

## בין נזיקין לעונשין או בין הנזק ועונשו? דילמות מבניות, דיוניות ותפקודיות בייצוג נפגעות תקיפה מינית

מאת

יפעת ביטון\*

### תקציר

מאמר זה מבקש לחשוף היבט שלילי ובעייתי בקשר שבין דיני הנזיקין לבין דיני העונשין. על-אף ההבדלים המוכרים ביניהם, דיני הנזיקין ודיני העונשין נתפסים כבעלי פוטנציאל לתרומה אלה לאלה ולתמיכה אלה באלה. התייחסות זו מגולמת בפרדיגמה המוכרת באשר לקשר החיובי ביניהם כמבוסס על השלמה והעמקה הדדיות. לצד פרדיגמה מקובלת זו, מאמר זה מבקש להציג פרדיגמה אחרת, שלפיה, במקביל לקשר האיכותי והחיובי בין שתי מערכות הדינים, יש שדיני הנזיקין מתקיימים במתח קשה ונוקב אל מול דיני העונשין. המאמר משתמש במקרה-המבחן של ניהול תביעות אזרחיות על-ידי נפגעות תקיפה מינית נגד האחראים לפגיעה העבריינית בהן כמדגים התנגשות זו במלוא חריפותה. תפיסת שדות המשפט האמורים כנפרדים זה מזה אך גם כשורים זה לזה מחייבת עיסוק ממוקד בנקודות החיבור-חיכוך שביניהם, והכרת ההגבלות שנקודות החיבור מטילות על ניהול הליכים אזרחיים שהורתם במעשה פלילי. על רקע קשיים אלה מוצעת במאמר הבניה-מחדש של יחסי-הגומלין בין שתי מערכות הדינים לאורה של תיאוריית יחסי הכוח בדיני הנזיקין ותוך

---

\* מרצה בכירה, בית-הספר למשפטים על-שם שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למנהל. מאמר זה נכתב הן בכובעי האקדמי כחוקרת ביקורתית של דיני הנזיקין והן בכובעי כמייסדת-משותפת ומנהלת של "תמורה – המרכז המשפטי למניעת אפליה", המפעיל את דיני הנזיקין ככלי למיגור הפליה על כל סוגיה. בכובעי האחרון אני מייצגת – לצד עורכות-הדין החברתיות המסורות של המרכז ורדית אבידן, אפרת פודם ואייל שטרנברג – נשים נפגעות אלימות מגדרית, ואנו חוות את הקשיים הבסיסיים שבחיבור בין דיני הנזיקין ודיני העונשין באופן יומיומי. משום כך חשוב לי לחשוף קשיים אלה ולהציע דרכים לפתרונם. אני מבקשת להודות למי שתרמו לגיבוש של המאמר בגרסתו זו: עוזרת-המחקר שלי ברד, המשתתפות והמשתתפים בסמינר המצטיינות של המכללה למנהל לשנת תשע"ב, וכן חברות המערכת וחברי המערכת של כתבי-העת עיוני משפט. תודתי העמוקה נתונה גם לורדית אבידן על הערותיה המועילות ותרומתה למאמר מנסיונה הרב כעורכת-הדין המובילה של מרכז "תמורה". תודה גם ליורם רבין על העשרת חשיבתי הפלילית. תודה מיוחדת אני מבקשת להשיא לאותן נשים ומשפחותיהן שנפגעו ממעשה אלימות מגדרית, ואשר ראו את עצמן כשליחות במאמץ לייסוד מנגנון של צדק חברתי בדיני הנזיקין. הן לא אפשרו למי שפגעו בהן או ביקירותיהן ליטול מהן את תפקידן בשינוי הסדר החברתי הקיים למען עתיד טוב יותר לאחרות במצבן.

שימוש בה, במטרה להפחית ככל האפשר את המחיר הנזיקי שנקודות החיכוך השליליות בין שתי מערכות הדינים גובות.

### מבוא: נזיקין ועונשין – כפתור ופרח

#### א. הקשר החיובי בין דיני הנזיקין ודיני העונשין

1. פרדיגמת ההשלמה המגבה

2. פרדיגמת ההשלמה המוסיפה

3. הפונקציונליות של פרדיגמת הקשר החיובי

#### ב. הקשר הפוגעני בין דיני הנזיקין ודיני העונשין

1. ניהול הליך אזרחי לאחר מיצוי הליך פלילי

(א) פיצויים עונשיים

(ב) שימושים פוגעניים במסגרת סעיף 42א לפקודת הראיות

(1) עסקות־טיעון של מורשעים בעבירות מין

(2) גירוש נפגעות סחר בעקבות מיצוי משפט פלילי

(ג) קבלת כספי הפיצוי

2. ניהול הליך אזרחי במקביל לניהול ההליך הפלילי

(א) איסוף ראיות והצגתן

(ב) ניהול תביעה נזיקית נגד המדינה

3. ניהול הליך אזרחי תוך ויתור על הגשת תלונה

4. ניהול הליך נזיקי בהעדר היתכנות להליך פלילי

5. סיכום: הצרת אפשרויות וגבולות נזיקיים

#### ג. דיני הנזיקין ככלי לעירור מחדש של ההליך הפלילי ולביקורת עליו

1. ניהול הליך פלילי בעקבות ניהול הליך נזיקי

2. ניהול הליך נזיקי בצל העדר אפשרות נקודתית להעמיד לדין פלילי

3. ניהול הליך נזיקי כתיקון מודע של פגעי ההליך הפלילי

4. ניהול מחודש של הליך פלילי בעקבות ניהול הליך נזיקי

5. סיכום: השלמה או סתירה?

#### ד. הקשר הנזיקי־פלילי – אופק של הגנה במסגרת יחסי כוח

סיכום

### מבוא: נזיקין ועונשין – כפתור ופרח

בחלוקה הבלקסטוניאנית של המשפט המקובל דיני הנזיקין ודיני העונשין מובחנים היטב אלה מאלה ומצויים בשני קצוות הפוכים של "המשפט": זה הפרטי וזה הציבורי.<sup>1</sup> נדמה כי

1 ראו: 3 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 17–116 (photo reprint 1979) (1765–1769). לסקירת ההבחנה אצל בלקסטון ובסיסה ראו: Jerome Hall,

אין עוד טעם בחזרה על ההבדלים המוכרים עד לזרא בין שני הדינים, אשר כל סטודנטית וסטודנט למשפטים למדים ביומם הראשון ללימודים: דיני הנזיקין אמורים לטפל בדיעבד כמה שדיני העונשין מבקשים למנוע מראש.<sup>2</sup> מסיבה זו דיני הנזיקין מטילים חבות בעיקר על תוצאה, כלפי ניזוק מסוים, בעוד הדין הפלילי אינו דורש תוצאה לשם הטלת אשמה, ואפילו לא קורבן.<sup>3</sup> כמו־כן, בדין הנזיקי יש מקום לשיקולים אשר באופן מסורתי מקומם לא יכירם בתחום המשפט הפלילי, כגון שיקולים של יעילות כלכלית,<sup>4</sup> ולהפך: דיני העונשין מכירים בערך הגמוליי-המעניש, אשר זר לכאורה לדיני הנזיקין.<sup>5</sup> זאת ועוד, אכיפת החובה הנזיקית היא פרטית, ואילו זו הפלילית היא מדינתית. עובדה זו נגזרת מכך שהמשפט הפלילי נתפס כמכיל איסורים חברתיים-ציבוריים, בעוד המשפט הנזיקי נתפס כאוסר פגיעה פרטית באדם.<sup>6</sup> אחת הנקודות המרכזיות בשוני בין מערכות הדינים היא שהן נבדלות בחומרת הסנקציה שהן מטילות, במובן זה שהמשפט הפלילי מטביע באדם אות-קלון עברייני-מוסרי, ועלול להביא לידי שלילת חירותו, בעוד הסעד הנזיקי נחשב פשוט יותר מבחינת יסוד הכפייה הריבוני שבו, ומחייב את המזיק ששאלת אחריותו הוכרעה לשבט בעיקר בתשלום כספי. בשל כך, דרישות הדין הפלילי לצורך הטלת אשמה גבוהות בהרבה מאלה הנזיקיות, והצורך

- 
- Interrelations of Criminal Law and Torts*, 43 COLUM. L. REV. 753, 757–758 (1943)
- 2 ראו: John C. Coffee, Jr., *Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, 71 B. U. L. REV. 193, 194 (1991).
- 3 ראו ביתר פירוט: Kenneth W. Simons, *The Crime/Tort Distinction: Legal Doctrine and Normative Perspectives*, 17 WIDENER L.J. 719, 719–720 (2007–2008).
- 4 יש לציין, עם זאת, שגם בעמדה זו חל כרסום, עם עליית כוחה של תיאוריית משפט וכלכלה. לדובר בולט של גישה זו ראו גרי בקר, המציג מודל שלפיו שיקולים של יעילות כלכלית נשקלים בדין הפלילי, בעיקר בהחלטה כמה משאבים להקדיש לאכיפה של חוק מסוים. GARY S. BECKER, *THE ECONOMIC APPROACH TO HUMAN BEHAVIOR* 40–44 (1990).
- 5 לסקירת ההבדלים הבסיסיים ראו: Leo Katz, *A Look at Tort Law with Criminal Law*, 76 B. U. L. REV. 307 (1996). *Blinders*, עם זאת, לגישה המתנגדת להכללת שיקולים גמוליים בדיני העונשין ראו: Kenneth W. Simons, *Retributivists Need Not and Should Not Endorse the Subjectivist Account of Punishment*, 109 COLUM. L. REV. SIDEBAR 1 (2009). זאת ועוד, יש הטוענים כי בהקשרים מסוימים דיני הנזיקין הם חלופה עונשית ראויה להליך הפלילי. ראו את עבודתה המקיפה של דנה אפרתי השימוש בדיני הנזיקין כחלופה לענישה בהליך הפלילי: היבטים תיאורטיים (עבודת-גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2006). פירוט של הדעות החלוקות בנושא ניתן למצוא גם אצל ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א 220–224 (2012).
- כן ראו גבריאל קלינג "אכיפת הוראות עונשיות באמצעות דיני הנזיקין" הפרקליט לא 431, 433–431 (1977).
- 6 זוהי כמובן התפיסה המקובלת של המשפט הפלילי – כעוסק בציבור, ולא בפרט. תפיסות עדכניות ברבר חשיבות ההתייחסות גם אל קורבן העברה, כפרט חשוב ומרכזי בהליך הפלילי, מבקשות להפריך דיכטומיה זו כפוגענית כלפי נפגעות עברה. ראו דנה פוגץ' "מהפכת הקורבנות" – היום שאחרי: לקראת מודל המכיר בשיקולי ענישה פרטיים?" קרית המשפט ד 229 (2004).

בהוכחת יסוד נפשי, השימוש בחזקת החפות והדרישה להוכיח מעל לכל ספק סביר את אשמת הנאשם משמשים אמצעים מהותיים ופרוצדורליים לביסוס האשמה הפלילית. הדין הנוזקי, לעומת זאת, מסתפק על-פירוב ביסודות עובדתיים אובייקטיביים, ובעדיפות ראיותיו של צד אחד על אלה של האחר, לשם הטלת אחריות.<sup>7</sup> עוד נציין כי כל מערכת תחומה בגבולות פורמליים נבדלים.<sup>8</sup> קיימים כמובן עוד ועוד הבדלים כיד התיאוריה והמעש, אך קצרה היריעה מלמנותם כאן.<sup>9</sup>

כד בכד עם ההכרה במובחנותם של הדינים, שומרה התפיסה שהם גם קרובים אלה לאלה במובנים רבים, ולכן מקיימים ביניהם אחדות בסיסית,<sup>10</sup> אשר לעיתים אף מטשטשת את ההבחנה הריכוטומית ביניהם.<sup>11</sup> פרדיגמה מורכבת זו של "נפרדים אך קרובים" נתמכת גם בנרטיב ההיסטורי השזור של שתי מערכות הדינים, שבמסגרתו החליפה זו הפלילית את זו הנוזקית, והפכה אותה למשנית לה ולבטלה מפניה. דיני הנוזקין נוצרו והופעלו במשפט המקובל הרבה לפני שהמשפט הפלילי עוצב כמערכת מדינתית-ריבונית, השואבת את צידוקה

7 להרחבה נוספת על שלל הבדלים אלה ראו Simons, לעיל ה"ש 3, בעמ' 720-723. להצדקת נטלי ההוכחה השונים במערכות השונות ראו ע"א 206/89 רז נ' בית חולים אלישע בע"מ, פ"ד מז (3) 805, 816-819 (1993) (להלן: פרשת רז).

