

## מי ישפוט את השופטים וכיצד?

מאת: ד"ר דפנה אבניאלי

### א. האם ניתן לתבוע פיצוי כספי משופט או מהמדינה בגין עוולה שיפוטית?

סעיף 8 לפקודת הגזיקין [נוסח חדש] קובע, כי לא תוגש תובענה נגד אדם המבצע פעולות שיפוט, בשל עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי.<sup>1</sup> עד לאחרונה לא נודע על תביעות נזיקין שהוגשו נגד שופטים באופן אישי או נגד המדינה, בשל עוולה שבוצעה על-ידי שופט בעת מילוי תפקידו השיפוטי. מצב דברים זה השתנה עם מתן ההחלטה בענין פרידמן נ' כץ בבית משפט השלום בירושלים,<sup>2</sup> ופסק-הדין בערעור על החלטה זו בבית-המשפט המחוזי<sup>3</sup> (להלן: "פרשת פרידמן").

בפרשת פרידמן נקבע לראשונה, כי ניתן לחייב את המדינה באחריות שילוחית לעוולות שיפוטיות, אם ימצא בית-המשפט כי מדובר "במקרים קיצוניים מאוד של רשלנות בוטה מאוד".<sup>4</sup>

הלכת פרידמן מסמנת כרסום בהסינות השיפוטית המוחלטת, שממנה נהנו עד כה שופטים בישראל, כיוון שהיא מאפשרת לניזוק מעוולה שיפוטית להעמיד במבחן את מעשיו ומחליו של השופט, ואף לקבל פיצוי מהמדינה בגינם. פרשת פרידמן אף מסמנת כרסום במעמד של השופטים, מאחר שהיא מבוססת על התפיסה, כי יחסי הגומלין בינם לבין המדינה הם יחסי עובד-מעביד.

במסגרת המאמר נראה, כי הלכת פרידמן לוקה בכשל לוגי-משפטי. נבחן את הקשיים בהחלת האחריות השילוחית על יחסי שופט-מדינה, ונציע הסדר אחר של חיוב המדינה באחריות ישירה לעוולות שיפוטיות. לבסוף נראה כיצד עקרון האחריות הישירה מאפשר מתן פיצוי למי שנפגע מעוולה שיפוטית, מחד גיסא, ושמידה על עצמאות ואי-תלות המערכת המשפטית, מאידך גיסא.

\* רעיונות מסוימים המוכאים במאמר זה, מבוססים על עבודת הדוקטורט בנושא "גבולות החסינות השיפוטית", שנכתבה בהורכתם המשותפת של פרופ' צפורה כהן ופרופ' דני מור, ואושרה על-ידי סגן אונברסיטת בר-אילן בחודש אפריל 2000.

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

2. ת"א 19309/97 פרידמן נ' עו"ד כץ (מיום 12.6.00), דינים שלום, כרך טז 974. התובע הגיש תביעה לפיצויים נגד מדינת ישראל, כמעבירתו של ראש ההוצאה לפועל. בתביעה נטען, כי ראש ההוצאה לפועל התרשל כאשר הוציא נגד התובע פקודת מאסר למשך 21 יום, בשל אי-תשלום חוב מזונות לילדיו, מפני שנעתר לבקשה שלא נתמכה בתצהיר, מבלי שבדק את הנתונים הקיימים בתיק המתנהל בלשכת ההוצאה לפועל. לטענת התובע, ראש ההוצאה לפועל יכול היה לבדוק את טענות הנתבע באמצעות "הקלדת מחשב פשוטה", ואז היה מגלה כי האמור בבקשה אינו אמת, וכי הבקשה מחייחסת לחוב עתידי.

3. בר"ע 2315/00 מ"י נ' פרידמן (מיום 13.3.01, טרם פורסם).

4. לדיון מקיף בהחלטות שניתנו בענין פרידמן ומשמעותן, ראה י' גלעד "אוי לדור ששופטיו צריכים להישפט?" עלי משפט ב (תשס"ב) 255.

## ב. עקרון החסינות השיפוטית

שופטים בישראל נהנים מחסינות מוחלטת מפני תביעות על עוולות, שביצעו במהלך תפקידם השיפוטי. מקורה של חסינות זו בסעיף 8 לפקודת הנויקין [נוסח חדש],<sup>5</sup> המעניק חסינות לשופט בעת "מילוי תפקידו השיפוטי". ממלאי תפקידים שיפוטיים, שאינם שופטים, נהנים אף הם מחסינות, אך סעיף 8 מתנה את החסינות בכך שאותם אנשים יבצעו "פעולות שיפוט".<sup>6</sup>

מאז שחוקק סעיף 8 לפקודת הנויקין, ידוע לפחות על מקרה אחד, שבו הוגשה תביעה אישית לפיצויים נגד רשם שכיחן כראש ההוצאה לפועל.<sup>7</sup> תביעה זו נדחתה על הסף, בהסתמך על החסינות המעין-שיפוטית, המוקנית לממלאי תפקידים שאינם שופטים.<sup>8</sup>

החסינות השיפוטית מונעת מן הניזוק את האפשרות להיפרע על נזקיו, גם אם השופט פעל בודון או כחוסר תום לב וגרם לו נזק.<sup>9</sup> הרצון להגן על השופטים מפני הפעלת סנקציות אישיות כלפיהם, והשאיפה להבטיח חופש פעולה לשופטים במילוי תפקידם השיפוטי, גוברים על הצורך לפצות את הנפגע מעולה שיפוטית.<sup>10</sup> השיטה המשפטית גורסת, כי במקרים אלה ישא הניזוק בנזקו ולא השופט, גם אם מדובר בנזקים חמורים ביותר, כגון תקופת מאסר ממושכת או תשלום סכום כספי נכבד, שהושגו על הניזוק שלא כדין, עקב מניעים אישיים פסולים של השופט.<sup>11</sup>

5. להלן: "פקודת הנויקין", או "הפקודה".

6. חסינות זו מכונה חסינות מעין-שיפוטית, מאחר שהיא חלה על אנשים או על גופים המבצעים פעולות שיפוטיות, שאינם שופטים או בתי-משפט במובן הרגיל. ראה ע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102, 126.

7. ע"א (ת"א) 63/85 ניר נ' אריאלי, פ"מ חשמ"ו(2) 315. השופט לויט בחן שם את שאלת תחולתה של החסינות השיפוטית על פעולה של הוצאת צו מאסר על-ידי ראש ההוצאה לפועל, והגיע למסקנה כי מדובר בפעולה שיפוטית, ולכן חלה עליה החסינות שבסעיף 8 לפקודת הנויקין. פסק-דינו של השופט לויט ניתן לפני שתוקן חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967, כאשר ראש ההוצאה לפועל לא נהנה מחסינות שיפוטית מוחלטת לגבי מרבית הפעולות שבגדר סמכותו, אלא מחסינות מוגבלת. לפי הדין הקיים מאז שנת 1994, שבמסגרתו הוסף סעיף 73 לחוק ההוצאה לפועל, נהנה ראש ההוצאה לפועל מחסינות מוחלטת בגין כל עוולה, שעשה במילוי תפקידו השיפוטי – בדומה לחסינות שממנה נהנים שופטים.

8. ניר, שם, בע' 322. המושגים "החלטה מעין-שיפוטית", "הליך מעין-שיפוטי" ו"חסינות מעין-שיפוטית" משמשים בערבוביה בפסיקה הישראלית, לצורך החלת החסינות השיפוטית על בעלי תפקידים וגופים שאינם שופטים. ראה ד' אבניאלי חסינות אישי ציבור (תשס"ב) 179.

9. כפי שאמר השופט Crompton בענין Fray v. Balckbum 122 E.R. 217 (1863): "It is a principle of our law that no action will lie against a judge of one of the superior courts for a judicial act, though it be alleged to have been done maliciously and corruptly..."

10. זה המצב במשפט הישראלי ובמשפט האנגלי, ראה, למשל, Sirros v. Moore [1975] Q.B. 118, וכן במשפט האמריקני, ראה, למשל, Stump v. Sparkman 435 U.S. 349 (1978).

11. לסקירה השוואתית של עקרון החסינות השיפוטית במשפט הקונטיננטלי והאנגלו-אמריקני, ראה אבניאלי, לעיל, הערה 8, בע' 86-124.

### ג. סיווגה של החסינות השיפוטית

המחוקק אינו עושה שימוש במונח "חסינות" בפקודת הנוזיקין. לעיתים הוא משתמש בביטוי "לא תוגש תובענה" ולעיתים במונח "הגנה", כאשר מובנם של הביטויים הללו משתנה ואינו חד-משמעי.

כדי להבחין בין הגנה לבין חסינות יש להבחין בין סוגי החסינות השונים. יש שהחסינות היא דיונית – כמו החסינות הבינלאומית,<sup>12</sup> ויש שהחסינות היא מהותית – כמו החסינות המוקנית לעובד ציבור, הפועל בתחום סמכותו כדין.<sup>13</sup> במקרה הראשון נשללת רק התביעה, ואילו בחסינות המהותית נשללת האחוריות עצמה. המבחן לקביעת סוג החסינות תלוי במהות הפנימית ובמטרה שאותה נועדה החסינות להגשים.<sup>14</sup>

שאלת סיווגה של החסינות השיפוטית טרם נדונה בפסיקה הישראלית, אך נראה, כי הלשון שנקט המחוקק בסעיף 8 לפקודה – "לא תוגש תובענה", והתכלית, אשר נועדה לחסום בירורה של התביעה ולא להכשיר את המעשה עצמו, מובילות למסקנה, כי מדובר בחסינות דיונית בלבד.<sup>15</sup>

מכיוון שמדובר בחסינות דיונית ניתן, לכאורה, לתבוע את המדינה גם כאשר לא ניתן לתבוע את השופט עצמו. הרציונל העומד בבסיס האפשרות להגשת תביעה נגד המדינה הוא שהמדינה אחראית למעשיהם ומחדליהם של שופטיה, בהיותה מעסיקהם, במובן סעיף 13 לפקודת הנוזיקין, העוסק באחריות שילוחית. אפשרות זו אומצה על-ידי השופטים בפרשת פרידמן.

קיימת גם אפשרות לחיובה של המדינה כאחראית באחריות ישירה לעוולות שיפוטיות. אפשרות זו טרם נדונה בפסיקה הישראלית והיא תיבחן במסגרת מאמר זה.

### ד. פרשת פרידמן

שאלת היקפה של החסינות השיפוטית והשלכותיה על מי שנפגע מעוולה שיפוטית, נדונה בבית משפט השלום בירושלים בענין פרידמן.<sup>16</sup> השופט רומנוב שדן בתביעה קבע, כי חסינותם של השופטים היא דיונית, ואינה מאפשרת הגשת תביעה אישית נגד שופט או ממלא תפקיד שיפוטי אחר – במקרה זה ראש ההוצאה לפועל. עם

12. מקורה של החסינות הבינלאומית במשפט הבינלאומי המנהגי. בגדרי החסינות הבינלאומית מבחינים בין חסינות המדינה הזרה – שעניינה החסינות המוענקת למדינה זרה מפני האפשרות כי ינקטו נגדה הליכים אזרחיים, לבין חסינות דיפלומטית או קונסולרית – שעניינן החסינות האישית המוענקת לנציג רשמי מפני העמדה לדין בארץ זרה. בכל המקרים שפורטו לעיל, מדובר בחסינות דיונית במהותה, השוללת את סמכות השיפוט מבתי-המשפט המקומיים. ראה אבניאלי, לעיל הערה 8, בע' 306.

13. סעיף 7 (א) לפקודת הנוזיקין. ראה גם ע"א 437/65, מאורר ג' המועצה האזורית הגליל העליון, פ"ד (3) 645, 657, הדן בחסינות עובדי הציבור לפי סעיף 24 (2) לפקודת הנוזיקין האזרחיים, 1944, שהיתה בתוקף באותה עת.

14. א' ברק, י' אנגלרד, מ' חשין, מ' טרסקי דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית (ג' טרסקי עורך, תשל"ז) 153.

15. אבניאלי, לעיל הערה 8, בע' 50; י' גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק ראשון) משפט וממשל ב (תשנ"ה) 382, 339.

זאת, בית-המשפט סבר, כי אין מניעה שתוגש תביעה נגד המדינה, כמעבדתו וכמי שאחראית באחריות שילוחית למעשיו ולהחלטותיו של ראש ההוצאה לפועל.<sup>17</sup> השופט רומנוב הדגיש בהחלטתו, כי התובע היה רשאי להגיש את התביעה נגד המדינה "גם אם תביעה זו מכוונת נגד החלטה שיפוטית של ראש ההוצאה לפועל, שהוא עצמו חסין",<sup>18</sup> ולכן דחה את בקשת המדינה למחוק על הסף את התביעה נגדה.

המדינה ערערה על החלטה זו ובית-המשפט המחוזי הביע דעתו, כי ראוי להחיל את האחריות השילוחית על המדינה, אך זאת רק ב"מקרים קיצוניים מאד של רשלנות בוטה מאד".<sup>19</sup> במקרה דנן נקבע, כי התביעה שהגיש המשיב לבית-המשפט איננה עוסקת ברשלנות רבתי, ולכן הוחלט לקבל את ערעורה של המדינה ולהורות כי התביעה נגדה תימחק על הסף.<sup>20</sup>

מר פרידמן הגיש בקשת רשות ערעור לבית-המשפט העליון על החלטתו של בית-המשפט המחוזי. המדינה הסכימה לבקשה, אך הרכב השופטים שדן בה החליט לדחותה.<sup>21</sup> בנסיבות אלה, נותרה החלטתו של בית-המשפט המחוזי על כנה.

