

עונשין ונזיקין: על הבחירה בין איזון לעקביות

(בעקבות ע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש)

מאת

אהוד גוטל* ורם וינוגרד**

מה מעמדה של הכרעה פלילית בדיני הנזיקין? להלן אנו מצביעים על מגמה בפסיקת בית המשפט העליון אשר עד עתה לא זכתה לשימת לב, שעניינה עמעום הזיקה שבין האחריות בפלילים לזו שבנזיקין. הרשימה היא בעיקרה דסקריפטיבית, ומתמקדת בתמונה העולה מפסיקת בית המשפט בכמה סוגיות שבהן נדרשה הכרעה באשר לממשק הפלילי-נזיקי. חלקה האחרון של הרשימה מציע הסבר לעמדת בית המשפט, לפיו הפסיקה האמורה היא ביטוי לצורך הגובר של בית המשפט לאזן בין הסנקצייה הפלילית לסעד האזרחי. כן עומדת הרשימה על המחיר הכרוך בגישה זו: החשש ליצירת מסר נורמטיבי לא אחיד.

מבוא. א. עונשין ונזיקין בחקיקה. ב. על החפיפה הפונקציונלית שבין דיני נזיקין לדיני עונשין. ג. עונשין ונזיקין בפסיקת בית המשפט. 1. התנהגות פלילית מצד המזיק – קביעת אחריות; 2. התנהגות פלילית מצד המזיק – האפשרות להעלות טענת אשם תורם; 3. התנהגות פלילית מצד הנזוק – הזכות לתבוע פיצוי; 4. התנהגות פלילית והיקף הפיצוי. ד. איזון ועקביות. ה. סיכום.

מבוא

בעניין דבוש,¹ שנדרון לאחרונה בבית המשפט העליון, נדרש ההרכב לשאלה משפטית אשר היה נדמה כי הוכרעה זה מכבר: תחולתה של עוולת הפרת חובה חקוקה – מהעוולות המרכזיות שבדיני הנזיקין – במקרים שבהם אי-חוקיות המעשה העוולתי מקורה בדין הפלילי. בפסיקה שקדמה לדבוש סבר בית המשפט כי אין מניעה להחיל את העוולה במקרים אלה.² אלא שמה שנרָאָה כקונצנזוס רחב התברר כנתון במחלוקת. בעניין דבוש הובעה עמדה, מפיו של השופט מזוז, לפיה הפרה של נורמה פלילית ככלל איננה יכולה לשמש בסיס לתביעה בגין הפרת חובה חקוקה.³

* פרופ' מן המניין, מופקד הקתדרה על שם בורה לסקין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

** שופט בית המשפט המחוזי בירושלים.
על הערות מועילות אנו מודים למרדכי בורשטיין, לנאוה בן אור, למירי גור-אריה, לישראל גלעד, לאלון הראל, לאסף פוזנר, לאריאל פורת, ליובל פרוקציה ולבועז שנור. על עזרה רבה במחקר אנו מודים לרעי אבן חן.

1 ראו ע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש (פורסם בנבו, 5.11.2015) (להלן: עניין דבוש).

2 ראו להלן תת-פרק ג.1.ב. (העוסק בהפרת חובה חקוקה).

3 ראו עניין דבוש, לעיל ה"ש 1.

ברשימה זו אנו מבקשים לטעון כי עמדתו של השופט מזוז, המעמידה חיץ בין הדין הנזיקי לדין הפלילי, משקפת מגמה רחבה יותר בפסיקת בית המשפט העליון באשר ליחסים שבין שני ענפי המשפט. כפי שנראה להלן, בשנים האחרונות נטיית בית המשפט היא לצמצם את הזיקה שבין הדין הפלילי לדין הנזיקי.⁴ בעוד בעבר השליכה התנהגות פלילית ישירות על זכאותם ועל חבותם של תובעים ונתבעים בנזיקין – כך שהתנהגות פלילית פגעה בסיכויי של בעל הדין בתביעה האזרחית – הרי שכיום "פליליות" מעשי הצדדים מקבלת, אם בכלל, משקל חלקי בהכרעתו של בית המשפט בתביעות נזיקיות. במובן זה, עמדתו של השופט מזוז באשר ליחס שבין העוולה של הפרת חובה חקוקה והדין הפלילי היא ביטוי לסנטימנט רחב יותר של בית המשפט, המרופף את הקשר שבין האחריות בעונשין לאחריות בנזיקין.

נטייתו זו של בית המשפט, כמו גם הכרעתו הקונקרטית של השופט מזוז בעניין דבוש, אינן מובנות מאליהן. כפי שהדגיש בית המשפט בהקשרים שונים, מערכת המשפט מבקשת לפעול באופן "הרמוני", כך שענפי המשפט השונים יתמכו אלה באלה ויקבעו סטנדרטים נורמטיביים אחידים ועקביים.⁵ יתרה מזאת, בכמה מקומות קבע המחוקק הסדרים קונקרטיים שתפקידם לקדם אחידות בין ההכרעה בהליך הפלילי להכרעה בהליך הנזיקי. היה ניתן אפוא להניח כי מקום שבו התנהגות הצדדים היא עבירה פלילית לא רק דיני העונשין יעניקו לכך משמעות אלא אף דיני הנזיקין. קביעה שמעשה מסוים הוא עבירה פלילית מחד, וקביעה כי אותו מעשה הוא פעולה מותרת במישור האזרחי (או למצער פעולה בעלת משמעות מופחתת בדין האזרחי) מאידך, עלולה לחתור תחת היעד של מערכת המשפט בדבר אימוץ סטנדרטים נורמטיביים ברורים.

כפי שנציע, הסבר אפשרי לעמדתו של השופט מזוז בעניין דבוש ולמגמה הכללית בפסיקה לצמצום הזיקה בין האחריות בעונשין לזו שבנזיקין הוא צורך גובר של בית המשפט לאזן בין תוצאות ההליך הפלילי לאלה של ההליך האזרחי. העובדה כי עבירות פליליות רבות הן גם עוולות בנזיקין מחייבת את בית המשפט לאמץ מבט "סינופטי", המביא בחשבון את האפקט המצטבר של הסנקצייה הפלילית והסעד האזרחי. בשל שיקולים של הרתעה יעילה, פיצוי וגמול, נדרש לעיתים איזון בין הסנקצייה הפלילית המוטלת בשל התנהגות פסולה ובין הסעד הניתן בתביעה הנזיקית בגין אותה התנהגות. קביעה של הסנקצייה הפלילית בהתעלם מהסעד האזרחי (ולהפך) עלולה להוביל להרתעת יתר, לפיצוי מוגזם ולהכבדה בלתי סבירה על העבריין-מזיק במונחי גמול.

4 ראו להלן פרק ג.

5 ראו לדוגמה בש"פ 4455/00 מדינת ישראל נ' בדווי, פ"ד נד(4) 802, 794 (2000) ("ההרמוניה החקיקתית מחייבת שחוקים העוסקים באותה מאטרייה [...] יעלו בקנה אחד"). ראו גם ע"א 9559/11 מנהל מיסוי מקרקעין נ' שעלים ניהול נכסים, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 30.9.2013) ("חזקה על המחוקק כי נתכוון בשני החיקוקים לאותו מובן, באשר המשפט שואף לקיים הרמוניה חקיקתית"). קביעות אלה עניינן, בעיקרו של דבר, בענפי משפט קרובים. כאשר מבוצע מעשה פוגעני כלפי אדם, ניתן לראות בענפי המשפט העוסקים בתוצאות אותה פגיעה "קרובים", ולצפות להרמוניה ביישומם. כך נקבע, בהקשר זה, כי כאשר אותן הנסיבות מקימות תשתית לנקיטת הליך פלילי ונזיקי קיימת "שאיפה טבעית ליצור איזון וקשר הגיוני ביניהם" (ראו רע"א 2920/90 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 414, 397 (1991)).

בשל שינויים במשפט הפלילי (צמצום שיקול הדעת השיפוטי בענישה), בדיני הנזיקין (הרחבת היקף הפיצוי) ובקשרי הגומלין שבין שני הענפים, נדרש כיום בית המשפט למלאכת איזון מורכבת במיוחד. הפסיקה האחרונה, השוללת הטלה ישירה של אחריות בנזיקין בגין מעשים פליליים, מאפשרת לבית המשפט גמישות בקביעת התמהיל האופטימלי של ענישה ופיצויים. במקרה שבו הסנקצייה הקבועה בהליך הפלילי גבוהה במיוחד יכול בית המשפט האזרחי לאזן את התוצאה הכוללת באמצעות הגבלת הסעד הנזיקי. עם זאת, כאמור, גמישות זו כרוכה בהחלשת יכולתה של מערכת משפט לקבוע סטנדרטים נורמטיביים ברורים. ניתוק הזיקה שבין האחריות בפלילים לאחריות בנזיקין מקשה על גיבוש מסר משפטי עקבי ואחיד באשר להשלכותיה של התנהגות בלתי ראויה. המשך הרשימה יהיה כדלקמן: פרק א יסקור את הסעיפים הסטטוטוריים המסדירים את היחס שבין ההליך הפלילי להליך הנזיקי. פרק ב יתאר בתמצית את החפיפה הפונקציונלית שבין דיני העונשין לדיני הנזיקין במימוש כמה תכליות מרכזיות של המשפט. פרק ג, שהוא עיקרה של הרשימה, יתמקד בפסיקת בית המשפט העוסקת ביחס שבין האחריות הפלילית לאחריות הנזיקית, בדגש על הפסיקה מהעת האחרונה. פרק ד יעמוד על המתח הקיים בין הרצון להבטיח אחדות בין המשפט הפלילי לאזרחי לצורך להתאים ולאזן בין התוצאות של שני ענפי המשפט האמורים.

א. עונשין ונזיקין בחקיקה

לדיני העונשין ולדיני הנזיקין מתחם חפיפה רחב, ולחלק ניכר מהעבירות הפליליות מקבילה בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] או בהסדרים נזיקיים אחרים. כך באשר להסגת גבול, תקיפה, לשון הרע, תרמית, פגיעה בפרטיות וכד'. בכל אחת מדוגמאות אלה, בהתקיים העבירה הפלילית מתקיימת בדרך כלל גם העוולה המקבילה בנזיקין.⁶ התנהגות פלילית הגורמת נזק בפועל, אף אם אינה זוכה למקבילה מפורשת בפקודת הנזיקין, עשויה להיחשב התנהגות התרשלותית, ולפיכך ליפול בגדרה של עוולת הרשלנות הכללית (אם כי ראו להלן הדיון בפרק ג).

כמה הוראות חוק עוסקות ביחס שבין ההליך הפלילי לזה הנזיקי ומבטאות את גישתו המשתמעת של המחוקק בהקשר זה. הוראות אלה, המתמקדות בעיקר בהיבטים פרוצדורליים, פועלות לביסוס הזיקה המשפטית שבין שני הענפים. ביסוס הזיקה האמורה נעשה בשתי דרכים: ראשית, הוראות החוק מודאות כי במקרים הרלוונטיים יתקיימו הליכים בשני הענפים גם יחד. כך אם הוגשה תביעה בנזיקין, ובמהלך המשפט מתגלה כי התנהגותו של המזיק הפרה הוראה עונשית, פועל החוק להבטיח כי אשמתו של המזיק תתברר בהליך פלילי. וכך גם בכיוון השני: כאשר נמצא העבריין אשם בפלילים, מעודד

6 אם כי, כמובן, ההפך אינו נכון – הן בשל פער רחב ברמת ההוכחה בין הדין האזרחי לפלילי (מאזן הסתברויות כנגד הכרעה מעבר לכל ספק סביר), והן משום שדרישות העוולה הן לרוב פחותות מאלה של העבירה הפלילית המקבילה לה. בלשון הרע, לדוגמה, דורשת העבירה הפלילית כוונה וכן פרסום האמירה הפוגעת לשני אנשים או יותר. העוולה האזרחית לעומת זאת, אינה דורשת כוונה ומסתפקת בפרסום לאדם אחד בלבד (ראו ס' 6–7 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965).

החוק את הקורבן להגיש את תביעתו אף בהליך נזיקי. שנית, הוראות החוק פועלות להשיג התאמה בתוצאות ההליך בכל אחד מהענפים, וכך שההכרעה הפלילית וההכרעה הנזיקית ישלימו זו את זו. בהינתן הרשעה בפלילים, דואג החוק להטלת אחריות אזרחית בגין הנזק שנגרם.

סעיף 88 לפקודת הנזיקין קובע כי "ראה בית המשפט הדן בתובענה בכל שלב של ההליכים שהעובדות מהוות, או עשויות להוות, פשע, יעכב בית המשפט את המשך ההליכים עד שיוכח שהעובדות נמסרו לידיעת המשטרה או שהן ידועות לה".⁷ החובה על בית המשפט – לוודא כי עובדות המקרה מועברות לידיעתן של רשויות האכיפה המוסמכות אגב עיכוב הדיון בתביעה בנזיקין – פועלת למימוש האלמנט הראשון שעליו עמדנו. העברת המידע למשטרה מבטיחה כי כשהתנהגות המזיק היא, או עלולה להיות, פשע, תתקיים בחינה פורמלית של העובדות כדי שאם הדבר נדרש, יתקיים הליך פלילי לצד ההליך הנזיקי. הדרישה לעיכוב הדיון בתיק הנזיקי, ולו זמנית וחלקית,⁸ מתמרצת את הניזוק לשתף פעולה עם המשטרה ולהעביר לה את הראיות שברשותו.

כאמור, בדומה לזה, החוק פועל גם לעידוד הגשתן של תביעות בנזיקין כאשר התקיים הליך פלילי שבו הורשע המזיק. מקבילו הרעיוני של סעיף 88 לפקודת הנזיקין הוא סעיף 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, הקובע כי כשהורשע המזיק בהליך פלילי, יכול הניזוק להגיש תביעה אזרחית בפני ההרכב אשר מצא את המזיק חייב בפלילים. בירור התביעה האזרחית בפני הרכב שהרשיע את הנאשם אמור לאפשר לניזוק חיסכון רב במשאבים. נראה שהמחוקק סבר כי הואיל והדיון הראיתי באחריותו של המזיק לנוק כבר התקיים בהליך הפלילי, קטן הנטל המוטל על הניזוק להוכיח תביעתו לפיצוי במידה ניכרת, וכי הכרתם של השופטים את עובדות המקרה מבטיחה הליך זריז יחסית ואפשרות של קבלת הפיצוי בתוך זמן קצר. יתרונות אלה מתמרצים את הניזוק לממש את זכותו לפיצוי, וכך להרשעה הפלילית תצטרף הטלת אחריות בנזיקין.⁹

7 כפי שחלקו הראשון של ס' 88 לפקודת הנזיקין מדגיש, עצם העובדה שמעשיו של המעוול עשויים להיות עבירה, אינה בבחינת מחסום מפני הגשת התובענה ("היו העובדות שעליהן מתבססת תובענה על עוולה מהוות עבירה פלילית, לא ישמש הדבר מחסום בפני התובענה"). אולם כשמדובר במעשים העלולים להיות פשע, מחויב בית המשפט לעכב את ההליכים עד להעברת העובדות לידיעת המשטרה.

