

## בין הפרטה לפרט – תמורות פוליטיות ותמורתן הנזיקית

מאת

יפעת ביטון\* ולירון קנטי\*\*

### תקציר

מאמר זה בוחן, תוך שימוש באספקלריה של מדע המדינה, את המהלך שבו נהפכו דיני הנזיקין בישראל לכלי לקידום שינוי חברתי. טענתן הייחודית של הכותבות היא שמהלך זה מצוי בהלימה עם מהלך מקביל של שינוי שחל בדפוסי ההשתתפות הפוליטית של אזרחים בדמוקרטיה המערבית, שעיקרו מעבר מפעילות במסגרת מפלגתית לפעילות פוליטית בעלת גוון אינדיווידואליסטי המתנגדת לסדר החברתי הקיים. המאמר מתאר מעבר זה, כפי שהומשג בתיאוריות של מדע המדינה, על סיבותיו ועל מאפייניו הייחודיים. דגש מיוחד מושם בחברה הישראלית, אשר שינתה את פניה ונהפכה מחברה המקדשת ערכים קולקטיביים לכזו שבה הפרט עומד במרכז העשייה ואף במרכז העניין הפוליטי.

“הפרטה” פוליטית זו לא פסחה על האופן שבו נתפס תפקידו של המשפט בניהול מאבקים חברתיים, והמאמר מציג תזה שלפיה השינוי שחל בדיני הנזיקין הישראליים ככלי להנעת שינוי חברתי תואם את השינוי שחל בדפוסי ההשתתפות הפוליטית בישראל, ומוכן טוב יותר לאורו. טענה זו מבוססת על סקירת תחומי העניין והעיסוק של דיני הנזיקין בכארבעים השנים האחרונות – כפי שאלה באו לידי ביטוי במאמרים שפורסמו בישראל לאורך ארבעת העשורים האחרונים, בפרט בכרכיו של כתב־העת **עיוני משפט** – כמו־גם על פסיקה וחקיקה מרכזיות.

---

\* פרופסורית־חברה בבית־הספר למשפטים על־שם שטריקס, המכללה ל־מנהל; בוגרת האוניברסיטה העברית בירושלים ואוניברסיטת ייל, והייתה חוקרת־אורחת כעמיתת פולברייט באוניברסיטת הרווארד. עבודתה משלבת מחקר אקדמי ופרקטיקה משפטית בהרחבת דיני הנזיקין לצורך הגנה על זכויות אדם, ובעיקר על הזכות לשוויון. יו”ר “מרכז תמורה – המרכז המשפטי לקידום השוויון”, שבמרכז “משנה” של המכללה ל־מנהל. המרכז מפעיל את דיני הנזיקין ככלי למיגור הפליה על כל סוגיה.

\*\* בוגרת תואר שני במדע המדינה, והייתה עמיתת־מחקר במחלקה למדע המדינה באוניברסיטת טובינגן שבגרמניה; עובדת ב”מרכז תמורה – המרכז המשפטי לקידום השוויון”, שבמרכז “משנה” של המכללה ל־מנהל. ברצוננו להודות לחברות ולחברים של מערכת כתב־העת על סיוע־המוחות המועיל במהלך כתיבת המאמר, וכן לקוראים האנונימיים על הערותיהם המצוינות.

באופן גס ניתן לזהות הלימה בין התפתחותם של סוגי תרבות ההשתתפות הפוליטית בישראל בארבעת העשורים האחרונים לבין חלקם ההולך וגדל של דיני הנזיקין ה"פרטיים" בהסדרת תחומים חברתיים אשר בעבר נחשבו "ציבוריים" מובהקים ולכן שויכו לתחום המשפט הציבורי בלבד. מבט רוחבי ובין-תחומי זה מאפשר להבין לעומק את היחסים הסימביוטיים שבין המשפט לבין החברה, ובפרט בין המשפט לבין הספרה הפוליטית שבה הוא פועל. בכוחו גם לתרום להכרה במעלותיו הנורמטיביות של המהלך של הפיכת דיני הנזיקין בישראל לכלי לקידום שינוי חברתי, ולביסוס הלגיטימציה שלו.

מבוא

- א. התפתחות המחאה בישראל – מקולקטיביזם מוקצן לאינדיוידואליזם מובהק
  - ב. התפתחותו של רעיון ההשתתפות הפוליטית במדע המדינה
    1. ממדרג ומריכוזיות לביזור ולגיוון
    2. מעיסוק בסוגיות נרחבות אל מול נמענים מוסדיים לעיסוק ממוקד בנמענים אפקטיביים
    3. מקולקטיביות לאינדיוידואליזם מוכוון-קולקטיביזם
    4. ממסגרות מחאה שמרניות ליצירתיות
  - ג. האפשרות להשתמש במשפט בכלל ובדיני הנזיקין בפרט ככלי לשינוי חברתי
    1. מזירה אחת לשתיים – סלילת המרחב הנזיקי למאבק משפטי למען שינוי חברתי-פוליטי
    2. בין זירה אחת לרעותה – על ההבדלים בין הזירות המשפטיות של המאבק לשינוי חברתי
      - (א) ממדרג ומריכוזיות לביזור ולגיוון
      - (ב) מעיסוק בסוגיות נרחבות אל מול נמענים מוסדיים לעיסוק ממוקד בנמענים אפקטיביים
      - (ג) מקולקטיביות לאינדיוידואליזם מוכוון-קולקטיביזם
      - (ד) ממסגרות מחאה שמרניות ליצירתיות
  - ד. הכרונולוגיה של השתתפות פוליטית חדשה והתפתחות דיני הנזיקין בישראל
    1. שנות האינדיוידואליזם הפורמליסטי של דיני הנזיקין
    2. שנות האינדיוידואליות בעלת היסודות הקולקטיביסטיים-הערכיים של דיני הנזיקין
    3. צפי פני העתיד: ריבוי שחקנים נזיקיים וטשטוש תפקידיהם הפוליטיים
- סיכום

“פוליטיקה היא עיסוק שבו נקבע מי מקבל מה, מתי ואיך.”<sup>1</sup>

## מבוא

מאמר זה בוחן, באספקלריה של מדע המדינה, את המהלך שבו נהפכו דיני הנזיקין לכלי לקידום שינוי חברתי. עד כה נותח מהלך נזיקי זה בהתבוננות משפטית פנימה, והמחלוקת הרעיונית שהתגלעה סביבו נגעה בעיקרה בהיתכנותו הדוקטרינרית ובהערכתו הנורמטיבית של מהלך כזה, בהתחשב במיקומם של דיני הנזיקין בתוך הספרה הפרטית של המשפט.<sup>2</sup> טענתו הייחודית של מאמר זה היא שמקור חשוב נוסף שיש בו כדי להעניק תימוכין ואף לגיטימציה למהלך האמור ניתן למצוא בהתפתחות מקבילה שחלה בעשורים האחרונים בדפוסי ההשתתפות הפוליטית בדמוקרטיות המערביות, כמו-גם בישראל.

בתמצית ניתן להגדיר השתתפות פוליטית כפעולה התנדבותית של אזרחים הנעשית במטרה להשפיע על החלטות בעלות משמעות פוליטית, משמע, על החלטות שיש להן השפעה על מבנה החברה וערכיה.<sup>3</sup> בשנות הארבעים והחמישים של המאה העשרים התאפיינה ההשתתפות הפוליטית בעיקר בהצבעה בבחירות ובהשתתפות במסעי תעמולה פוליטיים שהונהגו על-ידי מפלגה זו או אחרת. בתחילת שנות השישים הורחבה ההשתתפות הפוליטית

- 
- 1 HAROLD D. LASSWELL, POLITICS — WHO GETS WHAT, WHEN, HOW 11 (1936)
- 2 לדיון הפנים-נזיקי על-אודות פניהם המשתנים של דיני הנזיקין ראו, למשל: Gregory C. Keating, *Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents*, 74 S. CAL. L. REV. 193 (2000); Tsachi Keren-Paz, *An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness*, 16 CAN. J. L. JURIS. 91 (2003). כן ראו צחי קרן-פז “לי זה עולה יותר”: דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מגוגמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי” *משפט וממשל* ז 541 (2004), המצדד בקידום אידיאולוגיה חלוקתית-שוויונית באמצעות דיני הנזיקין. עוד על השימוש בדיני הנזיקין לצורך הגנה על הזכות לשוויון ראו יפעת ביטון קריאה מחדש של דיני הנזיקין מזווית פמיניסטית-חברתית 197-293 (חיבור לשם קבלת תואר “דוקטור למשפטים”, האוניברסיטה העברית – הפקולטה למשפטים, 2004). לניתוח מקיף של חשיבות השימוש בדיני הנזיקין לשם הגנה על אינטרסים חוקתיים ראו דפנה ברק-ארוז *עוולות חוקתיות* 147-164 (1993). לצידוד בעמדה זו במשפט הפרטי ככלל ראו, למשל: Hanoch Dagan, *Just Compensation, Incentives, and Social Meanings*, 99 MICH. L. REV. 134 (2000).
- 3 הרחבת המונח “פעילות פוליטית” בדיסציפלינה של מדע המדינה התבססה על התמורות שחלו במאפייני הפעילות הפוליטית, כפי שהשתקפו בפעילות בשטח, בסקרים שנערכו לבחינת התמורות וכן במחקר-אורך שונים שכללו בחינה כמותנית ובחינה איכותנית של דפוסי ההשתתפות. לסקירה מלאה של התמורות בהגדרת המונח “השתתפות פוליטית” ראו: Joakim Ekman & Erik Amna, *Political Participation and Civic Engagement: Towards a New Typology*, 22 HUM. AFF. 283 (2012); PIPPA NORRIS, *DEMOCRATIC PHOENIX: REINVENTING POLITICAL ACTIVISM* 3-19 (2002); Lauren Copeland, *Value Change and Political Action: Postmaterialism, Political Consumerism, and Political Participation*, 42 AM. POL. RES. 257 (2014).

לכל פעילות בין אזרחים לפוליטיקאים, והוגדרה בספרות המחקר כ"פעילות שגרתית". העשורים הבאים במאה העשרים סימנו שינוי משמעותי במאפייני פעילותם הפוליטית של אזרחים. בעוד ששכיחותן של פעולות פוליטיות שגרתיות ומסורתיות, כגון הצבעה בבחירות וחברות במפלגה, החלה דועכת, שכיחותן של פעולות פוליטיות בעלות גוון אינדיווידואליסטי ומחאתי החלה גוברת. פעולות אלה הוגדרו בספרות כפעולות "לא-שגרתיות", וכללו, בין היתר, החרמות, שביתות עובדים וכדומה. לקראת שנות התשעים החלה להיטשטש ההבחנה הדיכוטומית בין הספּרה הפוליטית לספּרה הלא-פוליטית, ותיאוריות מתחום התקשורת הובילו להרחבת המונח "פעילות פוליטית" כך שיכלול גם פעולות מחאתיות והתנדבותיות המבוססות על "הון חברתי", משמע, פעולות המבוססות על התייחסות-גומלין חברתית הסובבת סביב מטרה משותפת. אותן פעולות הוגדרו כ"השתתפות אזרחית".

תחת הגדרה חדשה זו לא צומצמה עוד בחינתה של פעילות פוליטית למדרים של "כיכר" היא נעשית, אלא החלה כוללת מדרים של מי מעורב בקונפליקט ("מי נגד מי"), מה הם המניעים לפעילות ("מדוע") ומהן המטרותיה של הפעילות ("לשם מה"). הרחבה מושגית זו כללה כעת גם פעולות של פרטים שמונעים על-ידי ייאושם מהמערכת הפוליטית הפורמלית, ואשר פועלים לשינויו של מערך חברתי באמצעות פעולות כגון צרכנות פוליטית (political consumerism) והשתתפות מחאתית דרך המרשתת. דוגמה מצוינת למהלך זה מהווה רכישה של מוצרי טיפוח הנושאים תווית מיוחדת המדגישה כי הם לא נוסו על בעלי-חיים, שנהפכה לדרך שבה הצרכן מביע את התנגדותו לביצוע ניסויים על בעלי-חיים לצורכי קוסמטיקה. הבחירה הצרכנית במוצרים אלה מחליפה פעילות פוליטית מסורתית של פנייה לאנשי ציבור או מפלגות על-מנת שיעצרו את הניסויים באמצעות חקיקת-מגן. זאת ועוד, באמצעות פעילות ברשתות חברתיות במרשתת, כגון "פייסבוק", הצרכן הפוליטי דואג להפיץ את המסר לצרכנים-פעילים אחרים ולהתערכן באשר לאופני הייצור של חברות יצרניות אחרות.

ההשתתפות הפוליטית במדינת-ישראל עברה אף היא שינוי דומה בעיקרו לזה המתואר לעיל, ובמובנים רבים ניתן אף לומר כי השינוי שחל בה מהווה גרסה מוקצנת שלו. לאורך ארבעת העשורים האחרונים שינתה ישראל את פניה ונהפכה ממדינה המקדשת ערכים קולקטיביים למדינה שבה הפרט עומד במרכז העשייה ואף במרכז העניין הפוליטי. במסגרת תהליך זה הצטמקה מעורבותה של המדינה בכל תחומי החיים, ותשומת-הלב הוסטה אל הפרט. תהליך "הפרטה" זה, המוכר היטב בשיח הפוליטי ובשיח מדע המדינה, לא פסח על האופן שבו נתפס תפקידו של המשפט בניהול מאבקים חברתיים. עם זאת, החיבור בין מהלכים אלה בספּרה הפוליטית ובספּרה המשפטית מצוי עדיין בחיתוליו. בהקשר זה המאמר אינו מסתפק בהצגתו, לראשונה, של המתאם המרתק בין האופן שבו התפתחו דיני הנזיקין ככלי להנעת שינוי חברתי לבין ההתפתחות והשינוי שחלו בניהול מאבקים פוליטיים בעולם ש"מחוק" למשפט; טענתו הנוספת, הריאליסטית במהותה, היא שהבנת המשמעויות הנורמטיביות וההשלכות החברתיות של השינוי שחל במשפט אינה יכולה לעבור רק דרך המבט הפנימי שמעניקה בחינת התכנים הפנימיים של המשפט עצמו, אלא מחייבת שימוש במבט החיצוני שמעניקות דיסציפלינות של מדע הרוח והחברה, המאירות את המשמעויות האלה מזוויות שהמשפט הפוזיטיביסטי אינו רואה אותן כמעט כרלוונטיות להבנתו.

המבט הפנימי של המשפט העלה זה מקרוב שלל סברות באשר למקור השינוי שחל בדיני הנזיקין בתנודתם אל עבר עיסוק בתחומים שניתן לזהותם כ"חברתיים". ייחוס אחד היה

לאופיים הגמיש במיוחד כדיני המשפט המקובל, אשר חוזק במיוחד בישראל במשנתו של הנשיא ברק, שהשפיעה עמוקות על עיצובם של דיני הנוזיקין לאורך שנות השמונים בעיקר.<sup>4</sup> ייחוס אחר היה למהפכה החוקתית הכוללת במשפט הישראלי ולהתגברות שיח הזכויות וההגנה עליהן, אשר לא פסחו גם על דיני הנוזיקין.<sup>5</sup> עוד יוחס השינוי לעשייה פרקטית-נוזיקית בעלת יעד אסטרטגי-פמיניסטי מובהק אשר פרוחה בישראל ורתמה את בתי-המשפט לשינוי זה.<sup>6</sup> על סברות אלה יוסיף מאמר זה סברה נוספת, שמקורה במבט החיצוני שמספק מדע המדינה באשר להשפעתן האפשרית של תמורות שהתגבשו מחוץ למערכת המשפט על התפתחות תוך-נוזיקית זו. מבט זה מאפשר לנו להבין לעומק את היחסים הסימביוטיים שבין המשפט לבין החברה, ובפרט בין המשפט לבין הספירה הפוליטית שבה הוא פועל. בכוחו גם לתרום להכרה במעלותיו הנורמטיביות של אותו מהלך נוזיקי ולביסוס הלגיטימציה שלו.

בחנינת התפתחותם של דיני הנוזיקין ככלי לשינוי חברתי תתמקד במשפט הישראלי, אף שניתן לזהות קווים דומים של התייחסות לדיני הנוזיקין כבעלי משמעות חברתית-פוליטית במדינות המשפט המקובל בכלל.<sup>7</sup> מיקוד זה מקורו הן בעובדה המהותית שחיבור בין "השתתפות פוליטית" לבין דיני הנוזיקין אינו מוכר בכתיבה הספרותית,<sup>8</sup> והן בעובדה השרירותית יותר שעניינה ההישענות על נושאי המחקר הנוזיקיים שנדונו במאמרים שפורסמו בישראל לאורך ארבעים כרכיו של כתב-העת **עיוני משפט**, כמו-גם על פסקי-דין וחוקים מרכזיים בתחום, המגלמים שינוי זה. באופן גס ניתן לזהות הלימה בין התפתחותם של סוגי

4 לכתובה בולטת בתחום ראו ישראל גלעד "ארבעים שנה למשפט הישראלי – סוגיות דיני נוזיקין" **משפטים** יט 647 (1990) (להלן: גלעד "סוגיות דיני נוזיקין"); ישראל גלעד "הסיבתיות במשפט הנוזיקין הישראלי – בחינה מחודשת" **משפטים** יד 15 (1984) (להלן: גלעד "הסיבתיות במשפט הנוזיקין הישראלי"); יצחק אנגלרד "תרומת הפסיקה להתפתחות דיני נוזיקין – דימויה העצמי ומציאות" **עיוני משפט** יא 67 (1986).

5 ראו דפנה ברק-ארז "עולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל** ט 103, 107-110 (2005); יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" **משפט וממשל** ט 137 (2005).

6 להרחבה על-אודות שימוש אסטרטגי בדיני הנוזיקין על-ידי עורכות-דין המחויבות לשוויון ראו יפעת ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנוזיקין: חשיפתם, שינויים, הרחבתם" **המשפט** טז 53 (2011).

7 כך, למשל, בקנדה ובאנגליה הגיעו פני הדברים לכך שיש כבר מי ש"מבכים" ממש את הפוליטיקה של דיני הנוזיקין. בקנדה ראו: ERNEST J. WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* (rev. ed. 2012). באנגליה ראו לאחרונה: ALLAN BEEVER, *FORGOTTEN JUSTICE: THE FORMS OF JUSTICE IN THE HISTORY OF LEGAL AND POLITICAL THEORY* (2013). לעומדה ביקורתית על "תרעומת" זו כבלתי-הוגנת וכמתעלמת מכך שדיני הנוזיקין היו פוליטיים תמיד, ושהשינוי היחיד שהתרחש בעשורים האחרונים הוא שהפוליטיקה שלהם נעשתה פרו-חברתית יותר, ראו: Dan Priel, *The Indirect Influence of Politics on Tort Liability of Public Authorities in English Law*, 47 L. & SOC. REV. 169 (2013).

8 הכתיבה על הקשר בין דיני הנוזיקין לבין פוליטיקה עוסקת בכל-היותר בהיות דינים אלה זירה להתגוששות בין הגורמים הפוליטיים המרכזיים: הרשות השופטת אל מול הרשות המחוקקת. ראו את ההקדמה המרתקת אצל: DAVID M. ENGEL & MICHAEL McCANN, *FAULT LINES: TORT* (2009) *LAW AS CULTURAL PRACTICE* 27.

תרבות ההשתתפות הפוליטית בישראל בארבעת העשורים האחרונים לבין חלקם ההולך וגדל של דיני הנזיקין בהסדרת תחומים חברתיים אשר בעבר נחשבו "ציבוריים" מובהקים ולכן שויכו לתחום המשפט הציבורי. כך, למשל, בין השנים 1970 ו-1985 דנו מאמרים נזיקיים בנושאים בעלי השתתפות חברתית רחבה, כגון איכות הסביבה, מוצרים פגומים ופיצויים לניזוקים מתאונות-דרכים. במקביל עמדו נושאים חברתיים אלה גם במרכזה של הפעילות החברתית-הפוליטית בישראל.<sup>9</sup> במחצית השנייה של שנות השמונים נמשכה החפיפה בין הסוגיות שעמדו בליבת המחאה הפוליטית בישראל לבין הסוגיות שעמדו במרכז המאמרים שעסקו בדיני נזיקין. בשני התחומים עמדו במרכז השיח נושאים של זכויות אדם וצרכים פרטניים של הפרט, כגון זכות השביתה וזכויות נשים. נושאים אלה היוו תשתית לעידן ההשתתפות הפוליטית האינדיווידואליסטית שבו אנו מצויים כיום, שבמסגרתו מוכרת ההישענות על דיני הנזיקין ככלי לשינוי חברתי, וזאת בעיקר בקרב אוכלוסיות מוחלשות המבקשות ליהנות מן הפירות שהניבו השינויים לעיל.<sup>10</sup>

ימושו של מטרת חברתיות-פוליטיות באמצעות דיני הנזיקין מאתגר את מערך היחסים שבין המשפט לחברה בשני אופנים: (1) הוא מנוגד לתפיסה המשפטית הרווחת שלפיה מטרת חברתיות-פוליטיות זרות למשפט הפרטי – הן מבחינה נורמטיבית הן מבחינה מעשית – ולכל-היותר משמעותיות רק בזירת המשפט הציבורי;<sup>11</sup> (2) הוא מנוגד לתפיסה המסורתית במדע המדינה הגורסת כי מטרת פוליטיות ניתנות למימוש רק בזירה הפוליטית, ואם המשפט הוא זירה כזו, אזי זהו המשפט הציבורי. שתי תפיסות אלה הולכות ומשתנות בשימוש העכשווי החדשני המתחולל בדיני הנזיקין בישראל.

מאפייניהם הנוכחיים של דיני הנזיקין, לצד המערך המתרחב של הרפרטוארים האקטיביסטיים-האזרחיים, מאפשרים לזהות מימד פוליטי גם בתביעות נזיקיות שמגישהן לא ביקשו בהכרח להעניק להן מימד כזה. מחקרים עכשוויים מתחום מדע המדינה גורסים כי השתתפות פוליטית כוללת כל מעורבות אזרחית היוצרת השלכות פוליטיות, תהא זו

9 גייל טלשיר "אזרחות, חברה אזרחית וחינוך: המקרה הישראלי בראי הדמוקרטיה המערבית" פוליטיקה: כתב עת ישראלי למדע המדינה וליחסים בינלאומיים 14, 51 (2005).

10 חיפוש של "ארגוני סיוע משפטי" במנוע "גוגל" מעלה 131,000 תוצאות. בין התוצאות ניתן למצוא רשימת ארגונים, כתבות מעיתונים על דרכי ההתקשרות עם הארגונים וקבוצות-דיון (פורומים) משפטיות המפרטות על הארגונים. לשיטתנו, המספר הגבוה של התוצאות והגישה הקלה לארגונים מעידים על השתרשותה של תופעת הפנייה של פרטים לסיוע משפטי ללא תשלום.

ארגונים רבים מציעים עזרה בתביעות נזיקיות לצד סיוע בדיני עבודה ובמשפט הפלילי, אולם אינם מציינים זאת באתר המרשתת שלהם ולכן קשה לציין באופן מפורש את שמות כל הארגונים. לפיכך בחרנו לציין את מספר תוצאות החיפוש ללא פירוט של הארגונים.

11 דיני הנזיקין היו עשויים מאז ומתמיד לגעת – גם אם בדרך אגבית – בשיקולי מדיניות בעלי משמעות ציבורית רחבה שנגעו בבסיס הסכסוך הפרטי שבו עסקו. כך, למשל, הסדרת האחריות בנושא זכויותיהם של עובדים אל מול מעסיקהם או בנושא זכויותיהן של חולות אל מול רופאותיהן נגעו בשאלות כאלה. ראו יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" משפטים לח 145, 162 (2008). עם זאת, שימוש בדיני הנזיקין כחלופה להשתתפות פוליטית היא עניין חדש ומאוד לא-שגרתי.

אפילו כתיבת ציוצים ב"טוויטר", לדוגמה, המשפיעה על השיח הפוליטי בתחום.<sup>12</sup> כפי שציון קודם לכן, דיני הנוזיקין אינם פוליטיים ביסודם, אך ההשלכות החברתיות שנלוו לתביעות נוזיקיות הובילו להפיכתם לשחקן במשחק ההשתתפות החברתית – בין ככלי פעולה יזום בידי הפעילים, ובעיקר הפעילות, ובין ככלי משפטי "טהור" בעל משמעות חברתית-פוליטית נלווית.

מאמר זה מורכב מארבעה חלקים. בחלקו הראשון תוצג התפתחות המחאה בישראל על שלביה השונים, תוך התייחסות לדינמיות המאפיינת אותה בנוגע לזהות המוחים ולמטרות המחאה. בחלק השני יוצג המונח "השתתפות פוליטית" במדע המדינה, וייבחנו מאפייניהן של הפרקטיקות החדשות של השתתפות פוליטית שנוצרו לאחרונה, על רקע השינויים שחלו בתפיסת גבולות הפוליטיקה בעיני האזרחים. בחלק השלישי של המאמר יוצג השינוי רחב-ההיקף שחל במקביל בשימוש במשפט ככלי להשתתפות פוליטית של אזרחים, כך שלצד הפעלה מסיבית של המשפט הציבורי ניכר שימוש הולך וגובר במשפט הפרטי בכלל ובדיני הנוזיקין בפרט. שימוש זה נושא את מאפייניהן של פרקטיקות ההשתתפות הפוליטית החדשות, שעניינן השתתפות פוליטית אינדיווידואלית, לא-מדרגית, ממוקדת ויצירתית. מאפיינים דומים אלה מצביעים על הקשר ההדוק שבין שתי התופעות. חלקו הרביעי של המאמר יבחן לעומק מהלך טרנספורמטיבי זה בישראל, תוך התמקדות בעיקר בכתובה האקדמית על דיני הנוזיקין, כפי שהיא משתקפת בארבעים כרכיו של כתבי-עת זה. לנוכח תגובתה הדרמטית של המדינה על תמורות אלה שחלו בשימוש בדיני הנוזיקין, יוקדש בתום חלק זה דיון נרחב לסוגיית עתידו הערטילאי והמרתק האפשרי של מהלך זה. את המאמר יחתום סיכום של עיקר הטיעונים בו.

## א. התפתחות המחאה בישראל – מקולקטיביזם

### מוקצן לאינדיווידואליזם מובהק

בראשית דרכה של מדינת-ישראל נתפסה המחאה הפוליטית כתופעה שולית שאפיינה בעיקר קבוצות-שוליים.<sup>13</sup> בתקופה ראשונה זו מיאנה המערכת הפוליטית להכיר בקיומה של מחאה ככלי פעולה לגיטימי בארגז הכלים האזרחי המצוי בידי הפרט, והעדיפה להותיר את הכוח הפוליטי מרוכז וממודרד בידי הממשל לבדו. כך, לדוגמה, בשנת 1949, לנוכח העלייה במספר אירועי המחאה נגד תנאי החיים במעברות והליקויים בקליטת גל העולים ששטף את ישראל, הזמין אליו יוסף שפרינצק, יושב-ראש הכנסת, את הכתבים הפרלמנטריים לפגישה דחופה. מטרת הפגישה הייתה להעביר לכתבים את המסר כי מפאת הפגיעה בכבודו ובמעמדו של המשכן, אין לסקר הפגנות בפתח בניין הכנסת. עמדתו של שפרינצק הייתה

12 דוגמה לתיוג הקבצה (hashtag) שהשפיע על השיח הפוליטי בארצות-הברית, ואף עזר להעמיד את הנושא כסוגיה חברתית בבחירות שנערכו, היה #prayfororlando, אשר נועד לעסוק ברצח 49 אנשים בבר הומוסקסואלי באורלנדו בשנת 2016. לסקירת ה"ציוצים" הפוליטיים הבולטים באתר "טוויטר" בשנת 2016 ראו: Daniel Victor, *The Top Political Tweets and Hashtags of 2016*, N.Y. TIMES (Dec. 6, 2016), [https://www.nytimes.com/2016/12/06/technology/top-tweets-politics-2016.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2016/12/06/technology/top-tweets-politics-2016.html?_r=0).

13 תמר הרמן "מחאה הפכה למקצוע" פנים: כתב עת לתרבות, חברה וחינוך 9, 84 (1999).

