

## תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין: חשיפתם, שינוים, הרחבתם

### יפעת ביטון\*

תרומתה של התאוריה הפמיניסטית להבנה טובה יותר של המשפט כתופעה תרבותית הוכרה זה מכבר. מתוך נקודת מוצא עקרונית זו, מבקש מאמר זה לברר לעומק את השפעתה של תאוריה זו על דיני הנזיקין, על ייחודם ועל שונותם. לשם כך, אין המאמר מסתפק אך בסקירת הישגי התאוריה הפמיניסטית בתחום הנזיקי, אלא הוא מבצע מהלך דר-כיווני, שבמסגרתו ניתן לזהות מסקירת ההתפתחויות שיצרה התאוריה בדיני הנזיקין, דפוס שיטתי בעבודה הפמיניסטית. לפי דפוס זה, בשלב הראשון משמשת התאוריה הפמיניסטית כלי לחשיפת המשפט כממוגדר. באמצעות כלי זה נחשפו ההטיות גם בדיני הנזיקין, אף שלכאורה ניתן היה להניח שאינן קיימות בתחומי המשפט הפרטי. בשלב השני משמשת התאוריה הפמיניסטית כלי לשינוי שדה משפטי ולעיצובו מחדש, בהתאם לתובנות שייצר השלב הראשון. בדיני הנזיקין ניתן לזהות שינויים אלה במישורים מהותיים כמו בפרוצדורליים. אלה משפיעים על הגדרת הזכות הנזיקית באופן רחב יותר מזה המוכר מסורתית, והמאפשר להכיל אינטרסים של קבוצות מוחלשות בתוכה. המאמר, הנכתב מנקודת מבט משולבת תאורטית ומעשית, משתמש בדוגמאות לרוב להמחשת שינוי זה המתחולל בדיני הנזיקין, תחת השפעת הביקורת הפמיניסטית עליהם. בסוף המאמר אבחן את הקשיים הנוכחיים והעתידיים בדרכה הארוכה של השפעה פמיניסטית זו.

א. פתיח. ב. מבוא. ג. הגל הראשון של ביקורת פמיניסטית-נזיקית:  
חשיפה. ד. הגל השני של ביקורת פמיניסטית-נזיקית: שינוי והרחבה;

\* מרצה, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס של המסלול האקדמי, המכללה למינהל ויו"ר "מרכז תמורה למניעת הפליה". כתיבת מאמר זה אפשרה לי לשלב בין שתי אהבותיי הגדולות: בין חקר ביקורתי של המשפט לבין בחינתו לאורה של פרקטיקת-שינוי-חברתי בהתהוות. אני מבקשת להודות לדנה ועקנין על עזרתה הרבה בעיצוב המאמר. עוד נתונה תודתי למערכת כתב העת ולקורא/ת החיצוני/ת על ההערות המועילות שהעירוני.

1. סוגי השינוי שיצרה הביקורת הפמיניסטית-נזיקית; 2. סוגי ההרחבה שיצרה הביקורת הפמיניסטית-נזיקית; 3. עיצוב מחדש של פרוצדורות נזיקיות; 4. תמריץ להקמת ארגוני חברה אזרחית ועריכת דין פמיניסטית. ה. מגבלות ההשפעה הפמיניסטית – שובר הגלים; 1. המישור המהותי; 2. המישור הרטורי-סימבולי. ו. סיכום – פמיניזציה של דיני הנזיקין – להבינם טוב יותר.

## א. פתיח

זכורתני מקרה לפני כשנתיים, אז הופעתי בפני חברות וחברי הסגל בפקולטה למשפטים באוניברסיטה מכובדת בארץ במסגרת אקדמית כלשהי. לקראת הרצאתי בנושא זכויותיהן של נשים נפגעות תקיפה מינית במשפט האזרחי, הרהרתי ביני לביני אם יש צורך לתת כהקדמה סקירה כלשהי על משמעות הניתוח הפמיניסטי לפיתוח דיני הנזיקין. ביום ההרצאה עצמו החלטתי שמוטב שכך אעשה, ולו לשם מיקוד המסגרת התאורטית שבה תינתן ההרצאה. חמש דקות לאחר תחילת ההרצאה הבנתי כי מה שנראה לי היום ברור מזווית ביקורתית, ושעניינו הטייתם המגדרית הברורה והמתבקשת של דיני הנזיקין, לא רק שלא היה ברור ליושבי חדר ההרצאות – קהל של מלומדי משפט ומלומדות משפט – אלא אף עורר קורטוב של אי-נחת והידרשות שלי להבהרה, להדגמה ולהצדקה של עמדותי, עד כדי ריכוז ההרצאה כולה, לבסוף, ב"הקדמה" זו. אז הבנתי, כי עוד ארוכה הדרך עד שהצדקת חשיבותה של הגישה הפמיניסטית לפיתוח משפטי תהפוך מיותרת. גישה זו, אף שרכשה לה מקום נכבד בניתוח ביקורתי של המשפט בכלל, ושל המשפט הישראלי בפרט, עדיין אינה זוכה להכרה וללגיטימיות שלה זכו גישות ביקורתיות ואף אמצעותיות למשפט, כגון הגישה הכלכלית.

סיפור קצר זה מלמדנו כי יכול שראוי היה להתעכב עוד על הבהרת חשיבותו הטרומית של ניתוח ביקורתי מזווית פמיניסטית של המשפט. אלא שבחרתי לדלג על שלב בסיסי זה מתוך עמדה אידאולוגית ברורה שאין היגיון או הגינות בדרישה חוזרת ונשנית של הוכחת המובן מאליו<sup>1</sup>. תחת זאת, אפרוס את התפקיד המשמעותי הנוסף שמשמש היום ניתוח פמיניסטי של המשפט, והוא פיתוח המשפט, הרחבת גבולותיו והבנה מגוונת יותר שלו. אם להשתמש בדימוי של חלוקה רעיונית המוכרת מעולם המושגים הפמיניסטי, הרי הבהרת חשיבות השימוש בניתוח פמיניסטי במשפט והצדקתו הן עניין לגל ראשון של ניתוח

1 לטובת מי שאינם מורגלים בניתוח פמיניסטי ומבקשים בכל זאת לקבל מידע בסיסי באשר לתרומתו לניתוח המשפטי, ראו אוון מ' פיסס "מהו פמיניזם" **עיוני משפט** יח 5 (1993).

## תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין

פמיניסטי משפטי. ניתוח המשך תרומתו לפיתוח המשפט, לעומת זאת, יכול בקלות להיחשב כגל שני של ניתוח ביקורתי פמיניסטי<sup>2</sup>. הוא מהווה התבוננות עיונית על התפתחות אותו גל ראשון ומבקש לזהות את האדוות המשמעותיות שיצר, המהוות אף הן, בסופו של דבר, נחשול משל עצמן. אדוות הגלים מתוך הנחשול, שאציג ואבחן כאן, היא זו הנושאת תוכן נזיקי. התפתחותם המואצת הכללית של דיני הנזיקין בשני העשורים האחרונים היוותה כר נוח להתפתחותם גם תוך שימוש בתאוריה פמיניסטית, והרחבת גבולותיהם בהתאם. התפתחות ושינוי אלה, שהושפעו עמוקות מהביקורת הפמיניסטית של דיני הנזיקין ב"גל הראשון", יהוו את עיקר העניין במאמר זה.

מאמרי בנוי כך: לאחר הקדמה קצרה – שבה יוצג הקושי שבביקורת פמיניסטית על דיני הנזיקין – יסקור פרק ג' את עיקרי הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין ובפרט בישראל. בשלב זה טענתי תהיה כי עיקר תפקידו של הניתוח הפמיניסטי היה לחשוף את דיני הנזיקין כדינים מוטלים מגדרית, אשר הפעלתם ה"ניטרלית" והמקובלת הופכת אותם למקור לרווחה גברית עודפת על הרווחה שהם מעניקים לנשים. בפרק ד' יסקרו במאמר דפוסים עיקריים של שינויים בעיצוב דיני הנזיקין הישראליים אליהם הובילו גילויים אלה. סקירה זו תגלה כי עם "חשיפת" דיני הנזיקין כמוטים גברית – טענה אשר ככלל התקבלה כאמינה ומשכנעת – החלו נעשים שינויים באופן הבנת דיני הנזיקין והבנייתם, כדי להופכם מקור לרווחה נשית ראויה. אף כי מהלך זה נמצא בתחילת דרכו, ניתן בהחלט לזהותו כ"גל שני" של ביקורת פמיניסטית של דיני הנזיקין, שעיקרו הרחבת גבולות דיני הנזיקין עצמם ופיתוחם למחוזות אחריות אשר – אף אם אינם מזוהים רשמית ככאלה – ניתן להמשיגם כחלק מהפיכה מחשבתית-ביקורתית בדיני הנזיקין. הישג מכובד זה יסויג בפרק ה' כהישג חלקי. חלקיותו מתאפיינת בעיקר בכך שלא אומץ שיח מגדרי שיטתי בדיני הנזיקין, וכן בכך שממשיך השימוש בפסיקה בעייתית המתעלמת מעבודה מחקרית פמיניסטית שבכוחה לשמש כלי משמעותי לקידום הפעלה שוויונית יותר של דיני הנזיקין בענייניהן של נשים.

## ב. מבוא

ככלל, דיני הנזיקין נחשבים חלק אינטגרלי מהמשפט הפרטי המוסדר על בסיס הדדי א-פוליטי<sup>3</sup>. עמדה זו באשר לאופיים אינה רק תולדה של תהליכי תאורטיזציה מאוחרים שלהם

2 לשימוש בהבחנה בין גל ראשון לבין גל שני של פמיניזם כמעידה על התפתחות תאורטית בעיקרה בכתיבה הפמיניסטית ראו: SARAH GAMBLE, THE ROUTLEDGE CRITICAL DICTIONARY OF FEMINISM AND POSTFEMINISM (2000).

3 ERNEST WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 3–6, 8–11, 18–21, 36–38 (1995). אף שעמדתו של ויינריב היא הגרסה הקיצונית לתפיסה זו, העמדה כי דיני הנזיקין הם חלק בלתי-

בכיוון זה, אלא היא חלק מההבניה הבסיסית שלהם בראשית היווצרותם כדיני הנזיקין המודרנים המוכרים לנו היום, אי-שם בסוף המאה ה-19<sup>4</sup>. לפיכך, הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין נתקל בשני מכשולים כשמנסים להפעילו על תחום משפטי זה. ראשון הוא המכשול שעמו מתמודדת כל ביקורת פמיניסטית על המשפט. עיקרו של מכשול זה הוא בנטייה המסורתית לשימור המשפט כמערכת פורמליסטית, מדעית, אפוליטית ואולי אף אנטי-פוליטית<sup>5</sup>. בתוך מערך חשיבתי זה, נחשבת הביקורת הפמיניסטית לגילוי בוטה של עמדה פוליטית אינטרסנטית מובהקת, אשר אין לה מקום בשיח המשפטי<sup>6</sup>. טיעון זה מפחית כמובן מחשיבותה הרעיונית של התאוריה הפמיניסטית, ותחת שהיא תתפס לאשורה כתאוריה ביקורתית של המשפט, שעניינה חלוקה צודקת של משאבים בין קבוצות מיעוט לבין ההגמוניה, ושיבורם של יחסי כוח חברתיים, היא נתפסת כפעולת תאורטיזציה של קבוצת אינטרסים נשית שתפקידה להגן על "זכויות נשים"<sup>7</sup>. על מכשול זה נוסף – בהקשר הנזיקי – ההיבט של היות דיני הנזיקין דינים פרטיים, משמע דינים שעוסקים במערך זכויות קונקרטי ומתקן בין צדדים לסכסוך פרטי<sup>8</sup>. בהכרעה אם להטיל אחריות נזיקית או לא נדמה שאין זה ממין העניין לערב שיקולים פוליטיים בדמות תיקון החלוקה האי-שוויונית החברתית. דומה שתהיה זו אף הפרה בוטה של זכויות הצדדים לסכסוך, שיושפעו מניתוח

נפרד מהמשפט הפרטי היא המקובלת בתאוריה נזיקית קלאסית. ראו למשל: Richard A. Epstein, *The Social Consequences of Common Law Rules*, 95 HARV. L. REV. 1717 (1982).

- 4 להיסטוריה הבניית דיני הנזיקין ככאלה, בעיקר בעבודתו המקורית של המלומד, ולימים שופט בית המשפט העליון של ארצות-הברית, אוליבר וונדל הולמס, ראו: G. EDWARD WHITE, *TORT LAW IN AMERICA: AN INTELLECTUAL HISTORY* (2003) Mirton Horwitz, *The Doctrine of Objective Causation, in THE RISE AND EARLY PROGRESSIVE CRITIQUE OF OBJECTIVE CAUSATION* 471 (David Kairys ed., revised ed. 1990).
- 5 עמדה זו מיוחסת בעיקר לאנשי הגישה הפוזיטיביסטית למשפט. ראו למשל: H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 79–91, 100–123 (2nd ed. 1994); HANS KELSEN, *GENERAL THEORY OF LAW AND STATE* (1945).
- 6 Jan Cowie, *Difference, Dominance, Dilemma: A Critical Analysis of Norberg v. Wynrib*, 58 SASK. L. REV. 357, 357 (1994).
- 7 תפקידה של התאוריה הפמיניסטית הביקורתית לא רק שאינו מוגבל לנשים, אלא יש הרואות בו נכס עיקרי לגברים. ראו למשל: Nancy Levit, *Feminism for Men: Legal Ideology and the Construction of Maleness*, 43 UCLA L. REV. 1037 (1996).
- 8 קושי זה ייחודי לניתוח פמיניסטי של ענפי המשפט הפרטי המובהקים. כך, למשל, ניתן להצביע על דיני החוזים כיוצרים קושי דומה במסגרת ביקורת פמיניסטית עליהם. להדגמת קושי זה, ראו מאמרה של הלה קרן "שוויון בדיני החוזים – קריאה פמיניסטית" **משפטים** לא 269 (2000).

מעין זה<sup>9</sup>. למותר לציין שמכשול תודעתי זה היה כה מהותי להבנת אופי דיני הנזיקין, עד שהיה גם מנת חלקן של כותבות פמיניסטיות. אלה כשלו בדיוק במקום שבו ביקרו את החלוקה הפרטי ולציבורי, כאשר ריכזו את מרב חצי הביקורת שלהן על המשפט במטרה הברורה המוכרת כזירת המשפט הציבורי. כך, ניתן לראות כיצד העיסוק הפמיניסטי בדיני הנזיקין נולד באיחור, הרבה אחרי ששדות משפט שנתפסו כציבוריים – כדיני המשפחה, העבודה<sup>10</sup> והמשפט הפלילי – נותחו למכביר על ידי פמיניסטיות. גם כיום, למרות כתיבה פמיניסטית ענפה בתחומי המשפט הפרטי, עדיין ניכר כי עיקר העניין ממוקד במשפט המזוהה כציבורי<sup>11</sup>.

אחת הראשונות לשבר תפיסה זו של דיני הנזיקין הייתה לזלי בנדר (Bender), מהמבקרות הראשונות והבולטות של דיני הנזיקין, אשר לא נכנעה לתפיסות המקובלות שלהם דרך מנסרת הדיכוטומיה הפרטית-ציבורית, והחליטה לשאול את "השאלה הפמיניסטית" בדיני הנזיקין<sup>12</sup>. שאלתה הייתה, בתמצית: האם דיני הנזיקין מתייחסים לנשים ולצורכיהן הייחודיים, והאם יש להם השפעה ייחודית עליהן<sup>13</sup>. משגילתה כי

- 9 אף אם טיעון זה מנוסח באופן גס, הגיונו האנליטי בשלב זה ניתן להבנה, כמוכן. לתומך המובהק ביותר של עמדה זו ראו: Ernest J. Weinrib, *Law as a Kantian Idea of Reason*, 87 COLUM. L. REV. 472 (1987). עוד על מגוון הטענות המועלות תדיר על ידי מתנגדי הניתוח הרה-דיסטריבוטיבי של דיני הנזיקין ועל תשובות אפשריות להן ראו: TSACHI KEREN-PAZ, TORTS, EGALITARIANISM AND DISTRIBUTIVE JUSTICE (2007).
- 10 נכון לסווג את דיני העבודה ודיני המשפחה כתחומי משפט המצויים בין המשפט הפרטי ובין המשפט הציבורי, בין היתר, בשל מעורבותה של המדינה בתחומים אלה ופיקוחה עליהם באמצעות חוקים שונים – כך, למשל, חוקים קוגנטיים שאינם ניתנים לשינוי על ידי חוזה עבודה. לכן, לא ניתן לסווג לגמרי את דיני העבודה, לדוגמה, כתחום המשווה לענף המשפט הפרטי גרידא. להרחבה ראו דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" **משפט וממשל** ה 95 (1999).
- 11 כל חיפוש פשוט של כתיבה משפטית-פמיניסטית יגלה עובדה זו בקלות. בארץ נעשה ניסיון להימנע מתוצאה דומה בספר מקיף בדמות ניתוח פמיניסטי-ביקורתי של המשפט. אף שדובר בספר שהיה הראשון להתייחס למשפט הפרטי כתחום חשוב לביקורת פמיניסטית, ניכר כי בבחינת מצאי הכתיבה שהוא מציע, הוא משקף חלוקת עבודה ברורה בין תחומי המשפט, שלפיה עיקר העבודה הפמיניסטית בישראל מתרכז במה שמוכר כמשפט הציבורי (חמישה תתי-פרקים), ואילו חלק קטן בהרבה מתרכז במה שמוכר כמשפט פרטי (שני פרקים). ראו **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם** (דפנה ברק-ארז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגין' עורכות, 2007) (להלן: **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם**).
- 12 להרחבה על כלי זה כבסיס לביקורת המשפט באשר הוא ראו: Heather Ruth Wishik, *To Question Everything: The Inquiries of Feminist Jurisprudence*, in FEMINIST LEGAL THEORY FOUNDATIONS 22–31 (D. Kelly Weisberg ed., 1993).
- 13 Leslie Bender, *Feminist (Re)Torts: Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities*, 1990 DUKE L.J. 848, 895–908 (1990).

התשובות, בהתאמה, הן "לא" ו"כן", הבינה כי יש להעמיק את המחקר בהבנת ממדי ההתעלמות מנשים בדינים אלה ותוצאותיה. רבות אחרות החלו הולכות בעקבותיה. נזכיר כבר כאן, שבאופן חשוב וייחודי, עוד מראשיתה הייתה עבודתה בנושא מורכבת מדאגה ליחס דיני הנזיקין לא לנשים בלבד, אלא לכל מי שידם על התחונה בבואם בשערי המשפט<sup>14</sup>.

### ג. הגל הראשון של ביקורת פמיניסטית-נזיקית: חשיפה

שני המכשולים שהוצגו במבוא לפרק זה הם שהכתיבו במידה רבה את דפוס הביקורת על דיני הנזיקין. בשלבים הראשונים ניכר היה כי המטרה העיקרית של מבקרות ענף משפטי זה הייתה לחשוף את אופיו הבלתי-פרטי והפוליטי ממילא. לשם כך ניתן היה להסתמך על עבודה מוקדמת שנעשתה בתחום ושטענה לפוליטיזציה של דיני הנזיקין באופן שהופכם למעשה לדינים ציבוריים. מלומדים ראליסטים אחדים, בהם רוברט הייל (Hale) ומוריס כהן (Cohen), שטחו את ביקורתם על הפוליטיזציה של המשפט הפרטי עוד בשנות השלושים<sup>15</sup>. בוטה במיוחד וראשון לטעון זאת לגבי דיני הנזיקין בפרט, כשדה משפטי אחיד, היה המלומד הראליסט לאון גרין (Green). במאמרו המקורי בעל הכותרת המדברת בעד עצמה – "דיני הנזיקין: משפט ציבורי במסווה" – קבע גרין כי דיני הנזיקין משמשים לעיבודם של אינטרסים ציבוריים ומובילים להנדסה אזרחית במיטבה<sup>16</sup>. יתרה מזאת, טיעונו של גרין לא נשא אופי תיאורי בלבד, אלא גם נורמטיבי. לדבריו, ראוי כי כאלה יהיו דיני הנזיקין, שכן בהיותם זירה לאיזונים בין אינטרסים מרכזיים בחיינו, דעת "העם" חובה שתילקח במסגרת איזונים אלה ותשפיע עליהם<sup>17</sup>. גם כותבים מענף הביקורת המשפטית (CLS) הוסיפו

באופן ברור יותר אצל: Martha Chamallas, *Importing Feminist Theories to Change Tort Law*, 11 Wis. Women's L.J. 389 (1997).

14 Bender, לעיל ה"ש 13. בנדר עוסקת במאמר בדרכים לשנות את התפיסה המוכרת של יחסי הכוח השוויוניים לכאורה בין צדדים נזיקיים, ולשם כך מציגה את נושא האחריות לנזקים המוניים. זו הייתה עבודתה הראשונה בתחום. איכות ייחודית זו של העבודה הפמיניסטית השפיעה על דפוס הניתוח הנזיקי וניכרת בה עד היום, כפי שיראה מאמר זה.

15 Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*, 13 CORNELL L.Q. 8 (1927); R.L. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, 38 POL. SCI. Q. 470 (1923).

16 Leon Green, *Tort Law Public Law in Disguise*, 38 TEX. L. REV. II 257 (1960).

17 עמדתו של גרין הייתה כי "קולו של העם" נשמע בעצם מגרוננו של השופט, המפעיל שיקול דעת פוליטי בקבלת הכרעה נזיקית. חשוב לומר כי עמדתו של גרין הראליסט נתפסת בעיני הביקורת השמאלית למשפט, או זו הפמיניסטית כנאיבית, בהאמינה כי קולו של העם זהה

תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין

במהלך שני העשורים הבאים את תרומתם להבנת דיני הנזיקין כדינים בעלי היבטים פוליטיים מובהקים<sup>18</sup>. בעיקר מוכרת ביקורתו של חוקר ההיסטוריה והמשפט מורטון הורביץ (Horwitz), אשר ראה בדיני הנזיקין כמי שנטייתם הפוליטית המובהקת פעלה ועודנה פועלת לקידום ערכים קפיטליסטיים. בכך צעד הורביץ צעד נוסף במשעול הביקורת שהתווה גריין. הוא לא הסתפק בטענה שדיני הנזיקין סייעו בהטייתם הפרו־תעשייתית להתגבשות הפרויקט הקפיטליסטי, אלא הוסיף שהם היוו חלק מהפרויקט הקפיטליסטי עצמו.

על רקע ביקורת־שמאלי זה קל היה יותר לביקורת הפמיניסטית – הנחשבת מסורתית לענף שהתפתח מביקורת ה־CLS<sup>19</sup> – להניח כמובן מאליו את הנדבך הראשון בטיעונה, שלפיו דיני הנזיקין הם פוליטיים. הנדבך השני, שבו הוצגה הטיה זו כמגדרית פרו־גברית, כבר נמצא פשוט יותר לביסוס. כך, למרות המכשול הכפול שהציגה חשיבה משפטית־מסורתית על דיני הנזיקין, הצליחה הביקורת הפמיניסטית על דיני הנזיקין לבסס עצמה כלגיטימית וכראויה, ובתחילת שנות התשעים החלו מופיעים מאמרים שכללו ביקורת פמיניסטית על דוקטרינות נזיקיות ויישומן בבתי המשפט, וזכו לבמה אקדמית מכובדת בכתבי עת נחשבים<sup>20</sup>. מאמרים אלו התרכזו בדוקטרינות מרכזיות של אחריות, כגון האחריות ברשלנות לנזק נפשי עקיף, סטנדרט האדם הסביר, דפוסי ההכרה בעקרון הצפיות, ההכרה המוגבלת בפיצויים לא ממוניים ועוד<sup>21</sup>. בכל אלה ביססו הכותבות את טענתן

לקול שופטיו; כי השופטים הם חסרי פניות משלהם; כי יש "קול אחד" לעם ועוד הנחות כיוצא באלה.

18 ראו העבודה המקורית אצל: ABRAHAM HARARI, THE PLACE OF NEGLIGENCE IN THE LAW OF TORTS (1962); Lawrence M. Friedman & Jack Ladinsky, *Social Change and the Law of Industrial Accident*, 67 COLUM. L. REV. 50 (1967); Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685 (1976).

19 פיסס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5.

20 Lucinda M. Finley, *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course*, 1 YALE J.L. & FEMINISM 41 (1989); Martha Chamallas (with Linda K. Kerber), *Women, Mothers, and the Law of Fright: A History*, 88 MICH. L. REV. 814, 814 (1990); Elizabeth Handsley, *Mental Injury Occasioned by Harm to Another: A Feminist Critique*, 14 L. & INEQ. 391, 458–485 (1996); Nancy Levit, *Ethereal Torts*, 61 GEO. WASH. L. REV. 136, 190 (1992); Anita Bernstein, *Better Living through Crime and Tort*, 76 B. U. L. REV. 169 (1996).

21 ראו, בהתאמה: Lisa M. Ruda, *Caps on Noneconomic Damages and the Female Plaintiff: Heeding the Warning Signs*, 44 CASE W. RES. 197 (1993); Barbara Y. Welke, *Unreasonable Women: Gender and the Law of Accidental Injury, 1870–1920*, 19 L. & SOC. INQ. 369 (1994); Leslie Bender & Perette Lawrence, *Is Tort Law Male?*:

שלפיה דיני הנזיקין בתחומים אלה היוו שיקוף של דפוסי חשיבה וחיים גבריים, אשר אינם לוקחים בין שיקוליהם את דפוסי חייהן של נשים ואת הצרכים הנזיקיים הייחודיים שהם יוצרים<sup>22</sup>. בכך, נטען, לא רק שהוטל נטל בלתי-שוויוני על נשים נזוקות למול גברים נזוקים, אלא אף שועתקו דפוסים בלתי-שוויוניים מחייהן, אל תוך דיני הנזיקין, וחוזקו בעזרתם<sup>23</sup>. משמע, על אף ראשוניותה של הביקורת הפמיניסטית בדיני הנזיקין, היו לחשיפת הרוברד המגדרי של דיני הנזיקין ממדים מורכבים ורבים של השפעה על נשים. בתוך די' אמות האחריות הנזיקית, נשים הופלו דרכם בכך שקיבלו יחס פחות טוב מגברים. מחוץ לגבולות דיני הנזיקין, הם שימשו לשעתוק ולהעמקה של סטראוטיפים חברתיים-אנדרוצנטריים שהיוו חלק אינטגרלי ממצבן הנחות של נשים בחברה.

עם התגברות הביקורת הנקודתית על דיני הנזיקין, החלה מתגבשת קריאה ביקורתית רחבה, מטא-תאורטית על דיני הנזיקין<sup>24</sup>. ביקורת זו, שכעת איגדה תחתיה גוף של חוקרות מוכרות וקבועות, כמו מרתה צ'מלאס (Chamallas), לוסינדה פינלי (Finley), אניטה ברנשטיין (Bernstein) ועוד, כבר לא הגבילה את עצמה לדוקטרינה זו או אחרת או לפסק דין שערורייתי זה או אחר, אלא החלה מתנסחת בשפה רחבה החושפת את שיטתיות ההטיה הגברית של דיני הנזיקין<sup>25</sup>.

במשפט הישראלי נחשפו דיני הנזיקין המקומיים אף הם כמתאפיינים באותה לקות חמורה של הטיה גברית רק בעשור האחרון. בעקבות ההשפעה המוכרת של התפתחות התאוריה הפמיניסטית בארצות-הברית על דפוסי הביקורת של הפמיניסטיות הישראליות, לא היה מפתיע לגלות גם כאן את הדפוס הצפוי של מיקודה הקודם, וביתר שאת, בתחומי המשפט הציבורי, ו"גילוייה" במשפט הפרטי רק כשני עשורים לאחר מכן<sup>26</sup>. גם כאן ניתן

*Foreseeability Analysis and Property Managers' Liability for Third Party Rapes of Residents*, 69 CHI.-KENT L. REV. 313 (1993).

22 חלק ניכר ממאמרים אלה משובץ במהלך המאמר בהקשרים קונקרטיים, ולכן לא ראיתי לנכון לרכזם כאן בהקשר כללי-סתמי.

23 ראו למשל: Anita Bernstein, *Restatement (Third) of Torts: General Principles and the Prescription of Masculine Order*, 54 VAND. L. REV. 1367 (2001).

24 לסקירת מסת הכתיבה הדוקטרינרית בתחילת שנות התשעים ראו סיכומה המקיף של Bender, לעיל ה"ש 13.

25 Leslie Bender, *An Overview of Feminist Tort*; 389 בעמ' 13, לעיל ה"ש 13, Chamallas *Scholarship*, 78 CORNELL L. REV. 575 (1993); Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 U. PENN. L. REV. 463 (1998).

26 הראשונה לכתוב באופן ברור וישיר ביקורת פמיניסטית על המשפט הפרטי הייתה קרן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 309-313. קודם לה הופיע מאמר אחד שהיה פחות ממוקד בתחום המשפט הפרטי, אך בעל נגיעה אליו, שנכתב על ידי אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה: חום דמם של 'האדם הסביר' ו'הישראלית המצויה' בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזולוס" פלילים ו



תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין

היה לראות ראשית את העיסוק בדוקטרינות ייחודיות של דיני הנזיקין, ולאחריהן את הביקורת הרחבה המוצעת עליהן. ראשית, נמתחה ביקורת על השימוש ביסוד הסבירות והצפיות בעוולת הרשלנות באופן שאינו מכיל חוויות חיים שניתן לזהותן כ"נשיות", משמע, הפוסי התנהלות חברתית שנשים הן הנמענות העיקריות להם, כמו אונס או חיים לצד בן זוג אלים<sup>27</sup>. שנית, נמתחה ביקורת על דיני הנזיקין שאינם מכירים בנזקים שאינם נזקים מוחשיים – הנחשבים גם הם כמאפיינים פגיעות שהסובלות העיקריות מהן הן נשים<sup>28</sup> – ושהפיצוי בגין נזקים אלה הוא חסר. עוד נמתחה ביקורת על הדפוסים הנזיקיים ה"ניטרליים", שהם מוטי מגדר במסגרת חוויית חיים נשית, כלידה<sup>29</sup>. בשלב האחרון – לעת הזו – קראה הביקורת להמשיג מחדש את האחריות הנזיקית בתוך יחסי הכוח המגדריים, כמקור למזור שיטתי, בין היתר, לסבל מסב הנזק המאפיין את חוויית החיים הנשית<sup>30</sup>. משהוחדרה למשפט הישראלי הביקורת הפמיניסטית על דיני הנזיקין, החל גם משפט זה להיות מושפע ממנה ולהתפתח בעקבותיה. בהתאמה, ובשל קוצר היריעה, משלב זה יוקדש הדיון בתרומה הפמיניסטית לדיני הנזיקין למשפט הישראלי בלבד.

#### ד. הגל השני של ביקורת פמיניסטית-נזיקית: שינוי והרחבה

הערכה של חשיבות התמורות שחוללה הביקורת הפמיניסטית בדיני הנזיקין נדונה לכישלון, בהיותה טיעון של מעגל שוטה, שהרי כל שלב תלוי היה בקודמיו, וממילא שזורים הם אלה באלה לבלי הפרד, ותרומתם היא תרומה אחת. ובכל זאת, אילו ניתן היה לדרג את התמורות מבחינת תרומתן להבנה טובה ועמוקה יותר של דיני הנזיקין עצמם, הרי שלב זה ללא ספק

137 (1997). להשפעת דפוסי החשיבה והמחקר הפמיניסטי בארצות-הברית על התפתחות החשיבה הפמיניסטית בישראל ראו ליאורה בילסקי "יבוא תרבותי: המקרה של הפמיניזם בישראל" **עיוני משפט** כה 523 (2002).

27 יפעת ביטון "חוויות-חיים נשית" וצפיות של נזק "משפטים לג 585 (2003) (להלן: ביטון "חוויות-חיים נשית"); Bender & Lawrence, לעיל ה"ש 21, בעמ' 319.

28 יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות "משפט וממשל ט 137 (2005) (להלן: ביטון "כאבים באזור הכבוד"); יפעת ביטון "מחירן של דמעות: אינטרסים מיוחסים מגדר בעוולת הרשלנות" **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 233 (להלן: ביטון "מחירן של דמעות").

29 צחי קרן-פז "מבט פמיניסטי וחלוקתי על חובת הזהירות של נשים בהיריון: אידאולוגיה, סמליות ופרגמטיות" **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 321.

30 יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" **משפטים** לח 145 (2008) (להלן: ביטון "ההגנה על עקרון השוויון").

היה זוכה בבכורה. ייחודו, כפי ששמו מעיד עליו, בכך שהוא אפשר את שינויים והרחבתם של דיני הנזיקין באופן שלא רק העמיק את השפעת הביקורת הפמיניסטית עליהם, אלא אף אפשר להבינם טוב יותר, ולפתחם בהתאם, למחוזות חדשים, יצירתיים וחשובים.

השלב המתקדם דרש עבודה משולבת אקטיביסטית ותאורטית מעמיקה על דיני הנזיקין כדי להטמיע שימוש פמיניסטי בהם. מבחינה זו, הוא פעל על קרקע פורייה. דיני הנזיקין הישראליים חוו בשני העשורים האחרונים, ובייחוד בעשור האחרון, התפתחויות דרמטיות, כמעט חסרות תקדים ברמה העולמית. דוגמאות לכך מצויות לרוב, וכדי להבהיר את ממדי התופעה יוזכרו כאן כמה מהמרכזיות שבהן. כך, למשל, בניגוד למוכר במדינות המשפט המקובל, הורחבה ההגנה הנזיקית גם למקרים שבהם שררה עמימות סיבתית קשה באשר לגורם הנזק<sup>31</sup>; הוטלה אחריות תקדימית, ברמה העולמית, על אב, לנזקים הבלתי־מוחשיים שגרמה לילדיו הזנחתו ההורית<sup>32</sup>; הורחב יסוד הצפיות למקרים שבהם לא ניתן היה למצוא אפילו תקדים עולמי אחד להתרחשות שגרמה לנזק<sup>33</sup>; הוכרה הזכות לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של חולה, אפילו אם הטיפול הרפואי בה הוכתר בהצלחה<sup>34</sup>. שלל פסיקות אלה ועוד רבות מסוגן סימלו עשור של התפתחות דיני הנזיקין הישראליים והרחבתם אל תחומי אחריות שחלקם היו חדשים לחלוטין, וחלקם האחר היה סגור עד אז בפני תובעים. על רקע זה, היוותה ההתפתחות הפמיניסטית בדיני הנזיקין נדבך נוסף וקל יותר לעיכול מושגי ולביצוע מעשי. חשוב לציין את שיתוף הפעולה של מהלך מושגי זה עם ההפעלה בשטח של דיני הנזיקין באופן של הגשת תביעות נזיקיות מתאימות. גם כאן, כפי שאראה בהמשך, ניתן להצביע על תרומה משמעותית של התאוריה הפמיניסטית לפיתוח דפוס ייחודי בחיי המעשה המשפטיים.

31 פסקי הדין הבולטים בעניין זה הם ע"א 1639/01 **קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב**, פ"ד נח(5) 215 (2004); ע"א 361/00 **ד'אהר נ' סרן יואב**, פ"ד נט(4) 310 (2005); וע"א 7375/02 **בי"ח כרמל חיפה נ' מלול**, פ"ד ס(1) 11 (2005). בינתיים יש הטוענים לביטול הלכה זו בדיון הנוסף בפרשת **מלול שנקבע** בדנ"א 4693/05 **בי"ח כרמל חיפה נ' מלול** (פורסם בנבו, 29.8.2010), אולם השלכות פסק הדין אינן ברורות דיין עדיין, ובכל מקרה, הדבר אינו מבטל את חשיבות פסק הדין כשניתן לעת ההיא, מבחינת הצבעתו על המגמה שממנה היה חלק.

32 ע"א 2034/98 **אמין נ' אמין**, פ"ד נג(5) 69 (1999).

33 דנ"א 7794/98 **משה נ' קליפורד**, פ"ד נז(4) 721 (2003). לביקורת על פסק הדין בגין הרחבת גבולות החרیגה שהוא יוצר כלפי מזיקים ראו ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת האחריות בנזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי (בעקבות דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד)" **משפטים** לד(2004) 385.

34 ע"א 2781/93 **דעקה נ' בי"ח "כרמל"**, פ"ד נג(4) 526 (1999).

תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין

## 1. סוגי השינוי שיצרה הביקורת הפמיניסטית-נזיקית<sup>35</sup>

השפעתה של הביקורת הפמיניסטית על שינויים של דיני הנזיקין ועל פיתוחם לא הייתה אחידה. בהיותה היא עצמה עשירה ונוגעת להיבטים ביקורתיים מגוונים, הייתה גם תוצאת חלחולה אל דיני הנזיקין מגוונת ועשירה. בחלק זה של המאמר אבקש לפרוס את הכולטים והחשובים בשינויים שהוליד חלחול מתמשך זה.

### 1.1 שינוי חקיקתי

אף שאינטואיטיבית ניתן היה אולי לחשוב ההפך, נדמה שהפשוט ביותר לביצוע היה להשלים את דיני הנזיקין ולשנותם שינוי חקיקתי, לצורך התאמתם לחוסר הנשי והפמיניסטי שהיה בהם. בכך ניתן אולי להסביר את היות שינוי זה הראשון בסדר הכרונולוגי בזיהוי התמורות הפמיניסטיות בדיני הנזיקין, כפי שהוא מגולם בחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן: "החוק למניעת הטרדה מינית"). בהיותם חלק בלתי-נפרד ממערך המשפט המקובל האנגלו-אמריקני, גם בישראל עוצב אופיים המתפתח של דיני הנזיקין כפסיקתי בעיקרו. בשל כך, השפעות פמיניסטיות-חיצוניות לפיתוח פסיקתי בזמן אמת היו צפויות להביא לתוצאה שיטתית פשוטה יותר. כזאת אכן הייתה תוצאת חקיקתו של החוק למניעת הטרדה מינית. בהיותו חלק ממהלך פמיניסטי-שתדלני מובהק, זכה החוק לעיבוד ולהכרה מחוץ לגבולות דיני הנזיקין, והפך באחת לחלק אינטגרלי מהם, עם אישורו בכנסת<sup>36</sup>. אלא שמהלך מבריק ויעיל זה הוא גם מה שהיה בעוכריו של החוק. נדמה כי קליטתו במהלך חקיקתי קלאסי של "מן החוץ אל הפנים" הביאה גם להותרתו כ"ילד חוץ" בחברה ה"קיבוצית" המוכרת והאחידה של דיני הנזיקין. יתרונותיו הפמיניסטיים של החוק בהקשר הנזיקי היו ברורים<sup>37</sup>. הוא היווה למעשה הזרקה גדושה ומזוקקת של המשגה פמיניסטית אל דיני הנזיקין, בהכירו בהטרדה מינית –

35 חלק מהשינויים שיתוארו פה נסקרו לעומק בעבר, ויוצגו כאן באופן תמציתי יותר. הבאתם כאן משמשת לביסוס טענה רחבה יותר על אודות שינוי שיטתי בתפיסת בית המשפט את דיני הנזיקין ותפקידם, בהקשר הפמיניסטי.

36 לניתוח מפורט של תיאור התפתחות החוק וגיבושו ראו מאמרה של אורית קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" **משפטים** כט 317 (1998).

37 ניתוחי כאן מתרכזו בהערכת החוק מזווית נזיקית בלבד. מבחינות אחרות, כמו הבחינה החברתית, הייתה לחוק השפעה חיובית עצומה על שינוי התודעה הציבורית-ישראלית על תופעת ההטרדה המינית כפסולה. ראו אורית קמיר "החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית – איפה אנחנו במלאת לו עשור?" **משפט ועסקים** ט (2008).

שהיא חוויית חיים נשית מובהקת – כמסבה סבל, כאסורה וכמחייבת פיצוי על נזקיה<sup>38</sup>. זאת ועוד, הוא קבע סכום פיצוי שתוכל תובעת לקבל מעצם היותה מוטרדת, ולכאורה, מבלי שתידרש להוכיח את יסודות נזקיה ואופיים, כמקובל בדיני הנזיקין המסורתיים. בכך ביקש החוק להשפיע על סדר היום הנזיקי מהזווית הפמיניסטית בקבעו מה ייחשב כמזיק, וגם בקבעו מה ייחשב כנזק בר הכרה<sup>39</sup>. אלא שהיו קשיים רבים ביישומו של מהלך זה, וכן בפיצויים שהוענקו, והשימוש בחוק בתביעות אזרחיות, מחוץ לתחומי יחסי העבודה, היה מועט<sup>40</sup>. הדברים הגיעו לכדי כך שלאחרונה מונתה ועדה מקצועית שתפקידה להציע שינויים מקיפים בחוק, לשם הפיכתו ליעיל יותר<sup>41</sup>. השערות שונות הועלו באשר למקורם של קשיי הקיום של החוק. לאלה ברצוני להוסיף את השערת כי תרמה לקשיים העובדה שהחוק חיצוני לדיני הנזיקין, ושבעת חקיקתו ולאורך שנות חייו הראשונות חסרו בו מושגים פמיניסטיים<sup>42</sup>.

- 38 החוק קובע כי הטרדה מינית והתנכלות בעקבות הטרדה מינית מהוות עוולה נזיקית. ראו ס' 3 ו-6 לחוק למניעת הטרדה מינית.
- 39 זהו מיצוי היתרון שבשימוש בחקיקה על פני השימוש בפסיקה בדיני הנזיקין. להבהרת יתרון זה ראו: Epstein, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1725–1726. נראה כי טענתו של אפשטיין, שהיא מושגית ולא נורמטיבית בטבעה, היא שהדבר יביא לשינוי שיטתי ויעיל יותר מאשר דרך השימוש המקובל בפסיקה. זאת, על אף העובדה כי במקומות אחרים אפשטיין מתנגד לקידום ערך השוויון גם על דרך החקיקה, ראו למשל: RICHARD A. EPSTEIN, FORBIDDEN GROUNDS: THE CASE AGAINST EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAWS (1992).
- 40 להערכת מגבלות החוק ראו נוי רימלט "על מין, מיניות וכבוד: החוק למניעת הטרדה מינית במבחן התאוריה הפמיניסטית והמציאות המשפטית" **משפטים** לה 601 (2005); נוי רימלט "על משפט, פמיניזם ושינוי חברתי: החוק למניעת הטרדה מינית כמקרה לדוגמה" **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 985. נראה כי גם מובילת הליך החקיקה ומי שנחשבת "אמו הרוחנית", אורית קמיר, מכירה בכך שלא הגשים את הציפיות שנתלו בו. קמיר, לעיל ה"ש 37, בעמ' 64–71.
- 41 הוועדה שהקימה ח"כ גילה גמליאל, יו"ר הוועדה לקידום האישה בכנסת, מונתה לקראת סוף 2009. הכותבת נמנית עם חברות הוועדה.
- 42 בכך שונה החוק למניעת הטרדה מינית מחוקים אחרים בעלי אופי נזיקי מובהק המצויים אף הם מחוץ לפקודת הנזיקין, כמו חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 וחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975. חוקים אלה משקפים מהלך של "הוצאה מן הפנים לחוץ", משמע, עניינם בעוללות שזכו מאז ומתמיד להכרה נזיקית ולהגנה מלאה בדינים אלה. עוולת לשון הרע היא אחת העוללות הוותיקות ביותר בדיני הנזיקין, ותחום תאונות הדרכים נדון מאז ומתמיד במסגרתה של עוולת הרשלנות, עד אשר הוצא מן הפקודה. במובן זה, רעיון ההטרדה המינית "נכפה" על דיני הנזיקין, בחינת "מן החוץ אל החוץ". הוא מהווה חקיקה חיצונית במובן של "חוצנית", ולא במובן של "נפרדת".

תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין

למרות הסתייגויות אלה, תרומתו הבולטת של החוק בהקשר הנזיקי מגולמת בהיותו סנונית ראשונה בשינוי המושגים של דיני הנזיקין כך שתוכר האפשרות להשתמש בהם לצורך השגת שוויון מגדרי, ויוכרו יכולתם ותפקידם להגן על נשים מפני סבל נשי-טיפוסי.

## 1.2 שינוי בתוך הדוקטרינות הקיימות וקריאתן מחדש: הטמעת חשיבה מגדרית

"הטמעת חשיבה מגדרית" (gender mainstreaming), בניגוד לכותרתה הלועזית המטעה, נחשבת לא פשוטה בעליל. רעיון המיינסטרימיזציה של המגדר, כפי שהומשג בעבודה פמיניסטית בין-לאומית, הוא לייצר דפוס חשיבה שתובנות מגדריות הן חלק אינטגרלי ממנו<sup>43</sup>. בדפוס זה, ההנחה היא כי אין להתייחס אל "התובנה הפמיניסטית" כתובנה ייחודית כלשהי, המתאימה רק לתחומים שבאופן שיטתי ניתן לזהותם כ"נשיים". ההפך הוא הנכון: ההנחה היא שכחלק ממכלול החשיבה, בכל תחומי החיים, יש לבחון את ההשפעה המגדרית שיש להחלטות בעלות השפעה פוליטית, בדומה לאלה היוצאות תחת ידי המחוקק או בתי המשפט.

דוגמאות לחשיבה מגדרית ניתן לזהות במשפט דווקא בתחומים שאינם עוסקים ישירות בחוויית חיים שניתן להגדירה "נשית"<sup>44</sup> – כמו רצח על רקע קנאה ושליטה וכמו אונס – שבהם התחושה היא של שינוי אמיתי בדיני הנזיקין. במקומות הנדמים ניטרליים מבחינה מגדרית בדיני הנזיקין, חשובה עבודת הפרשנות הפמיניסטית משתי סיבות: האחת, עניינה בחשיפת הלכות ניטרליות כבעלות משמעות מגדרית, כפי שנעשה בשלבים קודמים של ביקורת פמיניסטית; השנייה, עניינה בהחדרת המשמעות הנשית אל תוך דפוסי הניתוח המשפטי ה"אפרוריים" ביותר – אלה הנעשים בבתי המשפט חדשים לבקרים, כמצוות אנשים מלומדה. עבודת הפרשנות במקומות אלה יוצרת שברי תודעה פמיניסטית בתוך אותו רצף של שגרה בדפוס החשיבה הנזיקי המסורתי. זוהי תמצית פעולת ההטמעה של פמיניזם במשפט. היא אינה דורשת שנמתין לסוגיות דרמטיות בסגנון גיוסן של נשים לצה"ל,

43 ההגדרה הרשמית לג'נדר מיינסטרימינג מצויה ב- United Nations, REPORT OF THE ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL FOR 1997 (A/52/3) (18 September 1997) וקובעת כדלקמן: "הטמעה של פרספקטיבה מגדרית היא תהליך שבו מוערכת ההשפעה של פעולה מתוכננת כלשהי – בין אם בתחום החקיקה, קביעת מדיניות או ביצוע – בכל תחום שהוא, על גברים ועל נשים. אסטרטגיה זו מיועדת להפוך שיקולים וניסיון חיים של נשים, כמו של גברים, למרכיב מוטמע בעיצובה, יישומה והערכתה של פעולה כלשהי בתחום הפוליטי, הכלכלי והחברתי, כדי להביא לכך שגברים ונשים ירוויחו באופן דומה מפעולה שכזו, ולמנוע מצב בו היא משעתקת את אי-השוויון בין המגדרים. מטרתה העליונה של אסטרטגיה זו היא להשיג שוויון מגדרי".

44 להבהרת תחומי ההבניה של מושג זה ראו ביטון "חוויות חיים נשית", לעיל ה"ש 27, בעמ' 627.

כפרשת **מילר**<sup>45</sup>, או מינוין כחברות מועצה דתית, כפרשת **שקדיאל**<sup>46</sup>, כדי לעורר את החשיבה המסורתית מתרדמתה הפמיניסטית. די במשהו שגרתו בהרבה, יומיומי, כגון תאונת דרכים, כדי שהסוגיה תעלה. תאונת דרכים אחת שקרתה לבחור בן 22 הייתה כזו. היא עוררה דיון בעל אופי פמיניסטי מובהק בתוך תיק תאונת דרכים בגין ראש נזק של פגיעה בתפקוד המיני שהוגש בגינה, שנקבע בו כי אין להעניק לגבר שנפגע בתאונת דרכים פיצוי בגין "שירותי ליווי" – משמע: מימון "הליכתו לזונה"<sup>47</sup>.

עניין **פדרו**<sup>48</sup> החל אפוא כעוד מקרה שגרתו של תביעה בגין תאונת דרכים בבית המשפט המחוזי. התובע, בחור בן 22, נפצע קשה בתאונה, באופן שהותירו עם נכות תפקודית של 100%. בין היתר, גרמה לו הפגיעה לנכות אורולוגית, אשר יחד עם קשייו הרגשיים, צפויה הייתה לגרום לו קושי בתפקוד המיני בהמשך חייו. כחלק מזכותו הנזיקית, ביקש התובע כי ימומן לו טיפול מיני מדיה של סרוגייט<sup>49</sup>, אשר תדריכו כיצד לנהל עם נשים יחסי קרבה ומין כאחד בחייו. בקשתו זו נדחתה. תחת זאת, המשיג בית המשפט המחוזי, מיזמתו, את פגיעת הצעיר במונח המצמצם "איך-אונות", ובהתאמה, קבע כי הדרך לפצות בגין נזק זה היא "טיפול תרופתי ו/או הפנייה למכון ליווי", תוך שבהשוואה "טבעית" זו הוא מעניק סגולות טיפוליות מיסטיות ל"חוויה" המפוקפקת של ניצול גוף נשים בבתי בושת<sup>50</sup>. בהכירו ב"הליכה לזונה" כראש נזק, לא חידש בית המשפט המחוזי הלכה כלשהי, אלא הצטרף לשורה של פסקי דין שבהם ניתן ראש נזק זה – באופן מובהק, לגברים בלבד<sup>51</sup> – כחלק "יבש" מנתוני סכומי הפיצוי שנפסקו בתיקי פגיעה דומים<sup>52</sup>.

45 בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94 (1995).

46 בג"ץ 153/87 **שקדיאל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב(2) 221 (1988).

47 לא בכדי אני משתמשת במילים אלה, שכן הביטוי "שירותי ליווי", שבו השתמשו בתי המשפט בערכאות השונות, מאפשר להם לעדן את הכיעור שבתופעה החברתית של "הליכה לזונה".

48 ע"א 11152/04 **פדרו נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 13.2.2006).

49 טיפול מיני עם סרוגייט הוא טיפול עם בת זוג חלופית שהיא מטפלת מינית בעלת ניסיון והכשרה בתחום.

50 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1553/99 **פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ**, פס' 7 לפסק דינה של השופטת דרורה פלפל (פורסם בנבו, 27.10.2004).

51 גברים הם התובעים הבולטים – שלא לומר **היחידים** – אשר תובעים בגין פגיעת הנאתם המינית בעוולה, בין שהוגשה בקשה להכרה בצורכיהם ב"שירותי ליווי", ובין שלא הוגשה. ראו עוד בסקירתו הנמשכת של השופט ריבלין בפסק הדין. גם בכך מובנה התחום כמגדרי לחלוטין, ולפיו הנאה מינית שייכת לגברים לבדם.

52 ראו למשל את הרשימה שאליה מפנה השופט ריבלין של פסקי דין כאלה. פרשת **שקדיאל**, לעיל ה"ש 46, פס' 8.

העניין נעשה דבר שבשגרה<sup>53</sup>. כך, הגיע התיק כתיק שגרתי לכאורה, שבו משולבים לעיפה ערעור וערעור שכנגד של הצדדים המערבים, על פסיקת גובה הפיצוי בתאונת הדרכים. בית המשפט העליון החל את טיפולו בסוגיה מהזווית הפנים-נזיקית פורמליסטית, לשם סיווגה מחדש של פגיעה בתפקוד המיני לפי כללי הדקדוק הנזיקיים, כראש נזק בלתי-ממוני, ולא ממוני, כפי שעשה בית המשפט המחוזי. תיקון דקדוקי זה, די היה בו כדי לפסול את ראש הנזק ואופן הערכתו. אלא שבית המשפט, מפי השופט ריבלין, לא הסתפק בכך. בשלב זה, נראה ניתוחו כמתעורר מתרמתו האידאולוגית, ועובר לסוגיה העקרונית של ההכרה העקיפה בתופעת הזנות והנורמליזציה שלה, שמהווה קבלת ראש נזק כזה אל פנתאון הנזקים בני הפיצוי. מכאן ואילך, משנה בית המשפט את הטון, משנס מותניים, וכמו יוצא למסע מחוץ לדיני הנזיקין, שבו הוא מתאר את זוויות עולם הזנות בישראל, רוע עולם הסחר המפותח בה במיוחד ויחסו הבלתי-מתפשר של המשפט אליהם בפסיקה עקבית, בדינים מתפתחים ובדפוסי מדיניות<sup>54</sup>.

53 כעולה מסקירתו של השופט ריבלין, במקרים שבהם לא נפסק הפיצוי, היה זה משיקולים ראייניים של הוכחת הנזק ולא משיקולים חברתיים. שופט אחד בלבד מיאן לשתף פעולה עם שיטת פיצוי זו וכינה אותה כמנוגדת לתקנת הציבור: השופט ברלינר בת"א (שלום ת"א) 1102/94 ד"ר נ' קרנית – קרן פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (פורסם בנבו, 1.8.1999). מעניין לראות שאותו שופט הוא גם מי שנתן החלטה פמיניסטית חשובה בפסק דין בגין אונס קבוצתי אשר יוצג להלן.

54 המקור לשינוי תפיסה זו אינו גלוי בפסק הדין. סביר מאוד שלכך תרמה הצטרפותה כ"דידת בית המשפט" של קליניקה משפטית לזכויות נשים בראשות עו"ד נעמי לבנקרון, אשר החליטה להבהיר את ערכה הפמיניסטית המשמעותי של הסוגיה. בנקודה זו חשוב לציין כי בתוך הקהילה הפמיניסטית היחס לזנות שנוי במחלוקת, וניתן לזהות בה שני קולות מנוגדים. האחד רואה בתופעה שיקוף של ניצול חולשתן של נשים שנגררו לעולם הזנות, והנצחת מעמדן הנחות של נשים כאובייקטים מיניים שייעודם לשמש להנאת גברים. האחר רואה בתופעת הזנות ביטוי לבחירה אישית לעסוק בתחום עבודה ושירות, ומגנה אותה רק בהתקיים אקט של כפייה או ניצול במסגרתה. לעניין זה ראו דפנה ברק-ארז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגין "הקדמה: משפט, מגדר ופמיניזם בישראל" עיונים במשפט מגדר ופמיניזם, לעיל ה"ש 11, בעמ' 11; נעמי לבנקרון ויוסי דהאן אשה עוברת לסוחר: סחר נשים בישראל, 2003 16-14 (מוקד סיוע לעובדים זרים, אשה לאשה – מרכז פמיניסטי חיפה ומרכז אדוה, 2003); ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441 (1993); דברי הנשיא שמגר בע"פ 2885/93 תומר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 635, 638 (1994). במסגרת מחלוקת אידאולוגית זו, ניתן לזהות את גישתו של השופט ריבלין בפסק הדין עם זו המתייחסת לתופעת הזנות כתופעה בעלת היבטים פוליטיים הכרוכה בניצול גורף של העוסקות בתחום. בהתאם לגישתו זו, השופט ריבלין גורס כי נתינת פיצוי לניזוק במקרה דגן לשם "השבת המצב לקדמותו" חוטאת ומנוגדת לעקרון "תקנת הציבור" ו"עשויה להשפיע על יישום עקרון 'השבת המצב לקדמותו' מקום בו המצב הקודם או המצב אליו חותר הפיצוי כרוך באי-חוקיות או בפגיעה בערכי-יסוד של החברה והשיטה". עניין פדרו, לעיל ה"ש 48, פס' 19-21. עמדה זו

אלא שקריאה זו אינה נותרת מחוץ לסוגיה הנזיקית הנדונה, שכן מיד בתום מסע זה אל נבכי האופל של החיים בזנות, מחזיר אותנו בית המשפט באחת אל דיני הנזיקין. בבעיטה ישירה אל הבטן הרכה שלהם, ובפרפרזה על עקרון היסוד שבבסיס דינים אלה, מצהיר השופט ריבלין: "לא כל 'מצב' ראוי להשבה"<sup>55</sup>. בכך הפעיל בית המשפט ניתוח חברתי-הקשרי-פמיניסטי על עקרון היסוד של דיני הנזיקין, שלפיו כל מטרתם היא "השבת מצב הניזוק לקדמותו". בהחילו את עקרון "תקנת הציבור" כמחייב פרשנות אנטי-פוגענית בנשים בדיני הנזיקין, הוא קובע כי ראש נזק זה יהיה נגוע בפעילות פלילית ויהווה משום ניצול הנשים בזנות ופגיעה בזכויות היסוד שלהן, ולכן מתנגד לו<sup>56</sup>. יתרה מכך, מחויבותו של בית המשפט לסבל הנשי שבזנות אינה מתמצית בעמדה מוסרית הסולדת מזנות כמוסד פריצות, אלא בחשש מניצול נשים בה. הדבר עולה מהבהרתו החשובה של השופט ריבלין כי שימור פרשנות זו בפרדיגמת הניצול תנחה נכונה פסיקה נזיקית מגוונת בתחום. כך, למשל, לא ימנע פיצוי מאישה שניזוקה בעוולה, אם פיצויה ידרוש הכרה בהשתכרותה מזנות<sup>57</sup>.

בשני אופני הפרשנות שנתן לראש הנזק, גילה אפוא בית המשפט את כוחו של ניתוח פמיניסטי, על פני כוחו של ניתוח פרשני-פנימי של דיני הנזיקין, כמחייב התייחסות להקשר משפטי-חברתי רחב יותר מזה של דיני הנזיקין עצמם יש להציע<sup>58</sup>. זאת ועוד, הניתוח הפמיניסטי חדר את שריון הפלדה ממש שעוטה אחד העקרונות הבסיסיים היושבים בלב דיני הנזיקין, ושעניינו השבת המצב לקדמותו. ביטוי לכך עולה גם מתוצאת פסק הדין באשר לגובה הפיצויים שנפסקו לתובע. אלה הופחתו בשליש בעקבות הערעור, והוגבלו

ניתן לקרוא כדעת יחיד בפסק הדין. הנשיא ברק (כתוארו אז) הותיר את השאלה בדבר הכרה בשירותי ליווי כראש נזק בר פיצוי ב"צריך עיון". הנשיא ביניש הביעה הסכמה עקרונית עם השופט ריבלין לעניין סוגיית תקנת הציבור, אך סייגה את דבריה באומרה כי את "השאלה אם יש חריג לכלל הרחב, ואם אמנם כן, מה היקפו של חריג זה נשאר לעת מצוא". שם.

55 שם, פס' 19–21.

56 שם, פס' 16–22.

57 שם, פס' 22.

58 לאישוש ההבחנה שאני עושה בין שתי הפרשנויות שנוקט השופט ריבלין לשלילת זכות הניזוק לפיצוי כראש נזק זה, ראו פסקת ההסכמה המסויגת שמציע הנשיא ברק בסוף פסק הדין, ובה הוא מבקש להצטרף רק לגרסה הפרשנית הראשונה-פורמלית שהציע ריבלין. לעומתו, השופטת ביניש, הידועה כמי שניתוח פמיניסטי קרוב ללבה, מבהירה כי היא מצטרפת להנמקתו השנייה של השופט ריבלין, והיא אף מכריזה עליה כ"כלל של מדיניות שיפוטית ראויה", שהיא דורשת מן הערכאות דלמטה לאמץ. שם, בפסקי הדין של הנשיא ברק (כתוארו אז) ושל השופטת ביניש.



לנזק ממוני הכולל טיפול תרופתי ופסיכולוגי<sup>59</sup>. בכך שימש הניתוח הפמיניסטי כלי להבנת גבולות דיני הנזיקין, במקום שבו אין כמעט מהרהרים אחריהם עוד. לכן פסק הדין מראה לנו איך בעקרון פיצוי רגיל ומוכר הוטבע חותם פמיניסטי, והערך הפמיניסטי הוטמע לתוכו.

### 1.3 המרצתן של תביעות חדשות בעוללות מוכרות

אחת הטענות הברורות והפשטות שניתן להעלות כנגד הביקורת הפמיניסטית של דיני הנזיקין היא שבהקשר הנוגע לעוללות קלאסיות ופשטות, אשר בקלות היו יכולות לשמש נשים, לא ניכר כל שימוש בדינים אלה. מצב הדברים בשיטתנו הוא כזה שמערכת המשפט הישראלית אינה מפעילה כמעט את ענף הנזיקין העצמאי<sup>60</sup> לטיפול בנושאים של אלימות

59 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט ריבלין: "יש מקום לפסוק לניזוק שיכולתו לקיים יחסי-מין נפגעה, פיצוי עבור נזק ממוני, מקום בו שימוש בתרופה או מפגש עם רופא, פסיכולוג או פסיכיאטר (ואפילו, אולי, סרוגייט – כאמור אין אנו מביעים כל עמדה בעניין זה) עשויים לסייע לו ולשפר את מצבו. ואולם מעבר לכך, נראה כי התרופה אותה מציעים דיני הפיצויים לנזק שבו מדובר אינה תרופה מכוונת-מטרה. ספק אם ניתן לסווג את ההיזקקות לשירותי-ליווי כסעד-מתקן העומד אל מול ההפסד הכרוך באובדן היכולת לקיים יחסי-מין. אין דין מפגש מיני עם נערת-ליווי כדין תרופה או פגישה עם פסיכולוג, למשל, שהרי אלה האחרונים – התרופה והפגישה עם הפסיכולוג – יש להם תכלית מובהקת ומבוססת של ריפוי או שיקום, ומשכך, באים הם בגדר ראשי הנזק הממוניים המוכרים".

60 דברים אלה נאמרים בהסתייגות קלה של השימוש המועט אך הקיים במערכת התביעה האזרחית כשהיא נלווית להליך הפלילי, מכוח הוראת ס' 77(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. הבעיה היא שתביעות נלוות אלה אינן מאפשרות דיון מהותי בדיני הנזיקין לעומקם, אלא מהר מאוד מעבירות את הדיון לפסים של שאלת שיעור הפיצוי, בשל ההסתמכות על הדין הפלילי המהותי שבו ניתנה הכרעה לטובת הקרבן. דומים הם גם המקרים הספורים שבהם הטיל בית המשפט הדין בתיק פלילי על המורשע לשלם פיצויים לטובת הקרבן, מכוח ס' 77 לחוק העונשין. לרוב מדובר בפיצויים סמליים במיוחד, שאינם מתיימרים כלל לפצות על מלוא נזקי הקרבנות ואינם נשענים על אדני הדוקטרינות הנזיקיות לקביעת אחריות, אלא על עצם הפרת החוק הפלילי שגרמה לנזק. לדיון במהות פיצויים אלה ראו רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418 (2002). לדוגמאות לפיצויים ראו למשל ת"פ (שלום י-ם) 1075/01 מדינת ישראל נ' כהן (פורסם בנבו, 3.9.2002): פיצויים בסך 10,000 ש"ח לקטינה שנעשו בה מעשים מגונים; ת"פ (שלום ת"א) 11965/00 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 12.6.2002): פיצויים בסך 5,000 ש"ח לקטינה שנעשו בה מעשים מגונים. הנאשם היה מנהל בנק(!); ת"פ (שלום י-ם) 3968/97 מדינת ישראל נ' בן-שושן (פורסם בנבו, 3.5.2000): פיצויים בסך 15,000 ש"ח לאישה שביצוע המעשים המגונים בה גרם לה לדיכאון שהצריך טיפול פסיכולוגי וגרר הסתגרות ועזיבתה את לימודיה, והותיר בה, כדברי בית המשפט, "צללקת לכל החיים"; ע"פ (מחוזי נצ') 124/02 ברקוביץ' נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.6.2002): פיצויים בסך 2,000 ש"ח לאישה שהותקפה ואוימה על ידי בן זוגה בנפרד; תפ"ח (מחוזי י-ם) 4065/01 מדינת ישראל נ' אבו סנינה (פורסם בנבו, 10.7.2002):

נגד נשים, אפילו לא דרך המסגרות המתבקשות כמו, למשל, עוולת התקיפה<sup>61</sup>. כזה הוא המצב גם בארצות-הברית<sup>62</sup>. מכך משתמע כאילו הבעיה אינה טמונה בדיני הנזיקין, אלא דווקא בנשים עצמן, אשר בתהליך תרבותי כלשהו, חיצוני לדיני הנזיקין, החליטו שלא להשתמש בדיני הנזיקין כדי לתבוע בגין אחת מחוויות החיים הטיפוסיות ביותר: אלימות מגדרית ומינית נגד נשים<sup>63</sup>. ואכן, סביר שלמצב זה תורמות כמה סיבות פרט לעצם נגישותם של דיני הנזיקין לנשים והתאמתם לצורכיהן<sup>64</sup>. עם זאת, חשוב לציין כי להבדיל מקשת ההשערות בלבד בדבר אלה, חוקרות הוכיחו את אי-הנגישות של דיני הנזיקין במפגיע. למשל, נטען כי אפילו במסגרת עוולות לכאורה פשוטות ונטולות הקשר מגדרי – כמו עוולת התקיפה – הייתה הבנייתן כזו שהחלישה ביותר את יכולתן של נשים לתבוע

פיצויים בסך 5,000 ש"ח לחסרת ישע שנעשה בה מעשה מגונה; תפ"ח 1143/00 **מדינת ישראל נ' א' ר'** (לא פורסם, 12.12.2001): שני הנאשמים הורשעו באינוס שנעשה במסגרת עסקה של "אישה תמורת אביזר לרכב". לשם כך שוכרה וסוממה האישה, שאינה בריאה בנפשה. הנאשמים חויבו לשלם לה 2,500 ש"ח כל אחד; תפ"ח (מחוזי ת"א) 1037/01 **מדינת ישראל נ' בן-גיגי** (פורסם בנבו, 30.1.2002): פיצויים בסך 20,000 ש"ח בשל סדרת תקיפות מיניות של הנאשם כלפי אישה.

61 ס' 23 (א) לפקודת הנזיקין. העוולה מוגדרת ככזו המיועדת למנוע שימוש מכוון בכוח נגד גופו של אדם, ללא הסכמתו. לפרשנות קצרה של יסודות העוולה ראו שירלי דגן **סוגיות בדיני נזיקין א' 161-168** (2002).

62 מחקר שערכה בנושא חוקרת בארצות-הברית גילה שהוגשו מעט למעלה משלושים תביעות בכל ארצות-הברית עד שנת 2005. מספר זעום עד בלתי-נחשב ממש במושגי גודלה של ארצות-הברית והיקף תופעת האלימות המגדרית בה. ראו: Jennifer B. Wriggins, *Toward a Feminist Revision of Torts*, 13 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 139, 155 (2005).

63 בהבחיני בין אלימות מגדרית לאלימות מינית, אני מכוונת להפריד בכל זאת שני סוגי אלימות שלרוב, אך לא תמיד, קשורים קשר הדוק זה בזה. האלימות המגדרית היא אלימות שמקורה ביחסי הכוח המגדריים. היא אינה חייבת להיות כרוכה בתקיפה מינית. כך, למשל, רצח אישה על ידי בן הזוג או גבר אחר שהיה לו קשר כלשהו עמה היא אלימות מגדרית. אלימות מינית, לעומת זאת, אף שגם היא כמובן נובעת מיחסי הכוח המגדריים, מתרכזת בתקיפה מינית או באה לידי ביטוי בביצועה.

64 הסיבה החשובה מכול היא שדיני הנזיקין אינם כלי מתאים, במצבם כיום, לליבון סוגיות מעין אלה. ראו: Julie Goldscheid, *Gender-Motivated Violence: Developing a Meaningful Paradigm for Civil Rights Enforcement*, 22 HARV. WOMEN'S L.J. 123 (1999). מקובל גם לטעון להסברים חיצוניים לדיני הנזיקין, למשל טענת חוסר הסולבנטיות של המזיק או קיומם של מנגנונים חלופיים לקבלת פיצוי, ככתביעה אזורית נגררת. טענות אלה נראות לי חלשות כשלעצמן ומתקשות להסביר את היעדרן המוחלט של תביעות אלה מנוף משפטני. להסברים נוספים ראו: Douglas D. Scherer, *Tort Remedies for Victims of Domestic Abuse*, 43 S.C. REV. 543, 543 (1992). שרר סבור כי הסיבה להיעדר תביעות כאמור היא אי-היכרות של עורכי דין עם דיני נזיקין וחששם כי יש חסינויות המונעות תביעות אלה.

תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין

מכוחן<sup>65</sup>. מחקר אחד הצביע על היעדר השימוש בדיני הנזיקין כמנגנון לביסוס ביטוח חובה להגנת נשים מפני אלימות<sup>66</sup>. מחקר אחר הראה כיצד הנזק הנפשי המאפיין נשים נפגעות תקיפה מינית נתפס בארץ כבלתי-מובן, זוכה להכרה מעטה ובלתי-שיטתית, ומעניק סכומי פיצויים נמוכים<sup>67</sup>.

אחת הדרכים להתגבר על מגבלות מושגיות אלה של דיני הנזיקין הייתה הגשת תביעות "נשיות" שתאפשרנה פיתוח פסיקטי שלהם, באופן שיתאימם להעניק הגנה ראויה על נשים. במקביל אפוא לפיתוח רעיוני של דיני הנזיקין מזווית פמיניסטית, נדרשה עבודת שטח של הגשת תביעות בתחומים שבאופן מסורתי ניתן לזהותם כהולמים את המחסה הנזיקי הקיים זה מכבר<sup>68</sup>. אלא שגם כאן, נראה שיותר מכול, הוכחה הטענה כי אין אלה הנשים שאינן מבקשות לתבוע, אלא זהו בית המשפט המתקשה לתת להן מענה ראוי לתביעותיהן. ודוק: מענה ראוי אין משמעו רק פסק דין שמורה על תשלום פיצוי לאישה התובעת, אלא משמעו פסק דין שיכיל את המורכבות הייחודית שמביאה עמה תביעה בגין תקיפה מינית. הדבר נחוץ כדי לאפשר לנשים נפגעות להתגבר על סלידתן הטבעית והאנושית מראיית ההליך המשפטי כהנמכה וכהפחתה של סבלן לרשימת טענות משפטיות קרות שתוצאתן היא פסיקת סכום כסף לטובתן.

לשם הדגמת חשש זה וסכנות התממשותו, אשתמש בעניין **מזרחי**<sup>69</sup>. במקרה זה דובר באונס קבוצתי מזעזע שנעשה באישה על ידי 7 גברים, במשך שלושה ימים רצופים, במקום מבודד, כאשר כלבים שומרים על הכניסה למנוע את בריחת האישה מפניהם. האונס המתמשך הגיע לקצו רק כאשר גילו האנסים כי האישה סובלת מדימום רב ומסוכן. כה חמורה הייתה פגיעת האונס, שמחששם שמא תמות מאבדן דם, הסיעה מי מהם לבית חולים קרוב, ושם עזובה בחדר המיון. לאחר סיום ההליך הפלילי שבו הורשעו כולם,

65 ראו למשל את חוסר ההתאמה המושגית שמעלה השימוש בעולת התקיפה לצורך הגנה מפני הטרדה מינית אצל: Joanne Conaghan, *Gendered Harms and the Law of Tort: Remediating*; וכן CATHARINE A. (Sexual) Harassment, 16 OXFORD J. LEGAL STUD. 407 (1996) MACKINNON, SEXUAL HARASSMENT OF WORKING WOMEN: A CASE OF SEX DISCRIMINATION 74-164 (1979), שבו טוענת מקינאן כי דיני הנזיקין אינם מתאימים לטפל בתביעות בגין הטרדה מינית.

66 ראו Wriggins, לעיל ה"ש 62. ברי כי ניתן לחשוב על ביקורת זו מהכיוון השני, ולפיו קיומן של תביעות עשוי היה לעודד ביטוח. עם זאת, ביקורתה של המחברת היא על אי-אימוץ הרעיון של ביטוח חובה מעין סוציאלי לצורך זה. ראו בהרחבה, שם.

67 ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 28.

68 להרחבה על תופעה זו כאחת ההשפעות של ניתוח פמיניסטי בדיני הנזיקין ראו להלן ה"ש 73, 74 ו-82.

69 ת"א (מחוזי חי') 209/05 **פלונית נ' מזרחי** (פורסם בנבו, 1.5.2008) (להלן: עניין **מזרחי**).

החליטה האישה, שנעזרה בייצוג פמיניסטי מובהק, להגיש תביעה נזיקית "פרטית" נגד הגברים שאנסוה. התביעה הוגשה בלשון משפטית פמיניסטית מודעת, אולם פסק הדין שניתן בעניינה הותיר על עומד את אופיים המנוכר של דיני הנזיקין. בפסיקה קצרה בת שני עמודים ושלוש פסקאות, קבע בית המשפט המחוזי בחיפה כי התובעת תפוצה בסכום של כארבע מאות ושישים אלף שקלים, שעמד על כעשירית מסכום התביעה שהוגשה. פסק הדין נראה כמו פסק דין נזיקי-כספי קלאסי: נקבע בו כי התובעת תפוצה בגין נזיקה, כפי שבית המשפט מעריכם, ותו לא. נעדרו ממנו כל סממני הייחודיים של המקרה וכל ייחוד נזיקי. הוא עסק ב"תובעת" וב"נתבעים", בהוצאות רפואיות, בכאב וסבל ותו לא. מבחינה מעשית, היה פסק הדין ערוך כך שלאחר פסקת הפתיחה היבשה משהו שלו, בפסקה השלישית והאחרונה, היבשה עוד יותר, פשוט ננקבו פיצוייה של פלונית. הניסוח הלקוני עוצב כך: "לפיכך, בהתאם לתקנה 97 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 ועל יסוד כתב התביעה ותצהיר עדות ראשית לעניין הנזק שהגישה התובעת [...] הנני מורה כדלקמן: נתבעים 5-1 ישלמו לתובעת, ביחד ולחוד, את הסכומים הבאים". חשוב לציין, כי בעבור יסוד כאב וסבל, בית המשפט פסק לפלונית פיצוי בסך 180,000 ש"ח בלבד, פחות ממחצית מסך הפיצוי הכולל. אך הפיצוי הבולט ביותר בהיעדרו בפסיקתו זו של בית המשפט המחוזי היה הפיצוי העונשי, שלו נתונה חשיבות מכרעת, בייחוד במקרי אונס ותקיפה מינית. פיצויים עונשיים בגין מעשי אונס ותקיפה מינית מבטאים את הסלידה של חברה מתוקנת מהתנהגות מכוערת זו, ונועדו להרתיע מזיקים פוטנציאלים מלבצע את זממם בקרבנות, כפלונית. קריאת ניסוח פסק הדין מגלה כי הוא יכול היה באותה המידה להיפסק בגין תאונת דרכים, רשלנות רפואית או בור במדרכה שהזיקו לנפגעת<sup>70</sup>. הוא עוצב כהוראת תשלום ולא כהוראת אחריות וכדיון במרכיביה. פסק הדין היווה לקח חשוב. בניסוחו הדל הוא חשף לעומק את הסיכון הטמון בשימוש בדיני הנזיקין לניהול מאבק חברתי-פמיניסטי. זהו הסיכון שהקפיטליזם הנזיקי ירים ראשו ויכתוב פסק דין שראשיתו ואחריתו בהעברת כספים מהמזיקים לניזוקה. מסיבה זו הוחלט להגיש ערעור על פסק הדין, ובית המשפט העליון נדרש לסוגיה. בפסק דינו הבהיר בית המשפט העליון כי אין מקום לפסיקה מעין זו אשר אינה מבהירה את ההקשר שבו ניתן פסק הדין, והתיק הוחזר לבית המשפט המחוזי להערכה

70 באווירה צינית, אם כי נכונה לחלוטין יצוין, כי אילו היו אלה הסיבות להטלת האחריות, היה בוודאי פסק הדין מפורט יותר. עם זאת, יש להבהיר כי פסק הדין ניתן בהיעדר הגנה, אולם נעשתה בו התייחסות להוכחת נזקי התובעת, כך שלא ניתן לטעון כי היה בגדר פסק דין פרוצדורלי.

מחודשת<sup>71</sup>. או אז, נכתב פסק הדין המיוחל בהליך זה, ובו הוצגו עובדות המקרה כאונס; נפרסה מסכת הייסורים של התובעת; נקבע נזק משמעותי על נזקי האונס וסכום הפיצוי הועמד על כ-1.2 מיליון שקלים<sup>72</sup>. בהפגינו מודעות פמיניסטית, פסק הדין העיד על הפוטנציאל הטמון בשימוש בדיני הנזיקין להעלאת מודעותן של נשים לתביעת פיצוי ממי שתקפו אותן, והפך להיות אבן שואבת לדרישות נשים לפיצוי בגין תקיפתן מינית<sup>73</sup>. פסק דין נדיר אחר בתחום יכול לשמשנו כדוגמה הפוכה לזו הקודמת – לשימוש מצוין בדינים הקיימים. בפרשת פלוני<sup>74</sup> השתמשה התובעת – קרבן סחר בנשים שהגישה תביעה חדשנית מסוגה – בשלל עילות כמצדיקות את פיצויה בגין נזקיה הקשים: הפרת חובה חקוקה בדבר איסור סחר; כליאת שווא בגין החזקתה הכפויה; תרמית, על שרומתה בהבאתה ארצה וגזל, על שנגזלו ממנה כספי האתנן. בית המשפט המחוזי, בפסק דין רווי שיח מגדרי-פמיניסטי, אישר חלק מתביעתה ופסק לה 250,000 ש"ח בגין נזקיה הלא ממוניים, ועוד 50,000 ש"ח כפיצוי עונשי<sup>75</sup>. נועזותו של פסק הדין אינה מצויה בחדשנות של פיתוח עולות נזיקיות<sup>76</sup>, אלא דווקא בלשון הברורה שבה השתמש בית המשפט כדי

71 ע"א 10506/06 גרושברג כהן נ' מזרחי (פורסם בנבו, 18.4.2007). פסק הדין אמנם נמנע מלהתייחס לטענות הפמיניסטיות שעלו בתיק, אולם הדבר בפועל הביא לביטול פסק הדין של בית המשפט המחוזי.

72 עניין מזרחי, לעיל ה"ש 69.

73 ראו למשל כתבי התביעה בפרשות: ת"א (פ"ת) 2047/08 רז נ' עזבון שאלתיאל אמנון (נדון עדיין בפני בית המשפט); ת"א (ת"א) 28030-02-10 גורן נ' אפרתי (נדון עדיין בפני בית המשפט) (להלן: עניין אפרתי); ת"א (ת"א) 62205/07 פלונית אלמונית נ' פלוני (נדון עדיין בפני בית המשפט). זאת ועוד, פסק הדין מופיע כתמריץ לשימוש בתביעות אזרחיות באתרים של העמותה לסיוע לנפגעות תקיפה מינית, במרכז הידע המשפטי-חברתי, במרכז נגה ובאתרים של משרדים רבים של עורכי דין ועורכות דין העוסקים בתחום.

74 ת"א (מחוזי ת"א) 2191/02 אלמונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 8.3.2006) (להלן: פרשת פלוני).

75 סכום הפיצויים הוגבל לאלה הבלתי-מוחשיים בלבד.

76 בית המשפט החליט לבסס את התביעה על עילת הפרת חובה חקוקה וכליאת שווא בלבד, ובכך דחה את הדרישה המקורית והייחודית להכיר בתובעת כמי שנגזלו ממנה כספי האתנן. בית המשפט ציין כי היה על ק.א. לתבוע את שכר העבודה שנגזל ממנה בבית הדין לענייני עבודה, שלו סמכות ייחודית לדון בתביעות מעין אלה. שם, פס' 11. שאלה מעניינת היא אם הייתה פלונית תובעת מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, עדיין הייתה נדחית תביעתה לעניין ראש נזק זה, שהרי בית המשפט הביע את מורת רוחו מסיווג העוולה כעילת גזל וגרס כי "אין התובעת זכאית במסגרת תביעה זו לעילת הגזל כפי שהוגדרה על ידה שהרי מדובר בתביעה מוסווית שהיא במהותה תביעה לשכר עבודה". אציין לעניין זה, כי לצורך הוכחת תביעה בעילת עשיית עושר ולא במשפט נדרשים לשלושה יסודות: התעשרות, שלא כדין, על חשבון המזכה (להרחבה ראו דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (1998)).

להגיע להכרעתו, בתוך ההקשר העובדתי-חברתי-ייחודי שבו בוצעה העוולה<sup>77</sup>. כך, למשל, קבעה בו השופטת לבהר-שרון:

”סחר בבני אדם למטרות עיסוק בזנות חמור הוא יותר מסחר לצרכי עבודות אחרות שהן חוקיות, באשר מדובר בעבודה בלתי חוקית ובלתי מוסרית, אשר מקבעת את תפיסת האשה כגוף ללא נשמה, שתכליתו היא סיפוק צרכים מיניים של גברים, במטרה להעשיר את הסוחר”<sup>78</sup>.

השפה הברורה שנקט בית המשפט בהצביעו על ההקשר האנטי-חברתי שבו נולדה עילת התביעה היא שאפשרה לו להטיל אחריות נזיקית ולהשית פיצויים על הנתבע, אף שהתובעת לא נכחה ולו בדיון אחד בבית המשפט. בית המשפט הצדיק את שימושו במנגנון הפיצוי ללא הוכחת נזק קיים בדיני הנזיקין בהקשרים אחרים, ככלי למניעת התופעה שלפיה מאחר שנשים נסחרות מגורשות מהארץ בתום המשפט הפלילי נגד מי שסחר בהן, באופן שיטתי לא ניתן יהיה לפצותן על סבלן<sup>79</sup>. מנגנון זה, גרסה השופטת המודאגת, מבטיח כי נשים נסחרות שנתפסו לא תוכלנה לנכוח בהליך אזרחי ממושך לפיצוין שיוגש לאחר ההרשעה<sup>80</sup>. לפיכך פיצוי נשים אלה על דרך האומדנה, תוך שימוש בהערכה שיפוטית המסתמכת על מחקרים וממצאים כלליים על אודות סבלן ונזקיהן של נשים קרבנות אלימות, רב בו – כך נקבע באומץ – לשם הכשרת פסיקת סכום הפיצוי האמור. פסק הדין קיבל אישור לחשיבותו באישורו על ידי בית המשפט העליון, על אף הקשיים שעורר<sup>81</sup>.

## 2. סוגי ההרחבה שיצרה הביקורת הפמיניסטית-נזיקית

נדבך מרכזי בשינוי שהולידה הביקורת הפמיניסטית על דיני הנזיקין הוא הרחבתם אל מעבר לגבולות תחולתם המוכרים. משמע, היא לא רק שינתה את דפוסי ההתנהלות הפנימיים של דיני הנזיקין, אלא אף שינתה את מתווה גבולותיהם. הבו נבחן תחומי הרחבה אלה.

- 77 לחשיבות הקריאה הקונטקסטואלית של דיני הנזיקין ככלי פרשנות פמיניסטי חיוני להבנה טובה יותר של דינים אלה ראו ביטון “חויית-חיים נשית”, לעיל ה”ש 27.
- 78 פרשת פלוני, לעיל ה”ש 74, בפס’ 16.
- 79 שם, בפס’ 13-14.
- 80 בשיטה הישראלית, סביר יותר להמתין עם תביעה אזרחית עד לאחר קבלת פסק דין פלילי. הדבר נובע מן הטבות הפרוצדורליות והראייתיות הטמונות בהליך שכזה, כעולה הן מהוראת ס’ 77(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ”ד-1984 – המאפשר ניהול תביעה נזיקית כהמשך ישיר להרשעה בפלילים – והן מהוראת ס’ 42א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל”א-1971 – המאפשר להשתמש בעובדות שנקבעו בגזר הדין כמוכחות לצורך קביעת האחריות בהליך האזרחי.
- 81 ע”א 3806/06 פלוני נ’ פלונית בעיקר פס’ 6 (פורסם בנבו, 26.5.2009).

## 2.1 הרחבה דוקטרינרית אל תחומי הכרה ב"עוול חדש"

להבדיל מהשינוי האחרון שהוצג לעיל, נראה כי השינוי שיוצג להלן אינו יכול להיחשב ככזה שהיה "טבעי" באופן כלשהו לדיני הנזיקין או צפוי ממנו. כוונתי היא לשינוי התפיסה המוכרת של גבולות ההגנה של דיני הנזיקין על אינטרסים נשיים-טיפוסיים, באופן שניתן לזהות גל של תביעות המהוות שינוי קונספטואלי, ולא רק יישומי, באופן הפעלת דיני הנזיקין. אף כי גם שינוי זה מוצג לרוב על ידי בתי המשפט כחלק מתפיסה כוללת קיימת זה מכבר של דיני הנזיקין כמגנים על האינטרסים של הנשים הנדרמים כחדשים, יש בהם עדיין כדי להיות חידוש של ממש. בולטת בעניין זה התופעה שהחלה ניכרת בפסיקת בתי המשפט באמצע העשור האחרון, ושעניינה תביעות הנזיקין של נשים מסורבות גט<sup>82</sup>.

הליך ההשרשה של תביעות נשים מסורבות גט נשען על פסיקה וחקיקה קיימת, ופורש כהתפתחות טבעית מהן. הטלת האחריות בפרשת **דעקה**<sup>83</sup> שימשה לבתי המשפט משענת קונספטואלית חזקה, בעגנה את הזכות לאוטונומיה של הפרט<sup>84</sup>, ועולות מוכרות כמו הפרת חובה חקוקה ורשלנות חברו להן יחד לשמש בסיס עולתי לכך. אלא שנתונים דוקטרינריים אלה אינם משנים את העובדה שעם ההכרה בזכותן לפיצוי של מסורבות גט קרה דבר מה חשוב ומשמעותי יותר בעולמן של נשים יהודיות. בית המשפט זיהה את התנהגותו של בן הזוג הנשוי בנישואי דת משה וישראל – שהייתה נפוצה ובעיקר מקובלת בתחום דיני הגירושין כחלק מזכותו על פי דין – כהתנהגות עולתית. היא הוכרזה בכך התנהגות פסולה של פגיעה באוטונומיה של האישה, שעניינה מניעת יכולתה לקבוע את

82 לפסקי הדין המכוננים בסוגיה זו ראו תמ"ש (י-ם) 3950/00 **פלונית נ' אלמוני א'** (פורסם בנבו, 23.1.2001) (להלן: "תמ"ש 3950/00"); תמ"ש (י-ם) 19270/03 **כ.ש. נ' כ.פ.** (פורסם בנבו, 21.12.2004), ותמ"ש (כ"ס) 19480/05 **פלונית נ' עזבון פלוני** (פורסם בנבו, 30.4.2006).

83 עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 34. יש לציין כי על הסתמכות זו של בתי המשפט על עניין **דעקה** לצורך פיתוחן של פסיקות פיצויים לנשים מסורבות גט נמתחה ביקורת בטענה שבפרשת **דעקה** הפיצוי אשר הוענק לתובעת היה בגין פגיעה באוטונומיה שאינה כוללת נזק תוצאתי. לא ניתן כמובן לומר כי זהו גם עניינן של נשים מסורבות גט, שלהן נגרם נזק תוצאתי משמעותי עקב סירוב בני זוגן ליתן להן גט. צחי קרן-פז למשל טוען כי דווקא ההיזקקות לעניין **דעקה** עלולה להפחית את גובה הפיצוי הניתן לנשים מסורבות גט וכך לחטוא למטרה. ראו צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" **המשפט** יא 187 (2007).

84 תמ"ש 3950/00, לעיל ה"ש 82, פס' 10 לפסק הדין. במובן זה הבהיר בית המשפט כי גם אם כבר ניתן גט, אין בכך כדי לבטל את תביעת האישה על הנזק שנגרם לה בעת היותה מסורבת. שם, פס' 15 לפסק הדין.

המשך חייה בסוגיות מרכזיות לה ולהגשים את הווייתיה האישית כאדם חופשי<sup>85</sup>. בכך הוכרו הן גבולות השליטה הגברית שמאפשרת הדת בחסות המשפט, והן העובדה ששליטה זו לא ניתנה לעשותה הפקר ולאפשר את סבלן של נשים בתחום בלי מענה. לא בכדי פרשת **סוהן**<sup>86</sup> שקדמה בשני עשורים לפסיקה זו ונגעה לנזקי סרבנות הגט לא שימשה בסיס לגל התביעות הנוכחי, ולא הביאה לתנופה של פסיקות דומות בעקבותיה. משהו באופן שבו התנסחו בתי המשפט בפסיקה זו באופן גלוי וברור על הפסקת סבלן של נשים, אותת כי הפעם מדובר בשינוי בהכרה של בית המשפט בסבל פסול, שהגיע הזמן לשים לו קץ. פעולה דומה של הפעלת עוולות מוכרות לשם שימוש ייחודי בהן לצורך הגנה על נשים כ"תחום עוול", פותח לאחרונה על ידי צחי קרן-פז ונעמי לבנקרון. במאמר שכתבו השניים, הם מציעים לייחס אחריות מוחלטת ללקוחות בתי בושת על עצם שירותי המין שהם צורכים מנשים נסחרות. עמדתם נסמכת על המשגה מחדש של יסוד ההסכמה בעוולת התקיפה כמשוקע בהקשר הנסיבתי-ייחודי של סחר בנשים לצורכי שירותי מין, ולכן כמעיד על היעדר הסכמה – אמיתי או קונסטרוקטיבי – במקרים אלה<sup>87</sup>. במאמר אחר מציע קרן-פז להתייחס למעשה השימוש של "לקוחות" בבתי בושת בגופה של האישה הנסחרת כעוולה של גזל. טענתו המקורית היא כי לאישה קיימת הזכות שלא להיות מוחפצת, ובמעשיהם, הלקוחות פוגעים בזכותן זו, ולכן ממלאים אחר הגדרת עוולת הגזל<sup>88</sup>. פיתוח תאורטי-דוקטרינרי מסיבי זה, אף שלא יושם עדיין, מניח שוב את התשתית הנדרשת להבנה כיצד עוולות מסורתיות ביותר – כמעט בלתי-מוכרות לדיני הנזיקין הישראליים – יכולות לרכוש משמעות חדשה ופיתוח מודרני דווקא בתחומי ההגנה על נשים.

## 2.2 הרחבת תחומי ההגנה לאוכלוסיות מוחלשות אחרות

מאפיין חשוב אשר ניתן לזהותו כשיטתי בביקורת פמיניסטית, הוא ההפעלה של תאוריה זו לטובתן של קבוצות מיעוט באשר הן. התאוריה הפמיניסטית אינה מגבילה עצמה בשום צורה ואופן לנשים או לחוויות חיים נשיות. גדולתה היא בהמשגה הביקורתית הרחבה של אי-שוויון שהיא מייצרת, היכולה להיחשב כבסיס לכל קבוצה הסובלת מנזקיהם של יחסי

85 לשם כך נשען בית המשפט על מקורות שונים כמו ההלכה ומקורות משפטיים מובהקים מתחום דיני המשפחה.

86 ע"א 429/82 **מדינת ישראל נ' סוהן**, פ"ד מב(3) 733 (1988) (להלן: פרשת **סוהן**). להסבר מפורט על איכותו של פסק הדין בפרשת **סוהן** כמתאים לניתוח תביעות של מסורבות גט ראו הניתוח אצל ביטון "ההגנה על עקרון השוויון", לעיל ה"ש 30, בעמ' 174-176.

87 ראו: Tsachi Keren-Paz & Nomi Levenkron, *Clients' Strict Liability Towards Victims of Sex-Trafficking*, 29 LEGAL STUD. 438 (2009).

88 ראו: Tsachi Keren-Paz, *Poetic Justice: Why Sex-Slaves Should Be Allowed to Sue Ignorant Clients in Conversion*, 29 L. & PHIL. 307 (2010).



כוח<sup>89</sup>. המגוונות היישומית הזו של התאוריה הפמיניסטית היא גם המאפיין שהפך אותה פופולרית כל כך בשיח המשפטי<sup>90</sup>. עקבותיו של מאפיין זה של התאוריה הפמיניסטית ניכרים גם בדיני הנזיקין, ומעידים בכך על חשיבות השימוש בהם לא רק לנשים, אלא לקבוצות מיעוט אחרות בחברה. דוגמה להתפתחות כזו מהווה, גם כאן, החוק למניעת הטרדה מינית. החוק, אשר אוסר הטרדה של אדם – לרוב תהא זו אישה – על רקע מינה, מעניק הגנה מפני הטרדות נוספות הנעשות על רקע שניתן לאפיינו "מיני". הקבוצה שניכר כי הרוויחה ביותר מהרחבת הגנה זו היא קבוצת האוכלוסייה הלהטביית<sup>91</sup>. אוכלוסייה זו זוכה להגנה ישירה בסעיף 3, האוסר הטרדה מינית על רקע "נטייה מינית". יתרה מזאת, גם מי שנטייתם המינית היא הטרנסקסואלית, אך זהותם המינית מעורפלת או נתונה לשינוי, מוגנים בסיועו האדיב של החוק מפני הטרדה על רקע זה. עוד מעניין לראות כיצד הורחבה ההגנה על הלהט"ב בעקבות החוק למניעת הטרדה מינית גם לתחומי אחריות אחרים, והובילה, למשל, לשימוש בנטייה מינית כדרך לגנות בני אדם כבסיס לתביעת לשון הרע<sup>92</sup>. לזה קדם גם התיקון משנת 1992 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, אשר תוקן בשנת 1992 וכולל כעת בתוכו את האיסור

89 ביטון "ההגנה על עקרון השוויון", לעיל ה"ש 30, בעמ' 150-152.  
90 ראו פיסס, לעיל ה"ש 1, על חשיבות התאוריה הפמיניסטית. נתון זה מעניין בייחוד לאור ביקורות שהוטחו בתאוריה זו עצמה על התעלמותה מיחסי כוח בין נשים בתוכה, בעיקר על ידי נשים לא לבנות. (1992) MAGGIE HUMM, FEMINISM – A READER 122-162. לא בכדי נחשבה ביקורת זו למחלישה את המאבק הפמיניסטי. היא חשפה לכאורה את גבולות ביקורת זו. לטעמי, ההתעלמות מיחסי כוח בתוך קבוצת הנשים חושפת בעיקר את גבולות מעצבותיה, ולא דווקא את גבולות יסודות התאוריה עצמם, הנטועים היטב בחשיבה ביקורתית רחבת היקף.

91 ראשי התיבות המוכרים לקהילת הלהטביית, הומואים, טרנסג'נדר ובי-סקסואלים.  
92 ס' 1 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. חוק איסור לשון הרע המקורי לא כלל בתוכו את האיסור לבזות אדם על רקע "נטייתו המינית", ורק ב-28 בפברואר 1997 התקבל בכנסת תיקון לחוק אשר במסגרתו הוסף כי לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול "לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, מינו או נטייתו המינית". עם זאת, ישנה ביקורת גואה על השימוש בעולה זו ככלי המתייחס דווקא להומוסקסואליות המוטחת כלפי אדם הטרנסקסואל, כמי שבוזה ברבים בשל כך. ראו למשל ע"א 1145/95 קליין נ' אמסלם (פורסם בנבו, 30.3.1997). שבו נפסקו לתובע, שחקן כדורסל, פיצויים בסך 150,000 ש"ח כנגד עיתון העיר בשל ידיעה הרומזת על היותו הומוסקסואל, אף שהוא אינו כזה. בית המשפט קבע כי "הכינוי הומו מהווה עלבון בעיני חלק נכבד מהציבור". ראו ביקורת על פסק הדין לעל המגמה שהוא מכתוב אצל הדי ויטרבו "משבר הטרנסקסואליות: הבניית זהויות מיניות בדיני לשון הרע" עיוני משפט לג 5 (2010).

להפלות עובד או דורש עבודה בשל נטייתו המינית. התיקון היווה נדבך נוסף, הכרחי וחשוב להכרה בזכויותיה של האוכלוסייה הלהטבי"ת<sup>93</sup>. במהלך אחר, הפך בית המשפט את הכלים שפותחו בתאוריה הפמיניסטית כדי להילחם בתופעות בעלות ייחוס מגדרי, לכלי מגן לנתבעים, גם כאשר הם משתייכים לקבוצה שבה לרוב נמצא הצד הפוגע. כך, למשל, ניתן לאחרונה פסק דין שבו נפסקו פיצויים לגבר אשר האישה הנשואה לו סירבה לתת לו גט<sup>94</sup>. תופעה זו – שהיא בעייתית ביותר לטעמי כשהיא מופעלת שלא בתוך ההקשר של יחסי הכוח בין גברים לנשים – מהווה גם היא איתות נוסף לחשיבות השימוש בדיני הנזיקין להגנה איכותית יותר על זכויות האיש והאישה באשר הם<sup>95</sup>.

### 2.3 הרחבת דפוסי ההגנה של עוללת הרשלנות

- 93 בעקבות ההכרה החוקית הנ"ל, נדרש בית המשפט העליון לדון בתביעות שהוגשו על ידי עובדים שביקשו למצות את זכויותיהם הסוציאליות כשוים בין שווים. ראו בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).
- 94 תמ"ש (י-ם) 21162/07 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 21.1.2010).
- 95 אמירה זו עלולה להתפרש כסותרת, אולם לאו היא. עמדתה היא שעל דיני הנזיקין להגן על כל מי שסובלים מתופעה חברתית פסולה, ובענייננו, תופעה שמקורה ביחסי כוח מגדריים. עם זאת, חשוב בעיניי שפסיקות מעין אלה תבאנה בחשבון את הנתונים הייחודיים של המקרה, לאורם של יחסי הכוח החברתיים-הכלליים, שבמסגרתם הם מוערכים. כך, למשל, בפרשת פלוני, שם, מבהיר השופט כי טענת האישה הייתה כי היא מפעילה את כוחה שלא להעניק לגבר גט, בשל התכחשותו לזכויותיה הכלכליות בבית הדין הרבני. ייתכן שאמירה זו ריקה מתוכן וייתכן שלא. אם לא, לא ברור בעיניי שיש מקום לקבוע רשלנות של האישה או שניתן היה לפטור אותה מאחריות דרך הגנת הסתכנות מרצון או אשם תורם מלא של הגבר. הימנעות בית המשפט מלנהל דיון לעומק בטענת האישה מחד גיסא, והתעלמות מאידך גיסא, מה"היתר מאה רבנים" שקיבל הגבר כדי להינשא על כורחה של אשתו, מטרידים בעיניי מאוד, וודאי שיוצרים שימוש לרעה בתאוריה הפמיניסטית שפיתחה את רעיון תביעה ייחודי זה. זאת ועוד, ראוי היה כי לאור השוני הברור הן ביחסי הכוח המגדריים והן בתוצאות השונות שישנן בסירוב האישה ליתן גט לגבר לעומת סירוב הגבר ליתן גט לאישה, יתחשב בית המשפט בכך במסגרת קביעת גובה הפיצוי. למשל, לגבר מסורב גט יכול להינתן היתר לשאת אישה אחרת על פני בת זוגו הסרבנית, אולם אישה עשויה להישאר מסורבת גט למשך כל חייה ולשאת את ההשלכות החמורות, הן מהבחינה המשפטית והן מהבחינה החברתית, הנובעות מכך. בתי המשפט בישראל הביעו כאמור את סלידתם מתופעת מסורבות הגט והכבירו מילים על כיעורה של התופעה וההשלכות החמורות הנובעות ממנה. ראו למשל דברי השופטת פרוקצ'ה בבג"ץ 6751/04 סבג נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד נט(4) 817 (2004). כן ראו תמ"ש 3950/00, לעיל ה"ש 82.

אחד המאפיינים הבולטים של עוולת הרשלנות הוא גמישות יסודותיה, המשמשים בסיס להרחבת טווח השתרעותה או לצמצומה<sup>96</sup>. יסוד החובה בעוולה נחשב באופן מסורתי למסננת המגבילה את אפשרות השימוש בה. ואכן, דרך יסוד זה התנגדו בתי המשפט במשפט המקובל להרחיב את תחולת העוולה אל תחומי האחריות של מי שנחשב מזיק פריפריאלי<sup>97</sup>. מזיק פריפריאלי, להבדיל מזה הלינארי, הוא מי שתרומתו לנזק עקיפה והוא אינו הגורם הישיר לו. אף כי דיני הנזיקין בעיקרון מכירים במזיקים פריפריאליים, **העדפתם** המובהקת, עוד מן הימים שבהם שלטה שיטת הצווים האנגלית במערכת המשפט הנזיקית כולה במשפט המקובל, היא להטיל אחריות על המזיק הישיר<sup>98</sup>. להעדפה זו השפעה עמוקה על חייהן של נשים, בשל העובדה שחייהן מתנהלים תחת מסגרת שיטתית של יחסי כוח. מסגרת זו יוצרת מה שניתן לסווג כשני סוגים של סיכונים טיפוסיים: הסיכון האחד הוא הסיכון הישיר להיפגע ישירות מבעל הכוח העודף בנקודות זמן ומקום מסוימות. הסיכון השני הוא הסיכון להיפגע מהדפוס השיטתי של יחסי הכוח, אשר מאפשר לתוקף הישיר לבצע את הפעולה הפוגענית או להמשיך בה. סיכון זה הוא ישיר להן, אך עקיף מבחינת אופן הזקתו, ולכן הוא פריפריאלי מבחינת הגדרתו הנזיקית. אמחיש חלוקה זאת באמצעות שתי דוגמאות: נ' הייתה ילדה בת 4 כשבפעם הראשונה נשלחה לאבחון פסיכולוגי בשירותי הרווחה העירוניים, לאחר שגילתה סימני התפתחות לקויה. שם, אבחנה אותה הפסיכולוגית כמי שהתנהגותה עלולה להצביע על "דפוסי התנהגות מינית פתולוגית עם אביה"<sup>99</sup>. למרות אבחון זה, לא נעשה דבר על ידי הרשויות בעניינה. כעבור 8 שנים, כאשר אושפזה בעקבות ניסיון ההתאבדות הראשון שלה, גילתה לצוות הרפואי את דבר התעללותו המינית של אביה בה, והוא הזעיק משטרה למקום. המשטרה, אשר פתחה בחקירה, סגרה כעבור זמן קצר את התיק בטענה של חוסר שיתוף פעולה מצד משפחת המתלוננת. רק כעבור 4 שנים נוספות, ובעקבות עוד ניסיון התאבדות, נתגלה בחקירה כי נ' סבלה מגילוי עריות כל חייה, האב הועמד לדין, וסיוט התקיפות המיניות נפסק<sup>100</sup>. בסיפור זה היה האב לתוקפן הישיר המנצל

96 ליסודותיה של עוולת הרשלנות ראו ישראל גלעד "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי" **עינוי משפט** יד 319 (1989).

97 ראו: Jane Stapleton, *Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda*, 107 L. Q. REV. : 249 (1991).

98 להרחבה על שיטת הצווים ואופן הבנייה כמשפיעה על העדפתה את הנוק הישיר ראו: GEORGE P. FLETCHER, *TORT LIABILITY FOR HUMAN RIGHTS ABUSES* 27–29, 37–53 (2008).

99 עובדות המקרה לקוחות מתוך תמ"ש (ח"י) 4867/99 נ' שוורץ (התיק נסגר בהסדר פשרה למול המדינה והערייה ב-2010).

100 העובדה שהתקיפות נסתיימו כמובן לא מעידה דבר באשר לסבלה של נ' אשר המשיך אז וככל הנראה ימשיך לאמללה משך כל חייה.

את יחסי הכוח המגדריים לפגוע בכתו באחת הפגיעות האנושות האפשריות, גילוי עריות. המדינה ושירותי הרווחה, לעומת זאת, אפשרו את המשך הפגיעה בנ' בשל מחדלם שלא לבצע את תפקידם להגן על נשים מפני הסכנות שטומנים להם החיים בצל שיטתיות יחסי הכוח, גם בביתן. הכרה בסוג הראשון של פגיעה היא הקלה ביותר לדיני הנזיקין, אולם יעילותה מוגבלת. התביעה כלפי אביה של נ' לא תמגר את התופעה של אבות המנצלים מינית את ילדותיהם. לעומת זאת, השתתפות אחריות על הגורמים המערכתיים-ציבוריים היכולים למנוע או למצער להקטין פגיעה זו – היא היעילה ביותר, אך גם הקשה ביותר להטלה<sup>101</sup>. משום כך, הרחבת האחריות לגורמים פריפריאליים היא פרויקט חיוני לביקורת פמיניסטית של דיני הנזיקין.

רעיון האחריות החברתית להגנה על נשים מפני תוצאותיהם הפוגעניות של יחסי הכוח שבמסגרתם הן חיות אינו מוגבל לגורמים מדינתיים בלבד. במציאות הקפיטליסטית שבה חֲבָרוֹת הופכות שחקניות מרכזיות בזירה הציבורית של חיינו, רלוונטי רעיון זה גם כלפי גופים אלה, אף שהם נתפסים בחלוקה הליברלית הקלאסית כגופים פרטיים. לאחרונה עלה יפה ניסיון כזה גם בפסיקה<sup>102</sup>. בעניין **ביתילי**<sup>103</sup> הוטלה אחריות על חברת "ביתילי" לפצות את עיזבונה של תמר ברז ז"ל אשר נאנסה ונרצחה בשנת 1997 על גג בית העסק. בקליפת אגוז, פרטי המקרה הם שבמסגרת חיפושיה אחר ריהוט לביתה, הגיעה תמר לחנות "ביתילי", שהיא רשת מבוססת ומצליחה של חנויות למכירת מוצרי עיצוב לבית. כששאלה היכן תוכל למצוא ריהוט כמבוקשה, הופנתה תמר אל קומת הגג המבודדת. תמר, אשר הייתה סמוכה ובטוחה כי היא במקום עסק מוגן ומאובטח, שמה פעמיה אל קומת הגג. אלא ששם המתין לה לבדו אחד ממוכרי החנות, ומיד עם עלותה למעלה תקף אותה מינית, נעל את דלת הכניסה לקומת הגג ושם, לבד ומבלי שאיש יפריעו, הוציא לפועל את תכניתו הרצחנית לאנוס ולרצוח את תמר. ודוקו: אונס ורצח זה לא היו קורים לגבר. תמר נאנסה ונרצחה משום שהייתה אישה, ומשום שהרצח חיפש חודשים אחר מקום לאנוס בו אישה (כעולה מעדותו במשטרה ומפסק הדין הפלילי). חברת "ביתילי", אשר ניהלה את עסקה הרווחי בהתאם לעיקרון הקפיטליסטי של הגדלת רווחיה, לא פעלה ליצור סביבת קניות בטוחה לנשים כדוגמת תמר, והתוצאה לא איחרה לבוא. אחריותה של החברה הייתה,

101 לסקירת הקושי של בתי המשפט להטיל אחריות מעין זו ראו ביטון "ההגנה על עקרון השוויון", לעיל ה"ש 30, בעמ' 171–178.

102 השימוש בביטוי "גם" אינו מקרי. מקרים רבים מעין אלה נסגרים בהסדרי פשרה עם המדינה, והגעתם לשלב דיוני של מתן פסק דין היא נדירה. לא בכדי, ככל הנראה, נעשה הדבר למול גוף פרטי, בעוד שהמדינה מגלה יותר אחריות חברתית בנכונות להגיע בתיקים אלה לפשרה עם הנשים הניזוקות.

103 ת"א (מחוזי ת"א) 2271/04 **עזבון ברז נ' ביתילי בע"מ** (פורסם בנבו, 7.4.2010).

מבחינתה, לספק חוויית קנייה למוזמנים לחנות. הנטל של סכנת אונס האורבת לנשים, כרגיל, הונח לפתחה של האישה הקונה, תמר. לא בכדי העלתה החברה בכתב הגנתה טענת הגנה של "אשם תורם" של תמר, על אשר עלתה לגג, אף שניכר היה כי הוא מבודד מן החנות. לגרסתם, ויובהר כי זוהי גרסה מקובלת, או למצער נפוצה בשיח הציבורי, זוהי אחריותה של האישה להגן על עצמה מפני הסכנות האורבות לה, כאישה<sup>104</sup>.

בית המשפט המחוזי השתמש ברעיון חובת הזהירות שבאחריות ברשלנות כדי לשרש תפיסה תרבותית זו, הפוגעת בנשים. עמדתו הייתה כי יש להרחיב את טווח האחריות של בעלי עסקים כך שחובתם תשתרע על דאגה לבטיחות הקונים בהם, ובכך ישונו דפוסי האדישות לביטחון הקונות והזולזל בחשיבותו. אף שנוסח בלשון מגדרית-ניטרלית, לפסק הדין משמעויות מרחיקות לכת עבור נשים. הוא מפעיל עבורן את דיני הנוזיקין באופן שמשנה את תפקידן המסורתי כמי שאמונות על אסונותיהן וביטחונן, ומעביר נטל זה מכתפיהן אל כתפי החברה כולה. הבניית הנמקת פסק הדין סביב הציר המרכזי של אחריות בעלי עסק לסיכון העולה מ"מקום מבודד" בבית עסק, מחזקת משמעות מגדרית זו<sup>105</sup>. השפעת פסק הדין על ביטחונן של נשים ככלל נובעת גם מזהות נמענותיו. אף שרשמית פסק הדין ניתן למול חברת "ביתילי", והחובה שבו מופנית כלפי בעלי עסקים, הוא נוגע ישירות לחברות הביטוח המבטחות את אותם עסקים בביטוח אחריות לנזקים שאירעו בשטחם. הסדר ביטוחי זה מגביר עוד יותר את האפקטיביות של רעיון האחריות החברתית לנזקים מיוחסי מגדר נשי שנקבע בפסק הדין, ויכול להביא לשכלול עד כדי שלמות של מיוזם השינוי הנוזיקי-חברתי. עם קבלת פסק הדין, התנהלות כלכלית-קפיטליסטית-רציונלית של חברת הביטוח תהיה לשנות את דרישות הבטיחות במקום העסק כתנאי להענקת פוליסת ביטוח<sup>106</sup>. דרישה זו תוביל לשינוי דפוסי הביטחון של עסקים בישראל, ובהתאמה – לשינוי חלוקת האחריות לביטחונן של נשים, אשר מקורה ביחסי הכוח המגדריים.

עוד חשוב לציין כי על אף חשיבותו המיוחדת לנשים, פסק הדין לא השתמש בכלים חדשניים לפרשנות דיני הנוזיקין, אלא בניתוח המסורתי של עולת הרשלנות. בכך, הוכיח כיצד טמון בדינים אלה הכוח להטיל אחריות גם על מזיקים פריפריאליים, כאשר ברי כי בכך יושג אינטרס חברתי חשוב של זיהוי התנהלות חברתית בלתי-אחראית והטלת אחריות

104 רינה בוגוש ורחל דון-יחייא **מגדר ומשפט: אפליית נשים בכתבי המשפט בישראל** פרק ז' 195–159 (1999); (1986) 1087 *Susan Estrich, Rape*, 95 *YALE L.J.*

105 נקל לקבוע כי החשש ממקום מבודד ככזה מזהה מגדרית כחשש מפני אונס. זאת ועוד, בנסיבותיו הייחודיות של המקרה, זהו החשש שעלה. הרצח במקרה זה היה תוצאה ישירה של "אונס שהשתבש", ואף הוא בעל זיהוי מגדרי מובהק.

106 בפרשה זו הייתה זו חברת הביטוח "מגדל", אשר חולשת על נתח שוק גבוה במיוחד בתחום ומבטחת את מרבית בתי העסק בישראל.

בגיננו. כאן טמונה חשיבותו הנזיקית-פנימית של פסק הדין, כמעיד על דיני הנזיקין כמי שמתאימים עצמם למערכות החברתיות המודרניות, שבהן גלגולו של נזק יכול להתחיל הרחק מן הניזוקה והמזיק הישיר, מבלי שאיש מהם ידע כלל זה על קיומה של האחרת<sup>107</sup>. בהשלכה על המקרה שלפנינו, ניתן לומר כי ביום שבו עוצבו שטחי המסחר של "ביתילי" ונקבעו הסדרי הביטחון המינימליסטיים שיונהגו בה, ועוד הרבה לפני פתיחת שעריה לציבור, נחרץ גורלה של תמר. דיני הנזיקין מחזירים אותנו לנקודה תכנונית זו כדי להגדיר חריצת גורל זו כעוול.

### 3. עיצוב מחדש של פרוצדורות נזיקיות

החדרת השיח הפמיניסטי אל גבולותיהם המהותיים של דיני הנזיקין חייבה התאמה של גבולותיהם הפרוצדורליים, כמקובל בקשר המשפטי שבין צורה למהות. שינוי של תוכן משפטי-נזיקי אשר יאפשר החדרה של סבל נשי כבר פיצוי, אבל ימנע את דרכן של נשים להכרה בו בדרכים פרוצדורליות, הוא סיכון תמידי האורב לפתחו של כל מהפך משפטי-רעיוני. כזאת אירע גם לתביעותיהן של נשים. בפסקאות הבאות אמחיש קשיים אלה

107 נציין כי בישראל, הגישה המחסנת את השלטון מפני אחריות בנזיקין נדחתה זה מכבר (ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 134 (1985)) ולמעשה, בתי המשפט הישראליים מכירים בחובת זהירות גם בנסיבות שבגינן לא ניתנת הכרה בבתי משפט של מדינות אחרות, דוגמת אנגליה. למשל, בית המשפט בישראל הכיר בחובת זהירות של העירייה כלפי ניזוק בע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 122 (1982). לעומת זאת, באנגליה כאשר בית המשפט לערעורים נדרש לסוגיה בעלת נסיבות דומות ב-Tomlinson v. Congleton Borough Council [2002] EWCA Civ. 309 הוא אכן הכיר בחובת זהירות, אך בערעור על פסק דינו זה של בית המשפט האנגלי לערעורים, בית הלורדים שחרר את הנתבעים מאחריות בנזיקין מהטעם שלא הוכח קיומה של חובת זהירות, ראו: Tomlinson v Congleton Borough Council [2004] 1 A.C. 46 (H.L. 2003). דוגמה נוספת מצויה בפרשת סוהן, לעיל ה"ש 86, שבה הגישה סוהן תביעה נגד המשטרה על מחדלה הרשלני שלא מנעה עברה פלילית שביצע בן זוגה, ובשל זאת נותרה עגונה. תביעתה התקבלה, ונפסק כי למשטרה ולעובדי ציבור ישנה חובת זהירות כלפי הציבור. הלכת סוהן בוודאי תיחשב כדיני הנזיקין האנגליים כטעות משפטית או כחריג להם. בפסקי דין אנגליים לא מעטים מגמת בתי המשפט היא לצמצם את חבותם של עובדי ציבור הפועלים במסגרת סמכות שלטונית: Curran v. Northern Ireland Co-ownership Housing Association Ltd. [1987] 2 W.L.R. 1043; Hill v. Chief Constable of West Yorkshire [1987] 1 All E.R. 1173 (C.A). בנושא זה, הנשיא ברק (כתוארו אז) מציין בפסק הדין כי: "מן המפורסמות הוא, כי בענייני רשלנות הקדים בית-משפט זה את הפסיקה האנגלית". הלכת סוהן, שם, פס' 11.

תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין

ופתרונם דרך המשגה פמיניסטית באמצעות שתי דוגמאות, האחת של קביעת גובה האגרה והשנייה של התיישנות<sup>108</sup>.

### 3.1 קביעת גובה האגרה בנוזקי גוף שמקורם בתקיפה מינית

התפתחות ההכרה בתביעותיהן של נשים עדיין מאפשרת רק לנשים בעלות יכולת כלכלית גבוהה או כאלה הנהנות מייצוג פרו-בוננו לתבוע ולנהל משפט, בשל הסדר האגרה המנדטורי בשיטה הישראלית, הקובע דרישת תשלום כספי כתנאי להגשת תביעה משפטית<sup>109</sup>. ההסדר מעמיד את סכום האגרה כנגזרת של סכום התביעה המוגשת, ובכך משמש תמריץ שלילי להגשת תביעות בסכומי כסף משמעותיים<sup>110</sup>. עובדת קיומו התאורטי של פטור מאגרה מסיבות כלכליות אינה פותרת קושי זה, שכן פטור זה ימצא רלוונטי למספר מצומצם של נשים, בשל דרישותיה הדקונומיות של המדינה להוכחת מצבה הכלכלי של התובעת, לעתים עד כדי ייאושה המוחלט ונטישת רעיון התביעה. חריג לקביעת גובה האגרה כנגזרת של סכום התביעה הוא סף האגרה הנמוך ביותר והקבוע בסך של כ-600 ש"ח, אשר יוחד לתביעות "בשל נזקי גוף"<sup>111</sup>. הסדר ייחודי זה מיועד לאפשר נגישות יתר למי שנוקם נתפס כחמור ביותר בסקאלת הנזקים שמפניהם מבקשת המערכת הנזיקית להגן על הפרט – נזקי הגוף<sup>112</sup>. לפיכך, כלי מרכזי להנגשת השימוש בדיני הנזיקין לשירותן של נפגעות תקיפה מינית הוא בשמירה על זיהוי תביעתן כתביעה בגין "נזקי גוף", על שלל מרכיבי הנזק שלה. לכאורה, אין בדבר כל אתגר, בהיות נזקן נזק גוף מובהק, אלא שהמדינה ביקשה לאחרונה לקעקע הבנה בסיסית זו. בתיק המתנהל בבית משפט בעניינה של תובעת

- 108 כל נושא מבין שני נושאים אלה יכול לשבר קולמוס כשלעצמו, אולם בשל קוצר היריעה, ההפניה אליהם תהא קצרה ותבקש בעיקר להציג את פוטנציאל הפיתוח הנוסף הטמון בהם.
- 109 לכאורה, מדובר בהסדר טבעי ומתבקש, אלא שהסדר זה כלל אינו נפוץ באחת מזירות המשפט המקובל הגדולות והמשפיעות – ארצות-הברית, שם הוא נחשב לפגיעה בזכות החוקתית לגישה שוויונית למשפט.
- 110 באופן מכליל ניתן לומר כי סכום האגרה עומד על כ-2.5% מסכום התביעה. ראו ת' 6 לתקנות בית המשפט (אגרות), התשס"ז-2007.
- 111 ראו העדכון האחרון לסכום בת' 5, שם. חשוב לציין כי הסדר זה אינו חל בבית המשפט לענייני משפחה, ואישה אשר מבקשת לתבוע את בן זוגה, תאלץ לשלם אגרה העומדת לפי ס' 1 לתוספת הראשונה לתקנות בית המשפט לענייני משפחה (אגרות), התשנ"ו-1995 על סך 1% מסכום התביעה, אף אם מדובר בנזק גוף. להרחבה ראו החלטה שניתנה ברע"א 5027/09 פלונית נ' משרד המשפטים (פורסם בנבו, 2.6.2010).
- 112 לעמדה שמסיבה זו נזקי גוף הם גם היחידים הראויים להגנה נזיקית ראו: Richard L. Abel, *Should Tort Law Protect Property Against Accidental Loss?*, 23 SAN DIEGO L. REV. 79 (1986).

נפגעת תקיפה מינית ביקשה המדינה לסווג את דרישותיה לפיצוי בגין נזקיה באופן שיחיל עליהם את הסדר האגרה הנגזרת, ולא את הסדר האגרה הקבועה, כמתבקש וכמקובל עד אז בתביעות מסוג זה<sup>113</sup>.

בקשת המדינה לסיווג מחדש של התביעה נסמכה על פסק דין חדשני בתחום הפיצויים מבית מדרשו של בית המשפט העליון, שבו נפסק כי אין לסווג כ"נזקי גוף" נזקים בגין ראשי נזק לא ממוניים שנתבעו מהמדינה בעקבות כליאת שווא<sup>114</sup>. טענת התובעת לעומתה הייתה, כי כל פגיעה שמקורה בנזק גוף, וכל פיצוי הנובע ממנה, נכנסים בגדרי "נזק גוף", כעניין של היגיון אנליטי. יתרה מזאת, פרשנות זו נראית כמקיימת טוב יותר את הרציונל שבבסיס תכליתה של הנורמה שבהסדר האגרות<sup>115</sup>. בית משפט השלום שדן בסוגיה קיבל תחילה את טענות המדינה, אולם ערעור התובעת נתקבל, ונקבע כי יש להכיר בכלל הנזקים הנטענים על ידיה כנזקים הנובעים כולם מפגיעת הגוף בה<sup>116</sup>. גם בית המשפט המחוזי, אשר דן בערעור הנוסף שהגישה המדינה, דחה את טענותיה, וניצל את החלטתו כדי להביע תרעומת על נציג המדינה ש"דווקא הוא עומד בדרכה של המשיבה ומבקש לחסום את כניסתה בדלתות בית המשפט"<sup>117</sup>. פרט לחשיבותה המעשית רחבת ההיקף של החלטה זו – שמירת שערי דיני הנזיקין פתוחים בפני נפגעות תקיפה מינית באשר הן – היא מדגימה את החשיבות האפיסטמולוגית שבזיהוי פגיעותיהן. תחת שפגיעות אלה תזכינה לפחות הגנה, בשל התפיסה המסורתית שלהן כקשות להבנה ולהוכחה וכסובייקטיביות, הוכיח מקרה זה את חשיבות העמדתן כשוות ערך לפגיעות המסורתיות המוכרות בדיני הנזיקין כנזקי גוף, והזכות להגנה ניכרת<sup>118</sup>. "יישור קו" זה בין הפגיעות הוא בעל משמעות כפולה: הוא אינו מסתפק בקיבוע הפגיעות מנזקים הנגרמים מחוויית החיים הנשית הטיפוסית של תקיפה

113 עניין רו, לעיל ה"ש 73.

114 רע"א 5237/06 מדינת ישראל – הנהלת בתי המשפט נ' מנסור (פורסם בנבו, 6.7.2008).  
 בחטף בלבד אומר פה כי דעתי אינה נוחה כלל מהכרעת בית המשפט במקרה זה, אולם מפאת קוצר היריעה איני יכולה לשטוח כאן את הבסיס לביקורתי. ככלל רק אומר, כי ההבחנות שמבצע בית המשפט בהחלטתו בין סוגי נזקים שונים נראות לי מלאכותיות וקשות ליישום.  
 115 פרשנות תכליתית היא אחד הכלים המרכזיים ביוריספרודנציה הישראלית, ומכאן גם חוזקו הרב של טיעונה של התובעת. להרחבה ראו אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 273–359 (2003).

116 ע"ר (שלום פ"ת) 72/08 רו נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 12.11.2008).

117 רע"א (מחוזי מרכז) 14624-12-08 משרד החינוך נ' פלונית (פורסם בנבו, 28.12.2008).

118 לקושי שבקבלת פיצוי בגין פגיעות שמקורן בתקיפה מינית ראו: Kate Sutherland, *Measuring Pain: Quantifying Damages in Civil Suits for Sexual Assault, in TORT THEORY* 212 (Ken Cooper-Stephenson & Elaine Gibson eds., 1993). ניתן להמשיג קושי זה גם כחלק פחיתות הערך המושגית הניתנת לאינטרסים בלתי־מוחשיים ככלל. ראו ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 28.



תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין

מינית כחלק מהנזקים המוכרים תחת דיני הנזיקין, אלא הוא מוסיף ומבקש גם להעניק הגנה מלאה ואפקטיבית מפניהן, תחת דינים אלה.

### 3.2 התיישנות תביעה בגין התעללות בן זוג

הכלל הבסיסי החל על התיישנות תביעה נזיקית הוא חלוף שבע שנים מיום ביצוע העוולה, כמצוות סעיפים 5–6 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958. בנוסף, חלה על תביעות הוראת סעיף 13 לחוק ההתיישנות, המאפשרות להתלות, במצב של נישואין, את מועד תחילת ההתיישנות עד לאחר גירושי הצדדים. אלא שנשים רבות מוצאות עצמן במצב של אפיסת כוחות מנטלית לאחר גירושין מבן זוג מתעלל, ולכן מצליחות לגעת בכאביהן ולעבד את הטראומה שעברה עליהן לכדי הבנתה כעוולה מזיקה רק שנים לאחר מכן, ולכן הן עלולות בקלות לעבור אף את סף שבע השנים הקבוע בחוק<sup>119</sup>. אין ספק שבשל כך כמעט שלא מוגשות תביעות כאלה, בשל ההנחה כי התיישנו בטרם הגשתן. כזה היה גם המקרה של ד', אשר חייה במשך שנים לצדו של בן זוג מתעלל ומאמלל, ולאורך חייה לצדו שקעה בדיכאון עמוק. רק שנים לאחר גירושיהם החליטה להתחיל ולנסות לבנות את חייה מחדש, וכצעד ראשון, ניגשה לטיפול פסיכולוגי. במהלך הטיפול החלה מעבדת את התובנה של היותה קרבן מכוון של התעללויותיו של בן זוגה, ובעקבות תובנה זו הגישה נגדו תביעה על סבל השנים של החיים לצדו. בקשת בן הזוג לשעבר לסלק את תביעתה על הסף בשל התיישנותה לא איחרה לבוא. אלא שאז, בצעד חשוב של הבנת מצבן הייחודי של נשים החיות לצד בן זוג אליים, ובאופן תקדימי ביותר, העמיד בית המשפט את התליית ההתיישנות של התובעת על מסד אי-ידיעת עילת התובענה. הוא פירש את מועד ההפנמה של ההתעללות ונזיקיה במהלך הטיפול כמועד ידיעת העובדות המהוות את עילת התובענה. לשם כך הסכים לקבל את מנגנון ההדחקה שפיתחה האישה בשנות החיים המשותפים ואף לאחריהם, כגורם שמנע ממנה להבין את הפגיעה בה. זאת ועוד, הדיכאון שממנו סבלה ד' בשל דיכוי הנמשך בביתה שלה שימש גם הוא בידי בית המשפט משענת נוספת להתליית תקופת ההתיישנות מכוח הוראת סעיף 11 לחוק ההתיישנות, המכיר בליקוי נפשי כעוצר את מרוץ ההתיישנות<sup>120</sup>.

119 תהליכי ההכרה בעוול כמצדיק פיצוי אינם ייחודיים לנשים אלה. במובן זה, הכוונה היא למעקב אחר היווצרותו האזרחית של הסכסוך המשפטי, ואחר מקורו הסוציולוגי הא-משפטי. ראו: William L.F. :Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 L. & Soc'y. Rev. 631 (1980–1981).

120 תמ"ש (ת"א) 82377/99 מלצר נ' שרייבר (פורסם בנבו, 7.3.2010).

### 3.3 התיישנות תביעה בגין התעללות מינית בקטינות בתוך מסגרת משפחתית

סוגיית ההתיישנות מתעוררת באופן שיטתי אף בתביעות בגין תקיפות מיניות ומעשי אונס שנעשו בקטינות חסרות ישע במסגרת משפחתית. קטינות שהותקפו מינית בתוך המשפחה ואשר אזרו אומץ להגיש תביעה נגד תוקפיהן, נעזרו לרוב בהוראת סעיף 18א לחוק ההתיישנות המקורי<sup>121</sup>, שקבעה כי מרוץ ההתיישנות על תביעתן החל מיום הגיען לגיל 18, קרי, עילת תביעתן נגד תוקפיהן תתיישן בהגיען לגיל 25. הוראת חוק דרקונית זו יצרה קושי רב וחסמה את נגישותן של קרבנות התקיפה המינית למצות את זכותן בין כותלי בית המשפט באמצעות הגשת תביעה אזרחית נגד תוקפיהן. מחקרים רבים שנערכו בתחום מעלים את הקשיים היומיומיים שאתם מתמודדות נשים אשר נפגעו מהתעללות מינית בהיותן קטינות, במיוחד בתוך מסגרת משפחתית. על פי רוב, נפגעות עברות מין חושפות את דבר הפגיעה רק לאחר שנים רבות בשל תחושות הפחד, הבושה והאשמה המתלוות לגילוי הסוד הנורא, והן מתקשות לגייס את המשאבים הנפשיים הכרוכים בהגשת תביעה, לרבות עמידה מול התוקף האימתני ומפגש מחודש עם עברן הספוג התעללות נפשית, רגשית ופיזית מידיו<sup>122</sup>.

שיהיה ייחודי זה אינו מהסוג המוכר בדיני הנזיקין, ואשר לו נועדו דיני ההתיישנות ליתן מענה מלכתחילה. ברוב המקרים מדובר בקשיים פסיכולוגיים קשים שחוות נפגעות ההתעללות המינית, אשר מלווים אותן מרגע הפגיעה המינית בהן ולמשך שארית חייהן. קשיים אלה הם בעלי השלכות מרחיקות לכת בכל תחומי החיים ומקשות על הנשים לתבוע את זכותן לפיצוי משך שנים רבות, אם בכלל. אחת התופעות השכיחות בקרב ילדות נפגעות התעללות מינית מתמשכת מכונה "דיסוציאציה", ומשמעותה ייצור מנגנוני הדחקה והכחשה של דבר ההתעללות לשם הישרדותה כקטינה מותקפת. בעקבות תגובתן הדיסוציאטיבית של קטינות רבות שהותקפו מינית בילדותן, הן מסוגלות לקשר את הנזק שנגרם להן בעקבות ההתעללות רק שנים רבות לאחר הפגיעה, אם הן מצליחות בכך בכלל,

121 לפני כניסתו לתוקף של ס' 2 לחוק ההתיישנות (תיקון מס' 4), התשס"ז-2007, ס"ח 385 (להלן: "תיקון 4").

122 להרחבה ראו: Jody Messler Davies, *Dissociation, Therapeutic Enactment, and Transference – Countertransference Processes: A Discussion of Papers on Childhood Sexual Abuse by S. Grand and J. Sarnat*, 2 GENDER & PSYCHOANALYSIS 241 (1997); אלי זומר ושרונה שוורצברג "חשיפת הסוד: גורמים מעודדים ומעכבים את גילוי הסוד הפגיעה בקרב קורבנות התעללות מינית בילדות" *הסוד ושברו סוגיות בגילוי עריות* 82 (צביה זליגמן וזהבה סולומון עורכות, 2004).

תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין

וזאת לרוב רק לאחר טיפול פסיכולוגי אינטנסיבי וממושך<sup>123</sup>. למותר לציין כי תופעת הדיסוציאציה אצל נפגעות תקיפה מינית אינה זרה למערכת המשפט, והיא מכירה בה ומתייחסת אליה בפסקי דין הדנים בתופעה אצל נפגעות תקיפה מינית. אולם בית המשפט טרם נתן את פסיקתו לעניין התיישנות תובענה מסיבה זו. שאלה חשובה ומכרעת זו הותרה בית המשפט ב"צריך עיון"<sup>124</sup>.

רק לאחר מאבק חברתי קשה וממושך נכנס לתוקפו תיקון מספר 4 לחוק ההתיישנות, המורה בסעיפים 18 ו-18 ב' לו כי מרוץ התיישנות בתביעות המוגשות בגין תקיפה מינית שבוצעה בקטינות על ידי קרוב משפחה, יחל מיום שמלאו לקרבן 28 שנה, קרי, עד להגיעה לגיל 35. עם זאת, ספק רב אם התיקון לחוק עונה על צרכיה הייחודיים של נפגעת התקיפה המינית, וזאת, משתי סיבות עיקריות: האחת נעוצה בתחולה הפרוספקטיבית של החוק, כך שתביעות שהתיישנו לפני יום כניסת התיקון לתוקפו, ב-12.7.2007, עדיין מתנהלות בהתאם לחוק הקודם ובלא התחשבות בייחוד מצבן. השנייה נעוצה בעובדה שבשל הקשיים הרבים, הרגשיים, הנפשיים והפסיכולוגיים שתוארו לעיל, יש מי שנבצר מהן להגיש את תביעתן גם בטרם הגיען לגיל 35, ואז שוב נחסמת נגישותן למערכת הצדק בשל בקשת תוקפיהן לדחיית התביעה על הסף מחמת התיישנות<sup>125</sup>.

123 להרחבה בנושא ראו ג'ודית הרמן-לואיס **טראומה והחלמה** (עתליה זילבר תרגמה, 1994); זומר ושוורצברג, לעיל ה"ש 122; נעמה בר-שדה "אלסטיות הרחם הטיפולי בתוך ומעבר לקליניקה: מבט על טיפול במטופלים רגסיבים ובנפגעי טראומה מינית" עמ' 12 (מרץ 2009) [www.israpsych.org/books/wp-content/uploads/2009/12/elastic\\_uterus.pdf](http://www.israpsych.org/books/wp-content/uploads/2009/12/elastic_uterus.pdf) (נבדק לאחרונה ב-1.5.2011); ענת גור "ניצחון הדיבור על השתיקה: טענות בעניין השתלת זכרונות 'כוזבים' – הפרכתן והרשעת סב באונס נכדתו" [www.tdil.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=82:2010-02-28-16-50-11&catid=1:articles&Itemid=4](http://www.tdil.org/index.php?option=com_content&view=article&id=82:2010-02-28-16-50-11&catid=1:articles&Itemid=4) (נבדק לאחרונה ב-17.4.2011); אלי זומר "להיות או לא להיות: טראומות ילדות והפרעות ניתוק" **הסוד ושברו: סוגיות בגילוי עריות** 164 (צביה זליגמן וזהבה סולומון עורכות, 2004).

124 דנ"פ 6008/93 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פ"ד מח(5) 845 (1995); תפ"ח (ת"א) 1027/05 **מדינת ישראל נ' פלוני**, (פורסם בנבו, 6.5.2009); ע"פ 6643/05 **מדינת ישראל נ' פלוני פס' 18** לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 3.7.2007); בע"מ 8098/04 **פלונית נ' פלוניס**, פ"ד נט(3) 111, החלטת השופט רובינשטיין (2004). השאלה כיצד יש לנהוג במקרה שבו תוכיח התובעת כי הדחיקה את אירועי התקיפה עד כדי כך שלא זכרה את התקיימותם ולא יכלה לקשרם לנזקיה, והאם בשל זאת יש להכיר בכך שעילת התביעה נולדה רק ביום התעוררות הזיכרונות לכדי המונה כוללנית וממנה והלאה תחל ספירת ההתיישנות, נותרה ב"צריך עיון".

125 ראו למשל עניין **אפרתי**, לעיל ה"ש 73 אשר מתנהל כרגע בבית המשפט השלום בתל-אביב. הנתבע-תוקף הגיש בקשה לדחות את התביעה על הסף מחמת התיישנות. א' הגישה את תגובתה, ונכון להיום טרם ניתנה החלטת בית המשפט בבקשה זו.

#### 4. תמריץ להקמת ארגוני חברה אזרחית ועריכת דין פמיניסטית

דיני הנזיקין נחשבים לתחום ייצוג משפטי מתגמל ביותר. להבדיל מתחומי משפט אחרים שבהם, כבכל תחום, עיקר המוטיבציה של עורכות דין לשרת לקוחות ולייצגן, מקורו בשכר הטרחה. בדיני הנזיקין טמון אלמנט חשוב וחיובי נוסף, שכן ההליך עשוי להסתיים בהעברת סכום כסף משמעותי לידי התובעת. מבנה זה של דיני הנזיקין נושא בחובו תמריץ רחב לפיתוח הנושא בתחום עריכת הדין הפרטית. הוא גם יכול לשמש תמריץ לארגוני חברה אזרחית, היכולים לפתח דרכו מודל תקציבי ייחודי, שלפיו יוכלו למשל לממן את פעילותם באמצעות תרומה לארגון של חלק מהכסף המתקבל. ייחוד זה של דיני הנזיקין, בשילוב עם ביקורת פמיניסטית עליו, מאפשר התפתחות מסיבית בתחום, שרק בסיועה ניתן יהיה לחזות בשינוי של ממש בהלך הרוח של בתי המשפט. ארגון כמו "מרכז צדק לנשים" מהווה דוגמה מצוינת להתנהלות כזו. המרכז, הפועל מתוך תודעה חברתית-פמיניסטית מובהקת ומוצהרת, המבקשת לשנות את מעמדן הנחות של נשים יהודיות בהליכי גירושין, עמד על הפוטנציאל של השימוש בדיני הנזיקין כדי להגיש תביעות נגד גברים אלה, לפיצוין של הנשים מסורבות הגט על נזקן<sup>126</sup>. תיקים אלה, שהסתיימו בפסקי דין לטובת אותן נשים, היוו גורם הרתעתי מרשים לגברים שנגדם ניתנו<sup>127</sup>. דוגמה מצוינת נוספת להתפתחות זו מהווה הקליניקה לזכויות אדם ואישה בבית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס של המסלול האקדמי המכללה למינהל, שממנה יצאו התביעות הנזיקיות הראשונות והמצליחות מאוד של נשים קרבנות סחר לצורכי זנות<sup>128</sup>.

במקביל לפיתוח זה בחברה האזרחית, נראה כי גם בתחום המקצועי גרידא ניכרת התפתחות של עריכת דין פרטית-פמיניסטית. עורכות דין יחידות החלו מייצגות נשים בתביעות בעלות אופי דומה לזה המוזכר כאן, בין במסגרת פרטית ובין במסגרת הסיוע האזרחי שמעניקה המדינה לאזרחיות מעוטות יכולת. ישנו שיתוף פעולה מצוין הקיים בין

126 לכתבתה של ראש המרכז, עו"ד סוזן וייס, בתחום ראו: Susan M. Weiss, *Israeli Divorce Law: The Maldistribution of Power, its Abuse, and the "Status" of Jewish Women*, in *MEN AND WOMEN: GENDER, JUDAISM, AND DEMOCRACY* 53 (Rachel Elior ed., 2004) לדיון בחשיבות הגשת תביעות בתחום מהזווית הפמיניסטית ראו יפעת ביטון "עניינים נשים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן שביניהם – מענה ליחיאל קפלן ורונון פריי" **עיוני משפט** כח 871 (2004).

127 מבירור עם יו"ר המרכז, עו"ד סוזן וייס, עולה כי בכל פסקי הדין שבהם ניתן פסק דין לטובת התובעת, הציע בן הזוג הסרבן לתת את הגט המיוחל לאישה. העובדה כי הדבר ניתן תמורת ויתורה למצער על חלק מפסיקת הסכום בפסק הדין הנזיקי מעלה קושי חדש בדבר שעתוק אלמנט הסחיטה שעוברת אישה המבקשת להתגרש.

128 ראו פסק הדין החשוב והמובנה כבעל תודעה פמיניסטית של השופטת לבהר-שרון בפרשת **פלוגי**, לעיל ה"ש 74.

תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין

השוק הפרטי, הציבורי והאקדמיה הפמיניסטית-נזיקית, הנרתמת לסיוע בדרכים שונות ומגוונות להעמקת התפתחות חשובה זו<sup>129</sup>. פרט להיבט החיובי שבעצם התפתחות זו, היא מעידה בעיקר על הפוטנציאל הטמון בתרגום השפה הפמיניסטית-ביקורתית, הממוקמת לעתים בעיקר בספרי התאוריה וההגות, לכדי מציאות. ביקורת פמיניסטית של דיני הנזיקין מבטיחה יישום בפועל של עיקריה והשפעה מידית שלה על נמעניה ונמענותיה. גם בכך ניכרת חשיבות השימוש בביקורת זו – וממילא חשיבות המשך פיתוחה – בתחום זה דווקא.

## ה. מגבלות ההשפעה הפמיניסטית – שובר הגלים

נראה כי כל סיכום של השפעת הביקורת הפמיניסטית על דיני הנזיקין, גם אם הוא סיכום ביניים חיובי, מחייב הכרה במגבלותיה של ביקורת זו. ניתן לזהות שתי מגבלות מרכזיות, האחת נדמית כפועלת במישור המהותי והשנייה כפועלת במישור הרטורי-סימבולי. עם זאת, שתיהן מצויות בקשר הדוק זו עם זו וממילא מחייבות התייחסות ביקורתית דומה.

### 1. המישור המהותי

גוף הידע וההתפתחות שהצמיחה הביקורת הפמיניסטית בדיני הנזיקין אך החלו מבססים את דרכה המבטיחה בתחום, אולם בכך לא די. שימוש מגוון נוסף בביקורת זו נחוץ כדי להבין טוב יותר את "המחיר הנשי" שמשלמות נשים, ולהרחיב את היקף כיסוי הזכויות הנזיקיות שלהן לפיצוי בגינו, כמו גם לשם הבנת מבנה האחריות הנזיקית עצמה. כדי להדגים נקודה זו לקראת סיום, בחרתי להציג בקצרה התפתחות של תופעה אנטי-פמיניסטית-נזיקית ואת הצורך בטיפול פמיניסטי בה.

מזה זמן מה ניכר מהפסיקה הנזיקית כי מתגבשת בה נטייה ברורה של בתי המשפט בערכאות השונות שלא להכיר באחריות נזיקית למעשי התעללות ופגיעה מינית מצדדיקים הטלת חיוב בפיצויים עונשיים על המזיק<sup>130</sup>. לאחרונה אף הגיע העניין לפתחו של בית

129 מרכז תמורה למניעת הפליה (גילוי נאות: הכותבת נמנית עם מקימותיו, ומנהלת אותו בהתנדבות), למשל, שכל תכליתו שימוש פמיניסטי-חברתי בדיני הנזיקין, משתתף קבוע בדיונים על ייצוג פרטי בתיקים אלה. המרכז אף הגיש פעמיים בשנה החולפת בקשות להצטרף כידיד בית משפט לתיקי תביעה נזיקית פרטיים הנוגעים ישירות לאינטרסים פמיניסטיים מובהקים. ראו בש"א בתיק עיקרי ת"א (מחוזי ת"א) 1960/06 אלמונית נ' גלזר (פורסם בנבו, 25.2.2010), וכן דנ"א 7565/09 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 1.4.2010) (להלן: "דנ"א 7565/09") בתיק עיקרי רע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.7.2009) (להלן: "רע"א 9670/07").

130 להלן פסקי הדין המוזכרים בה"ש 143, 145.

המשפט העליון, אשר אישש נטייה זו וקיבעה כהלכה<sup>131</sup>. פסק הדין ניתן במסגרת רשות ערעור, לאחר ששתי ערכאות סירבו לקבל את תביעתה של ילדה להטיל פיצויים עונשיים על אדם אשר בהיותה כבת שש, ביצע בה שורה של מעשים מגונים קשים, שעליהם הועמד לדין פלילי והורשע<sup>132</sup>. תביעת הילדה בבית משפט השלום התבססה על המסד העובדתי אשר הוכח זה מכבר במסגרת ההליך הפלילי שבו הורשע התוקף, ואף שהוכרה אחריותו הנזיקית למעשיו, בכל זאת נדחתה תביעתה לקבל פיצויים עונשיים בגין נזקיה. כך, גם נדחו כל ערעוריה לבתי המשפט המחוזי והעליון. בקשתה לדין נוסף בהכרעתו החדשנית של בית המשפט העליון, שלפיה סוג מקרים אלה אינו מתאים לפסיקת פיצויים עונשיים – הגם שנתמכה בבקשות להכרה כ"ידידי בית המשפט" של ארגונים פמיניסטיים – נדחתה אף היא<sup>133</sup>.