8 לשון הסעיף, כמו גם פירושו בפסיקה, מתייחסים רק לעיכוב עד שהוכח כי נמסרו העובדות למשטרה (ע"ש 1232/97 (מחוזי נצ') אבו שאהין נ' מדינת ישראל – מנהל מס ערך מוסף, פ"מ התשנ"ח(2) 385, 393 (1998)). ככלל, נקבע שאין מקום לעיכוב הליכים אזרחיים בשל התנהלות הליך פלילי מקביל (רע"א 854/97 לופטין נ' מוניקה תכשיטים בע"מ (פורסם בנבו, 30.4.1997); רע"א 5812/10 גוסב נ' אלקטרה מוצרי צריכה (1951) בע"מ (פורסם בנבו, 9.8.2010) (הדן בתביעת נזיקין); רע"א 896/16 איקיוטק דיגיטל וויזן בע"מ נ' המועצה הישראלית לצרכנות (פורסם בנבו, 4.5.2016).

9 תפיסת המחוקק שלפיה תביעה אזרחית נגררת לפלילים תביא לחיסכון במשאבים ובזמן, אינה נקייה מקשיים. ההנחה שלשופט שהכריע בדיון נודעת עדיפות בשל הכרתו את העובדות אינה בהכרח נכונה, הן בשל ריבוי הסדרי טיעון שבגדרם אין בית המשפט מתוודע לעובדות, והן בשל העובדה שלעיתים חולף זמן רב בין ההרשעה להגשת התביעה האזרחית (תק' 17(ב) לתקנות סדר הדיון האזרחי, התשמ"ד–1984 קובעת כי על התביעה הנגררת להיות מוגשת בתוך "תשעים ימים לאחר שפסק הדין בפלילים הפך לחלוט", וכאשר מוגש ערעור על פסק הדין בפלילים, עלול לחלוף פרק זמן ארוך עד להגשת התביעה). בפועל, מגמת ההתמקצעות בבתי המשפט מביאה לכך שניסיון לשיכוך הליך אזרחי בפני שופט פלילי,

כפי שצינו, הוראות החוק פועלות גם להבטיח אחידות והתאמה בין תוצאות ההליך הפלילי לתוצאות ההליך הנזיקי. סעיף 42א לפקודת הראיות מאפשר לתובעים בהליך אזרחי להסתמך על הכרעות בהליך פלילי אשר היוו בסיס להרשעתו של הנאשם. הוראה זו מצמצמת במידה רבה (או לכל פחות אמורה לצמצם) את הסיכוי כי הנאשם יימצא פטור מאחריות בהליך האזרחי בגין אותן עובדות שבהן הורשע בהליך הפלילי. בהקשר זה הפרוצדורה הקבועה בסעיף 77 לחוק בתי המשפט ממלאת פונקציה דומה. קיום ההליכים האזרחיים בפני אותו הרכב שדן בהליך פלילי מקטין את הסיכוי כי במעבר מההליך הפלילי (שבו הורשע הנאשם) להליך האזרחי יבחר בית המשפט להפוך את החלטתו ויימנע מלהטיל חבות על המזיק.

סעיף 77 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, פועל בדרך נוספת ליצירת זיקה בין חיוב בפלילים להשתתף חובת פיצוי נזיקי. הסעיף מקנה לבית המשפט סמכות לפסוק פיצוי לקורבן (עד לתקרה הקבועה בחוק) במסגרת ההליך הפלילי עצמו. עמדות שונות הובעו בפסיקה באשר לסיווגו המדויק של הסעיף.¹⁰ יש שראו בו סעיף עונשי, ואילו אחרים ראו בו סעיף נזיקי. בין כך ובין אחרת, הדעה המוסכמת בפסיקה קבעה כי יש לעודד את בתי המשפט בערכאות הדיוניות להיעזר בסעיף על מנת להוסיף להרשעה הפלילית גם חבות כספית-אזרחית (כלומר כזו המשתלמת לניזוק ולא לקופת המדינה).¹¹ כפי שציין בית המשפט, צורך זה מתעורר במיוחד במקרים שבהם קיים חשש כי ניזוקים, חרף זכאותם לתבוע פיצוי בהליך הנזיקי, יימנעו מלעשות כן.¹² השימוש בסעיף מאפשר לבית המשפט לחייב את המזיק בפיצוי גם בנסיבות אלה, ובכך מבטיח כי להרשעה הפלילית ינתן ביטוי כספי-פיצויי בלא תלות בהחלטתו של הקורבן אם ליזום תביעה אזרחית. עוד נקבע שהפיצוי שישולם מכוח הוראת סעיף 77 לחוק העונשין ינוכה מפיצוי אזרחי שייפסק, כדי למנוע תוצאה של פיצוי-כפל.¹³ בכך יש כדי להצביע על הזיקה שבין הפיצוי במישור הפלילי לזה שבמישור הנזיקי.

על אילוצי היומן שבהם הוא נתון, עלולה להביא דווקא להתארכות ההליכים. יתרה מזאת, בחוק נקבע כי מי שידון בתביעה האזרחית הוא "השופט או המותב". מכאן, שהדיון האזרחי בעניינו של מי שהורשע בהרכב של שלושה שופטים אמור להידון בפני ההרכב האמור, על כילוי הזמן השיפוטי המיותר הכרוך בכך. על כל אלה יש להוסיף כי ס' 77 לחוק בתי המשפט מוגבל למצב שבו התביעה מוגשת אך ורק נגד העברייני, ואילו מרבית תביעות הנזיקין מוגשות נגד כמה גורמים. נראה שמכלול זה מבא לך שתובעים פוטנציאליים מעדיפים להשתמש בהוראת ס' 42א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, חלף הגשת תביעה נגרת.

10 רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418 (2002).

11 ע"פ 3673/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.3.2016).

12 מתן אפשרות הפיצוי לקורבן העבירה בהליך הפלילי, נובע אף מתוך הכרה בכך שמעטים מבין קורבנות העבירה פותחים בהליכים אזרחיים וממציים את זכויותיהם כנגד העבריינים אשר פגעו בהם או ביקיריהם (ראו ע"פ 3341/14 קוואסמה נ' מדינת ישראל, פס' טו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 3.11.2015) וההפניות שם; עניין אסף, לעיל ה"ש 10, פס' 40 לפסק דינו של השופט חשין; ע"א 8195/09 פלוני ז"ל נ' פלונית, פס' 27 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 20.9.2015); והדיון הנרחב בפסקי הדין של השופטים רובינשטיין וברק-ארז בע"פ 1076/15 טווק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.6.2016).

13 ראו רע"פ 228/05 יאגודיב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 518, 524 (2005).

ב. על החפיפה הפונקציונלית שבין דיני נזיקין לדיני עונשין

העובדה כי לשתי מערכות הדינים – העונשית והנזיקית – תחולה משותפת במגוון מקרים מחייבת תיאום ואיזון בין הסנקצייה הפלילית לסעד האזרחי. צורך זה נגזר מכך ששתי מערכות הדינים מסייעות בפועל במימושן של כמה מטרות מרכזיות של מערכת המשפט. מבלי להיכנס לדיון נרחב במטרות כל אחד מענפי משפט, ניתן להצביע על שלוש מטרות מרכזיות המזוהות (במשותף או בנפרד) עם האחריות הפלילית והאזרחית. כפי שנראה להלן, גם אם חלק ממטרות אלה מזוהות בדרך כלל רק עם אחד מהענפים, הרי שהן לדיני העונשין והן לדיני הנזיקין חשיבות מעשית במימושן של מטרות אלה.

1. **הרתעה:** מטרה מרכזית של המשפט היא לתמרץ מזיקים בכוח להימנע מלהשית נזק בפועל על אחרים. הן דיני נזיקין והן דיני עונשין מטילים "תשלום" על פעולות גורמות נזק. תשלום זה מהווה תמרץ להימנע מגרימת נזק ומפגיעה באחרים.

הספרות המשפטית – כלכלית הציעה כמה רציונליים לקיומן המקביל של שתי מערכות התמריצים בד בבד. לדיני הנזיקין כמה יתרונות יחסיים: ראשית, בשל נטל ההוכחה הקל יותר בהליך האזרחי, דיני הנזיקין מאפשרים להשית אחריות על מזיקים במהירות ובזול לעומת המערכת הפלילית. שנית, דיני הנזיקין אינם דורשים אכיפה ציבורית; הפיצויים המשולמים לניזוקים במקרה של זכייה בתביעה מתמרצים אותם לפעול ישירות נגד המזיקים ולהוכיח את חבותם. שלישית, הפיצויים עצמם אינם כוללים הוצאה ציבורית, והם אך תשלומי העברה. זאת בניגוד לעונשי מאסר פליליים, המחייבים קיומה של מערכת ענישה יקרה. נוסף על זה, עונשי מאסר פוגעים ברווחה החברתית בשל הוצאתם של הכלואים ממעגל העבודה.

מנגד, ענישה פלילית נהנית מיתרונות אחרים: ראשית, בשל מגבלות על היכולת לשלם המערכת הנזיקית עשויה שלא להרתיע מזיקים בעלי הון מוגבל. עונשי מאסר מאפשרים להגדיל במידה רבה את יכולתה של מערכת המשפט לגבות "תשלום" גם ממזיקים אלה. שנית, על אף התמריצים הפרטיים של ניזוקים לתבוע בנזיקין, לא תמיד הם אכן תובעים בפועל. עלויות משפט גבוהות, חיסרון במידע, קיומם של יחסים הייררכיים וכד' – כל אלה עלולים לגרום לניזוקים להימנע מלבקש את יומם בבית המשפט. במקרים אלה המדינה, באמצעות המערכת הפלילית, פועלת להטלת אחריות. לבסוף, קיומו של מנגנון ביטוח עלול לפגוע באפקט ההרתעה של האחריות בנזיקין. ייתכן שמזיק פוטנציאלי היודע כי חברת הביטוח תשלם על הנזק שיגרום (או על חלק גדול ממנו), יעדיף שלא להשקיע באמצעי זהירות רצויים.¹⁴ האיום בעונש פלילי (כמו גם הגינוי הכרוך בהרשעה) מאפשר להתגבר על בעיה זו.

חרף ההבדלים ביניהם, במקרים רבים שתי מערכות הדינים חלות יחדיו. כאמור, עבירות פליליות רבות הן אף עוולות בנזיקין, ואותו מעשה נזק עשוי להוביל הן להליך פלילי והן

14 מטבע הדברים אי אפשר להעניק כיסוי ביטוחי למעשים פליליים שנעשו במתכוון, ותוצאותיהם במישור הנזיקי מוחרגות בדרך כלל מהכיסוי בפועל. במקרים שבהם מעשה הנזיקין הוא גם עבירה פלילית – תחול השפעתו הממתנת של הביטוח על ההרתעה, בעיקרו של דבר, בעבירות המושתתות על התרשלות או על אחריות קפידה.

להליך נזיקי. במצב עניינים זה קיימת חפיפה בין תמריצי ההרתעה העונשיים לנזיקיים. כשקיימת תחולה של שני הענפים בעת ובעונה אחת נדרשים איזון והתאמה בין הסנקצייה הפלילית לסעד האזרחי. בית משפט המבקש ליצור הרתעה אופטימלית נדרש להתחשב באפקט הכולל של שני הענפים גם יחד. קביעה של עונש פלילי, בהתעלם מכך שעל הנאשם מוטלת גם חובת פיצוי בנזיקין, תביא להרתעת יתר. וכך גם בכיוון ההפוך: על בית המשפט המעריך את חבותו של המזיק בהליך האזרחי להביא בחשבון את התמריץ המקביל הקיים בהליך הפלילי.

2. גמול: תכלית זו, כידוע, מזוהה במובהק עם ההליך הפלילי. תפיסות דאונטולוגיות מצדיקות הענשת עבריינים כמטרה מוסרית עצמאית, במנותק משיקולים תוצאתניים כמו מניעה או הרתעה. למרות הזיהוי המקובל בין דיני עונשין לשיקולי גמול, קביעת שיעור הגמול ההולם בגין מעשה עברייני איננה יכולה להיעשות במנותק מהפיצוי הנזיקי שהעבריין משלם. הן הסנקצייה הפלילית והן הפיצוי האזרחי, בהיבט הפונקציונלי, מטילים על העבריין נטל בגין הנזק שהלה גרם לניזוק-קורבן.¹⁵

לשם המחשה, חשבו על מקרה שבו הגמול ההולם בגין עבירה מסוימת אשר גרמה לקורבן נזק של מיליון ש"ח הוא שלוש שנות מאסר. כן הניחו כי מבחינה חברתית האפקט הגמולי של שנת מאסר זהה לזה של קנס בשיעור של מיליון ש"ח. השתת עונש של שלוש שנות מאסר על העבריין, בהתעלם מכך שעל העבריין מוטלת גם חובת פיצוי לניזוק בסך מיליון ש"ח, משמעה סנקצייה החורגת משיעור הגמול הראוי. הואיל ונקודת המבט הגמולית מתמקדת בעבריין, זהות מקבל התשלום (קופת המדינה או הקורבן) נראית כבעלת משמעות פחותה. הפיצוי הנזיקי אפוא הוא בעל אפקט גמולי זהה לקנס. לכן גם במישור הגמולי נדרש איזון בין ההליך הפלילי להליך האזרחי. ככל שהסנקצייה הפלילית גבוהה יותר, הצורך בקביעת פיצויים בהליך האזרחי הולך וקטן. ולהפך, הטלת פיצויים בהליך האזרחי מקטינה את הצורך בענישה פלילית.

