

שוויון וצדק על כפות המאזניים: ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין¹

מראיינים: אלדה אסקלסקי ורומן צ'רני*

א. משפט ציבורי

1. משפט חוקתי

(א) דוקטרינת הבשלות החוקתית

1. בפסקי הדין בג"ץ בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה² ובג"ץ איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל³ הייתה שותף לדעת הרוב שקבעה כי יש לדחות את העתירות נגד חוקתיות חוק יסודות התקציב⁴ וסעיף 56 לחוק ניירות ערך,⁵ על יסוד דוקטרינת "הבשלות החוקתית".⁶

לעומת זאת ילנה צ'צ'קו כותבת במאמרה "על בשלות וחוקתיות"⁷ כי מאז שנות השמונים קיימת מגמה המדגישה את החשיבות שבעקרון "הביקורת השיפוטית" על דברי חקיקה, אף בהיעדר נסיבות קונקרטיות או עותר ספציפי.

מהי לדעתך המגמה הדומיננטית בפסיקה באשר להתייחסות בית המשפט לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית? מהי המדיניות הרצויה בהקשר זה?

בפרשת איגוד הנאמנים הצבעתי על כללים המצויים בשיטת המשפט האמריקאית, "אחותנו הבכירה", המנחים את מידת התערבותה של הרשות השופטת במעשי חקיקה.⁸

-
- 1 כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה ב-7.10.2013 אלא אם נכתב אחרת.
 - * חברי מערכת דין ודברים.
 - 2 בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, פסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 2012).
 - 3 בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל, פסקה 11–21 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 2012) (להלן: עניין איגוד הנאמנים).
 - 4 חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), תשע"א–2011, ס"ח 195.
 - 5 סעיף 56 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968, ס"ח 234.
 - 6 ילנה צ'צ'קו, "על בשלות וחוקתיות – בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר ובג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל", משפטים מג (תשע"ג) 419, בעמ' 440.
 - 7 שם, בעמ' 420, 426–427.

החוקה האמריקאית עצמה קובעת כי בתי המשפט ידונו רק במקרים שבהם עולה הצורך להכריע בסכסוכים. מכאן הסיקו בתי המשפט שם שאין לדון בעניינים שטרם קם הצורך להכריע בהם. למשל: מקרה שבו דבר החקיקה טרם יושם, וייתכן כי יישומו לא יעורר קושי מאחר שלא יסב פגיעה בציבור.

בית המשפט העליון האמריקאי הוסיף על אלה ופיתח "כללי תבונה", נוסף על כללי ההתערבות הקבועים בחוקה. כללים אלו משקפים את התפיסה שלפיה התערבות בתי המשפט בפעילות הרשויות האחרות תהיה פועל יוצא של החלטה מושכלת ונבונה. לפי כללים אלו למשל ענייני מדיניות אינם בני שפיטה.⁹

יתרה מכך, קיים ביכור בשיטות המשפט האנגלו-סקסיות לאפיק התקיפה העקיפה בשל היתרונות הגלומים בו. יתרון מובהק אחד בא לידי ביטוי בקונקרטיזציה של השאלה החוקתית, המשמשת לעתים מסננת מפני התערבות. לעתים העובדות עצמן מלמדות שאין צורך בהכרעה חוקתית.¹⁰

כללי התבונה נועדו להגן על בתי המשפט מפני כניסה לזירת ההתמודדות הפוליטיות. השופט ברק נוהג להזכיר תכופות את האמרה: "לבית המשפט אין ארנק ואין חרב".¹¹ אמרה שטבע המדינאי אלכסנדר המילטון בסוף המאה השמונה-עשרה כאשר החוקה האמריקאית הובאה לאישור המדינות. הוא תיאר את בתי המשפט כגופים שבירים ופגיעים שאין ברשותם כוח צבאי ותקציב ואף לא רצון משלהם (חלק אחרון זה של האימרה אין מרבים לצטט אצלנו). הם אינם יוזמים פסיקה, הלכות או דיון שאינו מובא אליהם על ידי שני צדדים בעניין קונקרטי. הגבלה זו על כוחו של בית המשפט שומרת על משאביו המוגבלים, שמתבטאים בעיקר באמון הציבור. כדי שבית המשפט יוכל למלא את תפקידו העיקרי בהגנה על זכויות אדם, בעיקר על זכויות המיעוט,¹² עליו למלא אחר כללי התבונה המנתבים את משאביו המוגבלים למקרים שבהם הם נחוצים.

לדעת, תפיסה זו באה לידי ביטוי בישראל בכמה פסקי דין, כגון בפרשת איגוד הנאמנים, בפרשת בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה ובפרשת הנגבי. באותו מקרה החליט בית המשפט שלא להתערב בהחלטת ראש הממשלה למנות את הנגבי

8 עניין איגוד הנאמנים (לעיל, הערה 3) בעמ' 11–12.

9 שם, בעמ' 13.

10 שם, בעמ' 11–13.

11 ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 427 (להלן: עניין בנק המזרחי).

12 עניין איגוד הנאמנים (לעיל, הערה 3) בעמ' 14–15.

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

לשר¹³. החלטה זו והחלטות אחרות שלי שהקפידו על כיבוד הרשויות האחרות אפשרו לבית המשפט אצלנו לרכז את משאביו בפסק דין כדוגמת פרשת בשארה. באותו עניין הגן הרכב השופטים על זכותו של חבר כנסת לחופש הביטוי, בעיקר מאחר שמדובר בחופש ביטוי פוליטי של המיעוט הערבי, שלו נדרשת הגנה מרבית.¹⁴ השקפתי היא שביכולתו של בית המשפט לפרוס הגנה רחבה מעין זו גם בעתיד, כל עוד ירכז את משאביו במקומות הנדרשים ולא יפזרם במקומות שאליהם אינו נדרש להיכנס.¹⁵

(ב) הזכות לפרטיות

2. בעניין בג"ץ האגודה לזכויות האזרח בישראל נאמר:¹⁶

"אנו חיים היום במה שמכונה 'עידן המידע'. עידן בו המציאות הטכנולוגית המתקדמת מאפשרת העברה מידית של נתונים בהיקפים גדולים ביחס לעולם הסובב אותנו... ובמהלך השנים נוצרו גם טכנולוגיות מודרניות המאפשרות לאסוף את המידע הזורם... השילוב בין יכולת העברת המידע במהירות והיכולת לאוספו העניקה לגורמים שונים... מגוון רחב של כלים ואפשרויות פעולה שלא היו בידיהם בעבר".

- 13 ראו: בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נז(6) 817, בעמ' 835–836 (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון ה-1): "עקרונות אלה כולם – שלטון החוק, הפרדת הרשויות תוך איזונים ובלמים ביניהן, סמכות הביקורת השיפוטית וכן מנגנוני הביקורת הדמוקרטיים הנוספים – ניצבים כעמודי תווך במשטר הדמוקרטי. הם תנאי-בלעדי-אין לשמירת זכויות האדם, ואלה הן גרעין המשטר הדמוקרטי, החותר לקידום טובת האדם [...] בית-משפט זה אימץ, לכל רוחב הקשת של הביקורת השיפוטית על פעולותיהן ועל החלטותיהן של הרשויות השלטוניות, כללים שונים, אשר המכנה המשותף להם מבטא ריסון עצמי שיפוטי...". ראו גם: בג"ץ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(3) 145, בעמ' 186 (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון ה-2): "...הלכה ברורה היא כי לא כל התנהלות בלתי תקינה ולא כל חשש תאורטי לניגוד עניינים די בהם כדי להקים עילה להתערבותו של בית-משפט זה. התוויית הגבולות בין תחומי המשפט והאתיקה וקביעת אזורי החפיפה ביניהם הן מלאכה הדורשת ריסון וזהירות מצדו של בית-המשפט, בייחוד מקום שבו מדובר בהחלטות הנוגעות להרכב הממשלה...".
- 14 בג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס(4) 287, בעמ' 337 (להלן: עניין בשארה).
- 15 שם, בעמ' 336–337: "ראוי, מכל מקום, להכיר בחשיבות המיוחדת של הביקורת השיפוטית באותם מקרים שבהם עומדות על הפרק זכויות היסוד של האדם. כאן חשוב לה לביקורת השיפוטית שתמצה את מלוא כוחה ויכולתה. יכולת זו תעמוד לה אם תשכיל להימנע מפיזור משאביה המשפטיים והחברתיים הניזונים מאמון הציבור מקום שבו מתרחב מתחם הכיבוד...". ראו גם: בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 3 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 2012) (להלן: עניין גלאון).
- 16 בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 1 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 2012) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל).

בפסק דין זה דחה בית המשפט את טענת האגודה שלפיה חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) (להלן: **חוק נתוני התקשורת**) אינו חוקתי.¹⁷ נפסק כי השימוש בהוראות החוק אינו פוגע בזכות החוקתית לפרטיות מעבר לדרישת המידתיות בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁸

בשנת 2012 הגיעה אל בית המשפט העליון עתירה נגד חוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגר מידע, התש"ע 2009 (להלן: **חוק המאגר הביומטרי**).¹⁹ העותרים סבורים שאין התאמה בין מטרת החוק – מניעת זיוף מסמכי זיהוי – לבין האמצעי – הקמת מאגר המרכז מידע ביומטרי של כלל תושבי המדינה, שהוא בבחינת מנגנון מעקב ושליטה חסר תקדים בעל יכולת פגיעה בחירותו ופרטיותו של האדם.²⁰ בית המשפט דחה את העתירה בקבעו שהעתירה הקדימה זמנה, וכי על העותרים היה להמתין לסיום תקופת הניסיון שנקבעה לחוק.²¹

מה דעתך בנוגע לחוק המאגר הביומטרי ופגיעתו האפשרית בזכות לחירות ולפרטיות?

ת: השאלה עשויה לשוב לפתחו של בית המשפט בסיום תקופת הניסיון שנקבעה בחוק והייתי מבקש אפוא להימנע מהבעת דעה בנושא.

(ג) הזכות החוקתית לחיי משפחה ושוויון

3. בבג"ץ **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי**,²² אשר עסק בחוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), הצטרפת לחוות דעתו של השופט חשין שלפיה למדינה זכות לשמור על ביטחונה ועל שלום אזרחיה, אף על חשבון הזכות לקיום התא המשפחתי השלם, וזאת במניעת כניסתם של אזרחים זרים שנישאו לאזרחים ישראלים.²³

כיצד תשיב למבקרים הרואים בפסק הדין ביטוי לתפיסה אתנוקרטית?²⁴

-
- 17 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח–2007, ס"ח 72; עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל (לעיל, הערה 16) בעמ' 35.
- 18 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 150.
- 19 חוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי במסמכי זיהוי ובמאגר מידע, התש"ע–2009, ס"ח 256.
- 20 בג"ץ 1516/12 נהון נ' הכנסת (פורסם בנבו, 2012) (להלן: עניין נהון).
- 21 שם.
- 22 בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (להלן: עניין עדאלה); חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003, ס"ח 544.
- 23 עניין עדאלה (לעיל, הערה 22) בעמ' 264–266, 271, 275.
- 24 ראו: יעקב בן-שמש, "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה – בעקבות בג"ץ חוק האזרחות

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

ת: את השקפתי בסוגיה זו הבהרתי בעניין גלאון.²⁵ עמדתי עומדת בפני עצמה. לא יהא זה מדויק לומר כי אני מצטרף לחוות דעת אחרת כפי שבאה לידי ביטוי באחד משני פסקי הדין. נדרשתי בפסק דיני לקושי הכרוך בכך שהמחוקק טרם הסדיר את כללי ההגירה לישראל בחוק מקיף, עקרוני וכולל.²⁶ הימנעות המחוקק מלהסדיר סוגיה זו מניחה לפתחו של בית המשפט שאלות הנתונות במחלוקת ציבורית והחורגות מגבולות סמכותו הרגילה של בית המשפט בשיטות משפט אחרות. מדינת ישראל חריגה בגישתה הנמנעת מקביעת מדיניות הגירה מלאה וברורה. בפסק דיני הפניתי לדין האמריקאי, שם בחר המחוקק לגבש מדיניות הגירה ברורה ושלמה ונמנע מלמסור לידי בית המשפט את הצורך להכריע בשאלות של מדיניות על פי המקרה המזדמן. עם זאת עמדתי שם על חשיבות הביקורת השיפוטית המצויה בגרעין התפקיד השיפוטי בחברה דמוקרטית.²⁷ ההידרשות לשאלות העומדות מצד אחד בליבת התפקיד השיפוטי והנושקות מצד אחר למחלוקת ציבורית צריך שתיעשה תוך התחשבות בשיקולים הערכיים העומדים ביסוד תפיסת השיפוט וביסוד תפישת הכיבוד – deference. ההקפדה על כיבוד הרשויות האחרות במקום שבו ראוי הדבר היא תנאי למיקוד משאביו המוגבלים של בית המשפט לצורך הגנה על זכויות האדם.²⁸ כך אצלנו וכך אצל אחותנו, שיטת המשפט האמריקאית.

בית המשפט העליון בארצות הברית מגלה יחס של כיבוד deference כלפי הרשויות הפוליטיות בעניינים הנתונים לתחום מומחיותן, מתוך הכרה כי לא כל העניינים נועדו לעבור תחת שבט הביקורת השיפוטית וכי קיימים עניינים שאותם מוטב להשאיר להכרעתן של הרשויות הנבחרות. אחד מעניינים אלה הוא נושא ההגירה אל הארץ והכניסה אליה. כאן הגיעה דוקטרינת הכיבוד לכדי יישום מרבי. נקבע כי בעניינים אלה

והכניסה לישראל, משפט וממשל י (תשס"ז) 47, בעמ' 48: "... אתמקד בבחינת העמדה שהביעו שניים משופטי ההרכב – המשנה לנשיא מ' חשין [...] שלפיה חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע כלל בזכויות חוקתיות. כפי שאראה עמדה זו נשענת על קונסטרוקציות משפטיות חדשניות ביחס לשאלה כיצד נקבע היקפן של זכויות חוקתיות [...] אבקש לבחון את השאלה מה מניע חדשנות זו. אציע, כהסבר אפשרי, את הטענה כי מה שעומד בבסיס חדשנות זו הוא השיקול הדמוגרפי שעניינו שמירת הרוב היהודי במדינת ישראל, אשר מתבטא בהקשר זה ברצון לצמצם את הגירתם של פלסטינים לתחומי מדינת ישראל". ראו גם: אייל גרוס, "מאוהב לאויב: צדק, אמת, יושר ושכל ישר בין ישראל לאוטופיה בבג"ץ חוק האזרחות" המשפט י"ג (תשס"ח) 141, בעמ' 143.

25 עניין גלאון (לעיל, הערה 15) בעמ' 229.

26 "מדיניות הגירה, נישואין ואיחוד משפחות בישראל" (נייר עמדה של המכון לאסטרטגיה ציונית, אוגוסט 2009), בעמ' 5.

27 עניין עדאלה (לעיל, הערה 22) בעמ' 258–259.

28 עניין בשארה (לעיל, הערה 14) בעמ' 336–337; עניין גלאון (לעיל, הערה 15) בעמ' 229.

הכיבוד הוא מוחלט, ולרשויות הפוליטיות בארצות הברית מוענק plenary power – סמכות מוחלטת.²⁹

המשאבים העומדים לרשות בית המשפט מוגבלים הם.³⁰ כיוון שאין לה לרשות השופטת לא ארנק ולא חרב, המשאב העיקרי העומד לה הוא אמון הציבור. בהזדמנויות קודמות³¹ עמדתי על כך שההימנעות מן הירידה אל זירת המחלוקת הפוליטית וכיבוד הרשויות הפוליטיות במקרים הראויים לא באה להעצים את כוחן של אותן רשויות כי אם לשמור על משאביה של הרשות השופטת. זו הדילמה העומדת בפני כל בית משפט חוקתי ובפני כל בית משפט מנהלי. מצד אחד עומד הצורך לקיים ביקורת שיפוטית, חוקתית ומנהלית, ומצד אחר עומד הרצון להימנע מפני כניסה אל זירת המחלוקת הציבורית, כניסה שעשויה לנגוס במשאבים שעומדים לרשות בית המשפט.

אכן, גם בנושא שנידון בתיק הזה עשויות להיות מעורבות זכויות אדם. אך אי אפשר להתעלם מן הזכות לחיים – זכותם של כל אזרחי המדינה ותושביה. בעניין זה האחרון יש להבין, כך כתבתי שם, כי בית המשפט אינו חי בפלנטה אחרת ולא הוספתי את המובן מאליו, כי אל לו לשכוח לעולם את אותה "פלנטה אחרת".³²

בבחינת השאלה שעמדה להכרעה בפסק דין זה מצאתי כי הפגיעה הקיימת בזכות הרחבה לחיי משפחה היא לתכלית ראויה – ההגנה על הזכות לחיים – ואינה עולה על הנדרש. על כן מסקנתי הייתה כי החוק חוקתי ויש לדחות את העתירות.³³

2. משפט פלילי

4. בפרשת יששכרוב³⁴ אומצה דוקטרינת הפסילה החוקתית כמסלול חלופי לפסילת ראיה לפי ס' 12 לפקודת הראיות. הערעור על פסק הדין הוגש בשנת 1998, ופסק הדין ניתן בשנת 2006. הנימוק להתמהמהות זו היה:³⁵

-
- 29 עניין גלאון (לעיל, הערה 15) בעמ' 230–231; ילנה צ'צ'קו (לעיל, הערה 6) בעמ' 439–440.
- 30 עניין בנק המזרחי (לעיל, הערה 11) בעמ' 427; עניין איגוד הנאמנים (לעיל, הערה 3) בעמ' 14–15.
- 31 עניין התנועה למען איכות השלטון ה'1 (לעיל, הערה 13) בעמ' 835–836; עניין התנועה למען איכות השלטון ה'2 (לעיל, הערה 13) בעמ' 186; עניין בשארה (לעיל, הערה 14) בעמ' 336–337.
- 32 עניין עדאלה (לעיל, הערה 22) בעמ' 264–265.
- 33 שם, בעמ' 268–275.
- 34 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (להלן: עניין יששכרוב); סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971, ס"ח 421.
- 35 שם, בעמ' 494.

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

"נוכח החשיבות המשפטית, הציבורית והחברתית של הסוגיות המונחות לפתחנו ובהתחשב במגוון ההסדרים הנוהגים בהקשר הנדון במדינות אחרות, ראינו להמתין עם מתן הכרעתנו, שמא יימצא לשאלות אלה מענה בחקיקתה של כנסת ישראל. משלא בשלו הצעות-החוק האמורות לכדי חקיקה מאז הגשת הערעור ועד היום, אין מנוס מדיון בטענות הצדדים והכרעה בהן".

בהתחשב בחשיבות סוגיה זו, ההשלכות מבחינת הזכות להליך הוגן, הזכות לחירות וכיוצא באלה, מדוע מצאתם לנכון להמתין למחוקק?³⁶ האינך סבור שחובתה של הרשות השופטת להבטיח הליך הוגן חייבה נקיטת צעדים מידיים?

ת: בכל הנוגע להסדרים חוקיים חדשניים, מורכבים ועקרוניים ראוי להותיר בידיו של המחוקק את הבחירה להציע משטר חוקי חדש. למחוקק היתרון המוסדי והעדיפות הנורמטיבית בכל הנוגע לגיבוש משטרים משפטיים עקרוניים בעלי השלכות רחב. בית המשפט ער למשכם של הליכי החקיקה ועל כן הוא בוחר להמתין למחוקק, לעתים במשך שנים.³⁷ משחולפות השנים ובאין מענה בחקיקה מגיעה השעה שבה צורכי המשפט גוברים על יתרון ההמתנה, ובית המשפט נפנה אז להסדרת המצב המשפטי.³⁸

36 בועז סנג'ור, "כללי פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף", משפט וצבא יט (תשס"ז) 67, בעמ' 68.

37 ראו גם: רע"א 4447/07 מור נ' ברק איי.טי.סי החברה לשירותי בוק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664, פסקאות 22, 37 לפסק דינו של השופט ריבלין (להלן: עניין מור): "הנה כי כן, שאלת הגילוי מערכת שיקולים כבדי משקל וניתן לומר כי מדובר בסעד בעל השלכות חמורות, גם במישור החוקתי [...] אולם האפשרות לפסוק את הסעד המבוקש תוך איזון בין השיקולים שצוינו מותנית בקיומה של מסגרת דיונית ראויה [...] כל עוד אין דבר חקיקה הקובע הסדר פרטני למתן הצו המבוקש בהקשר של לשון הרע באינטרנט, אין מנוס מלבחון אם קיימת מסגרת כללית [...] שבגדרה ניתן להורות לצד שלישי לחשוף פרטים לגבי נתבע עתידי [...] לא מצאתי כי קיימת כיום מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי, ולשיטתי אין 'להמציא' מסגרת כזו בחקיקה שיפוטית' [...] כשלעצמי, אני חש כי גם הפעם הזו, עלול בית-המשפט לעבור את המידה הראויה, להשיג גבולם של אחרים, להכיר ביצירת 'משפט מקובל' בפסקי דין שאינם תקדים – והכול ללא אחיזה בחוק ובחקיקת המשנה – חקיקה שהמחוקק עצמו ער לה, עוסק בה ומתחבט בה".

38 ראו: עניין יששכרוב (לעיל, הערה 34) בעמ' 541–542: "ייתכן שראוי היה כי אימוצה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין ייעשה על-ידי המחוקק. מסיבה זו אף המתנו עם מתן פסק-דיננו, בתקווה כי הסוגיה תוסדר בחקיקתה של כנסת ישראל [...] עם זאת, משלא בשלו הצעות-החוק בנושא לכדי חקיקה מאז הגשת הערעור ועד היום, אין מנוס מהכרעה שיפוטית בשאלה האם יש לשנות מההלכה הפסוקה שנהגה בשיטתנו המשפטית עד כה, ולפיה דרך השגתה של ראיה לחוד ושאלת קבילותה לחוד [...] העובדה כי לאחר חוקי היסוד לא ראה המחוקק לקבוע דוקטרינה סטטוטורית מפורשת המתירה בנסיבות מתאימות פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין, אין בה כדי לפטור את בית-המשפט מחובתו להתאים את פסיקתו בסוגיה האמורה לרוחם של חוקי היסוד, לשם יצירת 'קוהרנטיות נורמטיבית'". ראו גם: ע"א 9183/09 The Football Association Premier

5. ניתן לחשוב על כמה גישות באשר לענישת נבחר ציבור: גישה מקלה, הגורסת שעובדת היותו של אדם נבחר ציבור צריכה לפעול לטובתו בהטלת האשמה וגזירת העונש;³⁹ גישה מחמירה, הגורסת שעובדת היותו של אדם נבחר ציבור גוזרת עליו חובות מוגברות כנאמן ציבור, ולכן יש להחמיר עמו בהטלת האחריות ובגזירת העונש למען יראו וייראו;⁴⁰ גישת ביניים, ולפיה יש להתייחס לנבחר הציבור ככל האדם. בפרשת הירשזון נאמר כך:

“מעשי המעילה והגניבה בהם הורשע המערער חמורים הם מאין כמותם. המערער, שנשא בתפקיד בכיר ועמד בראש הע"ל, אמור היה לשמש כנאמן של התאגיד ושל ציבור החברים בו... בנסיבות אלה, לא שוכנעתי כי העונש שהוטל על המערער חורג מרמת הענישה הראויה. המערער צדף עצמו לכת נהנתנים הרואים היתר לעצמם ליהנות ממנעמי השליטה והשלטון תוך גזילת כבשת הרש – במקרה זה, כספיהם של חברי הע"ל; העונש שנגזר עליו משקף, בדוחק מסוים, את חומרת המעשים”.⁴¹

האם ניתן לומר שפסק הדין משקף את הגישה המחמירה? האם האיזון בין השיקולים שבבסיס כל אחת מן הגישות צריך להניב גישה עקרונית או שנדרש איזון בכל מקרה לגופו?