8 וכך אין הכוונה רק לעובדת מסגורם בקודקסים מופרדים ומובחנים, אלא גם לשמירת הדין העונשי כמושגת על מסגרת של מרכיבים קבועים המבססים עברה, בהסתמך על עקרון החוקיות המדריך את עיקרי האחריות הפלילית. דיני הנוזקין, לעומת זאת, מתאפיינים מעצם טבעם בקודיפיקציה פחותה בהרבה, וממילא עניינם בפיתוח מתמיד, ביצירתיות ובהרחבה של מסגרות האחריות באמצעות הפעלת שיקול-דעת שיפוטי. ראו: Gail Heriot, *An Essay on the Civil-Criminal Distinction with Special Reference to Punitive Damages*, 7 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 43, 53-54 (1996).

9 סקירה איכותית של מגוון ההבדלים ניתן למצוא אצל Hall, לעיל ה"ש 1, בעמ' 756-762. אחת המשנות הסדורות שבה הועלה טיעון זה הייתה זו של הולמס, שבה ביקש להראות כי קיימת שיטתיות בסיסית בשני ענפי המשפט המובילה להיגיון אחיד סדור העומד בבסיס שתיהן ומצדיק התייחסות אליהן כאל פרויקט מדעי אחד. ראו: OLIVER WENDELL HOLMES, JR., *THE COMMON LAW* 1, 37 (1881). מעבר לכך קיימת התפיסה הרחבה שלפיה "שיטת משפט היא מערכת, החייבת לתפקד תוך הרמוניה וסינכרוניזציה ותוך עקביות, קוהרנטיות והתפתחות טבעית". אהרן ברק *פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית* א 165 (1992). מעבר לכך, דיני הנוזקין גופם נתפסים כחלק ממארג משפטי רחב – לא רק של המשפט הפרטי, אלא גם של זה הציבורי – ומטרתיהם משקפות אינטגרליות וחיבוריות כזו. ראו גלעד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 53.

11 אחד מפורצי-הדרך הבולטים בייחוס מרכיב כופה בסיסי לשני התחומים היה בוב הייל. Robert L. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, 38 POL. SCI. Q. 470 (1923). לכתובה מודרנית בנושא הטשטוש ההולך וגובר של ההבחנה בין הדינים ראו Richard E. Epstein, *The Tort/Crime Distinction: A Generation Later*, 76 B. U. L. REV. 1 (1996); Erik Luna, *The Overcriminalization Phenomenon*, 54 AM. U. L. REV. 703, 712-715 (2005).

מתפוסות ליברליות בדבר קיומה של אמנה חברתית המאפשרת אותה.<sup>12</sup> הם שימשו כלי מרכזי לשמירת הסדר הציבורי בעקבות ביצוע מעשה פוגעני, בהיותם מנגנון שאפשר לקורבן העברה לספק את יצר הנקמה שלו בדרך של קבלת פיצוי, במקום לפעול בכוחות עצמו להענשת העבריין.<sup>13</sup> במקביל שימש המשפט הפלילי בתחילת דרכו כלי להטבת נזקו של הניזוק, ורק בשלבים מאוחרים יותר של ביסוס מדינות הלאום הוא נהפך לכלי להשלת סדר חברתי באמצעות אכיפה שלטונית.<sup>14</sup> עם הפיכת המשפט הפלילי לכלי בידי החברה כולה למימוש העדפותיה הרחבות, נדחקו דיני הנזיקין – בהקשר זה של עברה שהיא גם עוולה – ונעשו משניים לו, בשל היותם כלי להסדרת אינטרסים בין שני הצדדים לברם. לימים נהפכו שתי מערכות דינים קרובות אלה, כאמור, למערכות מגודרות יותר ומובחנות זו מזו במטרותיהן ובאופני הפעלתן.

מורכבותם של קשרי ההבדל-קרבה בין הדינים ביססה לאורך השנים התייחסות אליהם – במישור הפוזיטיבי כמו גם במישור הנורמטיבי – כאל בעלי פוטנציאל לתרומה אלה לאלה ולתמיכה אלה באלה.<sup>15</sup> התייחסות זו מגולמת בפרדיגמה המוכרת באשר לקשר החיובי ביניהם כמבוסס על השלמה והעמקה הדדיות, כפי שיפורט להלן.

לצד פרדיגמה מקובלת זו, מאמר זה מבקש להציג פרדיגמה אחרת, הפוכה כמעט, אשר נעדרת כמעט לגמרי ממערך הדיונים בנושא היחס בין דינים אלה, וחושפת את ההתנגשויות הקיימות בין מערכות הדינים השונות. אליבא דפרדיגמה זו, במקביל לקשר האיכותי והחיובי בין שתי מערכות הדינים, יש שדיני הנזיקין מתקיימים במתח קשה ונוקב אל מול דיני העונשין. מקרה-המבחן של ניהול תביעות אזרחיות על-ידי נפגעות תקיפה מינית נגד האחראים לפגיעה העבריינית בהן ידגים התנגשות זו במלוא חריפותה. תפיסת שדות המשפט האמורים כנפרדים זה מזה אך גם כקשורים זה לזה מחייבת עיסוק ממוקד בנקודות החיבור-חיכוך שביניהם, והכרת ההגבלות שנקודות החיבור מטילות על ניהול הליכים אזרחיים שהותרם כמעשה פלילי. מקרה-המבחן של נפגעות תקיפה מינית מדגים היטב את פרדיגמת המתח בין הדינים, במובן זה שהוא מצביע על קיומה מזוויות שונות ובהקשרים שונים, אשר הצטברותם ומגוונם מוכיחים לנו כי אין הוא בכחית "הקשר ייחודי", אלא דוגמה אחת המעידה על עקרוניותה ועומק בעייתיותה של פרדיגמת המתח בין הדינים. יתר על כן, דוגמות נוספות, מתחומים נזיקיים שאינם נוגעים בנפגעות תקיפה מינית, שזורות בקצרה בגוף המאמר, ומעידות אף הן כי הפרדיגמה מתקיימת ומשפיעה, ואף באופן

12 מחקר היסטורי של שני הדינים מראה כי כבר בסוף המאה השלוש-עשרה ניתן לזהות צמיחה עצמאית של תביעות נזיקין במסגרת הפורמלית של מה שהוכר כתביעות Trespass. עד אז התאפיין מנגנון התביעה בגיין פגיעה בלתי-חוקית באחר כמוטיבים פליליים ונזיקיים כאחד. ראו: Wex S. Malone, *Ruminations on the Role of Fault in the History of the Common*

*Law of Torts*, 31 LA. L. REV. 1, 1–10 (1970–1971).

13 ראו, למשל: DAN B. DOBBS, *THE LAW OF TORTS* 12 (2000). לזיהוי מדויק של מנגנון הפיצוי הנזיקי כמערך המציע "פדיון דמים" (תרתי משמע) ראו Malone, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1–2.

14 ראו סקירה היסטורית אצל: Shirley S. Abrahamson, *Redefining Roles: The Victims' Rights Movement*, (1985) UTAH L. REV. 517, 521–523.

15 פרויקט מעין זה ניתן לזהות אצל Hall, לעיל ה"ש 1, אשר מציג את הקשרי הדמיון והשוני בין הדינים כמי שאמורים לחזק אלה את אלה, ולא להחליש אלה את אלה.

רחב מזה המוצג מבעד לפריזומה של נפגעות תקיפה מינית. אלה כאלה מעידים על הצורך בפיתוח עתידי של מחקר על-אודות תחומי חיכוך נוספים בין הדינים שפרדיגמת המתח יוצרת, לשם זיהויים והתרתם. הצעתי העקרונית לעת הזו היא להסדיר את המשך הקשר הקונטקסטואלי בין שתי מערכות הדינים, תוך הבטחת עצמאותם המלאה באותם מקומות שבהם נקודות החיכוך בין הדינים מגבילות את יכולת מיצוי של ההליך הנזיקי ומחייבות הפרדה מושגית ומעשית שלהם.

בחלקו הראשון יוצג במאמר טיב הקשר החיובי המוכר בין דיני הנזיקין לבין הדין הפלילי, תוך אבחון שני דפוסים בו כ"השלמה מגבה" וכ"השלמה מוסיפה". בחלקו השני יוצג, לצד הקשר החיובי, הקשר השלילי והמזיק בין דיני הנזיקין לבין דיני העונשין, המתבטא ברצף של נקודות חיכוך שונות הקיימות בין המערכות, המעידות על חשיפת ההליך הנזיקי לפגיעה בו ולצמצומו באמצעות דיני העונשין. בחלק זה תודגם עוצמת שליליותו של קשר זה בעיקר על-ידי הצגת מקרים מהתחום הייחודי של הגנה על נפגעות עברות אלימות מגדרית.<sup>16</sup> בחלקו השלישי של המאמר תזוהינה נקודות החיכוך והקושי שבהן דיני הנזיקין מערערים על משניותם ופועלים ככלי לעירור מחדש של ההליך הפלילי ולביקורת עליו. בחלקו האחרון יציע המאמר הבניה-מחדש של יחסי-הגומלין בין שתי מערכות הדינים באמצעות תיאוריית יחסי הכוח בדיני הנזיקין, במטרה להפחית ככל האפשר את מחירן של נקודות החיכוך השליליות ביניהן.

## א. הקשר החיובי בין דיני הנזיקין ודיני העונשין

הקשר החיובי בין דיני הנזיקין ודיני העונשין בוסס במסגרת פיתוח השיח על פרדיגמת ה"נפרדים אך קרובים" בעניינם, והוא מורכב בעיקר משני סוגי התייחסות, אשר אכנה אותם להלן "השלמה מגבה" ו"השלמה מוסיפה".

### 1. פרדיגמת ההשלמה המגבה

פרדיגמת ההשלמה המגבה גורסת כי שתי מערכות הדינים הללו – דיני הנזיקין ודיני העונשין – פועלות יחדיו בצורה מושלמת ומותאמת. פרדיגמה זו נשענת על התפיסה הרחבה יותר בדבר "הרמוניה משפטית" הקיימת במערכות משפט ככלל ובישראל בפרט.<sup>17</sup> לפי תפיסה כמעט-פואטית זו של היחס בין הדינים, דיני הנזיקין מהווים מערכת שבאמצעותה ניתן להגביר את משמעותם המחנכת של דיני העונשין. הדרך המרכזית שלהם לעשות כן

16 רוב הדוגמות שיובאו לקוחות מתחום ייחודי זה. הדוגמה האחרונה תיוחד למעשי עברה אחרים. להרחבה על המונח "אלימות מגדרית" כפי שעוצב על-ידי כותבות פמיניסטיות ראו: REGINA GRAYCAR & JENNY MORGAN, *THE HIDDEN GENDER OF LAW* 303–306 (2nd ed. 2002).

17 הרמוניה משפטית משמעה התייחסות אל המשפט כאל מסגרת אחידה המקיימת קשרי-גומלין בין ענפיה השונים ומושפעת מאותם קשרים. במשפט המקובל בוסס כלל זה, כחלק מהתפיסה המדעית של המשפט, בכתיבתו של הולמס – ראו HOLMES, לעיל ה"ש 10. כלל דומה בוסס בישראל על-ידי אהרן ברק, אשר ביקש לשמור על עצמאותו של כל דין בתוך מסגרת של הקשר משפטי רחב השואף להרמוניה של המערכת. ראו ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 164–165.

היא כמובן לייצר את מערך הגיבוי הפיצויי לקורבן העברה הפלילית. לפי עמדה זו, דיני הנזיקין, מהבחנה ההיסטורית, ויתרו על הבכורה בכל הנוגע בייצור הנרסה חברתית לטובת דיני העונשין, וכיום הם משמשים כלי לקביעת "תג מחיר" על התנהגות שדיני העונשין מחשיבים כפסולה.<sup>18</sup> יתר על כן, הפיצוי עצמו נחשב כלי מרכזי לביסוס הרתעה, ואף להגשמת רעיון התגמול כלפי העבריין-המזיק.<sup>19</sup>

באופן מעניין ניתן לומר כי הרעיון שלפיו דיני הנזיקין משלימים את דיני העונשין מתיישב עם שתי תפיסות הפוכות של דיני הנזיקין: זו הטאוטולוגית וזו הדאוטולוגית. לפי התפיסה הטאוטולוגית של דיני הנזיקין, מטרתם העיקרית היא להטיל אחריות מקום שתוצאת המעשה האנושי הייתה מזיקה.<sup>20</sup> במובן זה, הם משלימים את ההתייחסות לדיני העונשין כאל דינים בעלי מהות תוכנית המבקשים להכריז על התנהגות כפסולה כשלעצמה. לפי התפיסה הדאוטולוגית, מטרתם העיקרית היא דווקא להנהיג דפוסים של התנהגות ראויה, אף אם לשם הטלת האחריות בפועל נדרש קיומו של נזק.<sup>21</sup> במובן זה, דיני הנזיקין מהווים זירה נוספת להבניית התנהגות חברתית ראויה.