ביטוי לקשר במישור הגמולי שבין הסעד הנזיקי לסנקצייה הפלילית הוא המשקל שוועדות שחרור מוקדם מעניקות למתן פיצויים.¹⁶ אחד הפרמטרים ששוקלת הוועדה,

15 על אף הזיהוי בין שיקולי גמול לדיני עונשין, ניתן למצוא הקשרים שונים בנזיקין שבהם לשיקולי גמול משקל חשוב. דוגמאות בולטות בהקשר זה הן: השתת פיצויים עונשיים במקרים של התנהגות עוולתית חמורה; הדוקטרינה של "מעילה בעת עוולה"; שלילת זכאותם של מעוולים בעלי אשם חמור מלהעלות טענות הגנה כנגד הניזוק; ומבחינה חלוקת הנזק שבין מעוולים במשותף (המבוססים על השוואת אשמתם המוסרית של המעוולים). ראו לדוגמה ע"א 477/85 בוארון נ' עיריית נתניה, פ"ד מב(1) 415 (1988); ע"א 7008/09 עבד אל רחים נ' עבד אל קאדר (פורסם בנבו, 7.9.2010). בכל אחד מהקשרים אלו, לשיקולי גמול תפקיד חשוב בהכרעת בית המשפט. ראו להלן ניתוח מפורט יותר ביחס לחלק מדוגמאות אלו. לדיון מעמיק במעמד של שיקולי גמול במסגרת דיני הנזיקין ראו Ronen Perry, *The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory*, 73 TENN. L. REV. 177 (2006).

16 ראו ס' 9(1) לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001; יפעת ביטון "בין נזיקין לעונשין או בין הנזק ועונשו? דילמות מבניות, דיוניות ותפקודיות בייצוג נפגעות תקיפה מינית" **עיוני משפט** לו 657, 699 (2015) (ביטון מציעה כי תשלום פיצוי במסגרת הליך אזרחי ישמש עדות לשיקום האסיר, ואחת מאמות המידה לשחרור מוקדם).

השמה דגש גם על שיקולי גמול, היא אם העברייין פיצה את הקורבן על נזקיו.¹⁷ עבריינים הנמנעים מלשלם את כספי הפיצויים אפשר שלא ייהנו משחרור מוקדם, והם צפויים אפוא לעונשי מאסר ארוכים יותר.

3. פיצוי: הטבת נזקיו של הניזוק היא תכלית המזוהה במובהק עם דיני הנזיקין. באמצעות חובת הפיצוי שהם מטילים על המזיק דיני הנזיקין מעניקים לניזוק תמורה כספית לפי מידת הנזק שסבל ובכך מביאים (לפחות פורמלית) ל"הטבתו" של הנזק. במבט ראשון נראה כי בכל האמור במימוש תכלית הפיצוי, אין חפיפה פונקציונלית בין דיני נזיקין לדיני עונשין. דיני נזיקין לבדם הם שמאפשרים את השבת המצב לקדמותו.

אולם מסקנה זו מתעלמת מההבחנה בין ראשי הנזק השונים. דיני נזיקין אכן פועלים לבדם בהקשרם של ראשי הנזק הממוניים, קרי "פגיעה בכושר השתכרות" ו"הוצאות" (על מרכיביהם השונים). הפיצוי הכספי בנזיקין הוא שמיטיב נזקים אלה ו"מאיין" את תוצאות פעולתו העוולתית של המזיק. העונש הפלילי המוטל על המזיק-עברייין, בין שמדובר בעונש מאסר ובין שמדובר בקנס, אינו משפר את מצבו הכלכלי של הניזוק ולכן אינו מפצה אותו על האובדן בראשי הנזק האמורים.

לא כך כשמדובר בראש הנזק הלא ממוני של "כאב וסבל", המתייחס לנזק הנפשי של הניזוק הנגרם מההתנהגות העוולתית של המזיק.¹⁸ היקפו של ראש נזק זה תלוי, בין השאר, בהתנהגותו של המזיק לאחר גרימת הנזק.¹⁹ הפגיעה ברגשותיו של התובע עשויה להצטמצם כאשר הנתבע מכיר בחבותו ובאחריותו לנזק שגרם. היא עשויה להצטמצם אף יותר כאשר המזיק מביע חרטה על מעשיו. כך לדוגמה, חוק איסור לשון הרע קובע כי בחישוב הפיצוי המגיע לתובע שנגדו פורסמו הדברים הפוגעניים, התנצלות הנתבע היא נסיבה שעשויה

17 ס' 19(1) לחוק שחרור על תנאי ממאסר, מתייחס אך לשאלה אם האסיר שילם "קנס או פיצוי לפי סעיף 77 לחוק העונשין, שהוא חויב בהם בגור הדין כאמור", ואינו כולל התייחסות לפיצוי אזורי. ניתן לראות קביעה זו שבחוק כמתייחסת אך ורק לשאלה אם האסיר ביצע את כל המוטל עליו מכוח גזר הדין. פרשנות לשונית זו, אינה עולה בקנה אחד עם הפרשנות שוועדות השחרור נותנות לסעיף – המתייחסות לתשלום הפיצוי כאל: "פן בביטוי של קבלת אחריות ואי התשלום גורע מהבעת החרטה ומקבלת האחריות" (וש"ק 14-09-13991, מיום 31.1.2017). בפועל, מעניקות ועדות השחרור המוקדם משקל לתשלום כל פיצוי שהועבר לקורבן, אם במסגרת הליך פלילי, אזרחי או אף הסכם סולחה (אף שאלה מובאים במסגרת עמדת נפגעי העבירה, ככל הנראה מהטעם הפורמלי הנעוץ בלשון סעיף 19(1) לחוק שחרור על-תנאי ממאסר). נראה שיש בכך משום יציקת תוכן הולם למינוח שבירשה לסעיף – "אם ראוי אסיר לשחרור על תנאי". לדיון נרחב, ראו רע"ב 3749/17 סטצנקו נ' בית המשפט המחוזי מרכז לוד (פורסם בנבו, 27.3.2018).

18 שלא כנזק הלא-ממוני שנובע מתוצאות הפגיעה הפיזית – אשר אינו מושפע מטיב ההתנהגות שגרמה לפגיעה.

19 ראו גם ע"א 4576/08 בן-צבי נ' היס, פס' 42 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 7.7.2011): "הגברת נזקו של הניזוק עלולה להתרחש גם עקב התנהגותו של המזיק סביב המעשים העוולתיים הישירים, שניתן לראותם גם כהתנהגות 'נלווית' להתנהגות העוולתית". הדוגמה שמביא השופט ריבלין עוסקת במזיק, שלאחר התנהגותו העוולתית פועל להסתיר את הנזק שגרם. התנהגות זו מעמיקה את סבלו של הניזוק, ולפיכך להגדלת היקף הפיצוי בראש הנזק הלא-ממוני.

להביא להפחתת שיעור התשלום.²⁰ בדומה לזה, להתנצלות המזיק עשויה להיות השפעה על זכאותו של הניזוק לפיצוי עונשי.²¹ כידוע, מרבית ההליכים הפליליים מסתיימים בעסקת טיעון. עסקאות אלו כוללות כעקרון הכרה והודאה של הנאשם בנזק שגרם לקורבן. הן לעיתים כוללות אף התנצלות והכאה על החטא מצד הנאשם. ההליך הפלילי עשוי לפיכך להשפיע, גם אם בעקיפין, על היקף הפיצוי בראשי הנזק הלא ממוניים. כמו כן האפשרות לפסיקת פיצוי בהליך הפלילי במסגרת סעיף 77 לחוק העונשין, שעליו עמדנו לעיל, היא ממד נוסף שבו דיני העונשין עשויים להשפיע ישירות על שיעור הפיצוי הנקבע בהליך הנזיקי.

הדיון התמציתי לעיל מצביע על הקשרים שונים שבהם ניתן לראות את דיני הנזיקין ואת דיני העונשין ככלים שלובים. הם פועלים יחדיו למימושן בפועל של כמה מטרות מרכזיות של המשפט, אף אם בעוצמה משתנה.²² כך באשר למטרות המזוהות עם שני הענפים גם יחד (הרתעה), אך כך גם באשר לתכליות שנהוג לשייכן לאחד הענפים בלבד (גמול ופיצוי).

20 ראו ס' 19(4) לחוק איסור לשון הרע.

21 ראו Alamo National Bank v. Kraus, 616 S.W.2d 908, 910 (Tex. 1981); Jonathan R. Cohen, *Advising Clients to Apologize*, 72 S. CAL. L. REV. 1009 (1999).

22 לדיון רחב יותר על יחסי הגומלין שבין דיני העונשין לדיני הנזיקין ראו לדוגמה John C. Coffee, *Does "Unlawful" Mean "Criminal"? Reflection on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, 71 B.U. L. REV. 193 (1991); Leo Katz, *A Look at Tort Law with Criminal Law Blinders*, 76 B.U. L. REV. 307, 308 (1996). שאלת טיבם של יחסי הגומלין בין דיני העונשין לדיני הנזיקין נדונה, בהקשרים שונים, גם בספרות המשפטית בישראל. דיון מקיף בסוגיה זו חורג ממטרת המאמר – שעניינו במגמה מסתמנת אפשרית להתייחסות בית המשפט למעמד הדין הפלילי בהקשר הנזיקי, ובהצעת הצדקה אפשרית למגמה זו. לכתיבה נוספת העוסקת בהיבטים שונים של יחסי הגומלין בין דיני העונשין לדיני הנזיקין ראו לדוגמה גבריאל קלינג "אכיפת הוראות ענשיות באמצעות דיני הנזיקין" הפרקליט לא 431 (1977) (העוסק בהסדרים משפטיים שונים המאפשרים הטלת סנקציות עונשיות באמצעות דיני הנזיקין, כביטוי לסלידה מפעילות של אחד הצדדים הנתפסת כפסולה. המאמר מבקר שימוש זה בדיני הנזיקין, ככלי לענישת עבריינים); רונן פרי ויהודה אדר "פיצויים עונשיים כתביעה אורחית נגדרת להרשעה בפלילים" דין ואומר טז 16 (2010) (הערת פסיקה שבגדרה עוסקים הכותבים בכמה קשיים שמעורר הכלי של פסיקת פיצוי עונשי כתביעה אורחית נגדרת להרשעה פלילית). לדיון מקיף בסוגיית הפיצוי העונשי במישור האזרחי ראו יהודה אדר **התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשס"ד); והשוו בהקשר זה: יצחק אנגלרד, אהרון ברק, מישאל חשין וגד טדסקי **דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית** 579 ואילך (מהדורה שנייה, ג' טדסקי עורך, התשל"ז); גבריאלה שלו ויהודה אדר "תרופות בשל הפרת חיוב – מבט על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש" **קריית המשפט** ו 185, 223 (התשס"ו); יהודה אדר "מגמות ותנודות בדין החוזים הכללי – ישראל 2010" **דין ודברים** ו 41, 76–84 (2011). ראו גם יפעת ביטון "בין נזיקין לעונשין או בין הנזק ועונשו? דילמות מבניות, דיוניות ותפקודיות בייצוג נפגעות תקיפה מינית" **עיוני משפט** לו 657 (2015) (העוסק באפשרות להגשת תביעות אזרחיות מטעם נפגעות תקיפה מינית, ועומד על המתח שבין דיני הנזיקין לעונשין ועל ההשפעה האפשרית של ניהול הליך אזרחי במקביל להליך פלילי, לאחר מיצוי הליך פלילי, או כאשר ההליך הפלילי לא מוצה). לדיון בהיבט מצומצם יותר של היחס שבין נזיקין לעונשין ראו גם יפעת ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין: חשיפתם, שינויים, הרחבתם" **המשפט** טז 53, 71–74 (2011).

במקרים רבים דיני עונשין ודיני נזיקין הם בעלי תחולה פונקציונלית מקבילה. במצבים אלה נדרשים איזון והתאמה בין תוצאות כל אחד מההליכים. החלק הבא יבחן את האופן בו בית המשפט החיל את הדין הפלילי בקונטקסט הנזיקי.

ג. עונשין ונזיקין בפסיקת בית המשפט

השאלה איזה משקל ראוי לייחס בנזיקין לעובדה כי התנהגות הצדדים היא פלילית עשויה להתעורר בכמה מצבים: ראשית, התנהגותו של המזיק עלולה להיות פלילית. במקרה זה יש לקבוע כיצד נתון זה משפיע על נכונותו של בית המשפט להגדיר את ההתנהגות כעוולתית ובת־חבות בנזיקין. כמו כן התנהגות פלילית של המזיק יכולה להשפיע על יכולתו להעלות טענות הגנה נגד התובע בהליך בנזיקין; שנית, התנהגות הנזיקין יכולה גם היא להיות פלילית. במקרה זה עולה השאלה אם דיני הנזיקין כלל מוכנים להקנות לניזוק זכות פיצוי חרף האשם הפלילי הטבוע בהתנהגותו; שלישית, להיבט הפלילי של התנהגות הצדדים יכולה להיות השפעה על גובה הפיצוי. כפי שנראה להלן, בית המשפט התייחס לכל אחד מהמצבים האמורים, תוך שהוא מחליש את הזיקה שבין האחריות בפלילים לאחריות בנזיקין.

בטרם נעמוד על פסיקת בית המשפט ראוי להבהיר את כוונתנו במינוח "התנהגות פלילית" בהקשר שבו אנו דנים. הואיל והדין הפלילי עוסק בעיקרו במעשים מכוונים, אנו מתמקדים במקרים שבהם פעילותו העוולתית של המזיק נעשתה בזדון. כך למשל, מזיק הנמצא חייב בתרמית (מעשה מכוון של הונאה) הוא מקרה בו מוטלת אחריות בנזיקין והמעשה האמור מהווה אף עבירה פלילית. באופן פורמלי, ייתכן והמזיק טרם הורשע בפלילים שכן ההליך הפלילי בעניינו טרם הסתיים. ייתכן אף שהמזיק יימצא בסופו של דבר זכאי בשל סיבות חיצוניות למעשה עצמו. ואולם לעניינו, מאחר שאנו מתמקדים במעמדו של הדין הפלילי בהקשר הנזיקי, חשוב האופן בו סווג המקרה על ידי בית המשפט האזרחי. ככול שהלה סבור כי התנהגות המזיק (או הנזוק) היא פלילית או נוטה להיות כזו בהסתברות גבוהה, הרי שהכרעת בית המשפט בתיק תשקף האם, ואיזה משקל, יש לייחס לעובדה זו בתביעה האזרחית.