ת: כמו בכל משפט פלילי נדרש איזון בכל מקרה לגופו כשהשיקולים הכלליים יותר, השיקולים של תקנת הציבור, יכולים להיות מובאים בחשבון אולי בעיקר בעניין העונש ופחות בעניין האחריות. זאת משום שאיש הציבור משמש בהרבה מקרים דוגמה לאחרים בהתנהגותו. הנוק החברתי שנגרם במקרה שאיש ציבור עובר עברה חמור מכמה היבטים: מהיבט אחד, התנהגותו עלולה לשמש איתות לדרך התנהגות נורמטיבית לכאורה, ומההיבט השני להסב פגיעה באמון הציבור ברשויות השלטוניות. לבסוף, ריבוי

League נ' פלוני, פסקה 26, 31 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 2012) (להלן: עניין: Premier League): "אלא שחשיפת פרטיו של מפר – גם במקרה שכזה – מצריכה הסדרה חקיקתית [...] טוב יעשה אפוא המחוקק אם יזדרז ויסדיר את הסוגיה [...] מסכים אני עם חברי השופטים ח' מלצר ונ' הנדל כי בהיעדרה של חקיקה, לאורך זמן, ראוי יהא לעצב תרופה שיפוטית למכת ההפרה".

39 ראו: יצחק אליאסוף, "אתיקה של עובדי ציבור בישראל", שנתון, משפט העבודה ב' (תשנ"א) 45.

40 ראו: ער"מ 5217/06 אלסברי נ' עיריית תל אביב יפו, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 2007).

41 ע"פ 7641/09 הירשזון נ' מדינת ישראל, פסקה 105 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 2011).

שוויון וצדק על כפות המאזניים :
ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

ההתנהגות החריגה הפלילית מצד איש הציבור יביא את הציבור למחשבה שאין טעם להשתתף בהליך הדמוקרטי מפני שממילא תוצאותיו נושאות אופי שלילי.⁴²

ככלל, הענישה בעברות פליליות חמורות, לאו דווקא מצד איש ציבור, צריכה להיות ענישה חמורה. איני אומר שיש להשוות את רמת הענישה לזו המצויה במדינות דמוקרטיות אחרות, ברם ההשוואה מלמדת שרמת הענישה בישראל מקלה, ואף מאוד. לדעתי, יש להביא בחשבון הענישה את הצורך למנוע התנהגויות שהתוצאה שלהן היא הרת אסון לחברה ולמדינה.

6. סנגורים פונים לא אחת לבג"ץ בבקשה להתערב בהחלטות ביניים בלתי הפיכות מבחינתם בהליך הפלילי ונדחים בהתבסס על הלכת **הלפרין**.⁴³ נראה שכשהפרקליטות פונה באותה בקשה, כמו בבג"ץ **מדינת ישראל נ' בית משפט השלום והמחוזי ב-ם**,⁴⁴ בבג"ץ **התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין לערעורים**⁴⁵ ובבג"ץ **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע**,⁴⁶ בית המשפט מרחיב את המבחנים כדי לאפשר התערבות בג"ץ בהחלטות ביניים, באופן שאינו מתיישב עם הלכת **הלפרין**.

מה דעתך בנושא? האין כאן יחס שונה לפרקליטות לעומת הסנגוריה?

ת: יש כמובן להקפיד על יישום ההלכה כלשונה וכרוחה בלא קשר לזהות הפונה. ככלל התערבותו של בג"ץ בנושאים אלה צריכה להיות מתונה ומדודה.⁴⁷

3. דיני מסים

7. בפרשת **ורד פרי** נקבעה הלכה שהיית שותף לה, ולפיה יש להתיר ניכוי הוצאות השגחה וטיפול בילדים ככל שהן בעלות זיקה ממשית וישירה לייצור ההכנסה. במסגרת פסק הדין ציינת את הדברים האלה:

- 42 ראו: ע"פ 5083/08 בניזרי נ' מדינת ישראל, פסקה 60 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 2009).
- 43 בג"ץ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מא(4) 683. הלכת הלפרין קובעת כי התערבות בהחלטות ביניים בהליך פלילי אפשרית אך ורק במקרים של חוסר סמכות או שרירות בעניין מנהלי טהור.
- 44 בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום והמחוזי ב-ם, פ"ד ס(1) 360.
- 45 בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד נז(4) 625.
- 46 בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע, פ"ד סא(3) 93.
- 47 ראו: חמי בן-נון, טל חבקין, הערעור האזרחי (תשע"ב) בעמ' 63–64: "...בג"ץ רשאי – אך לא חייב – להידרש לעניין שבתחום סמכותן של ערכאות השיפוט האחרות, אולם הוא יעשה כן במקרים חריגים ויוצאי דופן ורק לאחר שמוצו כל הליכי התקיפה האחרים. ככלל יימנע בג"ץ מלהושיט סעד המתערב בהחלטה של טריבונל אחר [...] אף על פי כן, לא אחת בג"ץ יושב לדין כחריג לכלל, כשסמכותו מעין-ערעורית".

"השיקול בדבר עידוד כניסת נשים לשוק העבודה אינו השיקול המנחה ואף אין הוא מהווה שיקול משני בתוצאה שאליה הגענו. התוצאה שאליה הגענו, כפי שהובהר, נובעת מעקרונות הבסיס של דיני המס ומהתכלית של מיסוי הכנסתו האמיתית של הנישום".⁴⁸

צילי דגן כותבת במאמרה "הוצאות הטיפול בילדים בעקבות תיקון מספר 170 לפקודת מס הכנסה": "העובדה שאי ההתחשבות בהוצאות הטיפול בילדים מטילה את עיקר הנטל על נשים, אין משמעה שהמנגנון המוצע חייב להישאר מנגנון נשי. אין צורך שהפתרון ינציח את הנשיות של הבעיה... ואולם חוק המנוסח בצורה 'ניטראלית' יהיה עדיף מבחינה אקספרסיבית".⁴⁹

בהתחשב בחשיבות שאתה מייחס בפסיקתך לשוויון, מדוע העדפת להימנע מדיון בהשפעת ההלכה על שילוב נשים בשוק העבודה?

יתרה על כן, נראה כי בסופו של דבר ההלכה לא חוללה שינוי בחיי המעשה. האם צפית זאת?

ת: פסק הדין המרכזי בפרשת ורד פרי, שנכתב על ידי, נתן פרשנות פשוטה ונכונה ללשון החוק. ככלל, תמיד הקפדתי ליתן תוקף, ככל האפשר, לכוונתו המקורית של המחוקק כשאנו עוסקים בפירוש חוק, להבדיל מפרשנות חוקה. חוקה מבטאת את רצון העם ופונה לרמת הפשטה נורמטיבית אחרת. לעומת זאת החוק מבטא את רצון המחוקק, וראוי לנסות ולהתחקות אחר כוונתו המקורית.⁵⁰ בעניין הנדון פירשתי את החוק על פי לשונו והגיונו. עם זאת, ערך השוויון תמיד עמד לנגד עיני בית המשפט, והצורך להגשימו בגבולות החוק הוא צורך מרכזי. במקרה זה התמזג ערך השוויון המגדרי עם לשון החוק כפי שפורשה על ידי עד שהיה ניתן להגיע לתוצאה הראויה גם מבחינה ערכית על פי פרשנות טבעית של החוק.⁵¹ הדגשתי את גישתי בדבר הצורך לכבד את מצוות המחוקק

48 ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי, פסקה 32 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 2009) (להלן: עניין ורד פרי).

49 צילי דגן, "הוצאות הטיפול בילדים בעקבות תיקון מס' 170 לפקודת מס הכנסה", מחקרי משפט כה (תשס"ט-תש"ע) 889, בעמ' 898.

50 אהרון ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, תשנ"ד) בעמ' 117: "תכלית סובייקטיבית של דבר חקיקה עשויה לנגוד את החוקה. פרשן נאמן ייתן ביטוי מלא לתכלית הסובייקטיבית ויפרש על-פיה את החוק, אפילו אם פירושו נוגד את החוקה. בכך תוגשם נאמנותו של השופט לחוק ולמחוקק. אותו פרשן נאמן יתן ביטוי מלא לחוקה, ויקבע את הניגוד שבינה לבין החוק, ואם הוא מוסמך לכך – אף יקבע את בטלות החוק. בכך תוגשם נאמנותו של השופט לחוקה ולמכונניה".

51 עניין ורד פרי (לעיל, הערה 48) בפסקה 32 לפסק דינו של השופט ריבלין: "...רמוז לתפישה הארכאית ניתן גם למצוא אצלנו בעובדה שנקודות הזיכוי התייחסו רק לאישה. הניכוי, לעומת זאת, על-פי פרשנותנו, יהא דו-מיני. זניחת התפישה הארכאית בענייננו משתלבת,

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

וסברתי כי במקרה זה אין צורך להתייחסות נפרדת לחשיבות השוויון המגדרי, שכן הדברים התיישבו זה עם זה. בחירתו המאוחרת של המחוקק לשנות מן הכוונה המקורית ולהמיר את ההוראה החוקית בהוראה שונה היא כמובן בחירה לגיטימית, והשאלה אם אני שותף לבחירתו זו של המחוקק אין לה כל חשיבות.

ב. משפט אזרחי: כללי

1. דיני משפחה

8. בבג"ץ בן ארי, שהיית שותף לו, נקטתם גישה ניטרלית באשר לנישואי בני זוג מאותו מין. קבעתם שבית המחוקקים הוא שצריך להכריע בשאלה אם בני זוג מאותו מין יכולים להינשא בנישואים אזרחיים בישראל. בלשונכם: "איננו מחליטים כי בישראל מוכרים נישואים בין בני אותו מין; איננו מכירים בסטטוס חדש של נישואים אלה; איננו נוקטים כל עמדה באשר להכרה בישראל של נישואין בין בני אותו מין הנערכים מחוץ לישראל..."⁵²

מדוע שמרתם על ניטרליות במקרה זה? למה לא נוצלה ההזדמנות להביע דעה בעניין כדי לדבר מהלך חקיקתי, או לפחות לעורר דיון ציבורי?⁵³

ת: כל דבר בעתו. זו הייתה ראשית הדרך, והמשכה – מי ישרונו.

2. קניין רוחני

9. בפרשת Premier League קבעת ששימושים הוגנים הם טענות הגנה ולא זכויות משתמשים. פסקת שקביעה ששימושים הוגנים הם זכויות משתמשים תפר את האיזון בין הרצון

כאמור, עם עקרונות הבסיס של דיני המס ועם התכלית שיש למסות את הכנסתו האמיתית של הנישום ואת הכנסתה האמיתית של הנישומה".

52 בג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537, בעמ' 560.

53 ראו: אביטל אברהם ואיתי אפטר "ייבוא לישראל של הפוטנציאל הבינלאומי להכרה שיפוטית – ציבורית בתוקף נישואים חד-מיניים – מדע בדיוני?" הארת דין א(2) (תשס"ד) 110, בעמ' 120: "...ניתן לשער שהמדינה לא פעם מעדיפה כי לא יינתנו הכרעות עקרוניות בסוגיה, ואין זה מן הנמנע כי מגמה זו זוכה לפחות לעידוד שבשתיקה מצד הרשות השופטת. להערכתנו, שיקולים חברתיים ופוליטיים מעכבים את בית המשפט העליון מלהכריע ולקבוע מדיניות אשר תכיר בזוגיות החד-מינית".

להעניק תמריץ ליוצרים להפקת יצירות חדשות לבין השאיפה להעשיר את מגוון היצירות במרחב הציבורי.⁵⁴

בקיץ 2012 קבע בית המשפט העליון הקנדי בשורה של פסקי דין כדוגמת SOCAN v. Alberta,⁵⁵ כי "הטיפול ההוגן" הוא זכות משתמשים ולא טענת הגנה בלבד, וכי הדבר נובע מתכלית דיני זכויות יוצרים. כלומר, לא רק יוצרים יכולים לקדם את תכלית החוק, שהיא עידוד היצירה והפצתה, אלא גם משתמשים.

מה דעתך על פסיקה זו?

ת: עמדתו של בית המשפט בקנדה, כך נראה, שונה מעמדתנו.

ג. דיני נזיקין

1. כללי: מטרת דיני הנזיקין ויחסי הגומלין בינם לבין ענפי משפט אחרים

10. קיימות גישות שונות למטרות דיני הנזיקין. לדידן של הגישות המוניסטיות, דיני הנזיקין אמורים על השגת מטרת-על אחת. גישות מוניסטיות שונות מבקשות לקדם מטרות מגוונות העשויות להתנגש זו עם זו. הגישות הפלורליסטיות רואות בדיני הנזיקין אמצעי לקידום תמהיל מטרות, ובכללן המטרות שעומדות ביסוד הגישות המוניסטיות.⁵⁶

בפסקי דין באה לידי ביטוי השקפה פלורליסטית.⁵⁷ עם זאת לא ברור אם מבחינתך קיימת מטרה מסוימת, בין המטרות השונות של דיני הנזיקין, שהיא דומיננטית או חשובה מן האחרות,

54 עניין Premier League (לעיל, הערה 38) בעמ' 18–19.

55 Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) v. Bell Canada, SCC 36 (2012); Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) SCC 37 (2012). ראו גם: ניבה אלקין-קורן, "זכויות משתמשים", יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכויות יוצרים (מיכאל בירנהק וגיא פסח – עורכים, תשס"ט) 327, בעמ' 376: "... החוק מעגן את השימושים המותרים כזכות, ולא רק כטענת הגנה [...] זכויות משתמשים חשובות להגשמת תכליתו של חוק זכויות יוצרים – עידוד היצירה".

56 ראו: ישראל גלעד, דיני הנזיקין – גבולות האחריות (כרך א', תשע"ב) בעמ' 54–56 (להלן: ישראל גלעד, "גבולות האחריות א").

57 ראו: ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498 (להלן: עניין חמד); ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא (פורסם בנבו, 2005) (להלן: עניין

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

ולכן ניתן לה משקל גדול יותר בעיצוב התוצאה. כך למשל בפסקי דין מסוימים הדגשת את הגישה הכלכלית למשפט, באחדים הדגשת שיקולי צדק חלוקתי ובאחרים את הצדק המתקן. יתרה מזאת, לא ברור כיצד יש לשלב בין המטרות השונות.

מהן לדעתך המטרות שניתן וראוי לקדם באמצעות דיני הנוזיקין? מהו מקומן ומשקלן של כל אחת מהן בעיצוב הדין? האם יש בהן מטרות דומיננטיות?

ת: שלוש המטרות המתוארות בפסיקה ובחקיקה הן הצדק המתקן, ההרתעה היעילה והצדק החלוקתי. ברם שתי המטרות הדומיננטיות יותר, ככל שניתן לדרגן, הן הצדק המתקן וההרתעה היעילה.⁵⁸ מבין שתיהן בתי המשפט מעדיפים לפנות לצדק המתקן כמטרה העיקרית של דיני הנוזיקין. לגישתי, ההסבר נובע מכך שלשופטים נוח יותר עם עקרונות הצדק המתקן, שבאמצעותו ניתן לתקן את העוול שנעשה לניזוק באמצעות הכלי של השבת הניזוק לקדמותו, עד כמה שזה אפשרי. לשופטים קל להגשים מטרה זו יותר מאשר להגשים את מטרת היעילות הכלכלית – זו העוסקת בעוגה בכללותה ולא בנגזרותיה. היעילות הכלכלית מתאפיינת בהיבטים שאינם נוגעים בנפגע באופן אישי אלא לעתים משקפת מדיניות שאומרת שלא לפצות את הנפגע ולא להטיל אחריות על הפוגע.⁵⁹ למשל מקרים שבהם הוצאות המניעה גבוהות מתוחלת הנוזק, ועל כן מנקודת מבטה של הרווחה הכלכלית לא ראוי אולי להטיל אחריות. עם תוצאה כזו לשופטים קשה יותר להתמודד. קושי זה של השופטים עם שיטת הניתוח הכלכלי גורם לעיתים ויתור מצדם בשימוש כלי הניתוח הכלכלי, שימוש שהוא לגיטימי אפילו אם אינו מסכים לתוצאות הנורמטיביות שמציע הניתוח הכלכלי. כללי הניתוח הכלכלי מציגים את

אבו חנא); ע"א 9980/06 עיזבון אטינגר נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 2009) (להלן: עניין ע"א 9980/06 עיזבון אטינגר); דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל-חיפה נ' עדן מלול (פורסם בנבו, 2010) (להלן: דנ"א מלול). בפסקי דין אלו ניכרת הדגשתם של שיקולי הצדק המתקן והיעילות הכלכלית.

58 ראו: דנ"א מלול (לעיל, הערה 57) בפסקה 23 לפסק דינו של השופט ריבלין: "ראשית, כאשר החלתו של כלל מאזן ההסתברויות מובילה, באופן עקבי, לעיוות בהטלת האחריות הנוזיקית ולהכרעות שיפוטיות שגויות, יש בכך משום פגיעה בעיקרון הצדק המתקן [...] שנית, החלתו של כלל מאזן ההסתברויות על מחלקה של מקרים שבה קיימת הטיה שיטתית אינה רצויה גם מבחינת שיקולי ההרתעה".

59 ראו: עניין אבו חנא (לעיל, הערה 57) בפסקה 33 לפסק דינו של השופט ריבלין: "הצדק המתקן, כתכלית חשובה של דיני הנוזיקין, הוא אך ענף אחד בעץ רחב, המבטא את תפיסת הצדק האוניברסאלי – צדק המחייב שוויון, צדק המחייב הכרה בזכות לאוטונומיה, צדק המזין את התקווה". דברים אלו של השופט ריבלין מדגישים את תפיסתו כפי שבאה לידי ביטוי בפסק דין זה, ולפיה דיני הנוזיקין הם אמצעי המאפשר לבית המשפט "לשרטט" את מפת חייו של הניזוק, ובאמצעות עקרון הצדק המתקן להשיב את מצבו טרם קרות האירוע המכונן – האירוע העוולתי.

התוצאות הרחבות יותר של החלטה מסוימת שנוקט השופט ומאפשרים לשופט לקבל החלטה נורמטיבית באשר להטלת אחריות.⁶⁰ יש שופטים הנרתעים משימוש בכלי זה, שכן הוא מוכר להם פחות או מפני שהם מחליפים אותו בעצם התכלית של היעילות הכלכלית. לכן למעשה התכלית השולטת היא תכלית הצדק המתקן אשר מופעה בתחום הפיזיים הוא המופע של השבת המצב לקדמותו. עם זאת הצדק המתקן רחב מן המופע הצר והמסורתי שלו. בפרשת אבו חנא יצקנו לתוך עקרון הצדק המתקן תוכן עשיר יותר. בה בעת ביקשתי להצביע, בפרשת חמד, על מה שאינו מוכר כל כך והוא התוכן הדאונטולוגי שאותו ניתן ליצוק גם לתוך הנוסחה ה"כלכלית" של לרנד הנד.

11. רע"א פלונית נ' פלוני עוסק בין היתר בשאלה אם ניתן לפסוק פיצויים עונשיים בתביעת נזיקין לאחר הרשעת הנחבט בהליך פלילי בגין אותו מעשה.⁶¹ הרכב השופטים באותו מקרה פסק כי מטרת הפיצויים העונשיים זהות למטרות הענישה הפלילית. מכאן, ככלל, אין מקום לפסוק פיצויים עונשיים לאחר הרשעה פלילית. בעניין זה סברת, אגב אורחא, כי לא די בצידוקים המסורתיים לשם הטלת פיצויים עונשיים לאחר הרשעה פלילית. אך הוספת שאם פיצויים עונשיים משרתים מטרת אחרות שאינן מקבילות לאלה של המשפט הפלילי, יהיה ניתן לפסוק פיצויים כאלה אף לאחר ענישה פלילית.⁶²

פסק דינך אינו מבאר טיעון זה. אילו צידוקים אפשריים ראית לנגד עיניך?

ת: שאלה זו מתקשרת לשאלה הקודמת. הנטייה אצלנו, בפסיקה בפרט ובשיטת המשפט בכלל, היא הימנעות מהטלת פיצויים עונשיים. כלומר קיימת הסתייגות מכך, אם כי יש פסקי דין שמהם ניתן ללמוד אחרת.⁶³ גישתו של השופט ברק היא כי פסיקת פיצויים תרופתיים עדיפה על פיצויים עונשיים.⁶⁴ מנגד, בשיטות משפט אחרות נמצא

60 ראו: עניין חמד (לעיל, הערה 57) בפסקה 3 לפסק דינו של השופט ריבלין: "... בית המשפט הוא המחליט מהי עלות ומהי תועלת. פגיעה בצדק – היא עלות, צדק מתקן – הוא תועלת". דברים אלו ממחישים את השקפתו של השופט ריבלין לעניין ההבחנה בין נוסחת הנד הכלכלית לבין זו המשפטית. לפי האחרונה – בית המשפט הוא שיוצק תוכן וערכים לברי-כלכליים לנוסחה המשקללת את הרווחה המצרפית, והתוצאה המתקבלת מאזנת בין שיקולים כלכליים לבין שיקולים חברתיים.

61 רע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני, פסקה כ"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בבנו, 2009).

62 שם, פסק דינו של השופט ריבלין.

63 ראו: ע"א 216/54 שניידר נ' גליק, פ"ד ט 1331, בעמ' 1335; ע"א 670/79 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' מזרחי, פ"ד מא(2) 169, בעמ' 205. בפסקי דין אלו הושתו פיצויים עונשיים, ברם מדובר במקרים בודדים. סעיף 76 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968, נ"ח 266, הוא המטריה המשפטית המאפשרת לבתי המשפט להשית פיצויים בגין ביצוע עוולה נזיקית, אולם אין מדובר בפיצויים עונשיים.

64 ראו: אהרון ברק, "הערכת הפיצויים בנוזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי", עיוני משפט ט (תשמ"ג-תשמ"ד) 243, בעמ' 248.

