

ראיון עם השופט (בדימוס) תאודור אור*

המראיינים: ד"ר אלכסנדר (סנדי) קדר, מר עידן לרון,

גב' אדית טולדנו, מר רן מגיד

ברצוננו לפתוח את הראיון בשאלות אחדות על השפיטה והשיפוט. אתה ידוע כשופט אשר "עשה את דרכו מלמטה" והגיע לבית המשפט העליון לאחר שמילא תפקידים רבים במערכת המשפטית.¹ האם לדעתך ראוי לעודד את גיוסם של עורכי דין מן המגזר הפרטי ושל אנשי אקדמיה לכהונה בבית המשפט העליון?

נדמה לי ששופט, המתמנה לבית משפט העליון לאחר שעבר את כל שלבי המערכת, צובר ניסיון רב יותר בניסוח שאלות משפטיות ועובדתיות, בירורן וליבונן. הוא מסוגל, לדוגמה, לראות לנגד עיניו טוב יותר את מהלך הדיון בתיק שהגיע מבית המשפט המחוזי. כיוון שהוא היה שם ועסק בכך בעבר, הוא יכול לקרוא טוב יותר בין השורות.

עם זאת, ומתוך ניסיוני, שופטים המגיעים מתחומים אחרים, כגון הפרקליטות או משרד היועץ המשפטי לממשלה, מביאים אתם מטען אחר – מטען של סדרי השלטון ומטען של התנסויות בהחלטות רבות ומגוונות שלא מגיעות בדרך כלל לשולחנו של שופט. לכן, במובנים מסוימים, מינוים של שופטים המגיעים מתחומים אלה חשוב מאוד לבית המשפט העליון. אני סבור שגם אנשים שבאו מהפרקטיקה הפרטית, אשר עוסקים בתחום האזרחי ובקנינים בו, יכולים לתרום רבות לבית המשפט העליון. ברור שיש במגזר האזרחי כמה

* הראיון התקיים ב-9 במאי 2005. בראיון השתתפו העורך הראשי של כתב העת אלכסנדר (סנדי) קדר, ממלא מקום סגניתו עידן לרון וחברי המערכת אדית טולדנו ורן מגיד, שערכו את הראיון לפרסום והוסיפו לו הערות שוליים.

1. במשך 10 שנים עסק השופט אור בעריכת דין במשרד פרטי. ב-1967 מונה לכהונת שופט בית משפט השלום בעפולה. מ-1970 ואילך מונה פעמים מספר לכהונת שופט (בפועל) בבית המשפט המחוזי בנצרת, וב-1973 מונה לתפקיד זה במינוי של קבע. מספטמבר 1982 ועד מארס 1983 הוא כיהן כשופט (בפועל) בבית המשפט העליון. ב-1983 מונה לכהונת נשיא תורן (סגן נשיא) של בית המשפט המחוזי בנצרת, ובתפקיד זה כיהן עד 1989, השנה שבה מונה לכהונת שופט בבית המשפט העליון.

כה ברורה ומתעוררות לא אחת מחלוקות בין השופטים היושבים בדין. מחלוקות כאלה נופלות מדי פעם באותם מקרים שבהם הרכב שופטים יושב בדין, ובית המשפט העליון יושב בדרך כלל בהרכבים של שלושה שופטים לפחות. כשיש מחלוקות כאלה, כל שופט נדרש לנמק את דעתו ולשכנע בצדקת עמדתו. במקרים כאלה, של מחלוקת בין שופטים, פסקי הדין בדרך כלל ארוכים יותר.

כיצד משפיע העומס, שקיים בכל המערכת השיפוטית, על בית המשפט העליון? ניתן להניח שאיראפשר לייחד תשומת לב מלאה לכל התיקים כל הזמן. על רקע זה, איך מוקצה הזמן בבית המשפט, לפי איזו דינמיקה?

אכן, העומס המוטל על שופטי בית המשפט העליון הוא רב, הן מבחינת מספר שעות העבודה בכל יום והן מבחינת אינטנסיביות העבודה. השופטים כורעים תחת הנטל. הסטטיסטיקה מלמדת, שמספר התיקים שבהם דן כל שופט הולך ועולה במרוצת השנים. אחד הגורמים לריבוי התיקים הוא מספר הערעורים הרב המוגש על פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים בשבתם כערכאה ראשונה. במקרים רבים מוגשים ערעורים כשאינן כל הצדקה לכך. ראוי היה לקבוע שערעורים לבית המשפט העליון יוגשו לאחר קבלת רשות ערעור, הליך שיסגן וימנע את הצורך של בית המשפט העליון לדון בהרכב של שלושה שופטים בערעורים שאינן בהם ממש. גם כשיש הצדקה לערעור, נושא הדיון במקרים רבים איננו כעל חשיבות ההולמת דיון בערכאת השיפוט העליונה. הפתרון למקרים אלה הוא לקבוע שבית המשפט העליון ישב כערכאת ערעור שנייה לאחר שניתנה רשות ערעור. זו המגמה שעליה מצביע הרוח של ועדת הרפורמה בבתי המשפט.²

ומה בינתיים? בגלל עומס הערעורים הרב נדרשת בבית המשפט העליון חלוקת זמן שתאפשר, מצד אחד, מתן תשומת לב מיוחדת והקצאת זמן מתאימה לתיקים בעלי חשיבות גורמטיבית או כללית. אחר מתפקידיו החשובים של בית המשפט העליון הוא לקבוע את ההלכה בעניינים המובאים לפניו כדי שזו תהווה תקדים שיחייב את המערכת המשפטית ואת הציבור כולו. תיקים אלה גוזלים זמן ניכר, בעיקר זמן המוקדש לעיון וכתובה של פסק הדין. מצד אחר, ערעורים רבים וכן עתירות המוגשים לבית המשפט העליון אינם מעוררים שאלות בעלות חשיבות ואינם מצריכים הקדשת זמן כה רב כמו הערעורים שהוכרתי קודם לכן. אלה התיקים "הקלים", והם רוב רובם של התיקים המגיעים לבית המשפט העליון. חשוב לזכור, שגם תיקים אלה דורשים זמן קריאה והכנה, זמן דיון באולם וזמן לכתובת פסק דין בכל אחד מהם.

על רקע זה נודעת חשיבות רבה להבחנה בין תיקים אשר נמנים עם הקבוצה הראשונה ובין כאלה הנמנים עם הקבוצה השנייה, הבחנה המאפשרת לשופטי בית המשפט העליון להקצות את זמנם באופן רציונלי. אך חשוב לחזור ולהדגיש, העומס המוטל על שופטי בית המשפט העליון הוא ממש בלתי מתקבל על הדעת. מצב זה מחייב, לדעתי, מילוי של התקנים החסרים בבית המשפט העליון, שכבר חודשים הוועדה לבחירת שופטים אינה מאיישת. מדובר בשלושה תקנים של שופטים אשר פרושו לאחרונה מבית המשפט העליון.

2. תאודור אור, ועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל – דיווח שבון (בית המשפט העליון ומשרד המשפטים, תשנ"ז).

ה-51 אחוז) כדי לקבוע את העובדות, מבחן המקל עליו במידה רבה. משענת זו לא קיימת במשפט הפלילי, ושם נדרשת קביעת העובדות מעבר לספק סביר. סוג אחר של קשיים נעוץ בפרשנות הדין החל ובהחלתו על עובדות המקרה. בסופו של דבר, בכל אחר מן המקרים צריך בית המשפט להגיע לפתרון המשפטי החל על המקרה. אם קיימת הרגשה שפתרון צודק יהיה פתרון של פשרה בין הצדדים, קיימים מקרים שבהם בית המשפט ינסה להביא את הצדדים לידי הסדר מוסכם. ואמנם, הליכים משפטיים רבים מסתיימים בפשרה. אך באין הסכמה לכך – יש להכריע על פי הדין, אפילו אם החלתו על עובדות המקרה תגרום במקרים מסוימים להרגשה שהתוצאה אינה האופטימלית.

כיצד אתה מצליח, כאדם, להתנתק מההשקפות והתפיסות הפובליקטיביות שלך בעת תהליך השיפוט?

זה טבע שני אצל שופטים. הם סכיוופרנים. הם מורגלים להתמקד בסל העובדות של המקרה שלפניהם ובשיקולים השייכים לעניין ולהכריע על פיהם. כשאני משוכנע שעל פי העובדות והדין עלי להגיע לתוצאה א', העובדה שמבחינה אישית הייתי שמח לו יכולתי להגיע לתוצאה ב' לא תשנה את התוצאה. בסופו של דבר, יש להכריע בצורה המתחייבת מהתומר הנמצא לפני השופט, הן מן הבחינה העובדתית והן מן הבחינה המשפטית. אני מכיר את ההרגשה כשאני אומר לעצמי "הנה, פה זה קרה" – הגעתי לתוצאה המתחייבת על אף שמבחינה סובייקטיבית, מנימוקים שונים, הייתי אולי רוצה בתוצאה אחרת. סכיוופרניות היא המילה – סכיוופרניות במובן הטוב של המילה, אשר מאפשרת להתנתק משיקולים זרים לעניין.

בספרות מופיעה השערה או ביקורת, לפיה יש מקום לחשש שבמקרים מסוימים רצונו של שופט להתמנות במינוי של קבע לבית המשפט העליון יקשה עליו לנקוט עצמאות שיפוטית.³ מה דעתך בעניין?

אני לא מקבל את הביקורת הזו. שופט שמגיע לבית המשפט העליון יודע שמצפים ממנו להחליט על פי מה שהוא חושב לנכון ושינמק היטב את הבסיס להחלטתו. הדבר נכון גם בנוגע לשופט במינוי בפועל.

קיימת תופעה אחרת, אשר אופיינית לשופט חדש בבית המשפט העליון, בין במינוי של קבע ובין במינוי לכהונה בפועל. כאשר שופט מתמנה לבית המשפט העליון, משתנה צורת החשיבה שלו. עתה, לא די בכך שימצא תקדים של בית המשפט העליון העונה על השאלה המעסיקה אותו. התקדימים של בית המשפט העליון אינם מחייבים אותו כפי שהיבוהו כשהיה שופט בבית משפט מחוזי, שכן הוא רשאי לסטות מהם. הוא מוסמך ורשאי לשנות הלכות ומבחינה זו לא די בכך שימצא את פסק הדין המשקף את הלכת בית המשפט העליון. מכאן בא השינוי בצורת ההתייחסות לכל שאלה משפטית המתעוררת לפניו. מתפתחת דרך מחשבה שונה, וזה תהליך הנמשך בתקופה הראשונה של כל שופט בבית המשפט העליון. אני מוכן להעיד על עצמי, שאחרי שנתיים-שלוש בבית המשפט העליון הפכתי, במובן

3. ראו, עלי זלצברגר, "מינויים בפועל בבית המשפט העליון ועצמאות שיפוטית – ניתוח תיאורטי וממצאים אמפיריים", מחקרי משפט יט (תשס"ג) 541.

אני סבור שככל שיותר אנשים ממגזר מסוים ילמדו משפטים, כך בסופו של התהליך יהיו יותר משפטנים ממגזר זה שיגיעו לכהונה בבית המשפט העליון. מספר הנשים בבית המשפט העליון הוא דוגמה טובה לכך. בתקופה שבה אני למדתי משפטים, בין 15-20 אחוזים מכלל התלמידים למשפטים היו סטודנטיות. המצב השתנה במרוצת השנים, וכיום הסטודנטיות למשפטים מהוות חמישים אחוזים מכלל התלמידים. נראה לי כי בתוך זמן לא רב כמחצית השופטים בבית המשפט העליון תהיה של נשים, כמצב היום בבתי משפט אחרים. זה תהליך טבעי, שמתפתח במהלך השנים.