1. התנהגות פלילית מצד המזיק – קביעת אחריות

היותה של התנהגות המזיק פלילית ומידת חשיבותה של עובדה זו בקביעת אחריותו לנזק נדונו בהקשרן של שתי העוולות המרכזיות בנזיקין: רשלנות והפרת חובה חקוקה. בעוולת הרשלנות הסוגיה התעוררה באשר ליסוד ההתרשלות, קרי באפשרות להשתמש בהוראת החוק הפלילי שהופרה כאינדיקציה לחוסר סבירות התנהגותו של המזיק. בעוולת הפרת חובה חקוקה התעוררה הסוגיה באשר לסיווגם של סעיפי חוק העונשין כ"חובה חקוקה", שהיא אחד מיסודות העוולה.

(א) רשלנות

כאמור, במסגרת הערכת סבירות התנהגות המזיק נדרש בית המשפט לקבוע אם די בעובדת היותה של ההתנהגות עבירה פלילית כדי לאפיין אותה כהתרשלות. השאלה נדונה בכמה פסקי דין מוקדמים של בית המשפט העליון, ועמדות השופטים נחלקו לשני מחנות. חלק סברו כי התנהגות פלילית היא כשלעצמה התרשלות, ואילו אחרים קבעו כי לא כל התנהגות פלילית משמעה התנהגות בלתי סבירה.²³

המחלוקת בשאלה זו שבה והתעוררה בשני פסקי דין מרכזיים: האחד בראשית שנות השמונים – עניין ועקנין²⁴ – והשני בתחילת שנות האלפיים – עניין לרנר.²⁵ בשניהם קבע בית המשפט כי אין זיקה אוטומטית בין התנהגות פלילית להתרשלות. גם כאשר התנהגות המזיק מנוגדת להוראת חוק עונשית, עדיין יכול שההתנהגות תוגדר כסבירה (בהקשר הנזיקי), ולפיכך לא תוטל בגינה חבות על המזיק.

בעניין ועקנין נדונה תביעה בגין נזק גוף אשר נגרם לנער בבריכת שחייה אשר בעליה ומנהליה של הבריכה לא הפעילו אותה כנדרש לפי תקנות רישוי עסקים (תנאי תברואה נאותים לבריכות שחייה), התשל"ג–1973 (התנהגות המהווה עבירה פלילית לפי סעיף 14 לחוק רישוי עסקים, התשכ"ח–1968). באשר ליחס שבין הפרת הוראה בחוק לבין קביעת יסוד ההתרשלות קבע בית המשפט כי לא "כל הפרת חובה חקוקה מהווה ממילא התרשלות", וכי "אין זיהוי בין המידה החקיקתית לבין המידה הנדרשת ברשלנות".²⁶

בעניין לרנר נדונה תביעה בגין נזקי גוף אשר נגרמו לתובעים מידי של חיללי צה"ל שנעשה בניגוד להוראות הפתיחה באש (עבירה פלילית לפי חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955). בית המשפט הבהיר כי "מהיעדר חפיפה מלאה בין חובת הזהירות הנזיקית לבין חובת הציות להוראת הפתיחה באש נובע כי תיתכן פעולה רשלנית שאינה מפרה את ההוראות הפתיחה באש, כשם שתיתכן פעולה סבירה המפרה הוראות אלה".²⁷

בפסיקה מאוחרת היה מי שביקש לערער על ההלכה שנקבעה בשני פסקי הדין. השופטת דורנר הביעה בכמה הזדמנויות את עמדתה כי בכל האמור בגדרה של עוולת הרשלנות הפרה של הוראה פלילית (כמו גם הוראות חוק אחרות) מהווה התנהגות בלתי סבירה.²⁸ ואולם עמדה זו לא זכתה לתמיכה. בכמה פסקי דין מן השנים האחרונות צוטטה בהסכמה ההלכה שנקבעה בעניין ועקנין ובעניין לרנר.²⁹

23 ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 529 (2012).

24 ע"א 145/80 ועקנין נ' מועצה מקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982).

25 ע"א 3889/00 לרנר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 314, 304 (2002).

26 ראו עניין ועקנין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 139 (שם הוטלה אחריות על הנתבעים לאחר שבית המשפט מצא את התנהגותם בלתי סבירה). בפסיקה שלאחר עניין ועקנין, נמנע בית המשפט מלהטיל אחריות ברשלנות גם על נתבעים אשר פעילותם הייתה פלילית, ראו לדוגמה ע"פ 84/85 ליכטנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 141 (1986).

27 ראו עניין לרנר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 314.

28 ראו גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות, לעיל ה"ש 23, בעמ' 531–532.

29 שם.

(ב) הפרת חובה חקוקה

לצד עוולת הרשלנות הכללית, פקודת הנזיקין כוללת עוולה ספציפית העוסקת בגרימת נזק ממעשה לא חוקי. עוולת הפרת חובה חקוקה, הקבועה בסעיף 63 לפקודה, מקנה לנפגע זכות תביעה בנזיקין נגד מי שפעל בניגוד להוראות חוק, ואותה התנהגות הובילה להתרחשות הנזק.

היקף תחולתה של העוולה, בשים לב לחוקים שעליהם ניתן להתבסס כ"חובה חקוקה", נדונה אף היא בהרחבה בפסק הדין בעניין ועקנין. אחד מתנאי הסף החשובים של העוולה הוא המגבלה באשר לסוגי החיקוק שעל פיהם יכול התובע לבסס את עילתו. הוראות החוק שתכליתן "ציבורית" בלבד אינן נכללות בגדר העוולה, ואי אפשר לתבוע באמצעותן במסגרת סעיף 63 לפקודת הנזיקין.

בפסק הדין ועקנין עמד השופט ברק על משמעותה של הגבלה זו ועל דרך סיווגן של הוראות חוק כ"ציבוריות". ראשית נקבע כי חקיקה בעלת פונקצייה דואלית – ציבורית ופרטית – נכללת בתחומי העוולה. לפיכך הוראות חוק הפועלות לטובת הציבור ככלל, אך מועילות גם לפרטים ספציפיים, נחשבות הוראות חוק "פרטיות" ולפיכך נכללות בגדר העוולה. שנית, נפסק כי חקיקה ציבורית היא רק זו הבאה "להגן על האינטרסים של המדינה, של הממשלה, ושל מירקם החיים הקולקטיביים ואורחות חיי האומה". בהקשר זה הביא השופט ברק שתי דוגמאות (פליליות) לחקיקה שכזו: האחת, החובה להשתתף בבחירות; השנייה, האיסור הקבוע בחוק העונשין על בגידה.

ראוי להדגיש כי כל אחת מהדוגמאות עניינה איסור פלילי לא שגרתי. עבירת הבגידה היא עבירה נדירה שמעטים מאוד המקרים שבהם מוגש בגינה כתב אישום. הדוגמה השנייה – החובה להצביע בבחירות – חריגה אף יותר. ראשית, לא קל לדמיין כיצד כלל ניתן להגיש תביעה בנזיקין בגין הפרה של חובה זאת. שנית, חובה כאמור אינה קיימת בשיטת המשפט הישראלית, והיא נדירה במשטרים דמוקרטיים.³⁰ הבחירה בשתי דוגמאות "אקזוטיות" מתוך הרשימה הארוכה של איסורים פליליים מרמזת כי הפסיקה בעניין ועקנין לא ראתה ברוב המוחלט של העבירות הפליליות הוראות חוק "ציבוריות". ואכן, פסק דין ועקנין היווה תשתית לפסיקה מאוחרת אשר השתמשה בחוק הפלילי בתביעות על פי סעיף 63 לפקודת הנזיקין. בתביעות אלה הסתמכו בתי המשפט על סעיפים שונים מחוק העונשין לצורך פסיקת פיצויים במגוון מקרים של גרימת נזק.³¹

כאמור, בעניין דבוש נדרש בית המשפט שוב לשאלת תחולתה של העוולה במקרים שבהם החיקוק שהופר הוא בדין הפלילי. הנתבעת בעניין דבוש, מפעילה של אתר מכירות שהיה על פי הטענה מסווה לאתר הימורים, נתבעה בידי משתמשי האתר בגין הכספים

30 ראו Laura Santhanam, 22 Countries where Voting is Mandatorily, PBS (Nov. 3, 2014), <https://to.pbs.org/2EEZxRw>.

31 ראו עמ"ש (מחוזי חי') 23464-10-09 א' ש' נ' ד' ש' (פורסם בנבו, 6.10.2011) (ס' 287 לחוק העונשין); ת"א (שלום הרצ') 3293/01 מ.ש.נ' י.ג. (פורסם בנבו, 13.11.2006) (ס' 249 לחוק העונשין); ת"א (שלום חי') 11787/06 יובל אלון חברה לבניין בע"מ נ' טבריה איתן (פורסם בנבו, 3.6.2007) (ס' 452 לחוק העונשין).

ששילמו.³² התובעים, בין יתר העילות, התבססו על העוולה של הפרת חובה חקוקה בהסתמך על סעיף 244 לחוק העונשין האוסר על קיום משחקי מזל. בהחלטתו לדחות את התביעה קבע השופט מזוז בהקשר של הפרת חובה חקוקה כי "אין לייחס ככלל להוראה עונשית כוונה להעניק תרופה נזיקית בגין עצם הפרתה", וכן כי "חלק ניכר של העבירות הפליליות הן כאלה שנועדו להגן על אינטרסים ציבוריים".³³ קביעה זו, שלפיה מרבית ההוראות בחוק העונשין הן חיקוקים "ציבוריים", פירושה כי בכל האמור בעילה של הפרת חובה חקוקה, במרבית המקרים לא יתאפשר לניזוק מאירוע פלילי להסתייע בסעיף 63 לפקודת הנזיקין לצורך תביעת פיצויים. קביעה קטגורית זו של השופט מזוז בולטת במיוחד על רקע "תנאי השסתום" של סעיף 63 לפקודת הנזיקין, המקנים לבית המשפט שיקול דעת רחב בהחלת העוולה. במסגרת תנאי הסעיף נדרש התובע להוכיח כי הנזק שנגרם לו הוא "הנזק שמפניו בא החיקוק להגן", וכן שהסעיף לא "התכוון לשלול את הפיצוי בנזיקין". תנאים אלה מקנים לבית המשפט שיקול דעת רחב בהחלתה של העוולה. החלטתו של השופט מזוז – אשר חרף קיומם של תנאי השסתום האמורים קבע כי הוראות פליליות הן ככלל חיקוקים ציבוריים – מצטיירת אפוא כעמדה עקרונית, כזו המבקשת ליצור הפרדה בין הדין הפלילי לנזיקי. פסיקתו של השופט מזוז בהקשר זה היא דעת יחיד, וראוי לציין שסוגיה זו לא הוכרעה במסגרת פסק הדין. השופטת ברק-ארוז הציגה עמדה נוגדת לפיה אין מניעה עקרונית להשתמש בהוראות חוק פליליות לצורך סעיף 63 לפקודת הנזיקין (בהתאם לפסק דין ועקנין), ואילו השופט דנציגר בחר שלא להכריע והשאיר את השאלה לדיון עתידי.

2. התנהגות פלילית מצד המזיק – האפשרות להעלות טענת אשם תורם

במצבים שבהם הנזק הוא תולדה של התנהגות עוולתית של המזיק והניזוק גם יחד קיימים שלושה כללים משפטיים אפשריים: שני כללי "קצה", כלומר כללים המטילים את מלוא האחריות על אחד הצדדים – המזיק או הניזוק – וכלל "אמצע" המביא לחלוקת האחריות בין השניים.

במקרים של רשלנות הדדית תמכו דיני הנזיקין המסורתיים ביישומם של כלל קצה המטיל את מלוא האחריות על הניזוק. כלל זה שיקף תפיסה של "ידיים נקיות", המתנה את זכאותו של הניזוק להטבת נזקיו בהקפדה עצמית על סטנדרטים ראויים של זהירות.³⁴ לפיכך לפי הגישה המסורתית, מזיק אשר הוכיח קיומו של אשם תורם מצד הניזוק נפטר כליל מהחובה לשלם פיצויים בגין הנזק שגרם.³⁵ עם השנים רוכך הכלל, ודוקטרינת ה"אשם תורם" פורשה

32 באתר נקבע בגין כל פריט מחיר מרבי (גלוי) שנפל בהרבה ממחירו הריאלי. כל משתתף נדרש לשלם בגין השתתפות במרכז, והזוכה היה מי שהציע את התשלום הגבוה ביותר, ובלבד שאותו תשלום לא הוצע בידי משתתף אחר. בשל התנאי האחרון, ההכרעה בדבר זהות הזוכה נקבעה במידה רבה על בסיס אלמנט הסתברותי מובהק.

33 ראו עניין דבוש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 15.

34 ראו למשל (James Fleming Jr., *Contributory Negligence*, 62 YALE L.J. 691, 699 (1953)).

35 ראו DAN B. DOBBS, PAUL T. HAYDEN & ELLEN M. BUBLICK, *THE LAW OF TORTS* § 225 (2nd ed. 2017).

כהגנה יחסית בלבד. מרבית שיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות מחילות כיום את כלל ה"אמצע" המחלק את הנזק בין המזיק לניזוק.³⁶ עם זאת, בין תחת הכלל המסורתי ובין תחת הגישה המודרנית, ההכרה בזכותו של המזיק להתגונן בטענה של אשם תורם הוגבלה למקרים בהם התנהגותו הייתה בלתי מכוונת. סעיף 481 של ה- RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS קובע מפורשות כי –

The plaintiff's contributory negligence does not bar recovery against a defendant for a harm caused by conduct of the defendant which is wrongful because it is *intended* to cause harm to some legally protected interest of the plaintiff or a third person.

שורשיו של סעיף זה נעוצים בתפיסה כי הן במונחי צדק מתקן והן מבחינה תועלתנית אין לאפשר התנהגויות שתכליתן המכוונת היא גרימת נזק. מקרה שכיח של מעשי נזק מכוונים הוא מעשי עבירה פליליים. לפי העיקרון האמור נשללה זכאותם של נתבעים שפעולתם העוולתית הייתה מעשה פלילי מכוון מלהעלות טענות של אשם תורם, ולמעשה הופעל כלל "קצה" נגד מזיקים כל אימת שהתנהגותם נעשתה בזדון. על המזיק הוטלה אחריות למלוא הנזק שנגרם בשל פעולתו המכוונת גם אם הניזוק מצידו פעל ברשלנות.³⁷

סוגיית תחולתה של הגנת האשם התורם מקום שבו פעל המזיק במכוון נדונה לאחרונה, באופן תקדימי, בפרשת אפל.³⁸ בפרשה זו נתבע מר אפל בבית המשפט המחוזי בגין כספים שקיבל במרמה ממדינת ישראל על סך של יותר מ-40 מיליון ש"ח. אחת מטענות ההגנה של אפל התמקדה בהתנהגותה הרשלנית של המדינה. לטענתו של מר אפל, נציגי המדינה נהגו ברשלנות, ולו היו נוהגים במקצועיות ובודקים את הטפסים שהגיש היו מגלים את מעשי המרמה על נקלה, ובכך היה נמנע הנזק. בית המשפט המחוזי קיבל את טענת האשם התורם האמורה והפחית את סכום הפיצוי ב-50% (!) וכך נקבע שסכום הפיצוי שאפל נדרש לשלם היה כ-20 מיליון ש"ח בלבד.