כי אזרחים החשים שנעשה להם עוול או שאין מענה לבעיותיהם נדרשים לפנות ישירות לחברי הכנסת ממפלגתם, תחת שיפנו את זעמם לרחובות.<sup>14</sup> סלידת הפוליטיקאים הבכירים ממחאה אזרחית, המהווה השתתפות אזרחית-פוליטית מובהקת, בוססה גם על השקפת-העולם החברתית-הקולקטיביסטית ששלטה בכיפה בחברה הישראלית הצעירה, ואשר חיבה, לדעת מנהיגיה, נקיטת "ממלכתיות מאופקת", המנוגדת להפגנות סוערות.<sup>15</sup> להשקפת-עולם זו היו השלכות פוליטיות וכלכליות כאחד. בחסותה פעל במדינת-ישראל משק ריכוזי, אשר מנע יוזמות כלכליות מצד המגזר הפרטי, והתקיים לצד פרויקט "אומה במדים",<sup>16</sup> אשר שטטש את ההבחנה בין המדינה לחברה.<sup>17</sup> הקבוצות היחידות שנקטו מחאה פוליטית היו אלה אשר לא נתפסו כחלק מהקולקטיב ועל-כן מצאו את עצמן "מחוץ" למערכת הפוליטית עד כדי כך שלא נותרה להן בררה אלא למחות נגדה באופן עצמאי.<sup>18</sup> אכן, בין השנים 1955 ו-1970 – במה שמוגדר כתקופה השנייה של השתתפות פוליטית – חלה ירידה תלולה במספר אירועי המחאה.<sup>19</sup> האירוע היחיד שחרג מ"שקט אזרחי" היה זה שפונה "מהומות ואדי סאליב", ובו הפגינו עולים מצפון אפריקה, אשר נתפסו במידה רבה כמצויים מחוץ לקולקטיב, נגד הפלייתם על-ידי הממסד בתחומים רבים, לרבות קליטה, תעסוקה, חינוך וייצוג פוליטי.<sup>20</sup> כבר בתיוגה של מחאה אזרחית-לגיטימית זו כ"מהומות" גילו החברה הישראלית והנהגתה את סלידתם מעצם פעולה זו ואת יחסם המתנשא למנהיגיה כאל "פורעי חוק", ולא כאל מנהיגי מחאה.<sup>21</sup>

- 14 שם.
- 15 אורי בן-אליעזר "האם מתהווה חברה אזרחית בישראל? פוליטיקה וזהות בעמותות החדשות" **סוציולוגיה ישראלית** ב 51, 62 (1999).
- 16 "אומה במדים" היא אמצעי תרבותי שבאמצעותו עיצבו אליטות פוליטיות, בשיתוף האליטה הצבאית, את מדינת-ישראל בשנותיה הראשונות. אותן אליטות נשענו על אמצעי זה כדי להציע פתרונות צבאיים לבעיות פוליטיות. "אומה במדים" מבוססת על שטטוש הגבולות בין הפרט, משפחתו, החברה, האומה והמדינה, ועל יצירתה וכינונה של תרבות מיליטריסטית. למידע נוסף ראו אורי בן-אליעזר "אומה במדים" ומלחמה: ישראל בשנותיה הראשונות" **זמנים: רבעון להיסטוריה** 49, 50, 55 (1994).
- 17 שם, בעמ' 63.
- 18 שמואל ליימן-ווילציג **מחאה ציבורית בישראל 1949-1992** (1992).
- 19 שם, בעמ' 47.
- 20 שם. ירי המשטרה בתושב השכונה במהלך קטטה מקומית, ושמעות-שווא על מותו, הובילו להפגנות שהתפתחו למהומות אלימות. אירוע הירי החריג, על אזרח יהודי, סימל מבחינת המפגינים את מהות ההפליה והקיפוח של הממסד כלפי הקבוצה כולה.
- 21 מרתק במיוחד בהקשר זה הוא התיוג העברייני שהוצמד למנהיג המחאה דוד בן-הרוש. בהילקחו למעצר, במסגרת ניהול המאבק, הובא בן-הרוש לפני שופטת. זו בחרה לפנות אליו באמירה מעליבה על-אודות מוצאו המרוקאי, והוא, בתגובה, הודיע לה כי הוא אינו מוכן להישפט לפני שופטת בעלת עמדות גזעניות. בן-הרוש הורשע בעבירה של תקיפת שוטר והחזקת נשק ללא רישיון, נשפט למאסר, אך זכה לימים בחנינה מאת הנשיא בן-צבי. מנהיגותו הלגיטימית קיבלה יתר הכרה כאשר בעקבות אירועי ואדי סאליב מונתה ועדת חקירה ממלכתית בראשות השופט משה עציוני, כדי לבדוק את הגורם למהומות ולמצבם הנחות של עולי צפון אפריקה בישראל. בן-הרוש הוזמן להופיע לפני הוועדה, כדי להציג את נושא ההפליה לפני חבריה.



רק בשנות השבעים החלה המחאה האזרחית לזכות בהכרה המיוחדת בה כחלק לגיטימי מן המנגנון הדמוקרטי הישראלי.<sup>22</sup> תקופה שלישית זו של השתתפות פוליטית, שנמשכה משנת 1971 עד שנת 1978, הייתה שונה מקודמותיה מבחינת כמות האלימות וסף האלימות שנקטו בה כלפי המוחים. תהליך ההכרה בלגיטימיות של המחאה התגבש מכוחם של כמה גורמים עיקריים. ראשית, המחאות הספונטניות התפתחו לתנועות חברתיות בעלות יכולת עמידה ממושכת. כך, בעוד שלאירועי ואדי סאליב הייתה השפעה נקודתית בלבד, ולא נוצרה בעקבותיהם מנהיגות נמשכת, הפגנות "הפנתרים השחורים" משנת 1971 נערכו כחלק מהתגבשות המפגינים כתנועה חברתית מסיבית, שבראשה עמדה קבוצת מנהיגים בולטת אשר הונעה על-ידי אידיאולוגיה סדורה ויצרה פעילות נמשכת ושיטתית במסגרתה.<sup>23</sup> שנית, חרף העלייה במספר ההפגנות, הבין השלטון כי הן אינן מסכנות את הסדר הציבורי או מהוות איום ממשי על החברה. שלישית, העדר עדויות גלויות של מחאה ציבורית בתקופה השנייה, לצד ההזנחה מצד הממשל של בעיות יסוד חברתיות, הבהירו כי מעורבות אזרחית פוליטית היא קריטית להובלת שינוי חברתי. תקופת המחאה השלישית היוותה אם כן מעין "מעבדה לפיתוח תנועות מחאה" בשנות השבעים. הניסיון שצברו אותן קבוצות בתקופה השלישית הוא שסלל את הדרך להגברת המחאה בתקופה הרביעית.<sup>24</sup>

תקופת המחאה הרביעית, שנמשכה משנת 1979 עד אמצע שנות השמונים, היא תקופת המחאה השגרתית שבה הייתה המחאה הפוליטית, לראשונה, הבולטת ביותר. הסיבה המרכזית לכך היא ששלל אירועים בעלי משמעות פוליטית עמוקה התרחשו בתקופה זו, ביניהם הסכם השלום עם מצרים ומלחמת לבנון הראשונה והמתמשכת.<sup>25</sup> תקופה זו מוגדרת כתקופת מחאה שגרתית בשל תפיסת ההפגנות כחלק מ"כללי המשחק" של המערכת הפוליטית הממוסדת ובשל השתלבותן בה. בין היתר ניכר כי המפלגות עצמן עמדו מאחורי חלק מההפגנות, ואף השתמשו בהן כספירה להשפעה נוספת על הזירה הפוליטית. אולם למרות שינוי זה נראה כי אבן-היסוד הקולקטיביסטית שעליה הושתתה מדינת-ישראל עמדה עדיין כאבן-נגף בפני הצלחתה של מחאה אזרחית ליצור שינוי מהותי.<sup>26</sup>

היו אלה אמצע שנות השמונים שסימנו תפנית בתרבות הפוליטית בישראל, אשר לראשונה התאפיינה במעבר מפעילות פוליטית אזרחית שגרתית לפעילות לא-שגרתית וחדשה.<sup>27</sup> אחד הגורמים המרכזיים לכך היה שינוי פניה של ישראל ממדינה המתאפיינת בערכים קולקטיביים למדינה שבמרכזה ניצב הפרט.<sup>28</sup> עד אותן שנים, בשל תפיסת בניינה של מדינת-ישראל

למידע נוסף ראו סמי שלום שטרית המאבק המזרחי בישראל: בין דיכוי לשחרור, בין הזדהות לאלטרנטיבה, 1948–2003 103 (2004).

- 22 הרמן, לעיל ה"ש 13.
- 23 שם, בעמ' 136–141. הרמן מציגה את מסגרת ההתגבשות של "הפנתרים השחורים" כמסגרת שהיה לה מימד תודעתי, רעיוני ופעילותי.
- 24 ליימן-ווילציג, לעיל ה"ש 18, בעמ' 57.
- 25 שם, בעמ' 57–58.
- 26 בן-אליעזר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 64.
- 27 שם.
- 28 יעל ישי "חברה אזרחית בתהליכי פירוק? כמה הערות על המצב הנוכחי" חברה אזרחית ומגזר שלישי בישראל ב(2) 7 (2008).

כבניין העם, גילתה המדינה מעורבות גבוהה מאוד בכלכלה ובחברה, והפגינה מחויבות לעיצוב פניהן ברוחה. מדיניות הרווחה שהתקיימה בישראל בעשורים הראשונים לקיומה הייתה אף היא בסיס לניהול-כל פוליטי-מפלגתי זה. המעבר לנקיטת מדיניות ניאור-ליברלית במהלך שנות השמונים הקטין במידה ניכרת את מעורבות המדינה במשק, והצדיק תהליכי הפרטה רבים בתחומי-סוד חברתיים, כגון חינוך ובריאות.<sup>29</sup> שינוי זה נבע גם מתהליכים פוליטיים שנשענו על תפיסה שלטונית עוינת כלפי מדיניות הרווחה. כתוצאה מכך צומצמה אחריות המדינה בתחומי-ליבה אזרחיים, תוך העברתה למגזר הפרטי-העסקי,<sup>30</sup> ועוד יותר מכך לעמותות המגזר השלישי.<sup>31</sup> הפיחות במעורבותה של המדינה הוביל לגידול במעמדו של היחיד, ומימוש האוטונומיה שלו נהפך לערך עליון. לצד זאת גרמה ההפרטה לראיית גורמים אחרים, מלבד המדינה, כרלוונטיים למחאה שתהיה אפקטיבית ביצירת שינוי חברתי. תופעה בולטת נוספת בתקופה זו הייתה התפתחות השיח הציבורי בישראל, אשר החל להכיל לא רק נושאים בטחוניים במהותם, אלא גם כאלה בעלי זיקה לערכים פוסט-מטריאליסטיים.<sup>32</sup> ערכים אלה עוררו עניין ציבורי גובר בנושאים כגון איכות הסביבה, זכויות האדם, זהותו והעדפותיו. התקשורת סייעה אף היא בהעלאת נושאים אלה על סדר-יומם של ארגונים חוץ-פרלמנטריים ואף של מפלגות.<sup>33</sup> כך נוצר ציר של אירועים בעלי זיקה לערכים פוסט-מטריאליסטיים אשר עוררו עניין רב ועודדו השתתפות קולקטיבית, אשר חדרה בהדרגה אל השיח החברתי-הפוליטי. דוגמאות לכך מהוות התגובות הציבוריות הרבות על סדרה של פרשות שעלו לסדר-היום הציבורי בשנים האמורות. כזו הייתה פרשת כרמלה בחובוט, אשר ירתה למוות בכך-זוגה לאחר שנים של אלימות קשה מצידו כלפיה. כזה היה גם מאבקה של אליס מילר, שביקשה למחות על הפלייטה המגדרית בכניסה לקורס טיס. עוד מוכרים מתקופה זו העיסוק ברשלנותו של הצבא סביב תאונות-האימונים בצאלים והשיח על שחיתויות פוליטיות וסוגיות של הרס הסביבה.<sup>34</sup> ההתגייסות הציבורית-האזרחית לטובת עיסוק בנושאים אלה הוכיחה כי קיימים גורמים רבים בחברה הישראלית שמודעים לבעיות ולמצוקות באופן שונה מעבר, ואשר אינם מהססים להעלות לסדר-היום נושאים חדשים בעלי זיקה פוסט-מטריאליסטית. זאת ועוד, גורמים אלה החלו מציעים פתרונות מחאתיים בלתי-שגרתיים לנושאים האמורים.<sup>35</sup>

29 שם.

30 עומרי שמיר צרכנות פוליטית, יזמים חברתיים-פוליטיים ומדיניות ציבורית בישראל: מסגרת מושגית ומקרי בוחן (אוניברסיטת בן-גוריון בנגב, סדרת ניירות מחקר במנהל ומדיניות ציבורית, נייר מחקר מס' 5, 2012).

31 לענייננו, המגזר הפרטי כולל גורמים עסקיים הפועלים למען מטרת רווח, ואילו המגזר השלישי כולל ארגונים מהחברה האזרחית הפועלים ללא כוונת רווח.

32 למחקר הבוחן את העמדות הפוסט-מטריאליסטיות בישראל ראו אפרים יער "העדפות ערכיות בחברה הישראלית: בחינת התאוריה של אינגלהארט על מודרניזציה ושוני תרבותי" ישראל והמודרניזציה: למשה ליסק ביובלו 85 (אורי כהן, אליעזר בן-רפאל, אבי בראלי ואפרים יער עורכים, 2006).

33 בן-אליעזר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 51.

34 להרחבה על נושאים אלה ראו שם, בעמ' 52.

35 שם.

לצד התחזקותה של המחאה הפוליטית האזרחית העצמאית החל תהליך של קריסת כוחן הבלתי-מעורער של המפלגות.<sup>36</sup> תהליך זה החל בשנות השמונים, והגיע לשיאו בשנת 1991 במה שכונה על-ידי יצחק רבין "התרגיל המסריח".<sup>37</sup> שנים אלה התאפיינו בתחושת מיאוס הולכת וגוברת בציבור כלפי המפלגות הפוליטיות. אם בראשית דרכה של מדינת-ישראל נתפסה הנהגת המדינה כראויה לכבוד, לאמון ולציית עוור כמעט ומשולל מחאה, בשנות השבעים והשמונים התחלף יחס זה בתחושות של ספקנות ואי-אמון ציבורי.<sup>38</sup> צירוף תהליכים אלה של מיאוס ואכזבה מהמערכת הפוליטית וצמצום מעורבותה של המדינה בניהולה הוביל ליצירת זירות פעולה חוץ-ממסדיות לשינוי חברתי, שהלכו ונעשו נפוצות. מיאוס זה נמשך זה כשלושה עשורים, עד לימינו-אנו. על מיאוס נמשך זה מעידים גם נתוני מדד הדמוקרטיה הישראלית לשנת 2016.<sup>39</sup> לפי נתונים אלה, רוב הציבור הישראלי רוחש רמות נמוכות של אמון כלפי מוסדות המדינה והשלטון – המשטרה, הממשלה, הכנסת והמפלגות. לעומת זאת, בית-המשפט העליון ניצב כרגע יחד עם נשיא המדינה בראש סולם האמון. הוא הנה מאמון של רוב הציבור היהודי בו,<sup>40</sup> ולראשונה מעת עריכת המדד – גם מאמונו של הציבור הערבי.<sup>41</sup> נוסף על כך נראה כי רוב גדול מאוד בציבור, המפגין רמות גבוהות של עניין בפוליטיקה, חש כי אין ביכולתו להשפיע על עיצוב המדיניות של הממשלה. תחושה זו נפוצה בעיקר בקרב אוכלוסיות המגדירות את עצמן אוכלוסיות חלשות בחברה הישראלית.<sup>42</sup> אי-האמון במערכת הפוליטית הפורמלית יצר "משבר משילות", המתבטא בחולשתה הגוברת של הפוליטיקה

- 36 לעניין קריסת המפלגות ראו משה ליסק "שקיעת המפלגות והפריחה הסקטוריאלית" קץ המפלגות: הדמוקרטיה הישראלית במצוקה 129 (דני קורן עורך, 1998).
- 37 "התרגיל המסריח", כפי שתיאר אותו רבין, הוא נסיונו הכושל של שמעון פרס להחליף את ממשלת האחדות הלאומית בקואליציה בהנהגת מפלגת העבודה. מהלך זה הוביל את הציבור למחאה המונית, וגרם לתמורות חקיקתיות שביקשו לשנות נורמות פרלמנטריות בסיסיות והאיצו את תהליך קריסתן של המפלגות. לסקירה מלאה של האירועים והתמורות ראו אשר אריאן "מפלגות בסימן שינוי מואץ" קץ המפלגות: הדמוקרטיה הישראלית במצוקה 141 (דני קורן עורך, 1998); ניר אטמור, יצחק בננסון, אברהם דיסקין וולד חרבס בחירות אזוריות בישראל 19 (2009).
- 38 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 134 (1993).
- 39 תמר הרמן, אלה היר, חנן כהן, דנה בובליל ופאדי עומר מדד הדמוקרטיה הישראלית 2016 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016).
- 40 ראוי לסייג עובדות אלה בהסכת תשומת-הלב לכך ששיעור האמון בבית-המשפט העליון בשנת 2016 מבטא ירידה של כ-6%-7% בהשוואה לנתוני שנת 2015 (ולממוצע הרב-שנתי). פילוח לפי מחנה פוליטי מראה כי לראשונה אין רוב בימין הישראלי לנתוני האמון בערכאה השיפוטית הבכירה בישראל. שם, בעמ' 113. אחת הטענות הנפוצות היא שירידת אמון זו קשורה לתהליך הפוליטיזציה של בית-המשפט העליון, כלומר, להתערבותו בסוגיות חברתיות מקיפות, אשר באופן טיפוסי נתונה למחוקק הסמכות להסדירן. ראו להלן ליד ה"ש 99-101.
- 41 למרות ירידה של 11% בהשוואה לשנת 2015, בית-המשפט העליון נותר המוסד היחיד שרוב הציבור הערבי נתן בו אמון. שם, בעמ' 117.
- 42 שם, בעמ' 92-94.

הפורמלית. כך, למשל, מספר החברים המתפקדים במפלגות<sup>43</sup> ואחוזי ההצבעה בבחירות הולכים וקטנים.<sup>44</sup> מידת האמון במוסדות ובפוליטיקאים דועכת.<sup>45</sup> תהליכים אלה מהווים את התשתית לתופעת האנטי-פוליטיקה, שבה הציבור נותר מעורה בעניינים המצויים על סדר-יומה של הספירה הפוליטית, מחד גיסא, אך חש כעס ותסכול על המתרחש בספירה זו ועל אי-יכולתו להשפיע עליה, מאידך גיסא.<sup>46</sup> תחת מערך זה יש לאזרח תחושה של העדר יעילות פוליטית – הן בנוגע ליכולתו להשפיע על המערכת הפוליטית והן בנוגע ליכולתם של מוסדות המדינה למלא את צרכיו.<sup>47</sup> תחושות האכזבה והתסכול מהמערכת הפוליטית מהוות קרקע פורייה לנסיגתם של האזרחים לתור אחר ערוצי השפעה חדשים, שבאמצעותם יוכלו לממש את מאווייהם האידיאולוגיים.<sup>48</sup> אותם ערוצים חלופיים של השפעה פוליטית מהווים חלק בלתי-נפרד ממרכיבי התרבות הפוליטית בישראל כיום.<sup>49</sup>

על רקע מסגרת תיאורטית זו ניתן להמשיג את המהלך המתרחש זה כשני עשורים, וביתר שאת בעשור האחרון, של הרחבת המאבק החברתי-הפוליטי באמצעות המשפט מזירת המשפט הציבורי לזירת המשפט הפרטי. המאפיינים של דיני הנזיקין משרתים היטב את דרכי הפעולה הנכללות בדרכי המחאה החדשה, ולכן המעבר לשימוש בהם יכול להיחשב בצורה מובהקת פרקטיקה חדשה של השתתפות אזרחית. מאחר שהיא מתרחשת בזירה המשפטית, נכנה אותה "השתתפות אזרחית משפטית". ניכר בפרקטיקה זו שהיא מהווה שימוש יצירתי במשפט על-ידי גורמים פרטיים נגד מוסדות המדינה, ולעיתים אף נגד גורמים פרטיים בעלי השפעה, באופן שמבקש לייצר שינוי חברתי-פוליטי בדרך של הטלת אחריות נזיקית על הנתבעים וציפייה שהטלת אחריות זו תניע את השינוי המיוחל.

## ב. התפתחותו של רעיון ההשתתפות הפוליטית במדע המדינה

רעיון ההשתתפות הפוליטית (לרבות השתתפות אזרחית וחברתית) עבר פיתוח משמעותי וסוג של הגדרה מחדש בדיסציפלינת מדע המדינה, ועימו התפתחו גם הפרקטיקות שהביאו

- 
- 43 עופר קניג, גרעון רהט, מיכאל פיליפוב ואור טוטנאור פחות תמורת יותר: חברי מפלגות בישראל (המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 102, 2014).
- 44 אטמור, כנסון, דיסקין וחרכש, לעיל ה"ש 37, בעמ' 13.
- 45 Simon Tormey, *The Contemporary Crisis of Representative Democracy*, 1 DEMOCRATIC THEORY 104 (2014). לסקירת התמורות שחלו בהקשר זה במדינת-ישראל ראו עופר קניג ואנה קנפמן "רעיקת המפלגות הגדולות: ישראל במבט השוואתי" תיקון שיטת הממשל בישראל 145 (גדעון רהט, שלומית ברנע, חן פרידברג ועופר קניג עורכים, 2013).
- 46 לסקירה מלאה ראו: THE EMERGENCE OF (ANTI)POLITICAL SENTIMENT IN WESTERN DEMOCRACIES AND IN ISRAEL (Tamar S. Hermann .ed., 2011) (ebook).
- 47 שם, בעמ' 9-18.
- 48 שמיר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 13.
- 49 שם.

שינוי זה לידי ביטוי.<sup>50</sup> טענתנו היא שהתפתחויות מקבילות במדע המדינה ובמשפט הן שהובילו לכך שאלה המבקשים ליצור שינוי במדיניות כלשהי החלו להישען על דיני הנוזקין דווקא ככלי לביצוע שינוי זה. בפרק שלהלן נסקור את מאפייניו הייחודיים של רעיון ההשתתפות הפוליטית במדע המדינה, תוך הפניית זרקור אל הספרה המשפטית כזירת פעולה חשובה להשתתפות כזו.

בשנים האחרונות תועדה ירידה משמעותית בהשתתפות הפוליטית המסורתית, אשר כוללת, בין היתר, הצבעה, פעילות במפלגות, יצירת קשר עם נבחר ציבור וכדומה. ירידה זו ניכרת בעיקר בדמוקרטיה מערביות.<sup>51</sup> במקביל לירידה בפעילות זו מתרחשת עלייה בהשתתפות פוליטית הנוטה לגוון השתתפותי ישיר, אינדיווידואליסטי, קצרת-טווח, ולרוב כזה המתמקד בסוגיה אחת. חוקרים רבים הגדירו את המעבר בין סוגי השתתפות אלה כמעבר מהשתתפות "ישנה" (מסורתית) להשתתפות "חדשנית".<sup>52</sup> המעבר לרפרטוארים חדשים של השתתפות פוליטית משתלב היטב בשינוי שהחולל במבנה החברתי-הפוליטי של קהילות מודרניות ובהתחזקות היסודות הליברליים בהן, המדגישים את תפקידו של הפרט בנטילת אחריות לגורלו.<sup>53</sup> אולם מעבר להתאמה רעיונית זו ניכר כי לשינוי זה יש משמעות נורמטיבית נרחבת. תיאוריות שונות במדע המדינה גורסות כי פעולות פוליטיות חדשניות מתפתחות על בסיס העדר אמון ביכולת הפוליטית של הממשל למלא את חובותיו לציבור.<sup>54</sup> אזרחים החוששים

50 בתמצית ניתן לומר כי בשנות השבעים פירשו וֹרְבָה וְנִי את המושג "השתתפות פוליטית" כפעילות של אזרחים המבקשים להשפיע על נושאי-תפקיד ברשויות הממשל. משנות התשעים הורחבה הגדרת ההשתתפות הפוליטית באופן שכלל בה כל נקיטת יוזמה וגילוי מעורבות בתהליכים של יישום מדיניות ציבורית. להרחבה ראו: SIDNEY VERBA & NORMAN H. NIE, *Participation in America* (1972); ANTHONY H. BIRCH, *The Concepts and Theories of Modern Democracy* (1993).

51 Pippa Norris, *Political Activism: New Challenges, New Opportunities*, in OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE POLITICS 628 (Carles Boix & Susan C. Stokes eds., 2007).  
52 Michele Micheletti & Dietlind Stolle, *Swedish Political Consumers: Who They Are and Why They Use the Market as an Arena for Politics*, in POLITICAL CONSUMERISM: ITS MOTIVATIONS, POWER, AND CONDITIONS IN THE NORDIC COUNTRIES AND ELSEWHERE 145 (Magnus Boström et al. eds., 2004); Michele Micheletti & Dietlind Stolle, *Fashioning Social Justice Through Political Consumerism, Capitalism, and the Internet*, 22 CULT. STUD. 749 (2008).

53 ראו יובל נח הררי *קיצור תולדות האנושות* 36 (2011).

54 Dietlind Stolle, Marc Hooghe & Michele Micheletti, *Politics in the Supermarket: Political Consumerism as a Form of Political Participation*, 26 INT'L POL. SCI. REV. 245 (2005). מחקר שנערך בישראל ובדק את תיאוריית המודרניזציה של אינגלהרט העלה כי מקומה ביחס לחברות אחרות תואם היטב את ההשערות הנגזרות מתיאוריה זו. למידע נוסף ראו יער, לעיל ה"ש 32. אומנם, המחקר נערך לפני עשור, אך נתוניו ומסקנותיו משמשים עד היום מקור למחקרים העוסקים בחקר המודרניזציה בישראל. למידע נוסף ראו: Jonathan Rynhold, *Cultural Shift and Foreign Policy Change: Israel and the Making of the Oslo Accords*, 42 COOPERATION & CONFLICT 419 (2007). לפיכך – ובהתאם למגבלות מחקרנו, שנשען על שיטה איכותנית, ולא כמותנית – הסתמכנו על מחקר של יער.

שהממשל אינו מבין את צורכיהם או אינו מסוגל להציע פתרונות לבעיותיה של החברה מחפשים רעיונות לפעולות מחאה חדשות שיהלמו את מאפייניהם של אותם צרכים ובעיות.<sup>55</sup> הפוליטיקה החדשה, השזורה ביסודות הליברליים, מבוססת כאמור גם על האחריות הפוליטית שהאזרח נוטל על עצמו כתחליף לפוליטיקה הממוסדת ולפוליטיקאים.<sup>56</sup> בתמצית ניתן לומר כי בעידן הפוסט-מודרני, המתאפיין במעבר מעיסוק של אזרחים בערכים מטריאליסטיים (כגון זכויות רכושיות וזכויות פוליטיות) לעיסוק שלהם בערכים פוסט-מטריאליסטיים (כגון דאגה לאיכות הסביבה, ערכים של שוויון, שמירה על זכויות המהגרים וכדומה), האזרחים תרים אחר ספרות חדשות למימוש אינטרסים אלה, אשר לצד העניין הפרטי שהם מעוררים בקרב אזרחית זו או אחרת, יש להם גם מימד קולקטיבי-זהותי מובהק. אימוץ ערכים פוסט-מטריאליסטיים מזוהה גם כקשור לרצונה של האזרחית להגדיל את נפח היסוד האוטונומי שלה באמצעות ביטוי עצמי.<sup>57</sup>

שתי תיאוריות העוסקות באותו שינוי ערכי-חברתי-פוליטי שמקורו בעידן הפוסט-מטריאליסטי הן תיאוריית הניעות ותיאוריית ההשתתפות הפוליטית היצריתית. תיאוריות אלה מציעות תיאור פוליטיבי והסבר נורמטיבי לשינוי שהתחולל באופני ההשתתפות האזרחית בעשורים האחרונים.

תיאוריית הניעות (Mobilization Theory) של ליזה טובגי<sup>58</sup> גורסת כי הופעת הרפרטוארים החדשים של השתתפות פוליטית/אזרחית מקורה בתחושת חוסר היכולת של קבוצות שונות באוכלוסייה – בעיקר קבוצות מוחלשות – לבטא את רצונותיהן בערוצים הפוליטיים המסורתיים, הכוללים השתתפות בפעילות בעלת מכוונות מפלגתית, לרבות חברות במפלגה ויצירת קשר אישי עם פוליטיקאים.<sup>59</sup> אזרחים תרים אחר זירות פעולה חדשות לא-ממסדיות שבאמצעותן ימצאו דרכים להשפיע על התהליכים הפוליטיים במדינה. בין אותן זירות ניתן למצוא, למשל, קבוצות-אינטרס, התארגנויות מקצועיות וארגון עצומות.

לצד תיאוריה זו, תיאוריית ההשתתפות הפוליטית היצריתית (Creative Political Participation Theory) נוקטת עמדה נורמטיבית ברורה בנוגע למשמעות החיובית של פרקטיקות ההשתתפות הפוליטית החדשות.<sup>60</sup> לפי תיאוריה זו, פעילות פוליטית יצריתית מתאפיינת בכך שפרטים מגדירים מחדש באופן רחב את גבולות התחום הפוליטי, ונוטלים לידיהם את משוכות ההשפעה עליו. תיאוריית ההשתתפות הפוליטית היצריתית נשענת אם כן על הרציונל התיאורטי שמציעה תיאוריית הניעות, תוך שימת דגש בהרחבת מערך הפעולות של האזרחים ובהוספת מימד פוליטי להן. מאפיין חשוב בפוליטיקה היצריתית הוא הפחתה בכוחה של הספרה הפוליטית והפרלמנטרית תוך טשטוש ההבחנה בין אינטרס

55 Micheletti, Hooghe & Stolle, לעיל ה"ש 54, בעמ' 251.

56 שם.