## ה. התפתחות הפסיקה לאחר פרשת פרידמן

פרשת פרידמן היתה הסנונית הראשונה, שבישרה הגשתן של תביעות נוספות מסוגה וחייבה את השופטים להידרש לשאלת חיוביה של המדינה באחריות שילוחית לעוולות שיפוטיות.

16. לעיל הערה 2. ההחלטה ניתנה במסגרת בקשתה של המדינה למחוק את התביעה על הסף נגדה, בטענה כי החסינות האישיה המוקנית לראש ההוצאה לפועל עומדת גם למעבדתו, המדינה.
17. לעיל הערה 2, סעיף 59 להחלטתו של השופט רומנוב. דעה אחרת, לפיה החסינות המוענקת לראש ההוצאה לפועל היא מהותית, ולכן אין מקום כלל לחייב את המדינה באחריות שילוחית בגין מעשה או מחדל של ראש ההוצאה לפועל, הובעה על-ידי השופט סגלר בת"א 1808/99 (בש"א 1066/99) מ"י נ' אלופי, דינים שלום, כרך יז 18. לדברים דומים ראה לעיל הערה 14, בע' 398-400. כאמור, אין זו הדעה המקובלת ורוב הפוסקים סבורים, כי חסינותם של שופטים וממלאי תפקידים שיפוטיים אחרים, לרבות ראש ההוצאה לפועל, היא חסינות דיונית ולא מהותית.
18. שם, סעיף 59 להחלטה.
19. פסק-דינם של הנשיא ר' זיילר, והשופטים ד' חשין ו' צור, לעיל הערה 3, בע' 11.
20. פקודת המאסר בוטלה כעבור שלושה ימים, מבלי שהמשיב נאסר, ולכן סבר בית-המשפט כי מדובר, לכל היותר, בשגגה שנפלה מלפני ראש ההוצאה לפועל ולא ברשלנות רבתי מצידו. ראה שם, בע' 13.
21. רע"א 2828/01 פרידמן נ' מ"י (החלטה מיום 28.4.01, טרם פורסמה). בהחלטתם של כב' המישנה לנשיא ש' לויך והשופטים אנגלרד וגרוניס נאמר כדלקמן: "השאלה המשפטית שהמבקש מעורר היא אמנם שאלה נכבדה... אך נראה לנו שבהעדר תשתית עובדתית המצדיקה את הרבר, אין קיימת עילה מספקת לקיום בירור נוסף בשאלה המשפטית... אפילו אם המבקש צודק בטענתו שקיימת אחריות של המדינה למעשהו של נושא משרה שיפוטית (ראש ההוצאה לפועל) שפעל ברשלנות; בנסיבות אלה – וכלי לחוות כל דעה לגבי השאלה המשפטית, אנו דוחים את הבקשה" (ע' 1-2 להחלטה).

בת"א 5965/01 מ"י נ' קלוד לוי,<sup>22</sup> שנדון על-ידי השופט גולרס בבית משפט השלום בראשון-לציון נאמר, כי ניתן להטיל על המדינה אחריות שילוחית בהתאם להוראות סעיף 13 לפקודת הנוזיקין, חרף החסינות הדיונית שיש לראש ההוצאה לפועל עצמו. עם זאת נקבע, כי בנסיבות המקרה דנן יש לדחות את התביעה נגד המדינה על הסף, מאחר שראש ההוצאה לפועל "לא פעלה ... בכוונת דון לגרום נזק תוך שימוש לרעה בסמכות".<sup>23</sup>

במקרה אחר, השופטת סלע מחדרה דחתה על הסף תביעה, בה נתבעה המדינה, באומרה שאין אפשרות לחייב את המדינה באחריות שילוחית או ישירה בגין עוולה המבוצעת על-ידי שופט.<sup>24</sup>

לא מכבר ניתן פסק-דין רחב יריעה על-ידי השופט מילנוב, בהתייחס לשאלה אם ניתן לחייב את המדינה בגין רשלנות של ראש ההוצאה לפועל, שגרמה לכך כי יינקטו הליכי גביה נגד הזולת, ללא בסיס חוקי.<sup>25</sup> השופט מילנוב קבע, כי החסינות המוענקת לראש ההוצאה לפועל היא חסינות דיונית, המונעת הגשת תביעה נגד המעוול עצמו, אך אינה מונעת הגשת תביעה נגד המדינה-מעבידתו, האחראית למעשיו באחריות שילוחית.<sup>26</sup> לגופו של ענין קבע השופט מילנוב, בהסתמך על הלכת פרידמן, כי "מדובר ברשלנות רבתי מצידו של ראש ההוצאה לפועל, כזו המאפשרת לתבוע את המדינה" ולחייבה בתשלום פיצויים לנפגע.<sup>27</sup> פסק-הדין אינו

22. תק-של 2002(2) 133. המדובר בשני זוכים שנקטו בהליכי הוצאה לפועל וקיבלו עיקולים לטובתם, אך ראש ההוצאה לפועל הורתה בטעות על העברת כל הכספים שעוקלו לידי של זוכה אחד, במקום לחלקם שווה בשווה בין שני הזוכים. לאחר שנוכחה בטעות, הורתה ראש ההוצאה לפועל לזוכה להשיב את הכספים שהועברו אליו בטעות. התביעה הוגשה נגד מדינת ישראל, כאחראית באחריות שילוחית למעשיה של ראש ההוצאה לפועל.
23. שם, סעיף 15 להחלטה. מבחן הזדון, שאומץ על-ידי כב' השופט גולרס, נזכר במאמרו של גלעד, לעיל הערה 4, בע' 266, שעליו הסתמך כב' השופט גולרס בהחלטתו.
24. ת"א 1259/02 (כש"א 874/02) יורשי המנוח כב' השופט הומינר ז"ל נ' איל דש בע"מ (מיום 22.6.02, טרם פורסם). בתביעה נטען, כי נגרמו לתובעים עינוי דין והפסד הכנסה, עקב התמשכות ההליכים בתיק שהתנהל בפני כב' השופט הומינר ז"ל, לאחר שחלה ונעדר מביית-המשפט, וכשל אופן הטיפול בו לאחר פטירתו של השופט. התביעה הוגשה נגד השופטים שדנו בתיק ונגד מדינת ישראל כמעבידתם. כנגד ממלאי התפקידים השיפוטיים נדחתה התביעה על הסף, על סמך החסינות המוקנית להם על-פי סעיף 8 לפקודת הנוזיקין. בנוגע למדינה נקבע "מכלי להיכנס לעובי הקורה", כי אין אפשרות לחייבה באחריות שילוחית או ישירה בגין עוולה שבוצע שופט (ע' 16 לפסק-הדין). בנוסף נקבע, כי "אין זה המקרה בו מתקיימת אותה "רשלנות רבתי" הנדרשת כדי לחייב את המדינה באחריות שילוחית" (ע' 17 לפסק-הדין).
25. ת"א 7753/00 עו"ד דניאל אברהם נ' אכרם משולם (מיום 14.11.02, טרם פורסם). התובע טען, כי ננקטו נגדו הליכי הוצאה לפועל בגין חוב של חייבת שנפטרה, למרות שלא שימש כמנהל עובונה, וכי פניותיו לשני ראשי הוצאה לפועל בבקשה כי יורו על הפסקת ההליכים נגדו נענו בשלילה. התביעה הוגשה נגד יוזמי ההליכים בלשכת ההוצאה לפועל ונגד המדינה, האחראית למעשיהם ומחדליהם של ראשי ההוצאה לפועל באחריות שילוחית.
26. שם, בע' 12 לפסק-הדין.
27. הקביעה מתייחסת לכך שראש ההוצאה לפועל התרשל, בכך שאישר נקיטת הליכי גביה נגד התובע וסירב לבטלם בדיעבד, למרות שהיה צריך להיות ברור לו, כי התובע אינו חייב לנתבע מאומה. כמו כן נאמר, כי ראש ההוצאה לפועל התרשל בכך שקבע, כי הוצאה אזהרה לתובע, חרף העובדה שלא הוצגו בפניו אישורי מסירה חתומים כנדרש.

עוסק בשאלת ההבחנה בין רשלנות רגילה לבין רשלנות רבתי או רשלנות חמורה, ולא ניתן למצוא בו הגמקה לכך, שנועשיו של ראש ההוצאה לפועל סווגו כרשלנות רבתי דווקא. השופט מילנוב הסתפק בקביעה, שהתובע נושא באשם תורם לאירועים שפקדו אותו, ולכן אין להטיל על המדינה את מלוא האחריות לנזקים שנגרמו לו.<sup>28</sup> מקרה נוסף, שבו נעשה שימוש ברשימה לקיומה של רשלנות רבתי, היה בת"א 164218/02 רוזנטל נ' צבי שיאוביץ.<sup>29</sup> השופט שיינמן החליט לדחות את התביעה על הסף וקבע, כי "אנשי התביעה הכללית הינם במעמד הקרוב לחסינות. בכדי שיהיה ניתן להגיש תביעה אישית בעולת הרשלנות, נגד מי מעובדי התביעה הכללית, יש צורך ואף חובה, כי כתב התביעה יגלה עילה ברורה וקונקרטית של 'רשלנות גבוהה'".<sup>30</sup>

## 1. אחריות שילוחית בבסיס לחיובה של המדינה

### 1. אחריות שילוחית של מעביד למועשה עובדו – סעיף 13 לפקודת הנזיקין

נקודת המוצא של בית-משפט השלום ושל בית-המשפט המחוזי בענין פרידמן הייתה, כי החסינות המוחלטת שהוענקה לשופטים בסעיף 8 לפקודת הנזיקין או לראש ההוצאה לפועל בסעיף 73 לחוק ההוצאה לפועל,<sup>31</sup> אינה חלה על המדינה כמעסיקתם. לפיכך, הוחלט כי ניתן לתבוע את המדינה כאחראית באחריות שילוחית למעשיהם ולהחלטותיהם של ממלאי תפקידים שיפוטיים, במסגרת סעיף 13 לפקודת הנזיקין.<sup>32</sup>

אין חולק, כי החלטתו של ראש ההוצאה לפועל בענין פרידמן ניתנה תוך כדי עבודתו בשירות המדינה. בית-משפט השלום סבר, כי לצורך סעיף 13 לפקודת

28. חיוב המדינה בתשלום פיצויים בסך של 2,000 ש"ח בלבד מעורר תמיהה, לאור הרשלנות החמורה שיוחסה לראש ההוצאה לפועל והקביעה, כי מעשיו מצדיקים את חיובה של המדינה באחריות שילוחית.

29. (מיום 2.1.03, טרם פורסם). מדובר בתביעה שלא הוגשה נגד המדינה, אלא נגד פרקליטת מחוז תל-אביב (פלילי), בטענה כי הפעילה שיקול דעת רשלני ביחס לאי-העמדתם לדין של מתלוננים בהליך פלילי, שנוהל נגד הנחבע, ובהחלטתה שלא לפטר את הפרקליט שניהל את התיק הפלילי.

30. שם, סעיף 10 לפסק-הדין. לא ניתן לנצוא בפסק-הדין הפניה להלכת פרידמן, אך נקבע בו, כי הפעלת שיקול הדעת העצמאי הנדרשת מפרקליט מחוז – בטרם הוא מחליט על הגשת כתב אישום – היא פעולה מעין שיפוטית, ולכן: "... יש צורך ברף ומשוכה גבוהים מאוד וקונקרטיים של רשלנות, כדי לבסס תובענה ברשלנות כנגד תובע כללי" (סעיף 19 לפסק-הדין).

31. סעיף 73 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967 קובע כי "מבלי לגרוע מהוראות סעיף 8 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], לא תוגש נגד ראש ההוצאה לפועל תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו".

32. לפי לשון הסעיף, מעביד יהא "חב על מעשה שעשה עובד שלו... אם העובד עשה את המעשה תוך כדי עבודתו...".

הנויקין יש לראות את המדינה כמעסיקתם של השופטים ושל ראש ההוצאה לפועל בכללם. למסקנה זו היה שותף, כאמור, גם הרכב השופטים בבית-המשפט המחוזי.<sup>33</sup> השופט רומנוב מבית-משפט השלום אף סבר, כי מאחר שחסינותם של השופטים היא דיונית (פרוצסואלית) ולא מהותית (סובסטנטיבית), היא מונעת הגשת תביעה נגד המעוול עצמו, אך אינה מונעת הגשת תביעה נגד מעבידו – במקרה זה המדינה.<sup>34</sup> גם מסקנה זו אומצה על-ידי הרכב השופטים בבית-המשפט המחוזי, שקבע כי "האחריות השילוחית היא אחריות עצמאית, כמובן זה שהיא יוצרת עילה העומדת בזכות עצמה, ואיננה תלויה בהכרח בתביעה המוגשת, או אפילו כאפשרות הגשתה של תביעה כזו נגד העובד המתרשל".<sup>35</sup> המדינה טענה בשתי הערכאות דגן, כי אין מדובר ביחסי עובד-מעביד, מכיוון שלא מתקיים בהם המאפיין העיקרי של יחסי מרות ושליטה. טענתה של המדינה היתה, כי אין על השופטים מרות זולת מרות החוק ולכן אין לראות את המדינה כמעסיקתם, לצורך סעיף 13 לפקודת הנויקין. שתי הערכאות החליטו לרחות טענה זו, אך החלטתן אינה נקיה מספקות, כפי שנראה בהמשך הדברים.