בדיון בערעור הפך בית המשפט העליון את פסק דינו של המחוזי וחייב את אפל להשיב את כלל הכספים ששלשל לכיסו. עם זאת כל שלושת שופטי ההרכב הכירו בתחולתה של

36 התפיסה שלפיה מטרת האשם התורם היא הקצאת האחריות הנויקית על פי חלקה היחסי, באה לידי ביטוי ב- § 10, comment (a) to RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS (APPORTIONMENT OF LIABILITY) (ALI 2000) p.101 (שבמסגרתו נערך דיון במאוחד – הן בסוגיית הטלת אחריות בנפרד על מעוולים במשותף, והן בסוגיית האשם התורם). גישה זו באה לידי ביטוי גם במסמך העקרונות של דיני הנוזיקין האירופיים (European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law (2005)), שבגדרו נקבע (בס' 101:8) כי בחינת האשם התורם תבחן את אשמתו (fault) של הניזוק בדרך דומה לזו שבה היה נבחן אשמו לו היה הוא המזיק ("if he were the tortfeasor") (ראו גם Kit Barker & Jenny Steele, *Drifting Towards Proportionate Liability: Ethics And Pragmatics*, 74 C. L. J. 49, 63, 66 (2015)). נוסח סעיף 68 לפקודת הנוזיקין, שאומץ בשנת 1947, והמחיל משטר של כלל "אמצע", נעשה בהתאמה עם המגמה האמורה במשפט האנגלו-אמריקאי בנוגע להגנת האשם התורם.

37 ראו לדוגמה ע"פ (מחוזי חי') 18147-04-12 המוסד לביטוח לאומי נ' תענך (פורסם בנבו, 3.8.2016). למצב שבו מוקדה עוקצה של קביעה זו בשל התנהלות דומה של הצד שכנגד, שתקף ראשונה את המזיק, ראו ע"א 231/67 להריך נ' ונגלוביץ, פ"מ כא(2) 656 (1967).

38 ע"א 9057/07 אפל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.4.2012) (להלן: עניין אפל – עליון).

הגנת האשם התורם גם במקרים של מעשי נזק שנעשו במתכוון. שופטי ההרכב חלקו באשר ליישום הקונקרטי של הדוקטרינה במקרים אלה, אך כאמור דחו את גישת ה-RESTATEMENT. בפסק דינו הציע השופט מלצר להחיל את הדוקטרינה לפי העיקרון "שלא יצא חוטא נשכר".³⁹ בהקשר זה הבדיל השופט מלצר בין שלושה מקרי הנזק: הראשון, מקרים שבהם הפעילות המזיקה מריעה את מצבו של הניזוק אך אינה מיטיבה עם המזיק עצמו. דוגמה מייצגת לסיטואציה זו היא תאונת דרכים; השני, מקרי נזק שבהם הפעילות מיטיבה עם המזיק אך בשיעור קטן מההפסד שהיא גורמת לניזוק. דוגמה לכך היא יצרן שאינו משקיע באמצעי זהירות ובכך חוסך את עלותו, אך הנזק שנגרם מכך גדול מסכום החיסכון; השלישי, מקרים שבהם הפעילות המזיקה מיטיבה עם המזיק בשיעור זהה להפסד שהיא גורמת לניזוק. דוגמה מייצגת לסיטואציה כאמור היא קבלת כספים במרמה, בדומה למקרה אפל. הרווח שהמזיק גוזר מפעולתו הוא בשיעור זהה להפסד שממנו סובל הניזוק.

על מנת למנוע התעשרות של המזיק שלא כדין קובע השופט מלצר כי במקרים מהסוג השלישי אין לקבל את טענת ההגנה של אשם תורם. עם זאת בשני סוגי המקרים האחרים אין מניעה להחיל את הדוקטרינה בעניין הנזק ה"עודף", כך החוטא (המזיק) אינו יוצא נשכר (נשאר עם רווח). אם ניקח מקרה המשתיך לקבוצה השנייה, כאשר ההפסד של הניזוק הוא 100 ש"ח והרווח של המזיק הוא 40 ש"ח, הגנת האשם התורם לא תחול על ל-40 השקלים הראשונים על מנת להבטיח כי המזיק לא יצא נשכר מהתנהגותו העוולתית. אולם אשר ל-60 השקלים הנותרים, יוכל הנתבע להתגונן כי התנהגותו הבלתי סבירה של הניזוק עצמו תרמה להתרחשות הנזק, ולפיכך יש להפחית את היקף חבותו ביחס לסכום זה.

גישה מרחיבה אף יותר, המאפשרת להחיל את ההגנה אף במקרים מהסוג השלישי לעיל, הציע השופט הנדל. גם לשיטתו אין לאפשר התעשרות של המזיק בגין מעשי נזק שנעשו במתכוון. עם זאת השופט הנדל מבחין בין ראשי הנזק השונים. הדרישה כי רווחיו של המזיק יילקחו ממנו מחייבת כי ההגנה לא תוחל על ראשי הנזק הממוניים. ואולם, לתפיסתו של השופט הנדל, אין מניעה כי הגנת האשם התורם תחול על תביעות הקשורות בראשי הנזק הלא ממוניים גם כאשר הניזוק פעל במזיד.⁴⁰ כפי שהשופט הנדל מדגיש, במצב זה אין המזיק יוצא נשכר, אך גם הניזוק משלם (בדרך של פיצוי מופחת) בגין התנהגותו חסרת הזהירות. במחלוקת שבין מלצר להנדל נטה השופט רובינשטיין לדעה שהציג השופט מלצר אם כי בלא לדחות את עמדתו של השופט הנדל.

ההחלטה בעניין אפל, המאמצת למעשה כלל "אמצע" במצבים שבהם התנהגות המזיק היא מכוונת,⁴¹ עומדת לא רק בניגוד לגישה המקובלת במשפט האנגלו-אמריקאי אלא גם

39 שם, פס' 65 לפסק דינו של השופט מלצר.

40 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל.

41 בהליך הפלילי שהתקיים נגד אפל נקבע כי התנהגותו לא עלתה כדי תרמית, והוא זוכה (ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 571/90 מדינת ישראל נ' אפל (לא פורסם, 12.3.1997)). עם זאת בהליך האזרחי הגיע בית המשפט למסקנה הפוכה, ונקבע כי מעשיו של אפל היו תרמית מכוונת נגד המדינה והוא חויב בתשלום פיצויים. הדיון בבית המשפט העליון, שעסק בערעור על פסק הדין האזרחי, נדרש לשאלה האם למזיק שנמצא חייב בתרמית עומדת הגנת האשם התורם. כפי שבית המשפט הדגיש, לזיכוי של אפל בהליך הפלילי לא הייתה כל משמעות (עניין אפל – עליון, לעיל ה"ש 38, פס' 29–33 לפסק דינו של השופט מלצר). במובן זה, פסק דינו של בית המשפט העליון מציג ניתוח כללי בשאלת מעמד הגנת האשם התורם במקרה של

לגישה של בית המשפט בעבר. ההחלטה בעניין אפל מנוגדת להתבטאויות קודמות של בית המשפט (אשר לא אוזכרו בפסק הדין עצמו) באשר לתחולתה של הגנת האשם התורם בתביעות שבהן פעל המזיק במזיד.⁴² אומנם השופט מלצר מפנה בפסק דינו להחלטות קודמות של בית המשפט, בתמיכה בעמדה כי הגנת אשם תורם חלה גם כאשר מעשיו של המזיק הם פלילים,⁴³ אך עיון בפסקי הדין האמורים מראה כי אף לא אחת מהחלטות אלה מתייחסת למקרה שבו פעל המזיק במזיד.

3. התנהגות פלילית מצד הניזוק – הזכות לתבוע פיצוי

לא רק התנהגות המזיק עלולה להיות פלילית אלא גם התנהגות הניזוק. בהקשר זה יש להבחין בין שני מצבים: הראשון, מקרים שבהם התנהגותו הפלילית של הניזוק תרמה סיבתית לקרות הנזק; השני, מקרים שבהם הנזק נגרם מהתנהגותו של המזיק בלבד, והתנהגותו הפלילית של הניזוק היא נסיבה שאינה קשורה במובהק להתרחשות הנזק. דוגמה לסוג המקרה הראשון הוא תאונת עבודה הנובעת משילוב של רשלנות המעביד ומחוסר ערנותו של העובד הנגרמת בשל צריכת סם. התנהגותו הפלילית של העובד במקרה זה (החזקת סם וצריכתו) היא חלק מהשרשרת העובדתית המובילה לגיבושו של הנזק (תאונת עבודה). דוגמה לסוג המקרה השני היא אירוע נזק הנגרם בשל התנהגותו הרשלנית של המזיק. עם זאת בתביעת הניזוק לפיצוי בראש הנזק של אובדן כושר השתכרות מתברר כי הלה מעולם לא דיווח על הכנסותיו לרשויות המס. במקרה זה התנהגותו העבריינית של הניזוק (העלמת מס) אינה קשורה סיבתית לנזק, אך תביעתו מגלה כי הנזק שבנינו הוא מבקש פיצוי מקורו בהתנהגות הנגועה בפלילים.⁴⁴

התנהגות עוולתית מכוונת (שהיא, במרבית המקרים, גם עבירה פלילית). יש לציין שבמקרים מסוימים גם התנהגות רשלנית עשויה לכלול היבט עונשי (ראו ס' 108, 304, 308, ו-361 לחוק העונשין), אך התנהגות פלילית בדרך כלל משמעה מעשה מכוון. הדיון בעניין אפל אפוא רלוונטי למרבית המצבים שבהם התנהגות המזיק היא פלילית.

42 ראו ע"א 386/74 פלוני נ' אלמונית, פ"מ ל(1) 383, 387 (1975): "כשלעצמי אינני רואה כיצד יכול להיות בתביעת תרמית אשם תורם במובן הרגיל של המילה" (השופט ברנזון).

43 השופט מלצר מפנה לשתי החלטות: הראשונה היא בע"א 166/59 אפריאט נ' היועמ"ש, פ"ד טו 1134 (1961). פסק הדין האמור דן באפשרות לקבוע אשם תורם במסגרת תביעת שיפוי (נושא שאינו קשור לדיון באפל). ההחלטה השנייה שאליה מפנה מלצר היא בע"א 804/80 Sidaar נ' קצא"א, פ"ד לט(1) 393 (1985), אשר בין השאר דן באפשרות לקבוע אשם תורם כאשר על הנתבע חל משטר של אחריות חמורה (כלומר בתביעה בעוולה שאינה דורשת אשם, המקרה ההפוך מהדיון בעניין אפל – העוסק כאמור בתחולת ההגנה בתביעה המבוססת על גרימת נזק בזדון) (שם, בעמ' 423–424). פסק הדין כולל אמירה אגבית של השופט ברק, לפיה "[הגנת האשם התורם] הורחבה [...] והוחלה על כל העוולות כולן" (שם, פס' 15), אך כאמור הדבר נאמר בעניין תחולת ההגנה במקרים שבהם חב המזיק באחריות חמורה.

44 הפיצוי הניתן בראש הנזק של הפסד השתכרות וגריעה מכושר השתכרות אומנם אדיש לסוגיית המס, שכן הפיצוי מחושב על יסוד ההכנסה ברוטו (למעט בתביעות שעילתן בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1975). עם זאת, פעולת התובע בכל הנוגע להשתכרותו הייתה נגועה בפלילים. בהקשר זה הועלו בפסיקה "הרהורים" בשאלה האם לא הגיעה העת לדחות טענות על הכנסה לא מדווחת, אם בשל מעין היקש מהכלל בעניין ההשתק השיפוטי (ע"א 9813/07 נעים נ' אבנ"ר איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ (פורסם בנבו, 16.8.2009), דבריו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין; ואם על יסוד התפיסה שלא יצא חוטא נשכר (ראו ת"א (מחוזי חי') 355/07 עזבון פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 13.9.2009)). על

התנהגותו הפלילית של הניזוק מטופלת בדיני הנזיקין באמצעות שתי דוקטרינות, החולקות מכנה משותף אך גם הבדלים חשובים: אשם תורם ומעילה בת עוולה. שתי הדוקטרינות עשויות לחול כאמור כשהתנהגותו של הניזוק היא פלילית, אולם היקף תחולתן ותוצאתן המשפטית אינם זהים. דוקטרינת האשם התורם, בשל דרישת הסיבתיות הכלולה בה, חלה רק במצבים שבהם התנהגותו של הניזוק תרמה להתגבשות הנזק (סוג המקרה הראשון לעיל). לעומת זאת ההגנה של מעילה בת עוולה, לפחות על פי חלק מהדעות, יכולה לחול בין שהתנהגות הניזוק היא חוליה בשרשרת הסיבתית שגרמה לפגיעה ובין שלא (שני סוגי המקרים לעיל).⁴⁵ כמו כן הדוקטרינות נבדלות בהשפעתן על זכות הניזוק לפיצוי. כפי שכבר הזכרנו, דוקטרינת האשם התורם היא כלל "אמצע" המביא לרוב להפחתת הפיצוי המגיע לניזוק. לעומת זאת מעילה בת עוולה היא כלל "קצה" המביא לשלילת זכאותו של הניזוק לפיצוי.