57 שם, בעמ' 252.

58 Lise Togeby, *Grass Roots Participation in the Nordic Countries*, 24 Eur. J. Pol. Res. 159 (1993).

59 Micheletti, Hooghe & Stolle, לעיל ה"ש 54, בעמ' 260.

60 לפירוט על-אודות תיאוריה זו ראו: Michele Micheletti, *Introduction: Responsibility-Taking in Politics*, in CREATIVE PARTICIPATION: RESPONSIBILITY-TAKING IN THE POLITICAL WORLD 1 (Michele Micheletti & Andrew S. McFarland eds., 2010).

של הציבור לאינטרס פרטי והטמעה של התנהגות מונעת-אידיאולוגיה בשגרה היומיומית.<sup>61</sup> כפועל יוצא מכך, אזרחים המחפשים דרכים חדשות להשפיע על הפוליטיקה סביבם מוצאים אותן במגוון אפיקים חדשים, הכוללים בעיקר את השוק הכלכלי ואת המערכת המשפטית. הגיוון המנחה פעילות זו והרחבת גבולות הפוליטיקה כתוצאה ממנה מובילים לכך שאזרחים רואים אפילו בממשלות זרות, כמו-גם בתאגידים בין-לאומיים, מטרה לפעולה פוליטית.<sup>62</sup> לפי תיאוריית הניעות ותיאוריית ההשתתפות הפוליטית/האזרחית היצרנית, בחינת הרפרטוארים החדשים שנוצרו בהשתתפות הפוליטית והשוואתם לאלה הישנים יגלו לנו שקיימים כמה הבדלים בולטים ביניהם, הממחישים את היסוד הנורמטיבי שבהתפתחות זו. להלן יוצגו הבדלים אלה.

### 1. ממדרג ומריכוזיות לביזור ולגיוון

בהשתתפות הפוליטית/האזרחית החדשנית אין אותו מדרג ברור של נושאי-תפקיד מוגדרים מראש המאפיין פעילות זו בגרסתה המסורתית, שבה התנהלו הדברים בקשיחות ותחת מסגרת מדרגית ברורה.<sup>63</sup> כדי לייצר שינוי במסגרת המפלגתית, הפעיל הפוליטי נדרש לרוב להיות בעל מעמד מפלגתי בכיר כדי להניע שינוי מערכתי. כך, לדוגמה, כדי להכריז על חרם מטעם המפלגה או לארגן הפגנה בשמה, הפעיל צריך להיות בעל השפעה רבה על מוסדות המפלגה בדרגים הגבוהים ביותר. השינוי בפרקטיקות ההשתתפות הפוליטית מקנה לאזרחים ה"פשוטים" אפשרות לעשות מעשה בעל השפעה ומשמעות פוליטית מבלי להודק לגורם מתווך בכיר (ולרוב בלתי-נגיש) כלשהו. כך, למשל, כל אדם, ללא קשר למעמדו הכלכלי (אף שבסבירות גבוהה הוא יהיה לפחות בן המעמד הבינוני), יכול להפיץ במרשתת הודעה הקוראת להחרמת מוצר, ואף להודיע על קיומה של הפגנה. דוגמאות מצוינות לכך הן "מחאת האוהלים",<sup>64</sup> "מחאת הקוטג'<sup>65</sup>" ו"מחאת העגלות".<sup>66</sup> כל אלה החלו מעבודה של אדם אחד, אשר החליט כי רע לו במצב הכלכלי במדינה וסחף אחריו המונים.

61 Andrew S. McFarland, *Boycotts and Dixie Chicks: Creative Political Participation at Home and Abroad* 1–25 (2011).

62 Michele Micheletti, Andreas Føllesdal & Dietlind Stolle, *Politics, Products, and Markets: Exploring Political Consumerism Past and Present* 145–203 (2003).

63 Micheletti, Hooghe & Stolle, לעיל ה"ש 54, בעמ' 260.

64 כרמית חבר ואלה הלר "סולידריות במחאת קיץ 2011 – בין דימוי למציאות?" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011) [www.idi.org.il/media/6003/\\_\\_\\_\\_\\_pdf](http://www.idi.org.il/media/6003/_____pdf).

65 מירב קריסטל "כך התגלגל כדור הקוטג'" *ynet* 7.10.2011 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4132530,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4132530,00.html).

66 רועי קייס "מארגנות מחאת העגלות: הופתענו, זו רק ההתחלה" *ynet* 28.7.2011 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4101597,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4101597,00.html).

## 2. מעיסוק בסוגיות נרחבות אל מול נמענים מוסדיים לעיסוק ממוקד בנמענים אפקטיביים

באופן כללי ניתן לומר כי רפרטוארים חדשים של השתתפות פוליטית/אזרחית מכוונים פחות לגורמים רשמיים, כגון מפלגות, מאשר רפרטוארים מסורתיים. בניגוד לפעולות מסורתיות, המכוונות לגופי ממשלה או לגופים אשר שייכים למדינה ועוסקים בסוגיות נרחבות, פעולות מהסוג החדש מכוונות הן לגופי המדינה והן לגופים לא-מדינתיים. בהתאמה, בחירת המטרות לשינוי חברתי-פוליטי מונחית כיום גם על-ידי העובדה שלמנגנונים לא-מדינתיים יש כוח, הלכה למעשה, על המערכת הפוליטית.<sup>67</sup> יוזמות פוליטיות/אזרחיות חדשניות אלה גורמות לכך שמעשים יומיומיים – שבאמצעותם הפעילים מנסים להוביל שינוי פוליטי – נהפכים לפוליטיים. דוגמה בולטת להתנהלות זו היא תופעת הצרכנות הפוליטית (political consumerism), שבמסגרתה השוק הכלכלי נהפך לזירה פוליטית שבה ניתן ליישם אידיאולוגיה פוליטית, ולעיתים אף נקודתית מאוד, על בסיס יומי.

## 3. מקולקטיביות לאינדיווידואליזם מכוון-קולקטיביזם

למרות הסתמכותה על קולקטיביזם, ההשתתפות בפעולות המחאה הפוליטיות/האזרחיות החדשות היא בעלת יסוד אינדיווידואליסטי מובהק. בעבר, כחלק מקידום מעמדם במדרג המפלגתי, נדרשו הפעילים במפלגה ליטול חלק פעיל במפגשי המפלגה, כגון חוגי-בית, כדי לפעול כחלק מהקולקטיב הפוליטי. כיום ניתן לזהות דפוס שלפיו אף שההשתתפות הפוליטית נעשית למען "טוב" רחב – ובמובן זה היא קולקטיביסטית – הפעולות עצמן מאפשרות השתתפות אינדיווידואליסטית לגמרי. דוגמאות לכך הן חתימה על עצומה והתארגנות צרכנית. אלה אינן דורשות מהאזרחים השתתפות פעילה במפגשי מפלגה או במפגשים קבועים בארגונים חוץ-פרלמנטריים.<sup>68</sup> כמו-כן, לנוכח היסוד האינדיווידואליסטי של הפעילות, אין דרישה להיכרות אישית מוקדמת עם כלל האנשים הנוטלים חלק בפעילות, ולרוב אף לא עם אחד מהם.

## 4. ממסגרות מחאה שמרניות ליצירתיות

לאחרונה הצטרף ליסוד היצירתיות, כמימד נוסף בהשתתפות הפוליטית, גם רעיון היזמות, המראה עד כמה יצירתיות היא חלק הכרחי אך לא מספיק בו. רעיון "היציאה היזמית" נשען על זיהוי פעולות אזרחיות של פרישה או יציאה מקבלת שירות מדינתית כלשהו עקב חוסר שביעות-רצון ממנו.<sup>69</sup> "יציאה יזמית" היא תגובה אזרחית על חוסר שביעות-רצון משירות שהמדינה מעניקה, שבמסגרתה האזרח אינו מסתפק ב"יציאה" מאותו מערך שירותים ובוותור סביל עליהם, אלא יוצר באופן פעיל חלופה לשירות זה, לעיתים בכוחות-הוא

67 Micheletti, לעיל ה"ש 60, בעמ' 4.

68 Micheletti, Hooghe & Stolle, לעיל ה"ש 54, בעמ' 260.

69 רעיון זה בוסס בתיאוריה של הירשמן על "יציאה" ו"קול" כאפשרויות בינריות של השתתפות פוליטית אזרחית. ראו: ALBERT O. HIRSCHMAN, EXIT, VOICE, AND LOYALTY: RESPONSES TO  
.DECLINE IN FIRMS, ORGANIZATIONS, AND STATES (1970)



ממש.<sup>70</sup> יצירת החלופה וביסוסה כמתחרה אמיתית וראויה לשירותי המדינה הכושלים מחייבים לפיכך יזמות, המתבטאת בחדשנות, בנטילת סיכונים, ביצירת הזדמנויות חדשות ובערעור על הסטטוס-קוו.<sup>71</sup> דוגמה להתנהלות כזו היא תופעת התגבשותן בשנים האחרונות של קבוצות-רכישה לרכישת דירות. מטרתן של קבוצות אלה היא להוזיל את שוק הנדל"ן בישראל – יעד שהמדינה עצמה כשלה מלהשיג.<sup>72</sup>

לסיכום, תיאוריית הניעות ותיאוריית הפעילות הפוליטית היצירתית מדגישות כי מקורם של השינויים שחלו בדפוסי ההשתתפות הפוליטית שנסקרו לעיל הוא העדר האמון במסגרת המדינתית המוסדית. טענה זו מתיישבת היטב עם מחקרים המצביעים על ירידה חדה באמון הציבור במנהיגיו במדינות דמוקרטיות רבות, ועל גידול משמעותי בתחושת הנתק והניכור שבין האזרחים לבין מוסדות המדינה.<sup>73</sup> הסיבות לחוסר האמון שונות ומגוונות,<sup>74</sup> ולא זה המקום לפרטן, אולם נזכיר כי בין הגורמים המרכזיים לחוסר האמון ניתן לזהות את תחושת אי-שביעות הרצון המתמשכת של הציבור מהמערכת הפוליטית, אשר במציאות הנוכחית אינה מצליחה למלא את תפקידיה הרבים,<sup>75</sup> כמו-גם להגשים את רצונו של הפרט בביטוי עצמי בתיעול מאבקיו לתחום הנראה קריטי בעיניו.

## ג. האפשרות להשתמש במשפט בכלל ובדיני הנוזיקין בפרט ככלי לשינוי חברתי

במובנים רבים תיאוריית הניעות ותיאוריית הפעילות הפוליטית היצירתית, שתוארו בפרק הקודם, יכולות להסביר את השינוי שחל באופני ההשתתפות הפוליטית באמצעות המשפט. אם בעבר שררה התפיסה שיש לנהל מאבקים אלה במסגרת המשפט הציבורי, כיום ניתן לזהות את פתיחת הערוץ של שימוש בדיני הנוזיקין לצורך זה כדוגמה לרפרטואר חדש של השתתפות פוליטית ומעורבות אזרחית, המבטא את העידן היצירתי.

### 1. מזירה אחת לשתיים – סלילת המרחב הנוזיקי למאבק משפטי למען שינוי חברתי-פוליטי

מאבקים לקידום זכויות אדם ולשינוי חברתי במשפט נעשו מאז ומתמיד בחסותה של זירת המשפט הציבורי. מכיוון שהפוגעת העיקרית בזכויות אדם היא המדינה, ומאחר שהיא זו שנתפסת – במסגרת החשיבה הפוליטית-הליברלית – כמי שאמורה להימנע מפגיעה

70 ענת גופן "יציאה יזמית כתגובה לחוסר שביעות רצון משירותים ציבוריים" פוליטיקה: כתב עת ישראלי למדע המדינה וליחסים בינלאומיים 23, 135 (2014). אזרחים הנוקטים יציאה יזמית מוותרים לרוב על הטובין הממשלתיים והמסובסדים, ואף פועלים לעיתים נגד המדיניות הממשלתית או מבססים מערך מקביל המתחרה ממש במדינה.

71 שם, בעמ' 145.

72 דותן לוי "כמה קבוצות רכישה באמת יש בישראל" כלכליסט 6.8.2015 [www.calcalist.co.il/real\\_estate/articles/0,7340,L-3666278,00.html](http://www.calcalist.co.il/real_estate/articles/0,7340,L-3666278,00.html)

73 שמיר, לעיל ה"ש 30.

74 שם, בעמ' 12-13.

75 שם, בעמ' 15-17.

בזכויות אדם ולהעניק לפרט את האוטונומיה שהוא זכאי לה כפרט נושא זכויות,<sup>76</sup> הייתה המדינה הנתבעת העיקרית בתביעות כאלה. תביעות נגד המדינה מצויות באופן מסורתי במסגרת סמכותו של בג"ץ או לכל-הפחות במסגרת סמכותו של בית-המשפט המחוזי בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים.<sup>77</sup> מעבר לדקדוקיה של חלוקת הסמכויות הפוזיטיביסטית המחייבת זאת, מערכת האיזונים והבלמים של עקרון הפרדת הרשויות הקלסי מצביחה את בית-המשפט העליון, בשבתו כבית-דין גבוה לצדק, ככתובת הטבעית והיחידה לדרישה להגבלת כוחה של המדינה. בעתירות רבות התבקש בית-המשפט העליון להפעיל צווים מסוגים שונים היכולים להינקט נגד המדינה לשם ריסון כוחה הרב על האזרח. המשפט הציבורי – בעיקר זה החוקתי והמנהלי – התאים מבחינה רעיונית ומבנית למנגנון זה של פיקוח והגבלת סמכויות המדינה, כמקובל במדינות דמוקרטיות-ליברליות.

מבנה משפטי זה פועל היטב גם בשיטה הישראלית. מאז הוקמה מערכת המשפט הישראלית התרחשו תקיפות שיטתיות של פעולות המדינה לפני בג"ץ. עם זאת, רק בשלהי שנות השמונים החלה התייחסות ברורה של ארגוני זכויות אדם לכלי המשפטי כאל כלי עוצמתי להשגת שינוי חברתי בישראל. עם עליית הערכים וירידת הפורמליזם של בית-המשפט העליון,<sup>78</sup> ותחת הנהגתו של הנשיא ברק בהמשך, החל שימוש מסיבי בכלי זה, שהגיע לשיאו במהלך העשור של שנות התשעים.<sup>79</sup> עותרים ציבוריים בדמות ארגוני זכויות אדם נעשו לשחקנים מרכזיים בשינוי השיח המשפטי-החברתי-הפוליטי באמצעות המשפט. שדולת הנשים בישראל, האגודה לזכויות האזרח, התנועה למען איכות השלטון בישראל ועדאלה החלו כולם לעשות שימוש שיטתי ועקבי בכלי המשפטי, ובית-המשפט העליון נענה למהלך בצורה חיובית ברורה.<sup>80</sup>

אלא שלאחר תקופת-מה, בתחילת שנות האלפיים, ניכר כי פעולה זו, בסגנון up-bottom, התאפיינה באפקטיביות מוגבלת בלבד. כך, למשל, בהקשר של קידום שוויון אזרחי, שם נעשה בה שימוש מסיבי, הובן כי ההגנה שהושגה בדרך זו על הזכות לשוויון – הן של נשים הן של אזרחיה הערבים של המדינה – הייתה מוגבלת. הגנה זו נכחה בעיקר ברטוריקה החגיגית

76 הפרדיגמה הליברלית בדבר חירות הפרט והאוטונומיה של הפרט עומדת בבסיס ההכרה בכך שבמרחב הפרטי קנויה לאדם זכות מוחלטת לנהוג כרצונו, תוך קביעת גבולות מינימליים של התערבות מדינתית בהחלטתו, ובמיוחד של התערבות חלוקתית. לרתיעה הליברלית הכללית משיקולים חלוקתיים במשפט הפרטי ראו: Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 Md. L. Rev. 563, 588 (1982). לכתובה סמינלית בתחום ראו: Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* 31 (1974). לחשיבותה של הזכות לאוטונומיה בהקשר זה ראו: Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1986); שחר ליפשיץ "רבותיות ליברלית-פוליטית כתרופה ליחסי דת ומדינה בישראל" משפטים מ' 887, 903 (2011); יוסי דהאן תיאוריות של צדק חברתי (2007).

77 לפירוט ראו חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000; יצחק זמיר הסמכות המינהלית 318 (1996).

78 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 38.

79 שלמה מזרחי ואסף מדיני מדיניות ציבורית בין חברה למשפט 169-171 (2006).

80 שם, בעמ' 180.

של פסקי-הדין שנתן בית-המשפט העליון, ופחות בתוצאותיהם.<sup>81</sup> אכן, החל באמצע שנות האלפיים החלו להופיע בבתי-המשפט תביעות אזרחיות-נוזקיות שמטרתן המובהקת הייתה שינוי חברתי באמצעות המשפט, משמע, השפעה באופן שאינו פוליטי-מסורתי על מוסדות המדינה או על גורמים פרטיים לטובתן של אוכלוסיות מוחלשות ולהגנתן של זכויות אדם. העיקרון שעליו נשען מהלך זה, בקצרה, היה שדיני הנוזקין הם כלי מרכזי וחשוב למיגור הפליה ולקידום זכויות אדם בדרך של bottom-up.<sup>82</sup> במובן זה, על-אף החדשנות שבמהלך, הוא נשען על עיקרון קלאסי-מסורתי של דיני הנוזקין שלפיו אחת ממטרותיהם המוצהרות היא הרתעה, ולכן הם ייצרו הניעה כלכלית ברורה לשינוי אופן ההתנהלות של המדינה ואף של גופים פרטיים, במקרים של פגיעה בזכויות-יסוד.<sup>83</sup>

הסברים שונים, פנים-משפטיים, הוצעו לשינוי זה שחל בדיני הנוזקין. ייחוס אחד היה לאופיים הגמיש במיוחד כדיני המשפט המקובל, אשר חוזק במיוחד בישראל במשנתו של הנשיא ברק, שהשפיעה עמוקות על עיצוב דיני הנוזקין כבעלי תחולה רחבה אף יותר מהמסגרת המסורתית האנגלו-אמריקנית שממנה ינקו שורשיהם.<sup>84</sup> ייחוס אחר היה למהפכה החוקתית הכוללת במשפט הישראלי ולהתגברות שיח הזכויות וההגנה עליהן, אשר לא פסחו גם על דיני הנוזקין.<sup>85</sup> עוד יוחס השינוי לעשייה פרקטית-נוזקית בעלת יעד אסטרטגי-פמיניסטי מובהק אשר פרח בישראל והצלחה לרתום – בעבודה ליטיגטורית – את בתי-המשפט לשינוי זה.<sup>86</sup> לצד תמות אלה, נקודת-המבט של מדע המדינה מציעה לנו תמה חדשה, המזהה את השינוי הזה עם פיתוח הפרקטיקה של "השתתפות פוליטית משפטית", שכן שינוי זה מבטא אותם תהליכים שניכרו בפיתוח פרקטיקות אלה במישור הפוליטי ובהשתתפות האזרחית. בראש ובראשונה השינוי מבטא הכרה במגבלותיו השיטתיות של השימוש במשפט הציבורי וחיפוש אחר מרחב אחר שדרכו ניתן להשיג אפקט נרחב של שינוי חברתי-פוליטי באמצעות המשפט. הטלת אחריות על המזיק, באמצעות תביעה פרטנית של ניזוק ספציפי מפעולתו,

81 להגנה המוגבלת על האוכלוסייה הערבית ראו: Yousef T. Jabareen, *Constitution Building and Equality in Deeply-Divided Societies: The Case of the Palestinian-Arab Minority* in *Israel*, 26 Wis. INT'L L.J. 345 (2008). להגנה המוגבלת על האוכלוסייה הנשית ראו: Frances Raday, *On Equality — Judicial Profiles*, 35 ISR. L. REV. 380 (2001).

82 רעיון השימוש בדיני הנוזקין להגנה מפני יחסי כוח חברתיים מוטים מופיע אצל ביטון, לעיל ה"ש 11. רעיון השימוש בהם במקרים של הפרת זכויות אדם ברמה המוסדית גובש אצל: GEORGE P. FLETCHER, *TORT LIABILITY FOR HUMAN RIGHTS ABUSES* (2008).

83 משמעות הדבר היא שהדרישה מן הנתבע לשלם פיצוי תהפוך את הפעילות ליקרה יותר, ולעיתים לבלתי-משתלמת מבחינתו, מה שיתמרץ אותו לשנות את אופן הפעילות שלו. לעיקרון בסיסי זה ראו ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנוזקין" משפטים כב 421 (1993). העיקרון מוסבר בפשטות גם אצל: TIM FRIEHE, *PRECAUTION INCENTIVES IN ACCIDENT SETTINGS* 9–15 (2008). למחלוקת על עוצמת השפעתה של מטרה זו, אבל לא על תקפותה ככלל, ראו: Gary T. Schwartz, *Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter?*, 42 U.C.L.A. L. REV. 377 (1994).

84 גלעד "סוגיות בדיני נוזקין", לעיל ה"ש 4; אנגלרד, לעיל ה"ש 4.

85 ראו לעיל ה"ש 5.

86 ראו לעיל ה"ש 6.

תדרבן את המזיק לשנות את אורחותיו מרגע קביעת האחריות ואילך, על־מנת להימנע מתשלום פיצויים. במקרה שבו המזיק הוא המדינה, ההסתייגות מתשלום פיצויים תהא עזה לא פחות, בשל הצורך לשמר את כספי המיסים, החיוניים לתפקודה.<sup>87</sup> בהקשר הייחודי של השפעה על התנהלות המדינה, עיקרון הרתעתי זה מעורר אתגרים רעיוניים לא־מעטים, אשר קצרה היריעה מלעסוק בהם כאן. לעת הזו נאמר רק כי המשפט הישראלי היה בין הראשונים במסורת המשפט המקובל שהסירו את החסינות ההיסטורית שניתנה לרשות הציבורית מפני אחריות נזיקית, ולכן היווה כר נוח ונכון להפעלתה ולטיפוחה של מגמה זו.<sup>88</sup> עוד יובהר כי עם השנים אימץ בית־המשפט העליון עצמו את הרעיון של שימוש אסטרטגי־מראש בדיני הנזיקין ככלי לקידום שוויון ולמניעת הפליה,<sup>89</sup> ולאחרונה ניתן לזהות גל ברור של שימוש בכלי זה על־ידי ארגוני שינוי־חברתי משפטיים נוספים, ואף על־ידי עורכי־דין פרטיים, אשר גילו את פוטנציאל ההתפתחות המקצועית והערכית בתחום. כך, למשל, ארגוני נשים החלו להגיש תביעות נזיקיות לפיצוי נשים בגין הפלייתן על רקע דתי – למשל, במקרים של כפיית נשים לשבת בחלק האחורי של אוטובוסים,<sup>90</sup> במקרים של הטרדתן על רקע צניעות במרחב הציבורי<sup>91</sup> ובמקרים של הדרתן משידור במרחב הציבורי.<sup>92</sup>

## 2. בין זירה אחת לרעותה – על ההבדלים בין הזירות המשפטיות של המאבק לשינוי חברתי

ההבדלים המשמעותיים בין ניהול תביעה חברתית־פוליטית באמצעות המשפט הציבורי לבין ניהולה באמצעות המשפט הפרטי משתרעים הן על המסגרת הפרוצדורלית הן על זו המהותית.<sup>93</sup> עמידה על ההבדלים אלה מהזווית של תיאוריות השינוי בפרקטיקות ההשתתפות הפוליטית־האזרחית מאפשרת לראות את קווי הדמיון – הן אלה התיאוריים הן אלה הנורמטיביים – בין המעבר שנעשה בשימוש החברתי־המערכתי מזירת המשפט הציבורי לזירת המשפט הפרטי לבין מאפייניהם העיקריים של אופני ההשתתפות הפוליטית החדשים, שראינום לעיל.

### (א) ממדרג ומריכוזיות לביזור ולגיוון

המעבר לשימוש בדיני הנזיקין לשם הגשת תביעה בעלת השפעה חברתית־מערכתית מהווה כמובנים רבים נטישה של המסגרת המדרגית המאפיינת פנייה בתביעה כזו לבג"ץ.

- 
- 87 גלעד, לעיל ה"ש 83.
- 88 לפירוט נוסף ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א 201–222 (2012).
- 89 ביטון, לעיל ה"ש 11.
- 90 ת"א (מחוזי י"ם) 2356/08 יסעור נ' אגר – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 28.9.2014).
- 91 ת"א (שלום ב"ש) 41269-02-13 פיליפ נ' אבוטכול (פורסם בנבו, 25.1.2015).
- 92 רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים רתיות, פס' 76 לפסק־דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 9.12.2015) (להלן: פרשת קולך).
- 93 לניתוח מקיף של כלל ההבדלים האלה ראו: Ella Glass & Yifat Bitton, *A Woman of Valor: Goes to Court: Tort Law as an Instrument of Social Change under Multiculturalism*, 31 Isr. Stud. Rev. 107, 113–14 (2016).

ראשית, השוני הפרוצדורלי בין עתירות המוגשות לבג"ץ לבין תביעות נזיקיות יוצר דה-מדרגיוזציה של ההליך. מבחינה פרוצדורלית, ניהול מאבק בזירת המשפט הציבורי מחייב פנייה לערכאה העליונה ביותר, משמע, לבית-המשפט העליון שבבתו כבית-משפט גבוה לצדק. לעומת זאת, ניהול תביעה אזרחית לפיצוי מתרחש כרובם המכריע של המקרים בבתי-משפט השלום, לנוכח העובדה שחלוקת הסמכויות נקבעת בעיקר על-פי גובה סכום התביעה.<sup>94</sup> זאת ועוד, מכיוון שבמקרים של הפרת זכויות אדם אין כיום מערכת פיצויים מפותחת, הסכומים הנפסקים לתובעים נמוכים יחסית, ואף נתון זה מנתב תביעות אלה בעיקר לבתי-משפט השלום ואף לבתי-משפט לתביעות קטנות.<sup>95</sup> שנית, הפנייה לבג"ץ, אף שהיא פתוחה לכל אדם, נעשית לרוב על-ידי עותרים בעלי משאבים פוליטיים ומידת השפעה ניכרת על המערכת.<sup>96</sup> כך, בעלי המעמד הפוליטי החלו כבר בשנות השמונים לפנות באופן שיטתי לבג"ץ, בעיקר בשל אובדן היכולת הפרלמנטרית לקדם את האינטרסים שלהם, וגם על-מנת לזכות בחשיפה תקשורתית רחבה.<sup>97</sup> הנה כי כן, זה כשלושה עשורים, עד לימינו-אנו, פוליטיקאים מכל גוני הקשת הפוליטית פונים לבית-המשפט העליון בבקשת סעד משפטי שיהיה בעל השפעה חברתית-פוליטית.<sup>98</sup> תופעה זו הובילה למה שנתפס כ"פוליטיזציה" של מערכת המשפט, ובפרט של בית-המשפט העליון.<sup>99</sup> המשפט החל נתפס כזירה של אינסטרומנטליזם השתתפותי, הבא לידי ביטוי בקידום "מוצרים" ציבוריים על-ידי עותרים ציבוריים.<sup>100</sup> במילים אחרות, אנשי ציבור ראו את מערכת המשפט ככלי למקסום ערכים או אינטרסים שלהם בדרך של דמוקרטיה אינסטרומנטלית.<sup>101</sup> דיני הנזיקין, לעומת זאת, מהווים מסגרת תביעה אינדיווידואליסטית מובהקת, שבה כל אדם שניזוק מפרקטיקה פוליטית – יהא נטול תארים ודרגות ככל שיהא – יכול להגיש תביעה נזיקית שתאפשר לו לבוא בדברים עם המזיק שפגע בו ולשנות את המציאות המזיקה שבמסגרתה התאפשרה פגיעתו. בעוד הצטרפותו של פוליטיקאי לעתירה מבטיחה הן נראות תקשורתית גבוהה

94 יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי (2015).

95 להעדרה של מערכת פיצוי מפותחת המעניקה סכומי פיצוי משמעותיים ראו ביטון, לעיל ה"ש 5. יש לציין כי בתחום זה הולך וניכר שינוי, שעיקרו הגדלת סכומי הפיצוי. עם זאת, בהינתן גובהו הדרמטי של סכום הסמכות של בית-משפט השלום (כ-2,500,000 ש"ח), גם שינוי זה מותיר את התיקים בטווח סמכותו של בית-משפט זה, ואף למטה מכך. תביעות נזיקיות רבות בגין הפליה, למשל, מוגשות לבתי-משפט לתביעות קטנות. ראו יפעת ביטון "מזרחים במשפט: 'האין' כ'יש' משפטים מא 455 (2011).

96 לדיון בסוגי החסמים בגישה לבית-המשפט העליון ראו יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה 217 (2000).

97 בהקשר זה מוכרת במיוחד טענתו של מני מאוטנר כי פנייה זו נעשתה על רקע עלייתה של מפלגת הליכוד לשלטון בשנת 1977 ואובדן האחיזה השלטונית במדינה של מפלגת העבודה ושל המפלגות המצריות שמאלה ממנה. מאוטנר, לעיל ה"ש 38, בעמ' 129-130.