האם ניתן, לפי דעתך, לסווג את השופטים, המכהנים או שכיהנו בבית המשפט העליון, לאסכולות מסוימות (למשל, אקטיביסטים, שמרנים, פוזיטיביסטים)? היכן היתה ממקם את עצמך במפה?
אני מעדיף שלא לענות על שאלה זו.

נעבור לתחום דיני הנזיקין. בעניין דעקה⁶ עלה מקרה של מטופלת שהוחתמה על ידי רופאים על הסכמה לעריכת ניתוח בכתפה בעת שהייתה מטושטשת מחומר הרדמה.⁷ בעקבות הניתוח נגרם לה נזק גוף.⁸ נקבע שהרופאים הפרו את חובת הזהירות, שכן לא מסרו לה את המידע הנדרש להסכמה מודעת כשהייתה מסוגלת להחליט בדעה צלולה.⁹ הקושי המתעורר במקרים כאלה הוא להוכיח את הקשר הסיבתי בין התרשלות לבין הנזק. במקרה של דעקה, המטופלת הייתה צריכה להוכיח שלו קיבלה את המידע מבעוד מועד, היא הייתה מחליטה שלא לעבור את הניתוח. הקושי הוא כיצד ניתן להוכיח דבר היפותטי שכזה לאחר מעשה.

בפסק דינך העלית את השאלה, האם המבחן שיש להחיל על סוגיה זו הוא סובייקטיבי (מה הייתה מחליטה החולה הספציפית אילו הייתה מתבקשת הסכמתה מדעת),

6. ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (להלן: עניין דעקה).
7. ההסכמה ניתנה באמצעות חתימה על טופס הסכמה לניתוח בכתף כשהמטופלת הייתה על שולחן הניתוחים, ולאחר שקיבלה תרופות מטושטשות בטרם הועברה מהמתלקה האורתופדית בבית החולים לחדר הניתוח. ראו, שם, בעמ' 538.
8. בעקבות הניתוח נותרה כתפה של המערערת קפואה. הצדדים לא היו חלוקים על כך שנגרמה למערערת נכות בשיעור 35%. כמו כן לא הייתה מחלוקת כי אלמלא הביופסיה יש להניח שהכתף לא הייתה קפואה. ראו, שם, שם.
9. "...הרופאים בבית החולים התרשלו בכל הנוגע להליכים שקדמו לביצוע הביופסיה. התרשלות זו התבטאה בכך שמלכתחילה לא קוימה החובה להעמיד את המערערת על הצורך בעריכת הביופסיה במסגרת אשפוזה הנדון. למערערת לא נמטר מבעוד מועד כי יש כוונה לדחות את הניתוח ברגלה, והפרטים הנוגעים לניתוח שעליה לעבור הוצגו לה רק כשהייתה בחדר הניתוח, לאחר שקיבלה תרופות הרגעה וטשטוש וכאשר היתה נתונה כמצב שאיננו מתאים לקבלת החלטה". שם, בעמ' 547-548.

לשיטתה, יהיו זהים לפיכך שאירוע הנזק התרחש כתוצאה מההתרשלות.¹⁴ אתה בחרת להשאיר את הגישה הזו בצריך עיון.¹⁵ מה עמדתך בדבר גישה זו של השופמת שטרסברג-כהן?

שאלה דומה עלתה בעניין בהן, שבו השופמת שטרסברג-כהן דנה וחיוותה את דעתה בכיוון זה.¹⁶ בינתיים, ב-31 במאוס 2005, נתן בית המשפט העליון פסק דין המאמץ את גישתה.¹⁷ לשיטתי, ולשיטת שופטי הרוב בעניין דעקה, לא היה צורך להכריע בשאלה זו באותו פסק דין. לי עצמי אין עמדה מגובשת בנושא זה, אולם לטעמי ההשלכות והקשיים המתעוררים בעקבות יישום גישה זו הם מרחיקי לכת וטרם נדונו לעומקם. ראשית, כלל בסיסי הוא שהמוציא מחברו עליו הראיה, ובמשפט האזרחי הוא יוצא ידי חובתו זו רק אם יוכיח את העובדות המהוות את עילת תביעתו על פי מבחן "מאזן ההסתברויות", היינו יוכיח שהמאזן נוטה בכיוון גרסתו בהסתברות גבוהה מ-50 אחוז. ההלכה החדשה משנה כלל זה ויוצרת איוון חדש. אמנם ההלכה הוחלה הפעם על תביעה בגין רשלנות רפואית, בהתבסס על קשיי ההוכחה בתחום זה, אך היא עלולה לגלוש לתחומים אחרים, למעשה לכל התביעות שעילתן במשפט הפרטי. ראוי אפוא לבחון את כל ההיבטים וההשלכות של שינוי ההלכה לפני שמשנים אותה.

שאלה נוספת היא, אם צודק הדבר להטיל על הנתבע אחריות נזיקית כאשר זיקתו הפיזית לנזקו של התובע חלשה בלבד והיא פרי סיכון פוטנציאלי שאינו מגיע למצב של עדיפות הסתברותית.

שאלה אחרת היא, אם ההלכה החדשה תפעל בשני הכיוונים, כלומר אם הנתבע יוכל להיבנות מכך שהקשר הסיבתי הוכח, לדוגמה, רק ב-60 אחוז, ועל כן יהיה עליו לשלם רק 60 אחוז מן הנזק. אם התשובה על כך תהיה חיובית, במקרים רבים, ואולי במרביתם, יצאו דווקא התובעים נזוקים.

שאלה נגזרת היא, אם ההלכה תחול גם במקרים של טענת רשלנות תורמת שתיטען על ידי הנתבע. האם די שיוכיח, לדוגמה, שקיים קשר סיבתי בין התנהגות התובע לבין הנזק שנגרם, שהוכח בשיעור של 40 אחוז, כדי ששיעור האחריות של הנתבע לנזק יקטן בהתאם?

בנוסף, אין ספק שהלכה חדשה זו תרבה התדיינויות, שבהן, כמעט בכל תיק, יתמודדו הצדדים על השיעור המדויק של הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק.

קיים גם קושי רב להוכיח קשר סיבתי באחוז מסוים. כשאתה נדרש להוכיח קשר סיבתי על פי מאזן הסתברויות, די אם תוכל לקבוע כי על פי כלל הראיות נוטה הכף לצד אחד.

14. "...מבחן הערכת הסיכונים. לפי מבחן זה יש להעריך מהו הסיכוי שאירוע מסוים עשוי היה להתרחש ולתת פיצוי יחסי כגודל הסיכוי". שם, בעמ' 597.

15. "נוכח מסקנתי בשאלת הקשר הסיבתי, על פי עובדות המקרה הנדון, לא אחווה דעתי בשאלה האמורה וזו תשאר לדין ולהכרעה במקרה המתאים". שם, בעמ' 570.

16. ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים בארץ ישראל, פ"ד נג(2) 680.

17. ע"א 7375/02 בייח כרמל, חיפה נ' מלול (טרם פורסם).

פגיעה בכשרות האוכל מהווה פגיעה קשה באדם דתי, אך גם קיומו של חומר בחלב, בניגוד למצג של היצרן בדבר מרכיבי החלב, מהווה פגיעה בזכות לאוטונומיה. הזכות לאוטונומיה כוללת גם את זכותו של האדם לבחור את האוכל שלו, ואת זכותו שלא יאכילו אותו בדבר שאין הוא רוצה בו. לכן, המסקנה בפסק הדין הייתה שנגרמה פגיעה בזכות לאוטונומיה.

יש מצבים שבהם הגנה על האוטונומיה של הניזוק (באמצעות פיצוי בעקבות עניין דעקה) עשויה להיות פגיעה באוטונומיה של המזיק. כיצד, לדעתך, יש להתמודד עם מקרים כאלה?

כל עוד האדם פועל במסגרת זכותו לאוטונומיה, לא ניתן לפגוע במימוש זכות זו, אלא אם כן הוראת חוק, העומדת במבחן החוקתיות, מאפשרת זאת. מצב מיוחד מתקיים, כשיש סתירה בין שתי זכויות חוקתיות. במקרה כזה, יש לבדוק את נסיבות המקרה ואת המשקל היחסי של כל אחת מהזכויות ולערוך את האיזונים המתאימים. כך מתמודדים עם התנגשויות בין זכויות יסוד אחרות, וכך יש לפעול גם בעניין הזכות לאוטונומיה.

בעניין דעקה סיווגת את הפגיעה באוטונומיה כראש נזק נפרד בתוך דיני הנזיקין.²² מדוע לא בחרת להעניק סעד חוקתי עצמאי מחוץ לדיני הנזיקין, במקרים שבהם נגרמת פגיעה באוטונומיה (בהיותה פגיעה בזכות המעוגנת בחוקי היסוד)?²³

הסיבה הפשוטה היא, שבעניין דעקה נדונה עילה נזיקית בלבד ולא הועלתה כלל טענה בדבר עוולה חוקתית; לפיכך לא התעוררה השאלה בעניין מתן סעד חוקתי. נושא העוולות החוקתיות עדיין נמצא בראשית דרכו, ומשלא היה נדרש לצורך הכרעה בעניין דעקה, לא עסקנו בו.

הואיל ופיתחת ראש נזק חדש בעניין דעקה, אילו שינויים נוספים נדרשים לדעתך בדיני הנזיקין? האם יש צורך ברפורמה בתחום זה? האם יש צורך לפתח ראשי נזק נוספים או להכיר בפיצויים עונשיים?

לא אתייחס לרפורמות בדיני הנזיקין. בשל רוחב היריעה ומורכבותה אני מבקש להצטמצם ולהתייחס לשתי סוגיות מתחום סדרי הדין ודיני הראיות בתביעות נזיקין בגין נזקי גוף. כיום קיימים שני מסלולים מקבילים בתביעות בגין נזקי גוף: האחד לפי פקודת הנזיקין (עוולה שגרמה נזק), והאחר לפי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (להלן: חוק הפיצויים). שני הסדרים אלה מתווים דרכים שונות להוכחת הנזק. על פי חוק הפיצויים, יש למנות מומחה רפואי והצדדים אינם רשאים להביא עדויות של מומחים רפואיים משלהם.²⁴ לעומת זאת

22. עניין דעקה (לעיל, הערה 6), בעמ' 574-575.

23. שאלה זו הועלתה פעמים נוספות בפסיקה, אך הושארה עד כה בצדק עיון. ראו סקירה בעניין

ע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד נח(1) 359, בעמ' 364-366.

24. סעיף 6א לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ס"ח 234, וכן תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מומחים), תשמ"ו-1986, ק"ת 126.