עיון בפסיקה מראה כי בשל ההבדל בתוצאה המשפטית של כל אחת מהדוקטרינות, חלוקת העבודה בין השתיים, במצבים מהסוג הראשון, נעשתה לרוב על בסיס מידת הפליליות בהתנהגות הניזוק. כאשר הניזוק היה מעורב בהתנהגות פלילית בעלת חומרה מתונה יחסית, הסתפקו בתי המשפט בהחלטה של דוקטרינת האשם התורם ובהפחתת

רקע כל אלה, הביע השופט עמית דעה כי: "ייתכן כי על בית המשפט להפחית, ולו 'כזית', מהערכתו את גובה ההכנסה המדווחת. זאת משני טעמים: נוכח הסיכוי-סיכון שהתובע היה נתפס בסופו של יום ברשת של אחת מרשויות המס, וכעניין של מדיניות משפטית ראויה ושיקולים של תקנת הציבור" (ראו ע"א 4351/13 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' וינטר, פס' 5 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 11.11.2013)). תפיסה זו מצביעה על נכונות להענשת התובע-הניזוק בגין עבירה שהיא חיצונית לאירוע הנזק.

45 בית המשפט יכול להביא בחשבון את שאלת התרומה הסיבתית של התנהגות הניזוק, אך קיימת מחלוקת בנוגע לשאלה האם היא תנאי הכרחי לתחולת ההגנה. בע"א 360/64 אבוטבול נ' קליגר, פ"ד יט(1) 429 (1965), קבע השופט זילברג כי לצורך תחולת ההגנה של "מעילה בת עוולה" על הנתבע להוכיח קשר סיבתי "טיפוסי" או "חזק" בין המעשה הלא חוקי של התובע, לפגיעה שבגינה מוגשת התביעה. גישה זו זכתה לביקורת מצד פרופ' ברק – הסבור כי המבחן הראוי הוא זה המתמקד במידת הפליליות ובחוסר המוסריות במעשיו של הנפגע (ראו אהרן ברק "הסדר חקיקתי לאחריות התופס במקרקעין" משפטים ב 129, 143 (התש"ל-התשל"א). וראו גם אהרן ברק "שלילת תביעת הניזוק מפני 'טובת הציבור' דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 343–345 (מהדורה שנייה, ג' טרסקי עורך, התשל"ז)). נראה שגישתו של פרופ' ברק אומצה בע"א 2242/03 אברהם נ' רשד, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 18.7.2005) (שם נקבע, בתוך כדי הפניה לספר דיני הנזיקין, כי: "דחיית תביעה שמקורה במעשה בלתי חוקי או בלתי מוסרי תלויה בעוצמתה של הכוונה הפלילית או חוסר המוסריות שבהתנהגות התובע. כן עלינו להביא בגדר שיקולנו אם יש להעניק לתובע סעד גם את הקשר בין המעשה הבלתי חוקי או הבלתי מוסרי לבין התרחשות הנזק"). בע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 9.12.2008), הובא מבחן המשלב בין מבחן הסיבתיות למבחן מידת הפליליות, אגב האמירה: "בהתחשב במידת אי-החוקיות של המעשה, בקשר בין המעשה הבלתי-חוקי לבין התרחשות הנזק ובאינטרס הציבורי בהטלת אחריות על המזיק" (בהפניה לנאמר בעניין אברהם, שם). שני המבחנים הובאו, ללא הכרעה ביניהם, בע"א 11172/05 אלון נ' חדר, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 21.10.2009), ואילו בע"א 4079/05 הועדה המקומית לתכנון ובניה – שומרון נ' מעונה חברה לבנין בע"מ, פס' 27 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 11.11.2010) (להלן: עניין הול"ל שומרון), הוצג מבחן עוצמת הפליליות וחוסר המוסריות כמבחן השולט בכיפה (אגב הפניה לכתיבתו של פרופ' ברק לעיל).

הפיצוי.⁴⁶ כנגד זאת, כאשר התנהגות הניזוק הייתה בעלת חומרה פלילית רבה, תגבר הנכונות להחלת ההגנה של מעילה בת עוולה ולשלילת הזכאות לפיצוי לניזוק.⁴⁷ על אף האמור, בשנים האחרונות מסתמן כי בית המשפט מבקש לצמצם את הנטל המוטל על ניזוקים שהתנהגותם פלילית. ראשיתו של שינוי זה בפסק הדין בעניין אברהם.⁴⁸ בפסק הדין האמור נדונה תביעתם של בעלי בניין מגורים שהתגלו בו ליקויי בנייה חמורים. התביעה הוגשה נגד המהנדס והקבלן, אשר כל אחד מהם נהג ברשלנות. במהלך התביעה התברר כי התובעים בנו את ביתם שלא לפי היתר הבנייה שקיבלו בחורגם במודע מהיקף ההיתר, וכן שהקבלן שהם שכרו לא היה רשום בפנקס הקבלנים כנדרש. התנהגותם הפלילית של התובעים הייתה ברורה, אולם שאלת תרומתם הסיבתית של מעשים אלה לנזק לא הוכחה. כאמור, הליקויים בבניין היו תולדה של מעשי רשלנות מצד המהנדס והקבלן, אשר לא הייתה זיקה בינם לבין התנהגותם הפלילית של התובעים. במילים אחרות, גם לו הקפידו התובעים על בנייה במסגרת ההיתר שנתקבל ועל רישומו של הקבלן בפנקס הקבלנים, התוצאה שבגינה הוגשה התביעה – התמוטטות הבניין בשל ההתרשלות בתכנונו (של המהנדס) ובבנייתו (בידי הקבלן) – עדיין הייתה מתרחשת.⁴⁹ כפי שצינו, במקרים שבהם ההתנהגות הפלילית של הניזוק היא גורם נסיבתי (ללא תרומה סיבתית מובהקת לקרות הנזק) בית המשפט מוגבל ליישומה של הדוקטרינה של מעילה בת עוולה. ואכן, בעניין אברהם השופטת ביניש מציינת כי "השאלה שהטרידה אותנו היתה אם נוכח הפעילות הבלתי חוקית של המערערים, אשר בנו את ביתם ללא היתר ובאמצעות קבלן שאינו רשום, אין מתחייבת שלילת הסעד מהם [...] שכן מעילה בת עוולה אין צומחת זכות תביעה".⁵⁰

על רקע דבריה של השופטת ביניש היה ניתן לצפות כי אם בית המשפט יכריע שהתנהגותם הפלילית של התובעים חמורה דייה, תביעתם תידחה. אולם אף שבית המשפט סבר כי מעשיהם של התובעים "חמורים", נקבע כי אין מקום לדחות את התביעה במלואה. בית המשפט הפחית, אך לא שלל, את זכות התובעים לפיצוי (באמירה ש"אמנם אין

46 ולכן לדוגמה, במקרה של ניזוק מעלים מס העניק בית המשפט לניזוק סעד מלא. ההתנהגות הפלילית (העלמת מס) לא נתפסה כחמורה דייה להפעלת תחולתה של הדוקטרינה של מעילה בת עוולה. כמו כן, הואיל ולהתנהגות לא הייתה תרומה סיבתית לקרות הנזק, נשללה תחולתה של ההגנה של אשם תורם (ראו למשל ע"א 5794/94 אררט חברה לביטוח בע"מ נ' בן שבח, פ"ד נא(3) 489, 494–498 (1995); אך ראו גם לעיל ה"ש 44).

47 ראו פסקי הדין המאוזכרים לעיל בה"ש 45. לעניין הקשר ההדוק בין הגנת "מעילה בת עוולה" לדין הפלילי ראו את דבריו של בית המשפט העליון באנגליה: "The ex turpi causa principle is concerned with claims founded on acts which are contrary to the public law of the state and engage the public interest. The paradigm case is, as I have said, a criminal act" (Les Laboratoires Servier & Anor v. Apotex Inc & Ors, [2014] UKSC 55).

48 ראו עניין אברהם, לעיל ה"ש 45.

49 בית המשפט המחוזי קבע כי בשל החריגה הניכרת מההיתר, היה צפוי שהרשויות יהרסו את הבניין. בית המשפט העליון דחה קביעה זו, באמירה כי מדובר ב"סיכון לא ודאי", וכי לא נערך בירור מספיק בנוגע לסיכוי שתרחיש מעין זה היה מתקיים, או לשאלה האם היה ניתן צו להריסה חלקית או להכשרה כזו או אחרת (ראו שם, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ביניש).

50 שם, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ביניש.

להתעלם מחומרת מעשיהם של המערערים, אך זו תבוא לידי ביטוי במידת האשם התורם אשר תיוחס להם בעת חלוקת האחריות לנזק". בכך השווה בית המשפט, באופן מעשי, בין התוצאה שלפי הכלל של מעילה בת עוולה לתוצאה שלפי הגנת האשם התורם. גם כאשר התנהגות הניזוק היא פלילית, ובדרגת חומרה גבוהה, לא תישלל בהכרח זכאותו לפיצויים. בכמה פסקי דין שב בית המשפט ואזכר בהסכמה את פסק הדין בעניין אברהם.⁵¹ הפיכת הכלל של מעילה בת עוולה לכלל "אמצע" משמעה החלשה נוספת של הזיקה בין חיוב בפלילים לחיוב בניזקין. ניזוקים שבעבר נשללה זכאותם לפיצוי בשל החומרה הפלילית של התנהגותם יכולים עתה לתבוע את המזיק ולזכות בפיצוי חלקי.

4. התנהגות פלילית והיקף הפיצוי

ברגיל, לפי העיקרון של השבת המצב לקדמותו, דיני הניזקין מטילים על המזיק חובת פיצוי בגובה הנזק שגרם. עם זאת, מזיקים עשויים להידרש לתשלום פיצוי הגבוה מההפסד שנגרם לניזוק. בתי המשפט הכירו במצבים שונים בזכאותם של ניזוקים לפיצויים עונשיים הניתנים נוסף על הפיצויים הרגילים המכוונים להטבת הנזק.

בית המשפט העליון התייחס לסמכותו להטיל פיצויים עונשיים כבר בפסיקה מוקדמת. ראשית, נקבע כי סמכות זו אינה מחייבת חקיקה מפורשת, וכי בכוחו של בית המשפט להטיל פיצויים כאמור בכל תביעה בניזקין.⁵² שנית, ועיקר, נקבע כי פיצויים עונשיים "נועדו לשקף את סלידתה של החברה מהתנהגותו של המזיק"⁵³ וינתנו כאשר "פיצוי רגיל על פי דיני הניזקין לא יהיה בו כדי למצות את הגנאי שראוי שיתלווה לעוולה".⁵⁴

היה ניתן להניח כי לפי הקביעה האחרונה, מקרה שכוח שבו ייטה בית המשפט להטיל פיצויים עונשיים הוא כאשר התנהגות המזיק היא פלילית. הואיל ומעשים פליליים כוללים לרוב פעולות המכוונות לגרימת נזק, בהתעלמות מהאינטרסים של הקורבן, הם מעוררים "סלידה" מיוחדת המצדיקה השתתם של פיצויים עונשיים. ואכן, פסק הדין הראשון שבו הטיל בית המשפט העליון פיצויים עונשיים ניתן נגד מזיק אשר הורשע בהליך קודם בהתנהגות פלילית.⁵⁵

ביטוי לגישת בית המשפט, המקשרת בין התנהגות פלילית להטלת פיצויים מוגברים, ניתן למצוא גם בפסיקה מאוחרת יותר. בפסק הדין בעניין זלסקי התבררה תביעתם של משקיעים שרכשו קרקע בהסתמך על אישור מוועדת התכנון המקומית שלפיו יהיה ניתן

51 ראו עניין אלון, לעיל ה"ש 45; עניין הול"ל שומרון, לעיל ה"ש 45.

52 ראו ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486, 566–567 (2004).

53 ראו ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' מוסא, פ"ד סא(3) 603, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק (2006).

54 ראו ע"א 1080/07 עזבון המנוח פלוני ז"ל נ' משטרת ישראל, פס' 10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 8.11.2009) (להלן: עניין פלוני).

55 ע"א 216/54 שניידר נ' גליק, פ"ד ט 1331 (1955). ראו גם עניין פלוני, לעיל ה"ש 54 ("על פי רוב נפסקו פיצויים עונשיים במקרים בהם דובר בעוולה שבוצעה בכוונה או בזדון, דוגמת תקיפה, הסגת גבול, או הוצאת דיבה").

לבנות על הקרקע ששעשרה יחידות דיור.⁵⁶ לימים התברר כי הוועדה פעלה ברשלנות, ושניתן לבנות על הקרקע רק שמונה יחידות. המשקיעים מכרו את הקרקע, ובשל העלייה הכללית במחירי הקרקעות נמכרה הקרקע האמורה ברווח, כלומר במחיר הגבוה ממחיר הרכישה, אך נמוך מהמחיר שהיו המשקיעים מקבלים לו ניתן היה לבנות על הקרקע ששעשרה יחידות דיור. המשקיעים תבעו פיצוי בגובה הפער האמור.

בית המשפט פסק בזלסקי כי למשקיעים מגיע פיצוי, אך רק בגובה ההפרש בין הסכום ששילמו במועד הקנייה לבין המחיר שהיו משלמים באותו מועד לו ידעו שעל הקרקע ניתן לבנות שמונה יחידות בלבד. זאת, משום שהרגע הקובע הוא רגע ביצוע העוולה, וזו התגבשה במועד שבו נתנה הוועדה את האישור השגוי. עם זאת בית המשפט מציין כי בשני מצבים (אשר אף אחד מהם לא התקיים בנסיבות המקרה הקונקרטי) ייתכן שהיה מקום לקבל את עמדת המשקיעים לפיה הרגע הקובע לחישוב הנזק הוא מועד המכירה: הראשון, אם התובעים יצביעו על עסקה חלופית שבה יכלו להשקיע ולבנות ששעשרה יחידות דיור. במקרה זה, כפי שמסביר בית המשפט, יהיה מוצדק לאמוד את הנזק בהתייחסות לרווח שהיה צפוי למשקיעים אילו לא בוצעה העוולה; השני, והחשוב לעניינו, הוא מקרה של תרמית מכוונת מצד מוכר הקרקע. כאשר התנהגותו של הנתבע-מוכר פלילית, יש מקום "לקנוס" אותו בדרך של חישוב הנזק בהתייחסות לרווח שאותו יכלו המשקיעים להפיק לו היו הנתונים שנמסרו להם נכונים (גם אם התובעים אינם מסוגלים להראות כי היו יכולים להשקיע באפיק חלופי שהיה מפיק רווח גדול יותר).⁵⁷ הגדלת היקף הפיצוי היא פיצוי עונשי בגין פעולת ההטעיה המכוונת של המזיק.