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

מקום להטלת פיצויים עונשיים. למשל שיטת המשפט האנגלית מחזיקה בדעה כי ניתן להטיל פיצויים עונשיים כאשר מדובר בהתנהגות אשר מעוררת סלידה מהנתבע. אלו הם מקרים חריגים וקשים שבהם התנהגות הנתבע מהווה רשלנות חמורה. במקרים כאלו המטרה שעומדת מאחורי הטלת הפיצויים העונשיים היא ענישת הנתבע.⁶⁵ לעומת זאת בשיטת המשפט האמריקאית יש נימוקים אשר מצדיקים הטלת פיצויים עונשיים כאמצעי הרתעתי, כגון כאשר הסיכוי למציאת אחראי קטן, והטלת פיצויים עונשיים במקרה כזה משפרת את יכולת ההרתעה ומונעת מהמעוול העתידי את ביצוע מעשה העוולה.⁶⁶

12. בע"א פלוני נ' פלונית נדונה נפקות הממצאים והמסקנות בפסק דין פלילי מרשיע בהליך אזרחי שבא לאחריו בגין אותו המעשה.⁶⁷

א. תחילה קבעתם כי סעיף 42א לפקודת הראיות, המעניק משקל לממצאים ומסקנות בפסק דין פלילי מרשיע בהליך אזרחי, חל גם במקרה שנרקמה בו עסקת טיעון.⁶⁸ האם אין הדבר חוטא לתכלית סעיף 42א?

ת: לדעתי, התשובה היא שלילית. משום שכשמתבצעת עסקת טיעון, הרי שהנאשם מודה בעובדות שמייחסים לו במסגרת העסקה. למעשה, הודאתו שקולה לממצאים העובדתיים של בית המשפט הפלילי.⁶⁹ אם אפשר להסתמך על ממצאים פליליים של בית

65 ראו: [1964] A.C. 1129 *Rookes v. Barnard*; [1972] A.C. *Cassell & Co. Ltd v. Broome*. 1027. בשני פסקי דין אלו קבע בית הלורדים כי כל אימת שהמזיק פועל מתוך כוונת תחילה לגרום נזק, הרי שלא תהא כל מניעה להטיל פיצויים עונשיים על המעוול.

66 ראו: 517 U.S. 559, 1996 *BMW of north America inc. v. Gore*; *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003). בפסקי דין אלו בית המשפט העליון קבע את הקריטריונים שלפיהם ניתן להשית פיצויים עונשיים על המעוולים. ניסיון דומה בקביעת קריטריונים מנחים נעשה במסגרת הצעת חוק פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (תיקון – פיצויים עונשיים), התשס"ב–2001, מטעם ח"כ (לשעבר) נחמה רונן. לפי הצעת חוק זו תהא לבית המשפט סמכות להשית פיצויים עונשיים נוסף על המטריה הקבועה בסעיף 76 לפקודת הנזיקין, כל אימת שבית המשפט נוכח לדעת כי התקיים אחד מהתנאים האלה: המעשה העוולתי נעשה מתוך מטרה לגרום נזק לאחר ו/או מתוך התעלמות מכוונת ומודעת מזכויות האחר או מביטחוננו ו/או תוך רשלנות חמורה. אולם הצעה זו נדחתה.

67 ראו: ע"א 3806/06 פלוני נ' פלונית, פסקה 2 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 2009). ראו גם: ת"א (ת"א) 2191/02 אלמונית נ' פלוני, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת לבהר שרון (פורסם בנבו, 2006) (להלן: עניין אלמונית נ' פלוני).

68 סעיף 42א לפקודת הראיות.

69 השוו: ע"א 269/82 הילמן נ' כרמי פ"ד מא(4) 1, בעמ' 4–5: "...אכן, סעיף 42א לפקודת הראיות לפי לשונו מדבר על פסק-דין פלילי אשר מרשיע את הנאשם. תנאי זה לא סתם נדרש. הרשעה בפלילים חייבת כידוע להישען על ראיות, אשר הוכחו מעבר לכל ספק סביר. זה השיקול המונח ביסוד הכשרתה של הרשעה כזאת כראיה לפי הסעיף הנ"ל בהליך אזרחי, שהרי בו נדרשת הכרעה אך על יסוד מאזן הסתברויות בלבד [...] משום כך נוטה אני לראות פסק-דין מרשיע גם בפסק-דין שאין בו הרשעה מטעמי התחשבות בנאשם, אם נקבע בו

המשפט, כאשר הנאשם כופר באותם ממצאים והנאשם סבור שאין להרשיעו, קל וחומר שניתן להסתמך על פסק דין שבא במסגרת עסקת טיעון שבה הנאשם עצמו מאשר את ביצוע המעשה. לגופו של עניין, הנסיבות העובדתיות של פסק הדין הנדון הקשו על ניהול התביעה האזרחית.⁷⁰ לכן הצורך להרתיע בהליך האזרחי היה חלק מהשיקולים בעסקת הטיעון. באותו מקרה הייתה הנפגעת מנועה מלהופיע במשפט האזרחי בשל גירושה מן הארץ. כדי לקיים את עקרון ההרתעה כדבעי הושתו פיצויים עונשיים. יש להביא בחשבון שבמקרים כגון אלו בהיעדר עדים, יש לנצל כל אחיזה במשפט הפלילי לצורך מימוש עקרון ההרתעה בהליך האזרחי.

ב. עוד נדרשתם לדון בהוכחת יסוד הנזק במקרה שבו התובעת גורשה מן הארץ ואינה יכולה לתת עדות בבית המשפט. יסוד זה לא ניתן להוכחה תוך שימוש בסעיף 42א, שכן הנזק לקרבן לא נדרש, לא נדון ולא הוכח בהליך הפלילי. בהחלטתכם קבעתם שבסיטואציה שנדונה בפסק הדין ניתן להניח קיומו של נזק אף בהיעדר ראיות נוספות בשל נסיבות האירוע.⁷¹ האין בכך משום שחיקה מרחיקת לכת בנטל המושת על התובע בהליך אזרחי?

ת: אכן, הקביעה מרחיקת לכת ועם זאת מתקשרת לרצון בהגשמת האפשרות לקיים תביעה אזרחית. מסכים אני שהקלה בהוכחת קיום נזק צריך שתהיה מוגבלת לנסיבות קשות.⁷² בהתקיים נסיבות אחרות ראוי לשקול בזהירות התרת דרך הוכחה כזו.

(כמו בענייננו) על-פי חומר הראיות, שאשמתו אכן הוכחה". ראו גם: תמ"ש (י-ם) 29170/05 עיזבון המנוחה אלימלך ז"ל נ' עיזבון אפוטה ז"ל (פורסם בנבו, 2011).
 70 ראו: טליה פישור, "גבולות השליטה של הצדדים בהליך הפלילי", עיוני משפט כט (תשס"ו-תשס"ז) 377: "המשטר המשפטי הקיים מושתת על מידת הוכחה קוגנטית ששיעורה 'מעבר לכל ספק סביר'. כפועל יוצא מכך, עסקות הטיעון המתגבשות בין התביעה להגנה מוגבלות להפלה עצמית של הנאשם בתמורה להקלות בענישה [...] הצדדים יוכלו לסטות ממידת ההוכחה של 'מעבר לכל ספק סביר', ולהסכים, למשל, שאם התביעה תעמוד במידת הוכחה של 'מאזן הסתברויות', די יהיה בכך לבסס את גרסתה המפלילה. אפשרות נוספת היא הקניית פטור לתביעה מדרישת התוספות הראייתיות. התמורה שיקבל הנאשם בעבור חשיפתו המוגברת לסיכון ההרשעה תחת מידת הוכחה נמוכה תגולם בהקלות בענישה במקרה של הרשעה". דברים אלו מלמדים אפוא כי עסקאות טיעון הנרקמות בין הצדדים בהליך הפלילי מכילות תשתית ראייתית אשר לכל הפחות עומדת (במסגרת עסקת הטיעון) ברף ההוכחה של "מאזן ההסתברויות". מכאן עולה כי אין כל מניעה משפטית להשתמש בתשתית ראייתית זו אף בהליך האזרחי – אשר רף ההוכחה הנדרש בו הוא "מאזן ההסתברויות", וזאת מכוח סעיף 42(א) לפקודת הראיות.
 71 עניין אלמונית נ' פלוני (לעיל, הערה 67) פסקאות 12–13 לפסק דינה של השופטת לבהר שרון.
 72 השוו: שם: "...ביהמ"ש אינו יכול לעצום עיניו לנוכח התופעה הבזויה [סחר בנשים] שהפכה למכת מדינה במקומותינו. אין מקרה ברור יותר לקיומו של נזק שקשה להוכיחו

2. גבולות האחריות בעוולת הרשלנות**(א) חזקות ההתרשלות**

13. בפרשת **אמין פואד אלעבד** הטלת ספק בהיותה של דרישת העזיבה ו/או מסירה של דבר מסוכן שגרם נזק כתנאי להעברת נטל השכנוע לפי סעיף 38 לפקודת הנזיקין, אשר נקבעה בהלכת **פישמן**, הולמת את לשונו ואת תכליותיו של הסעיף כפי שניתן להבינו היום.⁷³ עם זאת כתבת כי "על אף כל אלה יש לציין כי הלכת פישמן היא הלכה ותיקה, המתווה זה זמן רב את פרשנות הסעיף ותוחמת את גבולותיו. מכל מקום, אינני סבור כי עלינו להכריע באשר לתוקפה של הלכה זו היום, הואיל ומוצא אני כי סעיף 38 אינו חל בענייננו – מטעם אחר".⁷⁴ אם סברת שההלכה איננה מתאימה עוד והיא ארכאית, מדוע בכל זאת לא ניצלת את ההזדמנות לבטלה? הרי הוותק לבדו אינו יכול להצדיק שימור כלל בעיית.

באותו מקרה הוספת לסעיף 38 הסתייגות שלא בא זכרה בלשונו של הסעיף. קבעת שם כי תחולת סעיף 38 עשויה להישלל כאשר ביסוד השימוש בחפץ מסוכן מצויות נסיבות "מסוכנות" שהחפץ נועד, מעצם טבעו, ליתן להן מענה, והנסיבות המסוכנות כפו על הנתבע את השימוש בחפץ המסוכן (כגון שימוש צבאי בנשק).⁷⁵

א. הואיל ולהסתייגות אין בסיס בלשון הסעיף או בהיסטוריה החקיקתית, נשאלת השאלה מהי התשתית לפרשנות יצירתית זו.

ת: ההסתייגות הייתה בדבר כלי שמעצם טבעו נועד לשימוש מסוכן, שאז למעשה תמיד אפשר יהיה להחיל חזקה זו כשבפועל היא נועדה למקרים אחרים, כגון מקרה שבו מדובר בסיכון חריג, וכי אין מדובר בסיכון הטבוע בעצם השימוש. דעתנו הייתה שסעיף 38 אינו מתכוון למתחם סיכונים זה.

ושעצם הנזק טבוע במעשים עצמם. די בעובדות המפורטות בכתב האישום המרשיע כדי לשמש ראיה מספקת לביסוס אומדנת הנזק". [תוספות והדגשות שלנו]

73 ע"א 1071/96 עיזבון המנוח אמין פואד אלעבד נאצר נ' מדינת ישראל פ"ד ס(4) 337, בעמ' 351–352 (להלן: עניין אמין); ס' 38 לפקודת הנזיקין; ע"פ 74/62 פישמן נ' היועץ המשפטי, פ"ד יז 1478.

74 עניין אמין (לעיל, הערה 73) בעמ' 353.

75 שם, בעמ' 353–354.

ב. מה דעתך על הטענה שלפיה יש בפרשנות זו משום הרחבה עקיפה של ההגנה הנתונה לצבא בחוק אחריות המדינה?⁷⁶

ת: אשיב על כך בשלילה. לדידי, זו אינה הרחבה עקיפה אלא הרחבה שטבועה בעצם השימוש, שכן אי אפשר להשתמש בסעיף 38. בשום פנים הפרשנות אינה מרחיבה את התקנות האחרות.

(ב) קשר סיבתי והלכת מלול

14. בית המשפט העליון ביטל במסגרת הדיון הנוסף בפרשת **מלול**, ברוב של 5:4, את ההלכה שנקבעה בערעור האזרחי בשנת 2005.⁷⁷ את הרעיון של אחריות יחסית הותרת במסגרת חריג ההטיה הנשנית. ברם לא הייתה תמימות דעים בקרב השופטים בנוגע למקרים שבהם יופעל חריג זה, אם בכלל. יוצא אפוא כי לאחר דיון ממושך ולאחר דיו רב שנשפך על הפרשה קיבלנו תוצאה עמומה.

האם לדעתך קיים Ratio decidendi לפסק הדין בדיון הנוסף בפרשת **מלול**? האם זהו סוף פסוק, או שמא בעתיד ייטרפו הקלפים מחדש ושוב בית המשפט העליון יתכנס לדיון, בהיקף כזה או אחר, בגבולות האחריות במקרים של סיבתיות עמומה?

ת: ראשית כול, בתיק זה היו תשעה שופטים ועשר עד אחת-עשרה דעות, כלומר מספר הדעות רב ממספר השופטים שדנו בתיק, והדבר מסבך את העניין. בחוות דעתי למשל הסברתי מדוע פסק דין פאתח,⁷⁸ אשר עסק באבדן סיכויי החלמה, אמור להתבטל ולהיות כפוף להלכת מלול ולמרות זאת הצטרפתי לנשיאה, שסברה בחוות דעתה כי הלכת פאתח אמורה להישאר בתוקפה.⁷⁹ כלומר, יש כאן דיסונאנס בפסק דיני שלי. הדבר בא כדי לאפשר גיבוש הלכה כלשהי בפסק הדין. התשובה לבחירה זו טמונה בתפיסתי שלפיה הייתה צריכה לצאת הלכה בעניין מלול. בהקשר לכך אמר עוד השופט

76 חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, ס"ח 339.

77 ראו: ע"א 7375/02 בית חולים כרמל, חיפה נ' עדן מלול, פ"ד ס(1) 11. ראו גם: ישראל גלעד, "גבולות האחריות א" (לעיל, הערה 56) בהערת שוליים 260 בעמ' 1403; יונתן דייויס, "כיצד ניישם את הלכת הסיבתיות העמומה בתביעות רשלנות רפואית?" רפואה ומשפט 43 (תשע"א) 146, בעמ' 155: "המשנה לנשיאה השופט ריבלין מציע להגדיר את מבחן החריגה מכלל במאזן ההסתברויות לכלל של פיצוי לפי הסתברות, בהתקיים תנאי של 'הטיה נשנית' [...] השופט נאור מציעה להשאיר את מבחן ההטיה הנשנית בצריך עיון".

78 ראו: ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות הרפואית נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312.

79 ראו: עניין דנ"א מלול (לעיל, הערה 57) בפסקה 67 לפסק דינו של השופט ריבלין: "את המקרים שנבחנו בעבר תחת הדוקטרינה הנפרדת של אובדן סיכויי החלמה ניתן לדעתי לבחון מעתה לפי מבחן ההטיה הנשנית [...] אלא שהלכה זו, כפי שמציינת חברתי הנשיאה ד' ביניש, השתרשה בינתיים בשיטתנו ונכון אני להצטרף להשקפתה כי היום אין הצדקה לחזור בנו מן הפסיקה שהכירה בראש הנזק העצמאי של 'אבדן סיכויי החלמה'".

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

זילברג המנוח כי צריך לזכור: "שופט יושב בבית משפט ולא בבית שופטים"⁸⁰. לנגד עיני השופט צריכה לעמוד המחשבה כי יש ליתן פסק דין ברור ולא עמום, אשר יהווה הלכה. אולם צריך הוא לדעת כי לא כל רצונותיו יבואו לידי ביטוי, וההתכנסות היא תנאי בסיסי להסכמה. הלכה למעשה, כבוד הנשיאה לא הייתה מצטרפת לדעתי לו עמדתי על הצורך לבטל את הלכת פאתח.⁸¹ לכן העדפתי לנחול הצלחה חלקית, ובלבד שתצא הלכה.

בפסק הדין מלול ניתן לראות כי קיימות דעות שונות – לעתים באותה חוות דעת – למשל, בדבר סוגיית האחריות היחסית – האם להכילה בצורה חד-צדדית או דו-צדדית?⁸² זו דוגמה אחת מני רבות הממחישה את מגוון הדעות בפסק הדין.⁸³ לעצם מבחן ההטיה הנשנית אני סבור שזו ההלכה שיצאה מפסק הדין. הלכה זו קיבלה משנה תוקף בפסק הדין בעניין דובק.⁸⁴ שופטות הרוב באותו מקרה סברו שאין אחריות יחסית אלא במקרים שבהם מתקיימת הטיה נשנית. בדעה זו משתקפת תפיסתי שיש לקבוע עיקרון "כללי" שינחה אותנו בשאלה מתי יהיה ניתן להטיל אחריות יחסית.⁸⁵ תפיסה

80 ד"ג 23/60 אטייין בלן נ' המוציאים-לפועל של צוואת המנוח ריימונד ליטווינסקי, פ"ד טו 71, בעמ' 76.

81 ראו: עניין דנ"א מלול (לעיל, הערה 57) בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת ביניש.

82 ראו: שם, פסקאות 28–30 לפסק דינו של השופט ריבלין: "בדומה להליך ייצוגי, מבחן ההטיה הנשנית דורש למעשה מבעל-דין לטעון מעבר לעניינו הפרטני [...] מבחן ההטיה הנשנית הוא מבחן מהותי ולא באנו לקבוע מסמרות לעניין גודל קבוצת הניזוקים [...] יש להדגיש כי יסוד קבוצת הניזוקים דורש הוכחת קבוצת ניזוקים של ממש, ולא קבוצה תיאורטית או היפותטית גרידא". ראו גם: שם, פסקה 7–8 לפסק דינה של השופטת נאור: "[...] המבחן התוחם שהוצע על-ידי בעניין מלול אינו מוגבל למקרה קבוצתי. עניינו במקרה הבודד והוא אינו מצריך הוכחת הטיה נשנית [...] המבחן שמציע חברי המשנה לנשיאה הוא לטעמי, צר מדי, כיוון שהוא שולל פסיקת פיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד ובכך, עקרונית, שולל פיצוי בנסיבות המקרה שלפנינו".

83 גישותיהם השונות של השופטים פרוקצ'יה ורובינשטיין לעניין הותרת מלאכת קביעתם של גבולות חריג האחריות היחסית למחוקק. ראו: שם, פסקה 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה: "...דעתי היא כי סוגיית העמימות הסיבתית, על מכלול היבטיה הרחבים, היא עניינו של המחוקק לענות בו. ראוי כי כלל השאלות המורכבות העולות בהקשר לסוגיה זו תיבחנה לעומק בידי ועדה מקצועית, תוך שיתוף מגזרי הציבור הנוגעים בדבר, וכי ההמלצות יגובשו למסגרת הצעה אשר תונח על שולחן הכנסת".

ראו גם: שם, פסקה כ"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "...לשיטתי פיתוח פרשני של הדין במקרה דנא אינו חורג ממתחם הלגיטימיות הפרשנית. כאמור עסקינן במאטריה שהיא לחם חוקם של בתי המשפט, דבר יום ביומו, וממילא במומחיותם המקצועית".

84 ראו: ע"א 7547/99 Brown and Williamson Tobacco Corp נ' דובק בע"מ, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 2011).

85 הדיון המשפטי על בעיית העמימות הסיבתית והדרכים להתמודדותה הועלה בפסיקה זה מכבר בפרשות שונות, אך עדיין נותר החשש כי חריגה מכלל ההוכחה במאזן ההסתברויות ללא מבחן תוחם וראוי עשויה להוביל לפריצת גבולות של הדין האזרחי ובעיקר של דיני הניזוקין כחלק ממנו. ראו: עניין דנ"א מלול (לעיל, הערה 57) פסקה 7 לפסק דינה של

עקרונית זו שונה ממה שנעשה בשיטות אחרות בעולם שבהן הטלת האחריות היחסית נעשית שלא לפי עיקרון "כללי" אלא לפי המקרה הספציפי. למשל המקרה של ה-D.E.S (פסק הדין בעניין *sindell v. abbott laboratories*), שבו לא היה ניתן להטיל אחריות על יצרן תרופות מסויים, ומצב מעין זה היה עלול להוביל לכך שהמזיקים כולם יצאו פטורים מאחריות. כדי למנוע מצב זה הוטלה האחריות על סמך שליטה בנתח שוק (Market share liability).⁸⁶ אני סברתי שיש לקבוע כללים שיטתיים, שמעתה ואילך יהיה ניתן לעבוד לפיהם, מבלי להמתין בכל פעם מחדש לדיון שיתקיים במקרה קונקרטי בבית המשפט העליון. חשבתי שמבחן ההטיה הנשנית הוא עיקרון שיטתי שמאפשר פתרון טוב וידוע מראש ברוב המקרים. כך למשל במקרה שבו במחלקה מסוימת בבית חולים נקבעת מדיניות שלפיה בדיקה מסוימת לא תבצע, ולאחר תקופה מסוימת מתברר שאי-ביצועה בחלק מהמקרים גורם נזק. אולם מכיוון שאף לא באחד מהמקרים התבצעה הבדיקה, אזי אי אפשר לדעת באילו מקרים היה הנזק נמנע לו נתבצעה הבדיקה. זהו מקרה שבו מתקיימת הטיה נשנית. מוכחת התרשלות בית החולים אשר לא ביצע את הבדיקה. דא עקא שעל פי כללי ההסתברות הרגילים, אי אפשר להטיל עליו אחריות אף לא באחד מהמקרים.⁸⁷ אחריות יחסית היא חריג – סטייה מהכלל הרגיל – ויש להטיל אחריות יחסית רק כשהכלל של ההוכחה במאזן ההסתברויות אינו עובד – כלומר לא קיים בפועל מבחינת המשפט. במקרים אחרים כלל ההוכחה במאזן ההסתברויות הוא הכלל הטוב ביותר שמונע את מרב הטעויות.⁸⁸ רוב השופטים בעניין מלול היו בדעה שאחריות יחסית היא רק חריג.⁸⁹ חלק מהשופטים סברו שיש להטיל אחריות יחסית רק אם תהא חקיקה,⁹⁰

השופט ביניש. ראו גם: 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד נגד (2) 680, פסקה 4 לפסק דינה של השופטת ביניש.
 86 ראו: *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P 2d 924 (Cal 1980) (להלן: פרשת DES).
 87 ראו: עניין דנ"א מלול (לעיל, הערה 57) פסקה 30 לפסק דינו של השופט ריבלין.
 88 במצב הדברים ה"רגיל", שבו הסיבתיות אינה עמומה, כלל ההוכחה במאזן ההסתברויות מוביל לתוצאות רצויות מבחינה משפטית ויעילות מבחינה כלכלית, קרי חיסכון בעלויות ההתדיינות המשפטיות ומזעור הכרעות שיפוטיות שגויות. ראו: ישראל גלעד "הערות להסדרי הנזיקין בקודקס – אחריות ותרופות" משפטים לו (תשס"ז) 761, בעמ' 781. לביקורת על מבחן ההטיה הנשנית ולעניין יישום חריג האחריות היחסית לפי מבחן זה, ראו: ישראל גלעד, "גבולות האחריות א'" (לעיל, הערה 56) בעמ' 1447. לגישתו, השופט ריבלין התווה מבחן צר מדי אשר במסגרתו ניתן ליישם את חריג האחריות היחסית. לדבריו של גלעד, קיימים מקרים נוספים שבהם חריג האחריות היחסית עשוי לחול להוביל לתוצאה נכונה וצודקת משפטית, מקרים אשר עליהם לא חל מבחן ההטיה הנשנית.
 89 חלוקת דעות השופטים: שופטי הרוב במסגרת הדיון הנוסף ביטלו את הלכת מלול אשר ניתנה מפי כבוד השופט נאור בשנת 2005. לגישת שופטי הרוב במסגרת עניין דנ"א מלול, שבראשם עמד כבוד השופט ריבלין, נקבע כי אין עוד מקום להכיר בחריג האחריות היחסית במצבים שבהם הסיבתיות מוגדרת כעמומה. לגישתו של השופט ריבלין, המבחן התוחם

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

וחלק מהשופטים אמרו שתמיד ראוי להטיל אחריות יחסית.⁹¹ תוצאות אלו, אשר אליהן הגיעו השופטים, מובילות אותנו למחוז שהוא מחוץ לדיני הנזיקין, קרי מחוז שיקול הדעת השיפוטי. יש שופטים הסבורים כי ראוי להגביל את שיקול הדעת השיפוטי ויש המעדיפים קיומו של שיקול דעת נרחב ביותר. אשר לכלל האחריות היחסית ניתן לומר שהוא מאפשר שיקול דעת כמעט בלתי מוגבל ומאפשר לשופט להגיע לתוצאות שכמעט אינן מחייבות נימוק. מנגד, כלל ההוכחה במאזן ההסתברויות תוחם את שיקול הדעת השיפוטי ומחייב את השופט לבכר גרסה אחת על פני חברתה ביכור ברור המוביל לתוצאה בינארית של הכול או לא כלום.⁹² השאלה היא אם השופט בכלל מסוגל לנמק בהחלטותיו את ההבדל בין הטלת אחריות בשיעור של 33% לבין הטלת אחריות בשיעור

הראוי שבמסגרתו תיושם האחריות היחסית הוא מבחן ההטיה הנשנית. אולם במצבים שבהם הסיבתיות אינה עמומה, יש לצעוד עקב בצד אגודל לפי התפיסה המסורתית, שלפיה האחריות מוטלת על המזיק על יסוד הנזק שאותו הוא גרם. אל דעתו של השופט ריבלין הצטרפו יתר שופטי דעת הרוב. ראו: עניין דנ"א מלול (לעיל, הערה 57) פסקה 3 לפסק דינה של השופטת ביניש, פסקה 4 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, פסקה 13 לפסק דינו של השופט גרוניס ופסק דינו של השופט לוי.