## 2. מהותה של האחריות השילוחית

האחריות השילוחית הוכרה עוד במשפט העברי, שממנו נגזר העיקרון הכללי של "שלוחו של אדם כמותו".<sup>36</sup> אחריות זו שבה ותפסה מקום של כבוד במשפט הישראלי שהתפתח לאחר קום המדינה, כאשר אין היא מוגבלת לתחום הנויקי בלבד, אלא היא חלה גם בתחומי משפט אחרים, כגון דיני עונשין ודיני תאגידים. פקודת הנויקין מייחדת שני סעיפים לאחריות השילוחית – סעיף 13 העוסק באחריותו של מעביד לעוולות עובדו, וסעיף 14 העוסק באחריותו של השולח לעוולות השלוח, שאינו עובדו. נדון תחילה בסעיף 13 לפקודת הנויקין ובשיקולים המצדיקים את קיומה של האחריות השילוחית למעשיו של שלוח, שהוא עובדו של השולח.

33. כפי שנאמר בפסק-הדין: "לא רק משכורותיהם [של השופטים] משולמות על-ידי המדינה, אלא שכל "האווירה המינהלית" בתוכה הם פועלים, ולסדריה הם כפופים במידה רבה מאוד, היא אווירה שמוסדות המדינה שולטים בה, מפעילים אותה ומכוונים אותה, והשופטים הם חלק אינטגרלי מהמערך הכללי הזה". לעיל הערה 3, בע' 3.

34. לעיל הערה 2, סעיף 52 להחלטה.

35. לעיל, הערה 3, בע' 4. ראה גם גלעד, לעיל הערה 15, בע' 382, שסבר אף הוא כי לאור העובדה שהמחוקק נקט בסעיף 8 לפקודת הנויקין לשון דיונית "לא תוגש תובענה", תיתכן אחריות שילוחית של הרשות הציבורית המעסיקה את בעל התפקיד השיפוטי, לרוב המדינה, אם זה פעל ברשלנות או חרג מהרשאתו החוקית שלא בתום לב. לאחרונה נראה כי חל שינוי מסוים בדעתו של פרופ' יי גלעד, המציע במאמרו החדש והמקיף להתיר הגשתן של תביעות נגד השופטים ונגד המדינה גם יחד, רק במקרים של גרימת נזק בכוונת ודון, חוץ שימוש לרעה בסמכות מצד השופט. לעיל הערה 4, בע' 267.

36. ברכות ה, ה.

### 3. התנאים לקיומה של אחריות לפי סעיף 13 לפקודת הנוזיקין

לשם הקמתה של אחריות המעביד למעשה עובדו יש להוכיח קיומם של שלושה תנאים מצטברים: 1. קיומם של יחסי עובד-מעביד; 2. ביצוע עוולה על-ידי העובד; 3. ביצוע העוולה תוך כדי העבודה למען המעביד.

#### 3.1 תנאי ראשון – קיום יחסי עובד ומעביד

הן המונח "מעביד" (master) והן המונח "עובד" (servant) מוגדרים בסעיף ההגדרות של פקודת הנוזיקין (סעיף 2).

הגדרת "מעביד" היא: "מי שיש לו ביחסיו עם אדם אחר שליטה גמורה על הדרך שבו אדם אחר מבצע עבודה בשבילו, ואילו הוא עצמו אין עליו מרות דומה לגבי אותה עבודה".

הגדרת "עובד" נגזרת מכך ומופיעה באותו סעיף: "עובד – הוא מי שעבודתו נתונה לשליטה כאמור; אולם מי שהוא בשירות של המדינה או של רשות מקומית או של אדם אחר – לא יראוהו כמעביד או כעובד של זולתו באותו שירות".

ראוי להדגיש, כי המונחים "מעביד" ו"עובד" מופיעים במספר רב של חוקים. אין למונחים הללו משמעות אחידה, אלא נתונות להם הגדרות רבות ומגוונות, בהתאם להקשר שבו מופיעים ביטויים אלה,<sup>37</sup> ובהתאם לתכלית שכל דבר חקיקה נועד להגשים.<sup>38</sup>

#### (א) מבחן השליטה הגמורה

יחסי עובד-מעביד נקבעים, לפי ההגדרה שבסעיף 2 לפקודת הנוזיקין, בהתאם למבחן "השליטה הגמורה". כך עולה גם מהפסיקה.<sup>39</sup> מעביד הוא אדם, שביחסיו עם העובד יש לו שליטה גמורה על הדרך שבה מבצע העובד את עבודתו עבורו. הפקודה מגדירה במפורש את הדרישה ליחס הנדרש.<sup>40</sup>

השליטה הגמורה מתייחסת לאופן ביצוע העבודה, אך לא לאופן ביצוע העוולה. השליטה הגמורה נתפסת בישראל כשליטה ארגונית-טכנית, ומכאן ששליטה על הביצוע אינה חייבת להשתרע על הפן המקצועי שבביצוע, אלא על אופן הביצוע.<sup>41</sup> בהתאם לכך, מידת השליטה הגמורה הופכת לגמישה יותר ומשתנה

37. דברי השופט ברק (כתוארו אז) בע"א 502/78 מ"י נ' ניסים, פ"ד (4) 748, 758. לפיכך,

יתכן כי אדם יחשב כעובד לצורך חוק אחד, אך לא ייחשב כעובד לצורך חוק אחר.

38. כפי שנאמר על-ידי הנשיא ברק בדנג"צ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 826; ראה גם בג"צ 6859/98 אנקונינה נ' פקיד הבחירות אור עקיבא, פ"ד נב(5) 433; בג"צ 6446/00 קריספל נ' כהן, פ"ד נו(1) 297.

39. ע"א 426/63 המוסד לביטוח לאומי נ' זינגר, פ"ד יח(2) 299, 302, שם נאמר: "המבחן הקובע לגבי קיומם או העדרם של יחסי אדון ומשמש הוא איפוא מבחן השליטה, הפיקוח או התלות".

40. עניין ניסים, לעיל הערה 37, בע' 758. פקודת הנוזיקין אינה נוקטת למבחן ההשתלבות, או למבחן הארגון או למבחנים נוספים, הקיימים בחוקים אחרים, אלא עד כמה שניתן לראות בהם חלק מעקרון השליטה הגמורה. ראה, ע"א 582/71, 599 המוסד לביטוח לאומי נ' רשות הנמלים, פ"ד כז(1) 650, 654.

41. טדסקי, לעיל הערה 14, בע' 444. בע"א 4530/91 רשות הנמלים והרכבות נ' צים חברת השיט הישראלית בע"מ, פ"ד נד(4) 583, 616 נקבע, כי בהתאם להגדרתה בסעיף 2 לפקודת

בהתאם לאופי העבודה של המועסק.<sup>42</sup> ככל שהעבודה בעלת אופי מקצועי יותר, תפחת השליטה המקצועית ותגבר השליטה הארגונית.<sup>43</sup> מובן שאין המעביד אחראי באחריות שילוחית למעשיו של עובד החורג מתחום סמכותו ופועל על דעת עצמו, מתוך מניעים אישיים מושחתים.<sup>44</sup>

**(כ) החריגים למבחן השליטה הגמורה**

לעיתים אין המעסיק, שבידו זכות שליטה גמורה, מפעיל הלכה למעשה את שליטתו. הימנעות זו אינה נובעת מהעובדה שאין למעביד זכות לכך, אלא משום שהוא בוחר שלא לעשות כן.<sup>45</sup>

מנגד, לא כל המפעיל שליטה גמורה על האופן בו מבצע אחר תפקיד למענו הוא מעבידו של האחר. לשם יצירת יחסי עובד-מעביד, קיים תנאי, שמפעיל השליטה הגמורה לא יהיה נתון מצידו למרותו של אחר כאותו עניין.<sup>46</sup> לפיכך, עובד בכיר אינו מעבידו של עובד זוט, ומנהל כללי של משרד ממשלתי אינו מעבידו של פקיד במשרד. ייתכן, אמנם, שהעובד הזוט כפוף לאותו עובד בכיר, אך אין הוא בבחינת "מבצע עבודה בשבילו", אלא מבצע עבודה בשביל המעביד המשותף. מכוח אותו עקרון, אין מנהל חברה נחשב כמעביד של פקידי החברה, אלא המעביד הוא החברה עצמה.<sup>47</sup> על כן, אין המנהל נושא באחריות שילוחית לעוולות הזולת,

- הנויקין, "שליטה גמורה" של המעביד על הדרך שבה העובד מבצע את העבודה בשבילו מחבטאת בכך, שהמעביד קובע את המסגרת הארגונית והטכנית שבה יפעל העובד.
42. הכוונה היא לשילוב מבחן הארגון (organization test), עם מבחן השליטה הגמורה. בהתאם למבחן הארגון, מועסק נחשב כעובד כל אימת שפעילותו היא חלק אינטגרלי של מקום עיסוקו, כך שהמעסיק יכול לתת לו הוראות במסגרת הארגונית והטכנית (לאו דווקא מקצועית), שבה עליו לפעול. לסקירת מבחן זה, הקיים גם במשפט האנגלי, ראה, Clerk & M. Brazier & J. Lindsell On Torts (17th ed., London, 1995) 164-165. ראה גם Murphy Street on Torts (10th ed., 1999) 504-505.
43. השופט ברק מבהיר, כי מבחן השליטה הגמורה מתייחס הן לשליטה בפועל והן לזכות לשליטה. לעניין זה, אין כל נפקות למשך השליטה, ואף אין חשיבות אם בין המעביד לבין העובד קיים חוזה כלשהו, ואם אותו חוזה הוא בעל אופי אישי או לא, בניגוד לדרישה הקיימת ביחסי עבודה בדרך-כלל. על כן, עשויים חייל המשרת מכוח חובה כדין, או מתגנב מזדמן, שאין עמו כל קשר חוזה, להיות "עובד" במובן סעיף 13(א) לפקודת הנויקין. ניסים, לעיל הערה 37, בע' 758.
44. לאחרונה נפסק על-ידי בית הלורדים באנגליה, כי עובדי ציבור הפועלים מתוך מניעים אישיים מושחתים, יחויבו בתשלום פיצויים באופן אישי. מדובר בפסק-הדין בענין Magill v. Porter, שבו חויבו גב' פורטר, ראש עיריית ווסטמינסטר יחד עם סגנה, מר וויקס, לשלם מכיסם פיצויים לעירייה בסכום עתק של עשרים ושבעה מיליון ליש"ט. בית הלורדים קבע, כי השניים ביקשו לקדם מכירת דיור ציבורי ברבעים מיוחדים של העירייה בלבד, מתוך מניעים פוליטיים מושחתים, שאינם עולים בקנה אחד עם האינטרס הציבורי, ולכן יש לחייבם בתשלום פיצויים לעירייה באופן אישי (פסה"ד מיום 13.12.01 טרם פורסם).
45. א' ברק אחריות שילוחית בדיני נזיקין (תשכ"ד) 135.
46. ראה הגדרת "מעביד" בסעיף 2 לפקודה.
47. החברה היא המעביד, מאחר שהיא אישיות משפטית עצמאית ונפרדת, כאמור בסעיף 4 לחוק החברות, תשנ"ט-1999.

אלא החברה נושאת בה באופן ישיר.<sup>48</sup> שופטי בית-המשפט המחוזי בענין פרידמן התייחסו לעובדה, שאין על השופטים מרות זולת מרות החוק, ואין למדינה שליטה על האופן בו הם מבצעים את תפקידם. למרות זאת קבעו, כי השופטים אינם שונים מעובדי ציבור אחרים, שגם לגביהם אין למדינה מרות על מעשיהם אך מתקיימים בינם לבין המדינה יחסי עובד-מעביד.<sup>49</sup>

(ג) עובדי ציבור המפעילים שיקול דעת עצמאי

עובדי ציבור נחלקים לשני סוגים: המפעילים שיקול דעת עצמאי מכוח סמכותם על-פי דין, ואלה שאינם מפעילים שיקול דעת כאמור. הסוג השני נתון לשליטתו הגמורה של מעבידו. הסוג הראשון מעורר קושי, הנובע מן העובדה שאנשים מסוג זה חייבים להפעיל שיקול דעת, והם אינם חייבים ואף אינם רשאים לפעול על-פי פקודות הממונים עליהם.

לגבי סוג זה של עובדי ציבור, הפסיקה בישראל<sup>50</sup> ובארצות אחרות<sup>51</sup> קובעת, כי אין לחייב את המדינה באחריות שילוחית למעשיהם או עוולותיהם, למעט במקרים חריגים של חריגה מסמכות, או של נקיטת מדיניות מוטעית.<sup>52</sup>

48. כך גם בתחום הפלילי. חברה נושאת באחריות פלילית בגין עבירה פלילית, למרות שאינה מסוגלת לגבש מחשבה פלילית. חוות האורגנים מאפשרת להתגבר על היעדר מימד אנושי בתאגיד, בכך שהיא מאפשרת לייחס את היסוד הנפשי וההתנהגותי של האורגן כיסוד נפשי וכרכיב התנהגותי של התאגיד. ראה, ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מ"י, פ"ד מה(4) 364, שם נקבע, כי ניתן להעמיד חברה לדין פלילי באשמה של ביצוע עבירה על תקנות התעבורה, לאחר שמצלמה אלקטרונית צילמה את אחד מכלי הרכב שבבעלותה חוצה קו עצירה באור אדום. בית-המשפט הגיע למסקנה, כי נתקיימה פעילות "אישית" וקיים יסוד נפשי "אישית" אצל האורגן, ואלה מספיקים לשם הטלת אחריות אישית על התאגיד (שם, בע"מ 379-390). ראה גם ע"א 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקוריטי בע"מ, פ"ד מח(5) 661, 696, שם נקבע, כי תאגיד עשוי להתחייב בנוזקין מכוח אחריות ישירה או מכוח אחריות שילוחית. האחריות הישירה צומחת כאשר אורגן של החברה מבצע עוולה בנוזקין, מאחר שמעשי האורגן מיוחסים לתאגיד. מעשי העובד אשר אינו אורגן אינם מיוחסים לתאגיד, ואינם מחייבים את התאגיד באחריות ישירה, אך אם מתקיימים תנאי סעיף 13 לפקודת הנוזקין, מוטלת אחריות שילוחית על התאגיד.

