם הסבירות. במצב דברים זה על בית-המשפט לדחות את ערעור הבחירות, שכן תפקידו של בית-המשפט העליון בסוג פניות זה הוא לבחון את חוקיות ההחלטה של הרשות השלטונית. השאלה שבית-המשפט מציג לעצמו בסוג פניות זה הינה, אם רשות שלטונית סבירה היתה רשאית לקבל ההחלטה שנתקבלה. אם התשובה היא בחיוב, ידחה בית-המשפט את הערעור גם אם הוא עצמו לא היה מקבל אותה. לא כן באשר לאישור הבחירות. בסוג הליך זה – שבו בית-המשפט הוא חלק מתהליך שכלול ההחלטה עצמה – על בית-המשפט העליון להביע את גישתו שלו. השאלה שעליו להציג לעצמו אינה אם ההחלטה של ועדת הבחירות היא סבירה, גם אם הוא לא מסכים לה; השאלה שעליו להציג לעצמו הינה אם הוא מאשר את ההחלטה שנתקבלה (ראו קלינגהופר, במאמרו הנ"ל, בעמ' 290). עמדתי על כך בפרשת יאסין (רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 454 (1991)), שם נדונה הוראת סעיף 6(ד) לחוק המפלגות, הקובעת – כמו בעניין שלפנינו – שאם רשם המפלגות סירב לרשום מפלגה, עליו להעביר "את דבר הסירוב ונימוקיו לאישור בית המשפט העליון". בהסבירי הוראה זו כתבתי:

'על-פי הוראה זו, בית המשפט העליון הוא חלק מתהליך קבלת ההחלטה, אין הוא יושב כערכאה מבקרת גרידא. השאלה אשר בית המשפט העליון צריך לשאול עצמו אינה אם רשם מפלגות סביר היה רשאי לקבל ההחלטה. השאלה אשר בית המשפט שואל הינה אם לדעתו, בהתחשב במכלול הנסיבות, היה מקום לסרב את הרישום' (שם, בעמ' 70-76)''.

(לדיון נוסף באבחנות אלו – עיינו גם: ע"א 10547/05 רשם הקבלנים נ' ש.י.א. רפאל פרויקטים בע"מ, פסקה 30 לפסק הדין (9.9.2012); א"ב 6255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע עשרה נ' ח"כ חנין זועבי, פסקה 15 לפסק הדין של הנשיא א' גרוניס (20.8.2013)).

(ב) המחוקק עצמו הבדיל בחוק בין המצבים והסמכויות השונות הנ"ל – לא רק כאשר הקדיש סעיפים נפרדים לפרוצדורה החלה בתובענות המוגשות כנגד עובד המדינה וייחד סעיפים אחרים לדיון בתובענות המוגשות כנגד עובד הרשות הציבורית, אלא גם כאשר קבע – בסעיף 7ב' לחוק עצמו – התייחסות אחת להודעת הכרה בחסינות, שבאה מצד המדינה, והתייחסות אחרת לבקשה של עובד המדינה להעניק לו חסינות כזו (כאשר לא נמסרה לגביו הודעת הכרה מצד המדינה (ראו: סעיפים 7ב(ד) ו-7(ה) לחוק)).

להבחנה פנימית זו יש ליתן את מלוא הנפקות, שאם לא כן לכאורה לא יהיה שוני בין הדרך שבה ינתן תוקף להודעת ההכרה (או שזו תישלל) לבין הדרך שבה תאושר (או תידחה) הבקשה להענקת החסינות.

3. זה המקום להוסיף ולציין כי המחוקק הישראלי ראה להפגין גם בהקשרים נוספים גישה שונה לעובדי מדינה, בהשוואה לעובדי רשויות ציבוריות. כך, למשל, נקבע לגבי עובדים של רשויות מקומיות כי הם עלולים להתחייב בחיוב אישי אם הם שילמו, או הרשו תשלום בלתי חוקי, או גרמו לחסר, או להפסד לקופת הרשות המקומית בשל התרשלות, או התנהגות רעה מצידם (ראו: סעיפים 221-226 לפקודת העיריות [נוסח חדש]; סעיף 33 לפקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש], סעיף 189 לצו המועצות המקומיות, תשי"א-1950, סעיף 84 וסעיף 132(ד) לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), תשי"ח-1958, סעיף 11(ב) לחוק איגודי ערים, תשט"ו-1955; עיינו גם: בג"ץ 2937/91 טרייסטר נ' ראש המועצה המקומית מנחמיה, פ"ד מז(2), 758 (1993)). הוראות ממין זה אינן קיימות אצלנו לגבי עובדי המדינה ובשעתו טעם הדבר נומק בכך שהליכי הבקרה במישור הממשלתי מובנים וקפדניים יותר (אינני מחווה כאן דעה אם נימוק זה נכון הוא ואכן מצדיק את השוני, שהרי זהו נושא שעל המחוקק להידרש לו).

ענין החיוב האישי מביא אותי להוראת סעיף 17' לחוק.

4. ההוראה הנ"ל (סעיף 17' לחוק), המסדירה את אפשרות הפיצוי והשיפוי של המדינה, או הרשות הציבורית – אכן איננה מבחינה בין עובדי הציבור השונים (עובדי המדינה, או עובדים של הרשות הציבורית). היא מאפשרת לדרוש מעובד הציבור פיצוי, או שיפוי, אם הוא פעל בסטיה חמורה מהתנהגות ראויה של עובד ציבור ונקבע:

(א) שהוא ביצע כלפי הרשות מעשה המקים אחריות בנזיקין, שאז היא זכאית לפיצוי הימנו.

(ב) שהרשות נמצאה אחראית למעשה שעשה עובד הציבור, שאז היא זכאית לשיפוי הימנו "בסכום שיקבע על פי הצדק והיושר" (סעיף 17(ב) לחוק).

ההוראה הנ"ל, המעגנת את האפשרות לחזור אל עובד הציבור בתביעת פיצוי, או שיפוי פועלת כדי לאזן (ולו בדיעבד) את הקניית החסינות לעובד הציבור, והכל מתוך אינטרס להבטיח את סטנדרט ההתנהלות הראויה של עובדי הציבור. עיינו: תמר קלקודה ומיכל ברדנשטיין "חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) – חסינות עובד

הציבור" הפרקליט נא 293, 315-316 (תשע"א) (להלן – קלקודה וברדנשטיין). הוראה זו וסיווג הסמכויות שנדון בפיסקאות הקודמות – מאפשרים איפוא לרשות הציבורית לשנות במהלך הדרך, מעמדתה הראשונית במקרים הראויים (ראו: קלקודה וברדנשטיין בעמ' 342-343), או לתבוע פיצוי, או השתתפות מהעובד הציבורי בעקבות ממצאי פסק הדין במשפט, היה ונמצא שהחסינות שניתנה לעובד הציבור בתחילה – לא היתה מוצדקת וכי התקיימו תנאי סעיף 17' לחוק לגביו.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, ט"ו באב התשע"ד (11.8.2014).

ש ו פ ט

המשנה לנשיא

ה נ ש י א

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט