

מתואמים או משלימים? דיני הנזיקין והפסיקה בבג"ץ

מאת

אהוד גוטל, * ליאת דאשט ** ויובל פרוקצ'יה ***

טענה מקובלת היא שבית המשפט העליון פועל להתאים את פסיקתו האזרחית, ובייחוד את החלטותיו בדיני הנזיקין, לפסיקתו החוקתית-מנהלית בבג"ץ. המאמר להלן מראה כי יחסי הגומלין בין שני הענפים מורכבים יותר. בפרט, טענתנו היא שפסיקה חשובה בדיני הנזיקין קשורה למגבלות בפניהן עומד בית המשפט בהליכי בג"ץ. בהקשרים שונים, דיני הנזיקין אינם "מתואמים" עם הדין החוקתי-מנהלי אלא למעשה פועלים ל"השלמתו". הטענה האמורה מודגמת באמצעות פסיקת בית המשפט העליון בחמש קטגוריות: תביעות נגד צה"ל, סרבנות גט, שוויון כלפי המיעוט הערבי, חופש הביטוי, וזכויות אנשים עם מוגבלויות. כן עומד המאמר על המשמעויות הנורמטיביות של פסיקה זו.

מבוא. א. התזה הרווחת: יחסי התאמה. ב. התזה המוצעת: יחסי השלמה. 1. הרחבת האחריות בנוזיקין. 2. צמצום האחריות בנוזיקין. ג. תזת ההשלמה – דיון. ד. סיכום.

מבוא

לבית המשפט העליון בישראל שני כובעים. ככובעו האחד, בית המשפט הוא ערכאת הערעור העליונה על בתי המשפט הדיוניים. במסגרת תפקידו האמור מכריע בית המשפט בתביעות אזרחיות, ובתוך כך מעצב את כללי המשפט הפרטי. ככובעו האחר, משמש בית המשפט כבית הדין הגבוה לצדק. במסגרת תפקיד זה דן בית המשפט בעתירות כנגד המדינה, תוך שהוא מעצב את דיני המשפט החוקתי והמנהלי. ברשימה זו אנו מבקשים לטעון כי לריבוי הכובעים של בית המשפט חשיבות לאופן שבו מתפתח המשפט המהותי בישראל. בפרט, אנו טוענים לקיומה של זיקה בין פסיקת בית המשפט העליון בדיני הנזיקין להחלטות בית המשפט בהליכי בג"ץ.

במבט ראשון קיומה של זיקה כאמור נראה מתבקש. בית המשפט עצמו הזכיר לא אחת את חשיבות קיומה של הרמוניה משפטית, המבטיחה כי ענפי המשפט ידברו בשפה אחת.¹

* אהוד גוטל הוא פרופסור מן המניין, מופקד הקתדרה על שם בורה לסקין, הפקולטה למשפטים ומרכז פדרמן לחקר הרציונליות, האוניברסיטה העברית בירושלים.

** ליאת דאשט היא תלמידה לתואר ראשון במשפטים ופילוסופיה, האוניברסיטה העברית.

*** יובל פרוקצ'יה הוא מרצה בכיר בבית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

על הערות מועילות במיוחד אנו מודים לישראל גלעד, ליואב דותן, לרם וינוגרד, לעמיחי כהן, לנדיב מרדכי, לרם ריבלין ולאדם שנער. על נתונים ביחס לפסיקה בישראל, אנו מודים לשי לוכטנשטיין. כן אנו מודים לעוזרי המחקר – מיטל בין, נטע דגן, נמרוד הלר ואיתי זיר-אב – על עבודתם המצוינת. לבסוף, אנו מודים למרכז אהרן ברק למחקר משפטי בינתחומי.

ניתן אפוא להניח כי פסיקת בית המשפט העליון בדיני הנזיקין ובתחום החוקתי-מנהלי יהיו "מתואמות" זו עם זו.² ואולם טענתנו היא לקיומה של זיקה נוספת, כזו שאינה מבוססת על התאמה אלא על השלמה: בפרט, אנו מציעים כי הסבר להתפתחויות חשובות בדיני הנזיקין בישראל עשוי להימצא בקשיים שאיתם מתמודד בית המשפט בתחום החוקתי-מנהלי. בית המשפט העליון, בשבתו כבית הדין הגבוה לצדק, נאלץ לא אחת להשיב ריקם את פניהם של עותרים שונים. עם זאת, דחיית העתירה אין פירושה כי בית המשפט סבור שטענות העותרים משוללות יסוד. כאשר בית המשפט אוהד את הטענות אותן הוא דוחה בבג"ץ, הוא עשוי לקבלן בכובעו האזרחי – כלומר בהליכים המתקיימים בפניו כבית המשפט לערעורים. במילים אחרות, טענתנו היא כי דיני הנזיקין מאפשרים לבית המשפט העליון "להשלים" את החלטותיו בהליכים המנהליים. את מי (או את מה) שבית המשפט נאלץ לדחות בבג"ץ, הוא עשוי לפצות בהליך האזרחי.³

- 1 ע"א 1240/00 פקיד שומה תל-אביב 1 נ' סיוון, פ"ד נט(4) 588, פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיא מצא (2005) ("שיקול נוסף התומך בגישה זו כרוך בשאיפת המשפט לקיים הרמוניה חקיקתית בפרשנות מושגי יסוד הלקוחים מהדין הכללי. עמד על כך הנשיא ברק: 'חזקה היא שתכלית החוק היא לשאוף להרמוניה נורמטיבית'"); ע"א 975/97 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד נד(2) 433, פס' 9 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2000) ("בפרשנות מצמצמת זו יש כדי להגשים את תכליתו האובייקטיבית של החוק וליצור הרמוניה חקיקתית"); בש"פ 4455/00 מדינת ישראל נ' ברווי, פ"ד נד(4) 794, 802 (2000) ("ההרמוניה החקיקתית מחייבת שחוקים העוסקים באותה מאטריה [...] יעלו בקנה אחד"); רע"א 8233/08 כובשי נ' שורץ, פ"ד סד(2) 207, פס' 37 לפסק דינה של השופטת ארבל (2010) ("בדרך כלל וככל שהדבר ניתן, יבכר הפרשן את הפירוש המביא לשילוב ויוצר הרמוניה בין חוקים, על פני זה המעלה ניגוד או חוסר אחידות ביניהם [...] לקיומה של הרמוניה חקיקתית יש חשיבות בהגשמת הקוהרנטיות הפנימית של המערכת כולה ובשימור אחדות המשפט [...] היא מאפשרת היסקים והקשות פרשניים מאיבר אחד במערכת החקיקה למשנהו; והיא משפרת את אופן הציבור במערכת החקיקתית ובהיגיון שבה").
- 2 ראו אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163, 165–166 (יצחק זמיר עורך, 1993) (להלן: ברק "זכויות אדם מוגנות"): "אף שזכויות האדם הבסיסיות הוחלו הן ביחסים בין הפרט לשלטון, הן ביחסים שבין פרטים לבין עצמם, לא הורגשה כל חשיבות מיוחדת בהבחנה בין הפן הציבורי של זכויות האדם לבין הפן הפרטי שלה. הטעם לכך נעוץ, בראשיתו, בדרכי ההתפתחות של זכויות האדם ההלכתיות. הן אלה המכוננות כלפי השלטון, הן אלה המכוננות כלפי הפרט, התפתחו בדרך דומה. תחילת התפתחותן היא כפירוש לדבר חקיקה [...] הטכניקה הפרשנית המשותפת להכרה בזכויות האדם יצרה אחדות של זכויות אדם שמנעה את הצורך בעמידה על השוני בין זכויות אדם במשפט הציבורי לבין זכויות אדם במשפט הפרטי"; דפנה ברק-ארוז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" קרית המשפט ח 11, 24–35 (התשס"ט). ראו את דבריהם המפורשים: "לפחות באופן חלקי אפשר לייחס התפתחות זו לרגישות הגוברת לזכויות אדם בעקבות חקיקתם של חוקי היסוד משנת 1992" (שם, בעמ' 32); דפנה ברק-ארוז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" משפט וממשל ה 95 (2000).
- 3 לטענה סטרוקטוראלית דומה, בהקשר האמריקאי, ראו מאמרה של Karen Orren – מהחוקרות החשובות בתחום המשפט החוקתי: Karen Orren, *Doing Time: A Theory of the Constitution*, 26 STUD. AM. POL. DEV. 71 (2012). מחקרה של Orren מצביע על השפעה הדדית בין התפתחות המשפט החוקתי והמשפט הפלילי. בפרט, Orren טוענת כי שינויים מרכזיים במשפט החוקתי האמריקאי התרחשו כתגובה למגבלות של המשפט הפלילי. כאמור, במאמר זה אנו מבקשים להציע כי התפתחויות בדיני הנזיקין בישראל קשורות לקשיים שאיתם מתמודד בית המשפט העליון בהקשר החוקתי-מנהלי.

קיומה של הזיקה האמורה קשור בהבדלים שבין הליכים בבג"ץ לאלו המתקיימים במסגרת ערעורים אזרחיים. בהליכים בבג"ץ, שופטי בית המשפט העליון דוחים עתירות של גופים המייצגים קבוצת מיעוט שונות. דחיות אלה נובעות פעמים רבות מתכונותיו של ההליך החוקתי-מנהלי. העתירות בבג"ץ מופנות כנגד המדינה (או אחת מרשויותיה), והסעד המבוקש הוא צו עשה או לא-תעשה, המורה למדינה כיצד לנהוג.⁴ מאפיינים אלו מציבים רף גבוה בפני העותרים.⁵ בית המשפט, הנדרש לפעול בזירות ביחסיו עם הרשות המבצעת והמחוקקת ומתוך כיבוד העיקרון של הפרדת רשויות, עשוי לדחות עותרים שבית המשפט מזדהה עם טענותיהם. את עמדתו התומכת מפגין בית המשפט בהליך האזרחי, שבו הנתבעים עשויים להיות גופים פרטיים, והסעד המבוקש הוא כספי.

המגמה הבולטת בתחום דיני הנזיקין בישראל היא של הרחבת אחריות. בעשורים האחרונים קבע בית המשפט כללים שונים אשר הרחיבו את תחולתם של דיני הנזיקין במידה ניכרת.⁶ דיני הנזיקין בישראל נכונים להכיר בזכותם של ניזוקים לפיצויי בנסיונות שבהן שיטות משפט אחרות מסרבות לעשות כן. טענתנו עשויה להצביע על אחד הגורמים החשובים למגמה זו. בעוד שהסברים המקובלים מתמקדים בשיקולים פנימיים לדיני הנזיקין, התזה שאנו מציעים מקשרת את מגמת ההרחבה בנזיקין לפסיקת בג"ץ, ולרצונו של בית המשפט להיטיב עם קבוצות עותרים שידו קצרה מלסייע להם בהליך החוקתי-מנהלי. עם זאת, כפי שנדגים, התזה האמורה עשויה להסביר גם את מקרי החריג – המקרים שבהם פסיקת בית המשפט פעלה לצמצום האחריות בנזיקין. כפי שנציע, החלטת בית המשפט באותם מקרים להצר את היקף החבות בנזיקין היטיבה עם קבוצות שבית המשפט התקשה להעניק להן סעד בהליך החוקתי-מנהלי.

4 בית המשפט אומנם הכיר באפשרות להעניק פיצויים גם בהליכי בג"ץ, אולם הגביל זאת למקרים חריגים. לסקירה ולדין בפסיקה ראו אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" **משפט ועסקים** כ 301, 403–407 (2017) (להלן: ברק "על תורת הסעדים").

5 ראו יצחק זמיר "הזכות המינהלית" **משפט וממשל** טז 135, 184–185 (2014) ("השוני המהותי בין הזכות המינהלית לבין הזכות האזרחית מצדיק גם שוני בכללים המאפשרים הגנה על הזכות. השוני נובע בעיקר מכך שהזכות המינהלית מופנית כלפי רשות מינהלית, הפועלת מטעם הציבור ולמען הציבור, ולכן בהתמודדות בין אדם לבין הרשות יש לתת משקל נכבד גם לאינטרס הציבורי, ולמצוא את האיזון הראוי בינו לבין האינטרס הפרטי. שוני זה עשוי להצדיק כללי סף מסוימים, סדרי דין שונים וגישה מיוחדת לסעד"); בג"ץ 170/87 **אסולין נ' ראש עיריית קריית גת**, פ"ד מב(1) 678, 692 (1988) ("זכותו של הפרט כלפי השלטון, נחותה היא ביחס לזכות המהותית במשפט הפרטי. מקורה של נחיתות זו בסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, אשר נתפסת כ'שיקול-דעתית'"). על הפער בנטל המוטל על התובעים בהליך החוקתי-מנהלי, ובהליך האזרחי, להוכחת אחריותה של המדינה, ראו לדוגמה ע"א 9211/09 **איווטסט בע"מ נ' דריזין**, פס' 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנוב, 4.7.2012) ("יכול בית משפט זה, במסגרת עתירה לבג"ץ לקבוע כי אינו מתערב בהחלטה של רשות פלונית שכן זו אינה חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות [...] אין להקיש מכך כי המסקנה בנוגע להתרשלותה של אותה רשות במסגרת בחינת עולת הרשלנות תהיה, בהכרח, זהה").

6 ראו לדוגמה תמר גדרון "אחריות המדינה, גופים ציבוריים וממלאי תפקידים ציבוריים לנוק שנגרם ברשלנות – מדרון חלקלק" **הפרקליט** נא 443, 453–455 (התשע"ב) (פירוט באשר ל"מגמה כללית של הרחבת אחריות בעולת הרשלנות בפסיקה הישראלית"); ישראל גלעד "דיני הנזיקין בפסיקתו של ברק" **ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 487, 513–515 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

הרשימה להלן מתמקדת בהדגמת קיומם של יחסי הגומלין האמורים בין הפסיקה הנזיקית לפסיקה החוקתית-מנהלית.⁷ עם זאת לטענתנו היבט נורמטיבי. שאלה מתבקשת היא אם השימוש ה"משלים" שעושה בית המשפט בדיני הנזיקין לפסיקתו החוקתית-מנהלית הוא פרקטיקה שיפוטית רצויה. טענתנו היא שהתשובה לשאלה זו תלויה בשקלול היתרונות והחסרונות הגלומים בפרקטיקה זו. בעוד שההגנה על זכויות באמצעות דיני הנזיקין עלולה להיות מוגבלת בהשוואה להגנה החוקתית-מנהלית, ולהוביל לחלוקה בלתי שוויוניות של עלויות, היא מאפשרת לבתי המשפט לפעול תוך כיבוד עקרון הפרדת הרשויות. כמו כן טענתנו בדבר הזיקה שבין הליכי בג"ץ לדיני הנזיקין עשויה לתרום להבנה באשר לאופן שבו בית המשפט מעצב את "חלוקת העבודה" שבין שני הענפים. עניין זה עמד במוקד פסק הדין גליק שנדון לאחרונה בבית המשפט העליון.⁸ דעת הרוב בעניין גליק הדגישה את מעמדו המיוחד של ההליך בבג"ץ, ואת הצורך להבטיח כי עניינים המתאימים להליך החוקתית-מנהלי לא יידונו בהליך האזרחי. על רקע דברים אלה, טענתנו בדבר השימוש שעושה בית המשפט בדיני הנזיקין כמסלול משלים-בג"ץ מדגישה את חשיבות ההליך האזרחי על פני ההליך החוקתית-מנהלי. לבסוף, כפי שאנו מציעים, התזה העומדת במרכז הדיון להלן עשויה לשפוך אור על יחסי הגומלין שבין ההליכים בבג"ץ לענפי משפט נוספים.

מבנה הרשימה הוא כדלקמן: **פרק א** יתאר את הגישה הרווחת בדבר ה"הרמוניה" שבין פסיקת בית המשפט בהקשר החוקתי-מנהלי לפסיקתו הנזיקית. הטענה באשר לקיומה של התאמה בין המשפט החוקתי-מנהלי לדיני הנזיקין מוצאת את ביטויה הן ברטוריקה של בתי המשפט, והן בפסיקה הפועלת להעמקת הזהות שבין שני ענפי המשפט האמורים. **פרק ב** – חלקה המרכזי של הרשימה – יציג את טענתנו לפיה היחס שבין שני הענפים הוא מורכב, וכי בהקשרים שונים פונה בית המשפט לדיני הנזיקין על רקע הקושי לפעול במסגרת הליכים בבג"ץ. **פרק ג** יבחן את ההשלכות הנורמטיביות של פסיקה זו, תוך התייחסות להחלטת בית המשפט בעניין גליק.

א. התזה הרווחת: יחסי התאמה

התפיסה לפיה ענפי המשפט קשורים אלה באלה ומשפיעים על התפתחותם ההדדית, הודגשה לא אחת על ידי בית המשפט. על רקע תפיסה זו, אין זה מפתיע כי בית המשפט נראה כמי שפועל להתאמה בין פסיקתו החוקתית-מנהלית לפסיקתו בדיני הנזיקין. מאמצי בית המשפט להבטיח התאמה בין שני הענפים משתקפים בכמה מישורים.

מישור אחד בו פעל בית המשפט ליצירת התאמה היה הערכה מחודשת של הפסיקה בדיני הנזיקין עם חיקוקם של חוקי היסוד. הפסיקה בחנה אם וכיצד חיקוקם של חוקי היסוד,

7 ענף אחר המקיים יחסי גומלין מורכבים עם דיני הנזיקין, הוא הדין הפלילי. לדיון ביחס לעמדת הפסיקה בישראל בשאלה זו ראו אהוד גוטל ורם וינוגרד "עונשין ונזיקין: על הבחירה בין איזון לעקביות" **משפטים** מט 357 (2019); יפעת ביטון "בין נזיקין לעונשין או בין הנזק ועונשו? דילמות מבניות, דיוניות ותפקודיות בייצוג נפגעות תקיפה מינית" **עיוני משפט** לו 657 (2015).

8 רע"א 2063/16 גליק נ' **משטרת ישראל** (פורסם בנבו, 19.1.2017).

ובייחוד חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראוי שישפיע על הלכות שונות בתחום דיני הניזקין שנתקבלו בשלב שקדם לעידן חוקי היסוד. כך בחן בית המשפט את השפעתם האפשרית של חוקי היסוד על פסיקתו הניזקית בלשון הרע, בפגיעה בפרטיות, ברשלנות רפואית ועוד.⁹ חקיקת חוקי היסוד עומדת גם ברקע אחת ההתפתחויות החשובות בדיני הניזקין בעשורים האחרונים, שעניינה הכרה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה.¹⁰ במסגרת ראש נזק זה קבע בית המשפט את זכאותו של ניזוק לפיצוי כאשר התנהגות המזיק שללה מהניזוק את יכולתו לעצב את החלטותיו במודע, או כאשר נמנע מהניזוק מידע חשוב. עיקר חידושו של ראש הנזק האמור הוא בזכותו של הניזוק לפיצוי גם במקרים שבהם פעולותיו או בחירתו היו נותרות על כנן לו היה המזיק פועל כראוי. כפי שהבהיר בית המשפט, ההכרה בזכותו של הניזוק לקבל את החלטותיו באופן עצמאי ותוך קבלת מידע מלא היא ביטוי להגנה על "כבודו וחירותו" המוגנים בחוק היסוד.¹¹

באופן דומה הכיר בית המשפט בזכותם של תובעים לפיצוי נזיקי מקום שבו נפגעה זכותם להליך מנהלי תקין. בפרשת **אבנעל** נדונה תביעתם של יבואנים לאחר שרשויות המכס הטילו מגבלות על מכסות היבוא של התובעים בשל חשדות שהתובעים מפיצים את סחורתם במחירי "היצף".¹² החלטת רשויות המכס להגביל את מכסות היבוא של התובעים הייתה סבירה, ואולם החלטתם להסתיר מהתובעים את הסיבה להטלת המגבלות הייתה בלתי מוצדקת. בית המשפט קבע שחשיפת הסיבה ומתן זכות טיעון ליבואנים לא היו משנים את החלטת רשויות המכס, ולפיכך הנזק שנגרם ליבואנים היה מתרחש גם לולא התרשלו הרשויות. חרף זאת קבע בית המשפט כי לתובעים זכות לפיצוי בגין הנזק הלא ממוני שסבלו. כפי שהבהיר בית המשפט, הכרעה זו תביא להאחדה בין עקרונותיה של עוולת הרשלנות לכללי המשפט המנהלי.¹³

9 רע"א 10771/04 **רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' אטינגר**, פ"ד נט(3) 308 (2004) (בעניין לשון הרע); רע"א 6902/06 **צדיק נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ**, פ"ד סג(1) 52 (2008) (בעניין פגיעה בפרטיות); ע"א 1303/09 **קרוש נ' בית החולים ביקור חולים** (פורסם בנבו 5.3.2012) (בעניין רשלנות רפואית).

10 ראו שיר ויסנברג "פניה המשתנות של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין" **משפטים** מה 833 (2016).
11 חוקי היסוד השפיעו על ההכרה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק בר פיצוי. ראו לדוגמה ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, פ"ד נג(4) 526, פס' 17 לפסק דינו של השופט אור (1999) ("ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו, כשיטת משפט של מדינה דמוקרטית [...] היא מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו"); ע"א 10085/08 **תנובה – מרכז שיתופי נ' עובד ראבי**, פס' 33 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 4.12.2011) ("הזכות היסודית לאוטונומיה [...] היא הזכות העומדת לכל אדם להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה [...] חרות זו היא אחד הביטויים של הזכות החוקתית לכבוד הנתונה לכל אדם והמעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו").

12 ע"א 1081/00 **אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(5) 193 (2005). בעניין **גליק** (לעיל ה"ש 8, פס' 20), הסתייג השופט עמית מהלכת **אבנעל**: "לא אכחד כי לטעמי, פסק הדין בעניין אבנעל הוא מרחיק לכת, וחורג מדיני הניזקין המקובלים בשל מספר טעמים". לדיון נוסף ראו להלן ה"ש 20.

13 פרשת **אבנעל**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 203–204: "מתן נימוקים לא נכונים ואי-מתן זכות טיעון בנסיבות העניין אינם תואמים את כללי המשפט המינהלי. בד בבד הם מהווים – ביחסים בין עובד הציבור לבין האזרח הבא עמו במגע – פעולה רשלנית במסגרת דיני הניזקין". לעמדה דומה ראו את פסק דינו של

הגברת ההתאמה שבין דיני הנזיקין לדין החוקתי-מנהלי עמדה ביסוד עמדתם של מספר שופטים לפיה יש לאפשר תביעות נזיקיות על בסיס חוקי היסוד עצמם. שתי חלופות עיקריות הוצעו: הראשונה, החלה ישירה של חוקי היסוד במסגרת דיני הנזיקין ("עוולות חוקתיות"), כך שפגיעות בזכויות חוקתיות יקנו לנפגעים זכות לפיצוי בדומה לכל נפגע נזיקי. לחלופין, הובעו דעות כי דרך עדיפה היא החלה "עקיפה" של חוקי היסוד במשפט הפרטי. בהקשר זה הוצע כי חוקי היסוד יוחלו דרך דיני הנזיקין, ובייחוד באמצעות העוולה של הפרת חובה חקוקה.¹⁴

מישור נוסף שבו פעל בית המשפט ליצירת הרמוניה בין הענפים נסוב סביב דרישת ההתרשלות בתביעות כנגד המדינה. דיני הנזיקין המסורתיים אפשרו תביעות נגד המדינה רק כאשר זו פעלה בחוסר סבירות. כנגד זאת הכיר הדין המנהלי (גם אם במידה מצומצמת) בזכותם של עותרים לסעד גם במקרים שבהם פעולת הרשות אשר גרמה את הפגיעה הייתה סבירה.¹⁵ ואולם, בשנים האחרונות בחן בית המשפט בכמה הזדמנויות את האפשרות להרחיב את ההסדר המנהלי לדיני הנזיקין, כך שתוכר זכותם של נזוקים לפיצוי כספי בגין פעולתה הסבירה של הרשות. בפסקי הדין **מלכיה**, **ישועה** ו**פורגס** הכיר בית המשפט באפשרות (העקרונית) לפסוק פיצויים במקרים כאמור.¹⁶

מעמדה של עילת הסבירות עצמה הוא נדבך חשוב נוסף שבו פעל בית המשפט להעמקת ההתאמה שבין הדין החוקתי-מנהלי לדיני הנזיקין. הלכת **גורדון**, והפסיקה שבאה בעקבותיה, הציבו את עוולת הרשלנות במרכזם של דיני הנזיקין.¹⁷ הקביעה כי עוולת

השופט לוי בע"א 10078/03 **שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ**, פ"ד סב(1) 803, פס' 21 (2007): "ואף אם מן הבחינה הדיונית, מקומם של שני סוגי הסעדים – המנהלי והנזיקי – בערכאות או בהליכים נפרדים, הרי בהיבט המהותי יש בזה גם בזה משום ביטוי לתפקידה הקוהרנטי והמלא של הביקורת השיפוטית על פעילותן של רשויות המנהל". עם זאת כפי שהפסיקה הבהירה, לא כל הפרה של הדין המנהלי מזכה את התובע לסעד בדיני נזיקין. ראו דנ"א 441/12 **סעידי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 22.8.2012).