סירובו של בית המשפט להכיר בפיצוי העונשי בטענה שהוא אינו הולם את הפרדיגמה העובדתית המאפיינת מעשי תקיפה מינית, מעורר קושי פמיניסטי רב, מסיבות שונות<sup>134</sup>. רעיונית, שלילה זו מתעלמת מתפקידם ההרתעתי החשוב של דיני הנזיקין בכלל, ושל הפיצויים העונשיים בפרט, ובכך מפחיתה את גורם ההרתעה מפני תקיפה מינית<sup>135</sup>. הדבר מקבל משנה תוקף לאור העובדה שפסיקת הפיצויים הממוצעת בהליך העונשי לטובת נשים עומד באופן סמלי על זה שנקבע גם לתובעת כאן: 5,000 ש"ח בלבד<sup>136</sup>. סכום זה נדמה

- 131 עניין פלונית רע"א 9670/07, לעיל ה"ש 129.
- 132 תפ"ח (ת"א) 1112/00 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, כפי שאוזכר ברע"א 9670/07, לעיל ה"ש 129). על הנתבע נגזרו שלוש שנות מאסר בפועל, שנתיים מאסר על תנאי וכן קנס זעום בסך של 5,000 ש"ח.
- 133 הבקשה לקיים דיון נוסף בהחלטה בשל השלכותיה החשובות נדחתה על ידי הנשיאה ביניש בדנ"א 7565/09, לעיל ה"ש 129. לבקשה הצטרפו מרכז הקליניקות המשפטיות, הקליניקה ליליווי ילדים נפגעי עברה והמרכז לזכויות הילד והמשפחה של מכללת שערי משפט; לשכת עורכי הדין בישראל; מרכז סיוע לנפגעות ונפגעי תקיפה מינית ומרכז תמורה למניעת הפליה. יצוין כי בית המשפט לא שלל ככלל באופן גורף מתן פיצויים עונשיים בשל העונש הניתן לנתבע בהליך הפלילי (שלוש שנות מאסר בפועל ושנתיים על תנאי), אלא גרס כי כאשר מדובר בנתבע שהורשע כבר בהליך פלילי, פיצויים עונשיים במסגרת תביעה אזרחית ייפסקו רק במקרים "חריגים שבחריגים", משום שהענקתם, כפי שניתן להבין מקריאת פסק הדין, מביאה לענישת יתר העשויה לעלות לכדי כפל ענישה. שם, פס' י"א. עוד הוסיף בית המשפט כי דחיית בקשה לפיצוי עונשי מקום שנגזרה על הנתבע סנקציה פלילית אמנם משקפת את דרך המלך, אך אינה בלתי-אפשרית ברמה העקרונית. שם, פס' כ"ו.
- 135 למטרתם ההרתעתית המרכזית של דיני הנזיקין ראו ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנזיקין" משפטים כב 421 (1992).
- 136 נתון זה היה נכון לפני כחמש שנים. יפעת ביטון קריאה מחדש של דיני הנזיקין מזווית פמיניסטית-חברתית 302 (עבודה לתואר דוקטור, הוגש לסנאט האוניברסיטה העברית,

יותר כמופע סמלי חוזר מאשר כמותאם לכל פגיעה ולמשמעויותיה הייחודיות. נקודה נוספת הקשורה למטרה החשובה של הרתעה דרך דיני הנזיקין היא כי אף שכל פעילות מזיקה דורשת הרתעה, הרי במקרים של אלימות ותקיפה מינית, ההרתעה חיונית במיוחד<sup>137</sup>. התנהגויות אלה אינן פסולות "חברתית" באותו מובן שבו המשפט רואה כפסולה רשלנות רפואית ומפצה בגינה<sup>138</sup>. ייחודן הוא שאלה הן התנהגויות פסולות מוסרית ומסוכנות לקיום החברתי שלנו. זאת ועוד, עדיין במישור המושגי, העובדה שפיצויים עונשיים הוענקו מסורתית לנפגעים במקרים של תקיפה עבריינית מקשה במיוחד על הבנת הכרעת בית המשפט בתחום, באשר מעשי התקיפה המינית עולים כולם כדי הגדרה זו<sup>139</sup>. השלכתה המעשית של שלילת הפיצוי גם היא חמורה לנשים, שהרי היא מונעת מהן רכיב פיצוי משמעותי ביותר, והופכת את תביעותיהן לפחות אטרקטיביות גם להן וגם לעורכות הדין המייצגות<sup>140</sup>. היא גם קוטעת באיבה מהלך חשוב שהחל מתגבש, שבו דווקא הוכרו הפיצויים העונשיים כמרכיב מרכזי בפיצוי בגין תקיפה מינית<sup>141</sup>. כמסורת הביקורת הפמיניסטית, ניתן גם פה להצביע על שלילת הפיצוי כנוגעת להבנה שגויה של עקרונות יסוד של דיני הנזיקין. לא יהיה זה מרחיק לכת לקבוע כי שלילת פיצויים עונשיים מנשים במקרים אלה תהא שוות ערך, הלכה למעשה, לקביעה – המנוגדת לתפיסת דיני הנזיקין במשפט המקובל ובישראל בפרט<sup>142</sup> – כי אין עוד בכוחם של דיני הנזיקין במשפט הישראלי להעניק פיצויים עונשיים. מסקנה זו נובעת מהסיבה הפשוטה שקשה להעלות על הדעת תחום אחר שייקבע כי הוא קשה יותר ושונה במהותו מתחום התקיפות העברייניות המיניות על הגוף, שיצדיק חריגה מהלכה מתגבשת זו. משכך הוא, נראה כי דה-

2004). מאז ניתן לראות שיפור מה במקרים מסוימים, אולם כמו שמוכיח מקרה ערכני זה, נראה כי המצב בתחום לא השתנה באופן דרמטי.

137 ראו עוד על חשיבות הענישה במקרי אלימות מינית: Tsachi Keren-Paz, *AT v Dulghieru – Compensation for Victims of Trafficking, but Where is the Restitution?*, 18 TORTS L.J. 87 (2010).

138 למושג האשמה החברתית, להבדיל מזו המוסרית, כמגדיר את האחריות ברשלנות ראו גלעד, לעיל ה"ש 135, בעמ' 424, 471, 497.

139 הורתם של פיצויים אלה הייתה ונותרה בתחום התקיפה העבריינית. ראו ע"א 216/54 שניידר נ' גליק, פ"ד ט(2) 1331 (1955); ע"א 81/55 כוכבי נ' בקר, פ"ד יא 225 (1957); ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל, פ"ד כז(2) 237, 225 (1973); ע"א 277/55 רבינוביץ נ' סלע" חברת שיכון בע"מ, פ"ד יב(2) 1261, 1277 (1958).

140 ראו: FLETCHER, לעיל ה"ש 98, בעמ' 58–65.

141 ראו למשל פסק הדין בעניין קרבן הסחר, פרשת פלוני, לעיל ה"ש 73. במקרה של קרבן האונס הקבוצתי, היווה הפיצוי העונשי את הרכיב המרכזי בפיצויה של הנאנסת – 1,200,000 ש"ח. עניין מזרחי, לעיל ה"ש 69.

142 ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 28, בעמ' 175.

פקטור, יהיה בהלכה זו כדי לייתר סופית את השימוש בראש נזק זה ולאיינו. מקוממת במיוחד בהקשר זה היא הנמקתו של בית המשפט כי במקרים שבהם הועמד כבר העברייני לדין פלילי והוענש, אין טעם בהענשתו שוב<sup>143</sup>. פרט להתעלמות מתפקידם העצמאי הנזיקי של הפיצויים העונשיים, ועירוב המושגים המבלבל עם המשפט הפלילי, יוצא שמגבלה זו לפיצוי עונשי שהציב בית המשפט תקל דווקא עם העבריינים הקשים, אלה שעובדות מעשיהם היו קשות כל כך והראיות להוכחתן די חזקות, עד כדי להטיל עליהם אחריות פלילית למעשיהם. הנשים שתינזקנה מידי עבריינים אלה יותר מכול, תיוותרנה מול שוקת שבורה, היכן שרק עד לאחרונה עמדה שוקת זו לשירותן מהסיבות הנזיקיות הראויות ביותר. סוגיה זו מעלה את המתח המובנה שלפיו, מחד גיסא, ברי כי התכלית החקיקתית העומדת בבסיס פסיקת הפיצויים העונשיים בהליך האזרחי מתמקדת במעשים מכוונים שבהם ההתנהגות המזיקה ראויה לגינוי<sup>144</sup>, ומאידך גיסא, כאשר במקרים אלה התקיים הליך פלילי והמזיק הורשע, עולה חשש מפני ענישה כפולה שהפיצוי העונשי יוצר לכאורה<sup>145</sup>. ואמנם, ישנו קשר בין הפיצוי המושג על הנאשם בהליך פלילי לבין הפיצוי המושג עליו בהליך האזרחי, אך בצד קשר זה עומדות כמה הבחנות חשובות ומהותיות. אחת מהן היא שבמרכז ההליך הפלילי ניצב הנאשם, ואילו במרכז ההליך האזרחי ניצבת הניזוקה המבקשת הכרה אחרת בנזקה היא<sup>146</sup>. יתרה מכך, גם בהנחה כי אכן מדובר בענישה כפולה, ראוי יהיה לסווגה כמוצדקת. הפיצויים העונשיים נועדו להביע סלידה

143 ראו רע"א 9670/07, לעיל ה"ש 129, קביעתו של השופט רובינשטיין בפס"כ לפסק הדין: "סבורני, כי אם ככלל ייפסקו פיצויים עונשיים במקרים חריגים בלבד, במקרה שנגזר עונש בהליך פלילי מדובר יהיה בחריגים שבחריגים (חריגים עד שקשה לתת להם דוגמה, ויתכן שעסקינן במקרים בהם מסיבה כלשהי לא ניתן היה להשית ענישה פלילית מספקת). הטעם לכך ברור. הרציונל לפסיקת פיצויים עונשיים "הוא עונשי והרתעתי" (עניין אטינגר, פסקה 74), הם "נועדו לשקף את סלידתה של החברה מהתנהגותו של המזיק" (עניין גדיש, פסקה 14). ככלל, כאשר מנוהל הליך פלילי, מושגות תכליות אלה בהליך הפלילי – זהו מקומן הטבעי ואין להן מקום של ממש בהליך האזרחי".

144 ראו למשל ע"א 140/00 עזבון אטנגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 566, 486 (2004); ע"א 9656/03 עזבון מרציאנו נ' זינגר (פורסם בנבו, 11.4.2005); ע"א 8382/04 הסתדרות מדיציניית הדסה נ' מזרחי (פורסם בנבו, 2.2.2006).

145 ראו לעיל ה"ש 74; ת"א (ת"א) 2039/07 פלונית נ' פלוני, (פורסם בנבו, 27.12.2009); תמ"ש (י-ם) 2160/99 ל' נ' ל' (פורסם בנבו, 31.8.2005) (להלן: "פרשת ל' נ' ל'").

146 ראו דברי השופט שלמה לבנוני בת"א (חי') 19415/02 דינה נ' דורון פס" 17 (פורסם בנבו, 30.1.2005): "הגם שבגדר ההליך האזרחי שוקל בית המשפט השתת פיצויים "עונשיים", והגם שבגדר ההליך הפלילי שוקל בית המשפט השתת פיצויים, לכאורה, "אזרחיים", אין לערוב בין שתי המלכויות".



תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנוזקין

נזיקית מההתנהגות הנלווה, וטמון בהם ערך מוסף המתבטא בהרתעת מזיקים פוטנציאליים ואפקט חינוכי העשוי למנוע את הישנות המעשה<sup>147</sup>.

זאת ועוד, אפילו הכריע שפיצויים אלה אינם מוצדקים, טוב יותר היה עושה בית המשפט אילו הפעיל תחליף מעשי למקרים מעין אלו בדמות הפיצוי המוגבר. פיצוי זה שונה במהותו מהפיצוי העונשי, בכך שהוא נועד לבטא את חומרת התנהגות המזיק ולשמש ביטוי של העיקרון העיקרי בדיני הנוזקין, שהוא החזרת המצב לקדמותו. בבוא בית המשפט לפסוק פיצויים מוגברים, עליו להביא בחשבון את חומרת התנהגותו של המזיק, שהגבירה את הנזק, ולהגדיל את גובה הפיצוי לניזוק<sup>148</sup>. כך, בעניין ל' נ' ל'<sup>149</sup> נדונה תביעתה של קטינה, נפגעת גילוי עריות, באמצעות אמה, נגד אביה אשר תקף אותה מינית וביצע בה מעשי סדום ואונס באיומים. אחד מראשי הנזק שנתבקשו על ידי התובעת היה פיצויים מוגברים ואו עונשיים. בית המשפט קבע כי במקרה דנן לא ניתן לפסוק לקטינה פיצויים עונשיים, אלא מוגברים, שכן אלה משקפים את ערך הנזק שנגרם לניזוקה<sup>150</sup>. בכך נטרל בית המשפט, מחד גיסא, את החשש שפיצויים עונשיים יהוו כפל ענישה, ופיצה את הניזוקה בסכום משמעותי נוסף, כראוי לה, מאידך גיסא.

## 2. המישור הרטורי-סימבולי

מבחינת ההתפתחויות השונות בדיני הנוזקין, ניכר כי ככל שמדובר בהתפתחויות פסיקתיות, נמנע בית המשפט במופגן מלייחס לעשייתו פן פמיניסטי דווקא<sup>151</sup>. בחלק מן המקרים,

147 להרחבה ראו גר טדסקי דיני הנוזקין – תורת הנוזקין הכללית 579 (יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין עורכים, מהדורה 2, 1976); *Conway v. Irish National Teachers Organisation*; [1991] 2 I.R. 305.

148 ע"א 802/87 נוף נ' אבנרי, פ"ד מה(2) 494, 489 (1991); עניין סגל, לעיל ה"ש 139; ראו גם דפנה ברק-ארוז עוללות חוקתיות: ההגנה הכספית על הזכות החוקתית 276, 277 (1993); ביטון "כאבים באזור הכבוד", לעיל ה"ש 28, בעמ' 171–177.

149 פרשת ל' נ' ל', לעיל ה"ש 145.

150 שם, פס' 235 לפסק דינה של השופטת נילי מימון. חשוב להבהיר כי הפיצויים המוגברים שנפסקו לקטינה עמדו על 300,000 ש"ח, והדבר מעיד על החשיבות שייחס בית המשפט לראש נזק זה. דוגמה רעה לשימוש בכלי זה היא פסיקת 5,000 ש"ח בפרשת פלונית בגין נזק לא ממוני, ראו רע"א 9670/07, לעיל ה"ש 129. יצוין כי השופט ריבלין בדעת מיעוט הציע להגדיל את סכום הפיצוי שניתן לפלונית ל-300,000 ש"ח, בין היתר, בשל העובדה כי לפסיקת פיצוי בהליך הפלילי אין נפקות של ממש לפסיקת פיצוי בהליך האזרחי.

151 אחת הפעמים הנדירות שבה התייחס בית המשפט העליון לכתיבה פמיניסטית מובהקת היא בפרשת ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו-חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005) (להלן: פרשת אבו-חנא). שם הפנה לכתיבתה של מרתה צ'מאלאס כגישה אפשרית לניתוח הסוגיה. אלא שאז הבהיר בית המשפט מפורשות שלעת הזו מעדיף הוא שלא להשתמש

להתעלמות זו השפעה מועטה על תוצאות המקרה, אם בכלל יש לה השפעה כלשהי. זאת, מכיוון שבמובן המהותי, בית המשפט עושה את המוטל עליו מן הזווית הפמיניסטית, ומגיע לתוצאה הראויה. אלא שהסתפקות בתוצאה בלבד, בלי שתהא נלווית אליה התובנה הפמיניסטית של התנהלות נזיקית ראויה בתוך מסגרת של יחסי כוח, עלולה להוביל לתוצאות מוגבלות בהבנת המורשת הנזיקית שמותירה אחריה הלכה מסוימת<sup>152</sup>. פרט לזאת, הימנעותו השיטתית של בית המשפט מלהזכיר תאוריות פמיניסטיות של דיני הנזיקין בניתוחיו אינה מעניקה לתאוריה עשירה וחשובה זו את המקום הראוי לה, ומאפשרת אף את העמדתה בשולי הדיון<sup>153</sup>. בכך יש כדי למנוע עידוד המשך פיתוח הנושא, על אף תרומתו הייחודית והמעשירה.

## ו. סיכום – פמיניזציה של דיני הנזיקין – להבינם טוב יותר

מסיכום תרומת הניתוח הפמיניסטי לדיני הנזיקין, ומסקירת מופעיו השונים, עולה בעיקר תמה אחת מרכזית: בגלל השני של ביקורת פמיניסטית של דיני הנזיקין הפכה ביקורת זו כלי להבנה טובה יותר של דיני הנזיקין עצמם ולהעמקה בהם. פסקי דין שבהם נדונה אחריות כלפי חוויות חיים נשיות עיצבו מחדש את גבולות האחריות הנזיקית בעקרונות הבסיסיים ביותר. כך, למשל, עוצבו מחדש מושגים כמו סבירות, צפיות וקשר סיבתי, בפרשה שבה התאבדה אישה בעקבות סבלה המתמשך מאלימות בן זוגה<sup>154</sup>; פסק הדין לפיצוי קרבן הסחר הביא להבנה טובה יותר של הקשר בין הטלת אחריות פלילית לבין הוכחת חבות נזיקית, ותרם עוד לפיתוחו החסר של עקרון הפיצוי ללא הוכחת נזק. עקרונות נשכים

בתאוריה מעין זו ולהותיר את לגיטימיות השימוש בה ב"צריך-עיון". שם, בעמ' 46 לפסק דינו של השופט ריבלין.

152 ראו למשל את הבעייתיות שמעלה ניתוח א-פמיניסטי של אחריות גברים סרבני גט ושל פיצוי על בסיס השתכרות של קבוצות מיעוט, כבמקרה אבו-חנא. ביטון "ההגנה על עקרון השוויון", לעיל ה"ש 30, בעמ' 179-183, ו-194-196, בהתאמה.

153 ראו למשל בנימין שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט" **המשפט** יב 285 (2007). שמואלי מסביר במאמרו כיצד ניתן להצדיק הטלת אחריות על גברים סרבני גט מבלי להזדקק כלל לניתוח פמיניסטי. עמדה זו, כאמור, מתעלמת ממגבלותיו האינהרנטיות של ניתוח מעין זה. המאמר התקבל בהתלהבות בבתי המשפט, שהרבו להשתמש בו. ראו למשל תמ"ש (י-ם) 6743/02 כ' נ' כ' (פורסם בנבו, 21.7.2008); תמ"ש (ת"א) 24782/98 נ.ש. נ' נ.י. (פורסם בנבו, 14.12.2008); עניין פלוני, לעיל ה"ש 94.

154 ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל פ"ד נו(2) 534 (2002). לניתוח שינוי העקרונות בפסיקה זו ראו ביטון "חוויות-חיים נשית", לעיל ה"ש 27.

## תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין

בנבכי ההיסטוריה הנזיקית כמו הענקת פיצויים מוגברים<sup>155</sup>, נוסף על אלה המסורתיים, חזרו לחיים בפסיקה בענייני נזקי נשים מסורבות גט ונשים נפגעות התעללות מינית<sup>156</sup>. ניתוח פמיניסטי של פרשת סוהן, שבה פוצתה אישה שבן זוגה המסרב להתגרש ממנה נמלט לחו"ל בשל רשלנות המשטרה, הראה כי בכוחו לבסס הבנה טובה יותר של עקרון אחריות המדינה<sup>157</sup>; נשים כמו חוריה סולטאן, אשר ביקשה לפצותה בשל גירושיה בעל כורחה בידי בן זוגה, הביאו להכרה עקרונית בגבולותיה של עוולת הפרת חובה חקוקה כחלה גם על עברה פלילית שמטרתה היא הסדרה רחבה של התנהלות חברתית<sup>158</sup>; תינוקת אחת בשם רים אבו-חנא הביאה את בית המשפט להרהר על הגיונו ועל צדקתו של אחד מעקרונות הפיצוי המבוססים ביותר, שלפיו אדם יפוצה לפי שווי השתכרותו הצפויה, כפי שהוא מעוגן בנתונים סטטיסטיים יבשים<sup>159</sup>. ניתוח השוואתי-פמיניסטי של הטיותיהם המגדריות של דיני הנזיקין במדינות השונות אפשר להבין את הדרך שבה דינים אלה תופסים את האיזון בין אינטרסים בעולת הרשלנות בשיטות השונות, ועוד<sup>160</sup>. אלה, כמו הנושאים שהוצגו בפירוט במאמר זה, מעידים כולם על חשיבות המשך פיתוחה של הפרשנות הפמיניסטית-ביקורתית בדיני הנזיקין בישראל, כמקור לרווחה נשית, לשוויון חברתי ולהעמקת חשיבותם של דיני הנזיקין.

155 פיצויים מוגברים נועדו לבטא הערכה כנה של הנזק שנגרם, והם נפסקים מקום שהנזק הוגבר בעקבות התנהגותו הראויה לגינוי של המזיק, ראו טדסקי, לעיל ה"ש 147, בעמ' 579. פיצויים אלה מהווים יישום של העיקרון העיקרי בדיני הנזיקין: השבת המצב לקדמותו, להבדיל מפיצויים עונשיים המהווים חריג לעיקרון זה.

156 פרשת לי' נ' לי, לעיל ה"ש 145.

157 ביטון "ההגנה על עקרון השוויון", לעיל ה"ש 30, בעמ' 176.

158 ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169 (1984).

159 פרשת אבו-חנא, לעיל ה"ש 151.

160 ראו: Yifat Bitton, *Liability of Bias: A Comparative Study of Gender-Related Interests in Negligence Law*, ANNUAL SURVEY OF INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW 63 (2010).