90 ראו: דיון בפסקה 83; ראו גם: גישותיהם של כבוד השופטים ביניש, פרוקצ'יה וגרוניס, אשר לגישתם יש להמתין לדברי המחוקק בטרם יחצו גבולות דיני הנזיקין המסורתיים באשר לאופן הטלת האחריות; שם, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת ביניש ופסקה 1 לפסק דינו של השופט גרוניס.

91 הלכת מלול משנת 2005 עברה בשנת 2010 "הצרת היקפים" במסגרת הדיון הנוסף. השופטת נאור, אשר עמדה בראש הרכב השופטים אשר היו בדעת מיעוט, סברה כי חריג האחריות היחסית הוא חריג לכלל ההוכחה במאזן ההסתברויות, ומכאן כי השימוש ייעשה בו במשורה, ורק במסגרת דיני הנזיקין, וכשהכלל המסורתי מוביל לתוצאה שאינה צודקת מבחינה חברתית ושגויה מבחינה תוצאתית. ראו: שם, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת נאור. ראו גם: גישתו של השופט ג'ובראן, שם, פסקה 1 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. ראו גם: שם, פסקה 33 לפסק דינו של השופט רובינשטיין. וגם: שם, פסקה 1 לפסק דינה של השופטת ארבל.

92 השופט גרוניס הביע את חששו מפני שימוש בלתי מרוסן בשיקול דעת שיפוטי במסגרת יישום חריג האחריות היחסית במקרים שבהם הסיבתיות עמומה. לגישתו, כלל ההוכחה במאזן ההסתברויות מוביל למזעור תוצאות שליליות, קרי "מזעור טעויות שיפוטיות", ובכך גדלה הוודאות המשפטית. ראו: שם, פסקה 16 לפסק דינו של השופט גרוניס: "...כפי שראינו, בית המשפט המחוזי העמיד את שיעור הפיצוי היחסי לו זכאים המשיבים על 40 אחוזים. ערכאת הערעור הפחיתה שיעור זה במחצית והעמידה אותו על 20 אחוזים. קריאה חוזרת ונשנית של חוות הדעת של חברותיי וחבריי לא תגלה לנו מדוע יש להעדיף שיעור אחד על פני השיעור האחר. כך, ניתן היה לקבוע את השיעור על 25 אחוזים, 30 אחוזים, 35 אחוזים ועוד ועוד (ובלבד שהשיעור יהיה נמוך מ-50 אחוזים). וזאת, בלא שמוסבר ומובהר מדוע נפסק שיעור זה ולא שיעור אחר". מדברים אלו עולה אפוא כי התוצאה הדיכוטומית שאליה מוביל כלל ההוכחה במאזן ההסתברויות ממזער את ה"אלמנט" השרירותי שבשיקול דעתם השיפוטי של השופטים, כאשר חשש זה קיים.

של 37%. שופט אינו יכול לדעת במקרה מסוים שנכון להטיל 35% דווקא ולא נכון להטיל 40%. מקרה מלול מוכיח את הדבר, שכן בית המשפט המחוזי הטיל אחריות יחסית בשיעור 40%, ובית המשפט העליון הטיל בערעור הראשון 20% על דרך האומדנא.⁹³ מצד אחד לשופט אין כלים לעשות זאת, ומצד שני כלל האחריות היחסית מאפשר לו שיקול דעת רחב מאוד. יש הסבורים כי השופטים שראו לנכון להטיל אחריות יחסית הם הדוגלים בהענקת שיקול דעת רחב לשופטים, ואילו שופטים שגרסו שלא ראוי להטיל אחריות יחסית נמנים עם השופטים שסבורים שיש להגביל את שיקול הדעת, וכי שיקול דעת בלתי מוגבל של שופט הוא מסוכן. סוגיה זו באה לידי ביטוי בפסק הדין בגישותיהם של השופט רובינשטיין מצד אחד והנשיא גרוניס מצד אחר.

15. מבחן ההטיה הנשנית אינו מדויק דיו. לראיה קיים חוסר הבחנה בין ניזוקים שניזוקו למעשה מחמת התרשלות הנתבע לבין ניזוקים שנכללים בקבוצה הרלוונטית ויקבלו פיצוי אף שנזקם אינו נובע מהתרשלות הנתבע. מכאן שכל אימת שהמזיק יפצה ניזוק שאין הוא אחראי לנזקו, תתקבל תוצאה בלתי צודקת מנקודת מבטו של הצדק המתקן.⁹⁴

האם לדעתך הערך שבעשיית צדק חלוקתי במישור הקבוצתי מצדיק את המחיר של אי־צדק במערכת היחסים הביולטראלית בין תובע ספציפי לנתבע ספציפי?

ת: זו שאלה יפה. ראשית, אכן קיימת מחלוקת אם בכלל מדובר כאן בצדק מתקן או לא. פרופ' ארנסט ויינריב, הנחשב בעיני רבים אוטוריטה בעניין הצדק המתקן הקלאסי, סבור שאין מדובר כאן בצדק מתקן אלא בצדק חלוקתי.⁹⁵ ההשקפה שלו בנוגע לצדק

93 ראו: ת"א 1058/9 עדן מלול (קטינה) נ' בית חולים "כרמל" חיפה, פסקה נ"ב לפסק דינו של השופט גריל (פורסם בנבו, 30.11.2005): "בדרך של אומדנה, נושאים איפוא הנתבעים, ביחד ולחוד, בשיעור של 40% מנזקי התובעים". ראו גם: אושרית סיסו וורד שפילמן "סיבתיות עמומה – האם התפזר הערפל? בעקבות ע"א 7375/02 בית חולים כרמל נ' מלול" הארת דין ב(2) (תשס"ה) 165, בעמ' 175. לגישתן, קיים חשש בהטלת אחריות נזיקית על יסוד מחקרים אפידמיולוגיים, ממצאים הסתברותיים ואומדנים.

94 עקרון הצדק המתקן נכנס לפעולה כל אימת שמדובר בעוולות שלמות, וכאשר מדובר במתן פיצוי שלם ולא יחסי. יתרה מכך, גם אם ניתן לצאת מנקודת הנחה שלפיה שיקולי הצדק חזקים יותר דווקא במקרים שבהם קיימת הטיה שיטתית החלה על מחלקה של מקרים, אין בכך כדי לשלול את חוסר הצדק שנגרם גם במקרה הבודד, שכן גרעין שיקולי הצדק המתקן מצויים ביחסים הביולטרליים שבין המזיק לניזוק, קרי במקרה הבודד, וזו נקודת חוסר הצדק הראשונית שמצריכה טיפול. ראו: עניין דנ"א מלול (לעיל, הערה 57) פסקה 5 לפסק דינו של השופט גיבראן.

95 השופט ריבלין סבור כי שיקולי הצדק המתקן נועדו להשיב את הסטטוס קוו לקדמותו גם במקרה ה"קבוצתי", ולכן ברגע שמופר עקרון השוויון בין המזיק לקבוצת הניזוקים שאליה משתייך הניזוק הספציפי, אזי קיימת הצדקה להתערבותם של שיקולי הצדק. מנגד, גישה זו של השופט ריבלין אינה נטולת מחלוקות – שכן דרישת הקורלטיביות אינה מתקיימת בדיוק כדרישת עקרון הצדק המתקן, אלא בקירוב. ראו: שם, פסקה 52 לפסק דינו של השופט

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

המתקן היא קלאסית-מסורתית ומתקיימת במקרים המתייחסים לתובע ולנתבע וקיימת סימטרייה ביניהם. לגישתי, רעיון הצדק המתקן הוא רחב הרבה יותר ולעתים הוא פועל ברמה הקיבוצית כמו בפרשת ה-D.E.S., שבה המזיקים כולם יחד משלמים עבור הנזק, והניזוקים כולם יחד מקבלים פיצוי עבור הנזק. זאת אף שיש מזיקים שישלמו יותר מהנזק שגרמו ואולי אף ישלמו אף שלא גרמו כלל לנזק. יהיו גם מזיקים אשר גרמו לנזק רב מזה שהם ישלמו בפועל בגינו.⁹⁶ כך גם אשר לניזוקים שיקבלו פיצוי אף שלא נגרם להם נזק וכאלו שיקבלו פיצוי מופחת ביחס לנזקם בפועל. על כן ברמה האישית הצדק המתקן אינו משיג כאן את תכליתו, אולם ברמה הקיבוצית הוא משיג תכליתו. לדעתי מצב זה עדיף על פני מצב שבו אף לא אדם אחד יקבל פיצוי או אף לא אדם אחד ישלם פיצוי. ודאי שגם במקרי ההטיה הנשנית יהיו מזיקים או נתבעים שישלמו אף שלא גרמו נזק, ויהיו ניזוקים שלא יקבלו את מלוא הפיצוי שמגיע להם. תוצאה זו היא הרע במיעוטו והיא מתקבלת בנסיבות חריגות.⁹⁷

(ג) נזק א': נזק נפשי עקיף

16. פסק הדין **לבנה לוי** הרחיב את הלכת **אלטווחה**, ובמסגרתו הוכרה זכאות ההורים בניזוקים משניים לפיצויים בגין נזקם הנפשי אשר נגרם מאבדן עוברם מחמת התרשלות אף כי הנזק שנגרם להם לא הגיע לכדי "נכות נפשית חמורה". אחד הגורמים שהביאו להרחבה זו היה היותה של האם בקו הגבול שבין נפגע משני לנפגע עיקרי, בשים לב לעובדה שהבדיקה שלא

ריבלין. לגישה שונה הרואה בחיוניות שבשמירה על הקוהרנטיות שבבסיס שיקולי הצדק המתקן ראו בהרחבה: Ernest J. Weinrib, "Corrective Justice in a Nutshell", 52(4) *UTLJ* (2002) 349.

96. ניתן לומר כי הפסיקה הזרה כבר התמודדה עם סוגיית הפיצוי היחסי במקרים של סיבתיות עמומה, תוך הגמשת עקרון הצדק המתקן לפי המצב העובדתי שנידון בפניהם. לראיה, הן בפרשת DES (לעיל, הערה 86) והן ב-*Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1 (1948) התבסס בית המשפט על שיקולי הצדק בטענה כי אין זה ראוי לפטור את המזיק מאחריות. זאת, כל אימת שמדובר בניזוק תם ועל כן ראוי לפסוק פיצויים בגין הנזק. מנגד, ראוי לציין כי דוקטרינת ה-*Market Share Liability* אשר יושמה בפרשת DES אינה נטולת ספקות. במרבית המדינות בארצות הברית דוקטרינת פלח השוק אינה נהוגה בשל העלויות הגבוהות הכרוכות ביישומה. הייחודיות שבפרשת DES מקורה בכך כי כל קבוצת הניזוקות נחשפה לסיכון בדרגה שווה. מנגד, העלויות הגבוהות שביישום דוקטרינה זו במצבים שבהם החשיפה לסיכון הייתה בדרגות שונות, הובילו את בית המשפט להימנע מלהחיל אותה במקרים של חשיפה לאסבסט בהיקף רחב. להרחבה ראו: Ariel Porat & Alex Stein, *Tort Liability Under Uncertainty* 65 (2001).

97. השופט ריבלין מציין במפורש כי מבחן ההטיה הנשנית אינו מקיים עד תום את שיקולי הצדק המתקן, וכי מדובר בהתאמה של מושג הצדק המתקן לנסיבות שבהן קיימת סיבתיות עמומה. ראו: עניין דני"א מלול (לעיל, הערה 57) פסקה 24 לפסק דינו של השופט ריבלין.

בוצעה עקב רשלנות הייתה אמורה להתבצע בגופה והעובר מת ברחמה.⁹⁸ במידה מסוימת ההכרה בנזק הנפשי של ההורים כנזק בריפיוני נסמכה על הקשר הפיזי שבין האם לעובר.

האם לאור הדברים הללו היה בית המשפט מגיע לאותה התוצאה באשר להורים הביולוגיים אילו אבדן העובר עקב רשלנות רפואית היה מתרחש בהיותו ברחם פונדקאית?

ת: זו שאלה קשה אשר תידון בעתיד. לדעתי התוצאה אינה צריכה להיות שונה. נתחיל במדרגה הראשונה. לעתים דיני הנזיקין מגבילים את אפשרות הזכייה בפיצוי מטעמים שאינם נזקיים טהורים, כגון חשש מפני פריצת הסכרים, חשש מפני תביעת מרמה ומפני הרחבה מופרזת של מעגל הנזיקים.⁹⁹ קיימים שני תחומים שבהם השיטות השונות הטילו מגבלה על פיצוי. התחום הראשון נוגע בנזקים ריקושטיים, כאשר הנזוק נמצא במעגל משני של נזיקים. לדוגמה מקרה שבו אירעה תאונת דרכים: הנזוק העיקרי סבל נזק גופני, ולנזוק המשני הוסבה פגיעה נפשית מצפייה בפגיעה שנגרמה לנזוק העיקרי. הכוונה היא לפגיעה ריקושטית שאינה פרזיטית, זאת אומרת אינה נסמכת על פגיעה עצמית בגוף או ברכוש. נקודת המוצא של בתי המשפט, לפחות בראשית הדברים, הייתה הימנעות מפיצוי כדי לא להרחיב את מעגל הזכאים לפיצויים.¹⁰⁰ הקבוצה האחרת של מקרים שבהם הוטלו מגבלות לבר-נזיקיות היא קבוצת מקרי הנזק הכלכלי הטהור – בין שהיה ריקושטי ובין שלא. בכל המקרים האלה נגרמו נזקים לא פרזיטיים. בהתפתחות מאוחרת יותר הוענק גם כאן פיצוי, אך בתנאים מסוימים.¹⁰¹ לאחר מכן בעקבות התפתחות הפסיקה בשיטות המשפט האחרות, גם שיטת המשפט שלנו הרחיבה במסגרת הלכת אלסוחה את ההכרה בזכאות לפיצוי בגין נזק נפשי כאשר הנזוק הוא נפגע משני.

98 רע"א 444/87 אלסוחה נ' עזבון המנוח דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397 (להלן: עניין אלסוחה); ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פ"ד סב(2) 218, בעמ' 251–253 (להלן: עניין לוי); "אין חולק על כך שהמעוררים, שניהם, אינם עומדים בתנאי הרביעי שהציבה הלכת אלסוחה – התנאי שעניינו שיעור הפגיעה הנפשית [...] אולם, המעוררים סבלו צער רב וכאב נפשי עקב מות העובר שטרם נולד [...]. מדובר בנזק נפשי 'קל' לפי הגדרתו המשפטית [...] הלכת אלסוחה צפתה, כאמור, את האפשרות שיתעוררו בסביבותיה מקרים 'קשים', ופתחה פתח ליצירת קבוצת ביניים מצומצמת של נזיקים משניים חריגים, שאינם עומדים בתנאים שקבעה, ולמרות זאת תקום אחריות כלפיהם [...] עניינה של האם נמנה על אותם 'מקרים ברורים וקשים' שבהם דרישת שיעור הנזק מתגמשת".

99 ראו: ישראל גלעד, "גבולות האחריות א'" (לעיל, הערה 56) בעמ' 650–660.

100 ראו: ישראל גלעד, דיני נזיקין – גבולות האחריות (כרך ב, תשע"ב), בעמ' 927–935 (להלן: ישראל גלעד, "גבולות האחריות ב"); אליעזר ריבלין, תאונת הדרכים – תחולת החוק, סדרי הדין והישוב הפיצויים (מהדורה רביעית, תשע"א), בעמ' 369 (להלן: אליעזר ריבלין, "תאונת הדרכים").

101 ע"א 4/57 נדיר נ' כהנוביץ, פ"ד יא 1464, בעמ' 1467: "...הפרעות רגשיות, כגון זעזוע נפשי והלם שכלי שנגרמו לו לאדם כתוצאה מרשלנותו של חברו, אינם מזכים אותם לדמי נזק אלא כשתוצאתם היא פגיעה או מחלה ניכרת לעין".

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

אולם זכאות זו הייתה מסויגת וכפופה להתקיימותם של ארבעה תנאים.¹⁰² השופט שמגר קבע כבר באלסוחה כי בעתיד יהיה ניתן להגמיש חלק מהתנאים, ולראיה, באנגליה ובארצות הברית אכן עשו זאת.¹⁰³ ברם דרישת הנזק הנפשי המהותי או החמור נותרה בעינה כתנאי יסוד.¹⁰⁴ תוצאה זו תמיד הפריעה לי, שכן זהו תנאי מחמיר שהגיונו לבר-נזיקי. לראיה, ההנחה הייתה שדרגת נכות הנמוכה מ-15% אינה נזק חמור.¹⁰⁵ לא רק זאת אלא שהלכת אלסוחה שינתה את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, שבו נקבע כי ניתן להעניק פיצוי אף בגין נזק נפשי "קל".¹⁰⁶ אך לאור הלכת אלסוחה, ש"הולבשה" על חוק הפיצויים, נותרה דרישת הנזק הנפשי המהותי או החמור במלוא חומרתה.¹⁰⁷ בפסק דין שוויקי יש אמרות-אגב אשר מעלות את השאלה מדוע נזק נפשי קל אינו מזכה בפיצוי.¹⁰⁸ בפסק דין לבנה לוי עמדו בפנינו שתי דרכים לפתרון הקושי שהועלה בפרשת שוויקי: הדרך האחת היא לקבוע שתנאי הנזק הנפשי המהותי או החמור אינו חל עוד, והדרך השנייה היא הגמשת התנאי. בחרנו בדרך השנייה. את דברי השופט שמגר פירשנו כמאפשרים את הגמשת התנאי.¹⁰⁹ בפסק הדין לבנה לוי היו למעשה שתי דעות, הראשונה מפי שלי ומפי השופט ג'ובראן; סברנו שהאם היא נפגע ישיר ונפגע משני כאחד ("רגל אחת פה ורגל אחת שם"), ולכן מוטב לנו כלפיה להגמיש את התנאי של נזק נפשי מהותי או חמור, דבר המזכה אותה בפיצוי אף שנזקה אינו חמור.¹¹⁰

102 עניין אלסוחה (לעיל, הערה 98) בעמ' 432–436.

103 שם, בעמ' 409–429.

104 שם, בעמ' 436.

105 אליעזר ריבלין, "תאונת הדרכים" (לעיל, הערה 100) בעמ' 372–373; ע"א 4446/90 "אליהו" חברה לביטוח בע"מ נ' ברנע (פורסם בנבו, 1991).

106 סעיפים 1–2 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1975, ס"ח 234.

107 אליעזר ריבלין, "תאונת הדרכים" (לעיל, הערה 100) בעמ' 381.

108 ע"א 9466/05 שוויקי נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(3) 806, בעמ' 839 (להלן: עניין שוויקי).

109 עניין לוי (לעיל, הערה 98) בעמ' 251–253.

110 שם, בעמ' 259–260: "באשר לאם, הבחינה האם הינה בגדר נפגעת עיקרית או שמא הינה נפגעת עקיפה, הינה מורכבת יותר, ולא בכדי חברי המשנה לנשיאה סבר כי היא ניצבת על קו הגבול שבין נפגע משני לעיקרי. אכן, לא ניתן להתעלם מכך שהאם היא זו שנשאה פיסית בקרבה את העובר, היא זו שחוותה על גופה אירוע טראומתי עם מות העובר בבטנה ושעה שחולץ משם כאשר הוא איננו עוד בחיים. הגם שלא נגרם לה נזק פיסי משמעותי, ברי כי עשוי היה להיגרם לה נזק נפשי כלשהו, הקשור לסיכונים הפיסיים אליהם נחשפה, סיכונים אשר לא היו מנת חלקו של האב. וכך לא מן הנמנע כי הנכות הנפשית שנגרמה לה הינה בחלקה פועל יוצא של סיבוכי הלידה ובחלקה פועל ישיר של הסבל והצער הרב שנגרמו לה עקב מות בנה, סבל וצער שהיו אף מנת חלקו של האב כשותף מלא במישור הנפשי-רגשי להליך הלידה [...] מכל מקום, בענייננו, מאחר והוכח כי החריג הנוגע ל"מקרים ברורים וקשים" חל אף על עניינה של המערערת (ראו פסקה 28 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה), הרי שאין בהגדרתה כנפגעת עיקרית או עקיפה בכדי לשנות את הקביעה באשר לזכאותה לפיצוי בגין הנזק הלא ממוני שנגרם לה". באשר לאב אומר השופט ג'ובראן בעמ'

לעומת זאת השופטת חיות סברה ששני ההורים הם ניזוקים ישירים באופן מלא מפני שהרשלנות נעשתה כלפי גוף האם בזמן שהעובר היה בגופה. אך גם כלפי האב. היא הציעה כי בניגוד לאם, האב יפוצה, אך בשיעור נמוך יותר.¹¹¹ השלב השלישי והאחרון הגיע בפסק הדין המר,¹¹² שבו נקבע ששני ההורים נפגעים משניים במובן זה שהילד הוא הניזוק העיקרי הסובל נזק פיזי. אולם, כך נקבע, הנזק הכלכלי מוסב להורים כניזוקים ישירים, ולכן מעצם היותם, בהקשר זה, ניזוקים ישירים (ולא ניזוקי משנה) לא חלה עליהם ההגבלה שמטיל התנאי לקיומו של נזק נפשי חמור. אם לנסות להקיש מפרשת המר על מקרה הפונדקאות העולה מהשאלה, אזי יקשה לתת תשובה ברורה ומוחלטת במקרה כזה. זו שאלה אשר התשובה לה אינה יכולה להינתן בהינף יד. כאמור, נטייתי הראשונה תהיה להשיב בחיוב. להתפתחות הטכנולוגית בעולם הרפואה ובעיקר להליך הפונדקאות יש השפעה על ריבוי התביעות שעשויות להיות מוגשות בעתיד, שכן ככל שהאפשרויות הטכנולוגיות רבות יותר, כך המקום להתרשליות מקצועיות בתחום הרפואה רב יותר.