98 מזרחי ומירני, לעיל ה"ש 79, בעמ' 107; מאוטנר, לעיל ה"ש 38, בעמ' 66.

99 לביקורת המימד האקטיביסטי שהתפתח החל בשנים אלה במעורבותו של בית-המשפט העליון בשאלות פוליטיות ראו דניאל פרידמן הארנק והחרב (2013).

100 יובל אלכשן פרקליטי העשוקים: על המשפט ככלי לשינוי חברתי 157-158 (2014).

101 מזרחי ומירני, לעיל ה"ש 79, בעמ' 129.

לעתירה והן מימון מפלגתי, בתביעה הנזיקית מובטח לאזרח התובע בעיקר יתר השפעה על תוכן הדרישה המובאת לפני בית-המשפט ויתר שליטה בהתנהלות ההליך.<sup>102</sup> מדרג נוסף שנשבר במעבר זה היה במעמדו הכלכלי הממוצע של הגורם האנושי-התובע. עורכי-הדין המייצגים בערכאה הגבוהה ביותר נחשבים – ככל תחומי הפרקטיקה המקצועית – "עורכי-דין צמרת" בעלי יוקרה מקצועית ייחודית, ולמעט מקרים חריגים של ייצוג על-ידי עמותות הנרתמות למשימה, מחיר שירותיהם יקר בהתאם.<sup>103</sup> לעומת זאת, בערכאת השלום, ובוודאי בבית-המשפט לתביעות קטנות, שבו אין כלל ייצוג, עלות ניהולו של ההליך נמוכה בהרבה.<sup>104</sup> נתון זה, בצירוף היסוד האינדיווידואליסטי שבתביעות הנזיקיות, אפשר "פתיחת דלתות" של ממש לתובעות ולתובעים לא-שגרתיים מקבוצות מוחלשות ונטולות כוח פוליטי משמעותי שזכו בתמיכה מארגוני המגזר השלישי. כך, למשל, ניתן לזהות גל ממשי של שימוש "פמיניסטי" של נשים שהגישו תביעות נזיקין בגין העוול שנגרם להן.<sup>105</sup> במקביל, בבתי-המשפט לתביעות קטנות החלו בעשור האחרון תובעים ממוצא ערבי, מזרחי או אתיופי להגיש תביעות בגין הפלייתם בכניסה למועדונים.<sup>106</sup>

## (ב) מעיסוק בסוגיות נרחבות אל מול נמענים מוסדיים לעיסוק ממוקד בנמענים אפקטיביים

התביעות הנזיקיות המוגשות לשם יצירת שינוי חברתי-פוליטי מייצרות אפקטיביות ייחודית באמצעות בחירת נמעניהן בשני מובנים בולטים. כמובן אחד, בשל החובה הקיימת בדיני הנזיקין לזהות באופן מהודק ומדויק את המזיק, גם תביעות נזיקיות המוגשות נגד "המדינה" מוגשות למעשה נגד מזיקים קונקרטיים, ומאפשרות אפקטיביות רבה יותר של הנמען במיגור פעולתו המזיקה. סימון ספציפי זה של הנמען אינו מוכר כמעט בעתירות המוגשות לבג"ץ, שם העתירה תהא לרוב נגד מי שעומד בראש הממסד המדינתי, ללא איתור מחייב של "מבצע-הקצה" הפועל בצורה פוגענית. הטלת אחריות על גורם ספציפי מגדילה את הסיכוי לשינוי מדיניות "שטח", ותורמת להשגת מטרת התביעה – שינוי המדיניות. ניטול, לדוגמה, את הנושא של שינוי שם משפחתה של אישה בניגוד לרצונה. בפרשת אפרת

102 לטענה כי ההליך הנזיקי מעניק תחושת שליטה לניזוק-התובע ראו: Ronen Perry, *Empowerment and Tort Law*, 76 TENN. L. REV. 959 (2009).

103 ראו, למשל, אפרים סלנט "העני והעשיר בעיני החוק" הפרקליט יז 313 (1961).

104 עיון בסכומי אגרות המשפט לפתיחת הליך משפטי בבית-המשפט העליון. למידע נוסף ראו תקנות בתי נמוך מזה שנגבה בפתיחת הליך משפטי בבית-המשפט העליון. למידע נוסף ראו תקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007. נוסף על כך קיימות תקנות בסדר הדין האזרחי אשר מסדירות את ההוצאות הנלוות לקיום משפט ומחייבות את התובע בהפקדת ערובה לתשלום הוצאותיו של הנתבע. ראו תקנות 427 עד 433 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקסד"א). ראו גם תקנה 519 לתקסד"א, המחייבת את התובע בהפקדת ערובה לתשלום הוצאותיו של הנתבע. בשל עלויות הדיון הגבוהות יותר בבית-המשפט העליון, נראה כי שימוש בסעיפים הללו בבית-המשפט העליון יוביל לחיוב בהפקדת ערבויות גבוהות יותר בהשוואה לשימוש בהם בערכאות שיפוטיות נמוכות יותר.

105 ראו סקירת מגמה זו אצל ביטון, לעיל ה"ש 6.

106 ראו סקירת מגמה זו שם.

הגישה אישה שביקשה לשנות את שם משפחתה עתירה לבג"ץ נגד שר הפנים והממונה על מרשם האוכלוסין.<sup>107</sup> בתביעה דומה שהגישה אישה ששם משפחתה שונה לשם כן-זוגה לאחר נישואיהם בניגוד לרצונה, ואשר נדונה בבית-משפט שלום, סומנו כנתבעים הרבנות הראשית בבאר-שבע, שם נרשם הזוג לנישואים, וראש רשות האוכלוסין, שביצעה את הרישום בהתאם לדיווחה של הרבנות.<sup>108</sup> בעוד שבבקבות פרשת אפרת שונה החוק כן שיאפשר לנשים לשמר את שם משפחתן מנעורים כבררת-מחדל,<sup>109</sup> רק בעקבות התביעה הנוזקית הבינה המדינה כיצד, למרות חקיקה זו, שמן של נשים רבות שנישאות משונה על-כורחן, והנתבעים מטעם המדינה התחייבו לשנות את אופן פעילותם כדי למנוע הישנות של מצב זה.<sup>110</sup>

*המובן האחר* שבו מושגת האפקטיביות של השינוי החברתי באמצעות בחירת הנמענים נוגע בהגשת תביעות דווקא נגד גורמים לא-מדינתיים. זאת יש לזכור: דיני הנוזקין מיועדים בראש ובראשונה להסדרת יחסים בין שני פרטים, והתרחבות השימוש בהם נגד המדינה היוותה שלב נוסף בהתפתחותם ובהפיכתם למודרניים.<sup>111</sup> נמעני התביעה הנוזקית נבחרים למעשה על-פי הזיקה היומיומית שיש לפרט עם המזיק, ובחירה זו מהווה לפיכך הזדמנות לזהות כשל מערכתי בהתנהלות החברתית, גם אם מקורו אינו "מדינתי" בהכרח או באופן ישיר. כך, למשל, בפרשת ביתילי,<sup>112</sup> הבחירה בבעל מקרקעין מסחרי שבשטחו נפגעה אישה כמזיק אפשרה מתיחת זיקה בין פעילות יומיומית של קניות וצרכנות לבין חובת הזהירות של בעלי עסק לדאוג לשלום לקוחותיו, ובפרט לשלום לקוחותיו הנשים. פסק-הדין ביסס חובת זהירות כזו בין התובעת שנרצחה ונאנסה על גג חנות לבין בעלי אותה חנות, אולם הייתה לו משמעות רחבה בהרבה.<sup>113</sup> הטלת חובת זהירות בין בית-עסק לבין לקוחה-העלולה-להיחשף-בעסק-לפגיעה-מינית יצרה סטנדרט חדש של התנהגות של בעלי עסקים כלפי לקוחותיהם, אשר נראה כי תקנות או חקיקה לא השכילו ליצור. דוגמה זו היא רק אחת ממגוון האפשרויות של הטלת אחריות נוזקית על חברות עסקיות ככלי לחינוך.<sup>114</sup> דוגמה נוספת היא הגשת תביעה נוזקית על-ידי פרט ישירות נגד מפעל מזהם המצוי סמוך אליו, במקום לפעול בספרה הפוליטית השגרתית בתקווה שחקיקה או תקנות חדשות בנושא יפעלו בסופו של יום גם לשיפור איכות חייו. דוגמה מובהקת אחרת ושיטתית במיוחד לשימוש נוזקי זה ניתן למצוא דווקא במשפט האמריקני, שם נפוצה בעשור וחצי האחרונים הגשת

107 בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749 (1993).

108 ת"א (שלום ת"א) 29770-08-11 ביטון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.3.2012) (נסגר בפשרה ב-24.10.2012).

109 ראו חוק השמות (תיקון מס' 3), התשנ"ו-1996, ס"ח 84.

110 בעקבות ניהול התביעה בפרשת ביטון, לעיל ה"ש 108, נפגשו הצדדים, והמדינה הסכימה במסגרת זו כי מכאן ואילך יישלח אליה עותק מהצהרה של אישה המבקשת לשנות את שם נעוריה עם נישואיה. נשים שלא יתקבל עותק מבקשתן, כך נקבע, לא ישונה שמן.

111 ראו סקירת מהלך מהפכני זה אצל ישראל גלעד "האחריות בנוזקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון)" *משפט וממשל* ב 339 (1994).

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

113 שם, פס' 11.

114 יפעת ביטון "בין נוזקין לעונשין או בין הנזק לעונשו? דילמות מבניות, דינויות ותפקודיות בייצוג נפגעות תקיפה מינית" *עיוני משפט* לו 657 (2015).

תביעות נזיקיות על-ידי פרטים, ולעיתים על-ידי קהילות שלמות, לפיצויים על רמיסת זכויותיהם על-ידי תאגידים טרנס-לאומיים המפרים באופן שיטתי זכויות אדם בפעילותם המסחרית.<sup>115</sup> זירת המשפט הבין-לאומי מסמנת כיום את מרכז-הכובד של שינוי מגמה זה בארצות-הברית, ומבטאת אותו בעוצמות משמעותיות ביותר, לנוכח האפקטיביות הרבה שיש למשפט הבין-לאומי הנזיקי על סדרי התנהלות ועולמות משמעות משפטיים. בצורה הפשוטה ביותר, דיני הנזיקין יצרו כלי להפנמת הנזקים שהחצינו חברות-ענק על סביבתן המוחלשת והבלתי-מוגנת מהבחינה הפוליטית.<sup>116</sup>

### (ג) מקולקטיביות לאינדיווידואליזם מוכוון-קולקטיביזם

למרות הסתמכותן על קולקטיביזם, השתתפויות פוליטיות-אזרחיות חדשות הן אינדיווידואליסטיות בפועל, ומתמקדות בנושא ספציפי, ולא בנושא עקרוני. כך, לדוגמה, ניתן לראות יחידים המפגינים מול משרדיה של חברה מסחרית במחאה על דפוסים של העסקה נצלנית שהיא נוקטת על-פי הטענה, תחת שנחזה בהם בהפגנות המוניות בכיכר העיר המוחות על התופעה באופן כללי. גם קשר דיאלקטי זה של הפרט הפועל, מחד גיסא, והקולקטיביזם המצוי בבסיס האינטרס של פעולתו, מאידך גיסא, פועל בצורות שונות ומעניינות בזירות המשפט הפרטי והציבורי.

ההבדל בין סוגי הערכאות מבטיח – על פניו – ניהול הליך "עקרוני" כבג"ץ אל מול ניהול הליך הנתפס כ"נקודתי" וכפרטני בבית-המשפט האזרחי. מבחינת זכות העמידה, בעוד בעתירה לבג"ץ הצד האזרחי יכול להיות "עותר ציבורי", אין כמעט מקבילה כזו בהליך הנזיקי.<sup>117</sup> בעוד לבג"ץ יכול לעתור גם מי שאינו הנפגע הישיר מהתנהגותה של הרשות

115 לסקירת מנגנון זה באופן כללי ראו: William R. Casto, *The New Federal Common Law of Tort Remedies for Violations of International Law*, 37 RUTGERS L.J. 635 (2006). למהותו של מנגנון זה ככרוך בשינוי רעיוני שחל במטרתם של דיני הנזיקין בארצות-הברית, ולחשיבותה של ההגנה החוקתית על זכויות המוענקת באמצעותו, ראו FLETCHER, לעיל ה"ש 82.

116 מצב זה, שבו הפוליטיקה הלאומית אינה מטילה רגולציה על חברות בהקשר של זכויות אדם, הוביל לכך שהאור"ם פרסם בעבר כללים מנחים – אם כי בלתי-מחייבים – להתנהלותן של חברות בין-לאומיות. בשנת 2012 פרסם האור"ם כללים מנחים לעסקים בנוגע להגנה על זכויות אדם: UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, *THE CORPORATE RESPONSIBILITY TO RESPECT HUMAN RIGHTS: AN INTERPRETIVE GUIDE* (2012), [www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2\\_En.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf). להרחבה ראו: John Christopher Anderson, *Respecting Human Rights: Multinational Corporations Strike Out*, 2 U. PA. J. LAB. & EMP. L. 463 (2000). אנדרסון מדגיש את הגירול שחל בכוחם של תאגידים בין-לאומיים, ואת השפעתם ההולכת וגדלה על תנאי המחיה ברחבי העולם, בצד התמריצים הכלכליים הברורים שיש לממשלות המקומיות להעלים עין מפגיעותיהם של התאגידים בזכויות אדם.

117 חריג לכך מהווה ההרשאה המצויה בס' 7(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, המתירה לארגוני חברה אזרחית לתבוע במקרה שבו אין תובע כנמצא. ראו ביטון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 214.



הציבורית, ופעמים רבות אפילו פוליטיקאים ממש עותרים לבד או לצד עותרים פרטיים, כדיני הנוזיקין הדרישה היא שהתביעה תוגש על-ידי הניזוק או לכל-היותר – במסגרת מצומצמת מאוד – מי שייצגו היטב את מערך הזכויות של ניזוק פוטנציאלי כזה.<sup>118</sup> דרישה זו מקשה לעיתים את הבאת התביעה לפני בית-המשפט, ומגבירה את הסיכון שפסק-הדין שיינתן בעניינה ילקה בקונקרטיות-יתר, אולם היא מבטיחה עיסוק מהודק בלב ההיזוק שהעוולה גורמת.

מבחינה מהותית, ניהול תביעה דרך המשפט הציבורי מחייב עיסוק בשאלות עקרוניות ורחבות, הכרוכות ב"מבט-על" על התופעה שהסעד מתבקש נגדה. לנוכח קיומה של גישה ישירה ומיידית לערכאת השיפוט החשובה ביותר בישראל, עתירה ציבורית עשויה להוביל מהר מאוד לעיסוק בשאלות משפטיות וחברתיות עקרוניות ורחבות-היקף. לעומת זאת, תביעה בערכאה נמוכה מחייבת עיסוק בשאלה קונקרטית, ולרוב לא מתקיים במסגרתה דיון רחב-היקף בנושאים שאינם עומדים על הפרק, גם אם אלה מהווים בסיס להכרעה הנקודתית.<sup>119</sup> זאת ועוד, בהקשר של אחריות המדינה בנוזיקין, תביעה בעוולה הנפוצה של רשלנות מבטיחה מסגור וצמצום של הדיון לשאלת התרשלותה של המדינה, אשר אינה דנה בהערכת המדיניות, אלא מתמקדת בהערכת אופני יישומה של מדיניות זו על-ידי המדינה.<sup>120</sup> גם בכך עוצב מרחב המשפט הציבורי כמוזחה באופן מובהק עם קולקטיביזם, ואילו זה הפרטי – עם אינדיווידואליזם. אולם מבט מקרוב על ההבדלים בין הזירות מציע קשר מורכב יותר בין מושגים אלה.

להכרעה קונקרטית בתביעה נזיקית עשויה להיות אפקטיביות רבה, דווקא משום הקונקרטיות המאפיינת אותה. כך, למשל, פעמים רבות דווקא העיסוק העקרוני והמרשים בשאלות הרוט-גורל בבג"ץ עומד בניגוד מובהק לדלות הסעד שניתן בו לעותר עצמו.<sup>121</sup> בהתאם, נריר שמתנהל בבג"ץ דיון בפסק-הדין ובדרישה לאכיפתו, וזאת גם במקרים שבהם צד נמנע מלבצעו.<sup>122</sup> לעומת זאת, פסק-דין בהליך אזרחי הוא לעולם קונקרטי, עם לוחות-זמנים לביצועו, ואם הוא לא יבוצע כלשונו, תוגש לרוב בקשה פשוטה לביצועו הכספי במערכת ההוצאה לפועל. על כך יש להוסיף את האנטגוניזם הרב שהדיון העקרוני בבג"ץ עלול לעורר בציבור, דווקא בגלל העיסוק בשאלות עקרוניות ורחבות, הכרוכות ב"מבט-על" על התופעה שהעתירה מופנית נגדה. תביעה נזיקית, לעומת זאת, יכולה להתנהל "מתחת לרדאר הציבורי", באופן שיכול לאפשר דיון ענייני בלי עיסוק פוליטי ישיר בה, העלול להכביד את

118 הדברים אמורים בעיקר בהקשר של תביעות ייצוגיות, שם "נציג" או אפילו ארגון חברתי יכולים לשמש תובעים כאשר אין יכולת אמיתית לגייס ניזוקים כתובעים. כזה היה המקרה, למשל, בפרשת הדרתן של נשים משידור ברדיו קול ברמה. ראו פרשת קולך, לעיל ה"ש 92, פס' 76 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

119 Leon Green, *Tort Law Public Law in Disguise*, 38 TEX. L. REV. 1 (1959)

120 להבחנה בין מדיניות לבין יישומה כבסיס להטלת אחריות בנוזיקין ראו גלעד, לעיל ה"ש 111.

121 Jabareen, לעיל ה"ש 81.

122 למידע נוסף ראו חן שליטא "מה קורה כשהמדינה לא סופרת את פסקי הדין של בג"ץ?" גלובס 4.9.2010 [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000585567](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000585567)

עבודתו של בית-המשפט.<sup>123</sup> פרשת הפלייתן של הבנות ממוצא מזרחי בבית-הספר "בית יעקב" שבמעמנואל מדגימה היטב מאפיין זה: בעוד שניהול העתירה שהוגשה בנושא לבג"ץ עורר סערה רבתי והפגנות-ענק של החרדים נגד בית-המשפט העליון, וגם קריאות להגבלת סמכותו השלטונית, הרי שתביעתן הנזיקית של הבנות לפיצוי בגין הפלייתן, שבה זכו, התקבלה בלא עוררין וללא כל מחאה ציבורית.<sup>124</sup>

#### (ד) ממסגרות מחאה שמרניות ליצירתיות

המעבר לשימוש בדיני הנזיקין ככלי לשינוי חברתי מתאפיין, יותר מכל, ביצירתיות ובחדשנות. הוא מהווה דרך חדשה להשפיע על החברה, אשר הולכת וצוברת תנופה והכרה, ואשר כוללת שילוב מנצח של שימוש בכוחה של המערכת המשפטית ושימוש בכוחה של מערכת השוק. התובנה שניתן להשפיע על מזיקים באמצעות חיובם להפנים את עלות הנזק שהסבה התנהגותם השלילית היא אחד הבסיסים המוכרים לאחריות הנזיקית.<sup>125</sup> השילוב של מאפיין נזיקי מסורתי זה עם התובנה שבכוחה של השפעתם המרתיעה של דיני הנזיקין לייצר שינוי בעל משמעות מערכתית רחבה על המבנה החברתי הוא שהניע פרטים לפנות לנתיב משפטי זה.<sup>126</sup> לכאורה אין חדש גם בתובנה השנייה, שהרי זה כוחה של הכרעה נזיקית – שהשפעתה אינה מתמצה בצדדים לפסק-הדין הקונקרטי, אלא מתפרשת לכל מי שמצויים במצב דומה לזה שהוכרע באותו פסק-דין.<sup>127</sup> עם זאת, השילוב של שתי תובנות אלה, בצירוף עבודה מאומצת של סוכני משפט שונים (בתי-משפט, אנשי אקדמיה מן התחום הנזיקי, עורכות-דין מחויבות וכן לקוחות חדורי הניעה ליצור שינוי חברתי בעקבות פגיעה אישית בהם), היוו מערך חדש וייחודי שאפשר לקדם מהלך של ממש בתחום.<sup>128</sup> צמיחתו של

123 לשיטתם של הריאליסטים, לצד המושגים המשפטיים יש לבחון את השפעתה של ההחלטה השיפוטית הלכה למעשה גם בספרה שאינה משפטית. מושג שרלוונטי לעניין זה הוא "סטנדרט הזהירות". באמצעות מקרה קונקרטי השופטים קובעים את סטנדרט הזהירות שבאמצעותו הם עוזרים לפתח פרקטיקות בשוק העסקי, המהווה קרקע פורייה לפעילים פוליטיים, וכך נוצר שיח הדדי שבנוי על יחס סימביוטי בין הפסיקה לבין תגובת השוק. לקריאה נוספת בנושא הריאליזם ראו מיכל אלברשטין "מדד הפורמליזם המשפטי: תרבויות ותבניות של פסיקה ישראלית" מחקרי משפט כו 349 (2011).

124 ראו Glass & Bitton, לעיל ה"ש 93, בעמ' 110-111. אין בכך כדי לטעון שההליך הנזיקי אפקטיבי יותר בהכרח, אלא שיש בו מימד אקולקטיביסטי, המעורר התנגדות פחותה.

125 גלעד "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי", לעיל ה"ש 4, בעמ' 37-53.

126 יפעת ביטון "נשים נזיקין: בין הפליה להשעייה: מחשבות בעקבות ת"א (בית-שמש) 41269-02-13 פיליפ נ' אבוטכול" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 41, 6 (2015).

127 ראו לעיל בה"ש 123 את הדיון בסטנדרט הזהירות, המהווה לשיטתנו את התקדים המחייב בדיני הנזיקין, לפחות במובן המעשי.

128 להדגמת עבודה משולבת זו בהקשר הנזיקי הרחב – למשל, הקמתם של ארגוני חברה אזרחית כגון "מרכז צדק לנשים", "מרכז תמורה", קליניקות המגישות תביעות נזיקיות ועוד – ראו יפעת ביטון "קפיטליזם בדיני הנזיקין: לשחק את המשחק או להמציא משחק חדש?" דין ודברים (צפוי להתפרסם ב-2017). לסקירת השינוי הפמיניסטי שדיני הנזיקין מחוללים ראו ביטון, לעיל ה"ש 6.

מהלך זה בעשור וחצי האחרונים, והתאמתו למהלך הייאוש והעזיבה של מסגרות המחאה המוכרות של ההשתתפות הפוליטית, מדגישות את חדשנותו כנובעת מחיפוש שנעשה בתוך המערכת המשפטית אחר פתרון שייתן ביטוי לרצונם של פרטים בשינוי חברתי-מערכתי. נקודות השוני שהוצגו לעיל בין ההליך המשפטי הציבורי לבין זה הפרטי מבטאות את המשמעות המשפטית שיש לניהול הליך משפטי למען שינוי חברתי בערוצים המשפטיים השונים. קריאה של הליכים אלה מהזווית של מדע המדינה אפשרה לנו לבחון אותם באפקלריה של משמעותם, לנוכח התמורות באופני ההשתתפות הפוליטית-האזרחית שחלו בתקופה זו. בחלק הבא תיבחן השוואה זו לפרטיה על ציר הזמן, תוך התייחסות ייחודית להקשרה הישראלי.

## ד. הכרונולוגיה של השתתפות פוליטית חדשה והתפתחות דיני הנוזיקין בישראל

התיאוריות בדבר השינוי שחל בעשורים האחרונים באופני ההשתתפות הפוליטית יכולות להסביר, ברמה הרחבה, את הפנייה לשימוש הלא-מסורתי בדיני הנוזיקין לצורך קידום מטרה חברתית-אידיאולוגית. בחינה מעמיקה של המהלך שעברו דיני הנוזיקין עצמם תאפשר לזהות את מאפייניו ברמה הרעיונית וברמה הדוקטרינרית כאחד. מבחינה מתודולוגית, כדי להשיג העמקה זו, בהתחשב בניסבות עריכת המחקר ובמסגרת הפרסום, בחרנו להתמקד באתגר של זיהוי תהליך השינוי דווקא במאמרים בתחום דיני הנוזיקין שהופיעו בכתבי-העת עיוני משפט, תוך הסתפקות בהפניות תמציתיות בלבד לכתיבה אקדמית בולטת אחרת וכן לפסיקה ולחקיקה מרכזיות.<sup>129</sup> מתודולוגיה "עיוורת" זו הבטיחה סקירה של כלל המאמרים הנוזיקיים שפורסמו בכתבי-העת לאורך ארבעים כרכיו. בחירת כל המאמרים שעיסוקם המובחן והמרכזי היה בסוגיה נוזיקית מובהקת הבטיחה מבט נרחב על האופן שבו נתפסו – ויש שיאמרו עוצבו – דיני הנוזיקין על-ידי האקדמיה הישראלית. ממצאי הסקירה תאמו את הצפי למיעוט כתיבה בנושאים נוזיקיים, שמקורו במקום השמרני וה"פרטי" מאוד שתפסו דיני הנוזיקין במשפט הישראלי בתחילת דרכו. מתוך מאות המאמרים שפורסמו בארבעים כרכיו של כתבי-העת, רק שלושים עסקו בנושא.<sup>130</sup> זהו ממוצע של פחות ממאמר אחד לשנה. הדבר אינו מתמיה. המציאות המשפטית הישראלית, כבמדינות משפט מקובל אחרות, חשפה את תחום דיני

129 תפקידם של פסקי-הדין בדיני הנוזיקין הינו מרכזי ביותר בזיהוי תהליך נוזיקי משמעותי, מעצם היות המערכת הנוזיקית מסגרת מובהקת של משפט מקובל, וגם תפקידה של החקיקה הנוזיקית הולך ונעשה מרכזי, עם ההכרה ביכולת ההשפעה הממוקדת וארוכת-הטווח שלה על דיני הנוזיקין בישראל. ראו ביטון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 199-201. על-מנת לחזק את התוקף החיצוני של טענותינו, ביקשנו לבחון את הכתיבה המשפטית הנוגעת בדיני הנוזיקין בכתבי-עת מרכזי נוסף שנערך במקביל באוניברסיטה העברית בירושלים, ואשר נחשב בעל יוקרה אקדמית עילאית – משפטים.

130 מתוך שלושים המאמרים שפורסמו יוצגו במאמרנו רק עשרים ותשעה. המאמר השלושים, זה האחרון שפורסם, מציג ניתוח שמתיישב פחות עם התיאוריה שאנו מציעות, ובהיותו אחרון, ומכיוון שלא ברור אם הוא מהווה מעין סטיית-תקן או פתיחה של עידן נוזיקי חדש, הותרנו אותו מחוץ למסגרת מחקרנו.

הנזיקין כמנומנם וכמיושן.<sup>131</sup> תפיסה זו עורערה במקצת בסוף שנות השמונים בשורה של פסקי-דין חדשניים מבית-מדרשו של השופט אהרן ברק, אשר הרחיב את גבולות תחולתה של עוולת הרשלנות, ובעיקר פתח את השימוש בעוולה למי שניזוקו מידי המדינה ורשויותיה.<sup>132</sup> הרחבה זו של תחולת דיני הנזיקין, גם אם לא פוונה לאפשר פעילות ממוקדת נגד המדינה, היה בה כדי לספק את תנאי-הרקע הנחוצים למהלך האסטרטגי שהתקיים בהם מאוחר יותר, כפי שיוצג להלן. התפתחות משמעותית נוספת שלהם נעשתה כעשרים שנה לאחר-מכן, תחת שרביטו של השופט אליעזר ריבלין, אשר העניק בפסיקותיו מימד חברתי-שווינוני מובהק לדינים אלה. למרות מספרם המצומצם, ניתן לזהות במאמרים שפורסמו בכתב העת מגמת שינוי שתואמת – גם אם באופן גס לפרקים – את המעבר שחל מתפקידם המסורתי של דיני הנזיקין בתחילת דרכם אל האופן שבו הם נתפסים כיום, קרי, כזירה לשינוי חברתי. תפיסה משתנה זו הולמת את המעבר שהתרחש בשדה החברתי-הפוליטי בישראל מהשתתפות פוליטית-אזרחית קבוצתית-קולקטיבית להשתתפות יחידנית ויצרנית.