הרעיון העומד ביסוד דוקטרינת הנזק הראייתי הוא, שאם אדם גרם ברשלנותו למצב שבו נמנעת האפשרות להשתמש בראייה להוכיח את עובדות המקרה, מועבר אליו הנטל להוכיח את אותן עובדות. בדבריי כאן איני עוסק בנזק הראייתי כנזק המקנה עילת תביעה. זה נושא נפרד. כאן הכוונה להעברת נטל ההוכחה אל נתבע אשר גרם נזק ראייתי. ביסוד ההלכה בעניין העברת הנטל בשל נזק ראייתי עומדת העובדה כי עומדים לפני בית המשפט שני אנשים שאינם נמצאים במישור שווה, נדגים מהתחום הרפואי. הרופא אינו מתעד את הטיפול שניתן לחולה, או שהוא אינו מתאר נכון או בצורה שלמה את הטיפול שנתן, או שהוא אינו שומר את הרשומה הרפואית. בהתנהגותו זו הוא אינו ממלא חובה המוטלת עליו על פי חוק זכויות החולה,²⁹ ועקב התנהגות זו שלו, שהיא גם מעשה רשלנות, נגרם נזק. הנזק הוא, שלא ניתן להוכיח את מה שניתן היה להוכיח, לו היה הרופא ממלא את המוטל עליו לעניין הרשומות הרפואיות. השאלה המתעוררת בהקשר זה היא, האם לא ראוי במקרה כזה להעביר את הנטל אל המזיק, אשר גרם למצב של אי-יכולת להוכיח עובדות על פי הרשומות הרפואיות. אשר למקרה של דיאגנוזה, החובה שהייתה מוטלת על המדינה שם, על פי הכרעת הרוב, הייתה לבדוק את הרכב ולראות אם היו עליו סימני יריות. בדיקה כזו הייתה יכולה לגלות אם התובע נפגע כתוצאה מירי אם לאו. אי-בדיקת הרכב הובילה לסיטואציה שבה לא ניתן היה לדעת אם היה ירי שפגע בתובע. באותו מקרה התעוררה גם השאלה, אם בנסיבותיו הייתה זו התרשלות מצד המדינה כשלא בדקה את הרכב. הרוב ענה עליה בחיוב, והמיעוט – בשלילה. זאת שאלה שהכרעתה תלויה בנסיבות המקרה, שלא כולן נהירות לי, אבל מבחינת העיקרון הנוגע לנזק הראייתי – מקובל עלי פסק הדין. נזק ראייתי מעביר את נטל ההוכחה אל הצד שגרם לנזק, לא רק בתביעות שעילתן רשלנות רפואית. הכלל בעניין זה התפתח

שנערכו רישומים רפואיים, אך אלה לא נשמרו [...] העברת הנטל לתקיים גם כשהרישומים שנשמרו הם חסרים, לא מדויקים או סותרים; ובעמ' 544: "נוכח האירועים התריגים בזמן ההורקה ובסמוך אחריה, אשר בסופם הביאו למצבה הקשה של המשיבה, נדרש שייערכו רישומים של מהלך הפעולות של הרופאים המטפלים ושל התגובה הפיזית של המשיבה להן. [...] היעדר כל רישום אשר יתעד התפתחות זו די בו כדי להעביר את נטל השכנוע את הנתבעת בכל הנוגע לטיפול במשיבה ולתגובותיה לטיפול. רשומות רפואיות בנושאים אלה היו יכולות להיות מכריעות הן בשאלה אם היתה התרשלות מצד הצוות הרפואי, הן בשאלת הקשר הסיבתי בין התרשלות כזו לנזק הגופני שנגרם למשיבה".

ראו גם ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5) 54, בעמ' 64-65: "הנני סבור שעומדת למערערת הטענה בדבר 'נזק ראייתי', אשר נגרם לה עקב אי קיום בדיקת בטנה של המערערת על ידי ד"ר לאור במרפאה. [...] אך העיקרון שביסוד העברת נטל השכנוע מתפרס לא רק על מהדלים בעריכת רשומות רפואיות ובשמירתן כנדרש. הוא מתפרס גם על רשלנות בעלת אופי שונה, אשר גורמת לכך שנפגעת האפשרות של התובע להוכיח את עילת תביעתו. כך גם במקרה של רשלנות מצד הנתבע באי קיומן של בדיקות רפואיות, אשר לו בוצעו היו יכולות להצביע על הגורמים לנזק. רשלנות כזו גם היא עשויה להעביר את נטל השכנוע אל שכמו של הנתבע".

29. סעיף 17 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, ס"ח 327.

נזכרה בפסק הדין בעניין מגדל ובו נדון חישוב הפסד כושר ההשתכרות בעתיד לקטינים.³³ אך זה עדיין אינו הדין בישראל, ועקרון החזרת המצב לקדמותו עדיין שולט בכפה.

למרות הטיועונים שהעלית בפסק הדין בעניין אקסלרד³⁴ בזכות פסיקת פיצויים שיחוישבו לפי עלות העסקתו של עובד זר, אשר יטפל בנפגע, ולא לפי עלות העסקתו של מטפל ישראלי, האם אין בכך פגיעה בעידוד כוח עבודה מקומי ישראלי והגברת האבטלה? הפסיקה בעניין אקסלרד מבוססת על הקורה בפועל בתחום סיעוד נפגעים קשים. בדרך כלל ניתן במקרים כאלה אישור כחוק להעסקת עובד סיעודי זר, ובפועל מועסק עובד כזה. יש מקרים מיוחדים שבהם יש צורך בעובדים סיעודיים הדוברים את שפת הנפגע או שמנימוקים טובים אחרים נדרשת העסקה של עובד סיעודי ישראלי. במקרים אלה שיעור הפיצויים יותאם לכך, כאמור בפסק הדין בעניין אקסלרד, אך הפרקטיקה, בעיקרה, מראה שגם אם הפיצוי המשולם מחושב על פי עלות העסקת עובד סיעודי ישראלי, שאו הפיצוי גבוה יותר, אם אין סיבה עניינית להעסיק עובד ישראלי דווקא, הנפגע מעסיק עובד זר בסכום נמוך יותר ומשתמש ביתרת הפיצויים לצרכים אחרים. נמצא שמתן פיצוי בסכום גבוה יותר, שמחושב לפי עלות עובד ישראלי, לא יגביר את העסקתם של עובדים ישראליים, לנוכח הכדאיות והפרקטיקה להעסיק עובד זר אם אין נסיבות מיוחדות המונעות זאת. יצוין שהסכום החודשי עבור סיעוד, אשר נקבע בעניין אקסלרד, גבוה בצורה משמעותית מהעלות בפועל של העסקת עובד זר, והוא מביא בחשבון אפשרות שינוי בעתיד אם מסיבה כלשהי תימנע העסקתו של עובד זר. הגדלת סכום הפיצוי החודשי באה במקרה זה כדי למנוע מצב שבו הנפגע ייצא בחסרון כיס עקב כך שייאלץ להעסיק עובד ישראלי.

לעניין אחר בתחום הנזיקין: בפסק הדין בעניין קליפורד³⁵ פסקת כי הנזק היה צפוי כיוון שדי לצפות את סוג הנזק. בפסק דינד הבחנת בין הנזק הראשוני שנגרם לילדה ובין הנזק השניוני, החמור יותר, וקבעת כי "בענייננו ממילא נגרם תחילה לרביד הנזק הקל והחולף, ורק לאחר מכן הנזק החמור והקבוע".³⁶ בנגד פסיקה זו נטען,³⁷ כי משלא נדונה ההבחנה בין נזק ראשוני לנזק מאוחר יותר בהליכים שקדמו לדיון הנוסף, לא ניתן היה לקבוע

33. ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא (טרם פורסם).

34. ע"א 3375/99 אקסלרד נ' צורי-שמיר, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(4) 450, בעמ' 456-458.

35. דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נו(4) 721 (להלן: עניין קליפורד). שם נדון מקרה של ילדה שסבלה מנזק גופני שנגרם לה מזריקת הרדמה מקומית שהוריק רופא שיניים. הנזק שנגרם לא היה מוכר בספרות בתקופת האירוע, אך היה מוכר נזק אחר, קל, הנגרם גם הוא מהיצרות כלי הדם.

36. שם, בעמ' 749.

37. רונן פרי, "ההלכה החדשה של העליון: גם הבלתי צפוי - בסוף צפוי", עורך הדין 41 (2003) 60, בעמ' 61.

ואופן יישומו.⁴¹ האם לדעתך קיומה של דעת מיעוט המצדדת בזיכויו של הנאשם (בין בזיכויו מלא ובין מחמת הספק), מצביעה בעצמה על ספק סביר? לפי סעיף 80(א) לחוק בתי המשפט, כאשר רוב השופטים במושב קובעים בוודאות שהנאשם אשם, די בכך להרשיע את הנאשם, הגם שלדעת אחד השופטים או מיעוטם קיים ספק בהרשעתו.⁴² כלומר, בשיטת המשפט בישראל ההכרעה במשפט הפלילי מתקבלת לפי דעת רוב השופטים הדנים בתיק. זהו המצב המצוי. עם זאת, קיים מתח בין הגישה הקבועה בחוק לבין הגישה האלטרנטיבית המוצעת, לפיה יש לאפשר הרשעה רק בהחלטה פה אחד של השופטים (מתוך הנחה שקיומה של דעת מיעוט מעיד על ספק סביר). לפי הגישה המוצעת, יגבר הביטחון שאדם לא יורשע אם קיים ספק בדבר אשמתו, אך לעומת זאת, יגבר החשש שעבריינים רבים יינקו מעונש בניגוד לדעת רוב השופטים בהרכב. קיימות הצעות לשינוי החוק בתחום הזה,⁴³ אשר עוסקות בעיקר בהרשעה פה אחד בעברות המורות אשר בנוגע אליהן קיים חשש לתוצאה קשה ובלתי הפיכה העלולה להיגרם

41. דנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377. פסק הדין דן ברצח חלפן הכספים ישראל דזילובסקי בביתו. בהליכים נפרדים, אשר התנהלו בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, יוחסה אשמת הרצח לאנשים שונים. בהליך אחד יוחס המעשה למוטי בן-עזרא, ואילו בהליך השני יוחס הרצח לחגי יוסף ומוסטפא סרסור. כתבי האישום בשני תיקים אלה הסתמכו, בעיקרם, על גרסתו של בן-עזרא, שאותה מסר באמרות שנתן במשטרה. באמרות אלה הייתה הודאה באשמתו של בן-עזרא עצמו וכן ראייה נגד יוסף וסרסור, אשר היו, לדבריו, שותפיו למעשה. כעבור זמן הורשע בן-עזרא בעברות של שוד ורצח ונידון למאסר עולם. על פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון. בד בבד, לנוכח התפתחות בחקירת הרצח, הוגש כתב אישום נגד סימון בן-ארי, ובו יוחס גם לו מעשה הרצח. משפטו של בן-ארי התקיים לאחר שניתן פסק הדין במשפטו של בן-עזרא. פרט לעדותו של בן-עזרא במשפטו של בן-ארי הוגשו כראיות גם כל ההודעות שנגבו מבן-עזרא על ידי חוקרי המשטרה, לרבות הקלטות של שיחות עמו, דוחות של חוקרי המשטרה וכן פרוטוקול עדותו במשפטו. כן הוגשה כראיה הכרעת הדין שניתנה במשפטו של בן-עזרא. בן-ארי הורשע בבית המשפט המחוזי והוא נידון למאסר עולם. על פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון, ברוב דעות של השופטים גולדברג וחשין, כנגד דעתו החולקת של השופט אור, אישרו בפסק דינם את הרשעתו של בן-ארי. על החלטה זו נסב הדיון הנוסף.

42. סעיף 80(א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984, ס"ח 198, כפי שתוקן: ס"ח תשנ"ב 68: "בית משפט הדין במושב ונחלקו דעות השופטים, תכריע דעת הרוב".