על אף האמור, בשנים האחרונות נראה כי הזיקה בין פעילות פלילית לפסיקת פיצויים עונשיים הועמדה בסימן שאלה. בעניין פלונית נ' פלוני נדונה תביעה נזיקית אשר הוגשה נגד אדם אשר הורשע בביצוע מעשים מגונים חמורים בקטינה. בשל חומרת מעשי המזיק ביקשה התובעת בבית המשפט לפסוק לה פיצויים עונשיים. ואולם בית המשפט דחה את התביעה תוך שהשופט רובינשטיין קובע שפסיקת פיצוי עונשיים "במקרה שנגזר עונש בהליך פלילי מדובר יהיה בחריגים שבחריגים (חריגים עד שקשה לתת להם דוגמה)".⁵⁸ זאת משום שהסנקצייה הפלילית משיגה את התכלית של הבעת סלידה מהתנהגותו של התובע, ולפיכך מייתרת במידה רבה את התועלת בהשתת פיצויים עונשיים בהליך הנזיקי. על פסק הדין הוגשה בקשה לדיון נוסף.⁵⁹ אף שהבקשה נדחתה, קיבלה השופטת ביניש, שדנה בבקשה, את עמדת המבקשים כי פסק הדין קבע נורמה חדשה באשר לקביעת פיצויים עונשיים, וכי נורמה זו "אינה חסרת חשיבות". עם זאת הואיל ובאופן פורמאלי לא חסם פסק

56 ע"א 5610/93 זלסקי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68 (1997).

57 ראו שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט אור. הדעה שבמקרה של תרמית יהיה התובע זכאי לפיצויי קיום הוצגה בעניין זלסקי (שם) כתוצאה אפשרית של הדין – מבלי שבית המשפט נדרש לכך לצורך ההכרעה. בע"א 4948/13 הרכבי נ' אבני (פורסם בנבו, 15.3.2015) שלל השופט עמית (פס' 35) את זכאותם של תובעים בתביעת מצג שווא רשלני לפיצויי קיום, בין השאר בשל הקביעה כי התנהגותו של הנתבע לא עלתה כדי תרמית.

58 רע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני, פס' כ"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.7.2009).

59 דנ"א 7565/09 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 1.4.2010) (להלן: עניין פלונית).

הדין את האפשרות לפסוק פיצוי עונשי כנגד מי שהורשע בהליך פלילי, נקבע כי דין הבקשה להידחות, תוך צפייה כי "מבחינים לעניין זה יתפתחו בפסיקת בתי המשפט בבוא העת". משמעותם של פסק דין פלונתי, ושל דברי השופטת ביניש במסגרת הבקשה לדיון נוסף שהוגשה בגינו, הינה צעד נוסף בניתוק הזיקה בין ההליך הפלילי להליך הנזיקי. ניתן להניח כי ההסתברות לקיומו של הליך פלילי כנגד המזיק עולה ככל שמעשיו חמורים יותר, והנזק שגרם גדול יותר, הן משום שסביר כי ניזוק שסבל נזק גדול יבחר להתלונן במשטרה, והן משום שהעניין הציבורי בקיומו של הליך פלילי גובר ככל שהנזק שנגרם גדול יותר. כך דווקא מזיקים שמעשיהם הם בעלי חומרה פלילית רבה, ולפיכך ייפתחו נגדם הליכים פליליים, לא יחויבו לשלם פיצויים עונשיים בהליך הנזיקי. הלכת פלונתי, באופן פרדוקסלי, מקטינה את חבותם האזרחית של מזיקים הפועלים בזדון.

כאמור, בית המשפט בעניין פלונתי סבר כי הצורך בפיצוי עונשי, על אלמנט הגינוי החברתי הכלול בו, נחלש מקום בו המזיק הורשע בפלילים. קביעה זו אינה נקיה מקשיים, הן בהיבט התאורטי והן בהיבט המעשי. החלטה זו אף מנוגדת לכלל הנוהג בשיטות אחרות.⁶⁰

באשר לנימוק עצמו, ראוי לזכור כי בשל אילוצים שונים של רשויות התביעה, בהליכים פליליים רבים כתב האישום הוא גרסה מצומצמת בלבד של מעשי העבירה שביצע הנאשם. במובן זה, גם אם להרשעה הפלילית אפקט "מגנה" משמעותי, הוא יוגבל רק לעבירות הנכללות בכתב האישום. ההליך הנזיקי מאפשר לחייב את הנאשם בגין מעשי עבירה נוספים, ונראה כי אין סיבה להגביל את בית המשפט האזרחי מלהטיל פיצויים עונשיים בגין מעשים אלה. כאמור, להחלטה בפלונתי אף עלולות להיות השלכות מעשיות לא רצויות. ראשית, צמצום היקף הפיצוי עלול לפגוע ביכולתם של ניזוקים לתבוע את העברייין שפגע בהם. כידוע, התשלום לעורכי הדין בתביעות נזיקיות נעשה בדרך של contingent fees, כלומר עורך הדין המטפל בתיק זכאי לשיעור מסוים מהפיצוי הנפסק לניזוק כאשר התביעה מתקבלת. שלילת הפיצוי העונשי עלולה לפגוע בתמריצי עורכי הדין לייצג ניזוקים שהמזיק שלהם הורשע בפלילים בשל המגבלה על הפיצוי (העונשי) שניזוקים אלה זכאים לו. שנית, מגבלת הפיצוי עלולה להשפיע אף על הניזוקים עצמם ועל מידת שיתוף הפעולה שלהם עם רשויות התביעה. ניזוקים, בייחוד אלו שמצבם הכלכלי דחוק, עשויים להעדיף את זכאותם לפיצוי עונשי על פני מיצוי ההליך הפלילי כנגד המזיק-העברייין.

פסקי הדין שבאו לאחר פסק הדין בעניין פלונתי אימצו את עמדתו של השופט רובינשטיין.⁶¹ חרף צפייתה של השופטת ביניש לא פיתחה הפסיקה עד עתה מבחינים ברורים שבמסגרתם יהיו זכאים ניזוקים לפיצוי עונשי ממזיק שהורשע בפלילים.

60 כך למשל החליט בית המשפט לערעורים במדינת קליפורניה. ראו *Shore v. Gurnett*, 122 Cal.App.4th 166 (2004). בהחלטה זו נקבע כי אין כל מניעה להטיל על נאשם שהורשע בפלילים פיצויים עונשיים בהליך האזרחי. בית המשפט קבע כי החלטות כאמור אינן סותרות את התיקון החמישי, הקובע את האיסור על "סיכון כפול" (double jeopardy).

61 ראו לדוגמה רע"א 3754/17 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.7.2017). ברע"א 2465/16 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 1.3.2017) ציטט בית המשפט בהסכמה את ההחלטה בעניין פלונתי (לעיל ה"ש 59), אך השאיר על כנה את החלטת בית משפט השלום להטיל פיצויים עונשיים על נאשמים שהורשעו בפלילים. עם זאת ההחלטה האמורה התבססה על כך שבשים לב לנזק שנגרם לניזוק, "סכום הפיצוי הכולל [הינן]

פסקי הדין לעיל חולקים מכנה משותף שעניינו החלשת הזיקה בין האחריות בפלילים לאחריות בנזיקין. כפי שראינו, כאשר המזיק פועל באופן פלילי לא בהכרח תוגדר התנהגותו כפעולה עוולתית. אף כאשר התנהגותו הפלילית של המזיק נחשבת עוולתית, יכול המזיק לטעון לאשמו התורם של הנזיק. בדומה לזה, כאשר התנהגות הנזיק היא פלילית, במקרים רבים לא תישלל זכאותו לפיצוי. לבסוף, דווקא במצבים שבהם קיים סיכוי רב לקיומם של הליכים פלילים יימנע בית המשפט ככלל מהטלת פיצויים עונשיים.

ד. איזון ועקביות

עיון בפסקי הדין מעלה כי בכל אחד מהם נימק בית המשפט את ההחלטה נקודתית, בהתמקדו בנסיבות הספציפיות של השאלה המשפטית שעמדה לדיון. הנמקות אלה אינן מספקות תשובה למגמה הכללית העולה מפסקי הדין בדבר ההפרדה בזיקה שבין האחריות בפלילים לאחריות בנזיקין. יתרה מזאת, הנימוקים המקומיים לעיתים אף מדגישים שיקולים מנוגדים. בעניין דבוש לדוגמה אחד מטעמיו המרכזיים של השופט מזוז לדחיית התביעה התבסס על פליליות התנהגותם של התובעים עצמם (השתתפות במשחק מזל). על פי עמדתו של השופט מזוז, אף שהתנהגות הנתבעים הייתה חמורה הרבה יותר (ארגון של משחק מזל), קבלת התביעה בנסיבות אלה משמעה מתן סעד לתובעים אשר בחרו להפר את החוק. אולם בעניין אברהם הסתמכה השופטת ביניש על הנימוק ההפוך. כזכור, בפסק הדין הוחלט לאפשר את התביעה חרף ההתנהגות הפלילית של התובעים. כפי שהסבירה השופטת ביניש, דחיית התביעה תאפשר לנתבעים שהתנהגו באופן רשלני לחמוק מתשלום. דווקא קבלת התביעה (אגב הפחתת היקף הפיצוי) מאפשרת להרתיע הן את התובעים והן את הנתבעים מפני התנהגות פלילית.

כיצד ניתן אפוא להסביר את העמדה הכללית העולה מפסקי הדין? הסבר אפשרי הוא הצורך הגובר של בית המשפט לאזן בין תוצאות ההליך הפלילי לאלה של ההליך האזרחי. הצורך האמור הוא תולדה של שלוש התפתחויות בדין הישראלי: הראשונה, העמקת המגבלות על שיקול הדעת של בתי המשפט בקביעת מתחם הענישה ובגזירת העונש בהליך הפלילי; השנייה, גידול מתמיד בשיעור הפיצויים הנזיקיים; השלישית, הרחבת היקף החפיפה בין הדין הפלילי לדין הנזיקי. התוצאה המצטברת של התפתחויות אלה היא כי בהינתן קיומה של זיקה אוטומטית בין האחריות בפלילים לאחריות בנזיקין, קיים חשש ממשי להרתעת יתר ולהטלתן של סנקציות לא מידתיות. הפסיקה האמורה מנטרלת חשש זה בהקנות לבית המשפט בהליך הנזיקי שיקול דעת רחב. היא מאפשרת להתחשב בסנקצייה העונשית שהוטלה על המזיק בהליך הפלילי בעת קביעת החבות או הפיצוי בהליך הנזיקי. סבר בית המשפט שהסנקצייה הפלילית מרתיעה דייה והיא הולמת את חומרת העבירה,

סביר ביותר [...] גם על-פי ההנחה שלא נכללו בו פיצויים עונשיים" (פס' 6 להחלטתו של השופט זילברטל). לדיון נרחב בפיצוי העונשי, במטרותיו וביישומו, ראו ע"א 2144/13 עזבון מנשין נ' הרשות הפלסטינית (פורסם בנבו, 6.12.2017) (שם נפסקו פיצויים עונשיים בסכום של 3,000,000 ש"ח בגין מעשה טרור, בעומדו, בין היתר, על מאפייניו הייחודיים של מעשה אכזרי מעין זה).

הפסיקה האמורה מאפשרת לו להימנע מלהטיל חבות בהליך הנזיקי או להגבילה כפי הנדרש.

כאמור, הצורך באיזון בין הסנקצייה הפלילית לסעד האזרחי התגבר בשל כמה שינויים בדין הישראלי. תיקון 113 לחוק העונשין, אשר נתקבל לפני כמה שנים (חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012), קבע הגבלות על שיקול הדעת של בתי המשפט בקביעת העונש בהליך הפלילי. בעבר הסתפק החוק בקביעת עונשי מקסימום ונתן חופש ניכר לבתי המשפט בקביעת העונש בפועל, ואילו התיקון האמור קבע כללים מוגדרים ל"הבניית" שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין.

המגבלות שהטיל תיקון 113 על עצמאות שיקול דעתו של בית המשפט בבואו לגזור את הדין עוררו ביקורת רבה בקרב בתי המשפט. זו באה לידי ביטוי לא רק באמירות מפורשות בפסיקה,⁶² אלא גם במציאת פתרונות "עוקפי" תיקון 113. בהקשר זה הוצעו בפסיקה "דרכי מילוט" שונות, ובכללן יצירת מתחמי ענישה רחבים במיוחד, אימוץ פרשנות מרחיבה של המונח "שיקולי שיקום" (עד קרוב לריקונו מתוכן), יצירת מתחמי ענישה ייחודיים, הסתמכות על סמכותו הטבועה של בית המשפט והחלת שיקולי צדק או קביעה כי התיקון לא בא לשלול מבית המשפט את האפשרות לפסוק לפני משורת הדין במקרים הראויים.⁶³ ניתן אפוא לראות כי תיקון 113 הטיל מגבלות הנתפסות בבתי המשפט עצמם כהגבלה לא רצויה על שיקול דעתם בקביעת הסנקצייה הפלילית. כשמגבלות אלו אכן מובילות להחמרה בענישה (חרף "דרכי המילוט" שהוכרנו),⁶⁴ הפסיקה שתיארנו לעיל מאפשרת לבית המשפט להכריע בתביעה הנזיקית במנותק מההכרעה בהליך הפלילי (תוך הגבלת היקף הפיצוי בנזיקין). בכך מתאפשר לבית המשפט לאמץ סעד משפטי כולל (פלילי ואזרחי) ההולם את חומרת מעשיו של הנאשם/מזיק ולהימנע מהרתעת יתר.

62 לביקורת כללית על תיקון 113 ולחוסר ההתאמה בין החקיקה האמורה לדרך פעולתו של בית המשפט בגזירת הדין ראו לדוגמה ת"פ (מחוזי ת"א) 10291-01-12 מדינת ישראל נ' צרני, פס' 13 לפסק דינו של השופט רוזן (פורסם בנבו, 13.5.2014); ת"פ (שלום ראש"צ) 46693-06-14 מדינת ישראל נ' ביטון, תחת הכותרת "ריבוי עברות" (פורסם בנבו, 8.1.2015). לביקורת מרומזת יותר, אך ברורה לא פחות, ראו עפ"ג (מחוזי ת"א) 47301-01-14 רשות המסים, היחידה המשפטית אזור מרכז ותיקים מיוחדים נ' פ.מ.מ. בע"מ (פורסם בנבו, 16.6.2014). ייתכן כי ביקורת זו היא שהביאה בתי משפט רבים להימנע מהחלת הוראות תיקון 113 או חלקן בעת גזירת הדין, והדבר הביא לכך שבמסגרת ערעורים רבים היה על ערכאת הערעור להשיב תיקים לדיון חוזר בערכאה המבררת (ראו את הדיון בתופעה זו בע"פ 6461/11 יאסין נ' מדינת ישראל, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 22.1.2014)).