הבסיס התיאורטי ליחסי "ההשלמה המגבה" מגולם בצורה הטובה ביותר בתיאוריית ההרתעה של דיני הנזיקין. לפי תיאוריה זו, תפקידם של דיני הנזיקין הוא לקבוע תג מחיר גבוה לפעילות אנושית מזיקה ובלתי-רצויה, באופן שיהפוך אותה לבלתי-משתלמת, ובכך ירתיע מפני מימושה.<sup>22</sup> יש הרואים במטרה זו נגזרת של הגישה הכלכלית לדיני הנזיקין, באשר היא מעודדת למעשה התנהגות יעילה, משמע, היא "הרתעה יעילה"; ויש הרואים בה מטרה כשלעצמה, שעניינה הכוונת התנהגות אנושית לאור שיקולים חברתיים-מוסריים אחרים.<sup>23</sup> כאשר עסקינן ביחס בין הדין העונשי לבין הדין הנזיקי, מטרת ההרתעה הנזיקית המסורתית מקבלת משנה תוקף בתפקידה כבעלת תפקיד מוסרי, לנוכח התייחסותה בחומרה למפרי חוק.<sup>24</sup> במובן בסיסי זה, מטרה זו נראית כמתיישבת עם יחסי "ההשלמה המגבה" בין

18 רעיון זה מכונה בכתיבה הנזיקית "pricing". ראו, למשל, אצל Coffee, לעיל ה"ש 2, בעמ' 194-197.

19 ראו Heriot, לעיל ה"ש 8, בעמ' 66.

20 לדוברת העיקרית של גישה זו ראו: Heidi M. Hurd, *The Deontology of Negligence*, 76 B. U. L. Rev. 249, 252-254 (1996). עוד להבנת הגישה הטאוטולוגית ראו אהרן ברק מבחר כתבים כרך ב, שער ד: דיני הנזיקין – מגמות בדיני הנזיקין 1056-1057 (1999).

21 לגישה זו ראו: Kenneth W. Simons, *Deontology, Negligence, Tort, and Crime*, 76 B. U. L. Rev. 273, 273-274 (1996).

22 להרחבה על תכניה המורכבים של מטרה זו ראו ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנזיקין" משפטים כב 421, 424-427 (1992). על מגבלותיה של מטרה זו ראו: Daniel W. Shuman, *The Psychology of Deterrence in Tort Law*, 42 U. Kan. L. Rev. 115, 118-132 (1993).

23 בנימין שמואלי "קליעה למטרה": הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים" משפטים לט 233, 247-248 (2009). שמואלי אינו מדבר מפורשות על שיקולים מוסריים, אלא על שיקולים "חברתיים חיוביים", אולם נראה כי לכך כוונתו.

24 לתמיכה בעמדה זו ראו יהודה אדר התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים 148-151 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, 2003).

דיני הנזיקין ודיני העונשין: הרתעה היא אחת המטרות החשובות ביותר בדיני העונשין, ודיני הנזיקין משמשים נדבך נוסף בהגשמת מטרה זו.<sup>25</sup> מעבר לחיבור בין תיאוריות נזיקיות כלליות לבין יחסי הדינים, יש לטעמי עניין מיוחד בזיהוי תיאוריה נזיקית העוסקת ישירות בחיבור שבינם לבין דיני העונשין. תיאוריה כזו לדיני הנזיקין, המתמקדת בקשר ההדוק שבין הדינים, הגה ג'ורג' פלטשר, שהיה בין המלומדים הראשונים שניסו להעמיד תיאוריה קוהרנטית בכסיסם של דיני הנזיקין.<sup>26</sup> אליבא דפלטשר, דיני הנזיקין הם כלי משפטי להסדרת יחסים בין פרטים ולהטלת אחריות בגין נטילת סיכון לא-הרדי, ומטרתם המרכזית היא להביא לידי הגשמתו של עקרון הצדק המתקן בדרך של הגנה מקומית על זכויות הפרט.<sup>27</sup> תפיסה זו של פלטשר הורחבה ושונתה במסגרת גישתו העדכנית שלפיה דיני הנזיקין מיועדים להגן גם על זכויות אדם.<sup>28</sup> פלטשר מציע לחשוב מחדש על דיני הנזיקין כדינים שתפקידם הוא להגיב על אגרסיות פליליות, וככאלה יש להרחיב את היקף תחולתם כך שיחולו גם על תחומים הנתפסים בשגרה כמתאימים להגנת הדין העונשין.<sup>29</sup> בהצעתו זו הוא מקביל את תפקידם לזה של דיני העונשין, ורואה את דיני הנזיקין כמיועדים לשמש עזר כנגדם, תוך מיקודם בתחום של אלימות בעלת נפקויות בין-לאומיות פליליות. מן ההיסטוריה המשותפת של שני הדינים הוא מסיק כי על דיני הנזיקין להרחיב את השתרעותם אל תחומי המשפט הבין-לאומי, עד לתחומים שבהם חל הדין הפלילי הבין-לאומי.<sup>30</sup> כך, לטענתו, יפעלו שתי המערכות בשיתוף-פעולה הרמוני לטיפול בבעיית הפגיעה הנשנית בזכויות אדם במישור הבין-לאומי.

## 2. פרדיגמת ההשלמה המוסיפה

לפי פרדיגמה זו, ייחודם ויופיים של דיני הנזיקין מצויים ביכולתם להיכנס לפעולה מקום שאין זה אפשרי להפעיל את המשפט הפלילי. במסגרת זו דיני הנזיקין משמשים עדיין

25 יש לסייג אמירה זו בכך שדיני העונשין מיועדים לייצר הרתעה ספציפית, בעוד דיני הנזיקין מכוונים בעיקר להרתעה כללית, או למצער זוהי העמדה הנורמטיבית שהציג קלברזי ביחס אליהם. ראו: GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 24–30 (1970).

26 ראו: George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537 (1972). אני רואה בכך ניסיון בלבד, במובן זה שלטעמי אין יכולת אמיתית להסביר את דיני הנזיקין על כלל מורכבותם כנשענים על בסיס תיאורטי מונוליתי. לעמדה זו ראו את מאמרו המקיף של שמואלי, לעיל ה"ש 23.

27 ראו את פרשנותו של אנגלרד לעמדתו של פלטשר: IZHAK ENGLARD, THE PHILOSOPHY OF TORT LAW 24 (1993). לטעמי, עמדתו זו של פלטשר מכילה בהכרח סממנים המבטאים עמדה של צדק מחלק בדיני הנזיקין, ולא צדק מתקן. ראו יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" משפטים לח 145, 148–150 (2008).

28 לטעמי, אין מדובר פה בשינוי דרמטי של עמדתו הקודמת של פלטשר, שכן גם בה היה אפשר לזהות סממנים ברורים של תפיסות בדבר אחריות חברתית ותוכנות הקשורות במהותן לרעיון הצדק המחלק, ולא המתקן. ראו דברים שכתבתי בנושא במאמרי שם, בעמ' 169–170.

29 GEORGE P. FLETCHER, TORT LIABILITY FOR HUMAN RIGHTS ABUSES (2008).

30 ראו את משנתו המפורטת בנושא בעיקר שם, בעמ' 105–115.



כלי מרכזי להשלמה של החוסר העונשי, ולכן מתפקדים כגורם קשר חיובי ביחסי-הגומלין נזיקין-עונשין. תמיכה תיאורטית ביחסי "ההשלמה המוסיפה" ניתן למצוא בקלות בתיאוריה הכללית בדבר היות דיני הנזיקין כלי להגשמתו של עקרון הצדק המתקן.<sup>31</sup> עקרון הצדק המתקן מחייב פיצוי של הניזוק מידי המזיק על נזקים שנגרמו לו כתוצאה ממעשה העוולה-העברה.<sup>32</sup> בשל מרכזיותו בדין הנזיקי, הוא מהווה פלטפורמה להטלת אחריות נזיקית מקום שאי-אפשר להטילה בדיני העונשין.<sup>33</sup>

הקשר המשלים בין דיני הנזיקין לבין דיני העונשין נדון באופן ישיר בתיאוריית השימוש החברתי של דיני הנזיקין.<sup>34</sup> לפי תיאוריה זו, דיני הנזיקין הם כלי להנדה חברתית ולהנעה חברתית, המיועד להסדיר שאלות חברתיות בווערות. שימוש בדינים אלה מאפשר להעלות לסדר-היום הציבורי נושאים בעלי חשיבות חברתית, ולמסגרם בהקשר הראוי להם, לטעמם של מי שמנהלים את התביעה. באמצעות דינים אלה אפשר להסעיר דיון ציבורי בנושא מסוים ולהביא לידי הסדרתו – בין כותלי בית-המשפט או מחוץ להם – בדרך של יצירת תקדים מחייב, שהשלכותיו הציבוריות נרחבות.<sup>35</sup> תפיסה חדשנית זו שונה כמובן בתכלית מן ההתייחסות השמרנית לדיני הנזיקין כאל כלי לפתרון סכסוך אישי ולאיוון בין סיכונים.<sup>36</sup> בתפקידם זה דיני הנזיקין משמשים כלי לטיפול בתופעות חברתיות אשר לדיני העונשין אין מענה להן בשל מגבלותיהם הטבועות.

המסגרת שבה שימוש זה בדיני הנזיקין מפותח כיום ביותר, הן מבחינה תיאורטית הן מבחינה מעשית, היא המסגרת של הטלת אחריות נזיקית על חברות עסקיות, ככלי לחינוך ולהענשתן, מקום שהמשפט הפלילי – הפרסונלי-האנושי במהותו – מנוע מעשות כן.<sup>37</sup>

31 להרחבה על עקרון הצדק המתקן בדיני הנזיקין ראו, למשל, גלעד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 59-64.

32 למיציגים בולטים של גישה זו ראו: ERNEST J. WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* 1-2 (rev. ed. 2012); JULES L. COLEMAN, *RISKS AND WRONGS* 200-203 (1992).

33 אחת הדוגמות הבולטות לאופן שבו תיאוריית הצדק המתקן מאפשרת התגברות של דיני הנזיקין על מגבלותיהם של דיני העונשין מהווה פסק-הדין בפרשת כרמי, שם חויב גבר, שהופטר מאחריות פלילית למעשיו בשל מחלת נפש, באחריות נזיקית מלאה כלפי קורבן העברה שביצע. ע"א 2174/04 כרמי נ' סבג (פורסם בנבו, 29.12.2004).

34 להרחבה על גישה זו ראו: John C.P. Goldberg, *Twentieth-Century Tort Theory*, 91 *Geo.* L.J. 513, 560-563 (2003).

35 ההשפעה יכול שתהיה במישורים שונים, וניתן לאומדה במדרים אובייקטיביים של שינוי. דוגמות לשני נושאים כאלה, ולאופן שבו הם השפיעו על סדר-היום החברתי, ניתן למצוא אצל: Timothy D. Lytton, *Using Tort Litigation to Enhance Regulatory Policy Making: Evaluating Climate-Change Litigation in Light of Lessons from Gun-Industry and Clergy-Sexual-Abuse Lawsuits*, 86 *Tex. L. Rev.* 1837 (2008).

36 שם, בעמ' 1840.

37 על-אף הכלל הרחב שלפיו תאגיד יכול לחוב בפלילים, יש מצבים שבהם אין אפשרות להטיל אחריות פלילית על חברות עסקיות משום שמדובר במעשה אישי – אשר חברה, כהגדרתה, אינה יכולה לבצע – או משום שלא מתקיימים האינטרסים שלשמן העברה קיימת. לדיון נרחב ראו ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364, 386-379 (1991). ראו גם ש"ז פלר יסודות בדיני העונשין כרך א 106-105 (1984).

כך נוצר תחום אחריות המוכר בארצות־הברית כתחום היברידי נזיקי־עונשי שניתן לכנותו "עוול־ירה" (crimtorts).<sup>38</sup> המושג "עוול־ירה" אומנם התפתח בתחום האחריות הנזיקית של חברות, אולם הוא אינו מוגבל לה לכדה. הוא מבטא תפיסה רחבה של תפקידן של שתי מערכות הדינים – העונשית והנזיקית גם־יחד – כמערכות הפועלות כשני איברים בעלי פונקציות שונות המבקשים להפעיל יחד גוף אחד. הגישה הכלכלית למשפט מצביעה על כלים משפטיים שונים המצויים באופן ייחודי במערכת הנזיקית כמייצרים יחס חיובי זה, ובראשם העובדה שבעל־הדין המתדיינים במסגרתה מחויבים בחשיפת המידע שבידיהם בעת ניהול הגנתם. אותו חיוב לחשוף מידע פותר קושי מרכזי שרגולטורים מתמודדים עימו, שעניינו עלויות הידע הנדרשות לצורך ביסוס כלל משפטי־פלילי רחב בנושא מסוים.<sup>39</sup> באופן זה דיני הנזיקין יוצרים "רגולציה באמצעות ליטיגציה",<sup>40</sup> המעבירה את עיקר כובד העשייה המשפטית בנושא האמור מהמסגרת הפלילית אל המסגרת הנזיקית.