43. ראו, מיכה לינדנשטראוס, על הספק הסביר – סוגיות נבחרות (לשכת עורכי הדין, תשס"ד), 119-121. אחת מההצעות שאושרו בספר זה הגה מתוך מאמרם של עמנואל גרוס ומיכל עורקבי, "מעבר לספק סביר", קרית המשפט א (תשס"א) 229, בעמ' 257. לדעת הכותבים, זכותו של נאשם להליך הוגן וראוי נפגעת כאשר קובעים כי את שאלת הרשעתו בעברה המורה כל כך יכול בית המשפט לקבוע ברוב דעות של שני שופטים כנגד דעתו החולקת

עבד, ⁴⁸ למשל, עלתה השאלה, אם יש להידרש בחישוב זה לקיומם של רוב או מיעוט בנוגע לקיום יסודות העברה כולה, או לרוב ולמיעוט ברובד ההנמקה – הסכמה או אי-הסכמה בדבר כל נימוק בנפרד. ⁴⁹ התשובה על שאלה זו עשויה ליצור את התבדל בין הרשעה לזיכוי בעברות המורות. ⁵⁰ בפסק דינך קבעת כי אין צורך להידרש לשאלה זו. ⁵¹ לנוכח הטענות הרבות שהועלו לפניך, ⁵² מה נטייתך לקבוע בעניין זה? סעיף 80 לחוק בתי המשפט עוסק בשאלת תוצאתו של הדיון, כשיש לשופטים היושבים בדין דעות, מסקנות או הנמקות שונות. הסעיף עוסק, בנפרד, הן בתחום הפלילי והן בתחום האזרחי. השאלה מתייחסת לפסק הדין בעניין אל עבד. בדין הנוסף בפרשה זו לא התעוררה כל שאלה בנוגע לתוצאה המתבקשת. רוב השופטים בהרכב המורחב הגיעו לכלל מסקנה, כי יש להרשיע את אל עבד בשתי העברות שיוחסו לו, ולכן לא הייתה חשיבות לפרשנות סעיף 80 (ג)(1). לפרשנות זו הייתה חשיבות רק במסגרת פסק הדין בערעור, שבו נדון העניין בהרכב של שלושה, ושלושת השופטים שישבו בדין הגיעו לכלל דעות

	יסוד ראשון	יסוד שני	מסקנה
שופט א	התקיים	התקיים	להרשיע
שופט ב	התקיים	לא התקיים	לזכות
שופט ג	לא התקיים	התקיים	לזכות
סיכום	התקיים	התקיים	להרשיע

48. דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עבד, פ"ד נא(1) 736 (להלן: עניין אל עבד).

49. "טענתו המרכזית של אל עבד בעתירתו הייתה, כי תוצאת סעיף 80 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, מהיבט דרך תשוב מהותית של תוצאת פסקי-הדין בערעור. על דרך הישוב זו להידרש לקיומם של רוב או מיעוט לא ביחס ל"שורה האחרונה" של העניין שבדיון, אלא לרוב ולמיעוט ברובד ההנמקה של פסקי-הדין. על-פי הדרך המוצעת, נקודת המוצא לחישוב התוצאה של פסקי-הדין שניתנו בערעור היא כי לא ניתן להפריד בין האחריות לרציחתה של המנוחה לבין האחריות לאיגוסה, וכי חוות-דעתו של השופט קדמי, אשר סבר כי ניתן להפריד בין שני אישומים אלה, היא דעת מיעוט" (ההדגשות שלנו – דו"ד). שם, בעמ' 760.

50. "התוצאה שאליה מובילה הדרך המוצעת היא, כי יש לזכות את אל עבד מכל אשמה". שם, שם.

51. "נוכח ההכרעה כי אל עבד אשם בשתי העבירות שיוחסו לו, אין צורך להידרש לשאלה שאותה הציב באיכותו של אל עבד בעתירה לדיון הנוסף, בדבר אופן היישום, מבחינת תוצאת הדיון, של דעות השופטים במצב שבו קיים פיצול בהכרעת-הדין או בהנמקה לה. מן הראוי להותיר את הדיון וההכרעה בשאלה זו למקרה המתאים". שם, בעמ' 818.

52. כאמור, מדובר היה בטענתו המרכזית של המערער (ראו לעיל, הערה 48), בפסק דין חשוב וארוך של השופט אור, עניין אל עבד (לעיל, הערה 48).

האזורי לעבודה לבחינת מכלול הסוגיות ולהכרעה בחילוקי הדעות שבין הצדדים. בנסיבות מיוחדות אלה התעוררה השאלה מהי תוצאת הדין, מהו החלק האופרטיבי שלו. בתאם לנסיבות המיוחדות של אותו מקרה, החלטנו שמבין שלוש הדעות תכריע הדעה שבה צידדו יותר שופטים מבכל דעה אחרת, שהיא גם הדעה שבה צידד אב בת הדין.

בדנ"ס אל עביר התנגדת לעמדתה של השופטת דורנר,⁶¹ שמענה שהודאתו של נאשם היא ראיה חשודה, אשר טבוע בה חותם של אי-רציונליות.⁶² לנוכח הבעייתיות הברורה בהודיות ובדרך גבייתן, האם אינך סבור כי יש להסתכל עליהן בחשדנות רבה יותר, בייחוד משום הסכנה של הרשעת הפים מפשע?

אכן, בעניין אל עביר לא קיבלתי את גישתה של השופטת דורנר בעניין הודאת נאשם, כפי שרוב שופטי ההרכב לא היו מוכנים לקבלה. ראשית, אני סבור שהודאת נאשם היא ראיה ככל הראיות, ואינני מקבל את הנחת היסוד שזו ראיה לא רציונלית. הרבה פעמים אנשים מתוודים משום שהם יודעים שיש נגדם ראיות משכנעות. לעתים לחץ פנימי כלשהו של הרגשת אשם מביאם לידי הודאה, ולעתים הם מודים כדי לקבל טובות הנאה כגון הקלה בעונש. במקרים רבים ההודאה היא הודאת אמת, ורוב ההודאות שמגיעות לבית המשפט הן אמיתות. עם זאת, אני מסכים בהחלט שקיימים מקרים שבהם הודאות ניתנות שלא מרצון, וקורה שהדברים שמתעז חוקר בהודאה אינם משקפים נאמנה את מה שאמר לו הנחקר. ישנם מקרים שבהם הודאה ניתנת בשל לחץ החקירה, אפילו לחץ לגיטימי, והיא אינה הודאת אמת. לכן צריך לבחון אותה בזהירות, הן את המשקל הפנימי שלה והן ראיות חיצוניות שיכולות לסייע לבחינת אמיתותה. בוודאי אין לקבל כמובן מאליו טענה שהנאשם חתם מרצונו על מסירת ההודאה, ויש לאמת זאת. עם זאת, אינני מקבל את הגישה הגורסת שההודאה מהווה, ככלל, ראיה חשודה או שלא רציונלי שאדם יודה בעובדות שיש בהן כדי להפילו. אם נחזור לעניין אל עביר, על פי הנסיבות כפי שהוכחו, הודאתו הייתה מהימנה, וזאת בהסתמך על הנימוקים המצוינים בהרחבה בפסק הדין.⁶³

61. עניין אל עביר (לעיל, הערה 48), בעמ' 836.

62. שם, בעמ' 820: "אכן, זהו התהליך שעברנו בדרך למסקנתנו כי יש להרשיע את אל עביר בעבירות המיוחסות לו. אך בכך לא ביטאנו הסכמה כלשהי להשקפה כי ההודאה היא ראיה נחותה. לא הסכמנו למסקנה, כי הודאה היא ראיה נגועה, אשר מעיקרא דבק בה כתם אשר יש להסירו. כניסוחה של הוועדה לבחינת הרשעה על סמך הודאה בלבד, ההודאה בחקירה אולי אינה "מלכת הראיות", אך "כמוה ככל ראיה אחרת הן לעניין בדיקת קבילותה והן לעניין קביעת משקלה" [...]. על-כן, אני מסתייג מקביעתה של חברתי כי הודאה היא ראיה חשודה, אשר טבוע בה חותם של אי-רציונליות. מוטב, לדעתי, להימנע מהדבקת תוויות, ולהתמקד בבחינה עניינית של ההודאה שעל הפרק, עלימנת להגיע למסקנה אם ניתן להשתית עליה הרשעה. כפי שבקשתי להודאות, ניתוח כזה מוביל במקרה שבפנינו למסקנה כי יש להרשיע את אל עביר בעבירות המיוחסות לו."

63. שם, בעמ' 763-794.

לא צפה את העצמה של האירועים, אך היה ברור שאותם אלמנטים, שהמבוא לדוח התייחס אליהם, היו בין הגורמים לאירועים. לדעתי, הייתה חובה להתייחס לגורמים שהביאו לידי אותו מצב של לפני "פיצוץ".

האם לדעתך אחת מהפונקציות של הוועדה, מלבד מסקנותיה, הייתה לנטוע בקרב המיעוט הערבי תחושה של צדק מאחור, בלומר הגברת תחושת הכולידריות של הערבים עם המדינה?

אני חושב שהתייחסנו גם למישור הזה בדוח הוועדה. הדוח הציג את רגשותיהם של אנשים מן המגזר הערבי, מחשבותיהם ותגובותיהם. בנוסף, בפרק האחרון של הדוח העלינו את שאלת יחסי יהודים וערבים בעתיד. שאלנו – מה הלאה? לשאלה זו התייחסתי בהרצאה שנתתי בתום שנה לסיום עבודתה של הוועדה.⁶⁶ במהלך ההרצאה ציטטתי קטעים מסופו של הדוח, שבו קבענו שניתן להציב דרישות מינימליות לכל אחד משני המגזרים – היהודי והערבי. המלצנו לנקוט צעדים של רצון טוב ופיוס, ואף הצבענו על חלקם. ברשותכם, אצטט דברים שאמרת באותה הרצאה, שהם רלוונטיים גם לשאלתכם:⁶⁷

השאלה המנסרת בחלל, שממנה לא ניתן להתחמק, היא מה יהיה מכאן ואילך ביחסים בין יהודים לערבים בארץ הזאת? האם ידיעתם והבנתם של גורמי אירועי אוקטובר, השתלשלותם ותוצאותיהם הקשות, יביאו לשינוי? האם יופלו הגורמים השונים למה שאירע באוקטובר 2000 ותימצא הדרך לבל ישובו עוד אירועים דומים? בדין וחשבון שלה ראתה הוועדה צורך לומר דברים מספר לגבי העתיד. עם זאת, נזהר מלצעוד, או להציע לצעוד, בנתיבים בעלי אופי פוליטי כזה או אחר. כך אמרנו, בין היתר, בקטעים המסיימים את הדין וחשבון: ההתנגשויות במהלך אירועים אלה ותוצאותיהן החמורות הרחיבו את השסע, הביאו לצמצום המגעים בין שתי החברות והגבירו את התשדנות והעוינות. עם זאת, אין אנו סבורים כי האירועים סימנו נקודת אל-חזור ביחסיהם של שני המגזרים. מעבר לדברים הקשים הנשמעים משני הצדדים לא אחת, קיימים בכל צד אינטרסים מוצקים וברורים לקיים יציבות ושיתוף פעולה. בסופו של השבון, אירועי אוקטובר דווקא הוכיחו את התלות ההדדית בין שתי החברות והמחישו את הסכנות האורבות לפיתחם של קיטובים ועימותים. גם אם התפייסות מלאה ביניהן אינה ניתנת להשגה בזמן קצר, היא בהחלט אפשרית.