17. מה לדעתך מצדיק את היחס השונה למקרה של אבדן עובר? מדוע המשפט אינו מפצה בגין נזק נפשי עקיף שנגרם להורים מפגיעה בילדם ואינו עומד במבחן החומרה של **אלסוחה**, כפי

256–257: "דומה, כי איש לא יחלוק על כך שהנזק הנפשי שנגרם לאב רב הוא עד מאד. הצער והיגון על אובדן העובר, הסבל והייסורים הכרוכים בהליכי ההפרייה הארוכים והמתים, הציפייה הדרוכה לרך העתיד להיוולד והכאב המר עם הבשורה על מותו – כל אלו הם מנת חלקם של האם והאב כאחד [...] אלא, שיש לזכור כי הנזק הנפשי שנגרם לאב רב ככל שיהיה, אין מקורו בפגיעה פיזית ישירה שנגרמה לו".

111 שם, בעמ' 252–253: "לטעמי, נזק לא-ממוני שנגרם להורים המאבדים את ילדם במהלך הלידה כתוצאה מרשלנות רפואית איננו נזק משני וההורים שניזוקו כתוצאה מעוולה זו אינם ניזוקים משניים כי אם ניזוקים עיקריים הניצבים במעגל הסיכון הראשון [...] על פי השקפתי, יש לסווג את האם-המולידה כניזוקה עיקרית במקרים של מות העובר ברחמה עקב רשלנות רפואית בתהליך הלידה, משום שהיא מעורבת באופן ישיר בתהליך ההולדה ובאירוע הלידה אשר במהלכו נגרם הנזק והוא הדין לגבי האב [...] בראש ובראשונה ראוי האב להתייחסות כניזוק עיקרי בשל הכאב והסבל שהיו מנת חלקו שלו כאב וכמוליד של העובר אותו איבד כתוצאה מרשלנות בית החולים [...] גישה זו לפיה יש להשקיף על הנזק הנגרם להורים בנסיבות כאלה כעל נזקם הישיר וכן נזק שאיננו תלוי-הנזק הנגרם לעובר עצמו, נשענת על ההכרה באירוע הלידה כשיאו של תהליך ההולדה וכחוויה מרכזית ומכוננת מבחינת שני ההורים כאחד".

112 ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פסקאות 39–40 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 2012) (להלן: עניין המר).

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

שאירע בעניין **שוויקי**?¹¹³ האם מקרים אלו "קשים פחות" מהמקרים שבהם נגרם נזק נפשי עקב מות עובר?

ת: אם זיכרוני אינו מטעה אותי, בפסק דין שוויקי התביעה נדחתה כי לא הוכח קשר סיבתי בין הנזק לבין הרשלנות.¹¹⁴ השאלה שעלתה שם היא אם מדובר בנזק נפשי או בנזק פיזי.¹¹⁵ השאלה אם מדובר במקרה קשה או לא היא שאלה ראויה. אנו מנסים להישאר בגדר הפסיקה הקיימת ככל האפשר והראוי אף שבית המשפט העליון אינו מחויב לתקדימיו.¹¹⁶ כשיש הלכה מכוונת כדוגמת הלכת אלסוחה,¹¹⁷ אזי צריך להקפיד ללכת בעקבותיה. זו הלכה בעלת משמעות עצומה במשפט הישראלי. אולם כשאנו רוצים להגמיש את ההלכה, אזי הדרך הנכונה היא לצאת מתוך ההלכה עצמה. השופט שמגר יצר פתח המאפשר הגמשה מעין זו בפסק דין אלסוחה,¹¹⁸ אך יידרש שכל הגמשה עתידית תיעשה בזהירות. ייתכן כי בשוויקי כשדנו בגוף הדברים היינו צריכים להגיע למסקנה (בדרך אגב, שכן התביעה נדחתה מטעם אחר) שזהו מקרה קשה אשר מצדיק סטייה מדרישת נזק נפשי ממשי חמור.¹¹⁹

113 השופטת ברלינר נותנת את תשובתה לשאלת ההבדל בתוצאות של פסקי הדין בעניין שוויקי (לעיל, הערה 108) בעמ' 839–841: "כאמור האבחנה המרכזית והחשובה היא בכך שמדובר בעובר, על כל המשתמע מכך, ובמיוחד העובדה 'שבהעדר תביעה של העובר היה נותר הנזק ללא סעד בצידו'. עם כל הצער שבכך, ובלתי לגמד כהוא זה מעומק הטרגדיה שעברו המערערים – לא ניתן להשוות בין מותו של עובר בתהליך הלידה למותו של המנוח. את נסיבות מותו של המנוח ניתן להשוות דווקא לכל אותם מקרים שבהם צפו הורים (או קרובי משפחה ראשוניים אחרים) במות ילדם בתאונת דרכים [...] הברדל נוסף: למנוח בענייננו עמדה זכות תביעה עצמאית בגין מותו בעוולה [...] הגם שהדברים עולים במשתמע מכל שנאמר עד כה, אני רואה להסב את תשומת הלב לאבחנה נוספת. קיים הבדל בסוג הנזק בין עניין לבנה לוי לענייננו. הנזק אותו תבעו ההורים בפרשת לבנה לוי: מות עובר בתום תהליך פיזי ונפשי ארוך וקשה של כניסה להריון, שמירתו ולידה שלא נשאה פרי, ראוי להגדרה כנזק עיקרי או מעין עיקרי [...] המערערים בענייננו נותרו במשבצת המעגל השני – העקיף, שכן הנזק הנפשי שלהם – נגרם כתוצאה מעוולה שגרמה במישרין נזק לאדם אחר והם אינם הקורבנות הישירים לאירוע".

114 שם, בעמ' 837.

115 אליעזר ריבלין, "תאונת הדרכים" (לעיל, הערה 100) בעמ' 384–385.

116 ס' 20 לחוק-יסוד: השפיטה, התשמ"ד–1984, ס"ח 78.

117 עניין אלסוחה (לעיל, הערה 98) בעמ' 397.

118 עניין לוי (לעיל, הערה 98) בעמ' 251–253.

119 ביטוי לדעה זו של השופט ריבלין מופיע בעניין לוי (לעיל, הערה 98) בעמ' 249: "...מבחינת הדין הרצוי, מוטל בספק, לדעתי, ההיגיון שבשלילת החבות בגין נזק גוף לא מוחשי שהוסב למי שמצוי מחוץ למעגל הסיכון הראשוני (נזק גוף לא מוחשי עקיף). מקום בו מדובר בנזק נפשי שעוצמתו אינה חמורה. הנפגעים בנפשם אינם אלא קבוצה אחת מבין כלל הניזוקים העקיפים בגופם, ומבין כלל הניזוקים העקיפים בכלל. נפגע עקיף עשוי להיות גם מי שנפגע פיסי, למשל, אדם שלקה בליבו, למשמע הידיעה שקרוב משפחתו נפגע. האם ניתן לומר כי על פגיעה פיסיית משנית זו לא יחולו סייגי הלכת אלסוחה? ואם כן, מה צידוק יש להבחנה בין עניינו של מי שלקה בהתקף לב קל, לבין מי שלקה בנזק נפשי קל?"

(ד) נזק ב: חיים בעוולה והולדה בעוולה

118. בע"א המר ביטלת את עילתו של קטין בעל מוגבלות שנולד מחמת התרשלות בגין "חיים בעוולה", אך אישרת והרחבת את זכאות ההורים באותם המקרים במסגרת העילה של "הולדה בעוולה". באמצעות פסיקת סכום גבוה יותר להורים ביקשת להביא לכיסוי הוצאותיהם המיוחדות הנובעות ממוגבלות הילד למשך כל חייו ואף לכיסוי חלק מהוצאות גידולו הרגילות.¹²⁰

אחת הסיבות לשלילת עילת הילד היא חוסר הרצון לקבוע עיקרון משפטי המבוסס על ההנחה שמוטב היה לתובע לולא נולד, שבו מגולמת הצהרה באשר לערך חייהם של אנשים בעלי אותן מוגבלויות – הצהרה שיש בה משום פגיעה בכבוד ובשוויון.¹²¹

האם אינך סבור כי גם בהכרה בזכות התביעה של ההורים מגולמת הצהרה דומה? בסופו של דבר, זכאותם לפיצוי על הוצאות גידולו של הילד משקפת את ההנחה שהולדתו של הילד היא נזק אפילו להוריו.¹²²

ת: זו למעשה השאלה החשובה ביותר שניתן לשאול בנוגע לפסק דין המר. הקושי הוא עם תביעת הילד הלא היא תביעת ה"חיים בעוולה"; קושי שהוא גלוי וברור לכל שיטות המשפט בעולם. ערכנו מחקר השוואתי ולמדנו כי בחלק הארי של שיטות המשפט לא נותרה עוד הכרה בעילת התביעה של הילד; כך בארצות הברית (למעט שלוש מדינות) וכך באנגליה.¹²³ כך גם בשיטות אחרות. אי-ההכרה נובעת לא רק מטעמים

ושמא שוב אין מקום לומר, בעידן הרפואי המודרני, כי ליקוי נפשי אינו פגיעה (מסוג מסויים) בגוף עצמו? אלא ששאלת הדין הרצוי אינה עומדת להכרעה היום".

120 ראו: עניין המר (לעיל, הערה 112) פסקה 35 לפסק דינו של השופט ריבלין.

121 שם, פסקה 8 לפסק דינו של השופט ריבלין.

122 פרופ' ציפורה כהן סבורה כי העברת עילת התביעה מהילד להורים לא תיצור שינוי דרסטי מבחינת עלויות הפיצויים שישולמו להורי הילד הפגוע. להערכתה, "מבחינה מעשית של היקף הפיצוי לא יהיה שוני מהותי. למרות השוני בהכרה בזכות, ברור שבית המשפט בסופו של יום רואה את הילד כמי שניזוק, והוא זה שצריך להיות מושא השימוש בכסף. בית המשפט צובע את הכסף ככסף שנועד לטובת הילד הפגוע. מבחינה מהותית רואים את הפיצוי ככזה שבא להיטיב את מצבו של הילד". ראו: הילה רו, "פסק הדין האמיץ של ריבלין בנוגע להולדה בעוולה מנע מסר בעייתי", *The Marker* – דין וחשבון [http://www.themarker.com/law/1.1719131] (30.05.2012) (נצפה באחרונה בספטמבר 2013).

123 ראו: עניין המר (לעיל, הערה 112) פסקאות 30, 32 לפסק דינו של השופט ריבלין. ראו גם: רונן פרי, "להיות או לא להיות: האם זו השאלה? – תביעות נזיקין בגין 'חיים בעוולה' כטעות קונספטואלית", *משפטים* לג(3) (תשס"ג) 507, בעמ' 522–523. (להלן: פרי, "חיים בעוולה").

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

משפטיים אלא גם מטעמים ערכיים שלפיהם אי אפשר לראות בחיים נזק, גם אם החיים קשים, ואין להתייחס לחייו של אדם בעל מוגבלות אחרת מאשר לחייו של אדם בריא. הדבר אינו מתיישב עם ההכרה בשוויון בין בני אדם ואינו עולה בקנה אחד עם החקיקה שמכירה בשוויון זה. השיטה שלנו מכירה בערך השוויון, בערכו של כבוד האדם – על חולשותיו ומגבלותיו – לכן אי אפשר היה להכיר אצלנו בעילה של "חיים בעולה". לזה מצטרפים גם טעמים משפטיים מקצועיים יותר, טעמים מתחום דיני הנזיקין שמראים כי הכרה בנזק בתביעת הילד היא בעייתית.¹²⁴ ראשית, עצם ההכרה בחיים כנזק יוצרת קושי ערכי. שנית, כשאנו באים לשום את הנזק אנו משווים בין שני מצבים: בין המצב לולא ההתרשלות, מצב שבו לא נולד ילד כלל, ובין המצב בהתקיים התרשלות – מצב שבו נולד ילד בעל נכות. זו השוואה שלבתי המשפט ולשופטים אין יכולת לערוך. אין רשות לערוך. בצדק קבע בית המשפט העליון האמריקאי שאין לבית משפט, לשום בית משפט, יכולת לעשות השוואה מעין זו, שכן לבית המשפט אין יכולת להעריך את המשמעות של "אי-חיים". הרי שום אדם עוד לא שב ממצב של "אי-חיים", ולכן אין קיימת האפשרות לאמוד את גודל הנזק.¹²⁵ ברם הבחירה שלא להכיר בעילת התביעה של הילד היה לה מחיר והוא היעדר היכולת לפצות את הילד על צורכי היום-יום אשר נובעים מעצם נכותו. התוצאה הזו של חוסר אפשרות לפיצוי מלא הובילה את בתי המשפט בשיטות השונות לנסות להביא לפתרון הולם – לעתים במחיר הכרה בעייתית בתביעת הילד. למשל, בית המשפט במדינת ניו ג'רזי קבע שעקרונות אין להכיר בתביעת הילד, שכן כל אדם נולד עם פגם, חמור יותר או קל יותר. קביעת קו גבול הקובע מהו הפגם המפריד בין חיים ראויים לאלו שאינם, אינה אפשרית. השופטת בן-פורת סברה בפסק הדין זייצוב כי רק נכות חמורה מאוד תצדיק תביעה.¹²⁶ אולם השאלה מהי נכות חמורה

124 סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא אבן יסוד בשיטת משפטנו. לפיכך נראה כי לא בכדי בוטלה הלכת זייצוב [ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (להלן: עניין זייצוב)], אשר הייתה שרירה וקיימת במשך 25 שנה ואשר נוגדת את רוח הדברים והעקרונות העומדים מאחורי חוק יסוד זה וחוקים אחרים אשר באו אחריו. ראו גם: סעיפים 1–2 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח–1998, ס"ח 152.

125 הערכת חייו של היילוד כנזק בעייתית לאור ההשוואה שבין שני המצבים: חיים עם מום לעומת "אי-חיים". בעניין זה ראו: פרי, "חיים בעולה" (לעיל, הערה 123) בעמ' 545: "מצב של אי-קיום הוא מצב שאינו ניתן להערכה בכלים העומדים לרשותנו. איננו מסוגלים להעריך מצב שאיש מאתנו לא נתנסה בו ולא יכול היה להתנסות בו. שאלת ערכו של אי-קיום היא שאלה מטאפיזית החורגת מתחומי הידיעה האנושית".

126 ראו: *Procanik v. Cillo*, 97 N.J. 339, 478 A.2d 755 (N.J. 1984): "Our decision to allow the recovery of extraordinary medical expenses is not premised on the concept that non-life is preferable to an impaired life, but is predicated on the needs of the living. We seek only to respond to the call of the living for help in bearing the burden of their affliction". ראו גם: עניין זייצוב (לעיל, הערה 124) בעמ' 97 לפסק דינה של השופטת בן-פורת: "לאחר ששקלתי בדבר התגבשה בי הדעה, כי ייתכנו מקרים, אם כי נדירים, שבהם ניתן יהא לקבוע, שטוב היה לאדם פלוני לולא נולד. לעתים תהא זו הנחה חברתית מוסכמת, שמוטב היה לפלוני לא להיוולד מלחיות תוך מוגבלות חמורה".

מאוד איננה קלה למענה. על כן התכנסנו בפסק דין המר כדי לדון בשאלה זו. אחד השופטים בערכאות הראשונות סבר שילד אשר נולד ללא יד סובל מנכות חמורה, וטוב מותו מחייו. שופט אחר קבע שגם ילד שנולד ללא יד או עם יד משותקת יכול להיות נשיא (כדוגמת הנשיא רוזוולט). אנו, בניגוד לבית המשפט במדינת ניו ג'רזי, לא הכרנו בעילת התביעה של הילד. סברנו כי אין לנו רשות מוסרית להכיר בתביעת "טוב מותי מחייו". סברנו שצריך להתמודד בדרך אחרת עם הצורך בתשלום פיצויים. בית המשפט בניו ג'רזי התמודד עם השאלה העקרונית והכיר בעילת החיים בעוולה. גם אנו התמודדנו עם שאלה זו ולא הכרנו בעילה של "חיים בעוולה" ובמקביל התמודדנו עם שאלת הפיצויים. בפרשת המר חיפשנו ומצאנו את הדרך להעניק פיצויים מלאים לילד באמצעות ההורים כאילו הייתה זו תביעת הילד. כך נוצרה קונסטרקציה שלפיה ניתן פיצוי לילד באמצעות ההורים.¹²⁷ לא היינו מוכנים להכיר בתביעת הילד כעילת תביעה עצמאית בבית המשפט. היינו מוכנים להכיר בתביעת ההורים. מבחינה עקרונית עולה השאלה מהו השוני בין תביעת הילד לבין תביעת ההורים אם בכל מקרה ניתן פיצוי בגין נזקו של הילד. תשובתנו הייתה שאנו בוחנים את ההתרשלות לפני הולדת הילד, ואת הנזק – לאחר מעשה. למשל, נניח כי בשבועות הראשונים של ההיריון ניגשת האם לרופא לקבלת ייעוץ, וזה מנגד מציג בפניה את השאלה אם היא מוכנה להביא לעולם ילד בעל מום. היא מצדה תשיב ככל הנראה בשלילה. שאלה זו תישאל מחדש ובמבט עכשווי על ידי בית המשפט לאחר שהילד נולד עם מום ונוצר הצורך להבטיח את קיומו. כלומר שאלת ההתרשלות נבדקת ex ante ושאלת הנזק נבדקת ex post. התוצאה מהבחנה זו היא כי הנזק אינו הילד והחיים אינם הנזק, אלא הנזק הוא ההוצאות המיוחדות שמוציאים ההורים כדי לטפל בילד, ועליהן אנו מפצים באמצעות ההורים.¹²⁸

3. לשון הרע

19. בפרשת **דיין אורבך** הלכתם צעד נוסף והרחבתם את הגנת האמת לשעתה. קבעתם כי דוקטרינת האמת לשעתה חלה גם כאשר הפרסום תואם את האמת שהמפרסם יודע או צריך

127 ראו: לעיל, הערה 120. ראו גם: רונן פרי, "להיות או לא להיות? זו כבר לא השאלה" עורך הדין (תשע"ב) 80, בעמ' 82 (להלן: פרי, "להיות או לא להיות"): "בהשוואה בין פסקי הדין זייצוב להמר ניתן לזהות שינוי מסוים במוקדי הדין [...] בעניין המר נקבע שלא ניתן לדבר על נזק לילד ולכן הדין בחובה הפך למיותר. עם זאת, בחינת קיומה של החובה המושגית עודנה רלוונטית לתביעת ההורים". [ההדגשות שלנו]

128 ראו: עניין המר (לעיל, הערה 112) פסקה 55–57 לפסק דינו של השופט ריבלין.

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

לדעת בשנת הפרסום, גם אם בדיעבד מסתבר שהמצג לא היה נכון מבחינה אובייקטיבית בשנת הפרסום.¹²⁹

המבקרים טוענים כי בפסק הדין ויתרתם למעשה על הדרישה להוכחת אמתות הפרסום שביסוד הגנת אמת דיברתי, והחלפתם אותה בדרישה להראות שהפרסום תאם את תפיסת המציאות של המפרסם, כל עוד היא סבירה.¹³⁰

מה דעתך על ביקורת זו?

ת: לא החלפנו את הגנת האמת בדרישת הסבירות. ההתייחסות לרגע הפרסום הודגשה על ידי בית המשפט העליון כבר בעניין קראוס. הפעם חידדנו את הדברים. נשארנו בגדר החוק הקיים אך הותרנו מרחב נשימה לחופש הביטוי. הכנסתו של חופש הביטוי למיטת סדום היא מתכון לאבדנו. חופש הביטוי הוא הראשון שבחירויות אך גם השביר שבהן. הוא גם הראשון להיפגע, והפגיעה מתחילה בו אך אינה מסתיימת בו. קיומו או העדרו של חופש הביטוי הוא "נייר הלקמוס" לקיומה של דמוקרטיה. טעות במצב העובדתי הנופלת בתום לב או הסתמכות על מצב עובדתי קיים אינן מתבטלות כלא היו אם לאחר מעשה נקבעת מציאות שונה במחקר או בערכאת שיפוט. כבר אמר בית המשפט העליון של ארצות הברית כי אם נפל בגורלנו לטעות, מוטב שנטעה לטובתו של חופש הביטוי ולא לחובתו. השתקתו של הדיבור סופה כדממת בית הקברות. בינתיים ניתן פסק הדין בדיון הנוסף ושאלת האמונה באמת כפי שהייתה בשעתה עדיין נותרה רלוונטית – אף כי לא במסגרת הגנת האמת כי אם במסגרת הגנת תום הלב.

129 ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך, פסקאות 91–92, 97–99, 116 לפסק דינו של השופט ריבלין ופסקה 1 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 2012) (להלן: עניין סרן ר').
130 אלעד פלד, "אופיה הראוי של ההגנה על פרסומי לשון הרע שגויים בכלי התקשורת: בעקבות ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך", משפטים על אתר ה (תשע"ג) 23, בעמ' 50 [http://mishpatimonline.wordpress.com/tag/%D7%A4%D7%A8%D7%A9%D7%AA-%D7%93%D7%99%D7%99%D7%9F-%D7%90%D7%95%D7%A8%D7%91%D7%... /9A-%D7%A1%D7%A8%D7%9F-%D7%A8] (נצפה לאחרונה בספטמבר 2013): "... מתן הגנה משפטית רחבה לפרסומים שנתגלו כשגויים פוגעת בזכות הפרט לשם טוב ומביאה להטעיית הציבור; זו, כך נראה, המציאות שיצרה הלכת דיין-אורבך". ראו גם: תהילה שוורץ אלטשולר, "מסלול עוקף אמת-דיברתי – הטקסט הסמוי של פסקי הדין בשתי הערכאות בעניין סרן ר' ואילנה דיין" המכון הישראלי לדמוקרטיה – העין השביעית – דעות (08.02.2012) [http://www.the7eye.org.il/10065] (נצפה לאחרונה בספטמבר 2013): "...החידוש בפסק הדין הוא דווקא באמרת אגב ארוכה היוצרת פרשנות חדשה ומרחיבה מאוד להגנה נוספת בלשון הרע, מעין 'מסלול עוקף אמת-דיברתי'. בית-המשפט קובע כי עיתונאים יוכלו מעתה להתגונן מפני תביעת לשון הרע אם יוכיחו שעשו את הפרסום בתום לב בנסיבות שבהן מתקיימת "אחריות עיתונאית" לפרסם את הדברים. זאת, בלי צורך להוכיח משפטית אם הדברים היו אמת אם לאו".