49. הכוונה לעובדים בעלי סמכויות מעין שיפוטיות, כגון חברי בתי-דין למיניהם, או היועץ המשפטי לממשלה ואחרים, הנחשבים עובדים של המדינה, כאמור בפסק-הדין, לעיל הערה 3, בע"מ 3.

50. למשל, ע"א 915/91 מ"י נ' לוי, פ"ד מח(3) 45. ראה גם "דוחן" האחריות בנוזקין של עובד-הציבור המפעיל סמכויות של שיקול דעת" משפטים טו (תשמ"ו), 245, 258; א' פורת "דיני הנוזקין" ספר השנה של המשפט בישראל, התשנ"א (תשנ"ב) 222, 258; י' גלעד "האחריות בנוזקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק שני) משפט וממשל ג (תשנ"ה) 55, 61.

51. באנגליה, ראה, למשל, *Ann v. London Borough of Merton* [1978] A.C. 728, 758; בארצות הברית, ראה, למשל, *Berkovitz v. U.S. v. Gaubert* 111 S.Ct. 1267 (1991); *U.S. v. Gaubert* 108 S.Ct. 1954 (1988).

52. כך אירע בארצות הברית, כאשר הממשלה לקחה על עצמה את האחריות לפיצויים, מכיוון שתכנית להקמת מפעל גרמה לפיצוץ, אשר בעקבותיו מתו אנשים רבים ונגרם נזק לרכוש: *Dalehite v. U.S.* 346 U.S. 15 39 (1953). בשנים האחרונות מסתמנת באנגליה נטייה של הפסיקה להתנזר מההבחנה המסורתית בין הפעלת שיקול דעת במדיניות לבין הפעלת שיקול דעת בביצוע, לצורך קביעת אחריותם של רשויות הציבור ועובדי ציבור המפעילים שיקול דעת



קיימת סברה, כי פני הדברים שונים כאשר יש לעובד חסינות דיונית בלבד, דהיינו חסינות שאינה מסירה ממעשהו את אופיו האסור, אלא רק מונעת תביעה נגדו באופן אישי.<sup>57</sup> במקרים הללו ניתן לומר, כי העובד ביצע עוולה ועל כן תוטל על מעבירו אחריות לעוולות הזולת.<sup>58</sup> כך, למשל, במקרה של פטור העובד עקב פיגור שכלי, או מחלת נפש, או פטור מחמת התיישנות התביעה נגד העובד. במקרים מעין אלה, יתכן כי המעביד ימצא אחראי, למרות שהעובד אינו אחראי. קביעה זו אינה עומדת בסתירה להנחה הבסיסית, לפיה האחריות לעוולות הזולת של המעביד תלויה באחריות האישית של העובד, שכן כלפי המעביד העובד נותר בכל מקרה אחראי באופן אישי.<sup>59</sup>

שתי הערכאות בענין פרידמן סברו, כי בהיות חסינותם של השופטים דיונית בלבד, אין היא מונעת הגשת תביעה נגד המדינה באחריות שילוחית. אם יש ממש בדעה זו, מדוע מצאו שופטי בית-המשפט המחוזי לנכון להגביל את אחריות המדינה למקרים של רשלנות בוטה או רשלנות רבתי בלבד? קשה למצוא את הנימוק לכך בפסק-הדין.<sup>60</sup>

### 3.3 תנאי שלישי – ביצוע עוולה תוך כדי עבודה

סעיף 13(א)(2) לפקודה מורה, כי התנאי השלישי להקמת אחריות לעוולות הזולת הוא, שהעובד יבצע עוולה תוך כדי עבודה. העבודה כוללת את תפקידיו הרגילים של העובד, שהמעביד הסמיך אותו לבצע, אך אינה כוללת תפקידים שהעובד נטל על עצמו ללא סמכות. המעביד נושא באחריות גם לביצוע תפקידים ה"כרוכים" בתפקידיו הרגילים של העובד.

אין זה הכרחי כי העוולה תתבצע בשעת עבודה, אך כדי שאחריותו השילוחית של המעביד תקום, צריך שעוולת העובד תהווה ביצוע בלתי נאות של תפקידיו המותרים.<sup>61</sup> אחריות המעביד יכולה לקום גם מקום שחרג העובד מתפקידיו המוגדרים, ובלבד שהחריגה אשר כתוצאה ממנה בוצעה העוולה היתה כרוכה בתפקידיו המוגדרים, עד כי לא ניתן להפריד ביניהם.<sup>62</sup> המעביד אינו אחראי למעשיו של העובד, אם זה האחרון פעל לקידום האינטרסים שלו בלבד.<sup>63</sup>

57. למשל, כאשר לעובד יש חסינות דיפלומטית, אין המעביד יכול להסתתר מאחורי הגנת החסינות וניתן להטיל עליו אחריות שילוחית, ע"א 479/60 אפלשטיין נ' אהרוני, פ"ד טו 682, 698.

58. כך נפסק בע"א 437/65 מאורר נ' המועצה האזורית הגליל העליון, פ"ד כ(3) 645.

59. ע"א 497/60 מקורות חברת מים בע"מ נ' זכריש, פ"ד טו 1657.

60. הערה ברוח זו ראה גם במאמרו של גלעד, לעיל הערה 4, בע' 261.

61. כאמור בסעיף 13(ב) לפקודת הנויקין.

62. כדברי הנשיא אגרנט בע"א 338/60 מ"י נ' מדר, פ"ד טו 1569.

63. כפי שמורה סעיף 13(ב) סיפא לפקודה. הגבלה זו נדחית מפני כללי הסמכות הנחזית, דהיינו, אם הסמכות נבעה ממצגו של המעביד על קיומה והניזוק הסתמך על המצג, אפשר יהיה לחייב את המעביד באחריות שילוחית, למרות האמור בסעיף 13(ב) סיפא לפקודה. ראה ע"א 553/66 אחים סולימה נ' יפאורה בע"מ, פ"ד כא(2) 515, 521; ברק, לעיל הערה 45, בע' 197.

#### 4. תחולת עקרון האחריות השילוחית של מעביד על יחסי המדינה והשופטים

לאחר שבחנו את התנאים לקיומה של אחריות שילוחית ביחסי עובד-מעביד, על-פי סעיף 13 לפקודת הנזיקין, נשאלת השאלה אם אחריות זו קיימת גם ביחסי המדינה והשופטים.

שופטי שתי הערכאות בענין פרידמן השיבו על שאלה זו בחיוב. לדידם, חסינותו של העובד (השופט) מכוח סעיף 8 לפקודת הנזיקין היא חסינות דיונית, המונעת, אמנם, את האפשרות לתבוע את השופט בשל מחסום דיוני, אך השופט נחשב כמי שביצע עוולה ולכן קמה אחריותו השילוחית של המעביד (מדינת ישראל) למעשיו.<sup>64</sup>

נראה כי הפתרון המוצע, של הטלת אחריות שילוחית על המדינה למעשה עוולה שבוצע על-ידי שופט, הוא מלאכותי, אינו משיג את תכליתו, והוא קשה ליישום, מהנימוקים שיפורטו להלן.

##### 4.1. פתרון מלאכותי

הפתרון המוצע, של הטלת אחריות שילוחית על המדינה הוא מלאכותי, משום שהמדינה אינה יכולה להיחשב כמעבידתו של השופט, על-פי הגדרת "מעביד" בפקודת הנזיקין.

ראשית, אין השופט "מבצע עבודה בשביל" המדינה, כנדרש על-פי סעיף 2 לפקודה. השופט נמנה על הרשות השופטת, המהווה רשות מרשויות המדינה. ניתן לומר, כי השופט הוא אורגן של המדינה, במובן תורת האורגנים הנוהגת בדיוני חברות, ולא עובד של המדינה.

שנית, לא מחקיים ביחסים אלה מבחן השליטה הגמורה הנדרש על-פי סעיף 2 לפקודה. למדינה אין שליטה גמורה על האופן שבו מבצע השופט את תפקידיו השיפוטיים. למעשה, אין לה על כך שליטה כלל – אין היא יכולה להורות לשופט כיצד להכריע בסכסוכים המובאים בפניו, ואין היא יכולה להורות לו כיצד לנהל את

64. בית-משפט השלום, מפי השופט רומנוב, לא מצא לנכון לסייג את גבולות אחריותה השילוחית של המדינה, אלא הסתפק באמירה, כי "בכוא העת, לאחר שיתבררו העובדות הנטענות בכתב התביעה, יהיה צורך לקבוע את אמות המידה אשר על פיהן ייקבע האם התמלאו יסודות עוללת הרשלנות המיוחסת לראש ההוצאה לפועל, או שלא התמלאו" (לעיל הערה 2, סעיף 60 להחלטה). הרכב השופטים בבית-המשפט המחוזי לא אימץ דעה זו, אלא קבע, כי האחריות השילוחית תחול רק ב"מקרים קיצוניים מאד של רשלנות בוטה מאד". ביקורת על קביעה זו, שאינה מגדירה מהי "רשלנות בוטה", ואינה מפרטת אם כוונת הדברים היא לרשלנות חמורה, או לרמה גבוהה יותר של רשלנות, ניתן למצוא במאמרו של גלעד, לעיל הערה 4, בע' 265-266. המחבר מציין, כי הרוגמא שניתנה על-ידי בית-המשפט המחוזי לרשלנות בוטה, המתבטאת באיתור של עשר שנים בכתיבת פסק-דין, מלמדת על הקושי שביישום מבחן הרשלנות הבוטה, מאחר שאין בו מענה לשאלה מה דינו של פסק-דין שנכתב לאחר שמונה שנים או חמש שנים, והיכן יחצה הקר בין רשלנות חסינה לרשלנות שאינה חסינה. ראה, שם, בע' 266.

הדיון באולם בית-המשפט. השופט עצמאי לחלוטין בעת מילוי תפקידו השיפוטי, ואין עליו מרות זולת מרות החוק.<sup>65</sup> בית-המשפט המחוזי היה ער לאי-תלותם של השופטים ולהיותם כפופים למרות החוק בלבד, אך סבר כי אי-תלות זו אינה סותרת את השתייכותם למערך הכללי של מוסדות המדינה.<sup>66</sup> כאמור, הנמקה זו נראית מלאכותית, והיא נוגדת את הדרישה הבסיסית למבחן השליטה הגמורה, שבלעדיו אין קיום ליחסי עובד-מעביד, ולאפשרות חיובו של המעביד באחריות שילוחית לעוולות שבוצעו על-ידי עובדו.

#### 4.2 פתרון שאינו משיג את תכליתו

ההסדר המוצע, של הטלת אחריות שילוחית על המדינה לעוולות שופטיה אינו משיג את תכליתו, מאחר שהוא סותר את הרעיון המונח בבסיס החסינות השיפוטי, כאמור בסעיף 8 לפקודת הנזיקין. החסינות השיפוטי נועדה, בין היתר, לאפשר לשופטים לפעול באופן עצמאי, ללא חשש מפני תביעה אפשרית או חיוב באחריות אישית כלפי הנפגע מפעולתם השיפוטי.<sup>67</sup> הטלת אחריות שילוחית על המדינה תגרוור אחריה גם את מעורבותו של השופט בהליך השיפוטי, לפחות כעד הגנה מטעם המדינה, שיאלץ "לרדת לזירה" ולהתמודד עם הטענות בנוגע להתנהגותו הלקויה. השופט עלול להיחשף לא רק לחקירה נגדית מביכה, אלא גם לסיקור עיתונאי ולסטיגמה חברתית, הנלווים להליכים משפטיים המתנהלים נגד אישי ציבור רבים.<sup>68</sup> אין ספק כי לא לכך התכוונו שופטי בית משפט השלום ובית-המשפט המחוזי בפרשת פרידמן.

#### 4.3 פתרון קשה ליישום

ההסדר המוצע בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי קשה ליישום, מאחר שהוא מחייב הכרעה בשאלות ענייניות, כבר בשלב המקדמי של המשפט. הרשלנות, בין אם היא חמורה ובין אם אינה חמורה, נמדדת על-פי נסיבות העובדתיות של כל מקרה לגופו. בהתאם להלכה שנקבעה בבית-המשפט המחוזי, השאלה אם מדובר ברשלנות בוטה מאוד, אם לאו, אמורה להתברר בשלב קדם המשפט, במסגרת הדיון בבקשה למחיקת התביעה על הסף נגד המדינה – בטרם הוצגו ראיות ונשמעו עדויות כלשהן מטעם הצדדים עצמם. בית-המשפט אמור

65. זו העצמאות המהותית המוקנית לשופטים, שמטרתה היא לאפשר לשופטים להכריע בסכסוכים באופן נייטרלי, מבלי ששיקול דעתם יושפע מגורמים זרים. ראה מ' שמגר "עצמאות מערכת השיפוט כיסוד הסדר הדמוקרטי" הפרקליט מכ (תשמ"א) 247, 255.