דוגמה נוספת למגמה זו של שימוש חברתי בדיני הנזיקין והרחבת האחריות הנזיקית למסגרות שמעבר לתחומי האחריות הפלילית מצויה בדיון המוכר והנוקב בשאלה אם הטרדה מינית צריכה ויכולה להיות אסורה לפי המשפט הפלילי או שמא יש להסתפק בדיון הנזיקי כמגן מפניה. דיון זה ניטש בארץ בין אורית קמיר, מיוזמות החוק, לבין מרדכי קרמניצר, מומחה למשפט פלילי. קמיר התעקשה על מתן "הגנה כפולה" מפני הטרדה מינית במשפט הישראלי באמצעות החוק הקובע כי הטרדה מינית היא עברה פלילית ובה־בעת עוולה נזיקית.<sup>41</sup> קרמניצר, לעומתה, ראה בחיוב את השימוש במשפט האזרחי למיגורה של תופעת ההטרדה המינית, אולם התנגד נחרצות לשימוש במשפט הפלילי ככלי להשגת מטרה זו. טענתו המרכזית והמוקשית הייתה כי בשל ההבדלים בין המגדרים אי־אפשר להבין כיצד וכמה הטרדה מינית פוגעת בכבוד האדם, ומכיוון שרוב הגברים לא חוו מעולם את טעמה כמוטרדים, אי־אפשר לצפות שהם יבינו אותה ויימנעו ממנה. מכיוון שכך, טען, אסור להטיל עליהם אחריות פלילית להטרדה.<sup>42</sup> באופן מעניין, דווקא עמדתו של קרמניצר זוכה בגיבוי –

38 להרחבה על מושג זה ועל ייחודו ראו: Thomas Koenig & Michael Rustad, "Crimtorts" *as Corporate Just Deserts*, 31 U. MICH. J. L. REFORM 289 (1998).

39 ראו: Wendy Wagner, *When All Else Fails: Regulating Risky Products Through Tort Litigation*, 95 GEO. L.J. 693 (2007). במאמר זה הכותבת מציעה להשתמש במידע שדיני הנזיקין מייצרים לצורך הטלת אחריות פלילית במסגרת רגולציה בתחום ההגנה על בריאות הציבור.

40 שם, בעמ' 695. להרחבה על רגולציה באמצעות ליטיגציה ראו: REGULATION THROUGH LITIGATION (W. Kip Viscusi ed., 2002).

41 אורית קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" *משפטים* כט 317, 388 (1998).

42 ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "האיסור הפלילי על הטרדה מינית – קידוש האמצעי ומחירו" *שערי משפט* ב 285 (2001). נראה שקמיר לא שוכנעה כי הנמקותיו של קרמניצר קשורות לאופיו של הדין הפלילי ולמגבלותיו, וייחסה אותן דווקא לקלות־הראש שבה החברה מתייחסת לתופעה. אורית קמיר "תגובה: בחזרה אל 'כשאת אומרת לא – למה את מתכוונת?' " *שערי משפט* ב 307 (2001). לטעמי, לב הוויכוח בין השניים בשאלה איזה מבין הכלים העומדים לנו כחברה יגן על נשים מפני תופעה זו נעוץ בהנחה כי ההגנה הפלילית

אם כי צורני יותר ממהותי – מכיוונה של ההוגה הפמיניסטית קתרין מקיננון. לדעת מקיננון, בשל אופיים כמטילי חובת פיצוי בלבד, ולא חיוב פלילי נוקשה, דיני הנזיקין הם שצריכים לשמש כלי למניעת "השליטה והדיכוי הגבריים" שהיא מזהה בתופעות כגון הטרדה מינית, שימוש בפורנוגרפיה ועיסוק בזנות.<sup>43</sup>

### 3. הפונקציונליות של פרדיגמת הקשר החיובי

בפרדיגמה הנוכחית, של הקשר החיובי בין הדינים, ניתן לזהות שני מישורים של גיבוי נזיקי-פלילי שבהם הראשון משלים את האחרון: מישור מהותי ומישור פרוצדורלי. עמידה על תוכנם העשיר תגלה את עומק הקשר החיובי בין שני הדינים, ותאפשר בהמשך לראות כיצד באותם מישורים ממש מתקיימים גם יחסי מתח בין הדינים.

במישור המהותי המשפט האזרחי מהווה כלי להעמקת ההליך הפלילי ולביסוסו, באמצעות המנגנון של השתתפות פיצויים על המזיק, היוצרים תמריץ נוסף לו ולציבור להימנע מהפעילות המזיקה. בהגשת תביעות נזיקיות בעקבות מעשים פליליים ניתן לראות אמצעי המעמיק עוד את סלידתה של החברה מהמעשה הפלילי-המזיק. דוגמות לתביעות כאלה נקל למצוא, למשל, במקרים של גרימת פגיעה ברשלנות, אשר נדונה תחילה במשפט הפלילי, ולעיתים מוגשת בעקבותיה גם תביעה אזרחית לפיצוי בגין הנזק.<sup>44</sup>

במישור הפרוצדורלי ניהול הליך עונשי אמור להוות בסיס ותמך לניהול ההליך הנזיקי הבא לאחרי. דפוס חיובי זה הוטמע בעיקר דרך המסגרות הדוקטרינריות של תביעה אזרחית נגדרת להליך פלילי ושל יכולת השימוש בקביעות המופיעות בהכרעת הדין הפלילית כראיה לכאורה במסגרת ההליך הנזיקי.<sup>45</sup> סעיף 77(א) לחוק בתי-המשפט מלמדנו כי עם סיומו של הליך פלילי בפסק-דין מרשיע, ועם היהפכותו של פסק-הדין לחלוט, קמה זכות לקורבן העברה או למי מטעמה להגיש תביעה לפיצוי נזיקי בגין הנזק שגרם לה המעשה הפלילי שבגיננו ניתנה ההרשעה.<sup>46</sup> סעיף בולט נוסף המאפשר ניצול מיטבי של ניהול ההליך האזרחי לאחר זה הפלילי מצוי בסעיף 42(א) לפקודת הראיות, המאפשר לתובעת בהליך

מעניקה משמעות עמוקה יותר וחשיבות רבה יותר לתופעה האמורה, ולכן נחשבת אכסניה נחשקת יותר לאיסורה.

43 מקיננון הציעה חקיקה נזיקית מובהקת שתסדיר תחומים אלה, אולם החקיקה האמורה לא עמדה במבחן החוקתיות האמריקני. לסקירת השתלשלותה של התביעה לביטול החוק בערכאות השונות עד לבית-המשפט העליון, ולבחינת משמעותה, ראו: *In Harm's Way: The Pornography Civil Rights Hearings 462-482* (Catherine A. MacKinnon & Andrea Dworkin eds., 1997). בית-המשפט נאלץ לבטל את החוק כולו אך בשל איסור הפורנוגרפיה, בהעדרה של פרקטיקה לביטול חלקי של חוק. שם, בעמ' 476-477.

44 ראו, למשל, ע"א 269/82 הילמן נ' כרמי, פ"ד מא(4) 1 (1987) (פגיעת גוף ברשלנות); ע"א 19/89 שלג גליל נ' כלפה (פורסם בנבו, 13.6.1991) (פגיעה מכוונת ברכוש).

45 ראו ס' 77(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי-המשפט), וס' 42 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, בהתאמה.

46 ובלשון הסעיף: "הורשע אדם בבית משפט שלום או בבית משפט מחוזי והוגשה נגדו – ונגדו בלבד – תביעה אזרחית בשל העובדות המהוות את העברה שבה הורשע, מוסמך השופט או המותב שהרשיעו, לאחר שפסק הדין בפלילים הפך לחלוט, לדון בתביעה האזרחית, אם ביקש

האזרחי להביא כראיה לכאורה ממצאים שנקבעו בהליך הפלילי, מקום שהנאשם הורשע.<sup>47</sup> מעבר למסגרת מצומצמת זו, אין בנמצא חקיקה המייחדת כשלעצמה את זכות התביעה האזרחית בעקבות קיום הרשעה פלילית.<sup>48</sup> חקיקה כזו קיימת, למשל, בארצות-הברית, בדמות ה־Mandatory Victim Restitution Act, 18 U.S.C. (1996), שהינו חוק פדרלי המייחד הליך משפטי ייחודי לפיצוי קורבנות עברה לאחר הרשעה בדין של מי שפגע בהם.<sup>49</sup> במחוזותינו, אפילו חוק זכויות נפגעי עברה המקומי, אשר חוקק לצורך הסדרה מקפת של מעמדם של נפגעי עברה, שמת לגמרי את עניין הטיפול בהם מן ההיבט האזרחי.<sup>50</sup> לסיכום, שני המישורים שפרדיגמת הקשר החיובי בין הדינים פועלת בהם מורכבים ממגוון של מנגנונים האמורים לבסס מערכת תומכת-חיובית בין שני הדינים. אלא שכפי שאראה בחלק השני של מאמר זה, גם במסגרת מנגנוני תמיכה אלה מתממש המתח בין מערכות הדינים, ולפרקים נראה כאילו הם עצמם יוצרים אותו, בבחינת באו לקלס ויצאו מאררים.

### ב. הקשר הפוגעני בין דיני הנזיקין ודיני העונשין

הקשר השלילי והפוגעני בין דיני הנזיקין ודיני העונשין זכה בדיון מוגבל בלבד בכתיבה העוסקת ביחסי הדינים. במקומות הספורים שבהם הוזכר, החשש המרכזי שדובר בו היה שדיני הנזיקין ישפיעו לרעה על דיני העונשין באופן שיפרוץ פרצה אסורה בגבולותיהם החשובים.<sup>51</sup> תחת שתיקה זו, מטרתי כאן היא להציג את פוגעותו של קשר זה כשיטתית, ולאומדה מהזווית הנזיקית. משמע, אבחן להלן את פגיעתו של הדין הפלילי בהליך מיצויה

זאת מגיש התביעה; לענין זה מוסמך בית משפט מחוזי לדרון גם אם התביעה לפי שוויה היא בתחום סמכותו של בית משפט שלום."

47 ובלשון הסעיף: "הממצאים והמסקנות של פסק דין חלוט במשפט פלילי, המרשיע את הנאשם, יהיו קבילים במשפט אזרחי כראיה לכאורה לאמור בהם אם המורשע או חליפו או מי שאחריותו נובעת מאחריות המורשע, ובכלל זה מי שחב בחובו הפסוק, הוא בעל דין במשפט האזרחי."

48 בתוך דיני הנזיקין עצמם קיימת כמובן האפשרות להשתמש בהרשעה פלילית לצורך הוכחת חלק נכבד מהאחריות הנזיקית במסגרת העוולה של הפרת חובה חקוקה. ראו ע"פ 84/85 ליכטנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 141, 150-153 (1986); ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169, 177-179 (1984).

49 החוק מאפשר הצהרה על נזקים ואובדן שנגרמו באופן ישיר מהעברה הפלילית, והכרה בהם. החוק, אשר מוגבל לעברות מסוימות, מורה לבית-המשפט לפסוק השבה מלאה בשל נזקים שנגרמו מעברות אלה. על החוק נמתחה אומנם ביקורת לא-מעטה (ראו, למשל: Matthew Dickman, *Should Crime Pay?: A Critical Assessment of the Mandatory Victims Restitution Act of 1996*, 97 CAL. L. REV. 1687 (2009)), אולם ברי כי הוא מעמיד תובעים-ניזוקים במקום נוח יותר מהמקום הכללי של ניהול הליך אזרחי שהמשפט הישראלי מקצה להם.

50 חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח 183 (להלן: חוק זכויות נפגעי עברה).

51 כך, למשל, קיים החשש שהענקת פיצוי עונשי בדיני הנזיקין תוביל להענשה כפולה של מי שהורשע במשפט הפלילי. ראו הדיון להלן בחלק ב(א).