14 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ג – פרשנות חוקתית 785–792 (1993). ראו גם בג"ץ 746/07 **רגן נ' משרד התחבורה**, פס' לז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 21.1.2008) (המתייחס בחיוב לעמדתו האמורה של השופט ברק). עם זאת עד עתה נמנעה הפסיקה מלאמץ הצעות אלה. ראו לדוגמה דברי השופט עמית בע"א 8489/12 **פלוני נ' פלוני**, פס' 11 לפסק דינו (פורסם בנבו, 29.10.2013): "יש להבחין בין מקור הזכות לבין העילה או העוולה. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אכן מהווה מקור זכות לכבוד ולפרטיות, אך שימוש ישיר בזכות זו כעילת תביעה, בבחינת 'עוולה חוקתית' טרם הוכר במשפטנו, וגם השימוש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כמקור להפרת חובה חקוקה נדחה בפסיקה".

15 ראו צבי ברנזון "בג"ץ כפוסק פיצויי נזקים" **ספר יצחק כהן** 280 (מנחם אלון ואח' עורכים, התשמ"ט); דפנה ברק-ארו "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים" **משפט וממשל** ב 35 (1994); יואב דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם" **משפט וממשל** ב 97 (1994).

16 ראו ע"א 6296/00 **קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(1) 16 (2004); ע"א 7703/10 **ישועה נ' מדינת ישראל**, פ"ד סז(1) 25 (2014); ע"א 2118/12 **פורגס מוצרי בשר אקספורט בע"מ נ' מדינת ישראל** – **משרד החקלאות ופיתוח הכפר** (פורסם בנבו, 5.7.2015).

17 ע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' גורדון**, פ"ד לט(1) 113, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא ברק (1985) ("מבחינה זו עוברת שיטתנו שלנו התפתחות דומה לזו שעבר המשפט האנגלי. אף בו התפתחה עוולת הרשלנות במקביל לעוולות הספציפיות, תוך שאט אט היא מצלה עליהן ו'בולעת' אותן [...]. תהליך דומה עבר גם עלינו. תחילה הודגשה חשיבותן של העוולות הפארטיקולאריות, כגון מיטרד והסגת גבול. לימים

הרשלנות חלה לצידן של העוולות הפרטיקולאריות, וכי תביעת רשלנות אפשרית גם במקרה של התנהגות מכוונת של המזיק, הפחיתה במידה ניכרת מחשיבותן של מרבית העוולות הפרטיקולאריות. מהלך דומה התרחש בדין המנהלי. פסק הדין בעניין **דפי זהב** העמיד את עילת הסבירות במרכזו של הדין המנהלי.¹⁸ בדומה לתוצאה האמורה של פסק הדין בעניין **גורדון**, האפשרות לתבוע את הרשות בגין הפעלה בלתי סבירה של שיקול הדעת גרמה במידה רבה לדחיקתן של העילות המנהליות המסורתיות.¹⁹

התמונה העולה מדוגמאות אלה באשר לטיב יחסי הגומלין שבין הדין החוקתי-מנהלי לדיני הנזיקין היא של כלים שלובים הפועלים בהתאמה (הגם שתוך שמירה על הבחנה בין השניים).²⁰ האופן בו מפתח בית המשפט את דיני הנזיקין נעשה תוך הסתכלות לפסיקתו

הלך חלקה של הרשלנות והתגבר, עד כי כיום מרבית התביעות במסגרת פקודת הנזיקין [נוסח חדש] הן בגין רשלנות, אשר שולטת בכיפת הפקודה".

18 בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421 (1980).

19 בג"ץ 5853/07 **אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פ"ד סב(3) 445, פס' 9 לפסק דינו של השופט גרוניס (2007): "אכן, העילה של חוסר סבירות אינה חדשה במשפטנו והוכרה עוד בראשית המדינה [...] עם זאת, בעשורים האחרונים, במיוחד מאז פסק דינו של השופט א' ברק בעניין **דפי זהב** [...], היא עברה שינוי והתפתחה למימדים קרובים לאלה של 'נורמת על' [...] תוך כדי התפתחות זו היא בלעה לתוכה, כאדם שאינו יודע שובע, עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר (למשל, העילות של מטרה זרה ושל שיקולים זרים)" [ההדגשה הוספה]; מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" **ספר אור** 777 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013) ("למרות הביקורת, שמקורותיה שונים ומגוונים, עילת אי-הסבירות מקובלת כיום כ'עילת-על', אשר מאפשרת, לפחות להלכה, נטישת חלק מן העילות האחרות, אשר קשות יותר, כך נטען, להוכחה"). על קווי הדמיון בהקשר זה בין עילת הסבירות לעולות הרשלנות ראו מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים** יב 102, 114 (1982) ("תורת הסבירות של **דפי זהב** מנוסחת במונחים מושרשים ורווחים, באמצעות נוסחאות מוכרות, וקיימת אנלוגיה חיצונית בינה לבין תורה מוכרת – הרשלנות הנזיקית. צורתה החיצונית עשויה אפוא לטשטש את העובדה שהיא מושתתת על מונח היכול לסבול כל משמעות כמעט, טשטוש העשוי להביא, ביודעין או מבלי משים, להחרבה בלתי מבוקרת של ההתערבות השיפוטית בגוף שיקול הדעת המינהלי"; [...] אם עולות הרשלנות נתקלת בקשיים לא קטנים של גיבוש ויציקה לכללים משפטיים, הרי עילת חוסר הסבירות, שיסודותיה אינם ידועים כמעט כלל, על אחת כמה וכמה" (שם, בעמ' 124).

20 יש לציין כי לצד הקולות המדגישים את הצורך בהרמוניה בין-ענפית, נראה כי לשופט עמית עמדה נוגדת. ראו יצחק עמית "על טשטוש תחומים" **דין ודברים** ו 19, 23–24 (2011): "ראיית המשפט המנהלי והמשפט הנזיקי כתחומים משיקים ומשלימים זה את זה מטשטשת עד מאוד את הגבולות בין שני התחומים. פסקי הדין בעניין **אבנעל ושחיל** [לעיל ה"ש 12–13], מקרבים עד מאוד את המשפט המנהלי למשפט הנזיקי תוך ראיית הסעד הנזיקי כמשלים את הסעד המנהלי. מכאן סלולה הדרך, לכאורה, להגשת תביעת נזיקין כל אימת שהעותר המנהלי זוכה בריבו עם הרשות. לדעתי יש למתוח קו גבול ברור בין דיני הנזיקין לבין המשפט המנהלי". עמדה דומה הביע השופט עמית גם בעניין **גליק**, לעיל ה"ש 8, פס' 29 לפסק דינו. עם זאת, כפי שהציטטה האחרונה מרמזת, נראה כי השופט עמית מבקש בעיקר לשמור על ייחודו של ההליך המנהלי, תוך הגבלת היקפו של הדין האזרחי (קרי, להגן על סמכותו של בג"ץ בעניינים שונים). לדיון בעמדתו של השופט עמית וביחס שבינה לבין טענתנו ראו להלן פרק ג למאמר זה.

בקונטקסט החוקתי-מנהלי, וכך גם בכיוון ההפוך.²¹ הרחבה בהיקף ההגנה על זכויות בענף האחד משמעה, לא אחת, הרחבה גם בענף האחר.

ב. התזה המוצעת: יחסי השלמה

בחלק זה אנו מבקשים להצביע על קיומה של זיקה נוספת בין שני הענפים, במסגרתה דיני הנזיקין פועלים כמשלימים של הפסיקה בבג"ץ. את טענתנו האמורה אנו מדגימים באמצעות חמש קטגוריות, שבכל אחת מהן אנו מציעים כי את הפסיקה הנזיקית יש לקרוא על רקע החלטות מקבילות, או קרובות, בתחום החוקתי-המנהלי.

שלוש הקטגוריות הראשונות – **תביעות נגד רשויות הביטחון, סרבנות גט והגנה על השוויון** – עוסקות בפסיקה נזיקית שהביאה להרחבת היקף האחריות. שתי הקטגוריות האחרות – **חופש הביטוי ומעמדם של בעלי מוגבלויות** – עוסקות במקרי החריג שבהם פעלה הפסיקה לצמצום האחריות בנזיקין. כפי שנטען, המשותף לדוגמאות אלה הוא שפסקי הדין הנזיקיים אפשרו לפעול לטובת הצדדים שבית המשפט התקשה להעניק להם סעד בהליכים בבג"ץ.

1. פסיקת בג"ץ והרחבת האחריות בנזיקין

(א) תביעות נגד צה"ל

נטייתו של בית המשפט לנקוט בגישה מרסנת בהלכי בג"ץ בולטת בעתירות הנוגעות לענייני ביטחון, ובייחוד אלו העוסקות בסוגיות צבאיות-מבצעיות.²² הריסון האמור נובע מכמה גורמים עיקריים: ראשית, עניינים הקשורים בסוגיות ביטחוניות מערבים פעמים רבות היבטים פוליטיים מובהקים, אותם מעדיף בית המשפט להשאיר לדיון במסגרת הזירה הפוליטית ולהכרעת הרשות המבצעת.²³ שנית, כאשר מדובר בפעילות כוחות הביטחון, הכרעה שיפוטית באשר לסטנדרט של התנהגות מנהלית "סבירה" עשויה להיות קשה במיוחד. גם תחת תפיסה מרחיבה באשר ליכולתו של בג"ץ להעריך את פעילות השלטון,

21 ראו ברק "על תורת הסעדים", לעיל ה"ש 4, בעמ' 395 ("את הוראותיה של פקודת הנזיקין יש לפרש ברוח הערכים של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם"); ברק-ארוז וגלעד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 25 ("למעשה לא זו בלבד שדיני הנזיקין הגנו, ומגינים, על זכויות אדם, אלא שהם גם כוללים אמצעים המאפשרים להרחיב הגנה זו בדרכים שונות – באמצעות פרשנות דינמית של מושגי ה'רשלנות' ו'חובת הזהירות' בעוללת הרשלנות, באמצעות החלתה של העוולה של הפרת חובה חקוקה על חובות חקוקות נוספות ובאמצעות פרשנות הנוטה לעבר זכויות האדם גם במסגרת העוללות הספציפיות"). כן ראו שם, בעמ' 36 ("גישה פתוחה יותר להפנמת ההגנה על זכויות האדם באה לידי ביטוי בדיני הנזיקין, שבאופן הדרגתי ועקיב מרחיבים את גבולות האחריות כדי לספק הגנה רחבה יותר לכבוד האדם, לאוטונומיה של הפרט, לשוויון ולזכויות אדם נוספות").

22 לסקירה היסטורית של הפסיקה ראו לירון א' ליבמן "אין עשן בלי אש: חוקיות השימוש בתחמושת המכילה זרחן והגבולות הראויים לביקורת שיפוטית על אופן ניהול לחימה" **משפטים על אתר** יא 57 (2018); עמיחי כהן וסטיארט כהן **יורים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל** 176–224 (2014).

23 ראו לדוגמה בג"ץ 4481/91 **ברגיל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(4) 210 (1993). נימוק זה עמד בבסיס סירוב בית המשפט לדון במעמדה של ההתיישבות הישראלית בשטחים.

ענייני ביטחון היוו מאז ומעולם תחום שבו נזהר בית המשפט מלהפגין אקטיביזם שיפוטי.²⁴ שלישית, בהקשרים ביטחוניים מועלית לא אחת הטענה כי בית המשפט נעדר מומחיות מקצועית מספקת, ועל כן יש לייחס משקל ניכר לעמדת גופי הצבא והביטחון.²⁵ קבוצה המושפעת במיוחד מגישתו האמורה של בית המשפט היא תושבי יהודה, שומרון ועזה. לעומת כלל האוכלוסייה, תושבים אלה חשופים לפעילות יתרה של כוחות הביטחון. בשל הגישה המרסנת של בית המשפט, עתירות המבקשות להשיג על פעילות צה"ל עומדות (ככלל) בפני רף הגבוה מזה הנדרש בעתירות כנגד גופים מנהליים אחרים. יכולתם של תושבי אותם אזורים להיעזר בבג"ץ בנוגע לפעילות כוחות הביטחון עשויה להיות מוגבלת לעומת עותרים המבקשים את התערבות בג"ץ בנוגע לפעילותם של גופים שלטוניים אחרים. כפי שאנו מציעים, מציאות זו עשויה להסביר את גישת בית המשפט העליון לתביעות נזיקין המוגשות נגד כוחות הביטחון, ובייחוד את עמדתו כלפי תביעות נזיקין שמגישים תושבי השטחים בגין פעילות מבצעית של צה"ל. בית המשפט, המפגין ריסון בתביעות בהליך המנהלי, מאמץ גישה מרחיבה במיוחד בהליך הנזיקי. בית המשפט נכון להעניק פיצויים לניזוקים שספק רב אם בשיטות משפט אחרות היו זוכים לסעד.²⁶

24 בג"ץ 3003/18 יש דין מתנדבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פס' 60 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 24.5.2018) ("הלכה היא, כי מתחם התערבותו של בית המשפט בהחלטות המבוססות על שיקולים מבצעיים הוא מצומצם וצר ביותר"); בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 410 (2004) ("בנסיבות כאלה הליך הביקורת מוגבל ולוקה בהיעדר כלים מספיקים לבירור הנתונים הרלוונטיים כדי לבחון אותם בזמן אמת וליתן סעדים יעילים בגינם").

25 ראו בג"ץ 3261/06 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 31.1.2011): "המדובר בעתירה בעלת זיקות ישירות להיבטים מבצעיים-מקצועיים מובהקים בתכנון פעילות ההגנה והלחימה של צה"ל מפני רקטות הקסאם המשוגרות לשטחי ישראל במטרה לפגוע בתושביה [...] דרישה זו יוצרת קושי שכן היא מערבת בתוכה היבטים מבצעיים צבאיים מובהקים, אשר כידוע המומחיות כגוןן דא נתונה לרשויות הצבא האמונות על כך, ולכן יטה בית המשפט למשוך ידיו מלהתערב בהם".

26 ראו אסף יעקב "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מ'פעולה מלחמתית'" משפטים לג 107, 115–125 (2003) (סקירת הדין בארה"ב, באנגליה ובאוסטרליה כאשר לאחריות המדינה בגין פעילות ביטחונית, ופירוט באשר לגישה מרחיבת-האחריות בישראל). כן ראו Gilat J. Bachar, *Collateral Damages: Domestic Monetary Compensation for Civilians in Asymmetric Conflict*, 19 CHL J. INT'L L. 375, 398 (2019): "Claims are brought for incidents ranging from the use of riot control techniques during protest, to military counterinsurgency actions, checkpoint shootings, drone attacks, and full-fledged military operations [...] As such, the Israeli case presents a rare exception to typical bars on bringing claims against the injuring state in the context of armed conflicts, including in the U.S." *Koohi v. United States*, 976 F.2d 1328, 1335–1336 (9th Cir. 1992): "it simply does not matter for purposes of the 'time of war' exception whether the military makes or executes its decisions carefully or negligently, properly or improperly. It is the nature of the act and not the manner of its performance that counts. Thus, for purposes of liability under the FTCA, it is of no significance whether a plane that is shot down is civilian or military, so long as the person giving the order or firing the weapon does so for the purpose of furthering our military objectives or of defending lives, property, or other interests."

גישתו המרוסנת של בג"ץ כתביעות העוסקות בצה"ל ובכוחות הביטחון מוצאת את ביטויה במגוון עתירות שאותן בחר בית המשפט לדחות. דוגמאות לכך כוללות דחייה של עתירות באשר לאופן פעולת צה"ל כנגד מחבלים (הריסת בתים),²⁷ עתירות הקשורות בנוהלי הצבא באשר להוראות פתיחה באש,²⁸ עתירות בנוגע להחלטות אם ומתי לחקור מקרי פציעה מירי כוחות הביטחון,²⁹ השימוש בסוגי תחמושת שונים³⁰ ועוד.

בעוד שבית המשפט מפגין גישה מרסנת בהליך המנהלי, נראה שבכל האמור בתביעות נזיקיות המגמה היא הפוכה. גישתו המרחיבה של בית המשפט בהקשר הנזיקי מתבטאת בכמה מישורים: ראשית, בית המשפט צמצם עד למאוד את החסינות העומדת למדינה בגין "פעולה מלחמתית". חסינות זו קובעת כי נזיקים שנפגעו מפעולותיה הצבאיות של המדינה מנועים מלהגיש כנגדה תביעות בנזיקין. על אף קיומה הפורמאלי של החסינות, הגבילה פסיקת בית המשפט במידה ניכרת את משמעותה בפועל. מישור נוסף שבו פעלה הפסיקה להרחבת האחריות הנזיקית של גופי ביטחון הוא מצבים בהם פעילות הכוח הצבאי נבעה מהערכה סובייקטיבית שגויה של נסיבות המקרה. פעולות מבצעיות רבות נעשות בתנאים המקשים על הכוח הצבאי להעריך נכונה את הסיכון שבפניו הוא עומד (חושך, סביבה עוינת, שילוב של אוכלוסייה אזרחית וגורמי טרור וכד'). לפיכך שכחים הם המקרים שבהם נזק נגרם בשל הערכה שגויה של הכוח. שאלה זו נדונה בכמה פסקי דין של בית המשפט העליון, וככלל נקבע כי יש להטיל אחריות על הכוח הצבאי גם אם לפי הבנתו הסובייקטיבית של הכוח היה השימוש בנשק חם ראוי. פסיקה זו בולטת במיוחד בהשוואה לפסיקה שעסקה בשאלה זו בנסיבות שבהן נעשה שימוש בנשק בפעילות שאיננה צבאית. מישור שלישי שבו ניכרת מגמת ההרחבה הוא ההיבט הראייתי. אתגר מרכזי בפניו עומדת המדינה בתביעות בגין פעילותה הצבאית הוא איסוף ראיות. ריבוי הכוחות הצבאיים, התחלופה התכופה בכוחות המשרתים, והיעדר שיתוף פעולה מצד חלק מהתושבים מקומיים – כל אלה מקשים על איתורם של עדים שיתמכו בעמדת המדינה. על רקע זה ניתן היה להניח שבית המשפט ייזהר מלאמץ כללים שיקלו על הדרישות הראייתיות להגשת תביעה. ואולם עיון בפסיקה מראה כי בית המשפט פעל לעיתים בכיוון ההפוך, תוך שהוא

To put it in the terms of the statute, the only question that need be answered is whether the challenged action constituted combatant activity during time of war"

27 ראו בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 31.12.2014). לסקירה משפטית נרחבת ראו גיא הרפז ועמיחי כהן "הריסת בתים בביקורת בג"ץ: יש (בית) שופטים בירושלים" משפט וממשל יט 43 (2018). יש לציין כי לצד ההכרה בסמכותה של המדינה להורות על הריסת בתי מחבלים, התנה בית המשפט את קיום הפרקטיקה בתשלום פיצויים לצדדים שלישיים הנפגעים כתוצאה מהריסת הבית, וזאת בלא תלות בקיומה של רשלנות מצד המדינה. ראו למשל בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פס' 56–59 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 12.11.2015). לפסיקה שבה בית המשפט היה נכון לתת פיצוי כאמור בקובעו שהריסת בתי מחבלים איננה חוסה תחת החסינות הנוגעת לפעולה מלחמתית ראו ת"א (מחוזי י-ם) 7119/05 קואסמה נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון (פורסם בנבו, 15.3.2007); ת"א (שלום י-ם) 11635/04 מוחמד נ' משרד הביטחון (פורסם בנבו, 7.7.2013).

28 ראו עניין יש דין, לעיל ה"ש 24.

29 בג"ץ 1971/15 אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 18.7.2017).

30 בג"ץ 8990/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' אלוף פיקוד דרום (פורסם בנבו, 27.4.2003).

מאמץ כללים המאפשרים לתובעים לקבל פיצוי גם בהיעדר ראיות ברורות לאחריות הכוח הצבאי.

כאמור, המישור הראשון שבו פעל בית המשפט להרחבת אחריות המדינה בנויקין בתביעות כנגד צה"ל עניינו החסינות בגין פעילות מלחמתית. החסינות, המעוגנת בסעיף 5 לחוק הניזקים האזרחיים (1952),³¹ קובעת כי המדינה איננה אחראית על נזקים הנובעים מפעולות מלחמתיות. החסינות, הקיימת בשיטות משפט רבות, מבוססת על ההבנה כי דיני הניזקים אינם מתאימים לטפל בנזקים הנובעים מפעולה מלחמתית. נזקים אלו דורשים הסדר משפטי אחר, המתחשב במאפיינים המיוחדים של סכסוכים המחייבים שימוש מכוון בכוח.³²

עד לשנת 2002 לא כלל החוק הגדרה לפעולה מלחמתית. התביעות שנדונו בבית המשפט העליון היו בעיקרן של אזרחי ישראל שנפגעו מפעילות צה"ל, והפסיקה הציגה עמדות שונות באשר להיקפו של המונח "פעילות מלחמתית".³³ שינוי של ממש התרחש עם תחילת האינתיפאדה הראשונה. מספר הולך וגדל של תביעות הוגשו בידי תושבי יהודה, שומרון ועזה. בשל מגוון הפעולות הצבאיות שבגינן הוגשו תביעות, נדרש בית המשפט להגדרה של פעולה מלחמתית.

את התשובה סיפק בית המשפט בפרשת **בני עודה**.³⁴ באותו מקרה קבע בית המשפט כי לשם קביעה כי פעולה היא מלחמתית יש לבחון "את מטרת הפעולה, את מקום האירוע, את משך הפעילות, את זהות הכוח הצבאי הפועל, את האיום שקדם לה ונצפה ממנה, את עוצמת הכוח הצבאי הפועל והיקפו ואת משך האירוע".³⁵ עיקר חשיבותה של ההחלטה היה בקביעה שפעולות רבות של כוחות הביטחון הינן "פעולות שיטור" שאינן נופלת בגדרה של החסינות.³⁶ כפי שמלומדים הראו, פרשנותו של בית המשפט מנוגדת לגישה הנוהגת במדינות אחרות, לפיה למדינה חסינות רחבה כשמדובר בפעולות של כוחות הביטחון.³⁷ הגישה המצמצמת של בית המשפט באשר לתחולת החסינות הובילה להתערבותו של המחוקק, וכעבור שנתיים ממועד פסק הדין בעניין **בני עודה** נתקבל תיקון 4. במסגרת התיקון הוספה לסעיף 1 לחוק הגדרה הקובעת מהי פעולה מלחמתית. נקבע כי פעולה כזו אינה מוגבלת דווקא למצבי מלחמה אלא כוללת "כל פעולה של לחימה בטרור [...] שנעשתה בניסיון של סיכון לחיים או לגוף".³⁸

31 ס' 5 לחוק הניזקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952.

32 ראו יעקב, לעיל ה"ש 26, בעמ' 125-135.

33 ע"א 1459/11 **עזבון חרדאן נ' מדינת ישראל**, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 16.6.2013).

34 ראו ע"א 5964/92 **בני עודה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 1 (2002).

35 שם, בעמ' 9.

36 לפסיקה שהסתמכה על ההחלטה בעניין **בני עודה** (שם) וקבעה כי פעולות שונות של צה"ל הן שיטוריות באופיין ראו לדוגמה ע"א 5604/94 **חמד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(2) 498 (2004) (ביצוע מעצר); ע"א 1354/97 **עכאשה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(3) 193 (2004) (פינוי חסימת צירים); ע"א 9561/05 **חטיב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 4.11.2008); ע"א 3991/09 **מדינת ישראל נ' עזבון אבו סמרה** (פורסם בנבו, 8.11.2010) (פתיחת ציר כאשר לא נצפתה לכוח סכנה).

37 ראו יעקב, לעיל ה"ש 26, בעמ' 115-125.

38 ס' 1 לחוק הניזקים האזרחיים.

גישתו המגבילה של בית המשפט באשר לתחולתה של החסינות הובילה להתערבות חקיקתית נוספת. בשנת 2005 נתקבל תיקון 7 שהוסיף את סעיפים 5ב (חסינות מפני תביעות תושבי מדינות אויב או אלו המשתייכים לארגוני מחבלים) ו-5ג (סמכות לשר הביטחון לקבוע מגבלות על זכות התביעה כנגד צה"ל באזורי עימות). בעקבות העתירה בפרשת **עדאלה**,³⁹ הורה בית המשפט על ביטול סעיף 5ב. בחירתו הנדירה (יחסית) של בג"ץ להתערב בסוגיה הביאה להרחבת פוטנציאל החבות של המדינה בנוזיקין. המחוקק מצידו החליט על תיקון נוסף של החוק בשנת 2012 במטרה להרחיב את תחולת החסינות. במסגרת תיקון 8 שונתה ההגדרה לפעולה מלחמתית (בסעיף 1) כך שהתיבות "סיכון לחיים או לגוף" הושמטו.