66. כפי שגאמר בפסק-הדין: "לא רק משכורותיהם משולמות על-ידי המדינה, אלא שכל "האווירה המינהלית" בתוכה הם פועלים, ולסדריה הם כפופים במידה רבה מאוד, היא אווירה שמוסדות המדינה שולטים בה, מפעילים אותה ומכוונים אותה, והשופטים הם חלק אינטגרלי מהמערך הזה. אי-התלות של השופטים והיותם כפופים למרות החוק בלבד, אינה סותרת את "ההשתייכות" המינהלית האמורה". לעיל הערה 3, בע' 3.

67. לסקירה של מכלול השיקולים בעד ונגד קיומה של החסינות השיפוטי ראה, אבניאלי, לעיל הערה 8, בע' 21-46.

68. לביקורת דומה ראה גלעד, לעיל הערה 4, בע' 265.

לבחון את כתב התביעה ואת הבקשה למחיקה על הסף וללמוד מתוכם, אם העובדות המפורטות בהן מקימות לתובע עילה או שיש למחוק את תביעתו על הסף. מדובר בשאלה נכבדה מאוד, שאין לשופט מספיק כלים להכריע בה בשלב מקדמי זה.

התוצאה המעשית תהא, שבבוא בית-המשפט לפסוק בשאלה אם יש למחוק את התביעה על הסף או שיש להותירה על כנה, יהיה עליו להיכנס כבר לבחינה עניינית של המקרה שבפניו ולקבוע מימצאים עובדתיים לגביו. אין ספק כי לא לכך התכוונו השופטים בענין פרידמן.<sup>69</sup>

#### 5. אחריות שילוחית למעשיו של שלוח – סעיף 14 לפקודת הנזיקין

שתי הערכאות שפסקו בענין פרידמן לא התייחסו כלל לאפשרות חיובה של המדינה באחריות שילוחית, לפי סעיף 14 לפקודת הנזיקין. סעיף זה עוסק באחריותו של השולח לעוולות השלוח, שאינו עובדו. בפרשת פרידמן לא ניתן הסבר להתעלמות מסעיף 14, אך יתכן כי הדבר נובע מהנחת היסוד של השופטים שם, כי יחסי שופט-מדינה הם יחסי עובד-מעביד ולא יחסי שולח-שלוח.

למרות שאינני סבורה כי היחסים השוררים בין המדינה לבין שופטיה הם יחסי שליחות, יש להתייחס למבנה האחריות השילוחית שמתווה סעיף 14 לפקודה,<sup>70</sup> ולבחון את מידת התאמתו ליחסי שופט-מדינה.

האחריות השילוחית של שולח בנזיקין מיועדת להעניק פיצוי לנפגע, אם תוך כדי ביצוע פעולה משפטית השלוח מבצע גם עוולה. השלוח יחויב באופן אישי על מעשיו והשולח עשוי לחוב שילוחית בגין אותו מעשה, אם השלוח פעל "בביצוע אותו מעשה או סוג מעשים ועל הדרך שביצע אותם", כאמור בסעיף 14 לפקודה. אחריות זו "ביחד ולחוד"<sup>71</sup> של השולח והשלוח מוסדרת בפקודת הנזיקין, מאחר שחוק השליחות חל על פעולות משפטיות ולא על עוולות.<sup>72</sup> ההסדרים הקיימים בחוק השליחות, לענין אחריותם של שלוח ושולח, אינם באים לשלול את תחולת הדין הכללי, ולענייננו, את תחולת דיני הנזיקין על יחסי השולח והשלוח.<sup>73</sup>

69. נסיבותיו העובדתיות של פסק-הדין בענין פרידמן היו פשוטות, וניתן היה להכריע בהן בקלות יחסית. מר פרידמן לא נאסר, ולא היה בידו להצביע על רשלנות רבתי מצד ראש ההוצאה לפועל, אלא לכל היותר על טעות בשיקול דעת. אולם, לא בכל המקרים צפויה הכרעה קלה כל-כך. למשל, אם תוגש תביעה בנוגע לשופט שלא נתן פסק-דין במשך תקופה קצרה יחסית של שלוש שנים בלבד, מה יפסוק השופט או? כיצד יוכל לקבוע בשלב כה מוקדם אם מדובר ברשלנות סתם או ברשלנות בוטה מאוד?

70. על-פי הסעיף: "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".

71. א' ברק חוק השליחות (כרך ראשון, תשנ"ו) 85.

72. ברק, לעיל הערה 71, בע' 84, 384-387.

73. כפי שנפסק בע"א 682/87, 693 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' אקרמן, פ"ד מג(2) 825, 833, מפי כב' השופט מלץ.

סעיף 14 מורה, כי השולח אחראי בנוזיקין אם מתקיימים שלושת התנאים הבאים: ראשית, יחסי שולח-שלוח; שנית, ביצוע עוולה על-ידי השלוח; שלישית, עשיית העוולה תוך כדי ביצוע המעשים שהשלוח הוסמך לבצע למען השולח.<sup>74</sup>

### 5.1 תנאי ראשון – קיום יחסי שולח-שלוח

סעיף 14 לפקודה נועד להטיל אחריות על השולח, שאינו מעבידו של השלוח. פקודת הנוזיקין אינה מגדירה את המונח "שלוח", אך בפסיקה נקבע, כי שלוח הוא אדם העושה שירות כלשהו למען מעסיקו, ואינו עובד ואף לא קבלן עצמאי.<sup>75</sup> הגדרת השלוח היא פונקציונלית, והיא נקבעת על-פי הפעולה שהוא מבצע "בעד אדם אחר, במקומו של זה למען הוציא לפועל דבר אשר שולחו מעונין בו".<sup>76</sup>

### 5.2 תנאי שני – ביצוע עוולה על-ידי השלוח

תנאי זה משותף לשלוח ולעובד. השלוח מוסמך לבצע פעולה משפטית בשם השולח, אך אינו מוסמך לבצע בשמו עוולה.<sup>77</sup> הפסיקה המתמייחסת לאחריותו של שולח לפי סעיף 14 לפקודת הנוזיקין, לא החילה את האחריות על כל פעולה המהווה ביצוע בלתי-נאות של פעולה משפטית בשם השולח. אחריותו של השולח הוכרה רק באותם מקרים שבהם בוצעה עוולה על-ידי השולח, כהגדרתה בפקודת הנוזיקין.<sup>78</sup> על כן, אם פעל השולח כלפי הצד השלישי ברשלנות, השולח חויב כלפיו בעוולת הרשלנות, כהגדרתה בסעיף 35 לפקודת הנוזיקין;<sup>79</sup> אם פעל השולח מתוך

74. טרסקי, לעיל הערה 14, בע' 459.

75. דברי השופט זוסמן בע"א 404/54 גורדין נ' פילרסקי, פ"ד ט 1429, 1435-1434. ביקורת על הגדרה שיווית זו והצעה לאמץ הגדרה, לפיה "שלוח" לענין סעיף 14 לפקודת הנוזיקין הוא אדם אשר היה נחשב כ"שלוח" לפי חוק השליחות, אם הפעולה האסורה שהוא ביצע מהווה אופן ביצוע בלתי נאות של פעולה משפטית בשם השולח או במקומו, ראה, ברק, לעיל הערה 45, בע' 103.

76. כדברי השופט זוסמן בענין גורדין, לעיל הערה 75, בע' 1435. עובדת היותו של אדם שלוח, אינה שוללת את האפשרות כי יחשב גם כעובד של השולח או כקבלן עצמאי. לגבי עובד חל מבחן השליטה הגמורה, ואחריותו השילוחית של המעביד למעשיו מוסדרת בסעיף 13 לפקודת הנוזיקין. במקרה של קבלן לא חלה על המזמין אחריות שילוחית, כאמור בסעיף 15 לפקודת הנוזיקין, אלא אם כן הקבלן הוא גם שלוחו של המזמין והאחריות השילוחית למעשיו חלה על השולח מכוח סעיף 14 לפקודה. להבחנה בין שלוח לבין קבלן עצמאי ראה, למשל, ע"א 413/67 קשאני נ' רסקו, פ"ד כב(2) 455; עניין ניסים, לעיל הערה 37, בע' 748; נ' אבינרי "למהותו של השלוח בדיני נוזיקין" משפטים א (תשכ"ט) 392.

77. ע"א 318/82 יעבץ נ' סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ, פ"ד לח(4) 85, 91.

78. עניין רשות הנמלים והרכבות, לעיל הערה 41, בע' 606.

79. בהתאם לגישה זו נקבע, כי שולח שנטל על עצמו התחייבות חוזית כלפי מדינת ישראל לבצע הובלות באמצעות נהגים המועסקים על-ידו, אחראי שילוחית לנהיגתו הרשלנית של הנהג מטעמו. ראה עניין ניסים, לעיל הערה 37, בע' 760. השווה עם ע"א 273/80 מדינה נ' כהן, פ"ד לז(2) 29, שם נקבע, כי המערער לא היה מעבידו או שולחו של המשיב, אלא מדובר בקבלן עצמאי, ולכן אין לחייב את המערער לשאת באחריות שילוחית למעשיו.

כוונה להונות את הצד השלישי, חויב השולח כלפיו בעוולת התרמית, כהגדרתה בסעיף 56 לפקודה.<sup>80</sup>

5.3 תנאי שלישי – ביצוע עוולה תוך כדי ביצוע המעשים שהשולח הוסמך לבצע למען השולח

סעיף 14 סיפא לפקודה מורה, כי התנאי השלישי להקמת אחריותו של השולח הוא, כי השולח יבצע עוולה תוך כדי ביצוע מעשה או סוג מעשים שהוסמך לבצעם, ועל הדרך שבה הוא מבצע אותם. נוסחת הקשר בין העוולה לבין המעשה שהשולח הוסמך לבצע עבור השולח, לא זכתה לדיון מעמיק בפסיקה הישראלית. ברוב המקרים התמקדו השופטים בשאלת הגדרתו של השולח, ובאיתור העוולה שבוצעה על-ידו. רק לעיתים רחוקות ניתן למצוא התייחסות עקיפה לשאלת הקשר בין העוולה לבין נושא השליחות, המתמצית באמירה שאם בביצוע פעולת השליחות מבצע השולח עוולה, יהא השולח חב בגין אותה עוולה.<sup>81</sup>

5.4 תחולת עקרון האחריות השילוחית על יחסי המדינה והשופטים

לאחר שבחנו את התנאים לקיומה של אחריות שילוחית ביחסי שולח-שלוח, על-פי סעיף 14 לפקודת הנזיקין, נשאלת השאלה אם אחריות זו קיימת גם ביחסי המדינה והשופטים.

כל השופטים שדנו בענין פרידמן לא התייחסו כלל לאפשרות חיובה של המדינה כשולחת באחריות שילוחית לעוולה שבוצעה על-ידי שופט, ולא בכדי. יחסי שופט-מדינה אינם יחסי שליחות. השופטים אינם שולחיה של המדינה ואין הם מבצעים פעולה משפטית בשמה או עבורה. השופטים הם אורגן של המדינה, ומעשייהם או מחדליהם הם מעשייה ומחדליה של המדינה עצמה. לפיכך, אין הדגם של יחסי שולח-שלוח מתאים ליחסי שופט-מדינה, ואין מקום להחיל את עקרון האחריות השילוחית, הטבוע בסעיף 14 לפקודה, על מקרה שבו בוצעה עוולה על-ידי שופט הנמנה על הרשות השופטת, שהיא רשות מרשויות המדינה.

80. עניין האחים סולימה, לעיל הערה 63, כע' 522, שם קבע השופט ויתקין, כי לא התקיימו יחסי שליחות בין המשיבה לבין מבצע עוולת התרמית, ולכן אין היא נושאת באחריות שילוחית כלפי המערערים. ראוי לציין, כי לצד האחריות השילוחית קיימת גם אפשרות להטיל אחריות אישית על השולח כלפי צד שלישי. אם השולח חב חובת זהירות כלפי צד שלישי, הפרתה באמצעות מעשה או מחדל של השולח עצמו גוררת בעקבותיה חיוב אישי של השולח כלפי הצד השלישי. אחריות זו אינה נובעת מסעיף 14 לפקודת הנזיקין, העוסק רק באחריותו השילוחית של השולח לעוולה שבוצעה על-ידי השולח, כפי שהוסבר בפרק הקודם. אחריותו האישית של השולח נובעת מהפרת חובת הזהירות וסטנדרט הזהירות, הקבועים בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין, על-ידי השולח עצמו. ראה ע"א 372/77 פרל אינשורנס קומפני לימיטד נ' קנטי, פ"ד לג(3) 38, 47, שם חויבה חברת ביטוח באחריות ישירה כלפי מבוטח, לאחר שנמצא כי התרשלה בכך שהפקידה טופסי ביטוח ריקים בידי סוכן ביטוח, ולא פיקחה על אופן השימוש בהם.

81. ראה, למשל, דברי השופט ברק (כתוארו אז) בענין ניסים, לעיל הערה 37, כע' 754.

המסקנה היא, שיש לבחון את אפשרות חיובה של המדינה על בסיס אחר – בסיס האחריות הישירה – ולא על בסיס האחריות השילוחית.