של הזכות הנזיקית העומדת לאדם ובהיקפה, מקום שנזקו נגרם כתוצאה ממעשה עברה-עוולה שנעשה נגדו. בחינה זו תיעשה על רצף של נקודות חיכוך אפשריות בין שתי מערכות הדינים, באופן שיאפשר מבט פנורמי על עומק התופעה והיקפה. נקודות החיכוך שתיבחנה להלן נוצרות במסגרות נסיבתיות שונות: כאשר מתנהל הליך נזיקי לאחר מיצוי הליך פלילי; כאשר מתנהל הליך נזיקי במקביל להליך פלילי; כאשר מתנהל הליך אזרחי מבלי למצות את ההליך הפלילי; ולסיום, כאשר מתנהל הליך נזיקי מבלי שקיימת אפשרות עקרונית לנהל הליך פלילי. בכל אלה יהיה אפשר לזהות קשיים מבניים, פרוצדורליים ומנהליים בנקודות החיכוך בין הדינים.

בחינת נקודות החיכוך תיעשה תוך שימוש במקרה-המבחן של אלימות מגדרית,<sup>52</sup> אשר לנוכח מאפייניה הייתה אמורה להוות הקשר טיפוסי למיצוי פרדיגמת "ההשלמה המגבה" החיובית ולשיקופה. מאחר שמעשה פלילי הוא שחולל את נזקן של נפגעות תקיפה מינית, ממילא הייתה תביעת האזרחית לפיצוי אמורה להיות מרכיב משלים בלבד להליך הפלילי, ולהשתלב היטב במסלול משפטי המאפשר טיפול הוליסטי בעילה הפוגענית בעניינן.<sup>53</sup> זאת ועוד, ההיבט הפלילי של מעשה העוולה מחייב טיפול של גופי התביעה בו, וממילא מאפשר בהמשך ניצול, במובן החיובי, של פרי עבודתם, כמשאב ציבורי, לטובת עניינה של התובעת הנזיקית הפרטית, הלא היא המתלוננת. אלא שנסיון השנים האחרונות, שבמסגרתו ביססתי בעבודתי הקלינית תחום פורה של תביעות נזיקיות של נפגעות עברות אלימות מגדרית (להלן: נפגעות עברה), מלמד כי לא כך הוא. נסיוני המעשי מאפשר להציג במאמר זה את הפער הקיים לעיתים קרובות בין המבט הפוזיטיביסטי והתיאורטי על המשפט – שלפיו קיומו של הקשר פלילי למעשה המהווה בסיס לתביעה נזיקית אוצר בחובו פוטנציאל עצום להיטיב באופן מובהק עם התובעת הנזיקית – לבין המבט הריאליסטי על-אודותיו, המלמד כי פני הדברים במציאות מורכבים בהרבה, ומגשימים פחות את הפוטנציאל האמור. החדש באשר להעדר הרמוניה בין הדינים בתחום זה עולה בראש ובראשונה מן העובדה שהשימוש בתביעות אזרחיות לפיצוי בגין פגיעות אלה אינו מוכר כמעט, והחל להתבסס רק בשנים האחרונות.<sup>54</sup> משמע, ההיגיון הפשוט שהוצג לעיל לא הוביל לפעולה המצופה של תביעה

52 תחת הקטגוריה של אלימות מגדרית חוסה מבחינתי כל אלימות שמקורה ביחסי הכוחות המגדריים בין הצדדים. כך, למשל, רצח של אישה על רקע סירובה לנהל קשר אינטימי עם אדם, רצח של אישה על רקע "כבוד המשפחה", אונס של אישה, הטרדה מינית של אישה – כל אלה נכללים בקטגוריה רחבה זו.

53 להרחבה על אמירה בסיסית זו ראו: Beth Stephens, *Conceptualizing Violence under International Law: Do Tort Remedies Fit the Crime?*, 60 ALB. L. REV. 579, 579–584 (1996).

54 ראו יפעת ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין: השיפתם, שינוים, הרחבתם" המשפט טז 53, 71–80 (2011); פוגין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 256. בארצות-הברית החלה התופעה לבלוט כעשור קודם לכן. ראו: Bruce Feldthusen, *The Civil Action for Sexual Battery: Therapeutic Jurisprudence?*, 25 OTTAWA L. REV. 203, 205–208 (1993). עם זאת, גם שם מדובר בהתעוררות שהוכרה כתופעה רק אחרי מאות שנים של משפט פלילי פעיל בתחום.

נזיקית בעקבות הרשעה פלילית. להֶסֶר זה עשויים להיות הסברים מגוונים,<sup>55</sup> אולם ענייננו מצוי דווקא באותם מקרים שבהם אכן נעשה שימוש בדיני הנזיקין בעקבות ביצוע עברה פלילית. מאמר זה יורנו כי גם במקרים אלה נסיונן של נפגעות עברה לייצר קו מעגלי משלים לטיפול בפגיעתן, באמצעות דיני הנזיקין, מסתיים לרוב בקו קטוע ושבור, המשרטט לנו, מעבר לכל, את דמותה של המערכת המשפטית כמערכת מוגבלת בכל הנוגע בהגנה על הסובלות העיקריות מתופעת אלימות המגדרית – נשים. שימוש בהקשר של אלימות מגדרית במאמר זה משיג לפיכך שתי תוצאות חשובות: הצגת עיקר המתח בין מערכות הדינים במלוא חריפותו, בד בבד עם חשיפת המחיר שנשים משלמות עליו באופן ייחודי.

## 1. ניהול הליך אזרחי לאחר מיצוי הליך פלילי

דיני העונשין היו אמורים להוות בסיס חשוב ותומך להליך הנזיקי בעיקר במסגרת שבה השני מתחיל לאחר שהראשון כבר מוצה, אולם דווקא כאן, כפי שאראה, נהפכו השניים עם הזמן, באופן בלתי-צפוי, לסוג של אויבים כמעט. המהלך שבו נגרם שינוי זה קשור בטבורו לפרדיגמה החיובית בדבר הקשר בין הדינים הנשענת על מושגים כגון "השלמה" ו"העמקה". מושגים אלה עלולים ליצור אצל המשתמש בהם תמונה של שתי מערכות הדינים כשני מנגנונים המופעלים יחדיו להשגת מטרה אחת, כשדיני הנזיקין מיועדים להעמיק את מוטיב ההרתעה הגלום בהרשעה הפלילית, ושילובן של הענישה וחובת הפיצוי משיג תוצאה זו בצורה מושלמת. אלא שחשיבה מעין זו – מלבד היותה שגויה מהבחינה הרעיונית, ביחסה לדיני הנזיקין מהות לוויינית בלבד – עלולה לגרום בעקבותיה שתי טעויות: האחת היא תפיסה של מערך היחסים בין הדינים כ"משחק סכום אפס", שבמסגרתו ככל שמפלט ההרתעה עולה בהליך הפלילי, הוא שוקע בהליך האזרחי; והאחרת היא תפיסת דיני הנזיקין ודיני העונשין כסימביוטיים ושאיפה לעשותם דומים אלה לאלה. שותפות המטרה, במקרים של הגנה על אינטרסים זהים בשתי מערכות הדינים, עלולה להתפרש על-נקלה כשותפות מבנה, ובכך לאיים על עצמאותן. שתי טעויות אלה מקורן בהתעלמות מתפקידם העצמאי של שני הדינים כענפי משפט מובחנים.<sup>56</sup> דוגמות לבעייתיות הטמונה בשתי טעויות אלה יוצגו להלן. במקצתן ניכר נצחונה של התפיסה המוטעית של היחס בין הדינים, ובמקצתן ניכר כי בתי-המשפט עושים מאמץ חשוב וחיובי לתקן, במסגרת ניהול ההליך הנזיקי שלפניהם,

55 הסיבה החשובה מכל היא לדעתי שדיני הנזיקין, במצבם כיום, אינם כלי מתאים לליבון סוגיות מעין אלה, כפי שגורסת, באופן רחב, הביקורת הפמיניסטית על דיני הנזיקין. לסקירת עיקריה של ביקורת זו ולהפניות מרובות אליה ראו ביטון, שם, בעמ' 58-61. מקובל גם להעלות הסברים חיצוניים לדיני הנזיקין, כגון טענה בדבר חדלות-פירעון של המזיק או בדבר קיומם של מנגנונים חלופיים לקבלת פיצוי, כבתביעה אזרחית נגררת. טענות אלה נראות לי חלשות כשלעצמן, ואין בהן כדי להסביר את העדרן המוחלט של תביעות אלה מנוף משפטנו. להסברים נוספים ראו: Douglas D. Scherer, *Tort Remedies for Victims of Domestic Abuse*, 43 S.C. L. REV. 543, 543 (1992). שָׁרָר סבור כי הסיבה להעדר תביעות כאמור היא אי-היכרות של עורכי-הדין עם דיני הנזיקין וחששם כי יש חסינויות המונעות תביעות כאלה.

56 הרעיון בדבר "עצמאות העילות" מגלם תפיסה בסיסית זו בצורה הפשוטה ביותר. ראו את דבריו של השופט ברק בד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) (1988).

את העיוותים שהמשפט הפלילי יוצר, ואשר משפיעים לא פעם על ההליך הנזיקי דווקא לאחר מיצויו של ההליך הפלילי. את זאת הם עושים על-ידי העמדת ההליך הפלילי אל מול ההליך הנזיקי.

### (א) פיצויים עונשיים

השתת פיצויים עונשיים בשל מעשה מזיק, הגם שקיימת מחלוקת באשר להיקפה ולהצדקתה, הוכרה על-ידי בתי-המשפט בישראל כלגיטימית.<sup>57</sup> אנו פטורים לפיכך מן הצורך לעסוק בשאלות ראשוניות הנוגעות בלגיטימיות של השימוש בכלי זה, דוגמת החשש מענישה כפולה דרך שתי המערכות.<sup>58</sup> עם זאת, קיום הסמכות להעניק פיצויים אלה בתנאים מתאימים מעמיד לניזוק זכות לקבלם רק בהתקיים תנאים אלה. דיוני ייסב סביב השאלה אם באופן טיפוסי ניזוקות-מתלוננות מקיימות דרישה זו. זה זמן-מה מתגבשת בפסיקה הנזיקית נטייה ברורה של בתי-המשפט בערכאות השונות לא להכיר באחריות נזיקית למעשים של התעללות ופגיעה מינית כמצדיקה הטלת חיוב בפיצויים עונשיים על המזיק.<sup>59</sup> לאחרונה אף הגיע העניין לפתחו של בית-המשפט העליון, אשר אישש נטייה זו וקיבעה כהלכה.<sup>60</sup> פסק-הדין ניתן במסגרת בקשה לרשות ערעור, לאחר ששתי ערכאות סירבו לקבל את תביעתה של ילדה להטיל פיצויים עונשיים על אדם אשר ביצע בה, בהיותה כבת שש, שורה של

- 57 נושא הפיצויים העונשיים עורר פולמוס אינסופי ממש במשפט האנגלו-אמריקני, על שלוחותיו המשפטיות והאקדמיות, ובמסגרת מצומצמת זו של הדיון איני מתכוונת להכניס את ראשי בין הרים אלה. להרחבה ולהעמקה בתחום ראו אדר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 118-276.
- 58 התובנה בדבר הלגיטימיות של השימוש בכלי זה קיימת גם בעולם הפלילי, שבו אפילו כאשר כבר נקבע עונש פלילי כבד לנאשם שהורשע, בית-המשפט אינו נרתע מלהטיל עליו גם פיצוי משמעותי לטובת הניזוקים ממעשיו, בקובעו כי פיצויים של אלה הוא אינטרס נפרד ונוסף על האינטרס בהענשתו. ראו תפ"ח (מחוזי ת"א) 11-06-12445 מדינת ישראל נ' עיסא, פס' 24 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 14.11.2012): "לא אחת בתי משפט מטילים חובת פיצוי על נאשמים שנדונים לעונש של מאסר עולם, ואין בכך חריג". לאמירה דומה בבית-המשפט העליון ראו רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד (נז) 418, פס' 27 לפסק-דינה של השופטת נאור (2002) (להלן: פרשת אסף).
- 59 ראו, למשל, ת"א (מחוזי חי') 07-854 פלונית נ' אלמוני, עמ' 13 (פורסם בנבו, 4.8.2009) (גבר שתקף מינית את בנותיה הקטינות של רעייתו דאז); רע"א 1497/06 פלוני נ' פלוני, פס' ד (פורסם בנבו, 10.9.2006) (ילד בן ארבע שהותקף מינית על-ידי הנתבע, שהורשע בכך); ת"א (מחוזי ת"א) 06-1960 אלמונית נ' גלזר, פס' 34 (פורסם בנבו, 30.11.2011) (אחות שהוטרה מינית על-ידי בן-זוגה של האישה שבה טיפלה); ת"א (מחוזי ת"א) 07/2039 פלונית נ' פלוני, עמ' 12 (פורסם בנבו, 27.12.2009) (צעירה שהוטרה מינית על-ידי מטפל רוחני שאליו פנתה לטיפול).
- 60 רע"א 07/9670 פלונית נ' פלוני, בעמ' 13-14 (פורסם בנבו, 6.7.2009) (להלן: עניין פלונית). יש לציין כי הילדה ומשפחתה קיבלו מבית-המשפט פיצויים נזיקיים-תרופתיים בסכום הנמוך של 150,000 ש"ח על ראשי-הנזק השונים, אך תביעתה לפיצוי עונשי נדחתה במלואה. בית-המשפט אומנם מתייחס לסממנים עונשיים ואחרים שאפיינו את סכום הפיצוי, אולם דבריו אלה מועמים לנוכח נמיכותו של הסכום וכן לנוכח התבטאויותיהם הברורות של השופטים השונים נגד מוסד הפיצויים העונשיים בדיני הנזיקין.