עיון בפסיקה העוסקת בתביעות שהוגשו כנגד פעילות צה"ל מספק נקודת מבט נוספת על התחולה הצרה של החסינות במשפט הישראלי. עיקר חשיבותה המעשית של החסינות היא כאמור במקרים שבהם **לולא החסינות הייתה המדינה חבה בנוזיקין**. בדיקה של כלל הפסיקה שניתנה לאחר פסק הדין בעניין בני עודה ועד לשנת 2015 מעידה כי במספר רב של מקרים בחן בית המשפט הן את שאלת תחולתה של החסינות והן את סבירות התנהגותם של הכוחות.⁴⁰ מתוך 48 פסקי דין כאמור, ב-27 נקבע כי החסינות חלה, וב-21 פסקי דין נדחתה החלת החסינות. מבין 27 המקרים שבהם קבע בית המשפט כי מדובר בפעולה מלחמתית, ב-26 מקרים נקבע כי התנהגות הכוחות הייתה ראויה, ולכן גם תחת דיני הרשלנות ה"רגילים" לא זכאי התובע לפיצוי.⁴¹ במילים אחרות, למעט במקרה בודד, קיומה של החסינות לא העלה או הוריד, שכן גם לולא החסינות היה דין התביעה להידחות בשל היעדר רשלנות של הכוח הצבאי.⁴² נתונים אלה מציעים כי בתי המשפט, הלכה למעשה, צמצמו עד

39 בג"ץ 8276/05 **עדאלה** – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 38 (2006). ההחלטה בעניין **עדאלה**, לכשלעצמה, עשויה לספק תמיכה לתזת ההשלמה. את ההחלטה (הבלתי שגרתית) לפסול את ס' 5ב לחוק יש לראות על רקע חשיבותם של דיני הנוזיקין כמסלול משלים של הפסיקה החוקתית-מנהלית. ההגבלה שנקבעה בסעיף על הפיצוי הנוזיקי נתפסה בעיני בית המשפט כחמורה דווקא בשל הקושי להקנות סעד לתובעים בהליכים בבג"ץ. במילים אחרות, בהכירו את הקושי לפעול במסלול הציבורי, ראה בית המשפט חשיבות גדולה במניעה של הטלת מגבלות על ההגנה שמספק המשפט האזרחי (דיני נזיקין).

40 ראו שי לוכטנשטיין **החסינות לאחירות המדינה בגין פעולה מלחמתית: כלל של חסינות או כלל של רשלנות?** (עבודה סמינריונית בהנחיית פרופ' אהוד גוטל, בקורס "האחירות הנוזיקית", האוניברסיטה העברית בירושלים, 2015). ראו גם גדרון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 477: "ברוב המקרים שבהם מבקש בית המשפט להימנע מהטלת אחירות [בשל מתן חסינות לפעילות צבאית] הוא יעדיף לקבוע כי לא הייתה התרשלות מצד החיילים או מצד המדינה".

41 ראו למשל ת"א (מחוזי י-ם) 9368-07 **סבאתין נ' שר הביטחון** – **משרד הביטחון** (פורסם בנבו, 12.8.2010); ת"א (מחוזי י-ם) 6310-04 **הנדיה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 3.8.2010); ת"א (מחוזי י-ם) 3125/01 **עובון עליזה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.6.2019).

42 פסקי הדין האמורים, בהם דן בית המשפט – הן בשאלת החסינות הן בשאלת הרשלנות – מנוגדים לכאורה להוראת ס' 5(ב) לחוק הנוזיקים האזרחיים, הקובע כי: "טענה המדינה, כטענה מקדמית, כי אינה אחראית בנוזיקים בשל כך שהמעשה שבשלו נתבעה הוא פעולה מלחמתית [...] ידון בית המשפט בטענה לאלתר, ואם מצא כי המעשה הוא פעולה מלחמתית כאמור, ידחה את התביעה". כלומר, ככול שמתקבלת טענת החסינות, דחיית התביעה צריכה להיעשות בלא דיון בשאלת רשלנותם של החיילים. עמד על כך השופט עמית בעניין **חורדאן**, לעיל ה"ש 33, פס' 13: "השאלה המתעוררת חדשות לבקרים

מאוד את תחולתה ואת משמעותה של החסינות. אחריותה של המדינה בגין פעילות צה"ל בשטחים נקבעת לפי דיני הנזיקין ה"רגילים", והמדינה ככלל אינה זוכה לחסינות במקרה של מעשה רשלני המתרחש אגב פעולות לחימה. בית המשפט נכון להחיל את החסינות רק במקרים שבהם ממילא התנהגות המדינה אינה מעוררת חבות בנזיקין.

כאמור, לצד הגבלת תחולתה של החסינות הרחיב בית המשפט את אחריות המדינה בגין נזקים הנובעים מפעילות כוחות הביטחון בדרכים נוספות. כך למשל נראה כי בית המשפט אימץ גישה מרחיבה כלפי אחריותם של כוחות ביטחון במצבי "טעות", דהיינו מקרים שבהם פעילות הכוח נבעה מהערכה שגויה של הסיכון בפניו עמדו החיילים. השוואה של פסיקת בית המשפט העליון באשר לאחריותם של כוחות הביטחון במצבים אלה, לאחריות מזיקים אחרים, מראה כי נטיית בית המשפט היא לאמץ מבחן מחמיר יותר ביחס לכוחות הביטחון.

שאלת אחריותם של מזיקים – שאינם כוחות הביטחון – בגין שימוש בכוח במצבי טעות עמדה במרכז פסק הדין בעניין אלון נ' חדר.⁴³ התובע, מסיג גבול, תבע פיצויים בשל נזק גוף שסבל כתוצאה מירי שביצע לעברו הנתבע – בעל המקרקעין שאליהם נכנס התובע. הירי האמור בוצע לאחר שהנתבע הבחין בתובע וסבר כי הוא מנסה לפרוץ לביתו (בצוותא עם אדם נוסף), ובייחוד לאחר שחשד כי הנתבע מכוון לעברו נשק. ואולם, חשדו של הנתבע התברר כשגוי. התובע לא היה חמוש, ובשעת הירי היה בדרכו החוצה ממקרקעי הנתבע. טענתו המרכזית של הנתבע הייתה כי חרף טעותו האובייקטיבית באשר לסיכון שבפניו עמד, הוא זכאי להגנה הקבועה בסעיף 24(1), המתירה שימוש בכוח סביר על מנת להגן מפני פגיעה צפויה בגוף או ברכוש.⁴⁴

בית המשפט קיבל את טענת הנתבע. נקבע כי לצורך תחולת ההגנה יש לבחון את שאלת נחיצות הירי מנקודת מבטו הסובייקטיבית של הנתבע. לפיכך, במקרה זה יש לקבוע שהירי היה מוצדק, "שכן המשיב ניצב בפני איום, גם אם סובייקטיבי, מידי לחייו מכלי אותו חשב למשחית, וכדי למלט את עצמו מן הסכנה ולנטרל את מקורה, הוא ירה במערער שלא על מנת להרוג".⁴⁵ כך גם מבהיר בית המשפט כי שאלת הסבירות תבחן תחת תפיסת עולמו (השגויה) של הנתבע באשר לסכנה שבפניה הוא עמד: "לאור האיום הסובייקטיבי שחש

נוגעת להיקפה של הפעולה המלחמתית' בגדרה מוענקת למדינה חסינות בנזיקין. הכרה בחסינות משמעותה, שבית המשפט לא צריך להידרש כלל לשאלה אם הצבא פעל ברשלנות אם לאו, כך שמתיתר הדיון לגבי האופן והדרך בה התנהלה הפעולה המלחמתית". עם זאת בפסק הדין עצמו, לאחר שהוא קובע כי פעולת המדינה חוסה תחת החסינות, מציין השופט עמית כי: "משהגענו למסקנה כי עומדת למדינה חסינות, מתייתר הצורך להידרש לסוגיית הרשלנות ולהוראות הפתיחה באש. למעלה מן הצורך אעיר בקצרה, כי אף אם המערערים היו חוצים את משוכת החסינות, דומה כי היו נכשלים בהוכחת הרשלנות" (שם, פס' 27).

43 ע"א 11172/05 אלון נ' חדר (פורסם בנבו, 21.10.2009).

44 ראו ס' 24 לפקודת הנזיקין, הקובע כי: "בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע אם – (1) עשה את המעשה בסבירות כדי להגן על עצמו או על זולתו מפני פגיעה בחיים, בגוף, בחירות או ברכוש, והיחס בין הנזק שסביר היה שייגרם מהמעשה לבין הנזק שסביר היה שיימנע על ידיו, היה סביר".

45 עניין אלון נ' חדר, לעיל ה"ש 43, פס' 27 לפסק דינה של השופטת ארבל.

המשיב, אין לומר כי היחס בין הנזק שנגרם לניזוק, כתוצאה מירי לעבר רגלו וכתפו, לבין זה שביקש המשיב למנוע, שעשוי היה להגיע כדי סכנה לגופו ולחיו, הינו בלתי סביר".⁴⁶ עמדה שונה הציג בית המשפט בתביעה בעלת מאפיינים דומים שהוגשה כנגד חיילי צה"ל, בסמוך למועד מתן פסק הדין בעניין אלון נ' חדר. בפרשת אבו סמרה הוגשה תביעה על ידי עיזבונם של מי שנפגעו מירי שביצע מפקד טנק במהלך מבצע חומת מגן.⁴⁷ בשל "פריסת זחל" סבר המפקד כי הטנק נפגע ממוקש. עקב חששו כי המדובר במארב, ובהתאמה (כנראה) עם הוראות פתיחה באש, החל המפקד בירי אשר פגע בתובעים.⁴⁸ עמדת המדינה הייתה כי "יש לבחון את האירוע מנקודת מבטו של איתי [המפקד] ולקבוע כי פעולתו הייתה סבירה בנסיבות של עליה על מטען".⁴⁹ כאמור, נראה שעמדה זו מתיישבת עם אמת המידה שאימץ בית המשפט בפרשת אלון נ' חדר. ואולם, במקרה זה (ומבלי להתייחס לקביעה באלון נ' חדר) ציין בית המשפט "שכאשר מדובר בבחינתה של עוולת הרשלנות, הבחינה היא בהכרח אובייקטיבית, ולא סובייקטיבית. [...] השאלה הינה מה מפקד טנק סביר היה עושה באותן נסיבות ולא מה היה עושה מפקד טנק אשר האמין, בשוגג, כי מדובר באירוע של עליה על מטען".⁵⁰

בית המשפט שב ונדרש לשאלה בפרשת סכאפי.⁵¹ במקרה זה נתבע כוח צבאי שפתח באש לעבר התובע אשר בדיעבד התברר כי הנשק שהחזיק היה רובה צעצוע. פסק הדין רלוואנטי במיוחד, שכן החלטת בית המשפט ניתנה על ידי השופט ארבל, שכאמור היא שכתבה את ההחלטה בפרשת אלון נ' חדר. השופט ארבל קבעה כי הואיל ובמקרה הנדון המדובר היה במארב שתכליתו חיסול מחבלים, פעילות הכוח חסותה תחת החסינות של מעשה מלחמתי.⁵² עם זאת בחנה השופט גם את השאלה אם פעילות הכוח הייתה סבירה בהתחשב בתפיסתם הסובייקטיבית של החיילים שעמד לפנייהם מחבל חמוש. בית המשפט המחוזי סבר כי את שאלת הסיכון יש לבחון על בסיס אמונתם הסובייקטיבית של החיילים, אך השופט ארבל סברה כי גישה זו מוטעית וקבעה כי יש להעדיף בחינה "אובייקטיבית בנסיבות הקונקרטיות".⁵³ בפסיקה שלאחר מכן אימצו כמה שופטים את גישתה האמורה של השופט ארבל.⁵⁴ הגם שגישתה של השופט ארבל נראית מחמירה פחות מהעמדה

46 שם. הקביעה כי יש לבחון את התקיימות תנאי הגנת ס' 124(1) לפקודת הנוזיקין בהתאם לתפיסתו הסובייקטיבית של הנתבע מנוגדת לכאורה ללשון הסעיף הנוקט בשפה אובייקטיבית ("להגן על עצמו [...] מפני פגיעה"). זאת במובחן מחלופות אחרות בסעיף, הנוקטות מונחים סובייקטיביים. כך לדוגמה, ס' 24(8) קובע הגנה במקרים שבהם הנתבע "עשה בתום לב מעשה שהיה לו יסוד להניח שהוא לטובת התובע".

47 עניין אבו סמרה, לעיל ה"ש 36.

48 כפי שהשופט ג'ובראן מציין (שם, פס' 13), קביעתו כי מפקד הטנק פעל ברשלנות היא "גם אם אצא מנקודת הנחה שאיתי [מפקד הטנק] פעל על פי ההנחיות כלשונן [...]".

49 שם, פס' 16.

50 שם.

51 ע"א 1864/09 עזבון סכאפי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.9.2011).

52 שם, פס' 7-8 לפסק דינה של השופטת ארבל.

53 שם, פס' 9.

54 ראו עמדות השופטים עמית ודצינגר בעניין חרדאן, לעיל ה"ש 33. בנוסף ראו ת"א (שלום י-ם) 11103-04 עזבון חמארה נ' מדינת ישראל, פס' 126 (פורסם בנבו, 5.12.2011) ("מתוך הראיות עולה

שהובעה בפרשת **אבו סמרה**, היא רחוקה מאמת המידה שנקבעה בפרשת **אלון נ' חדר**. הדרישה לפיה פעילות חיילי צה"ל תהיה סבירה גם תחת קנה מידה "אובייקטיבי" מגדילה במידה רבה את הסיכוי להטלת אחריות במקרי טעות.⁵⁵

נדבך נוסף שבו הרחיב בית המשפט את חבותה האזרחית של המדינה בשל נזקים הנגרמים מפעילות צה"ל הוא התחום הראייתי. כפי שצינו, תביעות אלה מעמידות בפני המדינה קשיים ראייתיים ייחודיים, הפוגעים פגיעה קשה ביכולתה להתגונן. על מידת חשיבותם של הקשיים האמורים ניתן ללמוד מהחלטת המחוקק להוסיף את סעיף 5א' לחוק הנזקים האזרחיים (אחריות המדינה). סעיף זה, שנחקק במסגרת תיקון 4 (בשנת 2002), קובע כמה וכמה מגבלות על הגשת תביעות נגד המדינה בגין פעילות צה"ל שתכליתן להפחית את הנטל הראייתי המוטל על המדינה.⁵⁶ הסעיף דורש כי במקרה של פגיעה מפעילות צה"ל ימסור התובע הודעה בכתב בתוך 30 יום בגין הנזק שנגרם לו, וכן מגביל את תקופת ההתיישנות ל-3 שנים בלבד. הדרישות האמורות, כפי שמסבירה הצעת החוק, נועדו להבטיח כי המדינה תוכל לברר את נסיבות האירוע כאשר המקרה "טרי" דיו ובמועד שבו ניתן לאתר את העדים ואת הראיות במאמץ סביר. כמו כן קובע הסעיף כי הוראות סעיפים 38 ו-41 לפקודת הניקין – המעבירות את נטל ההוכחה לנתבע – לא יחולו בתביעות אלה. בשל הקושי הראייתי הייחודי בתביעות אלה סבר המחוקק כי אין הצדקה להעביר את הנטל אל המדינה גם כאשר תנאי סעיף 38 ו-41 מתקיימים.

כי הכוח עמד בסכנת חיים ממשית מבחינתו. התרשמותי [...] הייתה כי מבחינה סובייקטיבית תחושת החשש שאחזה בהם הייתה ממשית. אף מההיבט האובייקטיבי דומה כי לא ניתן להקל ראש במצב שנוצר באותה סיטואציה. [...] מכאן שגם אם יבחנו הדברים ב'בחינה אובייקטיבית בנסיבות הקונקריות' הרי שכמתואר לעיל – המדובר בפעולה מלחמתית ובמצב שבו הכוח פעל על רקע תחושתו הסובייקטיבית שיש לה גם גיבוי אובייקטיבי"; ת"א (שלום י-ם) 7657-05 **עזבון מוצטפא נ' מדינת ישראל**, פס' 24 (פורסם בנבו, 31.3.2015) ("אף אם יש מקום לבחון בענייננו את 'מידת הסיכון' בפעולה המלחמתית (בפסיקה התעוררה סוגיה זו במקרים בהם נבחן יסוד 'מידת הסיכון' בפעולה מלחמתית נגד הכוח הפועל) לפי התשתית העובדתית שנקבעה לעיל, תחושתיהם של החיילים לגבי מידת הסכנה שנסקפה מהחשוד היו מעוגנות במציאות האובייקטיבית הקונקרטית אותה חוו"); ת"א (מחוזי ב"ש) 48460-01-01 **עזבון מנצור נ' מדינת ישראל משרד הביטחון**, פס' 33 (פורסם בנבו, 30.7.2018) ("ההסתמכות על מידע מודיעיני מקיימת את המבחן האובייקטיבי המחמיר לקיומן של 'נסיבות של סיכון לחיים או לגוף', כדעת כב' השופט ג'ובראן בעניין **עז' עבדאללה** הנזכר; ובוודאי כך לגישות המקילות יותר, שלפיהן המבחן הוא סובייקטיבי או משולב [ע"א 1864/09 **עז' סכאפי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו) (7.9.2011), פסקה 9 בפסק דינה של כב' השופטת ארבל]).

55 כמובן, ייתכנו מצבים שבהם בחינת ההתנהגות לפי קנה מידה סובייקטיבי תביא להטלת אחריות מקום שבו בחינתה לפי קנה מידה אובייקטיבי תפטור מאחריות. ראו לדוגמה ע"א 3056/99 **שטרן נ' המרכז הרפואי על שם חיים שיבא**, פ"ד נו(2) 936 (2002). עם זאת מקרים אלה נדירים למדי.

56 ס' 5א לחוק הנזקים האזרחיים. כך בדברי ההסבר להצעת החוק: "במישור המעשי מעוררות התביעות המוגשות נגד המדינה בעייתיות קשה בתחום הראייתי, עד כדי העדר יכולת להתגונן מפניהן בכלים המשפטיים הרגילים המתאימים לסכסוכים נזיקיים רגילים, בשל מספרם הרב של האירועים שהתרחשו במסגרת העימות, ומספרן הרב של הפעולות שבוצעו במסגרתן, נראה כי יקשה מאוד בלשון המעטה, על המדינה לבדוק, הן במישור האחריות לאירוע והן במישור גובה הנזק, את הטענות בדבר מעורבות כוחות הביטחון באירוע או בפעולה הנטענים. זאת בין השאר נוכח חילופי כוחות תכופים; העדר נגישות ושיותף פעולה עם הפלסטינים אינו מאפשר אימות ועימות עדויות, לרבות חוות דעת ותיעוד רפואי שיוגשו מצד התובעים".

על רקע דברים אלה, בולטת החלטת בית המשפט בעניין סרן יואב.⁵⁷ את התביעה בתיק זה הגיש תושב ג'נין שנפגע מפגיעת קליע בראשו. עיקר הספק בתביעה נגע לקיומו של קשר סיבתי עובדתי בין התרשלות החיילים (שבית המשפט הניח כי התקיימה) לנזק שנגרם לתובע. בהעדר ראיות ישירות, לא ניתן היה לברר האם הקליע אכן נורה בידי החיילים או שמא בידי צד שלישי. את הספק האמור פתר בית המשפט על ידי שימוש בלתי שגרתי בדוקטרינת הנזק הראייתי. כפי שציין בית המשפט, משטרת ג'נין לא בדקה כנדרש את רכבו של המערער, ובכך מנעה ממנו ראיות אשר היו עשויות להצביע על המקור אשר ירה את הכדור. כשל זה, הסביר בית המשפט, מעביר לכתפי המדינה את הנטל להוכיח כי הקשר הסיבתי לא התקיים (והואיל ונטל זה לא הורם, התביעה התקבלה).⁵⁸

ההחלטה בעניין סרן יואב ראויה לציון הן בשל האופן הייחודי שבו נעשה שימוש בדוקטרינה הראייתית, והן בשל המועד בו התקבלה. ברגיל, דוקטרינת הנזק הראייתי קובעת כי העברת הנטל (לעניין האחריות לנזק) מוצדקת כאשר הצד הנתבע אחראי ליצירת החסר הראייתי. במקרה של סרן יואב, הצד אשר גרם לחסר הראייתי (משטרת ישראל) הוא אינו מי שכלפיו נטענת הטענה לגרימת הנזק (צה"ל). קביעת בית המשפט להעביר את הנטל לכתפי הצבא בשל מחדלי המשטרה איננה פשוטה. ספק אם ניתן למצוא לה מקבילה בתביעות אחרות (שאינן נגד צה"ל).⁵⁹ כמו כן יש לשים לב כי ההחלטה בעניין סרן יואב התקבלה לאחר תיקון 4. כפי שהפסיקה הבהירה, דוקטרינת הנזק הראייתי קשורה קשר הדוק לסעיף 41 לפקודת הנוזיקין,⁶⁰ אשר כאמור בתיקון 4 נקבע כי לא יחול במקרים של תביעות כנגד צה"ל. החלטת בית המשפט בעניין סרן יואב פועלת אם כן כנגד המגמה אותה ביקש המחוקק לקדם.⁶¹

57 ע"א 361/00 ד'אהר נ' סרן יואב, פ"ד נט(4) 310 (2005); דנ"א 1912/05 מדינת ישראל נ' ד'אהר (פורסם בנבו, 12.4.2005).

58 עניין סרן יואב, שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט מצא.

59 לדוגמה נוספת ראו ת"א (שלום חי) 1365-05 חלאילה נ' משרד הביטחון, פס' 19 (פורסם בנבו, 3.6.2009). המשטרה השמידה קליע שחדר לרגלה של קטינה, כנראה מירי כוחות הביטחון: "נטען כי קיים חשש כבד (הסתברות של מעל 50%) לכך כי הקליע נורה מהבסיס הצבאי השייך לנתבעים. להוכחת טענה זו התובעת נזקקת, כאמור לעיל, הן לקליע והן לאיתור כלי הנשק ממנו נורה. אולם, לאור מחדליה של המשטרה כמפורט לעיל, התובעת לא תוכל להוכיח טענותיה בכתב התביעה. בנסיבות העניין, בהתאם לדוקטרינת הנזק הראייתי, נטל השכנוע עובר לנתבעים להוכיח חוסר נכונות טענות התובעת".

60 ראו לדוגמה ע"א 8151/98 שטרנברג נ' צ'צ'יק, פ"ד נ(1) 539, 557 (2002): "הגיונו של הכלל על אודות 'הדבר מדבר בעדו' דומה להגיונה של הבחירה להעביר את נטל השכנוע אל הנתבע בשל 'נזק ראייתי' שגרם הנתבע ברשלנותו. בשני המקרים קיים יתרון לנתבע מבחינת היכולת להוכיח את עניינו במשפט: במקרה הראשון, לנתבע יכולת רבה מזו של התובע לדעת 'מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק' (סעיף 41 לפקודה); גם במקרה האחר – גרימת חסר ראייתי ברשלנות – היה לנתבע יתרון מבחינת הנגישות לחומר הראיות שהיה אמור להיות בשליטתו במועדים הרלוונטיים. אם חרף היתרון הזה לא הצליח להטות את הכף לטובתו – תוטל עליו אחריות".

61 גם בע"א 2176/94 מדינת ישראל נ' טבנג'ה, פ"ד נ(3) 693 (2003) הסתמך בית המשפט על ס' 41 לפקודה לצורך הטלת חבות על המדינה בגין ירי מצד חיילי צה"ל. באותו עניין, התובע, שנפגע מהירי, לא יכול היה להסביר את נסיבות הירי שכן לטענתו הוא לא ידע כיצד ומדוע בוצע הירי. מנגד, המדינה לא הציגה כל ראיה כי בנסיבות העניין היה צורך בשימוש בנשק חם. בית המשפט קבע כי בנסיבות אלו מוצדק להעביר את נטל הבאת הראיות לכתפי המדינה, שכן פגיעה מנשק חם בעובר אורח במהלך

התמונה העולה אפוא מפסיקת בית המשפט היא שלצד מגמה של ריסון ואיפוק מצד בג"ץ, בית המשפט העליון מרחיב במידה ניכרת את תחולתם של דיני הנזיקין בתביעות הנוגעות לפעילות צה"ל. הרחבה זו בולטת הן ביחס לנהוג במדינות אחרות באשר לתביעות כנגד גופי ביטחון, והן בהשוואה לכללים החלים ביחס לתביעות נזיקין בכלל. את הפער האמור בין החלטות השופטים בבג"ץ להחלטות אותם שופטים בשבתם כערכאת הערעור האזרחית העליונה ניתן ליישב אם רואים את כלל ההחלטות כמכלול אחד. כפי שאנו מציעים, הגישה המרסנת בבג"ץ מובילה לגישה המרחיבה בנוזיקין.

(ב) סרבנות גט

תחום נוסף בו דיני הנזיקין פועלים כמסלול "משלים-בג"ץ" הוא סרבנות גט. כידוע ענייני נישואין וגירושין נתונים לסמכותם הייחודית של בתי הדין הרבניים. לאורך השנים התגלעו מחלקות בין בית המשפט העליון ובין בתי הדין הרבניים באשר לאופן שבו בתי הדין מיישמים את הדין הדתי בענייני גירושין, ובייחוד באשר לנכונותם של בתי הדין לפעול לשיפור מעמדם של מסורבות גט.⁶² עתירות שהוגשו נגד בתי הדין בגין טיפולם בסרבני גט מצאו אוזן קשבת אצל שופטי בית המשפט העליון.⁶³ עם זאת, העדיף בית המשפט ככלל שלא להתערב ישירות בהחלטות בתי הדין. את החסר האמור מילא בית המשפט העליון באמצעות דיני הנזיקין. בהכירו בתביעות פיצויים בגין סירוב גט אפשר בית המשפט העליון לבתי המשפט האזרחיים לפעול לשיפור מצבם של מסורבות ומסורבי גט מבלי להיזקק להליכים בבג"ץ.