## ז. המודל המוצע – אחריות ישירה של המדינה לעוולות שיפוטיות

חובתה של המדינה היא במישור השלטוני – להבטיח קיומה של רשות שופטת נטולת משוא-פנים ולמנות שופטים, המסוגלים למלא את תפקידם כיעילות ובנאמנות. לפיכך, קשת האפשרויות לחיובה של המדינה באחריות ישירה אינה מצטמצמת רק למקרה בו ביצע השופט עוולה ספציפית, אלא האחריות חלה עליה גם במקרה שבו מדובר בשופט שאינו ראוי לשמש בתפקידו, או בשופט שתיפקודו לקוי, כגון, שופט המשהה מתן פסקי-דין במשך שנים רבות, או שופט המתעמר בבעלי דין. תופעות מעין אלה מצביעות, לכאורה, על רשלנות מצד המדינה בבחירתו של השופט.<sup>82</sup> רשלנות זו, העולה כדי אי-קיום חובתה של המדינה להבטיח רשות שיפוטית תקינה ויעילה מהווה עוולה, אשר ניתן לחייב את המדינה באחריות ישירה בגינה.<sup>83</sup>

אפשרות חיובה של המדינה באחריות ישירה כבר הועלתה על-ידי בית-המשפט העליון, ביחס לעוולות המבוצעות על-ידי עובדי ציבור, שאינם שופטים. בפסק-דין לוי מציין הנשיא שמגר, כי המדינה אחראית באחריות ישירה, כאשר אורגן מן האורגנים שלה ביצע עוולה.<sup>84</sup> באופן דומה, ניתן לחייב את המדינה גם כאשר שופט מבצע עוולה, בהיות השופט אף הוא אורגן של המדינה.<sup>85</sup> ניתן לומר, כי מעשיו של השופט ומחדליו, כמוהם כמעשיה של המדינה ומחדליה, ואחריותה בגינם, היא אחריות ישירה מכוח חורת האורגנים.<sup>86</sup> במקרה של שופט המבצע עוולה, לא ניתן להגיש תביעה אישית נגדו, בשל החסינות המוקנית לו על-פי סעיף 8 לפקודת הנוזיקין, וניתן רק להגיש תביעה נגד המדינה בגין אחריותה הישירה לעוולה, שבוצעה על-ידי השופט – האורגן שלה.

82. בדומה לאחריות החלה על המתקשר עם קבלן עצמאי שביצע עוולה, אם המתקשר התרשל בבחירתו של אותו קבלן, כאמור בסעיף 15(1) לפקודת הנוזיקין. מדובר באחריות ישירה, הנובעת מההתרשלות בבחירת הקבלן עצמו. עקרון זה חל גם במשפט האנגלי, ראה, Van Gerven, לעיל הערה 52, בע' 479; [1996] 4 All E.R. 846.

83. בדומה לאחריות שהוטלה על עיריית ירושלים בגין רשלנות בהגשת כתבי אישום (דוח"ת חנייה) בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 132-134.

84. לעיל הערה 50, בע' 70. נקבע, כי אחריותה של המדינה למעשיו ומחדליו של המפקח על הביטוח אינה נובעת מאחריות שילוחית לפעולותיו של עובד ציבור, אלא היא אחריות ישירה הנובעת מן העובדה שאורגן של המדינה ביצע עוולה. הנשיא שמגר מציין, כי ניתן היה לבחון את הסוגיה "במשקפי האחריות השילוחית" מכות סעיף 13(א) לפקודת הנוזיקין, "אולם הניתוח המדויק יותר הוא במסלול האחריות הישירה של המדינה". שם, בע' 70.

85. על-פי חורת האורגנים, פעילותו העוולתית של האורגן מקימה אחריות כפולה: מצד אחד, אחריות ישירה של החברה, ומצד שני, אחריות אישית של האורגן, וניתן לתבוע את שני הצדדים האחראים כאחד. ראה דברי הנשיא שמגר בענין צוק אור, לעיל הערה 48, בע' 696.

86. אבניאלי, לעיל הערה 8, בע' 74.

חוק יסוד: השפיטה<sup>87</sup> מסדיר את הקמתה של המערכת המשפטית בישראל, ואת אופן מינויים של השופטים בה. לא בכדי אין אמירה בחוק זה, כי שופט הוא עובד מדינה, שכן מעמדו של השופט הוא שונה ונפרד.<sup>88</sup> תקציבה של הרשות השופטת אמנם נקבע על-ידי משרד האוצר, ומשכורתו של כל שופט משולמת על-ידי המדינה, אך אין בכך כדי להפוך את השופט לאדם הנתון לשליטתה של המדינה, או לעובד שלה.

יתכן כי ראוי היה להסדיר את מעמדם של השופטים בחוק יסוד: השפיטה, אך הדבר לא נעשה.<sup>89</sup> ניסיון למסד את אי-תלותה של המערכת השיפוטית מבחינה מינהלית, נעשה במסגרת ועדה בראשות השופט קדמי, שמונתה על-ידי שר המשפטים בשנת 1994.<sup>90</sup> דו"ח הוועדה הוגש בשנת 1996 לנשיא בית-המשפט העליון ולשר המשפטים, אך המלצותיה לא יושמו עד היום.

כינונה של הוועדה מלמד על הכוונה להבטיח את אי-תלותה של המערכת השיפוטית ברשות המבצעת. אי-תלות מוסדית זו נועדה, למעשה, להבטיח את אי-תלותם של השופטים עצמם ואת עצמאותם. העובדה שעד כה לא הוסדר מעמדם של השופטים בחקיקה מפורשת, אינה פוגעת במעמדם כאורגנים של המדינה ואינה הופכת אותם לעובדי מדינה מהשורה. לפיכך, אין מקום לומר כי המדינה אחראית למעשיהם של השופטים באחריות שילוחית, אלא יש לראות את המדינה כאחראית למעשיהם באחריות ישירה.

#### ה. משפט השוואתי

בשיטת המשפט האנגלו-אמריקני, אין המדינה אחראית בגין מעשיהם של ממלאי תפקידים שיפטיים. באנגליה נקבע בחוק משנת 1947,<sup>91</sup> כי הכתר אינו אחראי, באחריות שילוחית או ישירה, לעוולות שיפוטיות. שופטים, רשמים וכל אדם המבצע פעולה שיפוטית, אינם נחשבים עובדים או שלוחים של הכתר, ולכן אין המדינה אחראית למעשיהם.

בפסיקה האמריקנית נקבע, כי שופטים אינם נחשבים עובדי ציבור, אלא מהווים חלק מהרשות השופטת – שהיא רשות עצמאית ונפרדת – ולכן אין המדינה נושא באחריות שילוחית או ישירה, למעשים המצויים בתחום שיקול דעתם.<sup>92</sup>

87. ס"ח תשמ"ד 78.

88. בגרמניה, למשל, נקבע מפורשות בחוק השופטים משנת 1961, כי שופטים אינם עובדי מדינה, אלא בעלי מעמד עצמאי ונפרד מהשירות הציבורי. ראה, P.H. Russell & D. M. O'Brien (Eds.) *Judicial Independence in the Age of Democracy* (2001) 137.

89. בדו"ח ועדת לנדוי משנת 1985, שדנה באחיקה השיפוטית, הוצע לקבוע במפורש, כי שופטים אינם עובדי ציבור ואינם נמנים על הרשות המבצעת. המלצה זו לא אומצה על-ידי המחוקק עד היום.

90. הוועדה לבחינת כינונה של רשות שופטת עצמאית המליצה לכונן גוף עצמאי, שייקרא הרשות השופטת או רשות השיפוט, ויהיה מנוחק מהרשות המבצעת בנושאי תקציב, כח-אדם מינהלי, כינוי, נכסים, שכר וכח-אדם שיפוט.

91. Crown Proceedings Act, 1947, שביטל את חסינותו הגורפת של הכתר מפני תביעות נזיקין, קובע בסעיף 2(5) כי החסינות מפני תביעה בגין פעולות שיפוטיות תיוותר על כנה.

92. ראה, למשל, *Cronelin v. United States* 177 F.2d 275, 277 (5th Cir., 1949), שם נדחתה תביעה שהוגשה נגד שופט פדרלי ונגד נאמן בפשיטת רגל, שמונה על-ידיו, בטענה כי

שיטת המשפט הקונטיננטלית גורסת, כי נפגע מעוולה שיפוטית זכאי לקבל פיצויים בשל כך מהמדינה, ולא מהשופט עצמו. אחריותו של השופט קמה כלפי המדינה בלבד, במסגרת תביעת שיפוי, שהמדינה רשאית להגיש נגדו, על-פי רוב רק בהתייחס לנזקים שגרם השופט במתכוון או עקב רשלנות חמורה.<sup>93</sup> לעיתים, אחריותה הישירה של המדינה משתרעת גם על מקרים, שבהם לא ניתן להוכיח אשם מצד השופט עצמו, אלא רשלנות מצד המדינה בארגון המערכת השיפוטית,<sup>94</sup> או הפרת החובה המוטלת על המדינה להבטיח קיומה של מערכת שיפוטית עצמאית ובלתי-תלויה.<sup>95</sup> אחריות המדינה נתפשטת כחלק מחובתה לשמש מגן הצדק למען אזרחיה; ליקויים המתגלים בעבודתו של שופט זה או אחר נזקפים לחובתה של המדינה, שלא עמדה בחובתה לקיים מערכת שיפוטית תקינה.<sup>96</sup> סקירת המשפט ההשוואתי מלמדת, כי אין למצוא באף אחת משיטות המשפט דלעיל אינדיקציה לכך, שהמדינה אחראית באחריות שילוחית למעשיהם או מחדליהם של שופטיה. באותם מקרים שבהם נקבע כי המדינה אחראית בנוזיקין,

- אין המדינה אחראית בשל פעולות שיפוטיות או מעין שיפוטיות. גם במרבית המדינות של ארצות הברית אין החקיקה המקומית מאפשרת הגשת תביעות נגד המדינה, בגין פעולות שיפוטיות. ראה, אבניאלי, לעיל הערה 8, בע' 105, 121.
93. כך בגרמניה, על-פי סעיף 34 לחוקה משנת 1949, המכונה "חוק יסוד" (Grundgesetz), שם נאמר כי המדינה נושאת באחריות ראשונית כלפי מי שנפגע מפעולותיו של עובד ציבור, ושופט בכללו. סעיף זה מהווה מקור נפרד להטלת אחריות על המדינה במישורין, שאינו נובע מדיני הנוזיקין הרגילים ואינו מאפשר הטלת אחריות כלפי הנפגע על בעל התפקיד עצמו. ראה M. Cappelletti "Who Watches the Watchmen? A Comparative Study of Judicial Responsibility" 31 *Am. J. Comp. L.* (1983) 1, 7-15 ואח', לעיל הערה 52, בע' 371. פתרון דומה מצוי גם במשפט הצרפתי, שם אחראית המדינה כלפי מי שנפגע כתוצאה מעוולה שיפוטית, על-פי חוק משנת 1978. האחריות מוגבלת למקרה של אשם חמור מצד השופט, המכונה *faute lourde* או למקרה של מניעת צדק, ואינה חלה על רשלנות סתם, או טעות בהפעלת שיקול הדעת מצד השופט. ראה, Van Gerven ואח', לעיל הערה 52, בע' 384. כך גם באיטליה, שם המקור לאחריות הישירה של המדינה הוא בחקיקה מיוחדת ולא בדיני הנוזיקין. בחוק משנת 1988 נקבע, כי האחריות האזרחית בגין עוולה שיפוטית, שאינה מהווה עבירה פלילית, חלה על המדינה בלבד, ולא על השופט. האחריות מוגבלת למקרים שבהם ניתן להוכיח, כי השופט פעל בודון או באשם חמור (*culpa grave*), או במקרה של מניעת צדק. השופט אחראי באופן אישי רק כלפי המדינה, במסגרת תביעת שיפוי שהמדינה זכאית להגיש נגדו, לאחר תשלום הפיצוי לנפגע. להרחבה נוספת, ראה אבניאלי, לעיל הערה 8, בע' 95-98.
94. כך, למשל, נקבע על-ידי בית משפט בצרפת, כי על המדינה לשלם פיצוי בסך 150,000 פרנק למנהל חברה, בשל העובדה שהליכים המשפטיים נגדו נמשכו שש שנים, שבמהלכן התחלפו כמה פעמים השופטים שדנו בתביעה. נקבע, כי ניהול ההליכים בצורה זו מהווה אשם חמור ואף מניעת צדק מן הנחבט, לכן יש לבטל את כל ההליכים נגדו ועל המדינה לשלם לו פיצוי. הדוגמא מובאת במאמרם של G. Pluyette & P. Chauvin "Quelle Responsabilite' du Service de la Justice et de Magistras Jrisclasseur Procedure Civile" 74 *Fascicule* (1993) 1, 12.
95. M.Graziadie & V. Mattei "Judicial Resonsibility in Italy, a New Statute" 38 *Am. J. Com. L.* (1990) 103, 118. המאמר עוסק בהשוואה בין המצב באיטליה לבין מדינות אחרות בקונטיננט.
96. E.J.J Schrage "The Judge's Liability for Professional Mistakes" 17 *Legal History*: 823 No. 2 (1996) 101, 120.

מדובר באחריות ישירה ולא באחריות שילוחית. נראה, כי גם בישראל אין להשתית את אחריותה של המדינה על אדני האחריות השילוחית ויש לפנות לאפשרות אחרת, של חיוב המדינה באחריות ישירה לעוולות המבוצעות על-ידי שופטיה.