63 לדיון נרחב בתופעות אלה ראו ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פס' 212–220 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 29.12.2015); ראו גם עניין רשות המסים, לעיל ה"ש 62, פס' 10 לפסק הדין. וראו גם יובל ליבדרו "חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק" הסנגור 4, 197 (2013).

64 בדיקה אמפירית של הפסיקה שלאחר תיקון 113 לא מצאה החמרה בענישה. עם זאת, הבדיקה האמורה מציגה נתונים אגרגטיביים, ולפיכך היא אינה בהכרח מנוגדת לאמירות בפסיקה המתייחסות לתוצאה של תיקון 113 בתיקים קונקרטיים. לדיון ראו קרן וינשל-מרגל וענבל גלון "ההשפעה של תיקון החוק בעניין הבניית שיקול-הדעת השיפוטי בענישה על גזירת מאסרים" עיוני משפט לח 221 (2016). כמו כן, לצורך הדיון באשר לאיזון הראוי בין הסנקצייה הפלילית לסעד האזרחי, תחושתם של השופטים בפועל היא החשובה.

הצורך הגובר באיזון בין תוצאות ההליך הפלילי לאלה של הנזיקי נובע אף משינויים בדיני הפיצויים. בשנים האחרונות הרחיבו בתי המשפט את זכאותם של נזוקים לפיצוי בהקשרים רבים. כך בוטלה הלכת השנים האבודות, הוגמשו הכללים להוכחת הקשר הסיבתי העובדתי והמשפטי, רוככו התנאים למתן פיצוי בגין נזקים לא ממוניים, הועלה הפיצוי הניתן לקטינים עקב נזקי גוף ועוד.⁶⁵ הרחבת הפיצויים נעשתה בהתייחסות לכלל קבוצת הנזוקים הפוטנציאליים. במצבים רבים הנזק שנגרם לנזוקים הוא תוצאה של התנהגות שאיננה פלילית (הנתבע פעל באופן רשלני אך ללא כוונה לגרום נזק, או מקרים בהם המזיק חב על בסיס אחריות חמורה). הגברת היקף האחריות בנזיקין במקרים שבהם הרחיבו בתי המשפט את זכאותם של נזוקים לפיצוי משרתת יעדים חברתיים חשובים.⁶⁶ אולם כאשר הנתבע חשוף גם לענישה פלילית, נדרשת התאמה של הסעד הנזיקי. ניתוק הזיקה בין האחריות הפלילית לנזיקית מאפשר את התוצאה האמורה.

הרחבת מתחם החפיפה בין דיני העונשין והנזיקין מהווה כאמור סיבה שלישית לצורך הגובר באיזון בין תוצאות ההליך בכל אחד מהענפים. דיני הנזיקין, כפי ששמש מרמז, עוסקים באופן מסורתי בהתנהגויות אשר הובילו לנזק בפועל. דיני העונשין, לעומתם, מסתפקים בהתנהגות המנוגדת לחוק, גם כאשר אותה התנהגות לא גרמה לנזק בפועל.⁶⁷ אולם הפרדה זו בין שני הענפים טושטשה מאז אימץ בית המשפט בפרשת דעקה את ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה.⁶⁸ בפרשת דעקה הכיר בית המשפט בזכותם של נזוקים לקבל פיצוי בגין חשיפה להתנהגות עוולתית גם כאשר ההתנהגות האמורה לא היתה הגורם העובדתי להפסדו של הנזוק. ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה מרחיב אפוא את קשת המקרים בהם עשויים להתקיים הן הליכים פלילים והן הליכים נזיקיים כנגד המעוול. פסק הדין בעניין בן-צבי הוא דוגמה קרובה למקרה מסוג זה.⁶⁹ בפרשת בן-צבי פסק בית המשפט

65 ראו בהתאמה: עניין אטינגר, לעיל ה"ש 52 (ביטול הלכת השנים האבודות (ע"א 295/81 עיזבון גבריאל נ' גבריאל, פ"ד לו(4) 533 (1982)); ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פ"ד סב(2) 218 (2007) (הגמשת תנאי פרשת אלסוחה (רע"א 444/87 אלסוחה נ' עזבון דהאן, פ"ד מד(3) 379 (1990)); דנ"א 5707/04 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003) (הרחבת מבחן הסיבתיות המשפטית); דנ"א 10064/02 מדינת ישראל נ' קרישוב (פורסם בנבו, 5.1.2005) (הרחבת מבחן הסיבתיות העובדתית); ע"א 10064/02 "מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005) (הגדלת הפיצוי לקטינים בנזקי גוף).
66 כך לדוגמה, ביטול הלכת השנים האבודות (עניין גבריאל, לעיל ה"ש 65) נועדה לפתור את בעיית "הניזוק החי" (והמתח שזו גרמה בין רצונם של התלויים כי הנפגע לא ימצא את זכויותיו בעודו בחיים, לבין הנפגע עצמו אשר זקוק לכספי הפיצויים בעודו בחיים). הגמשת כללי הקשר הסיבתי נועדה לפתור מקרים שכיחים של "סיבתיות עמומה".

67 דיני עונשין, כידוע, מטילים סנקציה גם במקרה של ניסיון שלא צלח.
68 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999). בהתעלם מהסיבות שבגינן החליטה הפסיקה להגדיר את הפגיעה באוטונומיה "ראש נזק", מבחינה עיונית השתת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה אמורה לחול גם בגין סיכון שלא התממש. עם זאת, נראה למצער שלגישת חלק מהשופטים אין מקום לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה כאשר לא נלווה לה נזק נוסף (לסיכום הפסיקה בעניין זה ראו ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פס' 72 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 28.5.2012); ע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' איבי, פס' 39 לפסק דינה של השופטת (כתאורה אז) חיות (פורסם בנבו, 3.9.2015)).

69 ראו עניין בן-צבי, לעיל ה"ש 19.

פיצויים כתביעה נזיקית בגין פגיעה באוטונומיה כנגד נתבע שהורשע קודם לכן (בהליך משמעותי) בגין אותם מעשים.

פסיקת בית המשפט באשר למעמדו של הדין הפלילי בדיני הנזיקין, שעליה עמדנו לעיל, התפתחה בד בבד עם השינויים האמורים בדין הישראלי. כך, למשל, פסקי הדין בעניין ועקנין ולרנר נתקבלו סמוך לכמה החלטות אשר הרחיבו במידה רבה את היקף הפיצוי בנזיקין.⁷⁰ פסק דינה של השופטת ביניש בעניין אברהם התקבל לאחר החלטתו של בית המשפט בעניין דעקה. פסקי הדין אפל ודבוש עניינם בהחלטות אשר נתקבלו עובר לחקיקת תיקון 113.

כפי שפירטנו לעיל, התייחסות מפורשת של בית המשפט לצורך בתיאום בין הסנקצייה הפלילית לסעד הנזיקי ניתן למצוא בפרשת פלונית. כזכור, באותו מקרה קבע בית המשפט כי לא יעשה ככלל שימוש בפיצויים עונשיים מקום בו הורשע המזיק בהליך פלילי מוקדם, הואיל והטעם להטלת פיצויים אלה מתייחד לנוכח הסנקצייה הפלילית. בשאר פסקי הדין שעמדנו עליהם, לא התייחס בית המשפט במפורש לצורך באיזון והתאמה בין שני הענפים. עם זאת ההנמקה בפרשת פלונית היא בעלת תחולה רחבה, והיא עשויה להצדיק הפרדה עקרונית בין האחריות הפלילית לזו הנזיקית. כפי שהראינו בפרק ב, במקרים רבים דיני עונשין ודיני נזיקין הם בעלי תחולה פונקציונלית מקבילה, ולפיכך נדרשים איזון והתאמה בין התוצאות של כל אחד מההליכים. צורך זה כאמור מקבל משנה תוקף בשל השינויים האחרונים במשפט הישראלי הן בדין הפלילי והן בדין הנזיקי.⁷¹

70 עוד קודם לפסק הדין בעניין ועקנין (לעיל ה"ש 24), במסגרת הדיון בע"פ 186/80 יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה' (1) 769 (1980) טבע בית המשפט העליון את ההבחנה בין חובת זהירות "מושגית" ו"קונקרטית" בגדרי עוולת הרשלנות. כפי שהכתיבה הראתה, השימוש בהבחנה האמורה בדיני הנזיקין הרחיב את גדרה של עוולת הרשלנות, הואיל ובתי המשפט הכירו בקיומה של חובת זהירות "מושגית" כמעט בכל תביעה שבה נטען כי המזיק פעל ברשלנות. כפועל יוצא מכך, נוצרה מעין "חזקת חובה" קונקרטית אשר הגבירה את נטיית בתי המשפט לקבוע כי התנהגות המזיק הייתה לא ראויה. לדיון, ראו ישראל גלעד "על הנחות עבודה, אינטואיציה שיפוטית ורציונליות בקביעת גרי האחריות ברשלנות" משפטים 295, 317 (1996). בסמוך לאחר פסק הדין בעניין ועקנין, חודשה הלכה נוספת בפסק הדין ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט' (1) 113 (1985), שבגדרו נקבע לראשונה כי במסגרת עוולת הרשלנות זכאי הנזוק לפיצוי בגין נזק לא ממוני טהור. כן נקבעו "חזקת החבות" המרחיבה והכלל שלפיו העוולות הפרטיקולריות אינן יוצרות הסדרים שליליים. כל אחת מהכרעות אלו תרמה תרומה גדולה להרחבת היקף הפיצוי בנזיקין בדין הישראלי.

71 הרחבת מתחם החפיפה בין דיני העונשין לנזיקין כוללת אלמנטים נוספים על אלו שפירטנו. בהקשר זה, ניתן לציין במיוחד את החקיקה (ההולכת ומתרחבת) הקובעת פיצויים "סטטוטוריים" ללא הוכחת נזק. מהפרשנות שניתנה לחקיקה זו עולה כי מדובר בפיצוי שנועד, בין היתר, לקדם הרתעה בדרך של "אכיפה אזרחית" ואף ענישה. כך נקבע בע"א 3400/03 רובינשטיין נ' עין טל (1983) בע"מ, פ"ד נט' (6) 490, 503–504 (2005), כי הפיצויים לפי ס' 183(ג) לחוק הפטנטים, התשכ"ז–1967 הם בגדר "ענישה"; בע"א 45/08 מיגדור בע"מ נ' גייל (פורסם בנבו, 29.12.2010) נקבע כי העיקרון שבבסיס פיצוי ללא הוכחת נזק בחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט–1999 הוא "עונשי-הרתעתי"; ואילו ברע"א 9615/05 שמש נ' פוקצ'טה בע"מ (פורסם בנבו, 5.7.2006) נקבע העיקרון שלפיו במקרים מסוימים יש מקום ל"אכיפה אזרחית" (באותו מקרה – אכיפה של הוראות החוק להגבלת העישון במקומות ציבוריים, התשמ"ג–1983, כאשר הפיצוי הוטל על המסעדה שהתירה עישון באמצעות העוולה של הפרת חובה חקוקה).

ואולם לגישה המבקשת לרופף את הזיקה שבין ההליך הפלילי לנזיקי חיסרון בולט. מציאות בה להרשעה של אדם בהליך פלילי (על דרישותיו הראייתיות המחמירות) משקל קטן בהליך האזרחי (הכולל דרישות ראייתיות קלות בהרבה) עשויה לשדר מסר משפטי לא אחיד.⁷² כפי שראינו, המחוקק פעל לחיזוק הקשר שבין הרשעה בפלילים להטלת אחריות בנזיקין. ואכן, פסקי הדין לעיל הם במידה רבה יצירה ישראלית מקורית. ההחלטות בעניין אפל ופלוגנית מנוגדות למשפט הנוהג במדינות אחרות של המשפט המקובל. אם לשוב לפרשת דבוש, שבה פתחנו, המחלוקת בין השופט מזוז לשופטת ברק-ארוז עשויה להיות אפוא רחבה מהסוגיה הספציפית שבה דן פסק הדין. באנלוגיה לדיון הידוע באשר למעמדו של התקדים המשפטי והבחירה שבין "אמת" ל"יציב", השופטים מזוז וברק-ארוז מייצגים שתי גישות מתחרות.⁷³ עמדתה של השופטת ברק-ארוז, המבקשת לשמר את הזיקה שבין האחריות הפלילית לאזרחית, מבטיחה יציבות והרמוניה משפטית. גישתו של השופט מזוז, על הגמישות שהיא מעניקה, מבטיחה התאמה בין תכליות המשפט לתוצאות ההליך המשפטי בשני הענפים. בדיון במעמדו של התקדים המשפטי הכריע כידוע בית המשפט כי "אמת ויציב – אמת עדיף".⁷⁴ המחלוקת בעניין דבוש מצביעה כי בכל האמור בשאלת היחס שבין האחריות בעונשין לזו שבנזיקין, הדיון טרם הוכרע.

ה. סיכום

בשנים האחרונות התייחס בית המשפט בכמה פסקי דין למעמדו של הדין הפלילי בהקשר הנזיקי. בפסקי הדין הללו הציג בית המשפט גישה הפועלת לצמצום הזיקה שבין חיוב בפלילים לאחריות אזרחית. הדיון לעיל הציג כי הצדקה אפשרית לעמדה זו היא הצורך להבטיח איזון ותיאום בין שני ענפי המשפט האמורים. עם זאת עמדה זו פוגעת ביכולתה של מערכת המשפט לקבוע מסר נורמטיבי עקבי.

72 על חשיבותה של האחידות בין קביעתו של הדין הפלילי לזה האזרחי עמד בית המשפט העליון הקנדי: "to allow recovery in these cases would be to allow recovery for what is illegal. It would put the courts in the position of saying that the same conduct is both legal, in the sense of being capable of rectification by the court, and illegal. It would, in short, introduce an inconsistency in the law. It is particularly important in this context that we bear in mind that the law must aspire to be a unified institution, the parts of which – contract, tort, the criminal law – must be in essential harmony. For the courts to punish conduct with the one hand while rewarding it with the other, would be to 'create an intolerable fissure in the law's conceptually seamless web' [...] We thus see that the concern, put at its most fundamental, is with the integrity of the (legal system)" (Hall v. Hebert, (1993) 101 DLR (4th) 129, 165.

73 ראו ע"א 376/46 רזונבאום נ' רזונבאום, פ"ד כ 235 (1949).

74 שם, בעמ' 254.