20. ברע"א מור היית שותף לקביעה שלפיה על המחוקק לקבוע את ההסדר בנוגע לחשיפת פרטי מעוול באינטרנט.¹³¹ אולם במקרה תא"מ פאי אומצה דעת המיעוט של השופט רובינשטיין, אשר לפיה ניתן בנסיבות מסוימות להיעתר לבקשת התובע לחשוף את פרטי הגולש המצויים בידי ספקית האינטרנט. זאת בתנאי שקיים חשד ממשי בנוגע לזהות הגולש המפרסם את דברי לשון הרע.¹³² בעניין Premier League, שאמנם עוסק בהפרת זכויות יוצרים, הצעת כמה מודלים משפטיים לחשיפת זהות מזיקים אנונימיים ברשת למקרה שהמחוקק יתמהמה בהסדרת הנושא.¹³³

מה לדעתך צופן העתיד בסוגיה זו? מהו הפתרון הראוי באשר לחשיפת זהותם של מעוולים אנונימיים ברשת?

קיים קושי במתן פתרון. הקושי הוא כפול: ראשית בשאלות מורכבות כאלה בדרך כלל ראוי שהמחוקק יתייחס אליהן.¹³⁴ בעניין גילוי שמות גולשים התכנסה ועדה של משרד המשפטים שדנה בעניין ושקלה את כלל השיקולים הרלוונטיים בצורה יסודית שבסופה הועברו המלצותיה למחוקק. המחוקק החל לטפל בעניין בהתבסס על המלצותיה.¹³⁵ ברם טרם פורסמו מסקנות סופיות, שכן קיים קושי לאזן בין כלל השיקולים המתחרים ביניהם. הסמכות לקבוע הוראה גורפת היא עניין למחוקק ולא לבתי המשפט. קו מחשבה זה הנחה אותי בעניין מור. באותו עניין סברתי שבית המשפט אינו הגוף שצריך להתקין תחליף לחקיקת משנה ולקבוע סדר דין אזרחי בנושא שלא טופל על ידי תקנות סדר הדין.¹³⁶ בוודאי כך בשאלה שיש לה השלכות רחב מורכבות. לזה

131 עניין מור (לעיל, הערה 37) פסקה 35 לפסק דינו של השופט ריבלין.
 132 תא"מ (שלום פ"ת) 14089-08-09 פאי נ' פנחס (פורסם בנבו, 2011), בעמ' 12: "באשר למקור הנורמטיבי, מפנה לדעתו של כבוד השופט רובינשטיין: כי העובדה שאין בחוק החרות עילת תביעה המאפשרת לחייב ספקית למסור את זהות בעליהן של כתובות IP כשלעצמה אינה מחייבת את הקביעה שאין במשפט הישראלי עילה כאמור, שכן – בלמעלה מעשרים פסקי דין בערכאות דיוניות שניתנו בנושא ומצוינים על ידו – הכירו בכזו או יצרו אותה ומצאו כי בידי תובעים עילת תביעה טובה לחייב ספקיות אינטרנט ומפעילי אתרים לחשוף את זהות הגולשים המעוולים. לכן – לגישתו, ראוי לקבוע כי המשפט הישראלי הכיר בעילת תביעה עצמאית נגד ספקיות ומפעילי אתרי האינטרנט...".
 133 עניין Premier League (לעיל, הערה 38) בפסקאות 31–34 לפסק דינו של השופט ריבלין.
 134 עניין מור (לעיל, הערה 37) בפסקאות 22, 37 לפסק דינו של השופט ריבלין.
 135 דברי ההסבר להצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשע"א–2008, ה"ח 322: "...סוגיה זו מורכבת, הן בשל ההיבט הטכנולוגי שלה והן בשל היבטיה המשפטיים היורדים לשורשן של שאלות בדבר האזון בין חופש הביטוי לזכויות יסוד שונות שהמשפט האזרחי מגן עליהן, כגון זכות הקניין (באמצעות דיני הקניין הרוחני), הזכות לשם טוב (באמצעות דיני לשון הרע), הזכות לפרטיות (באמצעות חוק הגנת הפרטיות) וזכויות אחרות, וכן בשל ייחודה של רשת האינטרנט כאמצעי תקשורת חדשני הפתוח לכל, על היתרונות והחסרונות הנובעים מכך".
 136 עניין מור (לעיל, הערה 37) בפסקאות 22, 27–29, 37 לפסק דינו של השופט ריבלין.

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

מצטרפת שאלה אחרת הנוגעת להתפתחות הטכנולוגיה: הטכנולוגיה מתפתחת כל העת, והיא מתפתחת מהר יותר מהמענה שנותן בית המשפט להתפתחויות הללו. גם כשהמשפט מבקש להדביק את הטכנולוגיה, יש שהיא מפתחת מענה לכלל החדש – מענה שיש בו כדי לאיינו. לכן אף אם היינו מביאים לפתרון השאלה מתי ייחשף שמו של גולש, בזה לא הובטח ששמו אכן ייחשף. מתן תשובה לשאלה מי אמון על חשיפת שמו של הגולש אינה מבטיחה את עצם החשיפה. קיימים מקרים שבהם אי אפשר לגלות את זהות הגולש מפני שלמשל שינה את כתובת ה-IP שלו או משום שהאתר אינו שומר נתונים היסטוריים.¹³⁷ במישור מקביל גם בסוגיית הצנזורה באינטרנט טרם ניתן מענה משפטי לשאלות כגון באיזו מידה צריכה להיות רגולציה על צנזורה, באיזו מידה יש להגביל בחוק התבטאויות באינטרנט. חלק גדול משיטות המשפט בעולם הגיעו למסקנה שהצנזורה צריכה להיות פנימית מצד מנהל האתר למשל, דבר ששיגי יעילות רבה יותר.¹³⁸ בארצות הברית אחת מהגישות הייתה שעל בעל האתר לערוך את הטוקבקים. הלך הרוח היה שבידי בעל האתר הכוח והיכולת לסנן טוקבקים כך שאלו המוציאים לשון הרע למשל ראוי כי יוסרו מהאתר. אם בעל האתר ימאן להסירם, האחריות תוטל עליו, משום שהיה בידו הכוח לעשות כן. אלא שדווקא פעולות הסינון הפכו את בעל האתר לעורך האחראי בנזיקין. בעלי האתרים הניחו כי במילא תוטל עליהם אחריות, ולכן מוטב להם לא לקבל עליהם את תפקיד העורך. כדי לעודד את בעלי האתר לשוב ולערוך את הפרסומים ולסנן אותם הוענקה להם חסינות. הניסיון האמריקאי הקדים אותנו ומצוי שני צעדים לפנינו.¹³⁹ לצד הפרוצסואלי נוספו שאלות עקרוניות כמו חופש הביטוי, שיש לפרוס עליו הגנה, והזכות לאנונימיות. כאשר שיקולים אלו מובאים בחשבון אין למהר במתן הוראה שתחשוף את זהות הכותב.¹⁴⁰

21. ברע"א בן גביר נ' דנקור, חבריך השופטים סברו שאין מקום להתבטאויות נגד אדם המעלות דימויים מתקופת המשטר הנאצי, ואתה אמרת את הדברים האלה: "אין בשום פנים לראות

137 מיכאל בירנהק, "חשיפת גולשים אנונימיים ברשת" חוקים ב (תשע"א) 51, בעמ' 95–96.
138 שם, בעמ' 96: "לעומת הקושי לתבוע את הגולשים האנונימיים, ספק השירות ניצב מואר באור בהיר וחזק 'מתחת לפנס'. הספק ידוע, נגיש ומזין..."

139 שם, בעמ' 100: "מודל אחד שננקט בארה"ב הוא בקשר לשורה של עוולות, ובהן לשון הרע, מקנה חסינות כמעט מלאה לספקי השירות. 'הגנת השומרוני הטוב' נועדה לאפשר לספקי השירות [...] ולקבוע מדיניות לפרסום תוכן של גולשים ובכללה מדיניות להסרת התוכן כרצונו של מפעיל האתר או השירות המקוון".

140 עניין מור (לעיל, הערה 37) פסקה 37 לפסק דינו של השופט ריבלין: "...תפישתי שלי היא כי האנונימיות מבטאת זכויות יסוד חשובות – זכות לחופש ביטוי וזכות לפרטיות – ויש לה מעמד חוקתי. מכאן ברירת המחדל הפוכה שהתוויית בחוות דעתי, לאמור, בהיעדר הסדר חקיקתי המאפשר פגיעה בזכות זו – ברירת המחדל היא שאין אפשרות ליתן סעד של חשיפה ואין אפשרות 'ליצור' סעד כזה בשיטת המשפט המקובל' נוסח הערכאות הדיוניות".

בדינו של מי שעושה שימוש בביטויים מעולם השואה משום *sui generis* ואין לראות בתיבה 'נאצי' משום *malum in se* בשום פנים אין ליצור על-פי חריפות המסר סיווג המוציא את הביטוי מגדר ההגנה החוקתית. סיווג כזה יסיג אותנו שנות דור לאחור. הוא יבטל במחי עט שנים של פסיקה מוטת חרות.¹⁴¹ ניתן להסיק שאתה מאמין בהגנה רחבה על חופש הביטוי.

אם לגישתך גם ביטויים מעולם השואה אינם בגדר טאבו, האם יש גבולות כלשהם לחופש הביטוי (זולת מקרים שבהם הביטוי מייצר סכנה מוחשית של פגיעה בבני אדם¹⁴²)?

ת: ראשית אתחיל מהסוף. אני מאמין בהגנה רחבה מאוד על חופש הביטוי. אני סבור שחופש הביטוי הוא הראשון להיפגע בכול עת שמתרחשת סיטואציה קשה¹⁴³ מפני שההנחה המוטעית היא שכל שאנו עושים בעת שאנו פוגעים בחירות הביטוי הוא למנוע מאדם לומר דברים מסוימים. זאת ותו לא. איננו שולחים אותו לבית סוהר, איננו פוגעים ברכושו, ולכן הדבר אינו נורא. אלא שלא כך הדבר. פגיעה זו מתחילה בחופש הביטוי ואינה מסתיימת שם.¹⁴⁴ לא בכדי הדרך הטובה ביותר לתייר מזדמן לגלות אם הוא נמצא במדינה שיש בה חופש, מדינה דמוקרטית, היא להבחין בדרך שבה אנשים מדברים עמו ברחוב. האם האנשים ברחוב מתבטאים בחופשיות? האם הם נזהרים?

אשר לעניין השימוש בביטויים מסוימים, כמו "נאצי" – נקודת המוצא של שיטת המשפט שלנו, שאותה עיצב השופט ברק, היא שאין הבחנה בין צורות הביטוי השונות ולא בין תוכני הביטוי השונים. היקף הזכות לחופש הביטוי הוא רחב. כל ביטוי מכל סוג ובכל דרך חוסה תחת ההגנה החוקתית. ההגנה חלה על כל צורות הביטוי כפי שפירט השופט ברק בפרשת *universal city studios* ובפרשת חברת סטיישן פילם.¹⁴⁵ השופט

141 רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (פורסם בנבו, 2006), פסקה 35 לפסק דינו של השופט ריבלין (להלן: עניין בן גביר).

142 ראו: סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ראו גם: ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל נב(1) 535, בעמ' 580: "אינטרס הציבור הוא כי חברה תשמור על ביטחונה, על שלמותה ועל שלום הציבור בה. חופש אינו הפקרות. חירות אינה אנרכיה. זכויות אדם אינן מרשם להתאבדות לאומית. חופש הפרט אינו מכשיר להרס התשתית החברתית [...] בוודאי כך כאשר הביטוי הפוגע מסכן את אושיות החברה, פוגע באמון הציבור, בתוקפו של ההסדר החברתי-משפטי, ופוגע בערכי היסוד של החברה". באותו מקרה הואשם המערער בעברת ההמרדה לאחר שהפיץ כרוזים הקוראים להפיץ את אום אל-פאחם.

143 עניין בן גביר (לעיל, הערה 141) פסקה 10 לפסק דינו של השופט ריבלין.

144 ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, בעמ' 874: "חופש הביטוי [...] הוא תנאי ויסוד לזכויות אדם אחרות, לרבות השם הטוב, ולמשטר הדמוקרטי כולו".

145 בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, בעמ' 672-673 (להלן: עניין סטיישן); בג"ץ 806/88 *universal city studios inc* נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, בעמ' 34 (להלן: עניין *universal*): "חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי, יהא תוכנו אשר יהא תהא השפעתו אשר תהא, ויהא אופן הבעתו אשר יהא".

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

ברק הדגיש שאף הביטוי הדיכתי מוגן על ידי חופש הביטוי. הוא חלק מחופש הביטוי, וכך גם פרסומי תועבה ופורנוגרפיה. יתרה מזאת, הביטוי הגזעני אף הוא חלק מחופש הביטוי – אם כי מידת ההגנה על כל אחת מצורות הביטוי הללו שונה.¹⁴⁶ נקודת המוצא היא שחופש הביטוי מגן על כל צורות ההתבטאות בלי יוצאת מן הכלל. בארצות הברית הגישה היא אחרת. קיימות בה קטגוריות של ביטויים. התיקון הראשון לחוקה האמריקאית מדבר על הגנה אבסולוטית. נאמר שהקונגרס לא יחוקק שום חוק שיפגע בחופש הביטוי. כך לפי לשון החוקה אי אפשר להגביל את הביטוי כלל.¹⁴⁷ אולם לפי שיטת המשפט האמריקאית, יש דברים שאינם ביטוי ואינם חלק מחופש הביטוי. אותם ביטויים אינם באים כלל בגדר החוקה, ולכן הגבלתם אינה מעוררת שאלה חוקתית. למשל: ביטויי התועבה וביטויי המריבה.¹⁴⁸ בגישתנו תמיד מתעוררת שאלה חוקתית, שכן כלל הביטויים הם חלק מחופש הביטוי. לעתים מידת ההגנה תהיה מופחתת אך השאלה החוקתית תמיד קיימת. אך בארצות הברית חרף הגישה התאורטית, בפועל לא הוצאו צורות ביטוי אלה מגדר ההגנה החוקתית כליל. כך כאשר לקטגוריית מילות המריבה בארצות הברית, הכוונה היא למקרה שבו אדם אומר לאדם אחר דברים מרגיזים שיכולים ליצור תגובה אלימה מיידית, נעשתה בדיקה שגילתה שעד ימינו שלנו לא אישר בית המשפט העליון בארצות הברית אף הרשעה אחת בגין מילות מריבה.¹⁴⁹ זאת אומרת שבפועל כאשר הובאו אנשים לדין על שהשמיעו מילות מריבה, לא אישר בית המשפט העליון את ההרשעה בקטגוריה זו. לא נקבע שמילות מריבה מותרות, אלא שבפועל היה החוק רחב מדי, ולכן מצא בית המשפט שלל עילות לביטול הרשעה בגינן. בעניין פרשת דנקנר חשבתי שלמרוב אולי ניתן לראות בחילופי המילים בין הצדדים מילות מריבה. דנקנר לא התכוון לומר שכן גביר היה חבר במפלגה הנאצית אלא מה שהוא התכוון לומר הוא שכן גביר הוא בעל דעות ימניות קיצוניות ולא התכוון להוציא דיבתו. דנקנר התכוון לומר לו מילות מריבה, אולי מילים מרגיזות. חילופי הדברים נאמרו במסגרת תכנית פוליטיקה רבת משתתפים, אשר יתר משתתפיה אף הם לא בחלו במילותיהם. לפי גישתי המשפטית, הביטויים הללו הם חלק מחופש הביטוי.¹⁵⁰ יש שיאמרו שאי אפשר להתייחס למילים אלו כמילות מריבה ותו לא אלא אלו הן מילות מריבה שנוגעות לשואה, וביטויי

146 עניין סרן ר' (לעיל, הערה 129) בפסקאות 73–74 לפסק דינו של השופט ריבלין; עניין סטיישן (לעיל, הערה 145) בעמ' 674–675; עניין universal (לעיל, הערה 146) בעמ' 34–35.

147 U.S. Const. amend. I: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances"

148 עניין סרן ר' (לעיל, הערה 145) בפסקה 63 לפסק דינו של השופט ריבלין; עניין בן גביר (לעיל, הערה 141) בפסקה 11 לפסק דינו של השופט ריבלין.

149 עניין סרן ר' (לעיל, הערה 129) בפסקה 63 לפסק דינו של השופט ריבלין; עניין בן גביר (לעיל, הערה 141) בפסקה 11 לפסק דינו של השופט ריבלין.

150 שם, פסקה 25 לפסק דינו של השופט ריבלין.

שואה אצלנו, כמדינת העם היהודי, צריכים לקבל יחס שונה. הרקע ההיסטורי מיוחד. אנו בני העם היהודי. ישראל היא מולדתו של העם היהודי. אולם הדבר אינו יכול להצדיק מצב שבו אי אפשר יהיה להזכיר לעולם שום מילה הנקשרת לשואה. תמיד יש לבחון מהו הקשר הדברים. מצב אחד יכול להיות מצב שבו מילת שואה באה כדי להוציא דיבה, למשל משהו מפרסם בעיתון שבזמן השואה אדם פלוני שיתף פעולה עם הנאצים. אם הפרסום אינו נכון, זו הוצאת דיבה, ועל כן ניתן להעמידו לדין. אותו מפרסם לא יוכל לטעון שחופש הביטוי מאפשר לו לומר דברים אלו. אך אי אפשר לטעון שכל ביטוי שבו יהודי מגדף יהודי אחר במילה "נאצי", יש בו להוציא את דיבתו כחבר מפלגה והמילה אסורה להגיה. אין לתלוש דפים מן המילון של השפה העברית או של כל שפה אחרת. אם אדם מתכוון לומר שאינו מסכים עם השקפתו הפוליטית של אחר והוא מייחס לו השקפה הקרובה לזו של שלטון הרשע, אין בכך פסול.¹⁵¹ לכן סברתי שבפרשת בן גביר לא היה מקום להטיל אחריות. בפרשה זו התוצאה הייתה מעניינת מפני שהיו שלוש דעות: אני חשבתי שיש לדחות את התביעה;¹⁵² השופטת פרוקצ'יה סברה שיש לקבל את התביעה;¹⁵³ השופט ארבל אמרה שעקרונית יש לקבל אך היא אינה מוצדקת במלואה, ולכן פסקה לזכות התובע סכום סמלי של שקל אחד, שזו פסיקת פיצויי בבידון.¹⁵⁴ עכשיו השאלה היא מה הדין? מה ההלכה? ונכון יותר, מה התוצאה? החוק אומר שאם יש שלוש דעות שונות, אזי דעת ראש ההרכב קובעת, ובמקרה זה כיהנתי כראש ההרכב. קביעתי הייתה שאין פה שלוש דעות שונות משום שמתקיים רוב לדעה אחת והיא הדעה שיש לפסוק לבן גביר שקל. לדעה הזו גם השופטת פרוקצ'יה מסכימה. לדעתה צריך לפסוק לו פיצויים משמעותיים, וקל וחומר שהיא מסכימה לפסיקת פיצוי של שקל אחד. השופטת ארבל הסכימה אף היא, ואני סירבתי, ולכן יש דעת רוב לפסיקת שקל. אינני בטוח שהקביעה הזו, שהיה רוב לפסיקת שקל, הייתה נכונה. אינני בטוח שלא היה צריך לפסוק לפי דעת ראש ההרכב, אולם זו הייתה התוצאה.

העניין של ביטויי שואה התעורר פעם נוספת בצורה ישירה בפסק הדין שינוי.¹⁵⁵ אותו מקרה עסק בבחירות לכנסת, והשופטת ביניש כיהנה כיו"ר ועדת הבחירות. במסגרת כהונתה פסלה תשדיר בחירות של מפלגת שינוי. באותו תשדיר נראה אדם חילוני הולך בדרך לקלפי ברחוב ואנשים בלבוש חרדי נאחזים ברגליו והוא למעשה גורר אותם אחריו. בהגיעו לקלפי הוא רוצה לשים פתק של אחת מהמפלגות האחרות, והאנשים החרדים מהנהנים בראשם. ברגע שהוא פונה לקחת פתק של מפלגת שינוי, הם מניעים ראשם בשלילה, וכשהוא שם את הפתק של שינוי בקלפי, האנשים שלבושים בלבוש חרדי עולים בעשן לשמים. על החלטת השופטת ביניש לפסול את התשדיר הוגש ערעור

151 שם, פסקה 34 לפסק דינו של השופט ריבלין.

152 שם, פסקה 40 לפסק דינו של השופט ריבלין.

153 שם, פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

154 שם, פסק דינה של השופטת ארבל.

155 בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית (פורסם בנבו, 2006).

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

לבית המשפט העליון. בהרכב בבית המשפט העליון החלטנו פה אחד שלא להתערב בפסילה, אם כי הטעמים היו מעט שונים. השופט ברק סבר שמדובר בביטוי בלתי נסבל כלפי הציבור החרדי בארץ, ביטוי המעלה קונוטציות של התעמולה הנאצית נגד יהודים. התשדיר לדעתו מזכיר תקופות אפלות בתולדות העם היהודי, וזהו ביטוי פסול.¹⁵⁶ אני חיוויתי דעתי שאין להתערב בהחלטת השופטת ביניש מפני שהדבר נמצא בשיקול דעתה כיו"ר ועדת הבחירות. ברשותה שיקול דעת רחב, ולכן אין להתערב.¹⁵⁷ צריך לזכור כי במקרה דומה התיר השופט ברק ביטויים שהשוו חיילים ישראלים לחיילים נאצים בהצגות תאטרון, ואף שהביטוי דקר בלבו כניצול שואה הוא אישר את הביטוי, את ההצגה.¹⁵⁸ לעומת זאת בפרשת שינוי הוא סבר שהתשדיר חוצה את הקו האדום.

4. חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים

22. המניע לחקיקת חוק הפלת"ד הוא סוציאלי.¹⁵⁹ המחוקק החליט לוותר על יסוד האשמה בחוק כדי להבטיח פיצוי מהיר ונאות לכל אדם שנפגע בתאונת דרכים. בספרות המשפטית נטען בין היתר כי "אפילו מי שזכאי לתרופה לפי החוק אינו מקבל תמיד פיצוי ההולם את נזקו... ההבטחה לפיצוי מהיר הייתה מלכתחילה יומרנית מדי, והתגלתה בדיעבד כעורבא פרח. הסתת הדגש מנושא האשמה לעניין היקף הפיצוי ויצירתם של מוקדי ההתדיינות החדשים תרמו – כצפוי – לסיכול תכליתו המוצהרת של החוק".¹⁶⁰

מה עמדתך בנדון? האם אתה מסכים שקיימות בעיות כגון זו בהגשמת תכלית החקיקה? מהם הפתרונות לדעתך?