יש להדגיש כי בהקשר של סרבנות גט השימוש בדיני הנזיקין כמסלול "משלים-בג"ץ" התבסס על מהלך דו-שלבי. עצם השימוש בדיני הנזיקין אפשר לבית המשפט בהקשרים אחרים להימנע מהמחיר הכרוך בשימוש בהליך המנהלי. כך למשל, כפי שנראה להלן,

פעילות צה"ל מבלי שמובא הסבר כלשהו לשימוש בנשק, מתיישבת עם מעשה התרשלות בירי יותר מאשר עם אי-התרשלות. בדומה להחלטה בעניין **סרן יואב** (לעיל ה"ש 57), בית המשפט לא התייחס לתיקון מס' 4 אשר נכנס לתוקף שנה קודם למתן פסק הדין.

62 ראו בג"ץ 54/55 **רוזנצוייג נ' יו"ר ההוצל"פ, ירושלים**, פ"ד ט 1542, 1559–1560 (1955) (נסיבות המקרה המחריד הזה, כפי שתוארו בפסק-דינו של בית-הדין הרבני, אינם משאירים שמץ של ספק, שהאישה זכאית להתגרש מבעלה ואף-על-פי-כן, שללו ממנה – מתוך חששא דגט מעושה – את האפשרות היחידה לבנות מחדש את חייה ההרוסים. ראיתי לנכון לציין את העובדה הזאת, ולו רק כדי להדגיש שקצרה ידינו מהושיע"). כן ראו בג"ץ 5185/13 **פלוגי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים**, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 28.2.2017): "כל עוד זה המצב, כל עוד לא יכירו בתי הדין ב'מות הנישואין' כעילה לגירושין, כל עוד ייעצרו בתי הדין בשלב ההמלצה/מצווה לגרש, ולא יחישו פעמייהם לשלבים הבאים של חיוב לגרש וכפייה לגרש – נמשיך להיות עדים לבעיית מעוככות ומסורבות הגט". כן ראו אריאל רוזן-צבי **דיני המשפחה בישראל: בין קודש לחול** 195 (1990): "קולות ביקורת נשמעים גם מפי בית-המשפט העליון. לעיתים מלווה הביקורת גם בקריאה לתיקון בתוך ההלכה ובמסגרתה כדי למנוע תופעות שליליות כאלה. בין היתר, נטען על אופן יישום הדין הדתי המביא, למעשה, להסגרת אשה לשרירות לבו של הבעל".

63 ראו בג"ץ 5185/13, לעיל ה"ש 62, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית: "לפנינו דוגמה לכך, הכיכוד טענות ריקות מתוכן לשלום בית, שנתיים של פירוד ומאיסות גמורה של האשה בבעל, לרבות טענות לאלימות, אינן אוצרות כוח אלא עד כדי המלצה לגט, ולא לחיוב בגט, שלא לדבר על כפיית גט [...] והקורא אינו יכול שלא לתמוה, מה עוד צריך לקרות כדי שבית הדין יחייב בגט ואף יכפה גט על הסרבן".

בפרשת אבו-חנא יכול היה בית המשפט לפעול לחיזוק השוויון בין יהודים לערבים מבלי להתעמת ישירות עם רשויות המדינה, שכן התביעה הנזיקית הופנתה כנגד מבטח פרטי.⁶⁴ לא כך בהקשר של סרבנות גט. הכרה מפורשת בזכותם של התובעים לפיצוי בגין סרבנות גט משמעה עימות חמור עם בתי הדין, אשר שוללים מכול וכול את סמכותם של בתי המשפט האזרחיים לדון בתביעות אלה. בעיה זו דרשה אפוא מהלך נוסף. כדי להימנע מעימות עם בתי הדין הקפיד בית המשפט העליון להדוף כל ניסיון לקיים דיון משפטי במעמדן של תביעות פיצויים בגין סרבנות גט. למעשה, עד לימים אלה, וחרף חשיבותה של הסוגיה, טרם דן בית המשפט העליון במפורש בשאלת סמכותם של בתי המשפט האזרחיים לדון בתביעות בנזיקין שעניינן סרבנות גט. מדיניות זו אפשרה לבית המשפט למקסם את התועלת מהשימוש בדיני הנזיקין כמסלול משלים-בג"ץ: מחד, שתיקתו של בית המשפט באשר לשאלת הסמכות הבטיחה את המשך הפרקטיקה של מתן פיצוי למסורבות ומסורבי גט, ומאידך, שתיקה זו והיעדר השימוש בהליכים בבג"ץ מנעו מבית המשפט עימות ישיר עם בתי הדין הרבניים.

כאמור, בית המשפט בשבתו כבג"ץ נדרש למצוקתן של מסורבות גט בכמה עתירות כשהוא חוזר וקורא לבתי הדין הרבניים לפעול למציאת פתרון.⁶⁵ עם זאת בית המשפט נמנע מלכפות על בתי הדין צעדים אופרטיביים. כך לצד התסכול המתמשך מפסיקותיהם של בתי הדין, נמנע בית המשפט מעימות חזיתי. דוגמה מייצגת בעניין זה היא בג"ץ רפאלי.⁶⁶ העותרת, מסורבת גט למשך תקופה ארוכה, עתרה נגד פסיקת בית הדין הרבני הגדול אשר החליט להפוך את החלטת בית הדין הרבני האזורי שקבע כי בעלה "חייב" במתן גט. החלטת בית הדין האזורי התבססה על שלוש עילות גירושין, ובהן האלימות שבה נהג

64 ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005).

65 ראו לדוגמה בג"ץ 6751/04 סבג נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד נט(4) 817, פס' (15) (ב) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2004): "לעניות דעתי יש מקום כי נשיא בית-הדין הגדול יעיין בנושאים האמורים במכלולם במבט צופה פני עתיד וישקול דרכי טיפול בסוגיה ובפתרונותיה האפשריים, שחזקה שכבר נדרש אליהם, לגישור על פני הקשיים ככל הניתן, וכך אציע מתוך הפצרה ותחינה". השופט רובינשטיין ציטט בפסק דינו (שם, בעמ' 856) את דבריו של מ"מ הנשיא זילברג בע"א 164/67 היועץ המשפטי לממשלה נ' אברהם, פ"ד כב(1) 29, 47 (1968) ("עגינות מסוג זה, ואולי עוד יותר אכזרית, צפויה לכל יהודיה ישראלית שבעלה עזב את הארץ ונעלם, או שמסרב לשלוח לה גט. מן ההכרח אפוא לטכס ולמצוא דרך הלכתית להתרת כבלי עיגון האשה, בכל מקרה בו המסיבות מחייבות במפגיע להפריד ביניהם"). לדעתו של מ"מ הנשיא זילברג הצטרף השופט לנדוי, והוסיף: "אינני יכול להשלים עם המחשבה כי במדינתנו ייתכן הדבר שאשה חייבת לשבת במשך שנים בעגינותה, מפני שגורלה מסור למעשה לבעלה הסרבן, המונע ממנה את הגט המגיע לה לכל הדעות. יש צורך רב למצוא דרך, כדי שבעל אכזר כזה לא יהיה עוד הפוסק האחרון בעניינו, כך שבידו לשים לאל את פסיקת בית-הדין, אשר ציווה על מתן הגט. חברי הנכבד, מ"מ הנשיא, הראה ברוב בקיאותו, כיצד ניתן להשיג זאת בלי לחרוג משיטת ההלכה. אני מצטרף למשאלת חברי הנכבדים, שהדברים יישקלו בכובד ראש על-ידי כב' הרבנים, כדי שבדרך זו או אחרת תבואנה נשים במצבה של אומללה זו על תקנתן". ראו גם בג"ץ 2609/05 פלונית נ' ביה"ד הרבני הגדול לערעורים, פסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 31.5.2011): "כשלעצמי, אני סבור כי ההלכה היהודית מעמידה ארגז כלים מרשים דיו כדי לחלץ אשה מעולו של בעל סרבן גט מקום בו הנישואין הם קליפה ריקה מתוכן [...] הכלים בנמצא וכל שמתבקש הוא, כי בית הדין הרבני יושיט היד ויטול את הכלי המתאים".

66 ראו בג"ץ 1371/96 רפאלי נ' רפאלי, פ"ד נא(1) 198 (1997).

העותר בעותרת במהלך חייהם המשותפים, קשריו המתמשכים של הבעל עם אישה אחרת, וכן טענת "מאיס עלי". בערעור החליט בית הדין הרבני הגדול כי אין בנמצא ראיות התומכות בשתי העילות הראשונות, וכן קבע כי טענת "מאיס עלי" אינה מצדיקה הכרעה כי הבעל "חייב" במתן הגט. במקום זאת קבע בית הדין כי הבעל רק "מצווה" לתת גט. אגב פסק הדין ציין בית הדין הרבני כי אף אם היו ראיות למעשי אלימות וניאוף מצד הבעל, לא היה הבעל מחויב במתן גט, הואיל ועל פי דין, מעשים אלה מחייבים במתן גט רק אם נמסרה לבעל "התראה" מבעוד מועד, דבר שלא נתקיים במקרה זה.

בדומה לפסיקותיו בעתירות דומות, נמנע בית המשפט מלקבל את העתירה ולהתערב בהחלטתו של בית הדין. ואולם פסק דינו של השופט חשין מספק הצצה לעומק התסכול של בית המשפט. השופט חשין מתייחס בפסק דינו בהרחבה לדבריו של בית הדין הרבני הגדול כי גם לו היה מתברר כי הבעל הכה את העותרת וקשר קשרים עם אישה אחרת, לא היה נפסק כי הלה מחויב במתן הגט. אשר לדברים אלה מציין השופט חשין כי אמירות אלו – לו היו חלק מההכרעה בפועל של בית הדין – היו עשויות להצדיק את התערבותו של בג"ץ בהיותן מנוגדות להוראות החוק.⁶⁷ ואולם, הואיל ודברי בית הדין הרבני הגדול נאמרו אך באוביטר, לא יתערב בית המשפט בהחלטה. בהמשך דבריו מתייחס השופט חשין בהרחבה לדעות ההלכתיות הסוברות כי טענת "מאיס עלי" עצמה די בה כדי לתמוך בפסיקה הקובעת חיוב למתן גט.⁶⁸ כאמור, על אף הערות אלה החליט בית המשפט על דחיית העתירה.

קביעתו של השופט חשין כי פסיקת בית הדין הרבני בענייני סרבנות גט הייתה עשויה להצדיק את התערבותו של בג"ץ לא התממשה בפועל. אלא שאת מה שבית המשפט נמנע מלעשות בהליך המנהלי הוא הותיר להליך האזרחי, או ליתר דיוק, לשימוש בדיני הנויקין של בתי המשפט בערכות הדיוניות. כמה שנים לאחר ההחלטה בעניין רפאלי החלו בתי המשפט לענייני משפחה ובתי משפט השלום והמחוזי להכיר בזכותם של מסורבות ומסורבי גט לתבוע פיצויים נזיקיים.⁶⁹ לתביעות אלו משמעות כפולה, הן בהעניקן לתובעים "מנוף" להפעלת לחץ על סרבן או סרבנית הגט, והן בהעניקן פיצוי כספי לתובעים בגין הנזקים שנוצרו בשל עיכוב הגט.

כפי שהזכרנו לעיל, תרומתו המרכזית של בית המשפט העליון הייתה בהסכמתו שבשתיקה לפרקטיקה זו. בכמה תיקים נדרש בית המשפט העליון לשאלה האם תביעות אלה נמצאות בסמכותם של בתי המשפט האזרחיים. ואולם בית המשפט באופן עקיב סירב

67 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט חשין ("הלכה מכבר היא: בית-דין רבני הפוסק בניגוד להוראות חוק המכוונת עצמה אליו במישורין, בית-המשפט הגבוה לצדק מוסמך ורשאי להתערב בהכרעתו. כך הוא דין, בין אם נראה את בית-הדין כמי שחרג מסמכותו ובין אם נסווג את ההתערבות כהתערבות 'למען הצדק' [...] יכול הטוען לטעון, כי אין להבחין בין הוראת חוק שנחרתה בספר החוקים – ואשר בה מדברת ההלכה – לבין עיקרון שהוא בלבה של תקנת הציבור, עיקרון בין עקרונות-תשתית שעליהם בנויה החברה במדינת ישראל דהאידינא. והרי כך יידרש משיווי זכויות האשה").

68 שם, פס' 16–18.

69 ראו בנימין שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט" המשפט יב 285 (2007); בנימין שמואלי "הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ו'כלל האחריות' של קלברזי ומלמד" משפטים מא 153 (2011).

להתייחס לשאלה זו, על אף ניסיונות הן מצד עותרים והן מצד בית הדין הרבני הגדול לברר את הסוגיה.

לראשונה נדרש בית המשפט העליון לסוגיה בבע"מ 2374/11 **פלוני נ' פלונית** (להלן עניין "**פלוני**").⁷⁰ בתיק זה ביקש המערער להשיג על הכרעת בית המשפט המחוזי לאשר את החלטת בית הדין למשפחה לחייב את המערער – סרבן גט זה יותר מעשר שנים – בתשלום פיצוי נזקי בסך 700,000 ש"ח לבת זוגו. לטענת המערער, בית הדין נמנע מ"לחייב" אותו במתן גט, שכן האישה היא שהכשילה את הליך הגט בסירובה לקיים הסדרי ראייה לבנם המשותף. משכך, לא היה מקום לחייבו בתשלום פיצוי נזקי. כן טען הבעל שהחלטה האמורה תקשה על סידור הגט, שכן בתי הדין מסרבים לדון בתיקים שמתקיים בהם הליך נזקי דומה. לבסוף, ברמה העקרונית, טען הבעל כי ענייני סרבנות גט מסורים לסמכותו הבלעדית של בית הדין, ויש לשמור על עקרון כיבוד הערכאות. לתביעה הצטרף היועץ המשפטי של בתי הדין הרבניים, שהדגיש כי מדובר בעניין חשוב המצדיק מתן רשות ערעור. אליבא דגישתו של היועץ המשפטי, תביעות נזיקיות בגין סרבנות גט הן בגדר סמכותו של בית הדין הרבני ולא של בית המשפט האזרחי. לפיכך נדרש כי בית המשפט יפסוק בתיק ויקבע הלכה ברורה בסוגיה. חרף טענות הבעל ופנייתו של היועץ המשפטי של בתי הדין הרבניים החליט בית המשפט שלא לאשר את בקשת הערעור. את החלטתו האמורה נימק השופט הנדל בעובדה שהסוגיות המשפטיות העולות מהתיק לא התבררו די צורכן בהליך בבית המשפט המחוזי, ולפיכך יש להמתין לתיק "מתאים" להכרעה בשאלות המשפטיות המתעוררות בסוגיה.

בית המשפט שב ונדרש לסוגיה כשנתיים לאחר מכן, בבג"ץ "**עמותת מבוי סתום**".⁷¹ את העתירה הגישה מסורבת גט נגד החלטת בית הדין הרבני הגדול בעניינה. בהליכים בבית הדין נקבע בתחילה כי סרבן הגט ישהה במאסר. באחד משלבי התיק הורה בית הדין הרבני הגדול על הארכת מאסרו של הבעל, אך התנה את המאסר בכך שיובא לפניו פסק דין הדוחה את התביעה הנזיקית שהגישה האישה נגד הבעל בגין סרבנות הגט. עתירתה של האישה כוונה נגד קביעת התנאי האמור של בית הדין. לטענת האישה, בית הדין נעדר סמכות להתנות את מאסרו של הבעל בהפסקתם של ההליכים הנזיקיים.

בדומה לתיק בעניין **פלוני**, לדיון בעתירה בעניין **מבוי סתום** הצטרפו היועץ המשפטי של בתי הדין הרבניים וכן נציגו של היועץ המשפטי לממשלה. ואולם, גם במקרה זה החליט בית המשפט שלא לדון בעתירה לגופה. כפי שהסביר בית המשפט, עד לביורר העתירה החליט בית הדין הרבני הגדול לשחרר את האיש ממאסר, לאחר שלטענת בית הדין הסכים הבעל להצעת בית הדין בעניין חלוקת הרכוש וסיום הסכסוך, ואילו האישה סירבה להצעה. משכך, הסביר בית המשפט, הפכה העתירה ל"תאורטית", ו"בית משפט זה אינו נוטה לפסוק בעתירות שהפכו תיאורטיות תוך כדי התדיינות".⁷²

קריאה פשוטה של ההחלטות בעניין **פלוני ומבוי סתום** עשויה לכאורה לתמוך במסקנה כי בית המשפט טרם גיבש עמדה בדבר השימוש בדיני הנזיקין במקרים של סרבנות גט. בשל

70 בע"מ 2374/11 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 15.2.2011).

71 בג"ץ 568/13 **עמותת "מבוי סתום" נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים** (פורסם בנבו, 10.6.2013).

72 שם, פס' 4 להחלטתו של השופט פוגלמן.

מאפייניהם הייחודיים של כל אחד מתיקים אלה, נמנע בית המשפט מלהכריע בסוגיה ובחר להמתין לשעת כושר מתאימה לבידור המשפטי. אלא שהחלטות מאוחרות יותר של בית המשפט מראות כי שופטי העליון רואים בשימוש בדיני הניזקין אמצעי חשוב וראוי במאבק כנגד סרבנות גט.

בבע"מ 3151/14 פלונית נ' פלוני (להלן עניין "פלונית")⁷³ דן בית המשפט בבקשת ערעור על החלטה של בית המשפט המחוזי שאימץ את קביעתו של בית המשפט לענייני משפחה לקצוב את מזונותיה של האישה בשל סרבנותה להתגרש. סרבנות האישה לתת גט נבעה משיקולים כלכליים, שכן ברגע הגירושין תמה זכותה של האישה למזונות מבן זוגה. המבקשת חששה כי בגילה תתקשה למצוא עבודה, ולפיכך ביקשה להבטיח את תשלום המזונות עד למועד שבו יהיה בן זוגה זכאי לתשלומי פנסיה (שחלקה עתיד להשתלם ישירות לאישה). עם זאת החלטת בית המשפט לענייני משפחה נקבעה טרם הכריע בית הדין הרבני כי האישה "חייבת" במתן גט לבעלה. לטענת המבקשת, חרג בית המשפט האזרחי מסמכותו בקובעו כי זכותה למזונות קצובה בזמן, שכן שאלות הקשורות במתן הגט הן בסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני.

כאמור, פסק הדין בעניין פלונית אינו עוסק בתביעות נזיקיות אגב סרבנות גט. ואולם בדומה למקרה של תביעות נזיקיות בגין סרבנות, גם המקרה הנוכחי סב סביב השאלה של חלוקת הסמכויות בין בתי המשפט ובתי הדין הרבניים, ובייחוד סמכותם של בתי המשפט לעצב את זכויותיהם הרכושיות של הצדדים בגין סרבנות גט. שופטי ההרכב כולם עמדו על הזיקה שבין השאלה שעמדה להכרעה בפרשת פלונית, לשאלת מעמדה המשפטי של התביעות הנזיקיות בגין סרבנות גט. באשר לעצם ההכרעה בשאלה נחלקו דעות שופטי ההרכב. השופטת ברק-ארז סברה, בדעת המיעוט, שאין בסמכותו של בית המשפט (האזרחי) לקצוב את מזונות האישה בטרם הכריע בית הדין הרבני בשאלת חובתה של האישה לקבל את הגט.⁷⁴ עם זאת הדגישה השופטת ברק-ארז כי אין לגזור גזרה שווה מהכרעתה בשאלה זו לעניין סמכותם של בתי המשפט לפסוק פיצויים נזיקיים במקרה של סרבנות גט. לדבריה, שתי הסוגיות מעלות כל אחת שאלות אחרות ולבתי המשפט האזרחיים סמכות להטיל חובת פיצוי על סרבן הגט בלא תלות בהכרעתו של בית הדין כאשר לחובת הבעל לתת גט.⁷⁵

לעומתה, שופטי הרוב – רובינשטיין וזילברטל – סברו כי לבתי המשפט האזרחיים סמכות לקצוב את מזונותיה של האישה גם בהיעדר הכרעה מצד בית הדין. בניגוד לעמדתה של השופטת ברק-ארז, שופטי הרוב קבעו כי לא ניתן לנתק בין סמכות בתי המשפט לקצוב את מזונות האישה לסמכותם להטיל חובת פיצוי על סרבני גט. לפיכך סיבה מרכזית התומכת בקביעה כי לבית המשפט סמכות לקצוב את מזונותיה של האישה היא אפוא הצורך להגן על סמכותם לפסוק פיצויים נגד סרבני גט. בהקשר זה ראוייה במיוחד לשימת לב פסיקתו של השופט זילברטל. כפי שראינו, בעניין פלוני סירב בית המשפט לאפשר דיון בתיק ב"גלגול שלישי" חרף טענותיהם של הצדדים כי סוגיית פסיקת פיצויים בגין סרבנות גט היא עניין

73 בע"מ 3151/14 פלונית נ' פלוני (פורסם בנוב, 5.11.2015).

74 שם, פס' 42 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

75 שם, פס' 56–59.

עקרוני הדורש הכרעה של ערכאת השיפוט העליונה. פרשת פלונית אף היא הגיעה לבית המשפט בגלגול שלישי. אלא שבמקרה זה קבע השופט זילברטל כי הצורך להכריע בשאלת חלוקת הסמכויות בין בתי המשפט האזרחיים ובתי הדין הרבניים מחייב הכרעה בתיק.⁷⁶ לא נותר אלא לתהות כיצד אותו נימוק ממש אשר נדחה בעניין פלוני נמצא משכנע דיו בפרשת פלונית.

נוכח דבריהם המפורשים של השופטים בפרשת פלונית, נראה כי קיים קונצנזוס מוצק התומך בשימוש בדיני הנזיקין נגד סרבני גט. עם זאת, בית המשפט העליון נמנע מלקבוע, בהלכה מפורשת, כי פרקטיקה זו מעוגנת בסמכותם הפורמאלית של בתי המשפט האזרחיים. קביעה כאמור הייתה מחייבת עימות חזיתי עם בתי הדין הרבניים. ההימנעות מקביעה כאמור במסגרת בג"ץ או בבקשות ערעור על החלטות בתי המשפט האזרחיים אפשרה לבית המשפט "להלך בין הטיפות" כאשר הוא מותיר לבתי המשפט לפעול במקום שבו הדין הרבני מסרב להעניק סעד.⁷⁷

חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא בשתי החלטות נוספות: האחת היא החלטה שניתנה סמוך להכרעה האמורה בעניין פלונית. בבע"מ 7557/15 נדונה בקשת ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי שאימץ את הכרעת בית המשפט לענייני משפחה לדחות תביעת נזיקין שהגישה אישה בגין טענה לסרבנות גט של הבעל.⁷⁸ במסגרת דחיית הבקשה ציין השופט רובינשטיין כי תביעות נזיקין בגין סרבנות הן "נושא נכבד אשר טרם נדון בהרחבה בפני בית משפט זה".⁷⁹ בדומה לדפוס שעליו עמדנו, גם בפרשה זו קבע בית המשפט כי המקרה הנדון אינו מתאים לבירור הסוגיה משום שהתיק אינו "מחייב הכרעה שיפוטית בתחום זה" (הואיל והבקשה לפיצויים נזיקיים נדחתה, לא היה בית המשפט חייב לקבוע אם פיצויים אלה אפשריים על פי דין).⁸⁰ עם זאת לצד הקביעה האמורה מפנה השופט רובינשטיין לכתיבה "אקדמית" המציינת את יתרונותיהם הרבים של פיצויים כאמור.⁸¹ ואולם הכתיבה האקדמית שאליה מפנה השופט רובינשטיין היא חיבור פרי עטו של רובינשטיין עצמו. כך השופט רובינשטיין, המסרב לפסוק בשאלת חוקיותם של הפיצויים, מפנה אל חיבורו האקדמי, המסביר את הצורך בהטלת חובת פיצוי על סרבני גיטין.

ההחלטה הנוספת התומכת בפרשנות שאנו מציעים היא ההחלטה בבג"ץ 3332/09 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול.⁸² העותר הוא גבר אשר ביקש להתגרש מאשתו, אך זו

76 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט זילברטל: "אמנם, יש להניח כי רשות ערעור 'בגלגול שלישי' לא הייתה ניתנת לו שאלה זו הייתה נדונה כשלעצמה ובמנותק משאלת הסמכות, שכן לכאורה היא אינה מעלה סוגיה בעלת חשיבות ציבורית או כללית החורגת מעניינם של הצדדים הישירים להליך [...] רשות הערעור ניתנה בענייננו בשל חשיבותה הציבורית והעקרונית של שאלת הסמכות שנדונה לעיל".

77 על נכונותם – בסופו של דבר – של בתי הדין הרבניים להכיר בפועל (גם אם בעקיפין) בתוקפם של פיצויים אלה, ועל כך שהם אינם מביאים לעישוי הגט, ראו עמיחי רדזינר "לא המדרש עיקר אלא המעשה: על סידור גיטין לאחר תביעות נזיקין ועל מדיניות הפרסום של הפסיקה הרבנית" משפטים מה 5 (2015).

78 בע"מ 7557/15 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.12.2015).

79 שם, פס' ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

80 שם, פס' ז.

81 שם, פס' ו.

82 בג"ץ 3332/09 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 7.2.2010).