אכן, יש להתום ולפעול כדי להבטיח חיים ביחד בשלום של יהודים וערבים בארץ הזאת, ובכך גם להבטיח שאירועים דומים לאירועי

66. תיאודור אור, שנה לדין וחשבון של ועדת החקירה הממלכתית לחקר אירועי אוקטובר 2000 (אוניברסיטת תל-אביב, 2004).

67. שם, בעמ' 30-31.

לפי דעתי, בדברים המצוטטים הגענו עד קצה גבול המותר לוועדה ממלכתית לעשות משהתבקשה לחקור אירועים ולהגיש המלצות, בלי לגלוש להמלצות בעלות אופי פוליטי-מפלגתי.

בדוח ועדת אור לא היתה התייחסות להוראות פתיחה באש בשטחים, אף שזהו נושא מהותי לאור חשיבותה הרבה של הזכות לחיים. האם לדעתך יש להחיל את אותם סטנדרטים של פתיחה באש, שנקבעו בוועדה, גם על השטחים (זאת מושג הקשר בין העימותים עם ערביי הארץ לעימותים עם ערביי השטחים)?

נושא זה לא היה במנדט של הוועדה. הוועדה לא התבקשה לחקור את האירועים בשטחים, וממילא לא נאסף חומר רלוונטי לנושא זה ולא נשמעה התייחסות של גורמי הצבא לכך. על הוועדה היה לחקור את מה שהיא התבקשה לחקור ולא את כל מה שעולה על רוחה, ככל שיהיה חשוב.

רבים בתקשורת "הספירו"⁶⁸ את דוח ועדת אור ומסקנותיו המעשיות. האם לדעתך דוח ועדת אור נהיה דוח מגירה חסר משמעות מעשית?

אני לא סבור כך. לדעתי, נודעת לרוח חשיבות רבה. ראשית, תיאור הגורמים שהביאו לידי פריצת האירועים, והאירועים עצמם, הציגו תמונת ראי לפני הציבור. אחת ממטרות הקמת ועדת חקירה ממלכתית היא לברר את האירועים בנושא מסוים ואת הגורמים להם, כדי שהציבור ידע ויבין מה אירע ואיך ניתן, אולי, למנוע חזרה של אירועים אשר הביאו לידי תוצאות קשות. בנוסף, אף שעניין זה לא פורסם ברבים, יושמו בפועל מסקנות רבות של הדוח בנושא תפקוד המשטרה. נעשתה עבודה רבה במשטרה, הוקמו ועדות שונות לעניין וכן שוננו נהלים רבים שהיה להם קשר הדוק לגורמים שהובילו לפריצת האירועים ואשר תרמו לעצמתם. כך שוננו נוהלי פתיחה באש והוחל איסור לירות כדורי גומי בניסיונות שבהן הדבר היה מותר באירועי אוקטובר (ירי אשר גרם למותם של חלק מהרוגי האירועים); שוננו נהלים נוספים הנוגעים לדרכי תיעוד אירועים ודרכי הכנה פסיכולוגית לקראת אירועים כאלה ועוד. אני מקווה שהלקח מהאירועים הללו, לפחות בכל הנוגע לפעילות המשטרה, נלמד והופנם. נדמה לי שלא יהיה מוטעה להעריך שבחלק מן הלקח שנלמד השתמשו באירועים הקשורים לפינוי יישובי חבל עזה. יש, כמובן, שוני ניכר בכמה מאפיינים בין אירועי אוקטובר ובין פינוי היישובים היהודים שברצועת עזה. עם זאת, בכמה עניינים ניתן היה ללמוד מהאירועים ההם ולהקיש אל האירועים בעת האחרונה. נזכיר בעניין זה את דרך התנהלות המשטרה כלפי מפגינים בעת ההפגנה, את צבירת כוחות המשטרה בגודל המתאים

68. ראו, למשל, סלוא עלינאט, "תיק אירועי אוקטובר נשאר פתוח", YNET (2.10.2004); אילן מרסיאנו, "תיאודור אור - הממשלה לא עושה די ליישום מסקנות וועדת אור", YNET (21.6.2005). יאיר אטינגר, "לפיד מזהיר ממהומות קשות שיפרצו במגור הערבי", הארץ (14.12.2004); יאיר אטינגר, "למרות וועדת אור - טרם החלה חקירת שוטרים", הארץ (4.6.2004).

במסגרת זו אף הוכרה ביחס למגזר הערבי, כמו ביחס לנשים, הדוקטרינה בדבר הצורך בייצוג הולם לערבים בשירות הציבורי בכלל, בדומה לדוקטרינה החלה גם על ייצוג הולם לנשים, אפילו באותם מקרים שבהם אין הוראת חוק בדבר מתן ייצוג הולם כזה.

טענה נוספת בהקשר הזה עולה מעניין איקרית.⁷³ תושבי הכפר איקרית היו בלא ספק אזרחי המדינה, ולכן בית המשפט היה צריך, לתפיסתנו, לנהוג עמם בשוויון מלא. משלא עשה כן, ייתכן שהוא הסיר מעליהם במידה מסוימת את האזרחות שלהם, ודחה אותם אל תוך השיוך הקולקטיבי הפלסטיני. מה דעתך על טענה זו? אני מבקש שלא להשיב על שאלה זו.

ברשותך, אנו עוברים לשאלה מסובכת יותר, והיא מקומו של בית המשפט העליון בסוגיות שנמצאות בלב המחלוקת הציבורית, לרבות כל מה שנוגע לסכסוך הישראלי-פלסטיני, תוואי גדר ההפרדה וכו'. עד כמה בית המשפט אכן יכול לפעול ולהתערב בנושאים אלה?

בית המשפט העליון אינו בוחר לעצמו את העתירות שידון בהן. הוא דן בעניינים המובאים לפניו, ואם הם במסגרת סמכותו, הוא אינו רשאי שלא לדון בהם רק משום שהשאלות העולות מעניינים אלה שנויות במחלוקת ציבורית קשה. אם על פי הדין בית המשפט חייב לדון בהם ולהכריע בהם משפטית, לא די בכך שהוא היה מעדיף שלא לעשות כן, כדי להימנע מהדין וההכרעה. העתירות בנושא תוואי הגדר הן דוגמה טובה לכך. הציבור הישראלי חלוק בשאלת מיקום גדר ההפרדה, ואם ראוי שבית המשפט העליון ידון בעתירות בנושא זה ויכריע בדבר מיקום הגדר. מן הדיונים בעתירות בנושא זה הוברר, ששתי שאלות הן העומדות במוקד המחלוקת. האחת נוגעת לסמכות המפקד הצבאי להקים את גדר ההפרדה, והאחרת – לחוקיות מיקומה של גדר ההפרדה. נושא סמכות המפקד הצבאי נבחן על ידי בית המשפט העליון, הן על פי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי שעניינם תפיסה לוחמתית והן על פי כללי המשפט המנהלי הישראלי, ועל פי אלה נקבע שהוא היה מוסמך להקימה, משום השיקולים הביטחוניים שהיו בבסיס ההחלטה. אשר לחוקיות פעילותו, זו נבחנה בהתייחס לדאגתו של המפקד הצבאי לשמירה על הביטחון באזור ולאיוון הראוי בין שמירה על הביטחון לבין צורכי האוכלוסייה המקומית וזכויותיה. במסגרת זו נבחנה מידתיות פעילותו. שאלות אלה של סמכות, חוקיות, איוון בין זכויות ואינטרסים תוך בחינת המידתיות שבפעולה, שאלות משפטיות הן, ובית המשפט לא היה יכול שלא לדון בהן כשהוגחו לפתחו. חובת הדיון חלה אף שבחינת האיוון הראוי והמידתיות הצריכה את בית המשפט להיכנס לפרטים עובדתיים ואף שהיה צפוי שהמסקנה שבית המשפט יגיע אליה תהיה שנויה במחלוקת ציבורית.

גדמה לי, שבסופו של יום, אף כי יש החולקים על פסיקות כאלה ואחרות של בית המשפט העליון, רוב הציבור סבור שטוב הדבר שקיים פורום ניטרלי ואובייקטיבי אשר יכול להכריע בסכסוכים במישור המשפטי גם אם הם נמצאים בלב המחלוקת הציבורית.

73. בג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(4) 803 (להלן: עניין סבית).

אין שום מגמה או מדיניות מכוונת בעניין הזה. בפסקי דין רבים בעתירות ובערעורים אורחיים לא נרשם שם השופט שכתב את פסק הדין. מדובר בפסקי דין קצרים יחסית, שנכתבו על אתר, סמוך לאחר תום הדיון. לרוב מדובר במצב שבו השופטים יצאו מאולם הדיונים, הגיעו לכלל מסקנה משותפת וסייעו כולם בכתיבת פסק הדין, או שאחד מהם כתב אותו בשם כולם.

האם הגלובליזציה משפיעה על המשפט? האם המצב כיום שונה מהמצב לפני עשרים שנה?

הגלובליזציה הופכת את העולם למקום "קטן" יותר. כיום אנו יודעים הרבה יותר על מה שקורה בעולם בכל רגע נתון, והתקשורת ממלאת תפקיד אדיר בהעברת המידע בזמן אמת. לצורך מחקר השוואתי, למשל, אנו יודעים על כל פסיקה שניתנה או על פרסומים משפטיים שונים במקומות רבים בעולם כבר ביום פרסומם. ההיצע המשפטי גדול ומיידי יותר. במובנים אלו חלו שינויים רבים. עם זאת עקרונות השיטה, המשפט המהותי ואפילו סדרי הדין אינם משתנים במהירות כה רבה. אלה משתנים גם הם, אך לא בבת אחת אלא גדך על גדך, כשכל דור של משפטנים תורם את חלקו.

נעבור לתחום החוזים והקניין. אחד מפסקי הדין פורצי הדרך שלך בתחום המשפט הפרטי הוא פסק הדין בעניין בנען.⁷⁵ בנימוקיך לכך שניתן לראות את זכות הביטול הפטטוטורית של המוכרת בגלגול של ערך הנכס, וכי הבעלים המקורי של הנכס זכאי לעקוב אחר הערך ולבקש במקומה של המוכרת את ביטול חוזה המכר, דחית את הטענה, הגורסת שעקב טבעה וטיבה של זכות הביטול בזכות אישית היא שייכת לצד הטועה בלבד. הנימוק לדחייה זו היה: "בנסיבות העניין מבחינת הקונה אין חשיבות מיוחדת לזהות הנושה (המוכרת או ממשלת ארצות הברית)".⁷⁶ דיני הנזיקין נועדו להסדיר מצבים שבהם אנשים נקלעים למיכונים, ואילו דיני החוזים נועדו להסדיר מצבים של תכנון הסיכונים וחלוקתם בין הצדדים. האם זהות הנושה בעניין כזה אינה בעלת חשיבות? האם כדי שהצדדים יוכלו לתכנן את הסיכונים ולחלק אותם ביניהם, אין חשיבות מברעת לשאלה עם מי הם כורתים את ההסכם – מי הנושה שלהם? האם אין לומר שהקונה (בנען) תכננה

75. דנ"א 2568/97 בנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נו(2) 632 (להלן: עניין בנען). סותרת בשוק הפשפשים קנתה מבלי דעת ציורים בשווי 115,000 דולר תמורת תשלום 250 שקל. גם המוכרת לא ידעה את שוויים האמיתי של הציורים. בדיון הנוסף נקבע כי הערך הטמון בתמונות של ממשלת ארצות הברית מצא דרכו לזכות הביטול הסטטוטורית של המוכרת, ולכן ממשלת ארצות הברית יכולה לממש במקומה את הזכות לבקש ביטול של חוזה המכר. עוד נקבע כי זכות הביטול קמה למוכרת עקב טעות יסודית משותפת של הקונה ושל המוכרת. לפיכך קיבל בית המשפט את בקשת בעלי התמונות (ממשלת ארצות הברית) לבטל את החוזה, וקבע כי לא התקיים התנאי הראשון לתקנת השוק (כריתת חוזה מכר). לכן נפסק כי על הקונה להחזיר את התמונות לבעליהן המקורי.