### ט. גיבוש מודל האחריות הישירה

האינטרס הציבורי בקיומה של מערכת משפט תקינה, מחייב שינוי בתפישת אחריותה של המדינה בגין עוולות שיפוטיות. הטלת אחריות ישירה על המדינה בגין עוולה שיפוטית תקנה לנפגע זכות תביעה נגד המדינה, בהתקיים תנאים שיש לקובעם. אחריות ישירה זו לא תפגע בחסינות המוקנית לשופטים עצמם, ולא תיצור חזית מריבה ישירה בין הנפגע לבין השופט המעוול.

פתרון דומה הוצע גם לגבי עובדי ציבור בהצעת חוק לתיקון דיני הנוזיקין,<sup>97</sup> שם מוצע להגביל את אחריותם האישית של עובדי הציבור ולהטיל אחריות רבה יותר על המדינה או על רשויות הציבור. בהצעה נאמר, כי יש לבטל את הסייג של רשלנות המופיע בסיפא של סעיף 7(א) לפקודת הנוזיקין, כך שהחסינות המוענקת לעובדי ציבור תהפוך לחסינות מוחלטת, בדומה לחסינות המוקנית כיום לשופטים על-פי סעיף 8 לפקודה.

על-פי האמור בהצעת החוק, לא תוגש תובענה נגד עובד ציבור בשל מעשה שעשה תוך כדי מילוי תפקידו ברשות הציבורית.<sup>98</sup> התביעה תוגש ישירות נגד המדינה, אך במקרה של עובד שהתרחל באופן חמור, או גרם נזק בודון, או חרג ביוזעין מסמכותו, תהא המדינה רשאית להודיע אם היא מכירה בכך שמעשה העובד נעשה תוך מילוי תפקידו, ואם לא, יצורף העובד כצד לתביעה.<sup>99</sup> אם תחויב המדינה בפיצוי, תהא זכאית לחזור אל העובד בתביעה שיפוי.<sup>100</sup> אפשרות זו מצמצמת במידה מסוימת את החסינות המוחלטת שממנה ייחנה עובד הציבור, אך אין בה כדי להקנות לנפגע זכות תביעה ישירה נגדו, אלא אם כן תחליט המדינה שלא לאמץ את מעשהו, והעובד יצורף כנתבע נוסף בתביעה. ההסדר המוצע בהצעת החוק הוא למעשה הכרה במציאות משפטית קיימת, המלמדת כי הגשת תביעה אישית נגד עובד הציבור אינה מוסיפה דבר לנפגע, מאחר שנטל האחריות בנוזיקין מוטל, למעשה, על המעסיק, שהוא בעל המשאבים הכספיים והיכולת לפזר את הנזק.

בדומה להסדר המוצע לגבי עובדי ציבור, ניתן לתבוע כבר היום את המדינה במסגרת אחריותה הישירה לעוולות המבוצעות על-ידי שופטיה. אחריות זו קיימת מעצם טיבה וטבעה של המערכת השיפוטית, ואינה מצריכה שינויי חקיקה. לצורך הגשת תביעה נגד המדינה, על התובע יהיה לטעון, כי המדינה אחראית למעשיו או מחדליו של השופט, בהיותו אורגן של המדינה, ולכן עליה לשאת באחריות לנזק שנגרם בגין עוולה שיפוטית שבוצעה על-ידו. כפי שיפורט בהמשך, אין מקום לאפשר הגשת תביעה נגד המדינה בגין כל עוולה שיפוטית, אלא רק בגין

97. הצעת חוק לתיקון דיני הנוזיקין (מס' 10) (אחריות עובדי הציבור), התשס"ג-2002, ה"ח 134.

98. סעיף 7א לפקודת הנוזיקין, המוצע בהצעה.

99. שם.

100. סעיף 17 לפקודת הנוזיקין, המוצע בהצעה.

עוולה שכובצה בזדון או תוך חריגה מודעת מסמכות.<sup>101</sup> באותם מקרים שבהם יימצא, כי שופט פעל בזדון או תוך חריגה מודעת מסמכות ונגרם לאדם נזק, על המדינה יהיה לפצות את הנפגע כדי מידת נזקו.

כבר נאמר, כי הגשת תביעה נגד המדינה באחריות ישירה אפשרית גם במקרה של רשלנות מצד המדינה בבחירתו של שופט, כאשר מתברר כי השופט אינו ראוי לשמש בתפקידו, או שתפקודו לקוי. מצב דברים זה מצביע על רשלנות מצד המדינה, העולה כרי אי-קיום חובתה להבטיח קיומה של רשות שיפוטית תקינה ויעילה, ולכן על המדינה לשאת באחריות ישירה בגינה.

אפשרות אחרת להסדרת אחריותה הישירה של המדינה היא באמצעות תיקון סעיף 8 לפקודת הגזיקין, שם ייאמר במפורש, כי תביעה לפיצויים בגין עוולה שיפוטית תוגש נגד המדינה בלבד. יש לקבוע, כי שופט המבקש להצטרף כצד להליך המתנהל נגד המדינה רשאי לעשות כן, אך אין לאפשר זימונו כעד בהליך המתנהל נגד המדינה.<sup>102</sup> מוצע להגביל את אחריותה הישירה של המדינה רק לעוולה שכובצה על-ידי שופט בכוונת זדון, תוך שימוש לרעה בסמכות. אין לאפשר הגשת תביעה נגד המדינה, במקרים של רשלנות או טעות בשיקול דעת מצד השופט. מוצע כי למדינה תוקנה זכות שיפוי נגד השופט, באמצעות תביעה שתוגש נגדו, אם המדינה תמצא לנכון לעשות כן. המדינה תהיה רשאית להסתפק בהליך משמעתי נגד השופט, או לא לנקוט נגדו בהליכים כלל – על-פי שיקול דעתה.<sup>103</sup>

### י. ההסדר המוצע, לעומת הלכת פרידמן

בענין פרידמן נקבע, כזכור, כי המדינה נושאת באחריות שילוחית לעוולות של שופטים רק "במקרים קיצוניים מאוד של רשלנות בוטה מאוד".<sup>104</sup> כבר נאמר, כי גבולותיה של אותה רשלנות בוטה או רשלנות רבתי,<sup>105</sup> אינם ידועים מראש וקשים להגדרה.<sup>106</sup> מלבד הקושי הקיים בתיחום גבולותיה של רשלנות, שאין בצידה חסינות, יש לבחון אם הלכת פרידמן יוצרת את האיזון הדרוש בין זכות הנפגע לפיצוי לבין הצורך להבטיח את עצמאותה וחוסר תלותה של המערכת השיפוטית. השיקולים בעד ונגד קיומה של חסינות שיפוטית מוחלטת לשופטים נסקרו בהרחבה בפסיקה ובמקומות אחרים.<sup>107</sup> משקלם המצטבר של שיקולים אלה<sup>108</sup> מוביל

101. ראה פרק י' להלן.

102. בדומה למצב הקיים באיטליה, שם אוסר סעיף 36(3) לחוק משנת 1988 לזמן את השופט כעד. יצוין, כי במדינות אחרות בקונטיננט אין איסור לזמן את השופט כעד, ולכן קיימת אפשרות של עימות ישיר בינו לבין הנפגע. ראה, אבניאלי, לעיל הערה 8, בע' 96.

103. לדעה אחרת, התומכת בקיומה של אחריות אישית של השופט ואחריות שילוחית מצד המדינה, ראה גלעד, לעיל הערה 4, בע' 269-266. על-פי הצעה זו, במקרים של גרימת נזק בכוונת זדון תוך שימוש לרעה בסמכות, תיחבע המדינה יחד עם השופט, כאשר הבסיס לחיובה של המדינה יהיה אחריות שילוחית למעשיו של השופט. מדובר בהסדר שיחשוף את השופט לתביעה אישית, וספק אם ראוי לאמצו.

104. לעיל הערה 3, בע' 11.

105. מונח המופיע אף הוא בענין פרידמן, לעיל הערה 3, בע' 13.

106. גלעד, לעיל הערה 4, בע' 266.

107. ראה, למשל: Sirros v. Moore, לעיל הערה 10; Stump v. Sparkman, לעיל הערה 10; טרסקי, לעיל הערה 14, בע' 392-393; אבניאלי, לעיל הערה 8, בע' 21-33.

למסקנה, כי יש הצדקה לקיומה של חסינות מפני תביעה על עוולות שיפוטיות, אך אין מקום להמשך קיומה של חסינות מוחלטת, כפי שהיא מוגדרת בסעיף 8 לפקודת הנויקין.

הפתרון הראוי הוא הפיכתה של החסינות השיפוטית לחסינות מוגבלת, באופן שלא תחול על פעולות שבוצעו בודון או תוך חריגה מודעת מסמכות. אין מקום לפריצת הגבולות עד כדי שלילת החסינות מפעולות שבוצעו בחום לב או ברשלנות, לרבות רשלנות רבתי – שאינה בגדר זדון – שכן הדבר ירוקן למעשה את החסינות מכל תוכן. יחד עם זאת, אין מקום לאפשר הגשת תביעה נגד השופט עצמו, אלא יש להגישה נגד המדינה, האחראית למעשיהם ומחדליהם של שופטיה באחריות ישירה. ההצדקה לפריצתה של חומת החסינות, באופן שהמדינה תיאלץ לתת את הדין בפני הנפגע מפעולה שנעשתה תוך חריגה מודעת מסמכות, נובעת מהעובדה שפעולה מעין זו כמותה כאפס, ולכן אין היא ראויה לחסינות.<sup>109</sup> גם מעשה שפיטה שנעשה מתוך מניע זדוני אינו ראוי להגנה, למרות שהוא נראה חקיין על פניו.<sup>110</sup> על-פי ההסדר המוצע כאן, המדינה תישא באחריות ישירה כלפי הניזוק, רק אם ההחלטה השיפוטית ניתנה בכוונת זדון או תוך חריגה מודעת מסמכות וגרמה לנפגע נזק.

נטל ההוכחה בדבר קיומו של זדון או חריגה מודעת מסמכות יהא מוטל על שכמו של התובע. מידת ההוכחה שתידרש מהתובע תהא גבוהה מזו הנדרשת בתביעות אזרחיות רגילות, בדומה למידת ההוכחה הנדרשת בטענת מרמה.<sup>111</sup> זכות התביעה תוגבל למקרים שבהם אין כל דרך אחרת לתיקון הנזק, קרי, אין כל אפשרות לערער עוד על פסק-הדין או לבטלו.

מוצע, כי השופט עצמו לא יידרש ליתן את הדין בפני הנפגע, אלא רק בפני המדינה, אם זו תבחר להגיש תביעת שיפוי נגדו, בדומה להסדר המוצע לגבי עובדי ציבור.<sup>112</sup>

108. מדובר בשיקולים מערכתיים, שיקולים כלכליים ושיקולי צדק וטובת הציבור התומכים בקיומה של החסינות השיפוטית המוחלטת, כגון: הרצון להבטיח את עצמאותם וחופש פעולתם של השופטים; קיומם של סעדים חילופיים, כגון ערעור, המאפשרים לנפגע לחקוף החלטה שיפוטית באופן ישיר; עקרון סופיזת הדין; העדר הצדקה כלכלית לחייב שופט בתשלום פיצויים מכיסו, שסכומם עלול להיות גבוה עשרת מונים ממשכורתו; האינטרס הציבורי המחייב הגנה על השופטים מפני מתדיינים מתוסכלים, אשר ינסו להיפרע מן השופט באופן אישי בשל הפסדם בדין. לפירוט נוסף, ראה אבניאלי, לעיל הערה 8, בע' 23-34.

109. בארצות הברית נאמר, כי חריגה מודעת מסמכות יכולה להתרחש רק כאשר שופט פועל בניגוד להוראת חוק מפורשת. ראה *Bradely v. Fisher* 13 Wall 335, 338 (1872). סיטואציה מעין זו מובנת מאליה, אך ייתכנו גם מקרים נוספים, כגון, שופט המתעלם מבקשה מפורשת שלא לדרון בענין מסוים, מטעמי חוסר סמכות עניינית.

110. כאשר שופט נותן פסק-דין או החלטה, המונעים על-ידי מניעים אישיים כמוסוים – כגון, קבלת שוחד מאחד הצדדים, הסכם מוקדם לגבי תוצאות הדין עם אחד הצדדים, עוינות אישית כלפי נושא הדין או ציבור מסוים, שהמחדיין נמנה עמו – בכל המקרים הללו מתקיים בפועלנו של השופט יסוד הזדון. אם מצטרף לכך גם נזק ממשי, שנגרם לאותו מחדיין כתוצאה מפסק-הדין או ההחלטה, אין מקום להעניק לשופט חסינות בגינם. ראה אבניאלי, לעיל הערה 8, בע' 239.

111. על מידת ההוכחה הנדרשת בטענת מרמה, ראה ע"א 954/93 חגיבי נ' בן יונה, פ"ד נ(1) 417.

112. לעיל הערה 97.

### יא. מי ישפוט את השופטים וכיצד?

ההכרה בזכותו של הנפגע להגיש תביעה ישירה נגד המדינה מעוררת את השאלה, אם מן הראוי שהתביעה תידון בפני בית-משפט אזרחי, כתביעה כספית רגילה, או בפני פורום שיפוטי אחר. על-פי ההסדרים הקיימים היום, תביעה המוגשת נגד המדינה בגין עוולה שיפוטית – בין אם היא מבוססת על אחריות ישירה ובין אם היא מבוססת על אחריות שילוחית – מתבררת בפני בית-משפט רגיל, אשר לו הסמכות המקומית והעניינית לדון בה.