סירבה לקבל את גיטה טרם יישוב זכויותיה הכספיות. בשל נכונותה העקרונית של האישה להתגרש סירב בית הדין הרבני להורות כי האישה חייבת בקבלת הגט. העותר, אשר טען כי מעשיה של האישה הם בבחינת סחיטה, עתר לבג"ץ בבקשה שיוורה לבית הדין לשנות את החלטתו.

כפי שראינו לעיל, טענת הבעל מתיישבת במידה רבה עם עמדת בתי המשפט האזרחיים לפיה סרבנות גט מצדיקה מתן פיצויים לצד הנפגע (בלא תלות בהכרעת בית הדין הרבני). עתירתו של הבעל מבקשת לשלול מהאישה השגת רווח כספי תוך שימוש בגט כאמצעי לחץ על בן הזוג. אלא שאת מה שנכון בית המשפט לקבל (בהסכמה שבשתיקה) כאשר הדבר נעשה דרך דיני הנזיקין הוא אינו מוכן לאפשר בהליך בבג"ץ. כפי שהבהיר בית המשפט, קבלת בקשתו של העותר משמעה פגיעה בסמכותם הייחודית של בתי הדין הרבניים. הואיל ואלו קבעו כי מעשיה של האישה אינם עולים כדי סרבנות, הרי שנחסמה דרכו של העותר.

* * *

שתי הדוגמאות לעיל – פעילות כוחות הביטחון וסרבנות גט – מתמקדות בתביעות המופנות נגד גופים ציבוריים (צה"ל ובתי הדין הרבניים). כפי שהדוגמה הבאה ממחישה, יחסי ה"השלמה" שבין דיני הנזיקין לפסיקה בבג"ץ אינם מוגבלים דווקא לתביעות נגד רשויות המדינה. הם מתקיימים גם בתביעות נזיקיות נגד גופים פרטיים.

(ג) שוויון כלפי המיעוט הערבי

הצדקה מרכזית להחלטה של ביקורת שיפוטית על פעולות שלטוניות נטועה בצורך להגן על קבוצות מיעוט מפני אפליה. לפיכך התערבות לשם הגנה על קבוצות מופלות היא בליבת סמכותו המוסדית של בג"ץ. ואולם, בה בעת, בליבת סמכותו המוסדית של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת מצוי הכוח לקבוע סדרי עדיפויות תקציביים. השליטה בהקצאתם של משאבים ציבוריים היא תנאי ליכולתם של נציגי ציבור לממש את המדיניות שלשמה נבחרו. לאור זאת, מתח מובנה מתעורר במצבים בהם שני אדנים משטריים אלה אינם יכולים לדור בכפיפה אחת. כאשר תיקונה של אפליה מחייב התערבות שיפוטית במדיניות תקציבית, בית המשפט ניצב אל מול בחירה בין שתי רעות: באפשרותו להותיר את המדיניות המפלה על כנה, ובכך לסגת מאחריותו להושיט סעד למי שנפגע מאפליה; או שהוא יכול להורות לרשויות האחראות לפעול לתיקון האפליה, אך בכך לחזור לתחום שבו הסמכות העיקרית להפעלת שיקול הדעת אינה מסורה בידיו.⁸³

83 כך למשל כותב השופט חשין בבג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד (5) 167, 190 (1998) (להלן: פרשת עדאלה 1): "השיקולים הלגיטימיים שעירובם אלה באלה מביא בסופה של שנה לקביעתו של תקציב לשנה העוקבת, הם כה רבים וכה שונים עד שדומה כי רק במקרים מיוחדים עשוי בית-משפט להורות על ביטול הוראה בחוק התקציב. שקלולם של כל אותם שיקולים העושים חוק תקציב – לרבות קביעת סדר העדיפויות – ניתנו, מעיקרם, לכנסת ולממשלה בגדרי מדיניות כללית, וממילא יצטמצם תחום התערבותו של בית-המשפט. עד שבית-המשפט יבוא לבטל סעיפי חוק תקציב – כעתירת העותרים – חייב הוא להשתכנע כי אותן הוראות פוצעות אנושות בזכויות היחיד, כי אין תקנה אחרת ליחיד מאשר ביטולו של החוק; במקרה מעין זה החוק כמו יזעק מתוכו כי לא קנה זכות קיום". לדיון בביקורת שיפוטית בנושאים תקציביים, ראו

משימתו של בית המשפט להגן על מיעוטים מפני אפליה, מאותגרת אף משורה של טעמים נוספים. ראשית, השאלה אם מדיניות שלטונית היא מפלה, היא עצמה לעיתים שאלה פרשנית מורכבת. הרשות עשויה לנמק מדיניות להעדפת קבוצה אחת על פני האחרת בקיומה של שונות רלוונטית ביניהן.⁸⁴ אלא שהשאלה מהם הקריטריונים העושים שונות לרלוונטית היא עצמה שאלה שבתפיסת עולם, בעלת זיקה עמוקה לסדרי העדיפויות שהרשות מוסמכת לקדם.⁸⁵ יתרה מזאת, לבית המשפט יכולת מוגבלת לוודא כי השונות הרלוונטית היא שהניעה את מדיניות הרשות, בשונה מטעם מפלה בלתי מוצהר.⁸⁶ שנית, הביקורת השיפוטית מוגבלת למדי במצבים שבהם האפליה הנטענת היא "אפליה מבנית", כלומר אפליה שמקורה אינו בפעולה שלטונית קונקרטיה העומדת במרכז העתירה, אלא במדיניות ממשלתית היסטורית או בהעדפות מפלות של גופים פרטיים.⁸⁷ התערבות במקרים אלה פירושה חיוב המדינה לא רק להימנע מאפליה אקטיבית, אלא לפעול לתיקונה של אפליה קיימת – באמצעות הקצאת תקציבים מתאימים ושינוי בסדרי עדיפויות. הביקורת השיפוטית במקרים אלה היא מרוסנת למדי, משום שהפעלתה כרוכה בהתערבות בגרעין שיקול הדעת הנתון לרשויות האחרות.⁸⁸ לפיכך נקבע כי "הדיון בבית-משפט זה אינו מתאים לבחינה גורפת של מכלול התקציבים המוענקים על-ידי הממשלה בכל נושא ונושא [...] בית-משפט זה אינו מקיים ביקורת כללית על תקציבי המדינה, והוא ערוך לבחון רק טענה קונקרטית של הפליה".⁸⁹ ובדומה, הרתיעה מהתערבות הוסברה בכך ש"גישור על פערים עמוקים, תולדת מציאות רבת שנים, מחייב תשתית של סדרי עדיפויות של קודם ומאוחר; הוא מחייב הקדמת העיקר ואיחורו של הטפל. הוא מחייב זמן להיערכות נכונה מתוך מבט רחב אופק כדי להבטיח שתיקונו של עוול אחד לא ייצור, מבלי משים, עוול

גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל פס' 4.30 (מהדורה שיטית, 2005).

84 לדיון ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 692–693 (2014) והמקורות המוזכרים שם (להלן: ברק כבוד האדם). כן ראו ס' 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, האוסר על אפליה בתעסוקה משורה של טעמים, אך קובע כי הבחנה מותרת אם היא נובעת "מאפיינים או ממהותם של התפקיד או המשרה".

85 ראו למשל בג"ץ 3491/90 אגבריה נ' שר החינוך והתרכות, פ"ד מה(1) 221 (1990) (להלן: פרשת אגבריה 1); בג"ץ 3954/91 אגבריה נ' שר החינוך והתרכות, פ"ד מה(5) 472 (1991) (להלן: פרשת אגבריה 2). כן ראו דיון בפרשות אלה להלן בסמוך לה"ש 93–94.

86 שאלה זו עולה למשל כאשר זכויות נקבעות על בסיס קריטריון של שירות צבאי או סיווג ביטחוני – שמן הצד האחד עשוי להיות לו רלוונטיות למהותו של התפקיד, ומצד שני הוא עלול לשמש כסות למניע מפלה. בהקשר זה מצאה ועדת אור כי היעדרו של סיווג ביטחוני הוביל לכך ששיעור מזערי בלבד של ערבים הועסק בחברות ממשלתיות, כגון בזק, חברת החשמל ורשות שדות התעופה. ראו ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000 "דו"ח הוועדה שער ראשון, פס' 52 (2003) <https://tinyurl.com/gnjmkq9> (להלן: "דו"ח ועדת אור"). לדיון ראו תליה שטיינר שוברים אי שוויון – התמודדות עם אפליית ערבים בשוק העבודה הישראלי 28–26 (2013).

87 ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל פס' 2.29 (2016).

88 שם, פס' 2.31.

89 בג"ץ 2814/97 ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך התרכות והספורט, פ"ד נד(3) 233, 239 (2000).

אחר; הוא מחייב קביעת מתחם זמן סביר להגשמת יעד השוויון המיוחל והתחשבות, בין השאר, ביעדים חברתיים חשובים ומורכבים נוספים וקביעת סדר עדיפות ביניהם.⁹⁰ מגבלות אלה על כוחו של בג"ץ להגן על השוויון מודגמות היטב בעתירות העוסקות בטענות אפליה של המגזר הערבי. כך למשל, בפרשה אחת נדונה השאלה אם תקציב משרד הדתות הוקצה באופן שוויוני לבני עדות דתיות שונות. אף ששיעור חלקו של המגזר הערבי באוכלוסייה הכללית עמד במועד העתירה על 19.1%, חלקו בתקציב המשרד עמד על 1.86% בלבד.⁹¹ בג"ץ הכיר בהיותה של הקצאה תקציבית זו מפלה, ואולם מסקנתו הסופית הייתה כי אין בידו להורות על תיקונה. נימוקיו לכך הושתתו על מגבלותיו המוסדיות: כדברי השופט חשין, "אין לפני בית המשפט נתונים שיאפשרו לו לקבוע, לא מהו התקציב הראוי ולא מה הן דרכי חלוקתו הראויות לפי הצרכים המיוחדים של כל עדה דתית. הבדיקה וההחלטה בעניין זה הן מתפקדיהן המובהקים של הממשלה ושל הכנסת – שלהן ולא של בית המשפט."⁹² העתירה נדחתה אפוא לא בשל שלילה של טענות העותרים לגופן אלא בשל תחושתו של בג"ץ כי קצרה ידו מלהושיע.

בשתי פרשות אחרות נדונה החלתו של חוק יום חינוך ארוך במוסדות חינוך יהודיים וערביים. בשלב הראשון הוציא משרד החינוך צווים להחלת החוק, שנכלל בהם מספר קטן בלבד של מוסדות חינוך ערביים.⁹³ בשלב שני, המשרד הקצה תקציב ליישומו של החוק, שמתוכו 8% בלבד הופנו למגזר הערבי, אף שחלקו של מגזר זה בכלל מוסדות החינוך היה גדול מ-20%.⁹⁴ עמדת המדינה הייתה כי ההבחנה בין המוסדות נבעה מרצונה להשקיע משאבים מיוחדים ב"יישובי קו-עימות" וב"יישובי פיתוח" – שבהם שיעור המוסדות הערביים נמוך במידה ניכרת מחלקם באוכלוסייה. בג"ץ קיבל את העמדה לפיה הבחנה זו נשענה על שונות רלוונטית, ולפיכך נמנע מלהתערב במדיניות הרשות.⁹⁵

90 בג"ץ 6671/03 אבו גנאם נ' משרד החינוך, פ"ד נט(5) 577, פס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2005).

91 ראו פרשת עראלה 1, לעיל ה"ש 83.

92 שם, בעמ' 188.

93 פרשת אנבריה 1, לעיל ה"ש 85.

94 פרשת אנבריה 2, לעיל ה"ש 85.

95 פרשה אחרת, שאף היא עסקה בתחום החינוך, נגעה למדיניות הממשלה שלא להפעיל תוכניות של אגף שירותי החינוך והרווחה במוסדות החינוך הערביים במשך עשר שנים. במקרה זה לא טענה המדינה לקיומה של שונות רלוונטית המצדיקה את המדיניות, ובתשובתה הצהירה כי, בעקבות הגשת העתירה החליטה לשנותה מכאן ולהבא. אלא שעל אף פרק הזמן הארוך שבו הוחלה בעבר, ואף שאופייה המפלה לא היה עוד נתון במחלוקת – לא זכו הנפגעים בסעד כלשהו בגין הנזק שהיא כבר גרמה להם. נהפוך הוא: המדינה ביקשה שהות של כמה שנים נוספות כדי שיהיה אפשר להחיל את תהליך הסרת האפליה בהדרגה. שהות זו ניתנה לה, עד שבסופו של דבר התייתרה העתירה ונדחתה. ראו פרשת ועדת המעקב, לעיל ה"ש 89. בפרשה שהעלתה קושי דומה נדונה מדיניות של משרד החינוך בדבר הקצאת תקנים ל"קציני ביקור סדיר" – נציגים שמשימתם היא לפקח על יישומו בפועל של חוק לימוד חובה, התש"ט-1949 במוסדות החינוך השונים. אף שבכל מגזרי האוכלוסייה שיעור התקנים שאושר במגזר החינוך נפל במידה ניכרת מזה הנדרש, במגזר היהודי היה שיעור התקנים שאושר 34%, ואילו במגזר הערבי הברווי הוא היה 13% בלבד, חרף העובדה ששיעור הנשירה ממוסדות החינוך במגזר הערבי הברווי היה גבוה במידה ניכרת מזה שבמגזר היהודי. גם במקרה זה הכיר בג"ץ בקיומה של

פרשה אחרת נסבה על דרישת העותרים כי בד בבד עם הקמתה של שכונה יהודית חדשה בירושלים יוקצו תקציבי בנייה המיועדים לאוכלוסייה הערבית בעיר.⁹⁶ אף שבית המשפט לא דחה את טענתם העובדתית של העותרים שמתקיימת בירושלים אפליה ארוכת שנים בתחום הבנייה, הוא סירב לכרוך את בנייתה של השכונה היהודית בהתחייבות לבנייה עבור תושבי העיר הערבים. כדברי בית המשפט, "העותרים אינם טוענים נגד ההפקעה [לצורך בנייתה של השכונה היהודית], שהפכה, למעשה, עובדה מוגמרת. אין הם טוענים גם נגד פגם תכנוני כזה או אחר שנפל בתכנון. טענתם היחידה היא כי המשיבים אינם מקדישים משאבים מספיקים לפתרון צרכי הדיור, התעשייה והמסחר של האוכלוסיה הערבית [...] טענות העותרים מתייחסות לבנייה ולאיי הבנייה בירושלים רבתי במהלך שלושים השנים האחרונות".⁹⁷ דחיית העתירה על בסיס זה מדגימה אפוא את מגבלות ההתערבות כאשר האפליה הנטענת היא אפליה מבנית. משלא נפל פגם משפטי בהקמתה של השכונה היהודית, עצם ההפניה לקיומה של אפליה ארוכת שנים נגד האוכלוסייה הערבית, אין די בה כדי לבסס עילה להתערבות.

בבואו של בג"ץ להגן על השוויון הוא נדרש אפוא להתחשב בכמה וכמה שיקולים מערכתיים המגבילים את כוחו להתערב ובולמים אותו. התערבותו מושפעת מחובתו לכבד את סמכויותיהן של הרשויות האחרות ומן המגבלות הנוגעות לכשירותו המוסדית שלו עצמו. לפיכך שופטים בבית המשפט העליון הביעו לא פעם את תחושתם כי בביקורת השיפוטית שמפעיל בג"ץ אין די כדי להבטיח שוויון.⁹⁸ כפי שכתב יצחק זמיר, "גם אם הפליה היא בלתי חוקית, אין פירוש הדבר שהיא בלתי קיימת. הפער בין המשפט לבין המציאות גדול ובלט במיוחד ככל שמדובר בתחום השוויון. [...] אף שהמשפט בישראל מצווה על שוויון כלפי ערבים, במציאות של ישראל הערבים אינם זוכים לשוויון".⁹⁹ וכפי שביטא זאת, ברוח דומה, אליעזר ריבלין: "המשאבים העומדים לרשות בית המשפט מוגבלים הם [...] בהזדמנויות קודמות עמדתי על כך שההימנעות מן הירידה אל זירת המחלוקת הפוליטית וכיבוד הרשויות הפוליטיות במקרים הראויים לא באה להעצים את

אפליה פסולה, אך קבע כי תיקונה צריך שיעשה בזמן סביר, מבלי לקבוע לוח זמנים קשיח (ראו פרשת **אבו גנאם**, לעיל ה"ש 90).

96 בג"ץ 1340/97 **פורו נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 28.9.1997).

97 שם, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא ברק.

98 לסקירת טענות האפליה של המגזר הערבי, שרובן המכריע לא באו על פתרון באמצעות ביקורת שיפוטית, ראו **דו"ח ועדת אור**, לעיל ה"ש 86, שער ראשון, פס' 18–67.

99 ראו שם, שער שישי, פס' 12 ("מדובר בנושא פנימי חשוב ורגיש ביותר, העומד על סדר היום של המדינה. בתור שכזה הוא מחייב מעורבות, טיפול והובלה אישית מצד ראש הממשלה. הנושא הוזנח במשך שנים ארוכות, ולא טופל כהלכה. הוא דורש טיפול הן בטווח הזמן המיידי, הן בטווח הזמן הבינוני והן בטווח הזמן הארוך. יעד עיקרי של פעילות המדינה חייב להיות השגת שוויון אמיתי לאזרחי המדינה הערבים"). כן ראו יצחק זמיר "שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל" **משפט וממשל** ט 11, 12–13 (2006); אליקים רובינשטיין "על שוויון לערבים בישראל" **קרית המשפט** א 17 (2001); אליקים רובינשטיין "המדינה וערביי ישראל: המאבק לשוויון במסגרת מדינה יהודית, דמוקרטית ומיוסרת" **קרית המשפט** ג 107 (2003).

כוחן של אותן רשויות כי אם לשמור על משאביה של הרשות השופטת. זו הדילמה העומדת בפני כל בית משפט חוקתי ובפני כל בית משפט מנהלי"¹⁰⁰.

על רקע דילמות אלה בא בית המשפט העליון, מפני השופט ריבלין עצמו, לדון בפרשת אבו-חנא.¹⁰¹ פרשה זו עסקה אף היא בסוגיית האפליה המבנית בין יהודים לערבים, אלא שהיא התקיימה כולה בתחום דיני הניקין. התובעת, קטינה ערבייה, נפגעה בתאונת דרכים, ותביעתה הוגשה נגד חברת הביטוח של הנהג הפוגע. השאלה המרכזית שהתעוררה הייתה כיצד יש לאמוד את נזקה בגין אובדן כושר השתכרות. החברה הנתבעת טענה כי על החישוב להישען על השכר הממוצע של נשים ערביות בכפר שבו התגוררה. לעומת זאת טענת התובעת הייתה כי יש לאומדו על פי השכר הממוצע הכללי במשק, שאינו מבחין בין השתייכות מגזרית, מגדרית, או ברקע סוציו-אקונומי. הפער בין שתי שיטות החישוב היה ניכר, שכן ממוצע ההשתכרות של נשים בכפרה של התובעת היה נמוך במיוחד.¹⁰²

על פני הדברים נראה כי מערכת השיקולים ה"פנימית" לדיני הניקין נוטה לשיטתה של הנתבעת. הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות מיועד לשקף הערכה מדויקת ככל האפשר של הפסדי ההכנסה הצפויים עקב המעשה העוולתי. כל נתון רלוונטי, שיש בו כדי להשפיע על אומדנו הריאלי של נזק זה, ראוי, ככלל, להילקח בחשבון. אמת-המידה להערכת הנזק צריכה אפוא להישען על מאפייניו הסובייקטיביים של הניזוק, ולא על נתוניה של קבוצה, שמאפייניה הממוצעים שונים משלו.¹⁰³

יתרה מזאת, דיני הפיצויים הקיימים מכירים בהבחנה שבין יהודים לערבים בהקשרים קרובים. בחישוב הפסד כושר ההשתכרות של קטינים, הנחת העבודה המקובלת היא שתובע בן הלאום היהודי היה עתיד להשתכר רק עם שחררו מהצבא. לפיכך בחישוב הנזק שנגרם לתובע מחושבת תקופת העבודה החל מגיל 21 (לגברים) או גיל 20 (לנשים). לא כך כשמדובר בנפגעים ערבים. הנחת העבודה המקובלת היא שתובעים אלה היו אמורים

100 אדה אסקלסקי ורומן צ'רני "שוויון וצדק על כפות המאזניים: ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין" **דין ודברים** ח 297, 302 (2015). כן ראו את דבריו של השופט חשין בפרשת **עדאלה 1**, לעיל ה"ש 83.

101 ראו עניין **אבו-חנא**, לעיל ה"ש 64.

102 שם, בעמ' 65.

103 בהקשר זה סבר בית המשפט כי השימוש בנתונים הסטטיסטיים ביחס לקטינים אינו ראוי הואיל ואלו מתייחסים למצב הנוכחי, שבו קיים פער בהכנסות בין יהודים לערבים. ואולם, כפי שהסביר בית המשפט, ההנחה היא שמציאות זו עתידה להשתנות, וכי "ניתן וראוי להניח כי מצבם של נשים, מיעוטים או מגזרים מוחלשים ישתפר בעתיד ויידע ימים טובים יותר. העולם אינו סב לאחור. המחר טוב מן העבר" (שם, פס' 37 לפסק דינו של השופט ריבלין). עם זאת בהקשרים אחרים סירב בית המשפט לאמץ טיעון דומה. כך לדוגמה באשר לטענות של תובעים פלסטינים. כפי שהבהיר בית המשפט בעניין **אבו סמרה** (לעיל ה"ש 36, פס' 22 לפסק דינו של השופט ג'ובראן): "המשיבים לא הציגו נתונים אחרים ביחס לשכר הממוצע במקום מגוריהם אלא טענו כי אין זה הוגן להתבסס על נתונים אלה בשל קיומה של האינתיפאדה בשטחים והשפעתה על המצב הכלכלי. עוד טוענים המשיבים כי יכול ויתרחש בעתיד שינוי מדיני אשר יביא עמו פריחה כלכלית. אין בידי לקבל טענות אלה. בית המשפט אינו נביא ואינו יכול לבסס את חישוב הפיצוי על סמך אמונה אופטימית כי המצב הכלכלי באזור מסוים ישתפר בעתיד הרחוק. לא נותר לבית המשפט אלא להתבסס על הנתונים האובייקטיביים המצויים בידו וכך עשה בית המשפט המחוזי".

להתחיל ולהשתכר עם סיום לימודיהם. לפיכך תקופת ההכנסה הצפויה לצורך חישוב אובדן כושר ההשתכרות של התובע מחושבת החל מגיל 18.¹⁰⁴ חרף זאת בעניין אבר-חנא פסק בית המשפט העליון לטובתה של התובעת. למרות הפער בהכנסתם הממוצעת בין יהודים לערבים קבע בית המשפט כי על דיני הנזיקין להיות עיוורים לפער זה. נקבע כי בהיעדר ראיה קונקרטיה באשר למשלח היד שהניזוקה הייתה עוסקת בו אלמלא התאונה, עצם שיוכה הקבוצתי לא יוביל לגריעה מן הפיצוי שלו תהיה זכאית. כדברי השופט ריבלין, "לכל ילד וילדה בישראל – מבית עשיר או עני, ממוצא זה או אחר – לכולם, בהיעדר נסיבות ספציפיות המלמדות אחרת, אפשרות למצוא את דרכם למעגלי השתכרות שונים הקיימים בחברה הישראלית. לכולם הזכות לעשות כן".¹⁰⁵ לפיכך, גם במציאות שבה הבדלים סטטיסטיים מנבאים פערים בהכנסה הצפויה לקטינים המשתייכים למגזרים שונים, בית-המשפט נמנע מלייחס להם משקל, על מנת לקדם את השוויון בהזדמנויות.¹⁰⁶ הפסיקה בפרשת אבר-חנא פעלה במחוזות האפליה המבנית, שגורמיה שונים ומגוונים, ושוודאי אינם קשורים בהתנהגותו של הנהג הפוגע. במחוזות אלה, שבהם בית המשפט מנוע מלפעול בכובעו כבג"ץ, הוא מבקש אפוא לפעול כבית משפט לערעורים אזרחיים. בכובעו זה, אין הוא נדרש להסיג את ההגנה על השוויון בשל מרחב שיקול הדעת הנתון לממשלה או לכנסת. אין הוא נדרש לקבוע סדרי עדיפויות תקציביים או את היקפן של הקצאות תקציביות שהזירה הפוליטית היא המתאימה להכריע בהם. אומנם רתימתם של דיני הנזיקין למאבק נגד אפליה כזאת נתונה במתח עם עקרונות היסוד של דינים אלה – ובראשם עקרון השבת המצב לקדמותו, והעיקרון שלפיו אין להטיל על מזיק חבות העולה על הנזק שגרם.¹⁰⁷ – אולם בשל קוצר ידו של המשפט הציבורי בניסיונו להתמודד עם האפליה המבנית, דיני הנזיקין נקראים לסייע.

104 ע"א 8414/07 קסואני נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 23.6.2009); ע"א 3542/08 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון מוחמד (פורסם בנבו, 22.7.2010).

105 עניין אבר-חנא, לעיל ה"ש 64, בעמ' 51.