76. שם, בעמ' 678.

בפסק הדין הראשון⁸¹ ו-97 עמודים בפסק הדין השני, וכן השקעת מאמץ בפיתוח דוקטרינרי בה מתוכם?

במוקד הדין בערעור ובדין הנוסף עמדה תקנת השוק לפי סעיף 34 לחוק המכר. פרשנות תקנה זו התעוררה בלי שום קשר לקונסטרוקציה שבפסק דיני. תוצאה משפטית שעל פיה התמונות תישארנה בידי הקונה הייתה, לדעתי, בלתי מתקבלת על הדעת. בנסיבות המקרה, על בית המשפט היה מוטל למצוא את הדרך הנכונה ואת המבנה המשפטי הנכון, אם קיים כזה, כדי להגיע לכלל תוצאה צודקת. כשמתעוררת שאלה כזו, בית המשפט אינו יכול להניח לשאלה ולגרוס שבשל נדירותה (שכן מי יודע מתי בפעם הבאה יהיה מקרה שבו תהיה עוד גברת כנען שתקנה מגברת איקס דבר שהוא אחד חלקי מאה משוויו), לא מוצדק המאמץ לעשות מחקר משפטי כדי להגיע לידי התוצאה הנכונה והצודקת. בית המשפט אינו יכול לפטור את עצמו מהתייחסות רצינית למקרה מסוים רק משום שזהו מקרה לא שגרתי. במקרה הנדון גם היו חילוקי דעות משפטיים בנוגע לפתרון הנכון והצודק מבחינה משפטית, והתעוררו בו שאלות ומחלוקות מורכבות כבר בדין בכית המשפט המחוזי ובעת הדין בערעור. כל אלה דרשו התייחסות. אכן, פסק הדין בדין הנוסף איננו קצר, אך הנחת תשתית נורמטיבית בנושא שטרם נדון מצריכה לעתים פרישה רחבה של הנימוקים והשיקולים. במקרים דומים בעתיד ילכו בתי המשפט בעקבות ההלכה שנקבעה ופסקי הדין יהיו קצרים יותר.

בעניין הורוויץ⁸² דגלת בתפיסה רחבה של הזכות הקניינית, הרואה בה לא רק מגן על חירותו השלילית של הפרט, אלא גם זכות המחשיבה את הפרט כחלק מהחברה – כלומר טומנת בחובה אחריות ציבורית.⁸³ מה דעתך על גישתו של השופט חשין, שרואה בכך מעין "אלטרואיזם כפוי" המצר יתר על המידה את הזכות הקניינית?⁸⁴

81. ע"א 5664/93 בנען נ' United States of America, פ"ד נא(1) 114.

82. דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, רעננה נ' הורוויץ, נח(6) 289 (להלן: עניין הורוויץ).

83. שם, בעמ' 301, כותב השופט אור: "בצר גישה זו התפתחה גישה פלפי הקניין הפרטי, המתאימה את זכות הקניין לצורכי החיים בחברה מודרנית ורואה בה לא רק זכות הבאה להגן על חירותו השלילית של הפרט, אלא גם בזכות הנותנת משקל להיות הפרט חלק מהחברה והציבור בכללותם. גישה זו מספקת תמוכה להסגת הזכות הקניינית לפיצוי מפני האינטרס הציבורי בנסיבות מתאימות המצדיקות זאת (הדגשה שלנו – ד"ר). ד"ר לוינסון-זמיר מציינת בהקשר זה בספרה: "החיים בחברה והאינטרקציה בין האנשים מולידים בהכרח נזקים בתחומים שונים, כולל תחום התכנון. אם ברצוננו לקיים חיים חברתיים תקינים לא נוכל ולא נרצה לקיים בירור משפטי לגבי כל נזק. אין כוונתנו לכך שפיצוי יהיה בהכרח בלתי אפשרי מבחינה כלכלית, כלומר שעלות הענקתו תעלה במידה ניכרת על הנזק. למרות שקיימת הפיפה בין השיקולים, אין זהות ביניהם. השיקול הקומיוניטרי מבוסס על כך שמעבר לאינטרס העצמי שלו, כל פרט בחברה נדרש להתחשב באינטרסים של פרטים אחרים. על מנת לעודד התחשבות הדדית, שהיא הבסיס לכל חברה, יש לצמצם במידה כלשהי

עיר, בפצוים. החריג שבסעיף 200 מותנה בכך שהוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תוכיח את קיומם של שלושה תנאים הנזכרים בסעיף: הפגיעה במקרקעין נגרמה מהוראה מבין ההוראות הנזכרות בסעיף; הפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות העניין ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצוים.

בעניין הורוויץ התמקד הדיון בתנאי השני (אם כי עסק לא רק בו): מתי הפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות העניין, ומהם השיקולים המנחים כדי לקבוע זאת. כל השופטים סברו שיש להתחשב גם בשיקול טובת הציבור בעת קביעת "תחום הסביר" המוגע פיצוי מבעלי מקרקעין שנפגעו, וכי שיקול זה כולל שיקולי משנה של פיזור הנוק והאינטרס הציבורי הגלום בתכנית. אם הפגיעה אינה משמעותית ונפגעו מקרקעין רבים, תהיה הצדקה לשחרר את הרשות מתשלום פיצויי פגיעה. המחלוקת ניטשה באותו עניין בשאלה, מתי פגיעה משמעותית, וכן בשאלת הרטוריקה אשר עומדת ביסוד החריג.

השופט השני סבר שהמציאות, שבה אין לנו למעשה שליטה, הכתיבה את הצורך לפגוע במקרקעין של היחיד והיא המכתיבה לתת פיצוי חלקי במקרה של פגיעה במקרקעין. המציאות הטילה זאת ולא חובה או אחריות חברתית, שאותה הוא מכנה "אלטרואיזם כפוי". דעתי הייתה, כדעת אחרים, שבהטלת החובה על היחיד לשאת במקרים מסוימים בנוק שגרמה לו תכנית בלא שיקבל פיצוי בגינו, נמצא ביטוי לאחריות החברתית שמטיל החוק על בעל המקרקעין לספוג חלק מהנוק שנגרם למקרקעיו לטובת אינטרסים שלציבור יש עניין בהם. במקרה כזה זכות הקניין מתאימה את עצמה לצורכי החיים בחברה מודרנית ורואים בה לא רק זכות הבאה להגן על חירותו השלילית של הפרט, אלא גם זכות הכוללת חובה כלפי הכלל, במובן זה שהיא מחשיבה את הפרט כחלק מהחברה ומהציבור בכללותם. גישה זו מספקת תמיכה להסגת הזכות הקניינית לפיצוי מפני האינטרס הציבורי בנסיבות המצדיקות זאת. יהיה הכינוי לאותה פגיעה בלא פיצוי אשר יהיה, אין ספק שעסקינן בנטילה על פי חוק של חלק מזכויות הפיצוי, היינו חלק מהזכויות הנלוות לזכות הבעלות במקרקעין, וזאת לצורכי הכלל.

ברוך ועדת אור נכתב, בין השאר, שהפקעות שטחים יוצרות דה-מורליזציה בקרב הציבור הערבי.⁸⁵ האם ייתכן לדעתך, שיישום אותה תפיסה רחבה של זכות הקניין ייתן בעקפין לגיטימציה להפקעות שטחים מהציבור הערבי, כיוון שיינתן משקל רב יותר

הצורך לפצות בעלי זכות קניין במקרקעין עם פגיעה ברכושם" (ההדגשה שלנו - דו"ד). ראו עניין הורוויץ (לעיל, הערה 82), בעמ' 311-312.

85. דוח ועדת אור בעניין אירועי אוקטובר (לעיל, הערה 65), שער ראשון, פרק א, בפסקה 33: "בעבור האזרחים הערבים, הקרקעות הן הנושא הרגיש, המסעיר והמלכד ביותר. האדמה מהווה מצד אחד משאב חומרי יקר וחיוני, במיוחד בחברה הערבית שהיא חקלאית במקורה, ומצד שני היא ערך סמלי-לאומי, המייצג את האחוות הערבים בארץ ואת מאבקם על זכויות ומעמד במדינה. בשנים הראשונות לקיומה נטלה המדינה לידיה שטחים נרחבים של אדמות ערבים. חלק הארי של שטחים אלה היה רכוש נטוש שהועבר (בשלב ראשון) לידי האפוסטרופוס לנכסי נפקדים. אדמות אחרות הועברו לידי המדינה במגוון של עילות משפטיות, ובכלל זה

נדמה לי שאין לקשור בין עניין הורוויץ לבין חשש לפגיעה במגזר הערבי או הפליה שלו. למיטב זכרוני, הדיונים שהגיעו לבית המשפט בנושא סעיף 200 לחוק לתכנון והבנייה, שבו דן עניין הורוויץ, היו כולם בתיקים שבהם נפגע השווי של קרקעות בבעלות יהודים. ברקע פסק הדין עומד "דו־שיח" המתקיים בין הציבור בכללותו לבין כלל בעלי הקרקעות, ולא דו־שיח בין הציבור לערבים לחוד וליהודים לחוד. לא ברור לי כיצד ניתן להסיק מהפסיקה בעניין הורוויץ שהיא פוגעת בזכויות הערבים דווקא. הבעיה של כפר איקרית, שהוזכרה על ידיכם קודם לכן,⁸⁷ היא בעיה מיוחדת ונסיבותיה מיוחדות. אינני חושב שהוראות חוק התכנון והבנייה נועדו לענות על מצבים מיוחדים כאלה, או על בעיות ספציפיות של מגזר זה או אחר. הוראות סעיף 200 חלות במידה שווה על כלל המקרים.

בדוח ועדת אור תוזכר מצבם של הברואים כאחת הבעיות החמורות, גם בכפרים הלא מוכרים וגם בעיירות.⁸⁸ בין היתר נכתב, שישנה מדיניות ריכוז והפליה מתמשכת כלפי

לזכות השיבה, התקדים שבהחזרת העקורים עלול לפגוע באינטרסים החשובים של המדינה. עמדה זו נוגעת לעניין מדיני, שבו לממשלה שיקול־דעת רחב, ומיתחם הסבירות הנתון לה רחב ביותר. [...] בנסיבות אלה, אין עילה לאכיפת ההבטחה השלטונית ליישב את העקורים באזור איקרית". שם, בעמ' 814-815.

87. לעיל, הערה 71 והטקסט שלידה.