ת: ראשית, בחיים המודרניים אדם נחשף לסיכונים רבים הנובעים מעצם השימוש בתחבורה המוטורית, ועל המדינה מוטלת אחריות לפצות עבור הנזקים הללו, שלמרבה הצער הם נפוצים, והם הנזק העיקרי מן השימוש ברכב. לכן נחקק חוק הפיצויים, המטיל אחריות מוחלטת ומלאה, ואין צורך להוכיחה.¹⁶¹ אמנם פיצוי זה מוגבל בתקריות,

156 שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט ברק.

157 שם, פסק דינו של השופט ריבלין.

158 בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, בעמ' 441: "עם כל הרגישות לזיכרונות השואה, אין אני יכול לומר, כי מועצה סבירה רשאית לקבוע, כי קטע יחיד זה פוגע פגיעה קשה וחמורה, שאף משטר דמוקרטי אינו צריך לשאתה".

159 ראו: חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. ראו גם: אליעזר ריבלין, "תאונות הדרכים" (לעיל, הערה 100) בעמ' 5-6.

160 רונן פרי "מהפך או מפח? סיפורו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים" עיוני משפט כח(1) (תשס"ד) 147 (להלן: רונן פרי, "מהפך או מפח").

161 שם, בעמ' 152: "...ההסדר שנקבע בחוק הוא הסדר של אחריות מוחלטת (absolute liability), שבו הזכות לפיצוי אינה מותנית בקיום אשמה מצידו של המזיק ואינה מושפעת מאשמו התורם של הניזוק, להוציא מקרים קיצוניים שבהם גרם הנפגע לתאונה במתכוון".

אך התקררות גבוהות עד כדי היות הפיצוי קרוב לפיצוי מלא.¹⁶² מבחינה זו חוק הפיצויים השיג מטרתו. מחשבה נוספת בחקיקת החוק הייתה שמרבית המשאבים בדיונים בתביעות שעילתם תאונת דרכים מוקדשים לשאלת האחריות. לכן הסברה הייתה שברגע שתיקבע אחריות מוחלטת וייתיר הדיון בשאלת האחריות, היקף הדיון יצטמצם דרמטית. זאת מתוך הנחה ששאלת הנזק מצריכה דיון מועט. המציאות הוכיחה שלא כך הדבר, והמשאבים שהוקדשו בעבר לשאלת האחריות מוקדשים היום לשאלת הנזק. לא רק זאת אלא שאותם משאבים מוקדשים אף לשאלת האחריות, אך לא במובן שהמחוקק התכוון אליו, אלא הם מוקדשים להוכחת עצם קיומה של תאונת דרכים. לבתי המשפט היה חלק ניכר בהתוויית הקושי שהתעורר, מפני שפסיקתם הרחיבה עד מאוד את הגדרת תאונת הדרכים.¹⁶³ החוק במקורו לא כלל הגדרה למושג "שימוש ברכב" ולמושג "רכב". בראשיתו הגדיר החוק תאונת דרכים הגדרה פשוטה – נזק גוף שנגרם משימוש ברכב. לאחר מכן הרחיבה הפסיקה את ההגדרה בצורה כזו שמשאבים רבים הוקדשו, ועדיין מוקדשים, לשאלה אם מדובר בתאונת דרכים. ההרחבה נבעה מכך שבפני בית המשפט באו מקרים רבים שבהם לא היה פשוט להחליט אם המקרה עונה על ההגדרה של תאונת דרכים. בשנת 1990 ניסה המחוקק לתקן את הקושי באמצעות מתן הגדרה חדשה ורחבה מאוד לתאונת דרכים.¹⁶⁴ אלא שהתברר שניסיון זה לא הביא לפתרון הבעיה, ובמקום זאת הוסיף בעיות קשות והתלבטויות חדשות. אף בשאלת הנזק קיימת התדיינות רחבה, אך אני סבור שהיקף ההתדיינות של שאלה זו אינו שונה מהיקף ההתדיינות בתיקי נזיקין אחרים. דה פקטו, הקושי העיקרי היה נעוץ בהגדרת תאונת דרכים על מרכיביה. לדעתי,

162 תוצאה זו משקפת את מצב הדברים, ולפיהם: "הפיצוי הוא לכל אך לא הכל". המחוקק יצר בחוק הפלת"ד תקרה פיננסית אשר מעבר לה אי אפשר לפצות את הניזוק בתאונת הדרכים. יש הטוענים כי מדובר במהלך שרירותי אשר במקרים מסוימים עשוי להוביל לתוצאות המנוגדות לשיקולי הצדק. המרוויחות העיקריות מהסדר זה הן חברות הביטוח. ראו: שם, בעמ' 190.

163 הסטת הדיון ממוקד האשמה, לאור הסדר האחריות החמורה, העלה מוקד דינוי אחר והוא "שיעור הפיצוי". הנתבעים מנסים מטבע הדברים להקטין את היקף הפיצוי שאותו הם עשויים לשלם לנפגע גם אם מדובר בפיצוי מוגבל בתקרת רף. ראו: שם, בעמ' 178–179. לעניין הרחבת הגדרת "תאונת הדרכים" בפסיקותיו של בית המשפט ראו גם: ע"א 358/83 שולמן נ' ציון החברה לביטוח בע"מ, פ"ד מב(2) 844. פסק דין זה הוא נקודת מפנה חשובה בדרך שבה התערב בית המשפט בפרשנותו המרחיבה של חוק הפלת"ד בנוגע ליסוד השימוש ברכב מנועי. בעקבות פסק דין זה באו מפי בית המשפט העליון פסקי דין נוספים אשר גם בהם ניכרת הגישה המרחיבה. ראו להלן: ע"א 236/81 לסרי נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מב(3) 705. ראו גם: ע"א 326/80 סועאד נ' טאהא, פ"ד לה(3) 197. פסקי דין אלו היו למעשה המזנק (טריגר) לתיקון מס' 8 לחוק הפלת"ד [חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תיקון מס' 8), התשנ"א–1990, ס"ח 2]. תכליתו המעשית של התיקון הייתה לצמצם את ההגדרה הרחבה אשר יצר בית המשפט העליון, ובכך להגדיר מחדש את המושג "תאונת דרכים".

164 ראו: רונן פרי, "מהפך או מפח" (לעיל, הערה 160) בהערת שוליים 263, בעמ' 208.

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

הפסיקה בשנים האחרונות התגברה במידה רבה על קושי זה. בתי המשפט עשו זאת תוך ניסיון להיצמד ללשון החוק ולתכלית העומדת מאחורי ההגדרה החדשה. הפרשנות בימינו היא במידה רבה יותר פרשנות דווקנית, פרשנות שאינה מצרה או מרחיבה אלא מנסה לתת תוקף לחוק כפי שהוא היום, פרשנות המנסה להתוות קווים מנחים, קוהרנטיים, ובמידת האפשר "ידידותיים למשתמשים" – עורכי הדין ובתי המשפט.¹⁶⁵

5. אחריות המדינה בנוזיקין

23. ההלכה במדינת ישראל הייתה שלשופט יש חסינות זיונית מלאה מפני תביעה בגין רשלנות בפסיקתו, והייתה "הסכמה שבשתיקה" שאף המדינה זוכה בחסינות. מכוחה של חסינות זו נמנעו תובעים מלתבוע את המדינה כאחראית שילוחית לפעולותיהם של השופטים.¹⁶⁶ בר"ע פרידמן נפתח צוהר לתביעת המדינה בגין רשלנות בוטה וקיצונית מצד השופטים.

האם לדעתך נחוצה חסינות מלאה לשופט לשם תפקודה התקין של מערכת המשפט? במה נבדל השופט מיתר עובדי הציבור?

ת: נקודת המוצא היא שיש למנוע רשלנות בוטה וקיצונית, כפי שהוגדרה בפסק הדין, והדרך למנוע את הדבר היא לא בהסרת החסינות העניינית מהשופט ולא בפתיחת פתח להגשת תובענות אזרחיות אלא הדרך היא ראשית – בהקפדה על מינוי השופטים. כלומר, ניסיון להביא לכך שיתמנו שופטים ראויים לתפקיד. הדבר לא תמיד קל ולפעמים אינו אפשרי, אולם דרכי מינוי השופטים השתנו בשנים האחרונות.¹⁶⁷ כיום הוועדה למינוי

165 לעניין זה יפים דבריו של כבוד השופט א' ריבלין בעניין רע"א 418/03 אסם תעשיות מזון בע"מ נ' סמג'ה, פ"ד נט(3) 541, בעמ' 552–553, הממחיש את הקושי שעמו נאלץ בית המשפט להתמודד בשאלת סיווג אירוע תאונה כ"תאונת דרכים" בניסיון ליצור קוהרנטיות משפטית עם כוונותיו של המחוקק, אשר באו לידי ביטוי בתיקון מס' 9 לחוק הפלח"ד: "החוק כולל הגדרה בסיסית של תאונת הדרכים והגדרה כוללת, הגדרה ראשית והגדרות משנה, חזקות מרבות וחזקות ממעטות, כללים וחריגים, הוראות כלליות והוראות מיוחדות – כולם עומדים זה לצד זה, ולעתים משיגים זה את תחומו של זה [...] מקצת ההוראות בחוק משלימות זו את זו; מקצתן מתיישבות זו עם זו; מקצתן מנוכרות זו לזו. כאשר בית-המשפט ניצב בפני מגמות סותרות או בפני הוראות מתנגשות בתוככי החוק עליו לקבוע כללים של הכרעה. הכללים ניתנים להילמד, תכופות, מלשון החוק עצמה".

166 ראו: סעיף 8 לפקודת הנוזיקין. ראו גם: ישראל גלעד, "אוי לדור ששופטיו צריכים להישפט" עלי משפט ב (תשס"ב) 255, בעמ' 255–256 (להלן: "ישראל גלעד", "אחריות השופטים"). ראו גם: בר"ע (י-ם) 2315/00 מדינת ישראל נ' פרידמן (פורסם בנבו, 2001) (להלן: עניין פרידמן).

167 בעניין פרידמן נקבע כי במקרים שבהם התנהלות השופטים עולה לכדי "רשלנות בוטה" יישאו המדינה והשופטים עצמם באחריות ביחד ולחוד, וזאת מכוח אחריותה השילוחית של המדינה למעשי השופטים. אולם לא נקבעה מפורשות מהי אותה "רשלנות בוטה": האם מדובר ברשלנות חמורה או שמא מדובר ברף גבוה יותר של רשלנות? לעניין זה ראו: ישראל

שופטים נעזרת באמצעים נוספים מלבד הריאיון שאותו הייתה מקיימת בשנים עברו ושאותו היא מקיימת גם כיום. ראשית, הוועדה נעזרת בהמלצות מגופים ומאנשים אובייקטיביים. יתר על כן, היא נעזרת בסדנה לאבחון מועמדים לשפיטה של המכון להשתלמות שופטים. זו סדנה חדשה שבה מועמדים לשפיטה נמצאים בתנאי פנימייה למשך שבוע ימים. במסגרתה הם עוברים אבחון והערכה של צוות שופטים, כשלצוות הזה גלויה פסיכולוג מקצועי מנוסה המעריך מבחינה מקצועית את המועמדים בפרמטרים רלוונטיים, כגון מזג שיפוטי, יכולת הכרעה ויחסי אנוש נכונים. צוות אחר מעריך את הפרמטרים הנוספים, כמו היכולת למלא את התפקיד השיפוטי מבחינה מקצועית.¹⁶⁸ כל זה בא להבטיח, במידת האפשר, בחירת שופטים המסוגלים לעמוד בעומס התפקיד ולתעדף טיפול בתיקים לפי חשיבותם ומורכבותם. לחסינות השופטים חשיבות רבה מאוד. היא נוגעת בעיקר לצורך להבטיח אי-תלות השופט. כדי שהשיטה תפעל נכונה, שופט חייב להיות חסר תלות לחלוטין וחופשי מכל גוף וגורם ומכל שיקול שאינו שיקול שיפוטי טהור.¹⁶⁹

6. תרופות

(א) השבת המצב לקדמותו

24. נשמענה הטענה שלפיה חלה בפסיקתן שחיקה בעקרון השבת המצב לקדמותו. למשל, בפסק הדין **אבו-חנא** נקבע כי בהערכת הפיצוי לקטינה ערבייה בגין אבדן כושר השתכרות יש

גלעד, "אחריות השופטים" (לעיל, הערה 166) בעמ' 265–266. לעניין הליך מינוי השופטים, ראשית חשוב לציין כי השופטים הם דמות מרכזית בניהול מערכת הצדק בכלל ההליכים המשפטיים. מכאן, כי לצורך שמירה על טוהר ההליכים מיוחס משקל רב לעצם הליך המינוי. השופטים נבחרים (על פי רוב) על פי הפרמטרים האלה: מקצועיות, יושרה אישית, מוסריות והוגנות. אין זו רשימה סגורה, ולכן איכותה של הרשות השופטת תלויה באיכות הליך המינוי ובטוהרו. ראו: שמעון שטרית, "תהליך מינוי שופטים: הליכים ואמות מידה", המשפט ח (תשס"ג) 357, בעמ' 358–360 (להלן: שמעון שטרית, "מינוי שופטים").

168 ראו: שטרית, (לעיל, הערה 167) בעמ' 392–393. ראו גם: יעל כהן-רימר, "הוועדה לבחירת שופטים – מי? כמה? למה? האומנם?", המכון הישראלי לדמוקרטיה (23.06.2009) [http://www.idi.org.il/ספרים-ומאמרים/מאמרים/הוועדה-לבחירת-שופטים-מי-כמה-למה-האומנם] (נצפה לאחרונה בספטמבר 2013).

169 אי-תלות השיפוטית היא אלמנט מהותי בטוהר השיפטה ובשמירה על אמון הציבור במערכת המשפט. לעניין זה ראו: שלמה לוי, "אי-תלות שיפוטית – מבט כלפי פנים", עיוני משפט כט(1) (תשס"ה) 5, בעמ' 7: "שופט ראוי לשמו צריך שיהיה מחוסן מפני השפעות כאלה ולהיות מוכן להחליט לפי מיטב מצפונו, אף אם ההחלטה לא תהיה פופולרית ולא תישא חן בעיני חלק מן הציבור או בעיני הציבור כולו, והוא – אם ההחלטה נראית לו צודקת וניתנת בהתאם לחוק ולהכרתו הנורמטיבית והערכית".

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

להתעלם מנתונים סטטיסטיים שלפיהם רמת השכר במגזר הערבי, ובעיקר בקרב נשים, נמוכה מהממוצע הארצי.¹⁷⁰ לכאורה, יש כאן חריג לעקרון השבת המצב לקדמותו, המבוסס על שיקולי צדק חלוקתי. בפסק הדין פלוני נ' מגדל חברה לביטוח נקבע כי אין לפסוק לאדם פיצוי בגין עלות שירותי ליווי גם אם הוא זקוק להם בעקבות הפציעה,¹⁷¹ כעניין של תקנת הציבור, דהיינו כדי לא לעודד את תעשיית הזנות. לכאורה, לפנינו חריג נוסף לעקרון השבת המצב לקדמותו, המבוסס על שיקולי תקנת הציבור.

ישראל גלעד סבור שעקרון השבת המצב לקדמותו הוא אמצעי ולא מטרה. אם האמצעי יהפוך מטרה, יתעורר החשש להטלת אחריות חמורה על המזיקים, מאחר שרק בהטלת אחריות חמורה ניתן להשיב את המצב לקדמותו.¹⁷²

האם לדעתך העיקרון המדובר הוא אמצעי או מטרה? אם לדעתך מדובר באמצעי בלבד, מדוע עשית מאמץ בכמה פסקי דין להראות שאינך סוטה מעיקרון זה גם כאשר התוצאה הייתה מוצדקת לגופה?

ת: עקרון השבת המצב לקדמותו הוא אמצעי להשגת תכלית הצדק המתקן. תכופות הוא גם אמצעי להשגת התכלית ההרתעתית. נוסף על היותו אמצעי, ויש לנהוג בו כאמצעי, אני סבור שצריך לקרוא אותו קריאה עשירה ולא דווקנית. בדרך הזו אנו למעשה מאפשרים גמישות ביישום העיקרון.¹⁷³ כפי שפרופ' גלעד אומר, צריך לזכור שהעיקרון הוא אמצעי, ושקיימות תכליות חשובות לא פחות מתכלית הצדק המתקן, ולכן לפעמים, כפי שאני מבין את גישתו, מותר לנו לסטות מעקרון השבת המצב לקדמותו. לדעתי במקרים חריגים אנו נסטה מאותו עיקרון – כשהכלל הוא יישום העיקרון. יישום בצורה נכונה ולא בצורה דווקנית ונוקשה.¹⁷⁴ בפסיקה של השנים האחרונות, כאשר יישום דווקני של העיקרון נראָה לנו יישום שאינו ראוי, החלטנו על הגמשת העיקרון, או נכון יותר – על קריאה עשירה שלו. אולם הקפדנו להישאר ככל האפשר במסגרת של השבת המצב לקדמותו. הדוגמאות שמביאים כסטייה מעיקרון זה בפסיקה של השנים האחרונות, לפי דעתי אינן משקפות סטייה. למשל בעניין אבר-חנא, אמרנו במפורש

170 ראו: עניין אבו חנא (לעיל, הערה 17) פסקה 14 לפסק דינו של השופט ריבלין.

171 ראו: ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סא (3) 310, בעמ' 338 (להלן: עניין פלוני).

172 ראו: ישראל גלעד, "גבולות האחריות א'" (לעיל, הערה 56) בעמ' 313.

173 אליעזר ריבלין וגיא שני, "תפיסה עשירה של עקרון השבת המצב לקדמותו", משפט ועסקים י (תשס"ט) 499, בעמ' 502 (להלן: אליעזר ריבלין וגיא שני). ראו גם: עניין דנ"א מלול (לעיל, הערה 57) פסקה 48 לפסק דינו של השופט ריבלין.

174 דוגמה למצבים חריגים אלו, ראו: עניין ע"א 9980/06 עיזבון אטינגר ועניין אבו חנא (לעיל, הערה 57).

שאיננו מיישמים עיקרון של צדק חלוקתי אלא עיקרון של השבת המצב לקדמותו.¹⁷⁵ העיקרון הזה בא לידי ביטוי באבו-חנא בשתי דרכים: הדרך האחת היא הדרך המסורתית. מדובר שם בראש הנזק של אבדן השתכרות. במסגרת הגישה המסורתית נשאלת השאלה מהו תזרים המזומנים העתידי של הניזוק שהיה צפוי אלמלא התאונה, אלמלא המעשה הניזקי. במקרה של קטין גרסנו שהדרך לאמוד את תזרים המזומנים העתידי היא נטילת הנתון של השכר הממוצע במשק. הטענה נגד פסיקתנו זו הייתה שקביעה כזו אינה מתיישבת עם עקרון השבת המצב לקדמותו, אלא היא בבחינת הגשמה של רצון שאינו מציאותי, של מציאות רצויה ולא של מציאות מצויה. באותו מקרה חשבנו שלא כך הם הדברים וסברנו שאין זה נכון לומר כי ילדה כמו רים אבו-חנא לא תשתכר בעתיד לפי השכר הממוצע במשק; אין לומר שהדבר אינו מציאותי. יש לזכור שמדובר בהפסד עתידי שתחילתו בעוד עשרים שנה. אין לנו רשות להניח שבתום תקופה זו אי-השוויון בהכנסות בין המגזר היהודי לערבי, בין גברים לנשים, ימשיך להתקיים באותה מידה כפי שהיה קיים בזמן התאונה.¹⁷⁶ דרך אחרת שבה מתבטא עקרון השבת המצב לקדמותו בפסק הדין היא דרך שאינה מסורתית, דרך הדוגלת בפיתוח ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. סברנו שלכל אדם יש זכות לבחור את דרך חייו, וכשמדובר באפשרויות השתכרות, אזי בפני כל אדם, כשהוא נולד, נפרס כל הספקטרום ועומדת בפניו אפשרות הבחירה. יש מי שחייב יהיו קשים יותר ויש מי שחייב יהיו חיים יותר, אולם לכל אחד עומדת הזכות שכל קשת האפשרויות הזו תעמוד בפניו. מי שנפגע בתאונת דרכים, ונותר נכה, חלק מהאפשרויות נגרעות ממנו, ומכאן שגם זכות הבחירה שלו נפגעת; נפגעת זכותו לאוטונומיה.¹⁷⁷ גם בהליכתנו במסלול חדשני זה לא סטינו מעיקרון השבת המצב לקדמותו ופסקנו פיצוי בשל הפגיעה באוטונומיה בדרך שתשיב את המצב לקדמותו. השאלה הנשאלת היא כיצד ניתן לאמוד את סכום הכסף המבטא פגיעה זו. קשת האפשרויות העומדות בפני קטין למעשה כוללת הן את האפשרויות העומדות בפני בעלי ההכנסות הגבוהות ביותר והן את האפשרויות הפרוסות בפני בעלי ההכנסות הנמוכות ביותר. שקלול של הקשת הזו מביא גם הוא לתוצאה המשקפת את השכר הממוצע במשק. כך, בשתי הדרכים אנו מגיעים לפסיקת השכר הממוצע במשק מבלי לסטות מעקרון השבת המצב לקדמותו או מבלי לסטות מהכללים הניזקיים הרגילים.

175 ראו: עניין אבו חנא (לעיל, הערה 57) פסקה 40 לפסק דינו של השופט ריבלין: "איננו נדרשים לרדת כאן לעומקן של הדיון בסוגיות קשות אלה, וודאי לא לקבוע מסמרות ביחס להן. אין ספק ששימוש בדיני הניזקין לצמצום פערים בין הגביר לדל מעורר שאלות לא פשוטות, וקולמוסים רבים נשברו סביב סוגיה זו. כל שאנו מבקשים לומר הוא כי לגישה המוצעת על ידינו כאן יש בסיס גם בתפיסות צדק החורגות מגישת הצדק המתקן ועקרון השבת המצב לקדמותו, וחותרות להגשמת ערכים של שוויון".

176 שם, פסקה 50 לפסק דינו של השופט ריבלין: "...אין ספק כי שומת הפיצוי בגין הפסד כושר השתכרות בעתיד היא מלאכה לא פשוטה, במיוחד כאשר מדובר בקטינים. אולם [...] אל לו למשפט לקבוע, מראש, נקודות מוצא שונות לקטינים שונים בישראל, אך משום השתייכותם לקבוצות אוכלוסייה שונות".

177 שם, פסקה 33 לפסק דינו של השופט ריבלין.