106 לפיכך מדיניות דומה הוחלה גם במצבים הפוכים, שבהם הניזוק השתייך למעמד חברתי-כלכלי גבוה, המנבא הכנסות העולות על השכר הממוצע במשק. גם במקרים אלה, ועל בסיס שיקולים דומים, אמת המידה להערכת הנזק נותרה השכר הממוצע. ראו ע"א 9980/06 עזבון אטינגר נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 26.1.2009). הצדקה אחרת לפסק הדין היא כי השוואת הפיצוי בין ניזוקים עשירים ועניים מבטיחה כי מזיקים לא יורתעו פחות מגרימת נזק לעני מגרימת נזק לעשיר. לדיון בשיקול זה, ראו אריאל פורת נזיקין כרך א 81–83 (2013); Ronen Avraham & Kimberly Yuracko, *Torts and Discrimination*, 78 OHIO ST. L.J. 661 (2017). פסק הדין בעניין עזבון אטינגר מציין שיקול זה כהצדקה אפשרית לתוצאה, אם כי אינו מציג אותו כהצדקה מרכזית (שם, בעמ' 56–58).

107 לדיון על מתח זה ראו נילי קרקר-אייל "השבת המצב לקדמותו בתביעות לפיצוי על נזקי גוף – עקרון יסוד שאבד עליו הכלח?" *דין ודברים* ט 175, 207–205 (2015). לעמדה שלפיה פסיקת בית המשפט אינה מפירה את עקרון השבת המצב לקדמותו אלא משקפת תפיסה עשירה שלו, ראו אליעזר ריבלין וגיא שני "תפיסה עשירה של עקרון השבת המצב לקדמותו בתורת הפיצויים הנזיקיים" *משפט ועסקים* י 499 (2009).

2. פסיקת בג"ץ וצמצום האחריות בנזיקין

מגמת ההרחבה המאפיינת את דיני הנזיקין כוללת כאמור גם מספר מקרי חריג, בהם הצר בית המשפט העליון את זכאותם של ניוזקים לפיצוי. טענתנו היא שמקרי חריג אלו אף הם קשורים במגבלות העומדות בפני בית המשפט בפסיקתו החוקתית-מנהלית. להלן אנו מציעים שתי דוגמאות. הדוגמה הראשונה עוסקת בחופש הביטוי. הדוגמה השנייה עוסקת במעמדם של בעלי מוגבלויות.

(א) חופש הביטוי

בדומה לזכות לשוויון, אף הזכות לחופש הביטוי זוכה להגנה נרחבת בבג"ץ. היא נתפסת כזכות הניצבת "בנדבך העליון של זכויות היסוד"¹⁰⁸ וכ"תנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות".¹⁰⁹ היא מתוארת כ"זכות עילאית",¹¹⁰ וכ"ציפור נפשה של הדמוקרטיה".¹¹¹ ליבתו של חופש הביטוי היא בהיבט השלילי שלו – כלומר בזכותו של אדם כי המדינה לא תמנע ממנו את האפשרות להתבטא.¹¹² אולם בשל מרכזיותו מוכרים בגדרו גם היבטים חיוביים מובהקים, המטילים על המדינה חובת פעולה אקטיבית.¹¹³ כך למשל, המדינה מחויבת לספק הגנה למי שמותקף בשל דעותיו,¹¹⁴ והיא נדרשת לאפשר גישה חופשית למידע המצוי ברשותה.¹¹⁵ היא מחויבת לאפשר שימוש בשטחים ציבוריים לצורכי הפגנה,¹¹⁶ והיא אף מחויבת לספק לשם כך אבטחה ולממנה.¹¹⁷

ואולם חרף קיומם של היבטים חיוביים לחופש הביטוי, לרשות השלטונית נותר שיקול דעת נרחב בשאלה כיצד להקצות את תקציבה ובאיזו מידה לממן פעילויות המאפשרות ביטוי. ברי כי לא כל רצון להתבטא מטיל על המדינה חובה לממנו.¹¹⁸ כדברי הנשיא ברק, "משמעותה של החובה החיובית מתבטאת בחובתה של המדינה להקצות, בגבולות הסביר ובהתחשב באמצעים העומדים לרשותה ובסדרי העדיפויות שייקבעו על-ידה, את המשאבים

108 ראו ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך, פס' 66 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 8.2.2012).

109 ראו בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 878 (1953) ש.ם.

110 ראו ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435 (1968).

111 כך על פי הגישה הליברלית הקלאסית. לדיון ראו מדינה, לעיל ה"ש 87, פס' 3.23.

112 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 84, בעמ' 726–728.

113 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, פס' 28 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2012).

114 חוק חופש המידע, התשנ"ח–1998; בג"ץ 5771/93 ציטרין נ' שר המשפטים, פ"ד מח(1) 661 (1993); ע"מ 6013/04 מדינת ישראל נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד ס(4) 60 (2006); ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 84, בעמ' 727.

115 ראו מדינה, לעיל ה"ש 87, פס' 3.105; ע"מ 3307/04 קול אחר בגליל נ' המועצה המקומית משגב (פורסם בנבו, 4.4.2005).

116 בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200 (2006).

117 לדיון ב"חופש המימון" של המדינה ובגבולותיו ראו אדם שנער "חופש הביטוי, חופש המימון ועקרונות אחרים" מהנצחה "משפטים על אחר יב 29 (2018).

הנדרשים על מנת לאפשר את מימושה של הזכות"¹¹⁹. חובתה של המדינה לממן ביטוי היא, אפוא, מוגבלת – הן בתחולתה והן בהיקפה. ככלל, כאשר המדינה בוחרת להקצות משאבים לצורך ביטוי, הנטל המרכזי המוטל עליה הוא להבטיח כי המימון ייעשה בדרך שאינה מפלה,¹²⁰ וכי התמיכה לא תותנה בהתאמת תוכנו של הביטוי לעמדותיו של השלטון.¹²¹ בכפוף לכך, בית המשפט נזהר מלהתערב בהחלטה באילו ביטויים לתמוך, ובאיזו מידה.¹²² העובדה כי התבטאות אפקטיבית לעיתים דורשת משאבים, בצירוף שיקול הדעת הרחב הנתון לרשות, מובילים לכך שהיכולת המעשית להתבטא נגזרת לא פעם מן היכולת העצמאית לממנו.¹²³ ביטוי אפקטיבי לעיתים קרובות מצריך "במה" וערוצי הפצה. לעומת בעלי האמצעים שבפניהם פתוחה הדרך ליצור את הבמה הנדרשת ולממן את ביטויים בעצמם, בפני מי שהאמצעים אינם בידם דרך זו חסומה, או למצער מוגבלת. לפיכך הביטוי קשה יותר למימוש בידי דלי האמצעים.¹²⁴

מתח זה – בין חשיבותו העקרונית של חופש הביטוי, ובין הקושי להבטיח את המשאבים הנדרשים למימושו – בא לידי ביטוי בשורה של מקרים שנדונו בבג"ץ. כך למשל, בפרשת **עם כלביא** נדונה שאלת המחויבות של המדינה לאפשר את עריכתו של מצעד ולספק לו את האבטחה הנדרשת.¹²⁵ המשטרה הסכימה לפרוס כ-1,310 שוטרים לצורך אבטחת האירוע, אך דרשה כי המארגנים יציבו כ-250 סדרנים נוספים במימנם. בית המשפט הכיר בכך שחופש הביטוי מטיל על המשטרה חובה עקרונית לשאת בעלות הכרוכה באבטחתן של הפגנות. ואולם בד בבד הוא קבע כי אין בכך כדי לפסול את האפשרות כי המארגנים יחויבו להשתתף במימון האבטחה בשיעור מסוים.¹²⁶ בעניין אחר בית המשפט

119 פרשת **מטה הרוב**, לעיל ה"ש 117, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק.

120 ראו ס' 33 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, הקובע בין היתר כי "הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים". כן ראו בג"ץ 8912/05 **מפגשים – עמותה למעורבות חינוכית וחברתית נ' שרת החינוך התרבות והספורט** (פורסם בנבו, 14.3.2007).

121 ראו בג"ץ 175/71 **פסטיבל למוזיקה אבו גוש קרית יערים, אגודה רשומה נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד כה(2) 821, 828-829 (1971); בג"ץ 780/83 **ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(2) 273 (1984). מובן שהדרישה לשוויון מעוררת בעיות קשות של יישום, כפי שנדון בפרק הקודם. לדין ראו שנער, לעיל ה"ש 118, בעמ' 38.

122 ראו בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 15.4.2015); בג"ץ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נג(5) 337 (1999).

123 לדין בקשר זה ראו שנער, לעיל ה"ש 118, בעמ' 31-35.

124 הדין מתמודד עם בעיה זו בהקשרים מסוימים. כך למשל חוק מימון מפלגות, התשל"ג-1973 מבקש למנוע מעורבות לא פרופורציונלית של בעלי ההון בשיח הפוליטי. בדומה לזה, דברי חקיקה שונים מבקשים להגביל את כוחו של הון זה להשפיע על השיח הפוליטי הפנימי. לסקירה ולדין בחקיקה זו ראו חיים זנדברג "הגבלות על פעילות פוליטית של ארגונים ומימונה" **משפטים** מג 183 (2012). אף הפסיקה בבג"ץ הלכה לעיתים ברוח זו, למשל באיסור שידורן של פרסומות פוליטיות ברשות השידור בתמורה לתשלום. ראו בג"ץ 10203/03 **"המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(4) 715 (2008). עם זאת חרף דוגמאות אלה ברי כי כוחם העודף של בעלי הממון להשפיע על השיח הציבורי נותר ממש.

125 בג"ץ 4846/08 **עמותת עם כלביא נ' מפקד מחוז ירושלים** (פורסם בנבו, 1.6.2008).

126 שם, פס' ח(4) לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

אף העלה את האפשרות כי מפגינים יחויבו לשאת בעלות שירותי כבאות ומגן דוד אדום.¹²⁷ אף שבאותו מקרה נפסק כי אין לגבות תשלום על שירותים אלה, קביעה זו לא נשענה על הכרה בחובתה העקרונית של המדינה לממןם – כחובה הנגזרת מחופש הביטוי. במקום זאת, היא נשענה על כך שהחוקים המסדירים את השירותים האמורים לא הסמיכו את גביית התשלום.¹²⁸

לנוכח היעדרה של חובה פוזיטיבית רחבה לממן ביטוי עתירות לבג"ץ הנוגעות במהותן לחופש הביטוי מתמקדות לעיתים קרובות בהיבטים הנוגעים לפגיעה בשוויון. למשל, בפרשת הופרט נדונה עתירתו של ניצול שואה שביקש כי "יד ושם" יפעל להנצחת קרוביו שנספו, במפעל מיוחד המכונה "מערת ההנצחה". עתירתו כוונה נגד דרישתו של "יד ושם" לתשלום כספי עבור הנצחה זו. לטענת העותר, דרישת התשלום הייתה מנוגדת לדין, באשר היא הפלתה לרעה חסרי אמצעים, שאין בכוחם לממן את העלות המבוקשת.¹²⁹ בג"ץ קבע בפסיקתו כי המוסד מחויב להנציח את כלל הנספים במידה שוויונית, ברובד "בסיסי".¹³⁰ ואולם אם הוא יזום מפעלי הנצחה "מיוחדים" החורגים מרובד בסיסי זה, הרי שמותר לו לגבות עבורם תשלום.¹³¹ לעמדת בית המשפט אין בכך משום פגיעה בלתי מוצדקת בדלי האמצעים, שכן "אדם או גוף כלשהם, המציעים להעלות תרומה משמעותית ליד ושם, אינם נמצאים במעמד זהה לאדם או לגוף שאינם מציעים תרומה כזו – גם אם האחרונים אינם מציעים תרומה בשל חוסר יכולת כלכלית".¹³²

דוגמה נוספת לקשר שבין חופש הביטוי ליכולת כלכלית באה לידי ביטוי בפרשת ברנד. בפרשה זו נדונה עתירתם של תושבי היישוב גבעת זאב, שדרשו כי משרד התקשורת יתקין ביישוב אמצעים לקליטה של שידורי רדיו וטלוויזיה באיכות סבירה.¹³³ בית המשפט קיבל את עמדתם הבסיסית, לפיה הזכות לקלוט שידורים היא חלק מ"זכות הציבור לדעת", וככזו היא אף מוגנת כחלק מחופש הביטוי.¹³⁴ בהתאם לכך הוא אף קבע כי "מקומה של החובה לאפשר קליטה סבירה היא אפוא מקום גבוה בסולם הקדימויות של הרשות, ובהתאם לכך גם מקומה בהקצאת משאביה של הרשות".¹³⁵ ואולם חרף דברים אלה נדחתה עתירתם של התושבים. נקבע כי למרות הפגיעה בחופש הביטוי בית המשפט "לא יורה לרשות כיצד להקצות ולחלק את משאביה", שכן בית המשפט "אינו הגוף המוסמך לעסוק ואינו יכול

127 ראו פרשת **מטה הרוב**, לעיל ה"ש 117, פס' 19–22. באותו מקרה נקבע כי אין לחייב את המפגינים בעלויות הכבאות ומגן דוד אדום, ואולם קביעה זו לא נשענה על זכות עקרונית הנובעת מחופש הביטוי, אלא מהיעדרה של הסמכה ספציפית בחקיקה המסדירה את גביית התשלום. השאלה בפסק הדין לבסוף לא הוכרעה. כן ראו מדינה, לעיל ה"ש 87, פס' 102.3.

128 השאלה העקרונית, בדבר היקפו של חופש הביטוי החיובי, נותרה אפוא ללא הכרעה ברורה (שם, פס' 22).

129 בג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", **רשות הזיכרון לשואה ולגבורה**, פ"ד מח(3) 353 (1994).

130 שם, פס' 8–13 לפסק דינו של השופט אור.

131 שם, פס' 15.

132 שם, פס' 18.

133 בג"ץ 3472/92 ברנד נ' **שר התקשורת**, פ"ד מז(3) 143 (1993).

134 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת נתניהו.

135 שם, פס' 6.

לעסוק בהקצאת משאביה של החברה".¹³⁶ תושבי היישוב נדרשו אפוא לממן את קליטת השידורים בכוחות עצמם, באמצעות התחברות למערכת כבלים או צלחת לוויין. הפער האמור ביכולת הביטוי של עשירים ועניים משתקף היטב לא רק בהקשרים בהם נדרש מימון ציבורי לצורך ביטוי, אלא גם בהקשרים בהם מעורבים גורמים פרטיים. דוגמה בולטת בהקשר זה היא הקמה ומימון של ערוצי תקשורת. אדם עשיר המקים עיתון ומחלקו בחינם בתפוצה רחבה – כוחו להשפיע על השיח הציבורי עולה לאין שיעור על זה של העני, שאין בידו המשאבים לעשות כן. בכתובה אקדמית הציע אהרן ברק להטיל מגבלות מסוימות על העיתונות הפרטית, כדי שתשמש "במה" לא רק לעמדותיו של הבעלים, אלא גם לעמדות מנוגדות. לדברי ברק: "עקרונות, כל אחד יכול לרכוש לעצמו במה זו. למעשה מצטים הם הרוכשים. קיימת ריכוזיות של שליטה בבמה זו. קיים 'כשל שוק חוקתי' בתחום זה. מי ששולט בבמה זו שולט בנכס שהוא חיוני למשטר דמוקרטי".¹³⁷ על-פי תפיסה זו, ה"במה" שרוכש האדם העשיר צריכה אפוא לשרת את החברה בכללותה, באמצעות פתיחתה לציבור הרחב. בתפיסה זו יש אפוא כדי לקדם את יכולתם של חסרי האמצעים לבטא את עצמם, גם כאשר אין להם המקורות הנדרשים כדי להקים במה משל עצמם. עמדה זו, התומכת בהטלת מגבלות על העיתונות הפרטית, טרם אומצה בפועל. ואכן, כרוכים בה גם חסרונות ממשיים, לרבות פגיעה בחופש הביטוי של מי שרוכש "במה" כדי להפיץ את עמדותיו, וכן קשיים מעשיים של פיקוח ואכיפה.¹³⁸ ואולם, דחייתה של עמדה זו אף היא מעוררת קושי ממשי. משמעותה היא שגם בממד זה, ידם של העניים על התחנות. המשך המצב הקיים משמעו שימורו של הקשר שבין יכולת כלכלית ובין האפשרות המעשית להגשים את חופש הביטוי.

על רקע קשיים אלה נדונה, בהקשר הנזקי, פרשת **נודלמן**.¹³⁹ ראשיתה של הפרשה בספר שפירסם המערער, הכולל התייחסויות קשות ופוגעניות כלפי חבר הממשלה נתן שרנסקי וכלפי מפלגתו "ישראל בעליה". לאחר שבית המשפט המחוזי קבע את אחריותו בלשון הרע והשית עליו פיצוי כספי בסך 975,000 ש"ח, הגיע הדיון לפתחו של בית המשפט העליון. אף שבית המשפט העליון לא חלק על אחריותו של נודלמן בלשון הרע, הוא קבע כי ראוי להפחית במידה ניכרת את שיעור הפיצוי שהושג עליו.¹⁴⁰ הטעם לכך היה נעוץ, בין

136 ש.ם.

137 אהרן ברק "על העיתונות הפרטית" **עלי משפט** ב 293, 294 (2002).

138 ראו מדינה, לעיל ה"ש 87, פס' 3.126.

139 ראו ת"א (מחוזי י-ם) 1133/99 **שרנסקי נ' נודלמן** (פורסם בנבו, 21.12.2003). לערעור על פסק הדין בבית המשפט העליון ראו ע"א 89/04 **נודלמן נ' שרנסקי** (פורסם בנבו, 4.8.2008) (להלן: פרשת **נודלמן**).140 בפרשת **נודלמן** הועמד סכום הפיצוי לשרנסקי על 500,000 ש"ח (לצד 75,000 ש"ח נוספים למפלגתו). אף שמדובר בשיעור פיצוי גבוה במידה ניכרת מהמוצע בתביעות לשון הרע, יש לציין כי הפיצוי בפרשת **נודלמן** לא הוגבל לשיעור הפיצוי הסטטוטורי החל על תביעות פיצויים ללא הוכחת נזק. במחקר אמפירי שבדק את שיעור הפיצויים בגין לשון הרע בשנים 2004–2011, נע השיעור הממוצע של הפיצויים לפי שנים בין 25,241 ש"ח ל-64,164 ש"ח. ראו תמר גדרון, רועי אילוז ורועי ריינזילבר "הפיצויים בלשון הרע – תמונת מצב אמפירית" **משפטים** מג 453 (2013). לניתוח עדכני פחות של פסקי דין מהשנים 1996–1999 ראו יובל קרניאל ועמירם ברקת "הפיצויים בדיני לשון הרע: השם והשמך" **עלי משפט** ב 205 (2002).

היתר, במצבו הכלכלי של נודלמן – שהיה איש פרטי שמקורותיו מוגבלים. נקבע כי כשהמעוול בלשון הרע הוא אדם דל אמצעים, החבות שתושט עליו עשויה להיות מופחתת.¹⁴¹ לאור זאת, חבותו של המערער אכן הופחתה באופן ניכר, והועמדה על סך של 575,000 ש"ח.

אף שפסק הדין מגן על חופש הביטוי של המזיק בהיבטו השלילי (כלומר, על יכולתו להתבטא ללא חשש מחבות שלא יוכל לעמוד בה), הקנייתה של הגנה זו בגדרו של הדין הנזיקי חורגת מעקרונות פיצוי מקובלים. ככלל, משנקבע כי אדם ביצע עוולה, החבות המושטת עליו מיועדת להשיב את מצב הניזוק לקדמותו. פיצוי ששיעורו נקבע על בסיס מצבו הכלכלי של המזיק, ולא על בסיס הנזק שנגרם לניזוק, חורג מעיקרון זה. ואולם חריגה זו יש לראות על רקע טיבה של ההגנה המוקנית לחופש הביטוי בזירה החוקתית. ההגנה החלקית בלבד המוקנית בזירה זו על היבטיה החיוביים של הזכות, מותירה עניינים בעמדת נחיתות לעומת עשירים. אילו, בנוסף על כך, היו מוחלים עקרונות הפיצוי הרגילים בזירה הנזיקית, הטיה זו הייתה עוד מעמיקה, שכן ל"אפקט המצנן" הנלווה לתביעות לשון הרע כוח רב יותר להרתיע נתבעים עניים מנתבעים עשירים.¹⁴² כפי שהסביר בית המשפט בפרשת **נודלמן**, "לא הרי פיצוי המושט על גוף כלכלי איתן, המסוגל לשאת בו, ואף לתמחר אותו בין סיכונים, ולבטחו, לפיצוי המושט על אדם פרטי, דל אמצעים, הנדרש לפרעו משארית משאביו, לדרדרו לפת לחם ואף להוליכו לעבר הליכי פשיטת רגל".¹⁴³ החריגה מעקרונות דיני הניזקין בפרשת **נודלמן** עשויה אפוא למצוא הסבר בנחיתות המובנית שנתונים בה עניים באשר לכוחם האפקטיבי להתבטא. ההליך בבג"ץ אינו מבטיח שוויון בהיבט זה בין עשירים לעניים, והקושי שמציאות זו מעוררת אינו יכול למצוא את פתרונו בדל"ת אמותיו של המשפט החוקתי. בית המשפט רותם אפוא את הדין הנזיקי למשימה שאין בכוחו של הדין החוקתי לבצע במלואה. באמצעות סטייה מעקרונות הפיצוי הרגילים, הוא ממתן את ההטיה נגד עניים ומצמצמה.

141 כלל זה, שמקורו בפרשת **נולדמן** (שם), יושם לאחר מכן של פסקי דין. ראו למשל ת"א (שלום חי') 19341-08-17 **האיגוד הארצי לקציני הים – הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' שלוסמן** (פורסם בנבו, 2.3.2019); סע"ש (אזורי י-ם) 25108-12-10 **בוגר – מקורות חברת מים בע"מ** (פורסם בנבו, 23.2.2017); ת"א (מחוזי ת"א) 1702-07 **עזור נ' CanWest Global Communications Corp** (פורסם בנבו, 20.6.2012), וגלגולו בבית המשפט העליון בע"א 6903/12 **Canwest Global Communications Corp נ' עזור** (פורסם בנבו, 22.7.2015); ת"א (שלום ת"א) 59518-11-15 **רהיטי דורון עיצובים בע"מ נ' אלהרר** (פורסם בנבו, 28.1.2018); עמ"ש (מחוזי ת"א) 47311-10-13 **פלוני נ' פלמונית** (פורסם בנבו, 19.5.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 16092-04-16 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 2.2.2017); ת"א (שלום חי') 51636-05-10 **זלץ נ' זיידן** (פורסם בנבו, 9.4.2017); תא"מ (שלום חי') 6126-10-18 **אורגד נ' שטרן** (פורסם בנבו, 7.5.2019); תמ"ש (משפחה ת"א) 54945-12-14 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 20.12.2015); רע"א 4843/12 **בעל הנס נ' קורבשי** (פורסם בנבו, 22.10.2012); תמ"ש (משפחה ת"א) 56460-02-14 **פלוני נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 31.5.2015).

142 על הפוטנציאל של תביעות לשון הרע להרתיע ביטוי לגיטימי ולהשתקן ראו למשל GEORGE W. PRING & PENELOPE CANAN SLAPPS: GETTING SUED FOR SPEAKING OUT (1995); שחר טל "אימת הדיבה: מפת התמריצים להגשת תביעות SLAPP בישראל" **משפטים** מה 515 (2015).

143 ראו פרשת **נודלמן**, לעיל ה"ש 139, פס' 64 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

(ב) חיים בעוולה וזכויות אנשים עם מוגבלויות

אחת השאלות הסבוכות שעימה מתמודדים דיני הנזיקין, עניינה אחריותו של גורם רפואי שהתרשל בזיהוי מום גופני בעובר. ההתרשלות האמורה איננה באי-מניעתו של המום הגופני, אלא באי-איתורו בשלבים מוקדמים של ההיריון.¹⁴⁴ התרשלותו של הגורם הרפואי שללה מן ההורים את האפשרות לבצע הפלה, ובכך להימנע מהולדתו של ילד בעל מוגבלות. משנולד הילד עם מוגבלותו, שתי טענות נטענות כנגד הגורם הרפואי: האחת היא טענתם של הורי הילד, לפיה אלמלא ההתרשלות היו בוחרים להימנע מהבאתו אל העולם (טענת "ההולדה בעוולה"). השנייה היא טענתו של הילד עצמו, לפיה ההתרשלות גזרה עליו חיי סבל, שהקושי הכרוך בהם גדול כל כך עד כי מוטב היה לו אלמלא נולד (טענת "החיים בעוולה").