## 1. שנות האינדיווידואליזם הפורמליסטי של דיני הנזיקין

מבחינה מסורתית, הובנו דיני הנזיקין כדינים ניטרליים שאין להם דבר וחצי דבר עם השתתפות פוליטית ומחאה, וזאת מהסיבה הפשוטה שבכואם למצוא פתרון לסכסוך הנזיקי הקונקרטי הם אדישים לכאורה לשאלות חלוקתיות הנוגעות בצדדים לאותו סכסוך.<sup>133</sup> להכללה זו יש חריגים בדמות דוקטרינות הנוגעות בזהות – בעיקר זו המגדרית – של הצדדים לסכסוך הנזיקי, אולם הלכות אלה פסו ברובן מן העולם. יתר על כן, פעמים רבות מקורן של הלכות אלה לא היה בדיני הנזיקין עצמם, אלא ב"כללים חיצוניים" שהנהיג המשפט המקובל בתחומים אחרים, כגון בתחום יחסי המשפחה, אשר חלחולם לדיני הנזיקין היה "בלתי-נמנע" ולא ייחודי להם לבדם.<sup>134</sup>

הסיבה לניטרליות הפוליטית הלכאורית של דיני הנזיקין נעוצה בליבת ההצדקה לקיומם. ההצדקה להסדר הנזיקי נשענת על ההנחה הבסיסית שלבני-האדם המרכיבים חברה אנושית מוגדרת יש אינטרסים רבים ומגוונים, העלולים להיות מנוגדים לעיתים. על-אף נתון זה, חברי הקבוצה נדרשים לחיות זה עם זה בצוותא, ולעיתים אף בתלות, ומצב זה מהווה כר נוח להתפתחותם של קונפליקטים ביניהם. דיני הנזיקין באים להסדיר קונפליקטים אלה, בין שהם נוצרים בין הפרטים השונים ובין שהם נוצרים בין אינטרס של הפרט לאינטרס

131 G. Edward White, *Tort Law in America: An Intellectual History* (2003) 131

132 גלעד, לעיל ה"ש 111, בעמ' 339.

133 אף אם טיעון זה מנוסח באופן גס, הגיונו האנליטי בשלב זה ניתן להבנה, כמובן. לתומך המובהק ביותר של עמדה זו ראו: Ernest J. Weinrib, *Law as a Kantian Idea of Reason*, 87 COLUM. L. REV. 472 (1987). עוד על מערך הטענות המועלות תדיר על-ידי מתנגדי הניתוח החלוקתי של דיני הנזיקין, וכן לתשובות אפשריות להן, ראו: Tsachi Keren-Paz, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice* (2007).

134 כך, למשל, בתקופה שבה הייתה האישה נעדרת ישות משפטית, היא הייתה מנועה מלתבוע בדיני הנזיקין כמו-גם להיתבע על-ידי אחר; וגם כאשר כבר הוענקה לה ישות משפטית במשפט המקובל, החסינות בין בני-זוג מנעה ממנה את האפשרות לתבוע בניזיקין את בן-זוגה. לסקירת דוקטרינות אלה ראו ביטון, לעיל ה"ש 2, פרק ראשון.

של הכלל.<sup>135</sup> הם קובעים כי על בני-האדם להתחשב זה בזה בפעילותם היומיומית שיש בה תועלת חברתית, ולהימנע לכן, ככל האפשר, מפגיעה באינטרסים מוגנים של אחרים. הדרך להביאם לידי כך היא על-ידי קביעה של הסדרים משפטיים שיאפשרו זאת,<sup>136</sup> תוך המרצת אנשים לנהוג באופן ראוי, בעיקר באמצעות הטלת חובת פיצוי על מי שנהוג אחרת כלפי מי שהתנהגות לא-ראויה זו הסבה לו נזק.<sup>137</sup>

למרות תפיסתם כא-פוליטיים, חלק נכבד ממאפייניהם של דיני הנוזיקין הם דווקא פוליטיים. כדי לקבוע איזו התנהגות תגרוור הטלת אחריות נוזקית ואיזו לא, דיני הנוזיקין יוצרים למעשה – דרך רטוריקה של איזון בין האוטונומיה של הפרט לנהוג כרצונו לבין אחריותו לנזק שגרם – מדרג נורמטיבי בין אינטרסים וערכים שונים בחברה. האחריות הנוזקית מותאמת למדרג זה, ולפיה נקבע איזה ערך ייחשב מוגן בדין (כך שפגיעה בו תשיא סעד לניזוק)<sup>138</sup> ואיזה לא,<sup>139</sup> וגם בין האינטרסים שהחברה מצאה לנכון להגן עליהם במסגרת דיני הנוזיקין יש הדרגה בהגנה עליהם.<sup>140</sup> העמדת ההגנה הנוזקית לשירותם של ערכים מסוימים

135 ראו WEINRIB, לעיל ה"ש 7, בעמ' 3-6, 8-11, 18-21 ו-36-38. אף שעמדתו של וינריב היא הגרסה הקיצונית של תפיסה זו, העמדה כי דיני הנוזיקין עוסקים בסכסוכים נקודתיים בין פרטים היא המקובלת בתיאוריה הנוזקית הקלאסית. ראו, למשל: Richard A. Epstein, *The Social Consequences of Common Law Rules*, 95 HARV. L. REV. 1717 (1982).

136 ראו: JOHN G. FLEMING, *THE LAW OF TORTS* 757 (9th ed. 1998); יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית 25-26 (מהדורה שנייה, גר טרסקי עורך, התשל"ז).

137 זוהי מטרתם העיקרית של הפיצויים הנוזיקיים, והיא מהווה את הבסיס לחישוב גובה הפיצויים. ראו FLEMING, לעיל ה"ש 136, בעמ' 757, וכן אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 136, בעמ' 571-584. יש כמובן גם הסדרים נוזיקיים המטילים על המזיק חובה שאינה פיצוי דווקא, כגון החובה לפרסם תיקון או הכחשה במקרה של פגיעה בשמו הטוב של אדם לפי ס' 9(2) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

138 זהו המבחן העיקרי ליהויו של אינטרס מוגן בדיני הנוזיקין, אולם אין זה המבחן היחיד. כך, יכול שאינטרס שהוכר כמוגן ואשר נפגע לא יניב לבעליו סעד – למשל, משום שקמה למזיק הגנה למעשיו (כפי שנקבע, למשל, בעניין *Morris v. Murray*, [1991] 2 W.L.R. 195 (CA) (הגנת ההסתכנות מרצון)) או משום אופיו הייחודי של הסעד שביקש הניזוק (ראו, למשל, ע"א 782/70 רדומילסקי נ' פרידמן, פ"ד כה(2) 523 (1971) (שלילת סעד הציווי מתובעת שגבולה הוסג בשל מגבלות ס' 74 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266 (להלן: הפקודה)).

139 כמובן זה דיני הנוזיקין הם דינים שבהם הזכות הולכת אחר הסעד, כמקובל בשיטת המשפט המקובל, ולא הסעד אחר הזכות, כמקובל בשיטת המשפט הקונטיננטלית. כלומר, מקום שלא ניתן סעד למי שאינטרס שלו נפגע, נראה כי אין לו זכות שאינטרס זה שלו לא ייפגע. אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 136, בעמ' 106-108.

140 ההדרגה האמורה באה לידי ביטוי בדרכים שונות. כך, למשל, היסוד הנפשי הוא גורם היכול לשמש כלי לשינוי היקף ההגנה על האינטרס שבעוולה. כך, דרישה לקיומו של היסוד הנפשי מסוג של כוונה מצידו של המזיק בעוולת התרמית (ס' 56 לפקודה) מטילה נטל הוכחה כבד על כתפי הניזוק. לעומת זאת, עוולה האדישה למצב הנפשי של המזיק, דוגמת העוולה של הסגת-גבול (ס' 29-34 לפקודה), מקילה מאוד על הניזוק ומעניקה יתר הגנה לאינטרס המוגן שלו. גם היסוד העובדתי המרכיב את העוולה משמש כלי מרכזי לקביעת מידת ההגנה על האינטרס

בלבד מייצגת את נטיות הפרוטקציוניזם החברתי, שכן האיזונים שבה מתאימים את עצמם לאופייה המשתנה של החברה.<sup>141</sup> מסיבה זו דיני הנזיקין נחשבים כלי להנדסה אזרחית (social engineering),<sup>142</sup> הטומן בחובו את הכוח לקבוע סדרי עדיפות חברתיים, המתגבשים לאור תפיסותיה הסוציאליות, הפילוסופיות והפוליטיות של חברה נתונה.<sup>143</sup> עם זאת, למרות השתמעותם החברתית הרחבה של דיני הנזיקין, הם נתפסים עדיין כחלק בלתי-נפרד מהמשפט הפרטי, המוסדר על בסיס הדדי א-פוליטי.<sup>144</sup> עמדה זו באשר לאופיים אינה רק תולדה של תהליכי תיאורטיזציה מאוחרים שלהם בכיוון זה, אלא היא חלק מההבניה הבסיסית שלהם בראשית היווצרותם, אי-שם בסוף המאה התשע-עשרה, כדיני הנזיקין המודרניים המוכרים לנו כיום.<sup>145</sup> במרחבי המשפט הפרטי דיני הנזיקין משולבים כפרטיים במיוחד, במובן זה שהם עוסקים במערך זכויות קונקרטי ומתקן בין צדדים לסכסוך פרטי. בהכרעה אם להטיל אחריות נזיקית אם לאו נדמה שאין זה ממין העניין לערב שיקולים פוליטיים, ויתר על כן, יכול ששימוש בשיקולים פוליטיים ייחשב הפרה בוטה של זכויותיהם של הצדדים לסכסוך הנזיקי.<sup>146</sup> ביטוי בולט לעמדה זו ניתן בהתרחקותו של בית-המשפט העליון בשנות השבעים מן ההקשר הציבורי של דיני הנזיקין, כפי שעוצבה בשתי פסיקות-מפתח – בפרשות גרובנר ואתא – שבהן הקפיד השופט שמגר להרחיק דינים אלה משיקולים ציבוריים, והדגיש את יסודותיהם הפרטיים.<sup>147</sup>

בניגוד לגישה הפורמליסטית הא-ציבורית של דיני הנזיקין שעלתה מן הפסיקה, מאמרי כתבי-העת החלו מטרימים את העתיד להתרחש בדינים אלה. בסכרון מרשים עם השינוי שחל בדפוסי ההשתתפות הפוליטית בתקופת המחאה השלישית (שהתנהלה, כזכור, לאורך

שבעוללה. כך, שוב, בעולת התרמית נדרש שהניזוק יסתמך על הדברים שבהיצג בפועל, ולכן גילוי התרמית לפני מועד ההסתמכות יפטור את הנתבע מאחריות בעוללה זאת. לעומת זאת, בעוללה של הסגת-גבול די ביטור של ממש לחשד שהיא עומדת להתרחש על-מנת לתת סעד למונעה. יוצא שהאינטרס המוגן בעולת התרמית (אינטרס ההסתמכות) מוגן הרבה פחות מן האינטרס המוגן בעולת הסגת-הגבול (אינטרס השימוש הבלתי-מופרע בקניין). לקריאה נוספת ראו דניאל מור "פקודת הנזיקין בראי ארבעים שנות פסיקה" הפרקליט לט 344 (1990). SALMOND & HEUSTON ON THE LAW OF TORTS 38–39 (R.F.V. Heuston & R.A Buckley eds., 141 21st ed. 1996).

142 ראו FLEMING, לעיל ה"ש 136, בעמ' 115.

143 ראו אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 136, בעמ' 26.

144 שם.

145 לתולדות הבנייתם של דיני הנזיקין ככאלה, בעיקר על-ידי המלומד ולימים שופט בית-המשפט העליון האמריקאי אוליבר ונדל הולמס, ראו WHITE, לעיל ה"ש 131. להבניית דוקטרינות נזיקיות בסיסיות כמשרתות את תפיסת ההדריות של דינים אלה ראו: Morton J. Horwitz *The Doctrine of Objective Causation, in THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE* 360 (David Kairys ed., rev. ed. 1990).

146 ביטון, לעיל ה"ש 2.

147 ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד ל(1) 141 (1975) (בית-המשפט מסרב להכניס ראשו לשיקוליה התקציביים של עיריית חיפה לצורך ביסוס טענת התרשלות); ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785 (1976) (בית-המשפט מסרב להביא בחשבון, בקביעה אם מתקיים מטרד ליחיד, את הרווח למדינה מפעילותו של מפעל מטריד).

שנות השבעים), נרשם ערעור על התפיסה האפוליטית והפורמליסטית של דיני הנוזיקין כבר בפתח העיסוק בדינים אלה בכרכיו הראשונים של כתב־העת **עיוני משפט**. ראש וראשון לכותבים על דינים אלה היה עמוס שפירא, אשר במאמרו בכרך א של כתב־העת עסק בשאלת תחולתם של דיני הנוזיקין בסכסוכים פרטיים המשתרעים על מרחבים בין־לאומיים, במה שנראה כחתיירה לאפשר את תחולתו של המשפט הישראלי הצעיר על סכסוכים כאלה.<sup>148</sup> בהמשך נהפך ההקשר הפוליטי של פרויקט זה לגלוי, כאשר בכרך הבא הציע שפירא הצעת חוק לעיגון כוחו של הדין הנוזיקי הישראלי, ובאופן שובה־לב הבהיר בפתח דבריו כי היועץ המשפטי לממשלה הוא שביקשו לנסחה בעבורו.<sup>149</sup> שני המאמרים האמורים, אף שהיו פורמליסטיים מאוד, במובן זה שהם יצרו הסדרה נזיקית דוקטרינרית, היו גם בעלי ניחוח פוליטי, שעניינו באינטרס ממשלתי בחיזוק כוחה של המדינה הצעירה. עם זאת, ניכר כי רק בכרך הבא הונחה התשתית הרעיונית הראשונית להעדר הניטרליות הפוליטית של דיני הנוזיקין.

בכרך ב כבר מתחילה לצוץ טרדתם של כותבים בנוגע ליחסי הכוח המגולמים בדיני הנוזיקין בין תובעים פשוטים – פרטיים באמת – לבין מנגנונים נזיקיים רבי כוח העומדים מולם. כך, למשל, שאלה פורמליסטית בדבר אפשרותם של ניזוקים להיפרע על נזיקיהם בשל תאונת־דרכים מוטמעת על־ידי דניאל קליר בתוך עיסוק בשאלה כיצד ניתן להיפרע על נזקים אלה ישירות מחברות הביטוח העוצמתיות, כדי לחסוך זמן, טרחה והוצאות מרובות הנערמות על הניזוק הטיפוסי בעודו מפלס את דרכו אל מקור הפיצוי לנזקיו.<sup>150</sup> מחרה־מחזיק אחריו השופט צבי ברנזון, אשר מצהיר על מטרתו לפשט ולייעל את דיני הנוזיקין, בהיותם דינים הנוגעים ל"פשוטי העם" ואף ל"יתומים ואלמנות", המבקשים להם מזור באמצעותם.<sup>151</sup> אף שעיסוקו בדיני הנוזיקין מגיע מכס השיפוט, שם התפיסה השלטת היא זו המסורתית האפוליטית, בעיקר לנוכח המחויבות למקורותיו האנגליים של המשפט הנוזיקי בישראל, מרתק לראות את דאגתו של השופט דווקא להנגשת דיני הנוזיקין לציבור המוחלש הנוזק להם, ופחות לעיסוק דוקטרינרי בהם.<sup>152</sup> בכרך זה מעניינת במיוחד גם הסנונית המציצה

148 עמוס שפירא "נוזיקין במשפט־הבינלאומי־הפרטי: מכללים מכניים לגישה פונקציונלית" **עיוני משפט** א 96 (1971).

149 עמוס שפירא "ברירת הדין בנוזיקין – הצעת חוק" **עיוני משפט** ב 203 (1972).

150 דניאל קליר "יריבות ישירה בין הניזוק בתאונת דרכים לבין חברת הביטוח שביטחה את אחריותו של המזיק" **עיוני משפט** ב 151 (1972).

151 צבי ברנזון "פישוט הענינים בתביעות נזיקין" **עיוני משפט** ב 575 (1972). יש לציין כי לאחר־מכן בחר ברנזון להתמקד בדינים אחרים שאינם דיני נזיקין. כך, למשל, במאמר על דיני עבודה בחר ברנזון לשים את הדגש בסכסוכים תוך סקירת שירותים שהמדינה ומוסדות ציבוריים מספקים בהקשר של הסכסוך. במאמר נוסף בחר ברנזון להתמקד בחופש הדת בישראל, תוך סקירת פסיקה של בג"ץ. לקריאה ראו, בהתאמה, צבי ברנזון "יחסי העבודה במגזר הממלכתי והציבורי" **עיוני משפט** ט 461 (1983); צבי ברנזון "חופש הדת והמצפון במדינת ישראל" **עיוני משפט** ג 405 (1973).

152 כבר בפתח דבריו מכריז השופט ברנזון כי שאיפתו היא לפשט ולייעל תביעות נזיקיות, ולא לרון בדיני הנוזיקין לעומקם. ראו ברנזון "פישוט הענינים בתביעות נזיקין", לעיל ה"ש 151,

לרגע קל ממאמרו של ליאון שלף, העוסק בקשר בין המאבק לאיזון אקולוגי לבין המשפט.<sup>153</sup> במאמרו מצביע שלף על הפוטנציאל הגלום בתביעות נזיקיות למניעת מטרדים סביבתיים, תוך ניתוק דינים אלה מן ההקשר הרגיל של תובע-ניזוק קונקרטי והרחבת הדוקטרינה של "זכות העמידה" גם לתובעים פרטיים שיש להם סדר-יום חברתי-פוליטי פוסט-מטריאליסטי משלהם, דוגמת הגנה על איכות הסביבה.

סקירת המאמרים משנות השבעים בכתב-העת המרכזי המקביל – משפטים – מעלה כי הכתיבה החתרנית שאפיינה את כרכי עיוני משפט ניכרה גם בכרכיו. כך, למשל, במאמרו של יוסף בן דוד העוסק בנטלי השכנוע הוא מצדד בהעברת נטל השכנוע לנתבע לנוכח פערי הכוחות בינו לבין התובע הפשוט.<sup>154</sup> מאמר נוסף, מאת אוריאל פרוקצ'יה, מתרכז אף הוא ביחסי הכוח הלא-שוויוניים בין המזיק לניזוק, וקורא בגינם להעלאת סכום הגמלה לנפגעי תאונות-עבודה.<sup>155</sup> עוד ראוי לציין את מאמרו של יואב דותן הדן בתמורות באחריותו של עובד ציבור המפעיל שיקול-דעת.<sup>156</sup> תוך הישענות על מודלים כלכליים, מציג דותן את היתרון הכספי שבהטלת האחריות לנזק שגרם עובד ציבור דווקא על המדינה.

סביבה אקדמית חתרנית זו שהתקיימה בשנות השבעים לא התפתחה בעשור שלאחריה לכלל משנה סדורה הקוראת לשימוש בדיני הנזיקין ליצירת שינוי חברתי. תחת זאת ניכרת במהלך שנות השמונים מעין שקיעה של הכותבים והכותבות אל תוך רזי הדקדוקים של הדוקטרינות הנזיקיות, במנותק מהקשרן החברתי המובהק.

יש לזכור כי בעת הזו הלך ונרקם המהלך של עליית הערכים וירידת הפורמליזם בזירת המשפט הציבורי, וייתכן שהמאמץ המשפטי בביסוס מרחב זה ככלי לשינוי חברתי על-ידי סוכני שינוי חברתי שונים, ובראשם ארגוני החברה האזרחית, התמקד בו לברו, תוך הבחנתו הברורה מזירת המשפט הפרטי.<sup>157</sup> הפנייה לזירת המשפט הציבורי נעשתה בעיקרה על האדנים של הרחבת זכות העמידה בבג"ץ בשנות השמונים, הקמת בתי-המשפט המנהליים וחזיון הזיקה שנרקמה בין הפוליטיקה לבין המשפט. תהליכים אלה הובילו להתעצמות השימוש בערכאה השיפוטית העליונה בישראל כזירה פוליטית. השחקנים הפוליטיים שהופיעו בבג"ץ היו קבוצות של אזרחים ובעלי-תפקיד ציבוריים נבחרים וממונים, אשר עשו שימוש בספרה הציבורית על-מנת להשמיע את קולם. גם כאשר ידעו כי עתירתם חסרת בסיס משפטי תקף,

- 
- בעמ' 576. מטרתו זו ניכרת גם בהבהרה הריאליסטית שנתן באומרו כי ההתקדמות הטכנולוגית אינה יכולה להותירנו עם "דיני חמור וסוס" כבסיס להסדרת סכסוכים נזיקיים עכשוויים.
- 153 ליאון שלף (ססקולסקי) "אקולוגיה ומשפט" עיוני משפט ב 408, 415-416 (1972).
- 154 יוסף בן דוד "התנאים להחלת הכלל" הרבר מעיד על עצמו "משפטים ג 321 (1971).
- 155 אוריאל פרוקצ'יה "חלוקת נטל הנזקים בתאונות עבודה: המצוי והרצוי" משפטים ה 105 (1973).
- 156 יואב דותן "האחריות הנזיקית של עובד-הציבור המפעיל סמכויות של שיקול-דעת" משפטים טו 245, 260 (1985).
- 157 לסקירת המעבר משימוש בכלי המשפטי הציבורי לשם ניהול מאבקים ציבוריים לשימוש בכלי המשפטי הפרטי, שהחל רק בתחילת האלף הנוכחי, ראו חיה זנדרבג "תביעות נזיקין נגד הרשות המבצעת – על תנועת המטוטלת" הפרקליט נב 591 (2013).



הם השכילו להבין כי עתירה לבג"ץ היא דרך להעלות את עניינם לסדר־היום הציבורי, אשר עדיפה לעיתים עשרות מונים על הפגנה המונית.<sup>158</sup>

במרחב הנוזיקי ניתן כאמור לזהות בתקופה זו כתיבה נוזיקת אקדמית העוסקת בהבנה של מבנה דינים אלה ושל יסודות העוולות המרכזיות בהם. כאלה הם, למשל, מאמרה של עדה בר־שירה על יסודותיה ותפקידה של עוולת הפרת חובה חקוקה, וכן מאמרו המונומנטלי של ישראל גלעד על־אודות יסודותיה של עוולת הרשלנות.<sup>159</sup> לצידם התפרסמה סדרת מאמריו של דניאל מור, שבה ביקש להבין ולעצב מחדש את הסדר האחריות למוצרים פגומים, וכך גם בנוגע לתאונות־דרכים.<sup>160</sup> בין כל אלה בולט במיוחד מאמרו הסמינלי של אהרן ברק שבו הסדיר למעשה את תורת הפיצויים הישראלית, אשר כה חסרה בחוק החרות הנוזיקי.<sup>161</sup> שלל מאמרים אלה התאפיינו בטון פורמליסטי־פוזיטיביסטי מובהק. ניכר שעיקר ייעודם היה לפעול ל"ארגון" הידע המשפטי בתחום דיני הנוזיקין ולהנגשתו בצורה נוחה לשימוש לשופטים ולציבור עורכי־הדין ועורכות־הדין.<sup>162</sup> היה זה "תור הזהב" הפוזיטיביסטי של דיני הנוזיקין במובן האקדמי, בעיקר אם נזכור שבתקופה זו פורסם גם ספר־היסוד הישראלי על־אודות דיני הנוזיקין, שנכתב על־ידי השילוש של ענקי המשפט אהרן ברק, מישאל חשין ויצחק אנגלרד, ונערך על־ידי אביו הרוחני של המשפט הפרטי בישראל גד טדסקי.<sup>163</sup> למהלכי קטלוג והסדרה אלה של דיני הנוזיקין הייתה גם השפעה כמותית, שכן לאחריהם לא ניכר עוד עיסוק כה אינטנסיבי ועשיר בדיני הנוזיקין בכרכי כתב־העת **עיוני משפט** או בספרי המשפט של העשורים הבאים.<sup>164</sup> ניתוח המאמרים בכתב־העת **משפטים** בתקופה המקבילה

- 158 יצחק גל־נור ודנה בלאנדר **המערכת הפוליטית בישראל 445-446** (2013).
- 159 בהתאמה: עדה בר־שירה "למהותה של החובה לענין עוולת הפרת חובה חקוקה" **עיוני משפט** ד 181 (1974); ישראל גלעד "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנוזיקין הישראלי" **עיוני משפט** יד 319 (1989). עוד מייצגים לסוג זה של מאמרים הם נינה זלצמן "הטבת נזק גוף לפי חוק הטבת נזקי גוף: יחסי מזיק־מיטיב־מוטב" **עיוני משפט** ד 621 (1975) (המבירה את ההסדר החוקי הייחודי בתחום הטבת נזקי גוף); ופנינה פרידמן "מאן האינטרסים בבחינת היסוד 'בלי צידוק מספיק' בעוולת גרם הפרת חוזה" **עיוני משפט** ו 625 (1979) (הבוחנת את האינטרסים שהמשפט מחשיב כמצדיקים הפרת חוזה, לצורכי הגדרת העוולה של גרם הפרת חוזה).
- 160 לסדרת האחריות למוצרים פגומים ראו דניאל מור "אחריות יצרנים בנוזיקין למוצרים פגומים" **עיוני משפט** ה 303 (1976); דניאל מור "אחריות למוצרים פגומים – שיקולי מדיניות" **עיוני משפט** ו 78 (1978); דניאל מור "הצעת חוק האחריות למוצרים פגומים תשל"ט-1978" **עיוני משפט** ז 114 (1979). לסדרת תאונות־הדרכים ראו דניאל מור "פיצוי נפגעי תאונות דרכים בגין נזקי גוף לא ממוניים" **עיוני משפט** ו 397 (1978); דניאל מור "תשלומים עיתיים לנפגעי תאונות דרכים" **עיוני משפט** ו 645 (1979); דניאל מור "מי יפצה תלוייו של נוהג חסר רישיון־הניגה?" **עיוני משפט** יב 345 (1987).
- 161 ראו אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנוזקי גוף: דין הנוזיקין המצוי והרצוי" **עיוני משפט** ט 243 (1983).
- 162 עומר שפירא **תורת המשפט: פרקי מבוא** (2007).
- 163 אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 136.
- 164 למעשה, הספרים הבאים שנכתבו על־ידי מי שניתן לזהותם כחשובים מבין מעצבי המשפט הנוזיקי בישראל כיום הם ספרו של ישראל גלעד, לעיל ה"ש 88, שיצא בשנת 2012, וספרו של

מעלה כי הנוף הפוזיטיביסטי של דיני הנזיקין שנשקף מעיוני משפט היה זהה לנוף האקדמי שנצפה מהר הצופים.<sup>165</sup> בתי-המשפט הגיבו אף הם בהעמקה לצורך הסדרה דוקטרינרית של דיני הנזיקין, וזאת בעיקר בארבעה פסקי-דין של השופט ברק אשר הסדירו וביססו את תורת עוולת הרשלנות והפכו אותה למקור לפיתוח מרכזי של דיני הנזיקין.<sup>166</sup> אומנם, כפי שנראה מייד, פסיקה זו גם בישרה את תחילת היפתחותם של דיני הנזיקין להרחבת מסגרת האחריות בהם, אולם בראש ובראשונה היא היוותה בסיס לעיצובה הדוקטרינרי של עוולת הרשלנות, ומרכזיותה הדוקטרינרית תקפה עד עצם היום הזה.

למרות המסגרת הפוזיטיביסטית שבה הושמו המאמרים בתקופה זו בכתב-העת, ניתן לזהות בהם רמיזה ריאליסטית באשר לפוטנציאל הטמון בדיני הנזיקין לשימוש חדשני ובעל משמעות חברתית רחבה. כבר במאמרו על-אודות תורת הפיצויים הנזיקית, שאותה מכתוב אהרן ברק במסגרת מתקצרת של שלושים עמודים בלבד, הוא אינו מהסס להבהיר באופן מוצהר כי בדינים אלה יש מקום נרחב ל"הלכה שיפוטית" ול"התערבות חקיקתית".<sup>167</sup> תרומתו הייחודית של ברק ניכרה לא רק בכתיבתו המושחזת כאקדמאי, אלא גם כשופט, אשר חולל בדיני הנזיקין מהפכה זוטא, שבמסגרתה הורחבה לאורך שנות השמונים עד-מאוד נכונותם של בתי-המשפט להחיל סטנדרטים נזיקיים על פעילותה של הרשות המבצעת, ולהטיל עליה חבות נזיקית בגין הפרה שלהם שהסבה נזק לפרט.<sup>168</sup>

יצחק אנגלרד, שנקרא לנתח את יחסי מחוקק-שופט בדיני הנזיקין בעקבות עבודתו של ברק, נקט גישה מתונה במעט כלפי פעלתנותו הנמרצת של האחרון בתחום.<sup>169</sup> אנגלרד אומנם בישר בפתח מאמרו על "מהפכה" בדיני הנזיקין הנעשית באמצעות פסיקתו של ברק, אולם הבהיר כי לשיטתו אין מדובר במהפכה, אלא בהמשך המסורת הנזיקית של התפתחות והתאמה למציאות המשתנה, כמצוות המשפט המקובל.<sup>170</sup> באופן שניתן לראותו כסותר את שביעות-רצונו מהתנהלותו של ברק, פתח אנגלרד את דבריו דווקא בהבהרת חשיבותו של האיזון בין התפתחויות חקיקתיות בדיני הנזיקין לבין פיתוחם על-ידי השופטים. הוא עסק במאמרו בצורה ישירה וגלויה בתפקידם של שיקולי מדיניות בפסיקה הנזיקית של ברק, עודד אותם והחמיא לאופן שבו הם מופעלים בצורה גלויה.<sup>171</sup> על פני הדברים ניתן לזהות את משנתו של אנגלרד כריאליסטית מובהקת, בהיותה תואמת את הקריאה הריאליסטית

הענק הנזיקי אריאל פורת נזיקין (2013).