מעשים מגונים קשים, שעליהם הועמד לדין פלילי והורשע.<sup>61</sup> תביעת הילדה בבית-משפט השלום התבססה על המסד העובדתי אשר הוכח זה כבר במסגרת ההליך הפלילי שבו הורשע התוקף, ואף שהוכרה אחריותו הנזיקית למעשיו, נדחתה תביעתה לקבל פיצויים עונשיים בגין נזקיה. כך נדחו גם כל ערעוריה לבתי-המשפט המחוזי והעליון. בקשתה לדיון נוסף בהכרעתו החדשנית של בית-המשפט העליון, שלפיה סוג מקרים זה אינו מתאים לפסיקת פיצויים עונשיים, נדחתה אף היא, הגם שהיא נתמכה על-ידי ארגונים חברתיים רבים במסגרת בקשות להכרה בהם כ"ידידי בית-המשפט".<sup>62</sup> בדחיית הבקשה מיצתה הנשיאה ביניש את עמדתם של שופטי הרוב בנושא:

"אם ככלל ייפסקו פיצויים עונשיים במקרים חריגים בלבד, הרי במקרה שנגזר עונש בהליך פלילי מדובר יהיה בחריגים שבחריגים. זאת, כיוון שהרציונל לפסיקת פיצויים עונשיים הוא עונשי והרתעתי והם נועדו לשקף את סלידתה של החברה מהתנהגות המזיק. לפיכך, כאשר מנוהל הליך פלילי מושגות תכליות אלה ככלל בהליך הפלילי ואין להן מקום של ממש בהליך האזרחי. עוד יצוין... כי בפיצוי שנפסק יש מרכיב בעל סממנים 'עונשיים'.<sup>63</sup>"

סירובו של בית-המשפט להכיר בפיצוי העונשי כשלעצמו, בטענה שהוא אינו הולם את הפרדיגמה העובדתית המאפיינת מעשים של תקיפה מינית, מעורר קושי רב, מסיבות שונות, באשר לאופן הבלתי-סביר שבו בית-המשפט מפעיל את סמכותו לפסוק פיצויים אלה. ככלל, הענקת פיצוי עונשי לניזוקה-מתלוננת מעצימה כמובן את תפקידם ההרתעתי החשוב של דיני הנזיקין בכלל ושל הפיצויים העונשיים בפרט.<sup>64</sup> המטרה החשובה של הרתעה באמצעות דיני הנזיקין גורסת אומנם כי כל פעילות מזיקה מחייבת הרתעה, אולם במקרים של תקיפה מינית ההרתעה חיונית במיוחד.<sup>65</sup> התנהגויות אלה פסולות מבחינה "חברתית" כמובן חמור בהרבה מזה שבו המשפט רואה רשלנות רפואית, למשל, כפסולה ומפצה בגינה.<sup>66</sup> ייחודן של התנהגויות אלה הוא שהן פסולות מבחינה מוסרית ומסוכנות לקיומנו כחברה. על רקע

61 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1112/00 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם). על הנתבע נגזרו שלוש שנות מאסר בפועל, שנתיים מאסר על-תנאי וכן קנס זעום בסך של 5,000 ש"ח (אלה נתוני פסק-הדין, כפי שהם מופיעים שם, בפס' ב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין).

62 דנ"א 7565/09 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 1.4.2010). לבקשה הצטרפו "מרכז הקליניקות המשפטיות", "הקליניקה לליוי ילדים נפגעי עבירה" ו"המרכז לזכויות הילד והמשפחה" של מכללת שערי משפט, וכן לשכת עורכי-הדין בישראל, "איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות תקיפה מינית ולנפגעי תקיפה מינית בישראל" ו"תמורה – המרכז המשפטי למניעת אפליה".

63 שם, פס' 3 להחלטה.

64 למטרתם ההרתעית המרכזית של דיני הנזיקין ראו גלעד, לעיל ה"ש 22.

65 ראו עוד על חשיבות הענישה במקרים של אלימות מינית אצל: Tsachi Keren-Paz, *AT v. Dulghieru – Compensation for Victims of Trafficking, but Where is the Restitution?*, 18 TORTS L.J. 87 (2010). אלימות ככלל נתפסת כגובה מחיר חברתי גבוה במיוחד, המחייב הפעלת מנגנוני פיצוי כלפי הקורבן הספציפי. ראו פרשת אסף, לעיל ה"ש 58, פס' 40 לפסק-דינו של השופט חשין.

66 למושג "אשמה חברתית" (להבדיל מאשמה מוסרית) כמגדיר את האחריות ברשלנות ראו גלעד, לעיל ה"ש 22, בעמ' 424.



זה מתמיהה עוד יותר העובדה שפסיקת הפיצויים הממוצעת לטובת נשים בהליך העונשי עומדת על אותו סכום מזערי שנקבע גם לתובעת כאן: 5,000 ש"ח בלבד.<sup>67</sup> סכום זה נדמה יותר כמופע סמלי חוזר מאשר כמותאם לכל פגיעה ולמשמעויותיה הייחודיות. זאת ועוד, עדיין במישור המושגי, העובדה שפיצויים עונשיים הוענקו באופן מסורתי לנפגעים במקרים של תקיפה עבריינית מקשה במיוחד את הבנת הכרעתו של בית-המשפט בתחום המסוים שבו עסקינן, באשר מעשי התקיפה המינית עונים כולם על ההגדרה של "תקיפה עבריינית".<sup>68</sup> השלכתה המעשית של שלילת הפיצוי חמורה גם היא מבחינתן של נפגעות העברה, שהרי היא מונעת מהן רכיב פיצוי משמעותי ביותר, והופכת את תביעותיהן לאטרקטיביות פחות גם להן עצמן וגם לעורכות-הדין המייצגות אותן. יובהר: למרות כותרתו העונשית, במובנים רבים פיצוי זה משקף את החוסר בעשיית צדק מתקן עם נשים אלה, שמקורו בקושי להבין דפוסי חיים נשיים כרלוונטיים לדיני הנזיקין,<sup>69</sup> ובקושי להעריך נכוחה את הנזק לאינטרסים הלא-מוחשיים שלהן, אשר נחשבים באופן מסורתי פחותי-ערך.<sup>70</sup> הלכת פלוגנית גם קוטעת באיבה מהלך חשוב שהחל להתגבש, שבמסגרתו דווקא הוכרו הפיצויים העונשיים כמרכיב מרכזי בפיצוי בגין תקיפה מינית.<sup>71</sup>

- 67 נתון זה נכון לשנת 2005. יפעת ביטון קריאה מחדש של דיני הנזיקין מזווית פמיניסטית-חברתית 302 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, 2005). מאז ניתן לראות שיפורימה במקרים מסוימים, אולם כפי שמקרה עדכני זה מוכיח, נראה כי המצב בתחום לא השתנה באופן דרמטי.
- 68 הורתם של פיצויים אלה הייתה ונתרה בתחום התקיפה העבריינית. ראו ע"א 216/54 שניידר נ' גליק, פ"ד ט 1331 (1955); ע"א 81/55 כוכבי נ' בקר, פ"ד יא 225, 234 (1957); ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל, פ"ד כוז (2) 225, 237 (1973); ע"א 277/55 רבינוביץ נ' סלע, פ"ד יב 1261, 1277 (1958). ולאחרונה ראו את השימוש הטבעי בכלי זה בתיקים הבאים: ת"א (שלום ת"א) 12416/05 (פורסם בנבו, 13.7.2012); ת"א (שלום חי) 12416/05 (פורסם בנבו, עמ' 8-9 (פורסם בנבו, 30.10.2007); ת"א (שלום י-ם) 7793/05 קצין נ' אביטן, פס' 42-46 (פורסם בנבו, 8.6.2006); ת"א (שלום פ"ת) 2233/04 זכריה נ' שמעון, עמ' 7-8 (פורסם בנבו, 6.11.2007).
- 69 קושי זה נובע מהמבנה האנדרוצנטרי של דיני הנזיקין, המשפיע על יכולתם להגן על אינטרסים נשיים. ראו: Janice Richardson & Erika Rackley eds., 2012; יפעת ביטון "חויית-חיים נשית" וצפיות של נזק" משפטים לג 585 (2003) (על מגבלותיו של עקרון הצפיות בהכלת חויות-חיים נשיות של אונס וחיים לצד גבר מכה); Joanne Conaghan, *Gendered Harms and the Law of Tort: Remediating (Sexual) Harassment*, 16 OXFORD J. LEGAL. STUD. 407, 412-416 (1996) (הטוענת לחוסר התאמה מושגית הטמון בשימוש בעוללות התקיפה והאיום המסורתיות לצורך הגנה מפני הטרדה מינית).
- 70 ראו FLETCHER, לעיל ה"ש 29, בעמ' 58-65. לסכומים הנמוכים הנפסקים במקרים של פגיעה באינטרסים לא-מוחשיים ולקושי בהכרה בהם ראו יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט 137 (2006).
- 71 ראו, למשל, את פסק-הדין בפרשת איגור, להלן ה"ש 83, שעסקה בקורבן סחר, וכן את הדין בפרשה להלן בחלק ב(ב)2). במקרה אחר, של קורבן אונס קבוצתי, היווה הפיצוי העונשי

קריאה ביקורתית-ריאליסטית של הלכה זו תגלנו כי לא יהיה זה מרחיק-לכת לקבוע כי שלילת פיצויים עונשיים מנפגעות במקרים אלה תהא שוות-ערך, הלכה למעשה, לקביעה – המנוגדת לתפיסת דיני הנזיקין במשפט המקובל בכלל ובישראל בפרט<sup>72</sup> – כי אין בכוחם של דיני הנזיקין במשפט הישראלי להעניק פיצויים עונשיים כלל ועיקר. מסקנה זו נובעת מקביעתו של בית-המשפט כי רק במקרים חריגים יינתנו פיצויים עונשיים במסגרת דיני הנזיקין. קשה להעלות על הדעת תחום קשה יותר ושונה במהותו מתחום התקיפות העברייניות המיניות על הגוף שיצדיק חריגה מהלכה מתגבשת זו. אפילו במדינות שבהן הפיצויים העונשיים ניתנים רק במשורה נקבע כי הם יינתנו במקרים של פגיעה מכוונת ושערווריתית באינטרסים של הניזוק, אשר ברור כי למזיק לא היה אכפת לרומסם.<sup>73</sup> תקיפה מינית היא סיטואציה פרדיגמטית למצב דברים זה. זאת ועוד, במקרים של הרתעה חסרה ברמה החברתית מפני תופעה כלשהי, חשיבות השימוש בפיצויים אלה מובהקת.<sup>74</sup> הפער ההרתעתי העצום בין מספר התקיפות במציאות לבין מספרן של אלה המטופלות משפטית מעיד אף הוא על חשיבות הפיצוי העונשי במקרים אלה.<sup>75</sup> משכך, נראה כי דה-פקטו יהיה בהלכה זו כדי לייתר סופית את השימוש בסעיף פיצוי זה ולאיינו.<sup>76</sup>

את הרכיב המרכזי בפיצויה של הנאנסת – 1,200,000 ש"ח. ראו להלן ה"ש 93-95 והטקסט שלידן.

72 ביטון, לעיל ה"ש 70, בעמ' 175-177. להכרה ברורה בסמכותו של בית-המשפט להטיל פיצויים עונשיים ראו לאחרונה ע"א 140/00 עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486, פס' 79 (2004) (להלן: פרשת עזבון אטינגר); ע"א 4576/08 בן-צבי נ' היס, פס' 36-38 (פורסם בנבו, 17.2.2010), וההפניות שם למצב ההלכתי במדינות המשפט המקובל, אשר מכירות כולן – אף אם בסייגים – בהיות הפיצויים העונשיים חלק בלתי-נפרד ממערך דיני הנזיקין.