88. ראו דוח ועדת אור בעניין אירועי אוקטובר (לעיל, הערה 65), שער ראשון, פרק א, בפסקאות 39-40: "סכסוך קרקעות קיים מאז ימיה הראשונים של המדינה בין המדינה לבין הבדווים. המדיניות הממשלתית חתרה לרשום את מרבית האדמות שהיו בשימוש הבדווים בגליל ובנגב על שמה, ולרכז את הבדווים במספר יישובים מתוכננים. מדיניות זו נתקלה בהתנגדות הבדווים, אשר טענו לזכויות בקרקע. המדינה השקיעה מאמצים בנסיונות להגיע להסדרים על הקרקעות השנויות במחלוקת, אך עד שנת 2000 הושגו הסדרים לגבי 140,000 דונם בלבד, המהווים חלק קטן מן המקרקעין שכמחלוקת. עיקר המחלוקת מתייחס לשטח קרקע גדול, המשתרע בנגב על רוב שטחי המשולש ההימני-ערד. הציבור הערבי תומך בתוקף בעמדת הבדווים ומזדהה עימה. בעיה אחרת, הנוגעת בעיקרה לאזרחים הבדווים, היא בעיית היישובים הערביים שלא קיבלו הכרה רשמית ממשרד הפנים. יישובים צמחו כתוצאה מבנייה בלתי־מאושרת, לרוב על אדמות מדינה, של מי שביקשו להקים בתי מגורים בסמוך או בתוך אדמות, אשר לטענתם נמצאות בשימושם. במשך השנים קמו כמה עשרות ריכוזי בתים כאלה, ומתגוררים בהם כ-70,000 איש בנגב וכ-10,000 בגליל. מאחר שהיישובים אינם מוכרים, לא סופקו להם תשתיות ושירותים, ובמקומות רבים הם חסרו מים זורמים, חשמל, כבישים או ביוב, ולא קמו בהם מרפאות ובתי ספר. הרשויות הכירו בדיעבד במספר קטן של יישובים כאלה בצפון. הרוב הגדול של תושבי היישובים הבלתי מוכרים נדרשו לעבור למספר יישובים מרכזיים שתוכננו בעבורם. המדינה פעלה לאכיפת החוק ביישובים אלה ובשטחים המשמשים את תושביהם, לרבות על ידי הגשת תביעות משפטיות לסילוקם מהשטח וביצוע צווי הריסה של מאות בתים. כדי לקדם את מאבקם של תושבי היישובים הבלתי חוקיים קמו כמה אגודות

עד עכשיו דנו בפן הקנייני. ומה באשר לפן ההקצאתי?
אני חושב שצריך להגיע למצב שגם במישור הזה לא תהיה הפליה.

נעבור לכמה שאלות מתחום המשפט הציבורי. בפסק הדין בעניין שוחרי גילית הסתייגת מ"מודל רחב" של פרשנות הזכות לכבוד, הכולל גם זכויות חברתיות.⁹⁰ מאידך גיסא נראה שאתה תומך ב"מודל רחב"⁹¹ לפי בג"ץ הופרט,⁹² שבו קבעת כי "היום ניתן לעגן

90. בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גילית" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2 (להלן: עניין שוחרי גילית), בעמ' 25: "טענה כזו מניחה 'מודל רחב' בפרשנות הזכות לכבוד. מודל כזה מעורר קושי ניכר. עומד על כך הנשיא אהרון ברק, בספרו פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד) 423: 'אכן, אדם הנאלץ לחיות בתנאים תומריים משפיליים, נפגע בכבוד האדם שבו. הוא הופך לאובייקט. מכאן אין לעבור לקיצוניות – המאפיינת את המודל הרחב – לפיו יש לו לפרט זכות כנגד המדינה לחיים טובים יותר. על בן ספק בעיני אם ניתן להסיק מכבוד האדם זכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית. יחד עם זאת, ניתן להסיק מכבוד האדם את הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום האנושי. ברוח דברים אלה, הנני סבור שאין לגזור מזכותו של אדם לכבוד את קיומה של זכות יסוד חוקתית לחינוך" (ההדגשות שלנו – דו"ד).

91. הלל סומר, "הזכויות הבלתי־מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כח (תשנ"ז) 257. בעמ' 264 נכתב: "בעת פרסום מאמר זה, כחמש שנים לאחר קבלת חוק־היסוד החדשים, טרם הוכרעה השאלה המרכזית שאנו עוסקים בה, למרות השיבותה הברורה מאליה. מאמרות־אגב מצטברות בפסיקה וממספר מועט של דיונים בספרות המשפטית ניתן כנראה להבחין כי בין שופטי בית־המשפט העליון ישנן שתי אסכולות עיקריות, ואולי אף שלישית, בשאלה האם חלים חוקי־היסוד על הזכויות הבלתי־מנויות. לפי גישה אחת, שבה תומכים ככל הנראה הנשיא ברק והשופטים אור, מוצא והשופט בדימוס דב לוי, חוקי־היסוד חלים על הזכויות הבלתי־מנויות, או לפחות על חלק מהן" (ההדגשות שלנו – דו"ד). עוד צוין בעמ' 277 כי: "בולטת העובדה כי מכל הזכויות הבלתי־מנויות, הזכות לשוויון היא הזכות שזכתה לתמיכה הרחבה ביותר בספרות המשפטית ובפסיקה בהכללתה כזכות חוקתית־על־חוקית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] פסק־הדין הופרט נ' יד ושם, שניתן במאי 1994 (כשנתיים לאחר שנתקבלו חוקי־היסוד החדשים בכנסת), היה כנראה הראשון שבו נקבע בפסק־דין של בית המשפט העליון כי עקרון השוויון מגיע לדרגה של זכות־על חוקתית".

ובהמשך בעמ' 278 נכתב: "יצוין, כי בעניין הופרט למעשה לא נזקק השופט אור לקביעה כי לעקרון השוויון מעמד על חוקתי לצורך ההכרעה בפסק־דינו, הן משום שהוא מגיע למסקנה כי השוויון הוא יסוד מוסד בחוק הספציפי שעמד באותו עניין לפירוש, חוק זכרון השואה והגבורה – יד ושם, תשי"ג-1953, הן מפני שהוא קובע כי, בניסיון העניין, 'עקרון השוויון נשמר ושאין יסוד לטענת האפליה'. עם זאת, בפסיקה מאוחרת יותר, מחדד השופט אור עצמו את פסק־דינו בעניין הופרט כמעגן את עקרון השוויון בחוק־היסוד ואף מבהיר (דבר שלא עשה בעניין הופרט) מבוח איוו תיזה הגיע למסקנה זו" (ההדגשות שלנו – דו"ד).

בבג"ץ שוחרי גילית ובעניין יתד. בבג"ץ שוחרי גילית דובר בעמותה (שוחרי גילית), המפעילה תכנית לטיפול בהתפתחותם התקינה של תינוקות וילדים בגיל הרך אשר חיים בסביבה משפחתית של תנאי מצוקה קשים. ילדים אלו לא אובחנו כילדים חריגים מבחינה התפתחותית ונפשית. התכנית הופעלה על ידי העמותה בכמה יישובים בארץ, בסיוע ובמימון של משרד החינוך לחלק ניכר מהפעילות, עד שהחליט משרד החינוך להפסיק את תקצוב התכנית הנוכחית ולבטל את הרחבת התכנית והחלתה על יישובים נוספים בארץ. בעניין זה הוגשה עתירה לבית המשפט העליון, בבקשה לחייב את משרד החינוך להמשיך ולממן את התכנית. שאלה מרכזית שהתעוררה בפסק הדין, ואשר רק אני – מבין שלושת חברי ההרכב – דנתי בה, הייתה באיזו מידה הזכות לחינוך מהווה זכות יסוד חוקתית, כמובנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁸ בסופו של דבר הגעתי לכלל מסקנה, מן הנימוקים המפורטים בפסק הדין, שאין מדובר בזכות חוקתית.

עם זאת, אני סבור כי הזכות לחינוך היא זכות חשובה, ואני מוכן להכיר בה כזכות יסוד הלכתית. בנוסף, החוק מכיר בזכות לחינוך במפורש. יש הוראות ברורות בחוק, לפיהן קיימת זכות לחינוך חינם, אך לגישתי, לא כל הזכויות החברתיות נכללות בזכות לכבוד האדם. יש לציין כי גישה זו תואמת את המודל המוצע בספרו של ברק על פרשנות חוקתית.

יוזכר עוד, העותרים גם לא הצביעו על הוראת דין כלשהי⁹⁹ המטילה חובה על משרד החינוך לדאוג לחינוכם של ילדים בגילאי אפס עד שלוש שנים, ועל כן נדחתה עתירתם. בעניין בג"ץ יתד¹⁰⁰ דובר בעותרים הסובלים מתסמונת דאון, ולכן נזקקים לטיפולים ולהדרכה מיוחדים במסגרת לימודיהם. ככל ילד בגיל לימוד חובה, זכאי כל אחד מהם

98. שם, בעמ' 34, השופט טל מציין: "את סוגיית הזכות החוקתית לחינוך הייתי משאיר לעת מצוא, שכן אין הכרעה בה הכרחית לעניין שלפנינו". כמו כן, קובעת השופטת דורנר: "בנסיבות אלה, איני רואה לנכון לנקוט עמדה בסוגיית הזכות החוקתית לחינוך, שעל אודותיה הרחיב חברי, השופט אור".

99. שם, בעמ' 28 מציין השופט אור: "הזכות לחינוך ואופן מימושה עוגנו בעיקרם בחוקים שונים ובתקנות שהותקנו על פיהם, וביניהם חוק לימוד חובה, תש"ט-1949, וחוק חינוך מיוחד. חוקים אלה עוסקים בחינוכם של ילדים מגיל שלוש ומעלה. הם אינם מסדירים את חינוכם של ילדים בגילאים 0-3, אשר אליהם מיועדת תוכנית גילית".

100. בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (להלן: עניין יתד). בעמ' 843, כותבת השופטת דורנר: "השאלה אם הזכות לחינוך כלולה בזכות לכבוד האדם, כמשמעותה בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שרם הוכרעה. אמנם, השופט אור הביע דעתו בעניין שוחרי גילית, בעמ' 26, כי הזכות לחינוך אינה נכללת בזכות לכבוד, אך הייתה זאת דעת יחיד, ואילו שני השופטים האחרים העדיפו להשאיר את ההכרעה בסוגיה זו לעת מצוא". בהמשך היא מציינת: "אכן, זכות היסוד לחינוך – יצירת החוק, המשפט הבינלאומי והפסיקה – עומדת על רגליה שלה, ללא קשר הכרחי לזכות לכבוד האדם הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

במדינת ישראל קיים חופש דת וחופש מדת, הכול לפי בחירתו של הפרט. בכל אחד מאותם המקרים הנזכרים התעוררה שאלה של איזון בין זכויות שונות. מצד אחד, יש זכות לשומרי

תהיה על-פי ההלכה - אם אין באותה התנהגות להעלות או להוריד בשאלת כשרות המזון עצמו. אם נעשה שימוש שלא כהלכה כזה בסמכות - מחובתו של בית-משפט זה להתערב ולומר דברו".