165 בתמצית נציין כי בניגוד לעיסוק הנורמטיבי בכתיבתו של אוריאל פרוקצ'יה במהלך שנות השבעים, בשנים הללו הוא בחר למקד את מחקרו בסקירת התחום של ביטוחי הרכב, ללא מרכיב ביקורתי. ראו אוריאל פרוקצ'יה "ביטוח חסר בביטוחי רכב" משפטים יב 18 (1982).

166 רביעיית פסקי-הדין כוללת את ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד (ט) 113 (1985); ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד (ז) 113 (1982); ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד (ז) 757 (1983); ע"פ 186/80 יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד (ה) 179 (1980).

167 ברק, לעיל ה"ש 161, בעמ' 245, 262, 268 ו-274.

168 זנדברג, לעיל ה"ש 157.

169 אנגלרד, לעיל ה"ש 4.

170 שם, בעמ' 73.

171 שם, בעמ' 86-88.

בכלל – ואת זו שבדיני הנזיקין בפרט – לעסוק בצורה גלויה בשיקולי המדיניות הרלוונטיים להכרעות בסכסוכים נזיקיים שהינם בעלי משמעות חברתית רחבה.<sup>172</sup> עם זאת, באופן מעניין, אנגלרד נאחז דווקא באילנות הצומחים ביערותיהן של התיאוריות הפוזיטיביסטיות כדי לבסס את פעלתנותו של ברק כלגיטימית, ואת התופעה של פיתוח הלכתי של דיני הנזיקין הוא הסביר תוך שימוש במושגים מסורתיים מהמשפט המקובל.<sup>173</sup> למרות זאת, שוב, באופן אירוני כמעט, ניצל אנגלרד את שלב הסיכום של מאמרו כדי להמליץ שמכאן ואילך ייעשו השינויים הללו דווקא בחקיקה.<sup>174</sup>

בינות לשיח פוזיטיביסטי מובהק זה שביטאו המאמרים בתקופה זו, בולט בשונותו מאמר יחיד העוסק במה שניתן לזהות כ"פוליטיקה של דיני הנזיקין". שונותו של המאמר נובעת לא רק מזהותם האקדמית החריגה של כותביו – שני כלכלנים – אלא גם מהמשמעות של התבוננותם על דיני הנזיקין מזווית כלכלית, שהייתה אינסטרומנטלית-חברתית. במאמרם, העוסק בהיבטים הכלכליים של הפיצוי בתאונות-דרכים, הציגו משה בורנובסקי וצבי ליבר מבט ריאליסטי על השפעת החוק החדש לפיצוי נפגעי תאונות-דרכים בהשוואה להסדר הרשלנות שקדם לו.<sup>175</sup> תוך שימוש בניתוח סטטיסטי של פסק-דין בתחום, הציגו השניים סדרה של מסקנות תיאוריות ועמדות נורמטיביות בנוגע לחוק החדש. כך, למשל, הם טענו באופן חתרני כי אין הצדקה לשלם פיצוי גבוה יותר לניזוק עשיר מאשר לניזוק עני, כהוראת החוק, ויצאו חוצץ נגד התקרה של שילוש השכר הממוצע במשק כגבוהה באופן בלתי-מוצדק וכמעמיקה עוד יותר את הפער בפיצוי בין ניזוקים עשירים לניזוקים עניים.<sup>176</sup> עוד הצביעו השניים על כך ש-10% מהתובעים בתיקי תאונות-דרכים מקבלים 90% מסך כספי הפיצוי שנקבעו בתיקים שבדקו, וראו בכך חוסר צדק משווע.<sup>177</sup> כתיבה זו אותה אף היא על הפוטנציאל המשמעותי הטמון בדיני הנזיקין להשפעה באמצעות תביעה פרטית על מרחב חברתי הגדול מסך חלקיה של אותה תביעה פרטית.

- 
- 172 התיאורטיקאי הריאליסטי החשוב ביותר בהקשר זה היה לאון גריין – ראו Green, לעיל ה"ש 119. עמדתו של גריין הייתה לא רק תיאורית, כי אם גם נורמטיבית. לטעמו, היה ראוי ש"קולו של העם" יישמע בעצם מגרוננו של השופט, המפעיל שיקול-דעת פוליטי בקבלת הכרעה נזיקית. ריאליסטים נוספים כתבו על כוחם החברתי-הפוליטי הייחודי של שופטים בהליך הנזיקי. ראו, למשל: Richard S. Miller, *Tort Law and Power: A Policy-Oriented Analysis*, 28 SUFFOLK U. L. REV. 1069, 1083–84 (1994).
- 173 אנגלרד, לעיל ה"ש 4, מייחס את התנהלותו של ברק לתיאוריות הפוזיטיביסטיות של הנס קלזן ובעיקר של רונלד דוורקין בדבר תפקידו של השופט. ראו שם, בעמ' 88–92.
- 174 שם, בעמ' 89. תשובה פוזיטיביסטית נוספת לפועלו של ברק נתן ישראל גלעד בסדרת מאמרים בולטת שפרסם בזמנו בכתב-העת משפטים. ראו את צמד מאמריו הנזכרים לעיל בה"ש 4.
- 175 משה בורנובסקי וצבי ליבר "הפיצוי לנפגעי תאונות דרכים – מספר הבטים כלכליים" עיוני משפט ו 132 (1978).
- 176 שם, בעמ' 134–135. השניים טענו גם כי אילו הוגבל הפיצוי לכפל השכר הממוצע במשק, היה הדבר מניב חיסכון של 50%.
- 177 שם, בעמ' 136.

## 2. שנות האינדוידואליות בעלת היסודות הקולקטיביסטיים-הערכיים של דיני הנזיקין

מני מאוטנר הוא שזיהה את המהלך של ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי. כתיבתו בתחום עסקה בעיקר באופן שבו קרה מהלך זה בבית-המשפט העליון, בשנות השמונים, בהפעילו את המשפט הציבורי.<sup>178</sup> מהלך דומה התרחש מאוחר יותר בתוך מערכת המשפט הפרטי, ובאופן מובהק במשפט הנזיקי.<sup>179</sup> כפי שראינו לעיל, למרות זיהוים הפורמליסטי-המסורתי של דיני הנזיקין עם סכסוך קונקרטי בין שני צדדים במסגרת הספירה הפרטית של חינו, החלו להיווצר בקיעים באשר לחוסנה ולבלעדיותה של תפיסה זו. ההבנה שדיני הנזיקין מכילים בקרבם עוצמת השפעה המגעת הרבה מעבר לצדדים הספציפיים לסכסוך הלכה והתחזקה בספרות, בפסיקה ובחקיקה.<sup>180</sup> מהלך זה החל בחקיקה המחריגה, משיקולים ציבוריים רחבים, סיכונים מסוימים מדיני הנזיקין המקובלים – למשל, בנושא של תאונות-דרכים – והגיע עד לביסוס חקיקה שעיקר תכליתה להוביל לשינוי התנהגותי-חברתי, כגון חוק איסור הפליה או החוק למניעת הטרדה מינית.<sup>181</sup> אף שניתן לו רמז קל בשנות השבעים, את שינוי המגמה המשמעותי לכיוונה של תפיסה זו ניתן לזהות רק מסוף שנות השמונים, והוא הלך והתעצם בשני העשורים האחרונים, תוך שהוא נוכח לא רק בספרות התיאורטית, אלא גם מחלחל לפסיקתו של בית-המשפט העליון, וממנה לפסיקתן של הערכאות הנמוכות יותר.

פרשת **מפעלי רכב אשדוד**,<sup>182</sup> שבה נתבעו עובדים על נזקי שביתה שניהלו, היא שהציתה את התובנה בדבר השפעתם החברתית המרכזית של דיני הנזיקין, וזאת לא רק על החברה ככלל, אלא גם על יחסי הכוח החברתיים המתקיימים בה, ובמקרה זה על יחסי הכוח שבין עובדים למעבידים על רקע תהליכי ההפרטה שאפיינו את שנות השמונים.<sup>183</sup> רות בן-ישראל, מומחית בתחום יחסי העבודה, מיהרה להביע את עמדתה שלפיה באמצעות דיני הנזיקין חרץ בית-המשפט לשבט את עתידה של זכות השביתה וצמצם עד-מאוד את היקף ההגנה עליה.<sup>184</sup> נילי כהן ביקשה אף היא לצמצם את תחולת ההלכה שפגעה בזכות השביתה,<sup>185</sup> אם

178 מאוטנר, לעיל ה"ש 38.

179 זנדברג, לעיל ה"ש 157.

180 ביטון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 61-89.

181 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 58 (להלן: חוק איסור הפליה); חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 166 (להלן: החוק למניעת הטרדה מינית). להרחבה על-אודות ההקשר החקיקתי כבעל משמעות פוליטית, במובן של השפעתו החלוקתית על חלק מיחסי הכוח החברתיים, ראו ביטון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 61-66.

182 ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק, פ"ד מא(3) 169 (1987).

183 אסף שפירא "הפרטה – סקירה תאורטית והיסטורית" פרלמנט 64 (2010) [www.idi.org.il/parliaments/11097/11145](http://www.idi.org.il/parliaments/11097/11145).

184 רות בן-ישראל "אחריות בשל נזקים שנגרמו עקב שביתה" עיוני משפט יד 149 (1989) (העוסקת בגבולות תחולתם של דיני הנזיקין על העיקרון המקודש של זכות השביתה).

185 נילי כהן "נזקי שביתה, הרשלנות הזדונית, הנזק הכלכלי וגרם הפרת חוזה" עיוני משפט יד 173 (1989) (הדנה בשאלת תחולתה הפוויטיבית-הפורמליסטית של עוולת הרשלנות על מעשה

כי ניכר שהיא פעלה בצורה פורמליסטית בהרבה מזו שנקטה בן-ישראל, אשר התנגדותה למהלך נשענה בצורה גלויה על אדנים ערכיים. עיסוק גלוי בערכיותן של דוקטרינות נזיקיות לנוכח יחסי הכוח בשוק העבודה התבסס באותה תקופה גם בפסיקה, אך התאפיין במגמה של הגנה על העובדים דווקא.<sup>186</sup> היה ברי כעת שלדוקטרינות נזיקיות יש השלכה דרמטית על יחסי הכוח המאפיינים את שוק העבודה, וכי יש להתחשב לכן ביחסים אלה בעיצוב אותן דוקטרינות ובפרשנותן.

בתקופה זו התפרסם בעיוני משפט מאמר אשר לא זכה אומנם בתהילת האזכורים המאפיינת רבים ממאמרי כתב-העת, אך סימן את דיני הנזיקין כזירה אפשרית חדשה להשתתפות פוליטית-אזרחית משמעותית וממוקדת. הכוונה למאמרו של גל הררי, משנת 1992, אשר כל מטרתו הייתה לאפשר השתתפות פוליטית במאבק בתופעת המינויים הפוליטיים.<sup>187</sup> הררי בחן את ההיתכנות של מיגור תופעת המינויים הפוליטיים באמצעות שימוש אינסטרומנטלי בחובת הזהירות של דירקטור בחברה ממשלתית באופן שיאפשר להטיל עליהם חבות כספית-פיצוית במקרה של מינוי פוליטי.

עוד מעניין לראות בתקופה זו את חלחול ההכרה בכוחם החברתי הרב של דיני הנזיקין באופן עקיף, כך שגם מאמרים שבתחילת דרכם נדמו כפוזיטיביסטיים במהותם התבררו כבעלי השפעה חברתית רחבה בהמשך. דוגמה בולטת במיוחד להיפוך כזה היא השיח האקדמי שהתפתח בכתב-עת זה על-אודות פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי. אריאל פורת – מפתחם האקדמי הבולט ביותר של דיני הנזיקין, אשר בהמשך חבר אליו אלכס שטיין לדיון בנושא קרוב<sup>188</sup> – קידם מעל דפי כתב-העת את רעיון ההכרה ביצירת סיכון בדיני הנזיקין כבסיס להטלת אחריות, ועורר תגובה של התנגדות רמה.<sup>189</sup> מה שנדמה בתחילה כדיון ער אך פנים-משפטי בגבולותיהם של דיני הנזיקין, ובדבר הבסיס הדוקטרינרי להטלת אחריות במסגרתם, נהפך עם הזמן לזירה שבה הייתה לעיסוק משמעות חברתית מובהקת. היה ברי שככל שדיני הנזיקין יאפשרו לתבוע בגין הקטנת הסיכוי לטוב או הגברת הסיכון לרע, יהיה בכך פתח של ממש להביא לפני בית-המשפט תביעות של ניזוקים מוחלשים אל מול חזקים. על כך העידו גם הדוגמאות שהציגו הכותבים לשם המחשת טענותיהם, אשר

מכוון דוגמת שביתה, בהשוואה לעוולה של גרם הפרת חוזה).

186 הכוונה בעיקר לסירובו של בית-המשפט העליון לאפשר למעבידים לטעון טענות של אשם תורם כלפי עובדיהם באותה מידה שבה ניתן לטעון אותן כלפי ניזוקים באופן כללי. ראו, למשל, ע"א 417/81 מלון רמדה שלום נ' אמסלם, פ"ד לח(1) 72 (1984); ע"א 435/85 מחמור בע"מ נ' אטרדי (פרחן), פ"ד מא(4) 524 (1987).

187 גל הררי "עוולת הרשלנות כאמצעי אלטרנטיבי לצמצום נגע המינויים הפוליטיים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות" עיוני משפט יז 375 (1992).

188 אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191 (1998).

189 אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג 605 (2000). לתגובת-הנגד ראו קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עוולתית באינטרס" עיוני משפט כז 323 (2003). לתגובה על תגובת-הנגד ראו אריאל פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?" עיוני משפט כז 357 (2003).

נגעו, רובן ככולן, ביחסים שבין בעל-הון שברשותו מפעל מזהם לבין אזרחים או עובדי-דחק בסביבה המזוהמת שנפגעים ממעשיו. בתחום הרשלנות הרפואית, שם פרוחה סוגיית העמימות הסיבתית בפסיקת בית-המשפט העליון, אפשר פיתוחם של פורת ושטיין הענקת פיצוי חלקי לניזוקים-חולים אשר לא היו בידיהם הכוח או הידע הנדרשים לניהול תביעה נזיקתית רגילה ומתישה עד לפיצוי, והבנה זו החלה משתרעת גם על תחומי פעילות אחרים שבהם ניכרו יחסי כוח ומידע לא-שוויוניים בין המזיקים לניזוקים.<sup>190</sup> אריאל פורת המשיך לנקוט את סגנונו הייחודי בפיתוח דיני הנזיקין המקומיים, כאשר ביקר את התעלמותה של עוולת הרשלנות ממגוון השיקולים החברתיים הנרחב – הן מצד המזיק הן מצד הניזוק – העומד בבסיס התנהגות המוערכת כרשלנית.<sup>191</sup> גם כאן היו עמדותיו הדוקטרינריות בעלות משקל חברתי חשוב ביותר, אף אם העניין החברתי לא הועמד בחזית כתיבתו.

את "הקפיצה הגדולה" בעיסוק בדיני הנזיקין ככלי להשפעה אזרחית ולשינוי חברתי עשו המחוקק, בתי-המשפט והאקדמיה, כמעט במקביל, במהלך העשור וחצי האחרונים. החל באמצע העשור הראשון של שנות האלפיים ניתן לזהות שינוי של ממש בהבנת תפקידם החברתי הייחודי של דיני הנזיקין. בתי-המשפט ניכר שימוש בדיני הנזיקין לצורך השפעה חברתית-פוליטית, בעיקר בהקשרים פמיניסטיים. את המהלך הפסיקתי המרכזי הוביל השופט ריבלין בבית-המשפט העליון בפסיקותיו בפרשות אבו חנא ופלוני.<sup>192</sup> מהלך מובהק כזה נעשה גם בסדרה של מאמרים נזיקיים-פוליטיים בעיוני משפט, שעמיה נמנים גם שני מאמרים שבמסגרתם נוהל פולמוס גלוי וישיר בנושא.

בהקשר הפסיקתי ניתן לסמן שני מנגנונים של השפעה פוליטית באמצעות תביעות נזיקיות. המנגנון האחד הוא הגשת תביעה מתוך כוונה אסטרטגית מודעת לייצר שינוי מערכתי על בסיס אינדיווידואליסטי. מנגנון זה הוא חלק מהשתתפות יצירתית שבה הפרט תר אחר זירות חדשות לקידום מדיניות או לשינויה. המנגנון האחר הוא הפיכת תביעה נזיקית קיימת – בשל עיסוקה בתחום בעל משמעות פוליטית רחבה – לזירה בעלת משמעות אסטרטגית.

190 גיא שני "אובדן סיכויי החלמה, נזק ראייתי והטיה נשנית: נקודת המפגש ואתרי ההתנצחות שבין המודלים לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה" ספר שלמה לוין 395 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני עורכים, 2013); גלעד, לעיל ה"ש 88; פורת ושטיין, לעיל ה"ש 188. פסקי-הדין הבולטים בעניין זה הם ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215 (2004); ע"א 361/00 ד'אהר נ' סרן יואב, פ"ד נט(4) 310 (2005); וע"א 7375/02 בית חולים כרמל, חיפה נ' מלול, פ"ד ס(1) 11 (2005). אומנם יש הטוענים לעצירת מגמה זו בהחלטת בית-המשפט העליון בדיון הנוסף בפרשת מלול – ראו דנ"א 4693/05 בי"ח כרמל – חיפה נ' מלול (פורסם בנבו, 29.8.2010) – אולם השלכותיו של פסק-דין זה אינן ברורות דיין עדיין, ובכל מקרה ההכרעה בדיון הנוסף אינה מבטלת את חשיבותו של פסק-הדין בערעור האזרחי, נכון לעת שבה ניתן, מבחינת הצבעתו על המגמה שהוא היה חלק ממנה.

191 אריאל פורת "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד 275 (2000); אריאל פורת "רשלנות וסיכנו העצמי של המזיק" עיוני משפט כו 321 (2002).

192 בהתאמה: ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005); ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סא(3) 310 (2006). לדיון במשמעותן הפמיניסטית של שתי החלטות מונומנטליות אלה ראו ביטון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 66-69. ראו גם להלן ליד ה"ש 214-216.

מנגנון זה נחשב גם הוא חלק מהפעילות הפוליטית-האזרחית החדשה, מכיוון שהוא מבטא השתתפות רחבה יותר מזו המסורתית, אשר כוללת כעת גם מעורבות אזרחית בנושאים ציבוריים, גם אם מקורה בעניין אישי, אשר לא משתמע לכן כפוליטי במונח המסורתי.<sup>193</sup> בדומה לתחום מדע המדינה, גם בתחום הנוקיות קשה לזהות מראש מהי המשמעות הציבורית והפוליטית של פעולה זו או אחרת, ויש שהדבר מחייב ממש חקר כליות ולב של הפועל.<sup>194</sup> אולם במחקרנו אין לקושי זה משמעות של ממש, שכן איננו מבקשות לבחון את כוונת הפעולה, אלא בעיקר את משמעותה ותוצאותיה.

שני המנגנונים האמורים של השפעה פוליטית באמצעות תביעות נוקיות יודגמו באמצעות שני מקרי-מבחן המבטאים בצורה מובהקת את הזיקה שבין מאפייני המחאה הפוליטית הנוכחית לבין התפתחותו של העידן החברתי-המערכתי הנוכחי של דיני הנוקיות. המנגנון הראשון של השפעה פוליטית באמצעות דיני הנוקיות, הכולל מימד של פעילות אסטרטגית מודעת, בא לידי ביטוי בצורה הבולטת ביותר במאבק הפמיניסטי לקידום מעמדן של נשים בישראל באמצעות דיני הנוקיות. במשך שנים רבות, הן בישראל הן בדמוקרטיות אחרות ברחבי העולם, הייתה הספירה הפוליטית סגורה כמעט לגמרי בפני נשים. מאבקים עקשים אמנם הובילו לבסוף לכניסתן של נשים למערכת הפוליטית, אך הן מצאו את עצמן בעיקר בשולי המערכת, ולא במרכזה. לנוכח המחסומים שהוצבו בפניהן בפוליטיקה הפורמלית, נשים שביקשו להשפיע על פני החברה הקימו ארגונים חוץ-פרלמנטריים, אשר היוו עבורן מסלול חלופי לפעילות בזירה הציבורית.<sup>195</sup> החברה האזרחית אפשרה לנשים להיות פעילות בזירה ציבורית, ללא תחרות ישירה עם גברים. בישראל, כבר בשלב המוקדם של תקופת היישוב, השתמשו נשים בפעילות חוץ-ממסדית, בעיקר בתחומי הרווחה, לשם השפעה על בניית החברה.<sup>196</sup> לימים עברה פעילותן למרחבים פוליטיים מגוונים בהרכבה, ובהם אף לעימות ישיר עם הממסד הפוליטי מדרג הנשים באמצעות ארגוני אנטי-מלחמה נשים, כגון "נשים בשחור" ו"ארבע אימהות", וכן ארגונים המציעים חלופה למיליטריזם הישראלי, כגון "פרופיל חדש".<sup>197</sup> בהמשך הורחבו לא רק תחומי הפעילות של ההשתתפות הפוליטית-הנשית הזו, אלא גם קהילת הפועלות בה, כאשר הוקמו ארגונים פמיניסטיים על-ידי נשים מזרחיות (למשל, "אחותי" ו"מרכז תמורה") ועל-ידי נשים פלסטיניות (למשל, "אלפאנר").<sup>198</sup> ניכר כי המשותף לכלל הארגונים הללו היה ועודנו רצונן של נשים להשפיע על הסדר החברתי בישראל ולהופכו לשוויוני יותר. אל מול רצון זה עמדה מציאות של פוליטיקה מעוטת נשים, ויש שיאמרו אף מדירת נשים, אשר נשים ביקשו לתקן את העיוות שיצרה באמצעות יצירתיות וחדשנות בפעילותן הפוליטית.<sup>199</sup>

193 גל-נור ובלאנדר, לעיל ה"ש 158, בעמ' 419.

194 שם.

195 חנה הרצוג "בין כיכר הדשא ושביל החצץ – נשים, פוליטיקה וחברה ישראלית" תרבות דמוקרטית 10, 191 (2006).

196 יעל ישי בין גיוס לפיוס: החברה האזרחית בישראל 111-113 (2003).

197 הרצוג, לעיל ה"ש 195, בעמ' 199.

198 שם, בעמ' 200.

199 Yael Yishai, *BETWEEN THE FLAG AND THE BANNER: WOMEN IN ISRAELI POLITICS* (1997).

מהלך מקביל של שימוש פמיניסטי מוכוון-שינוי-חברתי ניתן לזהות גם בדיני הנזיקין. לאחר שהביקורת הפמיניסטית חשפה בסוף המאה העשרים את מעורמיהם המגדריים של דיני הנזיקין כבעלי הטיה מגדרית-גברית,<sup>200</sup> היא היוותה כוח מניע בהלכתם מחדש בפרדיגמה אחרת ורחבה יותר. דרישתה הערכית והמתקדמת הייתה להשתמש בדיני הנזיקין ככלי לשינוי חברתי, אשר יאפשר את קידום מעמדן של קבוצות מוחלשות בחברה ואת הוצאתן ממקומן הנוכחי בשולי השיח המשפטי-החברתי-הכלכלי.<sup>201</sup> יחסי הכוח החברתיים, כמו-גם כללי המשפט, נתפסים על-ידי הביקורת הפמיניסטית כאלה שמכתיבים את ההקצאה הלא-שוויונית והמפלה של ההון הכלכלי בחברה אשר מנמיכה את מעמדן של נשים לנוכח עמדות המיקוח המגדריות הלא-שוויוניות במשא-ומתן על חלוקת העושר בחברה.<sup>202</sup> לפיכך, כך נטען, הטלת אחריות נזיקית בגין הפליה וניצול יחסי כוח תעביר את נטלה הכלכלי של הפליה זו – המוטל כיום בעיקר על כתפיהן של קבוצות מוחלשות – אל כתפיה של ההגמוניה.<sup>203</sup> נטל זה יועבר הן בדרך של פסיקת פיצויים בגין הפליה והן בדרך של הפנמת עלויות ההפליה אצל הגורמים המפלים,<sup>204</sup> כך שפשוט "לא ישתלם" להם להפלות והם יצטרכו להבנות מחדש את ההסדרים המפלים הרלוונטיים כלפי אוכלוסיות מוחלשות. בכך תוגן כראוי זכות האדם הבסיסית לשוויון של מי שמשתייכות לאוכלוסיות מוחלשות. אכן, אף שבעבר לא נשמעה בישראל קריאה מיוחדת ליצור שינוי שיטתי דרך דיני הנזיקין לצורך הטבת מצבן של נשים, במבט לאחור ניתן לזהות שימושים ספורדיים שעשו נשים בדיני הנזיקין כבר בשנות השמונים. היה זה בפרשות **סולטאן וסוהן**,<sup>205</sup> שאפשר לראות בהן סנונית ראשונה למהלך כזה, שכן התובעות זכו בהכרה מבית-המשפט על החבות הנובעת מנזק בעל ייחוס מגדרי מובהק שנגרם להן: גירוש אישה בניגוד לרצונה וסרבנות-גט.<sup>206</sup>

- 200 לכתובה סמינלית ראו: Leslie Bender, *Feminist (Re)Torts: Thoughts on the Liability* 848, 895–908 *Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities*, 1990 DUKE L.J. 848, 895–908; Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 U. PA. L. REV. 463 (1998).
- 201 ראו ביטון, לעיל ה"ש 6.
- 202 זהו האופן המרכזי שבו הבניה זו "מתכתבת" עם המשפט: הסדר החברתי מכתוב את האופן שבו מתקבלים הסדרים משפטיים, ואלה בתורם משרתים את הסדר החברתי הקיים שלפיו התקבלו. ראו Kennedy, לעיל ה"ש 76, בעמ' 571–576.
- 203 להצדקתו של שימוש זה בדיני הנזיקין, תוך הסתייעות ברעיונות מהתיאוריה הפמיניסטית, ראו ביטון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 171–186.
- 204 הגורמים המפלים הם למעשה הקבוצות המרכיבות את ההגמוניה. למשל, פסיקת פיצוי בגין הפליית אנשים עם מוגבלות תטיל את עלות ההפליה על ההגמוניה, המורכבת ממי שאינם בעלי מוגבלויות.
- 205 בהתאמה: ע"א 245/81 **סולטאן נ' סולטאן**, פ"ד לח(3) 169 (1984); ע"א 429/82 **מדינת ישראל נ' סוהן**, פ"ד מב(3) 733 (1988).
- 206 בפרשת **סולטאן** שלעיל נסב הדיון הנזיקי סביב השאלה העקרונית אם ניתן להגיש תביעת נזיקין בגין הפרת חובה חקוקה שמקורה בחוק העונשין, התשל"ז-1977. באופן קונקרטי דובר בס' 181 לחוק העונשין, האוסר גירוש אישה על-ידי בן-זוגה – פעולה המותרת על-פי הדין המוסלמי הדתי. התביעה התקבלה. בפרשת **סוהן** שלעיל נסב הדיון העקרוני סביב חובת הזהירות של



כעשרים שנה לאחר שניתנו ההכרעות בפרשות אלה החל גל שני חדש ומשמעותי של תביעות נזיקיות שהוגשו על-ידי מי שנפגעו מעוללות שמקורן בחוויית החיים הנשית. אותן עוללות מתרחשות כתוצאה מהתממשות סיכונים שמקורם בהבניה החברתית המגדרית המדרגית, והסטיסטית מוכיחה כי נשים נפגעות מהן יותר.<sup>207</sup> זאת הפעם הוגשו התביעות באמצעות ארגוני החברה האזרחית, ופעולתם הייתה מאורגנת, שיטתית יותר ומכוונת-שינוי-חברתי.<sup>208</sup> דוגמה מובהקת למהלך זה מהווה הקמתם – במהלך העשור הראשון של האלף הנוכחי – של ארגוני חברה אזרחית המתמקדים בדיני הנזיקין כבסיס לפעילותם לשינוי חברתי, כגון "מרכז נגה", שמטרתו הגנה על זכויותיהם של נפגעי עברות, ובעיקר של נפגעות עברות מין, גם במישור הנזיקי; "מרכז צדק לנשים", שמטרתו הגנה על זכותן של נשים לשוויון ולצדק תחת הדין הדתי; ו"מרכז תמורה", שמטרתו הגנה על זכותן לשוויון של מגוון אוכלוסיות מוחלשות בישראל.<sup>209</sup> גם התופעה של הצטרפות של ארגונים לשינוי חברתי כידידי בית-המשפט, שהייתה בעבר נחלתם הבלעדית כמעט של תיקים שנדונו במשפט הציבורי, נעשתה נפוצה יותר ויותר בתיקים נזיקיים.<sup>210</sup> מהלך משפטי-קונקרטי זה השתלב היטב ביומרה הפמיניסטית הרחבה שניכרה בזירה הפוליטית בישראל – להשפיע על דפוסים פוליטיים בחברה הישראלית באמצעות השתתפות נשית.