סוגיה זו, מטבע הדברים, מעוררת דילמות פילוסופיות, משפטיות ומעשיות. האם עצם הולדתו של אדם עשויה להיחשב "נזק" שיש בו כדי להקים חבות על פי דיני הנזיקין? האם הקושי הנובע ממוגבלות עשוי להיות גדול כל כך עד כי חיים במוגבלות עשויים להיחשב גרועים מאי-קיום? ובהנחה שכך, האם יש למשפט אמצעים לכמת נזק זה ולקבוע את שיעורו? שאלות אלה מציבות קושי עיוני ומעשי כבד, וספק אם קיים להן מענה. יתרה מזאת, הכרה בטענות אלה כרוכה בסיכון לפגיעה בבעלי המוגבלות במישור הקבוצתי: הקביעה כי הולדתו של ילד בעל מוגבלות היא "נזק" בר-פיצוי עלולה לשלוח מסר הממעט מערך חיים של בעלי מוגבלות. היא עלולה לפגוע במאבקם לשילוב ובכוחם לחיות חיים מלאים ובעלי משמעות. מן הצד האחר, סירוב להכיר בטענות אלה מותיר את הילד ואת הוריו עם סבלם, לעיתים קרובות במצוקה כלכלית קשה, תוך שהוא פוטר את הגורם הרפואי מאחריות בגין רשלנותו. דחיית הטענות משמעותה כי גורם רפואי, שבמחדלו הופך את חיים של המשפחה על פיה, לא יורתע כראוי, ולא יישא בנזק שגרם.

בהלכת זייצוב, שניתנה בשנת 1986, הכיר בית המשפט בשתי הטענות – הן טענת ההולדה בעוולה והן טענת החיים בעוולה.¹⁴⁵ חרף הקשיים העמוקים שהן מעוררות, נקבע כי יש להטיל אחריות על הגורם הרפואי, הן בגין נזקם של ההורים והן בגין זה של הילד. הכרה זו ביטאה העדפה לפיצוי הניזוקים האינדיבידואליים על פני החשש לפיחות במעמדם הקבוצתי של בעלי המוגבלות. מבין שתי עילות התביעה ההכרה בעילת ההולדה בעוולה (תביעתם של ההורים) נתפסה כפשוטה יותר במישור העקרוני: אם אלמלא ההתרשלות לא היו ההורים מביאים את הילד אל העולם, הרי שעל הגורם הרפואי לפצותם בגין הנזק הנפשי והכלכלי שנגרם להם עקב הולדתו.¹⁴⁶ לעומת זאת, ההכרה בתביעת החיים בעוולה (תביעתו של הילד) נתפסה כמורכבת יותר, והשופטים נחלקו בדעותיהם באשר לגבולותיה ובאשר לדרך הראויה לביסוסה. גישה אחת (מפי השופטת בן-פורת) גרסה כי הילד יזכה בתביעתו

144 מחדלו של הגורם הרפואי עשוי לבוא בצורות שונות. הוא עשוי לנבוע מקיום פגום של בדיקות רלוונטיות, מאי-קיומן של הבדיקות המתאימות או מאי-מסירה של מידע להורים בדבר החשש לקיום המוגבלות או בדבר האפשרות לבצע בדיקות נוספות. לדיון ראו רונן פרי "להיות או לא להיות: האם זו השאלה? תביעות נזיקין בגין 'חיים בעוולה' כטעות קונספטואלית" משפטים לג 507, 518–507 (2003).

145 ראו ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986).

146 שם, בעמ' 110–113.

בנסיבות שבהן האדם הסביר היה רואה בחיי המוגבלות גרועים מאי-קיום.¹⁴⁷ במקרה זה ייפסק פיצוי שמטרתו להסיר, ככל הניתן, את הנחיתות הנובעת מן המוגבלות.¹⁴⁸ גישה שנייה (מפי השופט ברק) ביקשה להימנע מן הצורך לקבוע כי אי-קיום עדיף לילד מחייו.¹⁴⁹ במקום זאת, היא הציעה כי הגורם הרשלן יהיה אחראי בגין הנזק הנובע ממומו של הילד. בפרט נקבע כי, מאחר שרשלנותו של הגורם הרפואי גרמה "לחיים במום", יהיה עליו לפצות בגין הפער שבין "חיים במום" ל"חיים ללא מום".¹⁵⁰ מתוך חמשת השופטים שישבו בהרכב, שניים תמכו בכל אחת משתי הגישות, ואילו השופט החמישי התנגד לשתיהן. "הלכת זייצוב" נותרה אפוא הלכה חלקית, ללא הכרעה עקרונית בין התפיסות השונות שהוצגו בה. עם זאת, עלתה ממנה הכרה עקרונית כי בנסיבות מסוימות ילד עשוי לזכות בפיצוי בגין עצם הגעתו אל העולם.

על הלכת זייצוב נמתחה ביקורת, הן מטעמים משפטיים והן מטעמים לבר-משפטיים. עיקר הביקורת המשפטית נסבה על עילת החיים בעוולה, כלומר על תביעתו של הילד. גישתה של השופטת בן-פורת מעוררת קושי, באשר היא נסמכת על ההנחה כי לבית המשפט הכלים להכריע בשאלת ערכם של חיים במוגבלות. אלא שהמשימה שהוטלה על בית המשפט – לזהות באילו נסיבות נגרם "נזק", ומהו שיעורו של "נזק" זה – אינה משימה שבאפשרותו לבצע.¹⁵¹ אף גישתו של השופט ברק מעוררת קושי, באשר היא יוצרת חוסר הלימה בין הנזק שנגרם המעשה הרשלני לבין הפיצוי שנפסק בגינו. השופט ברק אומד את החבות על בסיס ההשוואה שבין "חיים במום" ל"חיים ללא מום". ואולם ה"מום" שבו מדובר לא נגרם בשל התרשלנותו של הגורם הרפואי. הקיום "ללא מום" (להבדיל מהפלה) לא היה מתאפשר בשום מקרה, גם לו פעל הגורם הרפואי כנדרש. לפיכך הפיצוי הנגזר מגישתו אינו קשור סיבתית לנזק שנגרם מן המעשה הרשלני. השופט ברק היה מודע לקושי זה ובכל זאת סבר כי גישתו עדיפה, לנוכח הקשיים, העמוקים יותר בעיניו, הכרוכים בגישה האחרת.¹⁵² אלא שבסיכומו של דבר, שתי הגישות ניצבות אל מול אותה בעיה יסודית: ה"נזק" שנגרם לילד אינו ניתן להערכה מושכלת. אפשר לנסות ולהעריכו בדרך אינטואיטיבית (כגישתה של השופטת בן-פורת), ואפשר להעריכו בדרך של היזקקות למדד

147 שם, בעמ' 96.

148 שם, בעמ' 99.

149 שם, בעמ' 116.

150 שם, בעמ' 116–120.

151 ראו למשל רונן פרי "להיות או לא להיות? זו כבר אינה השאלה" מחקרי משפט כט 61, 65–73 (2013); הוועדה הציבורית בנושא "הולדה בעוולה" דו"ח הוועדה 38–42 (2012) (להלן: דו"ח ועדת מצא). ביקורת דומה מושמעת גם בפסיקה ובספרות העולמית. כך, למשל, פסק בית המשפט לערעורים של ניו יורק בעניין "Whether it is better never :Becker v. Schwartz, 46 N.Y.2d 401, 411 (N.Y. 1978) to have been born at all than to have been born with even gross deficiencies is a mystery more properly to be left to the philosophers and the theologians. Surely the law can assert no competence to resolve the issue [...] the implications of any such proposition are staggering. Would claims be honored, assuming the breach of an identifiable duty, for less than a perfect birth? And by what standard or by whom would perfection be defined?"

152 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 145, בעמ' 118–123.

חלופי, שאין בו כדי לשקף את היקפו האמיתי (כגישתו של השופט ברק). כך או כך, הכרה בעילת התביעה מחייבת ויתור על עקרונות יסוד של הדין הנזיקי.¹⁵³ כאמור, הקשיים המשפטיים אינם הקשיים היחידים שהלכת זייצוב מעוררת. ביקורת תקיפה נגד ההכרה בעילת החיים בעוולה הושמעה דווקא מכיוונם של אלה התומכים בהרחבת זכויותיהם של בעלי מוגבלות. לתפיסתם, הכרה זו אומנם מיטיבה כלכלית עם הילד, אך עלולה לפגוע במאבקם של בעלי המוגבלות לשוויון, לשילוב ולהכרה בערכם.¹⁵⁴ היא עלולה לעגן תפיסה שלפיה חיים אינם אלא "תקלה" שראוי למנוע, ושרשלנות המובילה לאי-מניעתה מחייבת הטלת סנקציה כבדה. היא אף חותרת תחת תפיסת יסוד הקיימת בבסיס מאבקה של התנועה למען זכויות בעלי המוגבלות, ולפיה מוגבלות אינה תולדה של מצב פיזי או מנטלי גרידא, אלא גם של הבנייה סביבתית, שבתוכה בעלי המוגבלות פועלים.¹⁵⁵ ה"נזק" שנגרם, ככל שנגרם, אינו נובע רק מרשלנותו של הגורם הרפואי, אלא גם מאי נכונותה של המדינה לשנות את המציאות הפיזית והחברתית, כך שבעלי מוגבלות יוכלו לתפקד בה כאנשים חופשיים ושווים. האחריות הנזיקית, האומדת את חבותו של הגורם הרפואי על רקע המציאות הקיימת, והמתעלמת מחלקה של המדינה

153 בהתאם לכך, עילת תביעה זו אינה מוכרת כמעט בכל שיטת המשפט המערביות. לסקירה ראו Ronen Perry, *It's a Wonderful Life*, 93 CORNELL L. REV. 329, 334–345 (2008); Ivo Giesen, *The Use and Influence of Comparative Law in Wrongful Life Cases*, 8 UTRECHT L. REV. 35 (2012)

154 ראו דו"ח ועדת מצא, לעיל ה"ש 151, בעמ' 45–46 ("ההכרה כי חיים במוגבלות מהווים 'נזק' יוצרת הבנייה חברתית שלילית כלפי אנשים עם מוגבלות ואינה מתיישבת עם תפיסה חברתית ערכית, המייחסת חשיבות לשמירת השוויון בין בני האדם והמבקשת להעניק לנכים ולבעלי מוגבלויות שבתוכה הזדמנות להשתלב בחברה ולהיות חלק ממנה [...] חברה המקדשת את ערך חיי האדם ואת זכות היסוד של בעל המוגבלות לחיים, לכבוד ולשוויון, אינה רשאית להשלים עם התפתחותן של תפיסות פסולות כאלה"). ראו גם Wendy F. Hensel, *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, 40 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 141, 144 (2005): "Wrongful birth and wrongful life suits may exact a heavy price not only on the psychological well-being of individuals with disabilities, but also on the public image and acceptance of disability in society [...] Any benefits secured by individual litigants in court are thus taxed to the community of people with disabilities as a whole, placing at risk, in the drive for individual compensation, the gains secured by collective action and identity"; Sagit Mor, *The Dialectics of Wrongful Life and Wrongful Birth Claims in Israel: A Disability Critique*, 63 STUD. L. POL. & SOC. 113, 115–116 (2014): "Wrongful life and wrongful birth claims are at once a source of relief and a site of subordination for disabled people [...] There is a powerful and persistent negative message about disability embedded in wrongful life and wrongful birth claims, and thus the benefits of such claims to individual claimants may run counter to the broader struggle for social change"; Darpana M. Sheth, *Better Off Unborn? An Analysis of Wrongful Birth and Wrongful Life Claims under the Americans with Disabilities Act*, 73 TENN. L. REV. 641, 659 (2006): "although wrongful birth and wrongful life claims provide some financial assistance to individual litigants, the overall impact of these claims is negative because they threaten individuals with disabilities, as well as the larger disability community"

155 בצרפת היו ארגונים למען זכויות בעלי מוגבלות ממבקרית העיקריים של ההחלטה להכיר בעילת החיים בעוולה. ראו Penney Lewis, *The Necessary Implications of Wrongful Life Claims: Lessons from France*, 12 EUR. J. HEALTH L. 135 (2005)

ביצירתה של מציאות זו, עלולה להשכיח את אחריותה של המדינה – אחריות שההכרה בה היא לב ליבו של המאבק למען שוויון ושילוב.¹⁵⁶

תפיסה ברוח זו, הרואה את המוגבלות כנובעת בעיקר מן הדרך שבה מובנית המציאות הפיזית והחברתית, קנתה אחיזה מובהקת בישראל ובעולם בשנות התשעים של המאה העשרים, כלומר כמה שנים לאחר אימוצה של הלכת זייצוב. חקיקה משמעותית המבטאת תפיסה זו התקבלה בארצות הברית רק בשנת 1990,¹⁵⁷ באוסטרליה בשנת 1992,¹⁵⁸ ובבריטניה בשנת 1995.¹⁵⁹ בישראל, נקודת המפנה הראשונה אירעה בשנת 1996, אז אימץ בית המשפט העליון את הלכת בוצר. בהלכה זו הכיר בית המשפט בזכותם העקרונית של בעלי מוגבלות לשילוב ובחובתה האקטיבית של המדינה לאפשר אותו.¹⁶⁰ כעשר שנים לאחר פרשת זייצוב, כתב הנשיא ברק בפרשה זו: " אין הוא [בעל המוגבלות] מצוי מחוץ לחברה או בשוליה. הוא חבר רגיל בחברה שבה הוא חי. מטרת ההסדרים אינה להיטיב עמו בכדידותו, אלא לשלבו – בתוך שימוש לעתים בהעדפה מתקנת – במרקם הרגיל של חיי החברה".¹⁶¹ כשנתיים מאוחר יותר, בשנת 1998, ביטאה הכנסת הכרה דומה בחוקקת את חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.¹⁶² חוק זה קבע כי "מטרתו להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו".¹⁶³ בשנת 2006, כשמונה שנים מאוחר יותר, אומצו עקרונות דומים באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אנשים עם מוגבלות. ישראל הייתה מן המדינות הראשונות לחתום על אמנה זו בשנת 2007.

אלא שעל אף ההכרה ההולכת ומעמיקה בתביעתם של בעלי המוגבלות לשילוב, הצלחתם לחייב את המדינה לפעול לטובתם באמצעות עתירות לבג"ץ לא נחלה הצלחה מרשימה. עתירות אלה, שנדונו לאחר חקיקתו של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, ושביקשו לחייב את המדינה לקיים את ההבטחה הגלומה בהכרזותיה העקרוניות, הסתיימו לעיתים קרובות בכישלון. החלטתה של המדינה כיצד לממש את תכלית השילוב, וכמה להשקיע בקידומה, היא שאלה מובהקת של מדיניות. כרוכות בה הכרעות הנוגעות לעיצוב

156 Mor, ראו Nili Karako-Eyal, *A Critical Disability Theory*; בעמ' 139–140; *Analysis of Wrongful Life/Birth Actions in Israel*, 6 INT'L J. PRIV. L. 289, 294–296 (2013).

157 Americans with Disabilities Act of 1990, Pub. L. no. 101–336, 104 Stat. 327 (codified at 42 U.S.C. 12101–12213 (1994)).

158 Disability Discrimination Act, 1992 (Austl.).

159 Disability Discrimination Act, 1995, c. 50 (UK).

160 בג"ץ 7081/93 בוצר נ' המועצה המקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19 (1996).

161 שם, בעמ' 26.

162 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח–1998. לחוק זה קדמו הסדרים חקיקתיים ברוח דומה, אך הם היו בעלי אופי חלקי ונקודתי. לסקירה של חקיקה זו ראו אריאלה אופיר ודן אורנשטיין "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח–1998, אמנציפציה בסוף המאה ה-20" ספר מנחם גולדברג 42, 46–48 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2001). כן ראו דן אורן ונטע דגן "המהפכה החקיקתית בתחום הנגישות" נגישות החברה הישראלית לאנשים עם מוגבלות כפתח המאה ה-21 135 (דינה פלדמן, יעל דניאל-להב ושמואל חיימוביץ' עורכים, 2007).

163 ס' 2 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

של סדרי עדיפויות והקצאה של תקציבים בין מטרות שונות. קבלת העתירות הייתה מחייבת אפוא התערבות במחוזות שבהם נתון לרשות שיקול דעת רחב. התמורה בתפיסת הזכויות של בעלי המוגבלות לא התבטאה אפוא בהתערבות שיפוטית משמעותית לטובתם. לשם הדגמה, בפרשה אחת נדונה עתירה נגד הסדר לשילוב ילדים בעלי צרכים מיוחדים שבשל אופיו ההדרגתי כלל ילדים מיישובים מסוימים, אך דחה את מועד שילובם של ילדים מיישובים אחרים.¹⁶⁴ בבוחנו את ההסדר כתב השופט רובינשטיין: "קול הלב [...]. קורא בצעקה, כי שילובם של ילדים בעלי צרכים מיוחדים בני 3–4 במסגרות החינוך הרגילות צריך להיעשות במהירות, ככל האפשר; ובמהות הלוא אין כמובן הבדל בין ילדים מיישובים שעליהם הוחלו הצוים לבין אלה הבאים מיישובים שהצוים טרם הוחלו עליהם."¹⁶⁵ חרף זאת תמך השופט בדחייתה של העתירה, בציינו כי "אין בכך כדי לומר, בקולו של המשפט, כי פרשנות משרד החינוך [...] היא בלתי סבירה באופן המאפשר התערבותו של בית משפט זה."¹⁶⁶ בפרשה אחרת אישר בג"ץ תקנות הקובעות כי אדם המגלה לקות ומגיש את הבקשה לגמלה לאחר כמה שנים, זכאי לתשלום רטרואקטיבי רק בגין שנה אחת.¹⁶⁷ במקרה אחר, דחה בג"ץ את עתירתם של בעלי מוגבלות יהודים שהלינו על כך שתוכנית שילובם בקהילה קוימה במבנה מגורים הממוקם בשכונה ערבית. טענתם כי פערים תרבותיים ודתיים בינם לבין תושבי השכונה עלולים לסכל את תכלית שילובם, לא התקבלה כטעם המצדיק התערבות.¹⁶⁸

בשורה של פרשות נוספות נדונו הטבות כלכליות שניתנו לבעלי מוגבלות מכוח חוק באורח סלקטיבי. בפרשה אחת, הן הוחלו רק על בעלי מוגבלות שהגיעו לגיל זקנה החל מתאריך מסוים.¹⁶⁹ בפרשה אחרת, הן הוחלו רק על בעלי מוגבלות שעודם בגיל

164 בג"ץ 5597/07 אלו"ט – האגודה הלאומית לילדים אוטיסטים נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 21.8.2007) (עניין אלו"ט 2007); בג"ץ 5989/07 אלו"ט – האגודה הלאומית לילדים אוטיסטים נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 1.3.2011), שם נדחתה עתירה נוספת שבה נטען כי הרשות מקצה תקציב נמוך מזה הנדרש על פי דין, וכי דרך ההקצאה של התקציב הקיים היא מפלה. הטענה הראשונה נדחתה בנימוק כי היקף התקציב נקבע על בסיס פרשנות סבירה של הדין, ואילו השנייה נדחתה מן הטעם שבאותה עת התקיים תהליך בדיקה סדור המיועד לקבוע הסדר שוויוני, וכי ראוי למצותו.

165 עניין אלו"ט 2007, שם, פס' א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

166 שם.

167 בג"ץ 1334/11 פלוני נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 5.7.2012)

168 בג"ץ 3304/07 לוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.2.2010). יצוין כי השאלה בדבר סבירות מיקומו של המבנה עלתה רק בשלבים מאוחרים של הדיון בעתירה, שבראשיתה נסבה על זכותם של העותרים לשילוב בקהילה במקום כלשהו. משנעתרה הרשות לבסוף לדרישתם לשילוב בקהילה, לא מצא בית המשפט לנכון להתערב בשאלת סבירותו של המיקום.

169 בג"ץ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 3.3.2009). בהתייחסותו למדיניות זו כתב השופט רובינשטיין: "מסכים אני, לא בשמחה ולא בלב קל, לחוות דעתה של חברתי השופטת נאור. לא בשמחה ולא בלב קל [...] כיון שבמובן הערכי-מוסרי יש ממש בנושא העתירה, משהכרענו כי נפגעה הזכות החוקתית לשוויון. אכן, בשלבי הבחינה הבאים נמצא כי עומדים סעיפי החקיקה בהם מדובר במבחן החוקתיות והסכם הניידות במבחני המשפט המינהלי. ואולם, מה בדבר תחושתם של הנכים הקשישים ש'חטאם' הוא בכך שנולדו לפני חבריהם? אכן, כל ההסברים המשפטיים מניחים את דעתנו המשפטית, אך נותר טעם בעייתית" (פס' א).

העבודה.¹⁷⁰ בפרשה שלישית הן הוחלו רק על בעלי מוגבלות שעד לתאריך מסוים הגיעו לגיל פרישה.¹⁷¹ ובפרשה רביעית, הן הוחלו רק על בעלי מוגבלות שלקו במחלה בישראל, בשונה ממדינה אחרת.¹⁷² בכל הפרשות האמורות ההסדרים הסלקטיביים אושרו, בין היתר בנימוק כי לרשות נתונה הסמכות לקבוע סדרי עדיפויות בעניינים הכרוכים בחלוקת התקציב.

פרשות אלה מעוררות אפוא שאלה בדבר משמעותה של ההכרה בזכותם של בעלי המוגבלות לשוויון ולשילוב. מן הצד האחד, הן בית המשפט והן המחוקק ביטאו מחויבות לתפיסה כי מוגבלות אינה נגזרת אך מתכונותיו של בעל המוגבלות עצמו, אלא גם מדרך תגובתה של החברה – שברצותה יכולה לשנות את יחסה אליה, ובכך למזער את היקפה. מתפיסה זו נובעת אחריותה של המדינה ליצירתו של מרחב פיזי וחברתי המאפשר את קידומה האקטיבי של תכלית השילוב. מן הצד האחר, עתירות לבג"ץ שביקשו להשתמש הלכה למעשה בהכרה זו לא הצליחו לתרגמה להישגים ממשיים. חרף ההכרה בחובתה של המדינה לפעול, בג"ץ מוגבל בכוחו להורות למדינה איזו מדיניות לעצב, כיצד לקבוע סדרי עדיפויות, וכמה משאבים להקצות. חובתה של המדינה, על פרטיה, עומדת מחוץ לגדריה המקובלים של הביקורת השיפוטית. לפיכך, כוחו של בג"ץ לפקח על מימושה של ההבטחה הטמונה בהכרה זו, מוגבל.

על רקע זה המדיניות השיפוטית בשדה הנזיקי אינה נראית מנותקת מן התהליכים שהתחוללו בשדה המנהלי והחוקתי. את שבית המשפט העליון מנוע מלעשות בכובעו כבג"ץ, הוא יכול לעשות בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים – שבו המגבלות הנובעות מעקרון הפרדת הרשויות אינן מצירות את מרחב פעולתו. אומנם במרחב הנזיקי אין הוא מורה למדינה כיצד לפעול, אך יש בכוחו לתמוך בתפיסת הזכויות של בעלי המוגבלות, לפחות במישור התודעתי והאקספרסיבי.

בדרך זו הלך בית המשפט העליון בהלכת המר, שאותה אימץ בשנת 2012.¹⁷³ פסק דין זה ביטל את הלכת זייצוב, בקובעו כי הדין הנזיקי אינו מכיר עוד בטענת החיים בעוולה. החלטה זו נומקה בקושי המשפטי שהלכת זייצוב מעוררת, אך לא פחות מכך באי-נכונותו של בית המשפט להמשיך ולעמוד מאחורי המסר הערכי העולה ממנה. כדברי השופט ריבלין, "הגדרת החיים עצמם – אף אם הם חיים במוגבלות – כנזק, והקביעה כי מוטב היה לו לאדם מסוים שלא היה נולד כלל, אוצרות בחובן פגיעה אסורה בתפיסה שלפיה לחיים יש ערך אינהרנטי [...] תפיסה זו היא חלק חשוב והכרחי של אמונתנו והכרתנו בקדושת החיים, בערך האדם ובכבודו ובזכותם של אנשים בעלי מוגבלות לכבוד ולשוויון".¹⁷⁴ כתחליף לעילת החיים בעוולה שבוטלה הרחיב בית המשפט את היקפה של עילת ההולדה בעוולה (כלומר את תביעתם של ההורים).¹⁷⁵ כך, מצד אחד נדחתה טענתו של בעל המוגבלות כי

170 בג"ץ 1753/02 שיאון נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 4.11.2002).

171 בג"ץ 9060/05 זרייק נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 30.4.2009).

172 בג"ץ 273/10 אלמזרק נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 2.9.2011).

173 ע"א 1326/07 המר נ' עמית (פורסם בנבו, 28.5.2012).

174 שם, פס' 25 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

175 שם, פס' 35 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין. להשוואה בין הפיצוי בגין הולדה בעוולה לפני הלכת המר ואחריה, ראו שמואל ילינק ועדי וייס "היבטים משפטיים ואתיים בסוגיית הולדה בעוולה בעקבות

מוטב היה לו אלמלא נולד, ומצד אחר מוזערה הפגיעה בערכה הכלכלי של התביעה בכללותה. פסיקה זו ביקשה אפוא לתמוך במאבקה הקבוצתי של התנועה לזכויות בעלי המוגבלות ובה בעת לשמר את זכאותו הכלכלית של התובע האינדיווידואלי.