73 זו העמדה באנגליה, בקנדה, באוסטרליה ובניו-זילנד. לסקירת המצב במדינות אלה ראו פרשת עזבון אטינגר, שם, פס' 77-78. גם בישראל הבהיר בית-המשפט כי זיהוי מעשה כמכוון הוא מדד חשוב ביותר לפסיקת פיצויים עונשיים. ראו ע"א 9656/03 עזבון מרציאנו נ' זינגר, פס' לד לפסק-הדין (פורסם בנבו, 11.4.2005).

74 פרשת עזבון אטינגר, לעיל ה"ש 72, פס' 76.

75 מרכזי הסיוע מעריכים כי רק 11.4% מהפניות למרכזי הסיוע מדווחות למשטרה, וכי רק ב-1.4% מהפניות הוחלט להגיש כתב אישום (על-פי נתוני 2012). איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית בישראל אחריות חברתית – התמודדות עם פגיעה מינית בישראל 2012 13 (2012) [www.1202.org.il/download/files/report\\_heb2012.pdf](http://www.1202.org.il/download/files/report_heb2012.pdf) (נברק לאחרונה ב-1.2.2013). הסקת שיעורים אלה מנתוני המרכז – שלפיהם בשנת 2011 הגיעו 40,000 פניות למרכז, מתוכן 8,000 חדשות, והוגשו 4,563 תלונות למשטרה אולם הוגשו רק 577 כתבי אישום – אינה נקייה מקשיים. למשל, אין בנתוני המרכז הבהרה מהי פנייה ישנה ומהי פנייה חדשה, ואין בהם התחשבות במשך הזמן הנדרש לפתיחת תיק, אשר עשוי להיות יותר משנה, בעוד בדיקותיו של איגוד מרכזי הסיוע הן שנתיות. עם זאת, גם אם מביאים בחשבון הסתייגות זו, מקריאת הנתונים עולה תמונה ברורה של פערים דרמטיים.

76 המצב בחקיקה, לעומת זאת, מעורר תקווה, לנוכח ס' 461 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, הקובע כי "בית המשפט רשאי לפסוק לנפגע פיצויים שאינם תלויים בנזק, אם מצא שההפרה נעשתה בזדון". הבעיה היא, שוב, שכבר כיום בית-המשפט מחזיק ברטוריקה

מקוממת במיוחד בהקשר זה היא הנמקתו של בית־המשפט כי במקרים שבהם כבר הועמד העבריינין־המזיק לדין פלילי והוענש, אין טעם בהענשתו שוב.<sup>77</sup> מעבר להתעלמות מתפקידם העצמאי הנזיקי של הפיצויים העונשיים, כמבטאים שאט־נפש עמוקה ממעשים פוגעניים במיוחד וכמאזנים את הרתעת־החסר בתחום, ומעבר לעירוב המושגים המבלבל עם המשפט הפלילי, יוצא שמגבלה זו שהציב בית־המשפט להטלת פיצוי עונשי תקל, מהבחינה הנזיקית, דווקא עם העבריינים הקשים – אלה שעוכרות מעשיהם היו קשות כל־כך והראיות להוכחתן חזקות עד כדי כך שנמצא כי יש להטיל עליהם אחריות פלילית למעשיהם. ומן העבר האחר, דווקא הנשים שנפלו קורבן למעשיהם של עבריינים אלה, ואשר ניזוקו יותר מכל, תיוותרנה מול שוקת שבורה, היכן שרק עד לאחרונה עמדה שוקת זו לשירותן מהסיבות הנזיקיות הראויות ביותר, אשר הובהרו לעיל. שלילת פיצוי עונשי מהנפגעות תחטא אם כן גם למטרה החשובה של הגינות, העומדת אף היא בבסיסם של דיני הנזיקין.<sup>78</sup>

דרך מעניינת ליצור אתגר הפוך לדיני הנזיקין לנוכח הגבלות אלה תהיה לבחון את עמידותה של הלכה זו מקום שמסיבה כלשהי לא יתנהל הליך פלילי נגד התוקף. כך, למשל, במקרה שבו ההליך הפלילי מותלה מסיבה כלשהי או כתב האישום נמשך על־ידי התביעה, תוכל התובעת לטעון כי לאור הרציונל שהוצג לעיל, חובה על בית־המשפט להעניק לה פיצויים עונשיים לטובתה. טענה כזו עלולה, עם זאת, למצב את התובעת במלכוד חדש, שבמסגרתו יקשה עליה לטעון באותה קלות כי מעשה העוולה היה אכן גם מעשה עברה, המזכה אותה בפיצוי עונשי – טענה אשר אינה נתונה במחלוקת כאשר המעוול הורשע בדיון במעשהו כעבריינין.

### (ב) שימושים פוגעניים במסגרת סעיף 24א לפקודת הראיות

המוסד המשפטי סעיף 42א לפקודת הראיות מציע אמור להוות, כפי שראינו, דוגמה מצוינת לשלמות נזיקית־פלילית, בשל אפשרות השימוש בממצאיה של הכרעת־הדין הפלילית במסגרת ההליך הנזיקי.<sup>79</sup> אלא שפשטותו הלכאורית של סעיף זה יוצרת בעייתיות בהפעלתו לטובתן של נפגעות עברה לאחר מיצוי הדין הפלילי עם תוקפיהן, וזאת על־אף הרשעתם בדיון.

#### (1) עסקות־טיעון של מורשעים בעברות מין

הנוהג של עסקות־טיעון שהושרש בהליך הפלילי הפך את המוסד האמור למאתגר בהליך הנזיקי. עסקות־טיעון, מעצם טיבן, מייצגות פשרה בין המדינה־המאשימה לבין הנאשם. בהתאם לכך הן משמשות באופן שיטתי בבואה מרשיעה לאו דווקא להתרחשות

שלפיה מעשי־כוונה מצדיקים פיצויים עונשיים, ואף־על־פי־כן הוא נמנע מלהטילם במקרים של תקיפה מינית.

77 ראו עניין פלונית, לעיל ה"ש 60.

78 לערך ההגיונות בדיני הנזיקין ראו גלעד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 209–224.

79 לניתוח מקיף של השיקולים לקבלת פסק־הדין הפלילי כראיה בהליך משפטי ראו דניאל פרידמן "פס"ד פלילי כראיה במשפט אזרחי" הפרקליט כה 92 (1969).

הפוגענית, אלא להסכמה שהושגה בין הצדדים בהליך הפלילי.<sup>80</sup> משכך, הנתבעת כתביעה האזרחית יכול להעלות את הטענה שכל מטרתו בהליך הפלילי הייתה להגיע לפשרה כדי להביא את התיק לידי סיום, ולכן אין להסתמך על ההרשעה במסגרת ההליך כבסיס לניהול התיק האזרחי נגדו. מבחינה דוקטרינרית, טענתו תהיה כי סעיף 42 לפקודת הראיות אינו חל על מקרה שבו נסגר התיק בהסדר-טיעון או למצער שיש לאפשר לו להביא ראיות לסתור את פרטי האישום שבגיננו הורשע בדיון. מקרים מעין אלה אינם נדירים כלל ועיקר,<sup>81</sup> ולכאורה יש ממש בטענתם של המורשעים. מרגע שמקובלת עלינו ההכרה בקיומן של שתי מערכות הדינים כשונות זו מזו במהותן, ניתן לכאורה להחשיב את המטרות העומדות בבסיסו של הסדר-הטיעון כשוללות שימוש בו בהליך האזרחי. אלא שקבלת טענות מעין אלה תעשה את ההליך הפלילי פלסטר. בידי הנאשם עומדת היכולת להגן על עצמו במשפט הפלילי, תוך שהוא נהנה מחזקת החפות, והוא מוותר עליה עם חתימתו על ההודאה במעשיו.<sup>82</sup> התובעת בהליך האזרחי, לעומת זאת, נושאת על כתפיה את מלוא הנטל של הוכחת אחריותו של הפוגע. לפיכך יש לאפשר לה ליהנות מהודאתו, שאותה הוא יכול לפי לשון הסעיף לסתור, אם ישכנע את בית-המשפט כי יש מקום לכך. אכן, בתי-המשפט דחו טענות אלה, וקביעתם החד-משמעית עד כה בנושא הייתה שיש להתייחס לפסק-דין פלילי שהתקבל בעקבות הסדר-טיעון כאל ראייה לכאורה, אלא אם כן היא נסתרה בהליך האזרחי.<sup>83</sup> באחד המקרים, אחרי שגילה את דעתו כי לשון החוק אינה מבחינה בין ממצאים בגזר-דין פלילי שנשען על הסדר-טיעון לבין ממצאים בגזר-דין פלילי שנשען על ניהול הליך מלא, התייחס בית-המשפט מפורשות לנסיגו של המורשע להרוויח מאותו שילוב ייחודי של המשפט הפלילי והמשפט הנזיקי:

"התנהלות כזאת תביא לעיוות נוראי בהתייחסות המשפט לנאשמים ולבעלי דין, שכן מחד גיסא נהנה הנאשם מהרשעה בעבירה קלה יותר, ומעונש מופחת, ומאידך גיסא הוא יהא רשאי לחזור בו מהודאתו, במסגרת ה[ה]ליך האזרחי, מבלי שיתן על כך את הדין במסגרת הדין הפלילי. תוצאה זו הינה בלתי נסבלת, ואין לאפשר אותה."<sup>84</sup>

- 80 לסקירה כללית של מוסד זה ולמקורות סמינליים לדיון בו ראו כפיר מזרחי "מה בין צדק, חקר האמת והסדרי טיעון?" המשפט ח 627 (2003).
- 81 דוגמה לטענה מעין זו ניתן למצוא בבש"א (מחוזי ת"א) 6066/08 (בש"א 07-2693) פלוני נ' כ.ח (פורסם בנבו, 24.12.2009) (להלן: פרשת כ.ח). במקרה זה דובר בגבר שהורשע בתקיפה מינית של נכדתו בת השש. בניהול ההליך האזרחי ביקש הנתבע כי ס' 42 האמור לא יחול על התביעה.
- 82 רינת קיטאי סנג'רו המעצר: שלילת החירות כטרם הכרעת הדין 38-52 (2011).
- 83 פסק-הדין הבולט בנושא הוא ת"א (מחוזי ת"א) 2191/02 אלמונית נ' איגור (פורסם בנבו, 8.3.2006) (להלן: פרשת איגור). על פסק-הדין הוגש ערעור לעליון, שנדחה במלואו. ראו ע"א 3806/06 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 26.5.2009). גם בפרשת כ.ח, לעיל ה"ש 81, דחה בית-המשפט טענה זו.
- 84 פרשת כ.ח, לעיל ה"ש 81, פס' 10 להחלטה.

בית־המשפט מגלה כאן את דעתו כי מורשע בהליך פלילי המבקש לחזור בו בהליך האזרחי הוא כמי שמנסה לחזור בו מהסכמה שנתן מבלי שתהא עליו אימת הדין הפלילי. בכך בית־המשפט אינו מבחין בין שני ההליכים כנפרדים זה מזה. סימביוזת דינים כזו, אף שהועילה לתובעת במקרה הנידון, מסוכנת לפרויקט שרואה דינים אלה כקרובים אך נבדלים ואשר משאיר להם את מרחבי המחיה הרעיוניים הייחודיים החיוניים להם, כפי שמאמר זה מבקש לעשות. לנוכח זאת יש לבכר בהרבה את הנמקתה הנוספת של השופטת להחלטתה, שלפיה "לקיחת אחריות זו הינה סופית ואיננה ניתנת לביטול בהליך אזרחי במסגרת תביעה נגדרת, ובית המשפט מחוייב למנוע אפשרות כגון דא, אשר שמה ללעג ולקלס הן את בית המשפט, והן את הקורבן – הניזוק".<sup>85</sup> דברים אלה מתיישבים היטב עם קביעות קודמות שניתנו בתחומים קרובים, אשר עסקו באבסורד שייוצר אם לא תוכר הודאה דווקא במעשים שעשה אדם.<sup>86</sup>

## (2) גירוש נפגעות סחר בעקבות מיצוי משפט פלילי

בסדרה של פרשות שבהן פסקו בתי־משפט אזרחיים בתביעותיהן של נשים שנסחרו למטרות מין נוצר בהליך הפלילי שקדם להן, דרך המסגרת המנהלית של טיפול באותן נשים, מתח ישיר וייחודי בין המסגרת המנהלית לבין זכויותיהן הנוזקיות. כחלק ממנגנון המלחמה בתופעת הסחר בנשים נקבע כי נשים אלה לא תגורשנה מייד עם "תפיסתן", אלא תישארנה בארץ בתנאי משמורת מגינים, כדי שתוכלנה לתת עדות בתביעה הפלילית של מי שסחר בהן והעסיקן כאן בעל־כורחן. הנוהג המקובל במקרים אלה כולל גירוש מהארץ של הנשים קורבנות הסחר לאחר שמוצה ההליך הפלילי נגד האנשים שסחרו בהן.<sup>87</sup> גירושן המידי של אותן נשים מונע מהן את האפשרות לנהל הליכים שיובילו להגשת תביעה נזיקית מטעמן נגד מי שסחרו בהן, ובמקרים שבהם הן כבר הגישו תביעה כזו, הוא מונע מהן את האפשרות להופיע בבית־המשפט הדין בתביעתן הנוזקית.<sup>88</sup> אף שבמשפט האזרחי אין חובה לכאורה שהצדדים יהיו נוכחים בהליך, נהפך העדרן של נשים אלה לעניין של ממש בתביעות שהגישו. אומנם, הכלל הראייתי הקבוע בסעיף 42 לפקודת הראיות מאפשר התגברות על הצורך בעדותה של התובעת לביסוס אחריותו של המזיק במעשיו כלפיה, אולם לא ברור עד כמה כלל זה יכול להשתרע גם על שאלת הנזק, שם עדותה של הנפגעת נחוצה עדיין לביסוס הנזק ולאומדן היקפו. אחד הכלים המרכזיים העומדים לזכותו של הנתבע לשם הגנה על עצמו מפני טענות התובעת הוא החקירה הנגדית. אלא שחקירה כזו אינה יכולה להיעשות מפאת היעדרותן של הנשים מהארץ. גם כאן דן בית־המשפט בקושי זה ופתר אותו לטובת

85 ש.ם.