המשטרה בביצוע פעולותיה השלטוניות. באופן קונקרטי דובר במקרה שבו סרבן-גט הצליח לצאת מהארץ אף שעמד נגדו צו עיכוב יציאה מן הארץ. בית-המשפט קבע כי היה על המשטרה להקפיד על בחינה מדוקדקת ויסודית של הנוסעים המתייצבים במקומות היציאה הרשמיים, והתביעה התקבלה.

207 שני סיכונים שניתן לציין בהקשר זה הם הסיכון להיאנס והסיכון ליפול קורבן לאלימות מצד בן-הזוג. לעוללות נוספות ולדרכי ההתמודדות של המשפט הישראלי עימן ראו יפעת ביטון "חוויות-חיים נשית" וצפיות של נזק" משפטים לג 585 (2003).

208 דוגמאות לארגונים מעין אלה וסקירה של פעילותם, כמו-גם תיאור של תגובתם החיובית של בתי-המשפט על עבודתם, ניתן למצוא אצל ביטון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 87-88.

209 לעבודתם של ארגונים אלה ולמטרותיהם ראו [www.ono.ac.il/academy/social-agenda/noga](http://www.ono.ac.il/academy/social-agenda/noga) center (מרכז נגה); [www.cwj.org.il/about](http://www.cwj.org.il/about) (מרכז צדק לנשים); [www.tmura.org.il](http://www.tmura.org.il) (מרכז תמורה). גילוי נאות: פרופ' ביטון נמנתה עם המייסדות של מרכז נגה ומרכז תמורה, ועומדת גם כיום בראש זה האחרון.

210 השייך למשפט הציבורי נובע מבסיס קיומו של מוסד הידידות כבסיס לעיסוק בסוגיות משפטיות בעלות השלכות רחבות-היקף. למוסד "ידיד בית-המשפט" ראו ישראל (איסי) דורון, מנאל תותרייג'ובראן, גיא אנוש וטל רגב "עשור ל'ידיד בית-המשפט': ניתוח אמפירי של החלטות בתי-המשפט" עיוני משפט לד 667, 667-706 (2011). למשל, "מרכז תמורה – המרכז המשפטי לקידום השוויון", שבמרכז "משנה" של המכללה למנהל, הגיש פעמיים בשנת 2010 בקשות להצטרף כידיד בית-המשפט לתיקי תביעה נזיקית פרטיים הנוגעים ישירות באינטרסים פמיניסטיים מובהקים. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1960/06 אלמונית נ' גלזר (פורסם בנבו, 23.5.2010), וכן דנ"א 7565/09 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 1.4.2010) (בקשה לדין נוסף על רע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.7.2009)). בכל המקרים הצטרף מרכז תמורה לפי בקשת התובעים, כמקובל בתחום: בדרך-כלל התובע או התובעת הם המבקשים את אותה "הרחבת חזית רעיונית" שמהווה הצטרפותו של ידיד בית-המשפט, וסיכויי קבלתה של בקשת ההצטרפות גדלים עשרות מונים כאשר היא נתמכת בבקשה מפורשת של אחד הצדדים לתיק.

הסבר אפשרי לשינוי מערכתי זה הוא אינסטרומנטלי, ולפיו תביעות מכוח דיני הנזיקין – להבדיל מתביעות מכוח המשפט הציבורי, כגון המשפט החוקתי או זה המנהלי – נחשבות תחום ייצוג משפטי מתגמל ביותר. מעבר לשכר-הטרחה המוענק לעורכי-הדין כבכל תחום, בדיני הנזיקין טמון יסוד חשוב וחיובי נוסף בכך שההליך עשוי להסתיים בהעברת סכום כסף משמעותי לידי התובעת. מבנה זה של דיני הנזיקין נושא בחובו תמריץ רחב לתביעות של פרטים, כמו-גם לארגוני חברה אזרחית, היכולים לפתח דרכו מודל תקציבי ייחודי הנשען על תרומה של חלק מהכסף המתקבל בתביעה לארגון. ייחוד זה של דיני הנזיקין אפשר התפתחות של לייטגציה מסיבית בתחום, אשר גררה בעקבותיה שינוי של ממש בהלך-הרוח של בתי-המשפט בטפלים בה. אלה החלו להתייחס באהדה לתביעות האמורות, ולהשקיע מאמץ ויצירתיות שיפוטיים בהתמודדות עם האתגרים הנזיקיים החדשים שתביעות אלה טומנות בחובן לדיני הנזיקין המסורתיים.<sup>211</sup>

עם זאת, נדמה שהסבר משכנע יותר לשינוי המערכתי האמור מציג את השימוש שפרטים וארגונים חברתיים עושים בזירה הנזיקית ככלי להשתתפות חברתית-פוליטית אשר תואם את עידן הפעילות הפוליטית היצריתית ומהווה פיתוח נזיקי שלה. פיתוח תיאורטי נזיקי אשר יש בו כדי להצביע על מקורותיו הרעיוניים של פוטנציאל השתתפות פוליטית כזה ניתן לזהות גם בתוך דיני הנזיקין עצמם. תיאוריית ה-*Legal Recourse* שפיתחו ג'ון גולדברג ובנג'מין זיפורסקי גורסת כי מאפייניהם הייחודיים של דיני הנזיקין – כגון דרישת הנזק ומתן זכות תביעה לניזוק בלבד – כמו-גם חיבורם למשפט הפרטי אינם מחייבים שדינים אלה יעסקו בסוגיות "פרטיות". תחת זאת הם מעידים על יכולתם החשובה של דינים אלה להעניק לניזוק את זכות הבחירה – שאותה הם מזהים כחוקתית – לתבוע בגין נזק שנגרם לו ככל שיחפוץ בכך. להבדיל, למשל, מכוחם הכופה של דיני העונשין בהתרחש עברה, בהתרחש עוולה מופקד בידי הניזוק הכוח להחליט כיצד לנהוג עם הנזק שאירע לו. במובן זה, החלטתו היא החלטה מובהקת של השתתפות פוליטית-אזרחית באמצעות "אכיפה אזרחית": אם הוא רוצה להעלות לסדר-היום החברתי-המשפטי את העוול שקרה לו, הוא מוזמן להשתמש בדיני הנזיקין; אם אין הוא רוצה, הוא מוזמן לא לעשות זאת.<sup>212</sup> לנוכח היכולת להפעיל את דיני הנזיקין כמקור לצמצום אי-השוויון ביחסי הכוחות החברתיים המגביר את פגיעותו לנזק,<sup>213</sup> נראה שלגבי פרט מוחלש דינים אלה נהפכים ביתר שאת, תחת תיאוריה זו, לכלי מרכזי לאכיפה אזרחית, אשר פוטר אותו מלהיזקק לגורם פוליטי מוסדי שיתווך בעבורו את פעולת השינוי החברתי שבה הוא חפץ. נראה אם כן כי המנגנון הראשון – זה של בחירה בדיני הנזיקין ככלי להשתתפות אזרחית מובהקת – אינו שמור לארגונים בלבד, אלא נגיש גם לפרט המבקש ליצור שינוי מדיניות דרך ספרת המשפט הפרטי.

את המנגנון השני של שימוש פוליטי בדיני הנזיקין ניתן כאמור לזהות כ"הטמעה" של חזון פוליטי בתוך דוקטרינות קיימות במסגרת תיקים שניתן לאפיינם כנזיקיים-שגרתיים.

211 ביטון, לעיל ה"ש 2.

212 לתיאוריה זו ראו: Benjamin C. Zipursky, *Civil Recourse, Not Corrective Justice*, 91 GEO. L.J. 695, 733–40 (2003); John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *Tort Law and Moral Luck*, 92 CORNELL L. REV. 1123, 1150 (2007).

213 ראו ביטון, לעיל ה"ש 11.

הורתם של תיקים אלה לא הייתה בהגשת תביעה מתוך מחשבה אסטרטגית של קידום שינוי חברתי, אולם עובדה מסוימת בהם הפכה אותם לבעלי משמעות פוליטית חשובה. דוגמאות בולטות להפעלת מנגנון זה מהוות הכרעותיו המונומנטליות של השופט ריבלין בפרשות **פלוני ואבו חנא**, שהוזכרו לעיל. בפרשת **פלוני** לא היסס המשנה לנשיאה ריבלין להחזיר מסר פמיניסטי לדיני הנזיקין, בדחותו את הרעיון שניתן לחייב מזיק בתשלום דמי "הליכה לזונה" לגבר שיכולת התפקוד המיני שלו ניזוקה.<sup>214</sup> השפעת פסק-הדין על מעמדן של נשים במשפט לא נותרה בגרדי התחום הנזיקי בלבד. כך, בעתירה שבה ביקש ארגון הנשים ויצו להצטרף כידיד בית-המשפט לתביעה נגד מפעיל של "שירותי הצצה" על נשים" בעיר רמת-גן, השעין הארגון את בקשתו על אדני פסק-הדין בפרשת **פלוני** ועל התפיסה העולה ממנו שלפיה יש להחיל נורמות המקדמות נשים באמצעות תקנת הציבור.<sup>215</sup> בפרשת **אבו חנא** קבע השופט ריבלין כי אין לאפשר לדיני הנזיקין להעמיק את יחסי אי-השוויון בשוק העבודה בישראל, ועל-כן סירב להתבסס על דפוסי ההעסקה המפלים של נשים בדוויות בבואו לקבוע את גובה הפיצוי שיינתן לילדה ממוצא בדוו שכושר ההשתכרות שלה נפגע בעוולה.<sup>216</sup> המשך המגמה שהתחיל השופט ריבלין ניכר גם בפסיקתם של שופטים נוספים בבית-המשפט העליון, אשר הבולט מביניהם הוא המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין. בפסיקה אחת קבע השופט רובינשטיין כי על צוותים רפואיים בבתי-חולים לשית ליבם לנשים המגיעות אליהם עם חבלות אשר מעלות את החשד שהן הוכו, ואף אמר מפורשות כי יש "לרתום" את דיני הנזיקין להגנה על נשים מוכות.<sup>217</sup> בפסיקה אחרת הוא קבע כי על דיני הנזיקין להגן על נשים מפני אי-השוויון הכרוך בהסדר ההפרדה המגדרית באוטובוסים ציבוריים.<sup>218</sup> גם פה התייחס השופט רובינשטיין מפורשות ליכולתן של תביעות אלה לחולל

214 לא בכדי אנו משתמשות במילים בוטות אלה, שכן הביטוי "שירותי ליווי", שבו השתמשו בתי-המשפט בערכאות השונות, אפשר להם לעדן את הכיעור שבתופעה החברתית של "הליכה לזונה". המשנה לנשיאה ריבלין גורס כי מתן פיצוי לניזוק במקרה דנן לשם "השבת המצב לקדמותו" חוטא ומנוגד לעקרון "תקנת הציבור": "תקנת הציבור" עשויה להשפיע על יישום העיקרון בדבר 'השבת המצב לקדמותו' מקום שהמצב הקודם או המצב שאליו חותר הפיצוי כרוך באי חוקיות או בפגיעה בערכי יסוד של החברה והשיטה. "עניין פלוני, לעיל ה"ש 192, פס' 21 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

215 עת"ם (מנהליים ת"א) 8707-07-15 ויצ"ו – הסדרות עולמית לנשים ציוניות נ' ירושלמי (פורסם בנבו, 11.10.2015).

216 מסקנה זו עולה מצירוף דבריו של השופט ריבלין בחלקים שונים של פסק-דינו. ראו בעיקר את דבריו המפורשים שלפיהם "בחירה בנתון אחר לנפגע-קטין השייך לקבוצת אוכלוסייה מסוימת אך משום השתייכותו זו... היא עצמה עלולה ליצור מציאות מפלה". פרשת **אבו חנא**, לעיל ה"ש 192, פס' 34 לפסק-דינו של השופט ריבלין. עוד נציין כי חיפוש שנערך במאגר "נבו" ביום 9.3.2016 מעלה כי יותר מ-600 פסקי-דין עשו שימוש בהלכת **אבו חנא** לקביעת פיצויים לקטינים ממגזרים שונים בישראל.

217 ע"א 9063/03 פלוני נ' הסדרות מדיצינית הדסה, פ"ד (ס) 556, פס' ז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (2005). ראו גם ביטון, לעיל ה"ש 11.

218 בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד (2) 530 (2011).

שינוי רחב בתחום.<sup>219</sup> אל שני קולות צלולים אלה הצטרפו לאחרונה קולות נוספים: השופטים חיות, דנציגר וברק-ארו תרמו גם הם את תרומתם למהלך, בקובעם לאחרונה כי יש לפסוק פיצוי נזיקי לנשים שהודרו מתחנת רדיו חרדית.<sup>220</sup> פסיקות אלה אינן נראות עוד כ"צָבָר" של תביעות מזדמנות, כי אם כמגמה של ממש, אשר גם מזוהה ככזו על-ידי הערכאות התחתונות. שם אכן החלו בתי-המשפט מעניקים פיצוי בנזיקין בגין שלל פגיעות בשוויון, ביניהן פגיעות בשל שילוט מפלה במרחב הציבורי,<sup>221</sup> פגיעות בגין הפרדה מגדרית בבית-עלמין<sup>222</sup> ובאוטובוסים,<sup>223</sup> פגיעות בשל הפליה מגדרית כמתן שירות ביטחוני<sup>224</sup> ועוד.

גם התחום האקדמי לא טמן ידו בצלחת, והגיב על התפתחויות אלה באהדה, כפי שהדבר בא לידי ביטוי במאמרים שפורסמו בעיוני משפט. כמו בהקשר הפסיקטי, גם במאמרים הנזיקיים ניתן לזהות את שני מגננוני השימוש, ולהבחין בין מאמרים שנראה כי פונו מלכתחילה לעסוק בצורה ברורה בהיבטים החברתיים-המכניים שלהם לבין אלה שבהם הייתה זו תוצאה נלווית לכתיבתם. בסוגה השנייה בולטת כתיבתו של רונן פרי. במאמרו הראשון בעשור האחרון של פרסומי כתב-העת, עסק פרי בבחינת התהליכים ההיסטוריים והחברתיים שהובילו לחקיקת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975.<sup>225</sup> לאורך מאמרו הציג פרי את הפער בין כוונת המחוקק לייצר חוק סוציאלי לבין המציאות, שבה מילאו חברות הביטוח תפקיד מרכזי בסיכול מטרתו הסוציאלית של החוק. הכרתו של פרי בעוצמת השפעתם של גורמים פרטיים על עיצוב תחום נזיקי כה נרחב, אף אם היא שזורה בתיאור הליכי של עיצוב החוק, חושפת את האופן שבו זיהו חברות הביטוח את דיני הנזיקין כזירה לגיטימית לעיצוב יחסי הכוח החברתיים-הכלכליים בישראל. במאמרו השני בעשור זה בכתב-העת חבר פרי ליחיאל קפלן, ויחד הם בחנו את יכולתם של דיני הנזיקין להתמודד עם העוול החברתי הנגרם למסורבות-הגט בישראל.<sup>226</sup> אף שעסקו בנושא בעל משמעות פוליטית-מגדרית מובהקת, השתמשו השניים בבניית דוקטרינרי בעיקרו, תוך שהם בוחנים מזווית אינסטרומנטלית את השאלה כיצד דיני הנזיקין יכולים לשמש בסיס לתביעה נזיקית של נשים שניזוקות מסרבנות-גט, לנוכח מגבלותיהם של דיני המשפחה בתחום. את מאמרה-התשובה למאמר זה, שנכתב על-ידי יפעת ביטון, ניתן לשייך באופן מובהק לסוגת העיסוק האקדמי הגלוי בהיבט החברתי-המבני של דיני הנזיקין. המאמר לא

219 שם, פס' לג לפסק-דינו: "...כך שתאפשר במקרי הצורך אכיפה נקודתית העשויה לחולל שינוי מעשי, ומכל מקום – לשמש להרתעה".

220 פרשת קולך, לעיל ה"ש 92. בשלב זה מדובר רק באישור תובענה ייצוגית, אולם הכלל הנזיקי המכיר באחריות לנזק ייחודי זה כבר מוטמע בהחלטה זו.

221 פרשת אבוטבול, לעיל ה"ש 91.

222 רע"א 6282/14 אייר נ' אגודת חברה קדישא גמילות חסדים של אמת (פורסם בנבו, 25.6.2015).

223 פרשת רגן, לעיל ה"ש 218.

224 ת"צ (מחוזי מר') 8214-05-14 מירב נ' אי. די. אי. חברה לכיטוח בע"מ (פורסם בנבו, 30.8.2016).

בשלב זה מדובר רק באישור תובענה ייצוגית, אולם הכלל הנזיקי המכיר באחריות לנזק ייחודי זה כבר מוטמע בהחלטה זו.

225 רונן פרי "מהפך או מפה? סיפורו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים" עיוני משפט כח 147 (2004).

226 יחיאל קפלן ורונן פרי "על אחריותם בנזיקין של סרבני-גט" עיוני משפט כח 773 (2005).

הסתפק בהצהרה על עצמו ככזה, אלא אף השתמש במתודה של חשיפת היסוד הפוליטי המובהק של ניתוחם האפוליטי לכאורה של פרי וקפלן.<sup>227</sup> ביטון טענה כי הזירה הנוזקית יכולה לסייע לנשים בדיוק במקום שבו קולן כה מוחלש על-ידי דיני המשפחה. במובן הדוקטרינרי תורגמה עמדתה של ביטון לקריאה לעצמאותם של דיני הנוזקין מן העולם המכפיף של דיני המשפחה, ולהתייחסות לתביעות נזיקיות של נשים מסורבות-גט כתביעות רשלנות רגילות, המחייבות בחינה נזיקית בלבד של יסודותיהן.<sup>228</sup> מתודה זו הופעלה גם בכרך העוקב, במאמרו של צחי קרן-פז, אשר תהה על משמעות הפוליטית של הסדר הפיצוי הנוזקי, וניהל במאמרו דיון נוקב במאפיינים החלוקתיים של דיני הפיצויים.<sup>229</sup> במאמרו שב קרן-פז אל תורת הפיצויים שהעמיד ברק בכתב-העת שני עשורים קודם לכן, ואשר פיתחה זנח מאז, וקבע כי לגישה הפרטנית לפיצוי, המונחית על-ידי העיקרון של "השבת המצב לקדמותו", יש משמעות חלוקתית גרסיבית. ליבת ביקורתו התמקדה באופן שבו שיטת פיצוי זו מעמיקה את הפערים החברתיים הפסולים בחברה הישראלית. סדרת מאמריהם של ביטון וקרן-פז ביטאה לפיכך תפיסה ביקורתית-חברתית של דיני הנוזקין, אשר ביטוי לה היה אפשר למצוא לא רק בפסיקה, אלא גם בהלך-הרוח של העידן הנוזקי-החוקתי המשתנה. במאמר שכתבה ביטון כעבור כעשור היא כחנה את האופן שבו הוטמעו תפיסות אלה בפסיקה הנוזקית המקומית בהקשר הייחודי של פיצוי נפגעות עברה ונפגעי עברה. בעומדה על המתחים שנוצרו בחיבור בין מעשה עוולה למעשה עברה – המכונה על-ידיה "עוולרה" – הצביעה ביטון על התייחסות נזיקית של בתי-המשפט להקשר החברתי הגלוי של תקיפות מיניות ולמחירן החברתי.<sup>230</sup>

ביטוי גלוי לשינוי בתפיסת משמעותם החברתית של דיני הנוזקין ניתן למעשה לראשונה דווקא בחקיקה. בסוף המילניום הקודם ובשנת פתיחתו של זה הנוכחי, כמו לסמן את תחילתו של עידן חדש, חוקקו חוקים נזיקיים ייחודיים אשר הדגישו את תפקידם החשוב בגרימת שינוי התנהגותי-חברתי. חוקים אלה, שניתן לזהותם כ"מעין-חוקתיים" בשל תכליתם המוצהרת לקדם שוויון חברתי, היו חוק איסור הפליה והחוק למניעת הטרדה מינית.<sup>231</sup> חקיקה זו גירתה גם חוקרים ששדה המחקר שלהם אינו נזיקי לחשוב על פוטנציאל השימוש בהם למיגור תופעות חברתיות המנוגדות לשוויון, אשר הולכות ופושות בחברתנו. כך עשה, למשל, צבי טריגר, במאמרו הסוגר סקירה זו של כרכי כתב-העת, שבו בחן את האפשרות לראות את ההפרדה הגוברת בין המינים במרחב הציבורי בישראל כהטרדה מינית.<sup>232</sup>

227 יפעת ביטון "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן שביניהם – מענה ליחיאל קפלן ורון פרי" עיוני משפט כח 871 (2005).

228 שם, בעמ' 884-888.

229 צחי קרן-פז "כיצד דיני הפיצויים הופכים את העניים לעניים יותר? (ומדוע בית-המשפט העליון מפרש את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות-דרכים באופן בלתי-עקבי?)" עיוני משפט כח 299 (2004).

230 ביטון, לעיל ה"ש 11.

231 התייחסות לחוקים אלה כאל "מעין-חוקתיים" מקורה בעובדה שהם מעגנים באופן מובהק את ההגנה על הזכות לשוויון באמצעים נזיקיים. ראו פירוט אצל ביטון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 215-199.

232 צבי טריגר "הפרדה בין גברים לנשים כהטרדה מינית" עיוני משפט לה 703 (2013).

### 3. צפי פני העתיד: ריבוי שחקנים נזיקיים וטשטוש תפקידיהם הפוליטיים

תהליכי השינוי שיצרו את הפרקטיקות החדשות של השתתפות חברתית-פוליטית נבעו, כזכור, מעשורים שבהם נשחק מעמדה של הספירה הפוליטית כזירת ייצוג אמיתי של רצון העם ושל יכולתו להשפיע על חייו. במציאות זו מתבקשת התהייה אם לנוכח עשורים ארוכים של שחיקה כזו לא משתנה תפיסתה העצמית של המדינה בדבר מעמדה כשחקנית פוליטית. שתי התפתחויות שמתחוללות לאחרונה במשפט הישראלי – האחת בתחום החקיקה והאחרת בתחום הליטיגציה – יכולות בהחלט להעיד על מגמה כזו, שבה המדינה מעבירה לאזרח באופן פעיל כוח השפעה פוליטי, מתוך ציפייה שהוא יפעיל אותו לטובתה, ואולי אף במקומה.<sup>233</sup>

בתחום החקיקתי, בשורה של חוקים שנחקקו לאחרונה העביר המחוקק – באופן מוגבר, מגוון, מודע ומובהק – את תפקיד השינוי החברתי מידי המדינה לידיהם של פרטים.<sup>234</sup> התיקון שתוקן בשנת 2007 לחוק הגבלת העישון במקומות ציבוריים, התשמ"ג-1983, אשר בין היתר שינה את שמו ל"חוק למניעת העישון במקומות ציבוריים והחשיפה לעישון", הוא דוגמה מובהקת למהלך כזה.<sup>235</sup> החוק המתוקן קובע מערך של שינוי חברתי המבקש להעביר את החברה הישראלית ממצב של עישון בכל מקום וכפיית עישון סביל למצב של איסור עישון בכל המקומות הציבוריים, ואף במקומות פרטיים כמקום העבודה.<sup>236</sup> למרות מטרתו השאפתנית של החוק – ואולי יש לומר בשל מטרתו זו – הכירה למעשה המדינה באי-יכולתה לאכוף, וזאת אף שמדובר באינטרס ציבורי שהוכרז ככזה, ואף שמתפקידה המסורתי של המדינה לאכוף את חוקיה. תחת זאת נקרא האזרח הקטן לדגל: מי שניזוק מאי-ישום החוק מוזמן להגיש תביעה נזיקית בגין אותו עישון בלתי-חוקי שנעשה לידו. בכך לא רק שהמדינה מעבירה את תפקיד האכיפה לאזרחים, אלא היא סומכת את ידיה על כך שהם יביאו לידי מימושו של השינוי החברתי המיוחל, באמצעות השתתפות אזרחית-פוליטית פעילה שתחתור למימוש החוק. בה-בעת המדינה נהנית כמובן מכך שהאצבע המאשימה בתביעה הנזיקית מופנית נגד בעל העסק שבשטחו בוצע העישון, תחת שהיא

233 העדר היציבות השלטונית, אשר באה לידי ביטוי בריבוי מערכות הבחירות בישראל בשנים האחרונות, הובילה לפגיעה ביכולת המשילות. ריבוי מערכות הבחירות הביא לידי כך שהמדיניות הציבורית בישראל כיום אינה יעילה, ומוגבלת מבחינת טווח הזמן שלה, מבחינת המשאבים העומדים לרשותה ומבחינת חשיבותם של התחומים שהיא נוגעת בהם ומשפיעה עליהם. לקריאה נוספת ראו עומרי שמיר מהקלפי אל השוק – צרכנות פוליטית בישראל (2017). לשיטתנו, כחלק ממהלך זה, שבו רשויות המדינה מבקשות להתגבר על העדר המשילות, הן פונות לאפיקים חדשים, שאחד מהם הוא תביעות נזיקיות.

234 סנונית ראשונה למהלך כזה היה חוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1961, אולם הוא היה חריג ויחיד לתקופתו. כעבור שלושים שנה הצטרף אליו חוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992. אולם שני החוקים הוגבלו לתחום היחיד של מטרדים, וזאת להבדיל מהמגמה המוצגת להלן, שהייתה מגוונת בתחומי השתרעותה ונמשכת בעיצובה.

235 חוק הגבלת העישון במקומות ציבוריים (תיקון מס' 2), התשס"ז-2007, ס"ח 446.

236 צו למניעת העישון במקומות ציבוריים והחשיפה לעישון (שינוי התוספת לחוק), התשע"ב-2012, ק"ת 1222.

תופנה אל המדינה, למשל, המתנערת מחובתה לאכוף איסור עישון זה. בפרשת שמש<sup>237</sup> נתן בית-המשפט העליון דחיפה חיובית ביותר לתביעות עישון, ואפשר את הרחבת רפרטואר הפעולות הנוזיקיות-החברתיות של האזרח על-ידי הגדרתן כ"אכיפה אזרחית", תוך שהוא מקבל את המודל המוצע לעיל, המשלים למעשה עם מחדלן של הרשויות באכיפת החוק.<sup>238</sup> עיקרון זה אומץ בתחומים שונים, ובעיקר בתביעות ייצוגיות, כגון תביעה בגין הטיה בסימון מוצרים,<sup>239</sup> תביעה בגין הדרת נשים מתחנת רדיו חרדית כהפרה של חוק איסור הפליה,<sup>240</sup> תביעה על בסיס חוק למניעת מפגעים נגד מפעל מזזה<sup>241</sup> ותביעה בגין הפצת "דואר זבל".<sup>242</sup> עוד בתחום החקיקה מעניינת במיוחד, כמסגרת נוזיקית-פוליטית חדשה, חקיקתו לאחרונה של חוק החרם.<sup>243</sup> החוק נולד כדרך להילחם בתופעת הצרכנות הפוליטית (political consumerism), אשר מופנית בעוצמה זה כעשור כלפי ישראל, ואשר היא עצמה אחת הפרקטיקות הפוליטיות החדשניות השכיחות ביותר.<sup>244</sup> מטרת הצרכנות הפוליטית היא השגת יעדים פוליטיים תוך שימוש בכוח השוק הכלכלי. צרכנים פוליטיים מוגדרים כמי שמונעים בעת רכישה או אי-רכישה על-ידי טעמים אתיים, פוליטיים או ערכיים באופיים.<sup>245</sup> צרכנות פוליטית נחלקת לשני סוגים: שלילית (החרמה – boycott) וחיובית (קנייה במכוון – buycott).<sup>246</sup> בין פרקטיקות ההשתתפות הפוליטית החדשות, הצרכנות הפוליטית מסוגת

- 237 רע"א 9615/05 שמש נ' פוקצ'טה בע"מ, פס' ד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.7.2006).
- 238 שם. עקרון האכיפה האזרחית באמצעות דיני הנוזיקין, שהוצע בפסק-דין שמש, יושם בהמשך בפסקי-דין נוספים בתחום העישון. ראו ת"צ (מחוזי חי') 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ (פורסם בנבו, 27.10.2010); ת"צ (מחוזי מר') 4398-09-08 ליטבין נ' בלה שלומקניס בע"מ (פורסם בנבו, 26.1.2009); ת"צ (מחוזי ת"א) 44888-02-10 אגמון נ' התחנה המרכזית החדשה בתל-אביב בע"מ (פורסם בנבו, 28.6.2012).
- 239 ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ (פורסם בנבו, 4.9.2014).
- 240 פרשת קולך, לעיל ה"ש 92.
- 241 ת"צ (מחוזי חי') 11781-05-09 עזבון להט נ' כרמל כימיקלים בע"מ (פורסם בנבו, 4.3.2012).
- 242 רע"א 2904/14 גלסברג נ' קלאב רמון בע"מ (פורסם בנבו, 27.7.2014). תביעה זו לא הוכרה כתביעה ייצוגית, אך נקבע כי קיימת זיקה בין אכיפה אזרחית לבין מימוש המטרות החוקתיות העומדות בליבתו של חוק התקשורת (כזק ושידורים), התשמ"ב-1982.
- 243 חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן: חוק החרם).
- 244 הן תנועות ישראליות ("גוש שלום") והן תנועות בין-לאומיות (BDS) עמלות במרץ על מסעי חרמות, הכוללים קריאות לחרם של אומנים בין-לאומיים כדי שלא יופיעו בארץ, לחרם על מוצרים שיוצרו באזורים שאינם בתחומי גבולות 67' ואף לחרם על כלל מוצרי ישראל. ההצלחה היחסית של חרמות אלה הובילה את המערכת הפוליטית לחקיקתו של חוק החרם, אשר מכיר בקריאה לחרם כעוולה נוזיקית.
- 245 Micheletti, Hooghe & Stolle, לעיל ה"ש 54, בעמ' 245.
- 246 להרחבה על סוגי הצרכנות הפוליטית ראו: Michele Micheletti, *Why More Women? Issues of Gender and Political Consumerism, in POLITICS, PRODUCTS, AND MARKETS: EXPLORING OF POLITICAL CONSUMERISM PAST AND PRESENT* 245 (2003).