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

הדוגמה הבאה שהבאתם היא הדוגמה של פלוני נ' מגדל, שם הייתה השאלה אם ראוי לפסוק פיצוי בגין עלות שירותי ליווי. אנו התחלנו את הניתוח באותו פסק דין במסגרת דיני הנזיקין מבלי לסטות מעקרון הצדק המתקן ומעקרון השבת המצב לקדמותו. באותו מקרה הנזק שהתובע טען לו היה היעדר יכולת לקיים קשרים עם בני המין השני. נזק זה אינו נזק ממוני. זהו נזק שאי אפשר לפצות עליו בממון משום שמלבד הנזק הממוני המגולם בהוצאות שירותי ליווי יש נזק נפשי בהיעדר הקשרים המיוחדים שיש לבני זוג, כגון קשרי חיבה ושותפות. הפיצוי בגין אלה הוא פיצוי לא ממוני, אבדן האפשרות ליהנות מקשרים עם בני זוג, ולכן הפיצוי שביקש התובע, במסגרת הנזק הממוני, היה פיצוי לא הולם שאינו מציע מענה לנזק האמתי, ולכן ביטלנו אותו.¹⁷⁸ כאשר לנזק הלא ממוני – לא שללנו פיצוי בגינו. הקושי היה שזו הייתה תאונת דרכים, ולכן הנזק הלא ממוני מוגבל בתקרות ובנוסחאות מסוימות. לו היה זה תיק נזיקי רגיל, היה הפיצוי הלא ממוני בלתי מוגבל. ברם הוספנו בפסק הדין ואמרנו כי קיימת חשיבות ערכית במזעור היקף תופעת הזנות והסחר בנשים. לדעתנו מתן פיצוי ממוני המכוון לשירותי הליווי במקרה כגון זה עשוי לעודד בעקיפין את הפעילות העבריינית הזו, אשר אינה עולה בקנה אחד עם תקנת הציבור, שהרי הפיצויים שנפסקו עלולים להגיע לכיסם של סרסורים. זהו נימוק שחורג מדיני הפיצויים הפנימיים ומעקרון השבת המצב לקדמותו. באותו מקרה חשבנו, בפעם הראשונה, שיש להשתמש בנימוק כזה כנימוק לגיטימי.¹⁷⁹ אמנם נימוק זה חורג מעקרון השבת המצב לקדמותו, אך הוא היה נימוק אחד מבין רבים ולא דווקא הנימוק העיקרי בתוצאה של פסק הדין.

(ב) הפסד השתכרות בשנים האבודות

25. הלכת **אטינגר**¹⁸⁰ הפכה את הלכת **גבריאלי**¹⁸¹ שקדמה לה ואשר שררה במשך 20 שנה. יש המבקרים את פסק דינו זה בנוגע לזכאות של העיזבון לפיצויים במסגרת אבדן כושר

178 ראו: עניין פלוני (לעיל, הערה 171) פסקה 25 לפסק דינו של השופט ריבלין: "...עמדתנו היא כי דיני הפיצויים עצמם אינם מכירים בפסיקת פיצוי בגין ראש נזק ממוני של שירותי-ליווי; אין זה פיצוי המתחייב לפי עקרון 'השבת המצב לקדמותו'. [...] אכן, יש מקום לכך שבית המשפט יפסוק לניזוק פיצוי בגין אובדן כושר התפקוד המיני, אך אין מקום לכך שייחד פיצוי בגין הנזק הממוני המתבטא בעלויות ההיזקקות לשירותי ליווי".

179 גישתו של השופט ריבלין בעניין עקרון "השבת המצב לקדמותו" משקפת תפיסה גמישה ומרחיבה, הרואה בעיקרון זה אמצעי ולא מטרה. לכן התוצאה שאליה הגיע בית המשפט העליון בעניין פלוני, אבו חנא וע"א 9980/06 עיזבון אטינגר ממחשה כי עיקרון זה מיושם ביסודו באופן שאינו מנותק מהמציאות החברתית הקיימת. ראו: אליעזר ריבלין וגיא שני, (לעיל, הערה 173) בעמ' 522 בהערת שוליים 70 והטקסט הצמוד לה ובעמ' 523: "...ביקשנו במאמר זה להצביע על פוטנציאל ההתפתחות הטמון בתוך שיקול אחרון זה [השבת המצב לקדמותו] ולהציע שגם אם עקרון השבת המצב לקדמותו הוא במהותו עקרון מקבע, אין לחשוב עליו בצורה מקובעת". [תוספות שלנו]

180 ע"א 140/00 עיזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (להלן: עניין ע"א 140/00 עיזבון אטינגר).

ההשתכרות בשנים האבודות של המוריש. לדידו של פרופ' דניאל מור, כפי שכתב במאמרו, ההכרה בפיצויים אלו הובילה את הפסיקה למדרון חלקלק ולתוצאות בלתי צודקות ושאינן הגיוניות. לדבריו, קיים קושי להבין מצב שבו ההורים שבנם נהרג בשל מעשה רשלני, תובעים בתור יורשים פיצויים בגין אבדן כושר ההשתכרות של בנם.¹⁸²

לנוכח הביקורת על החלת ההלכה גם על עיזבוננו של אדם שנהרג מחמת מעשה נזיקין, האם לדעתך ראוי כי המחוקק יבחן שינוי תוצאה זו?

ת: בשום פנים ואופן לא. אני בטוח שהפיצוי לעיזבון ראוי, הכרחי וצודק בשל ביטול הלכת השנים האבודות. פסק דין אטינגר בא לשנות את המציאות שבה להרוג אדם היה זול יותר מאשר לפצוע אותו. מצב זה התהווה משום שכאשר פגעו בחלק מכושר ההשתכרות של אדם הוא היה זכאי לפיצוי, וכאשר פגעו במלוא כושר השתכרותו, לא היה זכאי כלל לפיצוי.¹⁸³ זו תוצאה שלא התקבלה על הדעת, וחיכינו, אולי זמן רב מדי, כדי לשנות את ההלכה. השינוי אומר שאם המזיק גרם לקיצור תוחלת החיים של הניזוק, הוא חייב לפצותו בגין כל ההפסדים, ובין היתר אבדן ההשתכרות באותן שנים שבהן קוצרה תוחלת החיים. קיימות שתי סיטואציות של קיצור תוחלת החיים: סיטואציה ראשונה היא קיצור חלקי של תוחלת החיים, מצב שבו מעשה הנזיקין מקצר את תוחלת החיים של האדם; הסיטואציה השנייה היא קיצור מלא של תוחלת החיים, כלומר הוא מוצא את מותו סמוך לאחר מעשה הנזיקין. בשני המקרים מדובר באותו נזק – קיצור תוחלת החיים – ובשני המקרים באותו חלק שקוצר נגרם גם אבדן השתכרות, נוסף על נזקים אחרים. ההבדל היחיד הוא שבקיצור תוחלת החיים החלקי, אם הקיצור אינו מידי הניזוק עצמו יוכל לתבוע. אם קיצור תוחלת החיים מידי, ייתכן שהניזוק לא יספיק לתבוע, ובמקרה כזה זכויותיו עוברות מכוח דיני הירושה לעיזבון.¹⁸⁴ במקרה של קיצור מלא של תוחלת החיים אין שום סיבה לגרוע מזכויות הניזוק, ואין סיבה לפטור את המזיק מהנזק שגרם לו. יתרה מכך, אין להבחין בין ניזוק שמקבל את הפיצוי במקרה של קיצור חלקי לבין מקרה שבו אותה הזכות עוברת לעיזבון במקרה של קיצור מלא.¹⁸⁵ יש

181 ע"א 295/81 עיזבון המנוחה ש' גבריאל נ' ד' גבריאל, פ"ד לו(4) 533.
182 דניאל מור "הילכת אטינגר – אנטומיה של פסק-דין שנוי במחלוקת" עלי משפט ד (תשס"ח) 101, בעמ' 128, 131.

183 עניין ע"א 140/00 עיזבון אטינגר (לעיל, הערה 180) בעמ' 514.

184 סעיף 78 לפקודת הנזיקין.

185 עניין ע"א 140/00 עיזבון אטינגר (לעיל, הערה 180) בעמ' 516, 519: "...שליית הפיצוי בגין 'השנים האבודות' עלולה ליצור מצב שבו על-אף הנזק הכבד שנגרם עקב מעשהו של המזיק, הוא יהא פטור מן החובה לשלם פיצויים בגין חלק ניכר מן הנזק. אין ספק כי מקום שבו קוצרה תוחלת חיי העבודה של הניזוק מתפרס הנזק של אובדן יכולת ההשתכרות גם על פני 'השנים האבודות'. הותרת נזק זה בלא פיצוי משמעותה פגיעה בהרתעה הכללית [...]"

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

צורך למצוא נימוק מיוחד כדי לשלול מהעיון פיצוי, שאם לא כן הפיצוי לעיון הוא תמונת ראי של הפיצוי לניזוק החי. יתר על כן, בדרך כלל במקרה שבו הקיצור מלא, הנזק גדול מהנזק שנגרם לניזוק שנותר בחיים, מפני שקיצור תוחלת החיים היה מלא. זכותו של העיון לתבוע היא פועל יוצא של דיני הירושה הסבורים, בצדק, שעם מות הניזוק זכויותיו עוברות ליורשיו ולא למזיק (שיפטר מאחריותו כלפי היורשים שאינם תלויים אם לא נכיר בתביעת העיון).

ד. שאלות כלליות

26. אקטיביזם שיפוטי הוגדר כך: "מדד לנכונותם של שופטים או בתי משפט לחרוג מהמסגרת המסורתית של תפקידם, המוגדרת על ידי קונבנציות חברתיות מושרשות".¹⁸⁶ יש שיטענו כי על פי הגדרה זו ניתן לאפיין כמה מפסיקותיך כאקטיביזם שיפוטי. לדוגמה: הלכת **אברונא**, הלכת **אטינגר**, הלכת **מלול**, הלכת **המר** וכיוצא באלה. במקרים אחדים ביטלת הלכות ותיקות.

מה דעתך על אקטיביזם שיפוטי? האם אתה סבור שהוא מאפיין נחוץ להתאמת המשפט למציאות המשתנה?

ת: ראשית, ההגדרה של אקטיביזם שיפוטי: ההגדרה המוצעת הזאת היא נכונה מפני שיכולים להיות לאקטיביזם שיפוטי מופעים שונים. זהו נושא מורכב מאוד. למשל, ניתן לראות אקטיביזם שיפוטי בבית משפט לערעורים שמתערב בהחלטות של בתי המשפט הנמוכים.¹⁸⁷ אקטיביזם שיפוטי בדוגמה הזאת יכול להתבטא בניסוח, בהגעה להלכות משפטיות חדשות או בשינוי הלכות קיימות. אקטיביזם שיפוטי יכול להיחשב גם נגיעה או התערבות בנושאים שמצויים על פי המקובל בסמכויותיה של רשות שלטונית אחרת. האקטיביזם השיפוטי שאתם מכוונים אליו בשאלה הוא בעל שני פנים: ראשית קביעת

נראה כי הגישה הראויה היא זו שהתווה הנשיא ברק. לפי גישה זו, הפגיעה בפוטנציאל ההשתכרות היא אכן נזק בר-פיצוי, ובלבד שקיים סיכוי, שאינו אפסי או ספקולטיבי לגמרי כי פוטנציאל זה היה מתממש. אך מכל מקום, אין מחלוקת שכושר ההשתכרות הוא נכס השייך לבעליו. פוטנציאל ההשתכרות, לפי מובנו זה, משקף את 'האופק הכלכלי' של הניזוק, והפיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות ב'השנים האבודות' נועד לפצות את הניזוק על קיצור אופק זה...".

186 רונן פרי, "אקטיביזם שיפוטי בדיני הניזוקין: טקסונומיה של פסקי ברק" ספר ברק – עיונים בהגותו השיפוטית של אהרן ברק (תשס"ט) 541, בעמ' 544 (להלן: רונן פרי, "אקטיביזם שיפוטי").

187 שם, בעמ' 547–548.

הלכות בנושאים עקרוניים ושנית שינוי הלכות קיימות. לא הייתי מגדיר את ההיבט הזה בפסיקתי כאקטיביזם שיפוטי, אלא יותר כמאמץ מתון הרבה יותר וניסיון צנוע יותר להשליט סדר בתחומים מסוימים של המשפט. הרי בתחומים רבים יש לבתי המשפט נטייה טבעית להגיע לגשר, ורק אז לעבור אותו, כלומר להימנע מהסדרת תחום שלם, ובמקום זאת להמתין לבואה של שאלה מסוימת ולטפל בפתרונה. גישתי בעניין זה תמיד הייתה שונה. לגישתי, אם העניין מגיע לפני בית המשפט העליון ומתעוררת שאלה עקרונית חשובה, אף אם היא מורכבת, ובמיוחד בהיותה כזו, יש להסדיר את הנושא כולו או את תת-הנושא. זאת כדי שלא יהיה צורך שאותה שאלה תגיע שוב לבית המשפט העליון בכל מקרה מחדש. תפיסתי היא שראוי לקבוע כללים, הסדר כולל וקוהרנטי.¹⁸⁸ לכן אני סבור שאחרי תקופה של שנים שבהן לא מיהר בית המשפט להסדיר את התחום או להציע הסדרים כוללים בו, יש צורך בהסדרתו. בעשר השנים האחרונות הופיעו דוגמאות רבות יותר ויותר של הסדרים כוללים. הדבר בא לידי ביטוי לא רק בשאלות מתחום דיני הנזיקין, ובתחום זה – לא רק שאלות של אחריות אלא גם בשאלות פרוזאיות יותר, שאלות של חישוב הנזק והפיצויים. באותם מקרים נקבעו הכללים לעתים בצורת מתן נוסחאות ובדרך של ירידה לפרטים של צורת החישוב. אלו הנחיות חישוב שמיושמות אחר כך על ידי הערכאות הנמוכות באופן שפוטר אותן מהצורך ליישם דרכים משתנות ולא אחידות לחישוב בכל מקרה שיגיע אליהן. כך בתחומים רבים של דיני

188 הרצון המתון והצנוע להשליט סדר בתחומים מסוימים של המשפט משקף את ההיגיון המשפטי המנחה את השופט ריבלין בפסיקותיו. אולם ברי לכול כי "אין הנחתום מעיד על עיסתו", ובדבריו אלו עולה יותר מכול הסבר צנוע לפסיקותיו המהפכניות. אולם השאלה המתבקשת היא היכן למקם את המהפכנות שבפסיקותיו לאורך הספקטרום שבין אקטיביזם קיצוני לבין אקטיביזם חלש. לגישתי של פרופ' פרי, שינוי או עקיפה של הלכה פסוקה הוא מהלך שניתן לפרשו כאקטיביזם, אולם יש חשיבות לסוג הסטייה התקדימית, קרי אם מדובר בסטייה אנכית או בסטייה אופקית. הראשונה נחשבת אקטיביזם קיצוני, אולם האחרונה נחשבת אקטיביזם מתון יותר. מידת האקטיביזם תיבחן לא רק על פי סוג הסטייה אלא גם על פי רוחב השינוי בפסיקה החדשה וותק הפסיקה אשר באים לשנותה. ניכר כי רוב פסקי הדין המהפכניים שיצאו בשנים האחרות תחת קולמוסו של השופט ריבלין מאופיינים באקטיביזם מתון עד קיצוני, שכן מדובר בסטייה מפסקי דין שניתנו על ידי בית המשפט העליון וסטייה כזו מותרת, ולכן זו סטייה מתונה. חלק אחר מפסקי הדין סוטים מהלכות אשר מאופיינות באקטיביזם קיצוני, ועל כן אף הם מוגדרים עקרונית כמהפכניים ובעלי אופי קיצוני, אולם במגמה הפוכה (לעניין זה פרופ' פרי מגדיר את הלכת זייצוב כהלכה בעלת אופי אקטיביסטי-קיצוני, ולכן לדעתנו ראוי לראות בהלכת המר בעלת אופי אקטיביסטי קיצוני, שכן היא הפכה הלכה אשר הושרשה במשפט הישראלי במשך 20 שנה. אולם הלכה זו סתתה מהקונצנזוס אשר שרר במשפט המשווה לעניין ביטול עילת "ההולדה בעולה"). ראו: שם, בעמ' 551–552. ראו גם: פרי, "להיות או לא להיות" (לעיל, הערה 127) בעמ' 85: "אני מסיר את הכובע בפני השופט ריבלין, הן על ההחלטה האמיצה והמוצדקת לבטל את העילה של חיים בעולה, הן על הניסיון היצירתי לדאוג לרווחתם של ילדים עם צרכים מיוחדים. פסק הדין המר אמנם יוצא מגדר הרגיל בחודשנותו ובאיכותו, אך הוא אופייני לשופט ריבלין שכל עבודתו משלבת הבנת עומק של הבעיות המעשיות ויכולות נדירות של תאורטיקן וחוקר משפט מהשורה הראשונה. אין זה פלא, לדעתי, שמרבית פסקי הדין פורצי הדרך בתחום הנזיקין בעשור האחרון יצאו מתחת ידו".

ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין

הפיצויים קיימות כעת הנחיות קונקרטיות מלאות, וקיים הסדר כולל של תחום חישוב הפיצויים. הסדר כולל חוסך הידרשות של בית המשפט העליון שוב ושוב לסוגיות משיקות. עם זאת תמיד נזהרנו מלמהר בתיקון ההחלטות שנשמרו במשך שנים. לראיה, הלכת אלסוחה הייתה מסגרת משפטית יציבה לאורך שנים רבות. דוגמות נוספות הן עניין ההולדה בעוולה והלכת השנים האבודות. באותם מקרים עברו שנים טרם שונתה ההלכה בהן על ידי בית המשפט העליון. לצד הרצון להסדיר נושאים, ולפעמים להסדיר אותם מחדש, נקטנו זהירות ונמנענו משינוי גורף או משינוי קצר מועד של הלכות. המתנו למועד הראוי ולהזדמנות המתאימה.

27. בתחילת דרכך המקצועית עסקת בעריכת דין, אולם לאורך מרבית הקריירה שלך כיהנת כשופט בערכאות שונות.

מה גרם לך לעשות את המעבר הזה? והאם אתה מרגיש שבעקבותיו מיצית את ייעודך המקצועי טוב יותר?

ת: כשסיימתי את לימודי המשפטים "דהרתי" מיד לפרקטיקה, לעריכת דין, אך עדיין נותר לי החלום לכהן כפרופסור באוניברסיטה. באותה תקופה לא חשבתי על אפשרות השפיטה ולא דמיינתי לעצמי שאכהן כשופט. התמנתי בתחילת הדרך לשופט תעבורה, וכבר אז הבנתי שזה הכיוון האהוב עליי. עם ההתקדמות בסולם השיפוט התברר לי גם מדוע. לא רק בשל היכולת להביא פתרונות לסכסוכים קונקרטיים, לפתור שאלות, להציע מענה מועיל, אלא גם בשל הפן האקדמי שיש בשיפוט, במיוחד בבית המשפט העליון. היכולת לפתח את המשפט, לחקור ולהשוות. דבר נוסף שעורר בי עניין היה השילוב בין מעשה לבין תאוריה משפטית. זהו בכלל מקצוע נהדר, מקצוע שיש בו הרבה יופי, מקצוע המאפשר מתן פתרון יפה לשאלות מעשיות. מבחינה זו מיציתי שאיפות שבתחילת הדרך אפילו לא ידעתי שהן קיימות בי. כיום אני משלים מעגל וחוזר לזירה האקדמית כמרצה. הוענק לי התואר פרופסור מטעם האוניברסיטה העברית בירושלים, המקום שבו סיימתי, לפני שנים רבות, את לימודי התואר הראשון. המעגל נסגר.

28. תפקיד השפיטה הוא תפקיד מורכב. לעתים עשיית צדק היא משימה שקשה לבצעה במציאות שבה אנו חיים. החלטות שיפוטיות מהפכניות מניבות ביקורת לא מועטה, הן בקרב הקולגות והן מבחוק. עם זאת הן עשויות להניב גם הערכה רבה.

האם תוכל להצביע על מקרים שבהם חווית ביקורת נוקבת או הערכה יוצאת דופן בגין עבודתך השיפוטית?

ת: מעולם לא הבאתי בחשבון בקביעת החלטותיי את השאלה אם צפויה ההחלטה לזכות לביקורת חיצונית או להערכה חיצונית. ניסיתי להעריך מראש אם ההחלטה נכונה

אם לאו. זאת ותו לא. תוצאת פסק הדין נקבעת על פי דעתם של רוב חברי ההרכב, וזו התוצאה הנכונה מבחינת שיטת המשפט. בכך לעתים אין די. היו החלטות שטלטלו את נפשי ונחרטו בזיכרוני. היו אלה דווקא אותן החלטות שיותר משהן עוררו שאלות של חוק נגעו הן לדילמות אנושיות ומוסריות ולהכרעות ערכיות קשות. היו כמה וכמה פסקי דין שהרגשתי שהיה בהם ערך מוסף מבחינה אנושית. היו אלה ההחלטות הקשות ביותר אך גם החשובות ביותר, המורכבות ביותר אך גם הפשוטות ביותר. למשל, פסק הדין שקבע שיש לפסוק פיצויים לילד בלי קשר לרקע חברתי-כלכלי שלו ושל משפחתו,¹⁸⁹ או פסק הדין בעניין ההולדה בעוולה, שם נקבע שילד אינו יכול לתבוע פיצויים על עצם העובדה שנולד, וזאת משום שהחיים אינם נזק, קשים ככל שיהיו, שלעולם לא יאמר אדם: "טוב מותי מחיי".¹⁹⁰

189 עניין אבו חנא (לעיל, הערה 57) פסקה 35 לפסק דינו של השופט ריבלין: "לכל ילד וילדה בישראל – מבית עשיר או עני, ממוצא זה או אחר – לכולם, בהיעדר נסיבות ספציפיות המלמדות אחרת, אפשרות למצוא את דרכם למעגלי השתכרות שונים הקיימים בחברה הישראלית. לכולם הזכות לעשות כן. מתן פיצוי פחות, בעבור פגיעות זהות, אך בשל מעמד סוציו-אקונומי או השתייכותם מגדרית או מגזרית, אינו מתקן, אפוא, את הנזק שנגרם בעוולה. הוא מקבע מציאות היסטורית. הוא עצמו עוצר בעד מימושה של המציאות החדשה. הוא אינו מכיר בהיבט חשוב של ראש הנזק של 'הפסד כושר השתכרות', קרי: הגריעה מן האפשרות לחתור להגשמה עצמית, ששכרה בצדה, בתחום המקצועי". באותו מקרה נפגעה המשיבה בתאונת דרכים בהיתה תינוקת בת חמישה חודשים בלבד. בית המשפט המחוזי אמד את נזקיה, ובכלל זה את הפסדי ההשתכרות הצפויים לה בעתיד. בגין ראש הנזק הזה נתגלעה מחלוקת עקרונית בין הצדדים, והיא נוגעת לזכותם של קטינים שניזוקו ממעשה עוולה לקבל פיצוי בגין הפסד כושר ההשתכרות העתידי שלהם בלא קשר לשייכותם למגזר, למשפחה או למגדר מסוימים.

190 עניין המר (לעיל, הערה 112) פסקאות 25–35 לפסק דינו של השופט ריבלין: "הגדרת החיים עצמם – אף אם הם חיים במוגבלות – כנזק, והקביעה כי מוטב היה לו לאדם מסוים שלא היה נולד כלל, אוצרות בחובן פגיעה אסורה בתפיסה שלפיה לחיים יש ערך אינהרנטי, שאינו פוחת ובוודאי שאינו מתאיין בשל קיומו של מום או קיומה של מגבלה [...] מסקנתנו, אפוא, היא כי לא ניתן להכיר עוד בעילת הילד בגין 'חיים בעוולה'".