נראה, כי רצוי שהדיון בתביעה יתקיים בפני ערכאה מיוחדת ונפרדת ממערכת בתי-המשפט הרגילה. דיון בפני ערכאה נפרדת יבטיח, כי התביעה לא תתברר בפני שופט אקראי, בבית-משפט שייבחר על-ידי התובע. דיון בפני ערכאה מיוחדת יבטיח גם, שההכרעה בתביעה תיעשה באופן ענייני, ללא חשש מפני לחצים חיצוניים או פנימיים כלשהם.<sup>113</sup> פתרון זה מחייב שינוי חקיקה, וניתן לשלבו באמצעות תיקון סעיף 8 לפקודת הגזיקין.

מוצע כי בית-המשפט שיוסמך לדון בתביעה ייקרא "בית-המשפט לענייני שפיטה", וחבריו ימונו על-ידי נשיא בית-המשפט העליון או המשנה לו. דיון בפני הרכב מיוחד זה נועד למנוע מצב, שבו השופטים ישפטו את עצמם, ולהסיר חשש, כי שופטים של ערכאות נמוכות יהססו לבקר את מעשיהם של שופטים בכירים מהם. בית-המשפט לענייני שפיטה יהיה מוסמך לקבל את התביעה או לדחותה, והחלטתו תהיה סופית, ללא זכות ערעור עליה, כשם שאין ערעור על החלטותיו של בית-המשפט הגבוה לצדק.

מוצע, כי תביעת שיפוי של המדינה נגד שופט תוגש כתביעה נפרדת, ולא במסגרת הודעה לצד שלישי, כדי להימנע ככל האפשר מעימות בין הנפגע לבין השופט.

כדי למנוע מצב, שבו תובע יוכל לנקוט בהליך סרק נגד שופט מטעמי נקמות גרידא, מוצע כי התובע יחויב להצטייד בהיתר מוקדם להגשת התביעה. ההיתר לא יינתן על-ידי בית-המשפט לענייני שפיטה, אלא על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, בדומה להיתר הנדרש לצורך חקירה פלילית נגד שופט.<sup>114</sup> לצורך קבלת ההיתר, יהא על התובע להגיש בקשה מלווה בתצהיר, שבה יפורטו טענותיו של התובע והראיות לכאורה, שבכוונתו להסתמך עליהן בתביעתו. אם יתרשם היועץ המשפטי לממשלה כי אין מדובר בתביעת סרק, וכי בידי התובע ראיות לכאורה להוכחת תביעתו – יתיר הגשתה. החלטתו של היועץ המשפטי תהיה נתונה לביקורת באמצעות עתירה לבג"צ. אם ימצא בג"צ, כי היועץ המשפטי לא פעל על-פי אמות המידה הנדרשות, יהיה רשאי לפסול את החלטתו.<sup>115</sup>

113. לפירוט נוסף ראה, אבניאלי, לעיל הערה 8, בע' 258-255.

114. כאמור בסעיף 12(א) לחוק יסוד: השפיטה.

115. אבניאלי, לעיל הערה 8, בע' 253-251.

אם יוחלט לשנות את סעיף 8 לפקודה, ניתן יהיה לכלול בתוכו את כל התיקונים המוצעים לעיל,<sup>116</sup> אך הדבר אינו מחויב המציאות, שכן על-פי המצב המשפטי הקיים היום, ניתן להגיש תביעה נגד המדינה באחריות ישירה. בית-המשפט הוא שיקבע, במסגרת הסמכות המוקנית לו כבר עתה, כי התביעה תתקבל רק אם יוכח שהעוולה הנוטעת בוצעה תוך חריגה מודעת מסמכות או בזדון.

### יב. חוק נציב תלונות הציבור על שופטים, התשס"ב-2002

בחודש יולי 2002 התקבל בכנסת חוק נציב תלונות ציבור על שופטים, התשס"ב-2002.<sup>117</sup> החוק מסדיר את אופן מינויו של הנציב, משך כהונתו, דרך הגשת התלונות בפניו, פירוט התלונות שאין לבררן, דרכי הכירור ותוצאות הכירור. החוק נועד לספק לכל אדם הרואה עצמו נפגע ממעשה או מחדל של שופט, דיין או קאדי, כתובת שאליה יוכל להפנות את טענותיו. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר, כי קיומו של גוף סטטוטורי של נציבות תלונות על שופטים הוא חיוני למערכת המשפט ולקביעה כי שופט, כנושא משרה, אינו עומד מעל הדין.<sup>118</sup> ההסדר נועד להפנות תלונות על שופטים, שעד כה נשלחו לנשיאי בתי-המשפט, לשר המשפטים או לחברי כנסת, אל נציב התלונות, שהוסמך לטפל בהן בכל דרך שימצא לנכון.<sup>119</sup>

סמכות הכירור של נציב התלונות על שופטים היא רחבה למדי. הנציב מוסמך לברר תלונה של "כל אדם הרואה עצמו נפגע בשל התנהגות של שופט במסגרת מילוי תפקידו כשופט, לרבות בדרך ניהול המשפט על-ידי, או מי שאותו אדם הסמיך לכך".<sup>120</sup> הנציב מוסמך לברר גם תלונות המופנות אליו על-ידי נשיא בית-המשפט או שר המשפטים, בענין "הנוגע להתנהגותו של שופט במסגרת מילוי תפקידו כשופט, לרבות בדרך ניהול המשפט על-ידי".<sup>121</sup> סמכותו של הנציב לא

116. הנוסח המוצע של סעיף 8 המתוקן לפקודת הנוזיקין הוא כדלקמן:  
 "8. (א) לא תוגש תביעה נגד שופט וכל אדם אחר המבצע פעולה שיפוטית על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי, אלא אם כן בוצעה אותה עוולה תוך חריגה מודעת מסמכות או בזדון.  
 (ב) תביעה בגין עוולה כאמור לעיל תוגש נגד המדינה בלבד, לאתר קבלת היתר מהיועץ המשפטי לממשלה.  
 (ג) המדינה תהא זכאית להגיש תביעת שיפוי נגד ממלא הפקיד שיפוטי, על כל סכום שתחויב לשלם מכוח פסק-דין.  
 (ד) תביעה לפיצוי ותביעת שיפוי תחברנה בפני בית-המשפט לענייני שפיטה, אשר חבריו יהיו נשיא בית-המשפט העליון או המשנה לו וכן מבקר המדינה ושר המשפטים. בתביעה שעניינה עוולה, שנעשתה על-ידי נשיא בית-המשפט העליון או המשנה לו, יישב במקומם נשיא בית-המשפט העליון בדימוס, או המשנה לו בדימוס.  
 (ה) שר המשפטים יתקין תקנות, אשר יסדירו את אופן הגשת הבקשה להיתר מאת היועץ המשפטי לממשלה ואת סדרי הדין בפני בית-המשפט לענייני שפיטה".  
 לפירוט נוסף ראה אבניאלי, לעיל הערה 8, בע' 258.

117. ס"ח 590.

118. ה"ח התשס"ב 306.

119. סעיף 20(א) לחוק.

120. סעיף 14(א) לחוק.

121. סעיף 14(ב) לחוק.

הוגבלה לבירור תלונות המתייחסות רק לעוולות שיפוטיות, אלא היא משתרעת על כל פגם בהתנהגותו של השופט, במסגרת מילוי תפקידו כשופט.

החוק מורה, כי נציב תלונות הציבור על שופטים יהיה בעל כשירות של שופט עליון, והוא יהיה רשאי לקבל מכל אדם או גוף, כל ידיעה או מסמך העשויים לסייע בבירור התלונה, ואף לשמוע את המתלונן, את השופט הנילון וכל אדם אחר "אם ראה תועלת בדבר".<sup>122</sup> אם סירב השופט הנילון למסור את דבריו בעל פה ימסרם לנציב בכתיב, ככל שיידרש.<sup>123</sup>

הנציב מוסמך להצביע על הצורך בתיקון ליקוי שהעלה הבירור, ועל הדרך הראויה לתיקונו.<sup>124</sup> הנציב אף רשאי להמליץ לפני הועדה לבחירת שופטים לסיים את כהונתו של שופט, או להמליץ לשר המשפטים או לנשיא בית-המשפט להביא בפני הועדה הצעה לסיים את כהונתו של שופט. אם החליטו הועדה, השר או הנשיא שלא לקבל את ההמלצה, עליהם לנמק את החלטתם.<sup>125</sup> החלטותיו של הנציב בענין תלונה הן סופיות ואין עליהן ערעור או אפשרות לקבלת סעד אחר.<sup>126</sup>

החוק אינו מתייחס למקרה שבו ימצא הנציב, כי נגרם לנפגע נזק שיש לפצותו עליו. אין הוא מסמיך את הנציב לקבוע ממצאים כלשהם בעניין הפיצוי המגיע לנפגע, ואין הוא מסמיך אותו להפנות את הנפגע להליך של תביעה משפטית. לא בכדי הוגבלה סמכותו של הנציב, ולא ניתנה לו הסמכות לפסוק פיצויים או להעניק לנפגע מעוולה שיפוטית סעד משפטי אחר. הסיבה לכך ברורה. הליך בירור של תלונה על-ידי הנציב אינו הליך שיפוטי רגיל, ואין זה ראוי כי שאלת הפיצויים, או שאלה הנוגעת לסעד משפטי אחר, כגון צו מניעה או צו עשה, תתברר במסגרת זו. לנפגע שמורה הזכות להגיש תביעה לבית-המשפט, שכן החוק מורה, כי הגשת התלונה לנציב אינה מונעת מהמתלונן או מכל אדם אחר, להשתמש בזכות או לקבל סעד שהוא זכאי להם.<sup>127</sup>

חוק נציב תלונות הציבור על שופטים הוא חוק חדשני, המקנה לכל מי שרואה עצמו נפגע מהתנהגותו של שופט את האפשרות להתלונן עליו בפני הנציב. ספק אם ראוי היה לחוקק חוק בנוסח כה רחב, המאפשר לכל אדם – לאו דווקא מי שהיה צד להליך שיפוטי – להגיש תלונה על כל דבר הנוגע להתנהגותו של שופט – גם אם אין מדובר בעוולה שבוצעה על-ידו.

ימים יגידו אם חוק רחב זה אמנם מיטיב עם הציבור, או שהוא פוגע פגיעה מיותרת ברשות השופטת ובשופטים.

122. סעיף 20(ב) לחוק.

123. סעיף 20(ג) לחוק.

124. סעיף 22(א) לחוק.

125. סעיף 22(ה) לחוק.

126. סעיף 24(ג) לחוק.

127. הרבר עולה מנוסחו של סעיף 24(א)(2) לחוק, שבו נאמר: "החלטותיו וממצאיו של הנציב בענין תלונה...אין בהם כשלעצמם כדי למנוע מהמתלונן או מאדם אחר להשתמש בזכות או לבקש סעד שהוא זכאי להם, ואולם אם נקבע לכך מועד בחיקוק, לא יוארך המועד על-ידי הגשת התלונה או בירורה".

**יג. סיכום**

נראה, כי תמו הימים שבהם שופטים נהגו מחסינות מוחלטת ולא נדרשו לתת את הדין על פעולותיהם השיפוטיות, גם אם נעשו על-ידם כזדון או בחוסר סמכות מוחלט.

פרשת פרידמן מדגימה בפנינו את השינוי שחל בגשפט הישראלי, ואת הצורך למצוא את נקודת האיזון בין החסינות השיפוטית המוחלטת, ששלטה בכיפה עד היום, לבין הזכות לפיצויים של מי שנפגע מעוולה שיפוטית. בפסק-דין פרידמן מצא בית-המשפט את נקודת האיזון בכך שקבע, כי ניתן להגיש תביעה נגד המדינה באחריות שילוחית בשל רשלנותו של שופט, אם ימצא כי מדובר "במקרים קיצוניים מאוד של רשלנות בוטה מאוד".<sup>128</sup>

הדרך המוצעת על-ידי שונה, אך תוצאתה דומה. אני סבורה שיש לאפשר הגשת תביעה נגד המדינה, אך לא במקרה של רשלנות מצד השופט אלא רק במקרה של פעולה בזדון או תוך חריגה מודעת מסמכות. היסוד המשפטי לאחריותה של המדינה לא יהיה מבוסס על אחריות שילוחית, אלא על אחריות ישירה למעשיו של השופט כאורגן של המדינה. במסגרת זו, ניתן יהיה להרחיק לכת ולהגיש תביעה נגד המדינה גם במקרים שאין מדובר בעוולה של שופט, אלא במקרים של הפרת החובה השלטונית של המדינה, קרי, החובה להבטיח קיומה של רשות שיפוטית תקינה, והחובה למנות שופטים המסוגלים לבצע את תפקידם נאמנה.

לא נותר אלא להמתין להכרעות שיפוטיות נוספות ולראות איזו דרך תאומץ על-ידי הפסיקה – דרך האחריות השילוחית או דרך האחריות הישירה. ניתן אף לקוות, שהמחוקק יסדיר את הסוגיה בחקיקה מפורשת, אשר תתווה את הגבולות הנורמטיביים של החסינות השיפוטית ואת זכותו של הנפגע להיפרע על נזקיו, באותן נסיבות שהמחוקק ימצא לנכון.

128. לעיל הערה 3, בע' 11.