כחלק מ"פוליטיקה של אורח חיים" (lifestyle politics).<sup>247</sup> מושג זה משקף נטייה רחבה לראות מטרות יומיומיות הקשורות לבילוי, לתיירות, לקניות ולאופנה כמטרות פוליטיות. הצרכנות הפוליטית, שהינה חלק מתופעה זו, ניתנת ליישום בקלות, קשורה לשימושי שפה וליחסי-גומלין יומיומיים, ומשקפת תזוזה ממודלים רשמיים של השתתפות.<sup>248</sup> מאפיינים אלה הופכים אותה להתגלמות הריחוק מהשתתפות בפוליטיקה המסורתית.<sup>249</sup> יתר על כן, יש המשווים בין עוצמת הפוליטיות של מעשה ההצבעה בבחירות לבין פעולת הצרכנים, המשתמשים ביכולת הקנייה שלהם כדי לייצר "רכישה כהצבעה" בשוק הכלכלי, וזאת כדי "לבחור" בסוג החברה שבה היו רוצים לחיות.<sup>250</sup> חוק החרם, אם כן, לא רק משמש פרקטיקת השתתפות פוליטית חדשה, אלא גם נוצר כמענה נזיקי לאחת הפרקטיקות הפוליטיות היצירתיות והנפרצות ביותר בדורנו, וכאמצעי למיגורה. גם כאן יש קריאה לאזרחים לפעול במקום שבו המדינה אינה יכולה או אינה מעוניינת לפעול.<sup>251</sup> חקיקת החוק מהווה אם כן הכרה של המדינה בפוטנציאל הפעילות הפוליטית והשינוי החברתי הגלום בשימוש בדיני הנזיקין. בעצם חקיקת החוק המדינה נהפכת, באמצעות אזרחיה, לשחקן נזיקי, תוך שהיא נשענת על פרקטיקת פעולה חדשה על-מנת לקדם ערכים פוליטיים מסורתיים.

W. Lance Bennett, *The Uncivic Culture: Communication, Identity, and the Rise of Lifestyle Politics*, 31 POL. SCI. & POL. 741 (1998)

248 ש.ם.

249 W. Lance Bennett, להרחבה בדבר הזיקה בין פוליטיקה יומיומית לבין צרכנות פוליטית ראו: *Branded Political Communication: Lifestyle Politics, Logo Campaigns, and the Rise of Global Citizenship, in POLITICS, PRODUCTS, AND MARKETS: EXPLORING POLITICAL CONSUMERISM PAST AND PRESENT* 101 (2003)

250 MICHELETTI, FØLLESDAL & STOLLE, לעיל ה"ש 62, בעמ' 228.

251 כך, למשל, לנוכח העדר יכולת דיפלומטיית של מדינת-ישראל להחרים את גרמניה, קרא ראש הממשלה דוד בן-גוריון לציבור הישראלי לפעול באמצעות חרם בשוק המקומי-הישראלי. דוגמה מאוחרת יותר ניתן למצוא בפעולתו של שר התמ"ת לשעבר אלי ישי, אשר יזם בשנת 2006, בתום מלחמת לבנון השנייה, פנייה רשמית לאזרחי ישראל לקנות מתוצרת הצפון. בפנייתו ציין השר ישי כי "על כולנו מוטלת אחריות לאומית ואישית להתייצב כיום כאיש אחד, בלב אחד לימינם של אנשי הצפון, ואני קורא מכאן לכל אחד להעדיף במפגיע את מוצרי הצפון ותעשיות הצפון. יהיה בכך סיוע כלכלי וגם הכרזה כי 'כל ישראל ערבים זה לזה' וליכנו עמם". דוגמה נוספת לעידוד הצרכנות הפוליטית ניתן למצוא בתוכנית של התמ"ת הנקראת "קונים באהבה משרדות ויישובי עוטף עזה". תוכנית זו ביקשה לעודד הן עסקים והן צרכנים לרכוש מוצרים מהדרום מתוך תחושת הזדהות לאומית עם תושבי המקום. לצד הפעולות הממשלתיות עולות גם יוזמות צרכניות פוליטיות של אזרחים שמבקשות לתמוך בציבור זה או אחר, ואשר זוכות לא אחת במודעות רבה ובהצלחה גדולה. בין אותן יוזמות ניתן למצוא את קמפיין "הקנייה במכוון" שאורגן על-ידי אזרחים במטרה לתמוך בתושבי הדרום בעת מבצעי "עופרת יצוקה" ו"צוק איתן". לסיכום, נראה כי מוסדות רשמיים של המדינה מעודדים צרכנות פוליטית, ובמקביל האזרח הישראלי יוזם אף הוא פעילות כזו, בעיקר בתקופות של משבר בטחוני. למידע נוסף על רכישה מאזור הצפון ומאזור הדרום ראו כתב כלכליסט "קונים באהבה: פרויקט לעידוד רכישה מוצרים ושירותים משרדות" כלכליסט 26.11.2008 <https://www.calcalist.co.il/money/articles/0,7340,L-3157262,00.html>



בתחום הליטיגציה ניתן לזהות תופעה שבמסגרתה המדינה נהפכת לשחקנית נזיקית על-ידי שימוש בדיני הנויקין כתובעת. דוגמה בולטת לכך היא התנהלות המדינה בפניו האזרחים הברווים בכפר אל-עראקיב. כחלק מאסטרטגיה מוצהרת של המדינה,<sup>252</sup> היא החלה להגיש תביעות נזיקיות נגד אזרחים ברווים תושבי הנגב, אשר לשיטתה אחראים לפלישה לארמות המדינה באזור אל-עראקיב, וממשיכים לשוב אל האזור, מה שמאלץ את המדינה לפנותם משם פעם אחר פעם. הגשת תביעה אזרחית על-ידי המדינה ומטעמה, בדרישה לפיצויה על הוצאותיה בפניו הברווים מהכפר הבלתי-מוכר ובהרסת המבנים בו כל פעם מחדש, היא שימוש של המדינה בדיני הנויקין ככלי לביסוס מדיניותה הפוליטית המובהקת בתחום.<sup>253</sup> עוד בהקשר זה ניתן להצביע על שימושה של המדינה בכלי הנויקי של שליחת הודעות צד ג נגד ארגוני חברה אזרחית במסגרת תביעות נזיקיות בעלות מאפיינים פוליטיים מובהקים. המדינה עשתה כן לאחרונה בשתי הזדמנויות: במקרה הראשון נעשה הדבר במסגרת תביעה אזרחית שהגיש יום נדל"ן נגד הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה במחוז מרכז בגין עיכוב באישור תוכנית בנייה. בתגובה על תביעה זו הגישה פרקליטות מחוז מרכז הודעת צד ג נגד עמותת "אדם טבע ודין" ועמותה נוספת, אשר התנגדו לאישור זה מטעמים של איכות הסביבה. בהודעתה טענה המדינה כי אם תימצא אחראית לעיכוב באישור התוכנית לבניית המלון, כפי שהובטח ליום, יש להטיל אחריות נזיקית וחובת תשלום פיצויים על הארגונים הסביבתיים שגרמו לעיכוב זה. המדינה לא היססה לעשות כן אף שהסיבה לדחיית האישור הייתה שהעתירה המנהלית שהגישו הארגונים החברתיים נגד הבנייה התקבלה על-ידי בית-המשפט לעניינים מנהליים.<sup>254</sup> במקרה אחר הגיש אדם שהותקף במצעד הגאווה בירושלים תביעה נזיקית נגד התוקף, עיריית ירושלים ומשטרת ישראל. בתגובה הגישו העירייה והמשטרה הודעות צד ג נגד עמותת "הבית הפתוח בירושלים", אשר ארגנה את המצעד. טענתן הייתה שהעמותה התרשלה כאשר התעקשה על קיום המצעד חרף התנגדותה הקולנית של האוכלוסייה החרדית בעיר, ואף פנתה לבית-המשפט המחוזי בדרישה שיוורה על קיום המצעד.<sup>255</sup> התפתחות מטרידה זו נגדעה באיבה, לאחר שבעקבות פנייתם של ארגוני חברה אזרחית ליועץ המשפטי לממשלה בוטלה הודעת צד ג של המשטרה. למרות הביטול במקרה זה, קבע היועץ במעין אזהרה כי "ככל אדם או גוף, ארגונים חברתיים חבים חובת זהירות כלפי מי שצפוי להינזק מפעילותם, וכפועל יוצא מכך אינם חסינים מפני תביעות בנזיקין".<sup>256</sup> ריכוך סכנת האיום על ההשתתפות הפוליטית-האזרחית הישירה של הארגונים החברתיים בישראל נמצא כחלק אחר של אותה "אזהרה", שבה קבע היועץ כי בשל המשמעות הציבורית הנובעת מתביעות נזיקין של המדינה נגד ארגונים חברתיים, הקשורה בקשר הדוק

252 לפרטים נוספים ראו אתר רשות מקרקעי ישראל – [http://land.gov.il/PR\\_MSG/Pages/1188.aspx](http://land.gov.il/PR_MSG/Pages/1188.aspx).

253 ת"א (שלום ב"ש) 45792-07-11 מדינת ישראל נ' אבו מדיעם (פורסם בנבו, 16.8.2017).

254 עת"ם (מנהליים ת"א) 1528/07 צוקי ארסוף בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מחוז מרכז (פורסם בנבו 4.12.2007).

255 עת"ם (מנהליים י"ם) 526/05 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (ניתן ביום 26.6.2005).

256 ראו את תגובתו של עוזר היועץ המשפטי לממשלה מיום 30.9.2014 בכתובת <http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2014/10/NGOs-AG1-30092014.pdf>.

לחופש הביטוי ולזכות הגישה לערכאות, חובה לקבל אישור מסמכות ממשלתית בכירה לפני שליחת הודעת צד ג. החובה לקבל אישור מוקדם הוגבלה, עם זאת, רק למקרה שניתן לראותו ככזה ש"מעלה רגישות מבחינה ציבורית".<sup>257</sup>

דוגמה נוספת היא פעולתה של היחידה לאכיפה אזרחית של פרקליטות המדינה (להלן: היחידה), שמטרתה היא הגשת תביעות אזרחיות בשיעורים כספיים ניכרים בשם המדינה ולמען כלל הציבור, מתוך כוונה להגן על ערכי שלטון החוק ועל משאבי המדינה השונים.<sup>258</sup> נראה כי נוסף על המטרות המוצהרות לעיל, היחידה נוטלת על עצמה גם מטרות של חינוך והרתעה. דוגמה להתנהלות המבקשת לחנך ולהרתיע היא ההחלטה התקדימית הנשקלת על-ידי משרד הביטחון, בשיתוף עם היחידה, לתבוע בתביעה נזיקית את המעורבים ברצח החייל יפתח גריידי. מטרת התביעה היא קבלת פיצוי בגין נזק הגוף שנגרם לרכוש צה"ל.<sup>259</sup> היפוך-יוצרות זה בין מקומה המסורתי של המדינה כנתבעת לבין מיקומה החדש כתובעת מעיד כאלף עדים על זיהום של דיני הנזיקין כזירה להשפעה חברתית-פוליטית. כעת לא רק ארגוני חברה אזרחית ויחידים מנצלים זירה זו לקידום מאבקייהם הפוליטיים, אלא גם המדינה עצמה, הרואה לנכון להצטרף לזירה זו כשחקנית "פרטנית". בהצטרפותה המדינה משבשת את משחק התפקידים המקובל של מחאה חברתית נגד מדיניותה, ומשיבה מלחמה שערך על-ידי שימוש באותם דיני נזיקין לצורך הגנה על זכותה לממש מדיניות זו.

זווית אחרונה ומעניינת על טווח ההתפתחויות העתידיות הצפויות בתחום מספקת החלטה שהתקבלה לאחרונה בפרשת גליק, העשויה לסמן את פתיחתו של עידן חדש בתביעות הנזיקיות-הפוליטיות נגד המדינה.<sup>260</sup> תביעתו של גליק הייתה חלק מגל של תביעות נזיקיות נגד משטרת ישראל, המוגשות בעיקר על-ידי קבוצות פוליטיות מובחנות ומובהקות בחברה הישראלית, כגון מתנחלים<sup>261</sup> ופולסטינים,<sup>262</sup> אשר חבריהן וחברותיהן נחשפים לאלמות משטרתית או לשליטה משטרתית גורפת בפעילותן הפוליטית. תחילת הפרשה בשנת 2011, כאשר מנהל היחידה למקומות קדושים במשטרה הורה לאסור על גליק לעלות להר הבית, בהסתמך על כתבה שבה הוא נראה כשהוא מתפלל במקום, בניגוד להוראות המשטרה. האיסור נותר על עומדו במשך שנים, מבלי שהובררה סיבתו לעומק, מבלי שנבחנה תקפותו ומבלי שהוצעו חלופות לו. גליק תבע בשל כך את המשטרה בהתבסס

257 שם.

258 למידע נוסף על פעילות המחלקה ראו אתר המרשתת של היחידה לאכיפה אזרחית – [www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Departments/Civil-Enforcement-Dep/Pages/about.aspx](http://www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Departments/Civil-Enforcement-Dep/Pages/about.aspx).

259 המנוח נרצח בעודו משרת כחייל בצבא ההגנה לישראל. למידע נוסף ראו איתי בלומנטל "תקדים: משרד הביטחון בוחן לתבוע את דוקר הלוחם במועדון" [ynet](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4899825,00.html) 28.12.2016.

260 ת"א (שלום י"ם) 16009-03-11 גליק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.2.2015).

261 תא"מ (שלום י"ם) 13129-10-12 ניזירי נ' כהן (פורסם בנבו, 4.8.2013); ע"א (מחוזי י"ם) 5001-10 בן גביר נ' אפרתי (פורסם בנבו, 25.10.2012).

262 ת"א (שלום נצ') 6175-05 עבדאלנבי נ' המשרד לביטחון פנים (פורסם בנבו, 5.1.2010).

על שלל עוולות נזיקיות.<sup>263</sup> בשנת 2015 התקבלה התביעה במלואה בבית-משפט השלום, והמדינה חויבה לשלם לגליק 500,000 ש"ח כפיצוי על נזקיו.<sup>264</sup> ערעור שהגישה המדינה לבית-המשפט המחוזי התקבל במלואו, בנימוק שגליק לא פעל להקטין את נזקו, בכך שלא תקף בזמן שחלף את החלטת המשטרה בתקיפה ישירה בגנ"ץ.<sup>265</sup> באופן עקרוני יותר נקבע כי יש להפריד בין המשפט המנהלי לבין דיני הנזיקין ולהבחין ביניהם, באופן שימנע שימוש בדיני הנזיקין מקום שהמשפט המנהלי יכול לטפל בסוגיה.<sup>266</sup>

בהנמקתו זו ביטא למעשה בית-המשפט המחוזי דרישה – בין אם מכוונת ומודעת ובין אם לאו – "להחזיר עטרה ליושנה" בחלוקת העבודה שבין המשפט הפרטי לציבורי. מיקום הדרישה למיצוי העתירה המנהלית על-ידי התובע הנזיקי בלב הדוקטרינה הנוזקית הכמעט-מתה בדבר "חובת הקטנת הנזק"<sup>267</sup> ביצע סיכול ממוקד ופנימי-נזיקי לשימוש בדינים אלה לשם הנעת שינוי חברתי.<sup>268</sup> חסם חדש ומוחלט כזה, בדמות התוויית סדר פעולה הכולל מיצוי של התביעה המנהלית בטרם תוגש תביעה נזיקית, צפוי להרתיע תובעים נזיקיים בעלי סדר-יום חברתי-פוליטי.<sup>269</sup>

חיווק לפרשנותו זו לפסק-הדין המחוזי ניתן למצוא גם בפסק-דינו של בית-המשפט העליון אשר דחה את ערעורו של גליק.<sup>270</sup> חלק-הארי של פסק-הדין דן במערכת היחסים בין המשפט המנהלי לבין הדין הנזיקי ובדוקטרינת "ההתרשלות המנהלית". החלטת הרוב הייתה כי גליק שגה בכך שלא ביצע תקיפה מנהלית ישירה בטרם פנה לאפיק האזרחי. לענייננו נראה כי יש לשים לב דווקא לדיון שלא התקיים בפסק-הדין, והוא הדיון בזכות לחופש המחאה באופן כללי ובזכות המחאה או בחופש הפולחן של גליק בפרט. חיפוש המילה "הפגנה" בפסק-הדין מעלה כי היא מופיעה ארבע פעמים בסך-הכל, וזאת חרף

263 תביעתו של גליק הועמדה על כחצי מיליון שקלים, ובוססה על עוולת הרשלנות, הוצאת לשון הרע, פגיעה בפרטיות והפרת חובה חקוקה.

264 פרשת גליק, לעיל ה"ש 260.

265 ע"א (מחוזי י"ם) 62946-03-15 מדינת ישראל נ' גליק, פס' 58-72 לפסק-דינו של השופט דראל (פורסם בנבו, 17.1.2016).

266 "...לעתים מסלולי התקיפה השונים משקפים גם הבדלים בסדרי הדין וכדי יכולת לקיים בירור מהיר ואפקטיבי יותר דווקא בתקיפה ישירה של ההחלטה במישור המינהלי". שם, פס' 60 לפסק-דינו של השופט דראל.

267 לקריאה נוספת ראו יהודה אדר "הקטנת נזק ואשם תורם – הילכו שניים יחדיו?" משפט ועסקים י 381, 412-413 (2009). יש לציין כי המחבר קורא לביטולה של דוקטרינת הקטנת הנזק.

268 הערכתנו כי מדובר ב"תגובת-נגד" של בית-המשפט, המבקש לעצור את סחף השימוש בדיני הנזיקין כזירה לעיסוק אסטרטגי של אזרח הנוקט פעילות פוליטית נמרצת, נראית סבירה גם על רקע העובדה שבמקרה ספציפי זה אותו "אזרח מודאג ותובע" היה פעיל פוליטי מובהק, אשר נהפך במהלך התבררות ערעורו בבית-המשפט העליון לחבר כנסת בעל תפיסת-עולם פוליטית מגובשת ומוחצנת, הפועל לאפשר עליית יהודים להר הבית. ראו אליהן אהרון "הודה גליק לערוץ 7: אהיה שליח נאמן" ערוץ 7 23.5.2016 [www.inn.co.il/News/News.aspx/322570](http://www.inn.co.il/News/News.aspx/322570).

269 באופן מעניין, השופט דראל מלביש למעשה את עילת-הסף בדבר "מיצוי הליכים" מהמשפט המנהלי על טענת הגנה של המשפט הנזיקי, ובכך קושר בעצמו כתר מעין-פוליטי לדינים אלה.

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

העובדה שהזכות להפגין מהווה נדבך חשוב במהות ההחלטה. לפרשנות של זכות המחאה בערכאה העליונה יש השלכות רבות על פעילים שיבקשו לנקוט אמצעים משפטיים נגד רשויות המדינה בעקבות הפרתה, ועל-כן חבל שבית-המשפט בחר להתעלם מהיבט מהותי זה.<sup>271</sup> עוד עולה חשש מפסק-הדין כי המשטרה תוכל לעצור כל הפגנה באמתלה של פגיעה בביטחון ועדיין תזכה בהגנה הנזיקית.<sup>272</sup> אחת מאמירותיו הנוקבות של השופט עמית, אשר ניסח את דעת הרוב, משיבה את דיני הנזיקין למה שהוא תופס כתפקידם המסורתי, שהוא הגנה על ערכים מטריאליסטיים בעיקר:

”הדין הנזיקי המסורתי מעמיד בראש סדר העדיפויות את הפיצוי על נזקי גוף ורכוש, בעוד שהדין החוקתי מעלה על ראש שמחתו גם זכויות מופשטות יותר.”<sup>273</sup>

ברי שהרחקת דיני הנזיקין מהגנה על ערכים פוסט-מטריאליסטיים וזכויות חוקתיות תהפוך אותם לזירה רלוונטית פחות לפרקטיקות עכשוויות של השתתפות פוליטית.<sup>274</sup> תובנה רעיונית זו – בצירוף השינוי הדוקטרינרי המעמיד סטנדרט התרשלות ייחודי למדינה, שלפיו, כדרישת השופט עמית, רק התרשלות חמורה תוביל להטלת אחריות<sup>275</sup> – מחזקת עוד את האפקט המצנן של פסק-הדין בנוגע להשתתפות פוליטית באמצעות דיני הנזיקין. ימים יגידו אם פסק-דין זה מהווה תחילתו של עידן חדש של רפורמליזציה של דיני הנזיקין או שמא הוא רק מעניק מתווה פעולה לאלה המבקשים למחות באמצעות דיני הנזיקין נגד הרשות, ובכך יוצר דווקא מעין הסדרה יעילה של התהליך אל מול המשפט המנהלי. העובדה שפסק-הדין ניתן אל מול רשות מדינתית מעוררת גם את השאלה אם כך יידרש תובע לעשות גם אל מול מזיק פרטי. למשל, האם במקרים שבהם תובעת מבקשת לעצור פעולה של מפעל מזהם היא תידרש, בעקבות פסק-הדין ברע"א גליק, לנקוט הליך מנהלי באמצעות המשרד לאיכות הסביבה בטרם תגיש תביעה נגד המפעל עצמו? פרשנות כזו של פרשת גליק תהווה כמובן אפקט מצנן ביותר על מהלכי ההתפתחות והיצירתיות של השתתפות פוליטית באמצעות דיני הנזיקין, המתקיימים כיום.

## סיכום

מאמר זה הצביע על מתאם עובדתי ונורמטיבי בין התפתחותן של פרקטיקות השתתפות חברתיות-פוליטיות אזרחיות חדרשות לבין התפתחות השימוש בדיני הנזיקין, כפי שעולה

271 לפסקי-דין שהעניקו פיצוי בגין פגיעה בחופש ההפגנה ראו עניין בן גביר, לעיל ה"ש 261; ת"א (שלוש י"ם) 9253/09 פלוני ואלמונית נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 23.10.2014).

272 רע"א גליק, לעיל ה"ש 270, פס' 31 לפסק-דינו של השופט עמית. השופט עמית מונה שלל סיבות לקיומה של תוצאה זו.

273 שם, פס' 31(ז) לפסק-דינו של השופט עמית.

274 יתר על כן, השופט מבהיר כי הפתרון לאי-ההגנה בפועל על זכויות-יסוד הוא חיזוק ההגנה עליהן במשפט המנהלי, ולא עיסוק בהן בתחומי המשפט הפרטי. ראו שם, בסיפא של פס' 31 לפסק-דינו של השופט עמית. השופט מציין זאת כהערה "במאמר מוסגר", אולם עוצמתה גדולה.

275 ראו שם, פס' 36 לפסק-דינו של השופט עמית.

מסקירת ארבעים כרכיו של כתב־העת **עיוני משפט**, ואף מסקירה תמציתית של מסגרות משפטיות אחרות שהקבילו להם. בכך השלים המאמר מסד תיאורטי חסר בנוגע לתפר שבין מדע המדינה לבין עולם המשפט, ובאופן ספציפי בין מדע המדינה לבין התפתחות ייחודית ומסקרנת של דיני הנוזיקין המקומיים. משפטנים לא עסקו כמעט בהיבטים של השתתפות פוליטית של המשפט הפרטי, ובפרט של דיני הנוזיקין, ובהשפעתם על אופני ההשתתפות הפוליטית של פרטים בישראל. מן הצד האחר, גם חוקרי מדע המדינה לא בחנו כמעט את דפוסי ההשתתפות הפוליטית באמצעות המשפט בכלל, ובוודאי לא שתו ליבם לשינוי או למצער להרחבה התוך־משפטיים שחלו בזירת השתתפות זו מהמשפט הציבורי אל המשפט הפרטי, ובפרט אל דיני הנוזיקין.<sup>276</sup> ממצאי המחקר מראים כי התפתחותם המקבילה של דיני הנוזיקין ושל פרקטיקות עכשוויות של השתתפות פוליטית מצטלבת בצרור המאפיינים המשותפים להם, שעניינם שימת האדם במרכז ומתן אפשרות לפרט להשתתף בהשפעה על עיצוב החברה שבה הוא חי, תוך פיתוח אמצעים יצירתיים וחדשניים הקושרים בין שני תהליכים אלה.

הגורם המרכזי לתהליכים טרנספורמטיביים אלה – ייאוש ממנגנוני המדינה, מיעילות פעולותיה ומן היכולת להשפיע על המדיניות – הניע שינוי בתפיסתו של הפרט בדבר הפוליטיקה, השחקנים והשחקניות בה ואופני העיצוב של מטרותיה. שינוי זה עולה בקנה אחד עם התהליך הנמשך של הרחבת גבולות ההגנה הנוזיקיים הקלסיים, אשר אֶתגר גם את הבנת מטרותיהם של דינים אלה וְחייב פיתוחים תיאורטיים חדשים להם.<sup>277</sup> בסֵפֶרָה הליטיגטורית מי שדחפו לשינוי זה בפרקטיקת ההשתתפות הפוליטית היו בעיקר קבוצות מוחלשות בחברה, הנעדרות באופן שיטתי ייצוג ממסדי אפקטיבי, אשר זיהו את דיני הנוזיקין, בהתאם להתפתחות הדיסציפלינרית, כזירה חדשה לתיקון עוולות חברתיות ולצמצום פערי הכוח החברתיים בדרך של bottom-up במובן המשפטי. על כך הגיבו דיני הנוזיקין בשינויים דוקטרינריים משמעותיים בפסיקה ובחקיקה אשר אפשרו את השימוש בהם ככלי לאותו שינוי

276 לעניין פסיקה משווה יש לציין כי ספרות המחקר במשפטים ובמדע המדינה הדנה בשינוי מדיניות באמצעות פסיקה במשפט הפרטי (litigation as a policy tool) עוסקת בעיקר בתביעות ייצוגיות נגד חברות גדולות: חברות טבק, חברות מזהמות וכדומה. ברם, החיבור בין שיקולי מדיניות ציבורית רחבים לבין דיני הנוזיקין נותר חיבור לא־טבעי. תפיסה זו רלוונטית לשיטת המשפט המקובל בארצות־הברית ובבריטניה. ראו, בהתאמה: Arthur B. LaFrance, *Tobacco Litigation: Smoke, Mirrors and Public Policy*, 26 AM. J.L. & MED. 187, 188–90 (2000) (“By its nature, private litigation does not adequately address public health concerns, and therefore will not create a comprehensive national Tobacco policy”); Andrei Sirabonian, *Why Tobacco Litigation Has Not Been Successful in the United Kingdom: A Comparative Analysis of Tobacco Litigation in the United States and the United Kingdom*, 25 Nw. J. INT’L L. & BUS. 485, 506 (2005) (“The United Kingdom uses legislative means to dictate its public policy and thus is hesitant to punish private parties in order to send a message out to the public”); ייתכן כי השוני בין התפיסה הישראלית לבין התפיסה בארצות־הברית ובבריטניה נובע ממשפטיזציה של החברה הישראלית ומתהליכים פוליטיים וחברתיים שונים אשר קצרה היריעה מלתארם במסגרת המחקר הנוכחי.

277 ראו ביטון, לעיל ה"ש 11.

חברתי-מבני. תגובה חיובית זו הובילה לגל של תביעות נזיקיות בעלות משמעות חברתית רחבה, אשר נדונו, מבחינת התובעים, בהצלחה רבה. נקודת מפנה אפשרית ומרתקת בתהליך זה מתפתחת ממש כעת בהקשר הישראלי, לנוכח זיהוי הפוטנציאל לשינוי חברתי-מבני הגלום בדיני הנזיקין על-ידי המדינה עצמה. התפתחות זו מעוררת את התהייה אם המהלך שתואר כאן בדיני הנזיקין – אשר הפך אותם לכלי לשינוי חברתי ולצמצום יחסי כוח, בעיקר בעבור שחקנים מהחברה האזרחית ופרטים מוחלשים – אכן יימשך. כניסת המדינה כשחקנית נזיקית המפעילה דפוסים חדשים של השתתפות פוליטית לצורך קידום ערכים מסורתיים-מדינתיים, דווקא יכול שתוביל לשינוי ב"כללי המשחק" ולהחזרת הפורמליזם לדיני הנזיקין.