הלכת המר אולי הצעידה את מאבקם של בעלי המוגבלות צעד אחד קדימה, אך לא התיימרה לספק למצוקתם פתרון שלם. כדי לדאוג לצורכיהם נדרש הסדר בעל תחולה רחבה ושוויונית, המבטיח את רווחתם הכוללת, גם מחוץ לשדה הנזיקי. על פי תפיסת הזכות, על המדינה למלא את מחסורם ללא תלות בקיומה או בהיעדרה של רשלנות בשלב ההיריון, ואף ללא תלות בנכונותם של ההורים להגיש תביעה, שבגדרה יידרשו לטעון – אל מול ילדיהם החיים – כי לו ידעו על המוגבלות היו בוחרים לבצע הפלה. עמדה ברוח זו, התומכת בכינונו של הסדר סוציאלי רחב, אימצה ועדה ציבורית בראשות השופט אליהו מצא, שמינה שר המשפטים לקראת הדיון בפרשת המר.¹⁷⁶ השופט רובינשטיין הביע אף הוא בפסק דינו בפרשת המר את המשאלה כי המדינה תאמץ את ההמלצה ותכונן הסדר כזה.¹⁷⁷ ואולם לבית המשפט, בשבתו כבג"ץ, אין הכוח לצוות על המדינה לפעול ברוח זו. לכן אין לו אלא לתמוך בזכויותיהם של בעלי מוגבלות, כמיטב יכולתו, בהקשרים אחרים, כדוגמת דיני הנזיקין. כפי שמסביר השופט רובינשטיין בפסק דינו, "כבית משפט הדן בתיקי נזיקין בהתאם לדין הקיים והמצוי, חוששני כי אין מנוס מקביעת הלכה משפטית בגדרי דיני הנזיקין".¹⁷⁸

ג. תאוריית השלמה – דיון

הניתוח לעיל התמקד בהדגמת קיומם של יחסי "השלמה" בין פסיקת בית המשפט בדיני הנזיקין לפסיקתו בהליכי בג"ץ. עם זאת לטענה הדסקריפטיבית האמורה חשיבות גם במישור הנורמטיבי. ראשית, היא מעוררת את השאלה אם שימוש בדיני הנזיקין באופן זה הוא רצוי. בהקשר זה אנו מבקשים להציג שתי עמדות אפשריות, האחת ביקורתית, והאחרת תומכת. שנית, הטענה בדבר קיומם של יחסי השלמה עשויה להוסיף נדבך לדיון, אשר זכה לאחרונה להתייחסותו של בית המשפט, באשר לחשיבות של שמירת ההבחנה בין סמכות בג"ץ לסמכותם של בתי המשפט הדיוניים. שלישית, הדיון לעיל עשוי לשמש בסיס למחקר עתידי אשר יבחן את תזת ההשלמה ביתר הרחבה.

דומה כי שתי ביקורות מרכזיות עשויות לעלות באשר לאופן פעולתו האמור של בית המשפט. הביקורת הראשונה מתמקדת בהשלכות שעשויות לנבוע מקיומם של שני מסלולי הכרעה חלופיים. בעיקר עולה החשש כי האפשרות לפנות אל האפיק הנזיקי כמסלול

פסק דין המר "רפואה משפט 43, 84, 93 (2015). ראו גם אליעזר ריבלין "הלכת המר – פרק מבוא" רפואה משפט 43, 14 (2015).

176 ראו דוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 151, בעמ' 53–59.

177 פרשת המר, לעיל ה"ש 173, פס' ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "אכן, דעת הרוב מקרב חברי ועדת מצא הציעה, 'כאפשרות ראשונה ומועדפת' (עמוד 60), לכוון בחקיקה הסדר סוציאלי אשר יבטיח את צרכיהם של מי שנולדו עם לקות הגורמת למוגבלות תפקודית – וכמובן שיש ברכה רבה בהסדר כאמור".

178 שם.

משלים-בג"ץ עלולה לצמצם את נכונותו של בית המשפט לפעול במסגרת ההליך החוקתי-המנהלי. הפיתוי לפנות לדיני הנזיקין עלול להביא ל"דילול" יתר של הביקורת השיפוטית בבג"ץ. כך לדוגמה ייתכן כי אלמלא האפשרות לפנות לאפיק הנזיקי בנושאים הקשורים לפעילות צה"ל היה בית המשפט – בשבתו כבג"ץ – נוקט גישה אקטיביסטית כנגד המדינה, שהיה בה כדי להסדיר את הסוגיה באופן כולל ושלם יותר. כך גם בהקשר של סרבנות גט: אלמלא האפשרות להסתמך על דיני הנזיקין, יתכן כי בית המשפט היה בוחר לקבוע את גבולות סמכותו של בית הדין באופן ישיר ובהיר יותר. מחירה המרכזי של הפניה למסלול הנזיקי, נעוץ אפוא בפערי התחולה שבין ההכרעה בבג"ץ לפסיקה הנזיקית. בעוד שהפסיקה הנזיקית מתמקדת בהיבטים קונקרטיים ונסיבתיים של הסוגיה (פעילות הכוח הצה"לי במקרה הספציפי; סבירות התנהגותו של בן הזוג במקרה הנדון, וכד'), ההכרעה בבג"ץ מסדירה אותה באופן רחב וישיר. ההיזקקות לאפיק הנזיקי עלולה אפוא לצמצם את הביקורת השיפוטית במידה לא רצויה.

ביקורת אפשרית שנייה היא כי הפנייה לדין הנזיקי מובילה להטלה אקראית ובלתי שוויונית של עלויות. בעוד שפסקי הדין בבג"ץ מופנים כנגד המדינה – ולפיכך מפזרים עלויות באופן רחב, ועל בסיס פרוגרסיבי, פסקי הדין בנוזיקין משיתים עלויות על יחידים. למשל, הפסיקה בעניין אבו-חנא, המבקשת לקדם את השוויון שבין יהודים לערבים, מטילה את העלות הכרוכה בכך על מזיקים יחידים. ואולם טענה אפשרית היא כי קידום השוויון הוא מטרה כלל-חברתית, ועל כן ראוי כי הציבור בכללותו יישא בעלותה. על בסיס דומה אפשר לבקר את הכרעת בית המשפט בעניין נודלמן. ההגנה על חופש הביטוי של דלי האמצעים היא מטרה ציבורית כללית, ואין זה מובן מאליו כי דווקא הנפגעים מלשון הרע יישאו בעלויותיה לבדם.

מובן שביקורות אלה ראוי שתיבחנה על רקע המגבלות שלהן כפוף בית המשפט בהקשר החוקתי-מנהלי. בהקשר זה בית המשפט נדרש לכבד את עקרון הפרדת הרשויות, ואין הוא יכול להורות לרשויות האחרות לפעול בנושאים המצויים בתחומי סמכותן המובהקת. הפנייה אל האפיק הנזיקי ה"משלים" היא לעיתים קרובות אמצעי לקדם מטרות מדיניות, שבלעדיה אי אפשר היה לקדם כלל. מציאות זו עשויה לספק תשובה לביקורת הראשונה. אם ידיו של בית המשפט כבולות בגידרו של ההליך החוקתי-מנהלי, אין הוא יכול לקדם את מטרת המדיניות אלא באמצעות האפיק הנזיקי. במובן זה, ריבוי הכובעים של בית המשפט הוא יתרון, ולא חסרון. הוא מאפשר לבית המשפט לפעול באופן מאוזן, וזהיר. הוא מאפשר לו להגן על קבוצות שונות, מבלי להסיג את גבולו של המחוקק. הוא יוצר דיאלוג עם הרשות המבצעת, בגידרו הוא אומר את דברו, אך אינו מכופף את ידה של המדינה. יתרה מכך, בעוד ששיעור ניכר של ההליכים החוקתיים-מנהליים מתנהלים בבית המשפט העליון, דיני הנזיקין מתנהלים ברובם בערכאות הדיוניות. הפנייה לדיני הנזיקין עשויה אפוא לצמצם את היקף ה"חיסוך" שבין בית המשפט העליון ובין הרשות המחוקקת והמבצעת.

גם באשר לביקורת השנייה, מידת תקפותה תלויה בהיקף השימוש שעושה בית המשפט בדיני הנזיקין. באופן אירוני, דווקא ככול שביית המשפט מגביר את הסתמכותו על דיני הנזיקין, קטן החשש בדבר חלוקת עלויות לא שוויונית הואיל וזהות המזיקים שונה ממקרה למקרה. המזיקים החייבים בתשלום פיצוי בגין סרבנות גט, והמזיקים המושפעים מאימוץ

הילכת אבו־חנא, משתייכים כל אחד לקבוצות שונות. ממילא, כשבית המשפט מרחיב את השימוש בדיני הנזיקין, בעוסקו בסוגיות מגוונות, העלות הנובעת משימוש זה מוטלת בסופו של דבר על כלל החברה.

כאמור, טענתנו בדבר הזיקה שבין הליכי בג"ץ לדיני הנזיקין עשויה לתרום גם להבנה באשר ל"חלוקת העבודה" שבין שני הענפים. עניין זה עמד במוקד פסק הדין בעניין גליק שנדון לאחרונה בבית המשפט העליון.¹⁷⁹ באותה פרשה התבררה – תחילה בבית משפט השלום, ולאחר מכן במחוזי ובעליון – תביעתו הנזיקית של ח"כ גליק לפיצוי בגין הפגיעה שנגרמה לו מהחלטתה (הרשלנית) של המשטרה למנוע ממנו לעלות להר הבית. טענתו של ח"כ גליק הייתה כי בשל האיסור נפגעה הכנסתו מהדרכת מבקרים בהר. דעת הרוב בבית המשפט סברה כי דין התביעה להידחות, הואיל ותביעה מסוג זה – העוסקת בסבירות החלטתה של רשות שלטונית – הייתה ראויה להתברר בבג"ץ ולא כתביעה בנזיקין.

נראה שפרשת גליק מסמנת שינוי בגישה השיפוטית ליחס שבין המשפט הציבורי לדיני הנזיקין. בכמה וכמה פסקי דין שקדמו לפרשת גליק, שהתעוררו בהם טענות מן המשפט הפרטי והציבורי בו בזמן, ביטא בית המשפט תפיסה הרמונית המטשטשת את חשיבותו של סוג ההליך שבו מתבררת התביעה.¹⁸⁰ לעומתם, דעת הרוב בעניין גליק דחתה את תפיסת "הזהות" האמורה¹⁸¹ וביקשה לסרטט קווי גבול בין העילות בדיני הנזיקין לבין העילות במשפט הציבורי אגב קביעת קווים מנחים באשר לתביעות שבהן לבג"ץ סמכות ייחודית.¹⁸²

איסור עליית יהודים להר הבית, והפגיעה הקשה הכרוכה באיסור זה הם נושא שבג"ץ נדרש אליו בעבר.¹⁸³ ניתן אפוא להבין את העמדה, כפי שזו מיוצגת בדעת הרוב, המבקשת

179 עניין גליק, לעיל ה"ש 8.

180 זאת לרוב בטענה שבמקרה הקונקרטי הכרעה לפי שתי מערכות הדינים תביא בין כה וכה לאותה התוצאה. דוגמאות לגישה כזו ניתן לראות בע"א 4872/17 המועצה המקומית זכרון יעקב נ' מאיר אפרת אחזקות בע"מ, פס' 34–35, 43 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז (פורסם בנבו, 9.10.2018); בג"ץ 634/11 באשה נ' מדינת ישראל התביעה הכללית, פס' 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 27.7.2011); ע"מ 5666/09 עיריית פתח תקווה נ' ישיר אי.די.איי חברה לביטוח בע"מ, פס' 27–28 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 21.6.2011); רע"א 10565/07 עיריית עיר הכרמל (המועצה המקומית עוספיה) נ' כמאל, פס' 8–9 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 17.2.2009); ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד סג(2) 1, פס' 34, 36 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (2009) ("אף שהדרך שונה, התוצאה היא אחת [...] כך שאין צורך לבחור בין שתי הדרכים או לקבוע ביניהן סולם עדיפויות"); ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 689 (1993) ("בין מכאן בין מכאן – ואפשר גם מכאן גם מכאן"). הדוגמאות לקוחות מתוך מאמרו של רונן פוליאק "שלושה מושגים של דואליות נורמטיבית" עיוני משפט מג 24 (2020).

181 עמדה השואפת לסרטט קווי גבול בין תחומים משפטיים שונים ניכרת גם בכתיבתו האקדמית של השופט עמית (ראו עמית, לעיל ה"ש 20).

182 ראו למשל עניין גליק, לעיל ה"ש 8, פס' 3, 16 לפסק דינו של השופט עמית. ראו גם ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פס' 42 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 25.5.2006).

183 עתירות אלה עסקו בסירובה של המדינה ומוסדותיה לאפשר לגורמים שונים המזוהים עם הימין לעלות להר הבית בנסיבות שבהן נמצא כי הדבר יגרום לפגיעה ודאית וקרובה בשלום הציבור. ראו למשל בג"ץ

לשמור את ההכרעות בנושא זה בסמכותו של בית המשפט העליון דווקא, ובייחוד במסגרת ההליכים בבג"ץ. כפי שהבהירה דעת הרוב, על ח"כ גליק היה לפעול במסלול של "תקיפה ישירה" של החלטת המשטרה (פניה לבג"ץ), ולא במסלול של "תקיפה עקיפה" (דרישה לפיצויים בהליך האזרחי). בדרך זו מבטיח בית המשפט העליון כי הנושא יוכרע באופן בלבדי על ידיו, ולא על ידי בית המשפט הדיוניים.

עם זאת, כפי שהניתוח לעיל מראה, את ההחלטה בעניין גליק יש לראות בקונטקסט הרחב של הפסיקה העוסקת ביחס שבין הפסיקה בבג"ץ לפסיקה בנזיקין. בעניין גליק, הדגיש כאמור בית המשפט את חשיבות הפנייתן של תביעות מסוימות להכרעת בג"ץ תוך העדפת ההליך החוקתי-מנהלי על פני ההליכים החלופיים במסגרת דיני הנזיקין. כנגד זאת, בתחומים אחרים, בית המשפט פועל בכיוון ההפוך, תוך שהוא מבכר את ההליך הנזיקי על פני ההליך החוקתי-מנהלי. במובן זה, ההכרעה בעניין גליק מייצגת "נתיב" אחד בלבד במסגרת פסיקתו "הדור-סטרית" של בית המשפט. שמירת ההפרדה בין הליכי בג"ץ להליכים האזרחיים מאפשרת לבית המשפט למצות לא רק את היתרונות בהליך החוקתי-מנהלי כפי שמדגים פסק הדין בעניין גליק, אלא – כפי שהניתוח לעיל הראה – גם את היתרונות הגלומים בהליך האזרחי.

לבסוף, הדיון לעיל עשוי לשמש בסיס למחקר נוסף בשני מישורים: מישור אחד הוא הרחבת ההשוואה שבין פסיקת בג"ץ לפסיקה הנזיקית. חמש הקטגוריות שבהן התמקדנו עסקו בפסיקה שפעלה לשינוי היקף האחריות בנזיקין. כפי שהצענו, את השינויים האמורים יש לקרוא על רקע פסיקה דומה במסגרת ההליך החוקתי-מנהלי. אולם תזת ההשלמה עשויה לחול גם ביחס לקטגוריות נוספות, ובייחוד על פסיקה שאינה עוסקת בהרחבה או בהצרה של האחריות הנזיקית.

דוגמה אפשרית לפסיקה כאמור היא ההחלטה בעניין פלוני נ' מגדל.¹⁸⁴ בפרשה זו פסק בית המשפט, מפי השופט ריבלין, כי (בניגוד לגישה שאומצה בבתי המשפט הדיוניים) אין לפסוק פיצוי בגין עלות "שירותי ליווי" – גם כאשר הניזוק נזקק לשירותים אלה בשל פציעה שגרם לו המזיק. פסיקה זו נומקה, בין השאר, בשיקולים של תקנת הציבור. כפי שהציעו כמה כותבים, פסק הדין אינו מתיישב עם העיקרון הבסיסי בדיני הנזיקין בדבר הצורך להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו.¹⁸⁵ השופט ריבלין עצמו ציין בהקשר לפסק הדין:

לדעתנו מתן פיצוי ממוני המכוון לשירותי הליווי במקרה כגון זה עשוי לעודד בעקיפין את הפעילות העבריינית הזו [זנות וסחר בנשים], אשר אינה

2725/93 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מט(5) 366 (1996); בג"ץ 4044/93 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מט(5) 617 (1996); בג"ץ 2431/95 סלומון נ' משטרת ישראל, פ"ד נא(5) 781 (1997); בג"ץ 530/01 יוגב נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד נו(1) 22 (2001); בג"ץ 3641/03 תנועת נאמני הר הבית נ' הנגבי (פורסם בנבו, 28.4.2003); בג"ץ 2697/04 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד נח(4) 572 (2004); בג"ץ 10450/07 תנועת נאמני הר הבית בא"י נ' פרנקו (פורסם בנבו, 11.12.2007).
184 ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סא(3) 310 (2006).
185 ראו למשל יפעת ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין: חשיפתם, שינויים, הרחבתם" המשפט טז 53, 66–69 (2011); קרקר-אייל, לעיל ה"ש 107.

עולה בקנה אחד עם תקנת הציבור, שהרי הפיצויים שנפסקו עלולים להגיע לכיסם של סרסורים. זהו נימוק שחורג מדיני הפיצויים הפנימיים ומעקרון השבת המצב לקדמותו. באותו מקרה חשבנו, בפעם הראשונה, שיש להשתמש בנימוק כזה כנימוק לגיטימי.¹⁸⁶

בהתאמה עם תזת ההשלמה, מעניין להשוות את ההחלטה בעניין מגדל לפסיקת בג"ץ בסוגיה קרובה שעסקה אף היא בהגנה על מעמדן של נשים, וזכותן לכבוד. בבג"ץ ש.י.ן נדחתה עתירה שביקשה לאסור על שידור ערוץ "פלייבוי" המציג תכנים פורנוגרפיים.¹⁸⁷ פסק הדין בעתירה ניתן כשנתיים וחצי לפני הפסיקה בעניין מגדל, בהרכב מורחב שכלל את כל שופטי ההרכב אשר דן לאחר מכן בעניין מגדל. העתירה נגד שידורי הערוץ נדחתה על בסיס שיקולים הקשורים בחופש הביטוי וחופש העיסוק. עם זאת חלק משופטי ההרכב הביעו את מורת רוחם מן התוצאה של פסק הדין בשל תכניו של הערוץ.¹⁸⁸ כאמור, תזת ההשלמה עשויה להציע הסבר להחלטת בית המשפט בעניין מגדל. יש להדגיש כי להחלטה זו חשיבות מעשית מוגבלת. כפי שהבהיר בית המשפט, ניזוק שנפגעה יכולתו לקיים קשר אינטימי זכאי לפיצוי (ניכר) בגין הנזק האמור. פסק הדין לא הרחיב ולא הצר את היקף האחריות בנוזיקין, אלא אך קבע כי בחישוב הפיצוי אין להידרש לסטנדרטים מעולם הזנות. עם זאת, פסק הדין אפשר לבית המשפט "להשלים" את מה שנמנע ממנו בהליך בבג"ץ: להבהיר את הסתייגותו העמוקה מפגיעה בכבודן של נשים. פסק הדין (הנוזיקי) מגדל עשוי להיות בן זוגו הרעיוני של פסק הדין (החוקתי-מנהלי) בעניין ש.י.ן. עיון בפסיקה הנוזיקית והחוקתית-מנהלית עשוי להעלות קשרי גומלין דומים בין החלטות נוספות של בית המשפט.¹⁸⁹

המאמר הנוכחי מתמקד בדיני הנוזיקין, אך לתזת ההשלמה פוטנציאל רחב יותר. בפרט, מחקר עתידי עשוי להצביע על קיומם של יחסי השלמה בין הפסיקה בבג"ץ לפסיקת בית

186 ראו אסקלסקי וצ'רני, לעיל ה"ש 100, בעמ' 339. ראו גם את דבריה של הנשיאה נאור בע"א 2144/13 עזבון מנטין נ' הרשות הפלסטינאית, פס' 13 (פורסם בנבו, 5.12.2017): "השימוש בדיני הנוזיקין לשם העברת מסר חברתי וכדי להשפיע על מדיניות חברתית, אינו חריג בשיטתנו המשפטית. בע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (פ"ד סא(3) 310 (2006)) נקבע כי אין לפסוק פיצוי בגין מימון שירותי ליווי לאדם שתפקודו המיני נפגע, אף אילו היה מוכח כי הדבר ישפר את מצבו, משום שהדבר מנוגד לתקנת הציבור ולערכי החברה".

187 בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשווין ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004).

188 כך למשל מדגיש השופט א' לוי (שם, בעמ' 90) כי "נפשי סולדת מתכניו של ערוץ השידור שבמחלוקת, אולם לנוכח חשיבותן של זכויות יסוד אשר עוגנו בדין ובפסיקה [...] סבורני כי התוצאה שהגיעה אליה חברתי השופטת דורנר, היא בלתי נמנעת". פסיקה דומה שהתירה שידור תכנים פורנוגרפיים ניתנה כמה שנים קודם לכן, בבג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 (1997). בפסיקה מאוחרת יותר נראה שבית המשפט נסוג מעט מהגנתו על תכנים פורנוגרפיים. ראו רע"ב 5493/06 פלד נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 12.10.2010).

189 על הקשר שבין הפסיקה בבג"ץ לפסיקה הנוזיקית בהקשר של אפליה נגד נשים ראו גם יפעת ביטון "נשים ונוזיקין: בין הפליה להשעייה, מחשבות בעקבות ת"א (בית-שמש) 41269-02-13 פליפ נ' אבוטבול" מבזק הארת פסיקה 41, 4 (2015) (דוגמאות למקרים שבהם הכיר בג"ץ בטענות להפליה כנגד נשים, תוך הדגשת זכות העותרות לתבוע בנוזיקין).

המשפט בענפים נוספים. כשם שבית המשפט משתמש בדיני הנזיקין על מנת "להשלים" את פסיקתו בהליך החוקתי-מינהלי, כך הוא עשוי להשתמש למטרה דומה בענפי משפט אחרים. ככול שתופעה זו אכן מתקיימת, הרי שיהיה מעניין לעמוד על האופן בו מנתב בית המשפט את הכרעותיו השונות בין ענפי המשפט.

שאלת יחסי הגומלין שבין ענפי המשפט היא סוגיה שבית המשפט נדרש אליה בעבר, אם כי באופן מוגבל. בכמה פסקי דין חשובים התמקד בית המשפט בסרטוט קווי הגבול שבין ענפי המשפט האזרחי, קרי, ביחס שבין דיני הקניין, החוזים, הנזיקין ועשיית עושר.¹⁹⁰ תזת ההשלמה מדגישה כי בצד הפסיקה האמורה, יש לבחון באופן דומה גם את חלוקת העבודה שבין ענפים אלה לפסיקה החוקתית-מנהלית. כפי שראינו לעיל, דיון כאמור התקיים לאחרונה בעניין גליק (בהקשרם של דיני הנזיקין). ואולם, בדיקה רחבה ושיטתית של הפסיקה עשויה להצביע על קיומם של יחסים מורכבים, בהם לעיתים מעדיף בית המשפט לקיים את הדיון בכובעו כבג"ץ, ולעיתים דווקא בכובעו כערכאת הערעור העליונה.

ד. סיכום

לאחרונה נדונה בבית המשפט העליון עתירה נגד השימוש שעושה משטרת ישראל במכליות ה"בואש" (המתיזות חומר בעל ריח חריף), כאמצעי לפיזור הפגנות. במסגרת דיון בבג"ץ לא הכריע בית המשפט בעתירה לגופה. עם זאת הציעה הנשיאה חיות לעותרים להגיש תביעה בנזיקין נגד המשטרה אם ייעשה שימוש עתידי באמצעי זה.¹⁹¹

מאמר זה מבקש להציע הסבר להמלצתה של הנשיאה חיות. בהליכים בבג"ץ עומד בית המשפט בפני מגבלות הנגזרות מסוג הסעד המבוקש ומזהות המשיבה. מגבלות אלה אינן קיימות, או קיימות מופחת, בהליך האזרחי. הטענה המרכזית במאמר היא כי מטעם זה בית המשפט מעדיף לעיתים לדון בתביעות בכובעו ה"אזרחי" על פני דיון בכובעו "החוקתי-מינהלי". כפי שהמאמר מדגים בכמה הקשרים, נראה כי קיים קו ישיר בין התפתחויות חשובות בדיני הנזיקין למגבלות שאיתן מתמודד בית המשפט בהליך החוקתי-מינהלי. כן עומד המאמר על משמעותה הנורמטיבית של פסיקה זו, הן באשר להצדקות לשימוש האמור בדיני הנזיקין והן באשר לחשיבותה של שמירת ההפרדה בין ההליך החוקתי-מינהלי להליך האזרחי.

190 ראו ד"ר 20/82 אדרס נ' הרלו, פ"ד מב(1) 221 (1998); רע"א 7452/96 מדינת ישראל נ' חברה קבלנית האחים אהרון בע"מ, פ"ד נא(5) 874 (1998); רע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביוזים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998); ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדולנד, פ"ד נח(4) 314 (2004).

191 דברי הנשיאה חיות בעמ' 5 לפרוטוקול הדיון מיום 17.6.2019 בבג"ץ 5882/18 אפשטיין נ' משטרת ישראל ("תעמידו את זה למבחן. אני מבינה שמר מנדלסון הגיש תביעה. אני מבינה שבניגוד לנוהל התיזו לו את זה לפני, נראה מה יהיה. לאחר שתהיה תביעת נזיקין 1, 2, 3 גם אם אין מדיניות שמורה לעשות הפוך, אם זה המקרה לאחר כמה תביעות נזיקין המדיניות הזאת כנראה תיעלם").