107. בבג"ץ 6111/94 הועד לשומרי מסורת נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל פ"ד (מט) 94 (להלן: עניין שומרי מסורת) בעמ' 104-105 כותב השופט אור: "בטקס כזה יש ליתן משקל מתאים גם לרגשותיו של עורך הטקס, לרבות האפשרות שמבחינה דתית או מבחינה מצפונית נבצר ממנו, או יקשה עליו, ליטול חלק בטקס. אם נוסיף לכך שבענייננו פסיקתה של הרבנות הראשית היא, שעריכת טקס הנישואין במקום שבו המאכלים אינם כשרים אסורה מדין תורה, נקל לשער את מצוקתם של רבנים ואת סירובם לערוך טקסי נישואין במקום - כמו בענייננו - אשר עיקר עיסוקו הוא הגשת דברי אוכל שאין לגביהם תעודת הכשר. אמנם לא הכרענו בשאלה אם קיים איסור מדין תורה לערוך טקס נישואין במקום שבו אין שומרים על הכשרות. אך לצורך ענייננו ובהתחשב במצב שאליו ייקלעו הרבנים, אשר יידרשו לערוך טקסי נישואין במקומות שאינם שומרים על הכשרות, די אם נאמר שקיימות גישות שונות בעניין זה, וכי לדעת הרבנות הראשית - אשר על-פי הדין בישראל אחד מתפקידיה הוא ליתן תשובות וחוות-דעת בענייני הלכה - הדבר אסור. אם כן, ניתן לומר שחיוב רבנים לערוך טקס נישואין במקום שאינו שומר על כשרות יש עמו פגיעה בהם, וכמוהו כחיובם לעשות דבר אשר לפי מיטב אמונתם ומצפונם אסור עליהם ועלול להביא עליהם ביוזין וקצף. בנוסף, גם כבודו של הטקס כטקס דתי עלול, לדעתם, להיפגע. לעומת המצב הקשה שאליו ייקלעו רבנים, אשר יידרשו לערוך תופה וקידושין במקום אשר אינו שומר על הכשרות, עומדות לפני בני הזוג אפשרויות רבות לבחירה, לבד מעריכת הטקס דווקא במקום שאינו מתווק בתעודת הכשר לפי חוק הכשרות".

ובהמשך בעמ' 105-106: "אוכל להוסיף עוד, שעמידתם של בני הזוג על 'זכותם' שרב בישראל יערוך את טקס הנישואין שלהם, טקס אשר הינו דתי על-פי אופיו, דווקא במקום אשר אין תעודת הכשר לגביו, כשברור להם שיש בדרישה זו להקשות ולהכביד עליו ואולי לבזותו בעיני אחרים, גובלת, לדעתי, במידה רבה של חוסר נימוס וחוסר התחשבות. זכותו של אדם לחופש המצפון, כולל החופש מדת, אינה זכות מוחלטת, ויש שהיא נסוגה מפני שיקולים אחרים. בחברה ובמדינה שבהן חיים זה בצד זה מאמינים, בני דתות שונות, ואנשים שאינם בעלי אמונה דתית, מן הראוי שישררו הבנה והתחשבות הדדיים. [...] אפילו אין זה איסור מדין תורה - בלי שאכריע בכך - ורק מנהג הוא מימים ימימה שלא לערוך טקסי נישואין במקום שבו אין נשמרת הכשרות, כפי שמעידה על כך החלטת הרבנות הראשית מיום 2.1.95, ופגיעה במנהג זה עלולה לגרום לפגיעה אמיתית קשה ומוכנת ברגשותיו של עורך הטקס - האם לא ראוי להתחשב בכך וליתן לכך משקל? האם לא ראוי שבני הזוג יקבלו זאת בהבנה? נדמה לא אחת, שקצת הבנה לזולת, נימוס ודרך ארץ היה בהם להקנות הרבה מחלוקות וחילוקי דעות. לא נתקרה דעתם של בני הזוג, וזה למעלה משנה אין הם נישאים זה לזה, אך כדי לעמוד על 'זכותם' לערוך טקס נישואין במקום אשר אין לגביו תעודת הכשר. עד

בכל המקרים שנוכרו בית המשפט היה צריך לערוך איוון בין זכויות ואינטרסים מתנגשים. רגשות הציבור הדתי, כמו הזכויות והאינטרסים האחרים העומדים על הפרק, הם תמיד יחסיים, ונבדקים לפי כלל הנסיבות במקרה המסוים.

בעניין שומרי מסורת כתבת שאין כל מניעה שבית המשפט יכריע בנושאים של דת והלכה כאשר הדבר נדרש ממנו.¹¹³ האם לדעתך בית המשפט העליון הוא אכן המקום הראוי לדיון בנושאים הלכתיים, והאם הכרעה של בית המשפט בנושאים מסוג זה לא תגרור עמה אנטגוניזם וחוסר לגיטימציה של בית המשפט העליון אצל האוכלוסייה הדתית והחרדית?

כאשר בדיון בעניין שבסמכותו בית המשפט צריך להידרש להלכה במשפט העברי ולהכריע את הדין על פיה, לא זו בלבד שאין פסול בכך שידון ויכריע בנושאים הלכתיים, אלא שמחובתו לעשות כן. מוטל על בית המשפט לענייני משפחה, למשל, כשהוא נדרש לפסוק מזונות לאישה יהודייה, לעשות כן לפי הוראות הדין האישי החל על הבעל. הוא הדין כאשר לצורך הכרעה בעתירה שלפניו, מוטל על בית המשפט העליון להידרש לדין ההלכה, ואפילו יידרש לשם כך להכריע במחלוקת פוסקים. לא שיניתי מדעתי בעניין שומרי מסורת.

מה עמדתך על אודות מהלכים בכנסת לחוקק חוקה בישראל בעת הזו? חיובית. לדעתי, המהלכים הללו ראויים מאוד והגיעה העת שתהיה חוקה שלמה ומגובשת בישראל.

113. שם, בעמ' 101, כתב השופט אור: "קיימת בין הצדדים מחלוקת בשאלה אם בגדר הילכות נישואין עליפי דין תורה קיים איסור על עריכת טקס הנישואין במקום שבו אין נשמרת הכשרות. ראינו את עמדת הרבנות הראשית ואת זו של רב העיר, שעליה סומכים המשיבים. לעומתם, טענת העותרים היא – בהסתמכם על תשובת הרב פיינשטיין [...] שלא זו ההלכה, ואין מניעה לקיים את טקס הנישואין אף במקום שאין הכשר למזון המוגש בו. דעתי היא, שאין צורך שנכריע במחלוקת זו בין הפוסקים לעניין שלפנינו. לצורך ענייננו די אם נקבע שקיימת מחלוקת בין הפוסקים ושיש הסוברים שהדבר אסור, בלי שנכריע שהדין ההלכתי כשיטתם. ויהא זה ברור, שאיננו קובעים שאין זה מתפקידו או מסמכותו של בית-משפט זה לקבוע מהו דין ההלכה, ככל שהדבר דרוש להכרעת הדין שלפניו [...] אכן, בית המשפט ייחס את המשקל הראוי לחוות-דעתם של מומחים בדבר הלכה, כמו זו של הרבנות הראשית, אשר בגדר תפקידה הוא להורות מהי ההלכה למבקשים לשמוע דעתה (סעיף 2(1) לחוק הרבנות). אך כשיהא הדבר נחוץ להכרעת הדין לפניו, ותהיינה גישות ופסיקות שונות בדבר הלכה, לא יימנע בית-משפט זה מלקבוע עמדתו, וכבר היו דברים מעולם. מה שחשוב להדגיש בהקשר זה הוא, שעצם האמירה שמדובר בעניין שבהלכה אינו מילת קסם המונעת על הסף את הדיון באותו עניין על-ידי בית-משפט זה".

שם ישב לצד יו"ר הוועדה שופט נוסף מבית המשפט העליון, השופט ברק. מטרת הוועדה (שעמדי בראשה) הייתה להציע מבנה רציונלי של מערכת בתי המשפט, אשר ייעל את עבודת המערכת ויקל את העומס המוטל על שופטיה. אין כל רע שבוועדה כזו ישבו גם שני שופטים אשר מכירים מניסיונם את המערכת השיפוטית על שלוש דרגותיה.

הוועדה הציעה להגבית את תקרת הסמכות של בית משפט השלום ולהסמיכו לדון בתביעות ששיעורן עד 5.2 מיליון שקלים (במקום תקרה של מיליון שקל). עם זאת, בתחומים מסוימים – אזרחיים בעיקר (משפט מנהלי, דיני קניין רוחני, דיני חברות ופירוקים, תובענות ייצוגיות, ענייני ניירות ערך) – הוצע כי הערכאה הדיונית תמשיך להיות בית המשפט המחוזי ועליה יהיה ערעור בזכות לבית המשפט העליון. האם אין בכך כדי להפריד את הערכאות הגבוהות – שידונו דרך קבע בעניינים אזרחיים של בעלי ההון – מהערכאות הנמוכות שידונו בענייניהם של פשוטי העם? נטען, כי הדבר יפגע באמון הציבור במערכת המשפט, משום הרחבת הפער בין השופטים העליונים לציבור. חשוב להבין שביסוד החלטת הוועדה עמדה המטרה של העברת סמכויות מבית המשפט המחוזי לבית משפט השלום. המגמה היסודית בהמלצות הוועדה הייתה שתהיינה בסופו של התהליך שלוש ערכאות – ערכאה דיונית בעניינים פליליים ואזרחיים בבית משפט השלום, ערכאת ערעור כללית בבית המשפט המחוזי, ובית משפט עליון שישימש, בכפוף לרשות שתינתן, כערכאת ערעור שנייה ובנוסף ידון בעניינים נוספים הנמצאים בסמכות בית המשפט הגבוה לצדק. שאלנו את כל מי שהופיע לפני הוועדה מהו המודל הרצוי למערכת בתי המשפט, לו היא הייתה יכולה להיות מוקמת מחדש. הדעה הכללית הייתה, שהמבנה הרצוי הוא מבנה בעל שלוש ערכאות כנוכח לעיל. עקרונית, עמדה זו הייתה מקובלת על הוועדה. עם זאת, חברי הוועדה סברו, שהואיל וכבר קיימת מערכת בתי משפט הפועלת על פי מערכת סמכויות שונה, יש לבצע את הרפורמה בשלבים: בשלב הראשון יש להעביר חלק מהסמכויות מבית המשפט המחוזי לבית משפט השלום, ורק בשלב מאוחר יותר להעביר את יתר הסמכויות. זו ההצעה המופיעה בדוח. על רקע הכוונה להעביר בשלב הראשון רק חלק מסמכויות בית המשפט המחוזי לבית משפט השלום, קבעה ועדת הרפורמה בצורה מפורטת אילו תחומים ראוי שייותרו באופן זמני בבית המשפט המחוזי ולא יועברו לסמכותו של בית משפט השלום. כך, למשל, הוחלט באשר לתחומי המסים, התאגידים, ניירות הערך וכו'. קביעה זו נעשתה על יסוד מערכת שיקולים המפורטת בדוח הוועדה. מערכת השיקולים כללה את מידת מורכבות השאלות המתעוררות באותם תחומים וטיבן הקשה, את המידה שבה תחומים אלה טרם הוסדרו בפסיקת בית המשפט העליון, כגון תביעות ייצוגיות, ניירות ערך וכו'. אין צורך לומר, שלא הייתה כל כוונה להפלות בין עניים לעשירים, והמלצות הוועדה כלל אינן גורמות להפליה כזו. תחומי התביעות הייצוגיות ופשיטת רגל, וכן המשפט המנהלי או דיני המסים, למשל, אשר על פי ההצעה הושארו בבית המשפט המחוזי, אינם מנת חלקם של אנשים עשירים בלבד, ואף לא בעיקר שלהם.

לסיום, כיצד אתה מסכם את שנות פעילותך הרבות בשופט ומהן תבניותיך לעתיד?