86 ע"א 71/85 אריה חברה לביטוח בע"מ נ' בוחבוט, פ"ד מא(4) 327, 331-332 (1987).

87 תיאור זה מעט "נקי" מדי, ומציג בעיקר את השאיפה, ופחות את המציאות של ניהול המאבק בסחר בנשים. לפרטים ראו יוסי דהאן ונעמי לבנקרון "סחר בנשים בישראל בחסות שלטון החוק" תיאוריה וביקורת 24, 9, 20, 34-35 (2004).

88 לא למותר לציין כי ברוב המקרים לא הגיעו כלל הנסחרות לעמדת הכוח הנדרשת לשם הגשת תביעה נזיקית. במקרים הספורים שבהם הוגשו תביעות מעין אלה, עשו זאת בעיקר ארגוני זכויות אדם, ובראשם "הקליניקה למאבק בסחר בנשים" מייסודה של עו"ד נעמי לבנקרון, אשר פועלת כיום דרך המכללה למינהל.

הנפגעות, בקובעו כי זכות הגישה שלהן לערכאות והעובדה שמדובר במעשים מחירדים שהסבל טבוע בהם פוטרות אותן מן הצורך להעיד על נזקן כדי לקבל פיצוי עליו – פיצוי אשר דרך האומדן יפה לו.<sup>89</sup> קביעתו הייתה שפרשנות אחרת של הסעיף, שלפיה רק עובדות שהוכחו לפני בית-המשפט בהליך הפלילי יובאו בחשבון בעת קביעת גובה הפיצוי בהליך האזרחי, תיצור סכנה של שמיטת זכויותיהן הנזיקיות של נשים שנסחרו לצורכי מין.<sup>90</sup> אילו אימץ בית-המשפט פרשנות אחרת, הוא היה הופך בכך את ההליך הפלילי הננקט כלפי סוחרי המין, גם אם בצורה עקיפה, לקרדום לחפור בו נגד הנשים, אשר הרחקתן מן הארץ נעשית לגיטימית מייד עם סיומו. בפרשנותו התכליתית מנע בית-המשפט תוצאה מסוכנת זו.

### (ג) קבלת כספי הפיצוי

בעיית חדלות-הפירעון של אדם הנתבע בנזיקין רלוונטית לכלל ההליכים הנזיקיים. בהקשר של תביעה נזיקית בעקבות ביצוע עוול-העברה, כאשר התביעה מופנית רק כלפי הפוגע הישיר הנושא באחריות הפלילית, נוצרת לעיתים מצוקה ייחודית ונוספת, הקשורה לפרקטיקה שבטבורו של המשפט הפלילי, הלא היא הענשת העבריין באמצעות השתת עונש מאסר עליו, בעיקר בעברות חמורות, מתוך הנחה כי דרך ענישה זו משרתת בצורה הטובה ביותר את המטרות של מניעת פשיעה וגמול.<sup>91</sup> במקרים שבהם מושת על העבריין עונש של מאסר, הדבר עלול להוות אבן-נגף למתלוננת-הניזוקה, שכן היא צפויה להתקשות בקבלת כספי הפיצוי במקרה שבו אין למזיק-העבריין רכוש שניתן להיפרע ממנו. בהעדר רכוש, המקור המרכזי לקבלת הכספים שנפסקו כפיצויים מצוי בכושר ההשתכרות של המזיק-העבריין. בהינתן עובדה זו, נוצר מתח עצום בין השאיפה הפלילית-החברתית להענישו בהתאם למעשיו בכליאה לבין השאיפה הנזיקית-החברתית והפרטנית של המתלוננת-הניזוקה לקבל את כספי הפיצוי על נזקיה לשם ריפויים. גם כאן, ככל שהמעשה הפלילי חמור יותר כן שנות הישיבה בכלא צפויות להיות רבות יותר, כשצלידן שנות אי-פיצוי ארוכות יותר למתלוננת-הניזוקה, אשר סביר אף שנוזקה חמורים יותר. מתח זה מחייב לכאורה יחס הפוך בין חומרת העברה והפגיעה במתלוננת-הניזוקה לבין חומרת העונש שיושת על המזיק-העבריין, ויכול שהוא מצדיק שיתוף של הנפגעת עוד בשלב קביעת העונש בהליך הפלילי, לשם שמיעת עמדתה בנושא, ברוח חוק זכויות נפגעי עברה.<sup>92</sup> ברי כי בעיני מקצת המתלוננות

89 פרשת איגור, לעיל ה"ש 83, פס' 13 לפסק-הדין: "השאלה היא האם יש מקום לפסוק להן פיצוי על סמך העובדות שהוכחו על פי כתב האישום, בהן הודה הנאשם, והורשע, ולהסתפק בכך מבלי צורך להעיד אותן על עובדות אלה."

90 שם.

91 למקור סמינלי בנושא זה במשפטנו ראו את הדיון במטרות הענישה אצל יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 21-25 (מהדורה שנייה, טובה אולשטיין עורכת, 2010). לאחרונה נטען כי הקשר בין מאסר לבין השגת מטרות אלה אינו משכנע. ראו: Richard L. Lippke, *Crime and the Length of Prison Sentences*, 24 LAW & POL'Y 17 (2002).

92 ראו, למשל, את ההצדקה שנתן בית-משפט לקבלת עסקת-טיעון בין המדינה לבין גבר שהורשע במקור בכתב אישום חמור בהרבה, בעקבות חיובו לשלם למתלוננת סכום פיצויים ועמידתו בחיוב זה. ת"א 19565-06-11 פלונית נ' זוהר, פס' 11-12 (פורסם בנבו, 13.8.2013)

פגיעה נוספת זו בהן ראויה, ובלבד שהמזיק-העבריין יבוא על עונשו, אולם ניזוקות רבות ציינו לפניי את תסכולן ממצב דברים זה.

קושי זה מודגם היטב בעניין **מדינת ישראל נ' מזרחי ובעניין פלונית נ' מזרחי**<sup>93</sup> שני פסקי-דין אלה עסקו במקרה של אונס קבוצתי מזעזע שנעשה באישה על-ידי שישה גברים ועוד מסייע, במשך שלושה ימים רצופים, במקום מבודד, כאשר כלבים שומרים על הכניסה כדי למנוע את בריחת האישה. האונס המתמשך הגיע לקיצו רק כאשר גילו האנסים כי האישה סובלת מדימום רב ומסוכן כתוצאה ממעשי האונס. מחשש שמא תמות מאובדן דם, הסייעו אחדים מהם לבית דודה, ושם עזבוה. בהליך הפלילי, שבו הורשעו כולם, נגזרו עליהם בממוצע ארבע-עשרה שנות מאסר.<sup>94</sup> בתום ניהול התביעה הנזיקית נגדם, כאשר התקבל פסק-דין לפיצוי האישה בסך של 1.2 מיליון שקלים, עוד נותרו לה שמונה שנים של המתנה עד לסוף מאסרם של המורשעים בטרם תוכל להתחיל לגבות את דמי הפיצויים שנפסקו לה מתוך שכר עבודתם. עד ליום זה טרם הצליחה האישה לגבות מאיש מבין שבעת האנסים סכומי כסף כלשהם. התובעת בתיק זה מצויה, למרבה האבסורד, במצב שבו היא ממתנה בקוצר-רוח ממש לשחרורם מהכלא של מי שאנסו אותה...<sup>95</sup>

## 2. ניהול הליך אזרחי במקביל לניהול ההליך הפלילי

יש שניהול התיק האזרחי נעשה במקביל לניהול התיק הפלילי. מצב זה נפוץ פחות, אך הוא עשוי להיווצר בנסיבות שונות. כך, למשל, הוא עשוי להיווצר עקב הסיבה הפרוצואית שלאישה-הנפגעת יש צורך מידי בסכום כסף לשם ריפוי נזקיה או מפני שהיא חוששת שהמזיק-הנאשם יבריח או יממש לטובתו נכסים שמצויים בבעלותו ואשר יכולים לשמש להבטחת מימושו של פסק-דין נזיקי לפיצויה. בדבריי כאן אבקש להתרכז באחת הסיבות המרכזיות לניהול שני ההליכים במקביל – זו הנעוצה בכללי ההתיישנות האזרחיים. אלה אינם מחשיבים ככלל ניהול הליך פלילי כאירוע שמתלה את תקופת ההתיישנות,<sup>96</sup> ואף

(השופטת הניג, בהליך הנזיקי, מפנה להנמקות של גזר-הדין הפלילי). הצעה ברוח זו מעלה פוג'ן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 258-260.

93 ת"פ (מחוזי חי') 313/02 **מדינת ישראל נ' מזרחי** (פורסם בנבו, 23.5.2004) (להלן: פרשת **מזרחי**); ת"א (מחוזי חי') 209/05 **פלונית נ' מזרחי** (פורסם בנבו, 1.5.2008).

94 פרשת **מזרחי**, שם, פס' 11.

95 התובעת יוצגה על-ידי במרכז "תמורה", ואנו עוקבות יחד עימה אחר החזקתם בכלא של האנסים ואחר האפשרויות לשחרורם המוקדם.

96 חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, ס"ח 112 (להלן: חוק ההתיישנות). חריגים מבורכים לכלל בעייתית זה הם מקרים שבהם הייתה ההרשעה בדין כרוכה בהודאה מטעם הנתבע, כעולה מס' 9 לחוק, וכן מקרים ייחודיים של תקיפה מינית, בעיקר של קטינים שהותקפו על-ידי בני משפחה קרובים או במסגרת יחסי תלות, שאז מוקצת לצורך הגשת תביעה אזרחית שנה לפחות מרגע הסתיימות ההליך והיהפכותו של פסק-הדין הפלילי לחלוט. ראו חוק ההתיישנות (תיקון מס' 4), התשס"ז-2007, ס"ח 385, אשר הוסיף את ס' 18א ו-18ב לחוק. בעיה ייחודית עלולה להיווצר במצב שבו הוגש כתב אישום במהלך תקופת ההתיישנות הייחודית, אולם לא ניתן בו לבסוף פסק-דין. במצב זה הנפגעת מוחרגת מתחולתה של הוראת ס' 18א, ואינה זוכה בהגנה החשובה שס' 18 מעניק.

אינם מאפשרים את הקפאת ההליך האזרחי לצורך המתנה עד שיתקבל פסק-דין בהליך הפלילי.<sup>97</sup> מסיבה זו הנפגעת חייבת לעיתים ליטול לידיה את יוזמת התביעה נגד הפוגע, מחשש פן יבולע לה אם רשויות התביעה תתמהמהנה בניהול ההליך הפלילי. מכל מקום, ניהול ההליכים במקביל מִזְמָן מתחים מסוגים שונים אל התביעה הנזיקית.

#### (א) איסוף ראיות והצגתן

לשם ניהול תיק אזרחי בצורה מוצלחת, ולנוכח העובדה שנטל ההוכחה מוטל לפתחה,<sup>98</sup> חובה על התובעת לדאוג להמצאת כלל החומרים המעידים על אחריותו של הנתבע למעשיו המזיקים ועל גובה הנזק שהסב לה. בתיקים פליליים המדינה צפויה, כעניין שבשגרה, להיות המחזיקה בכלל החומרים הנוגעים בתיק, המצויים אצלה מעצם היותה החוקרת והתובעת הבלעדית בתיק. בשל כך, אף שעומדת לה הזכות, כנפגעת עברה, לקבל עדכון בנוגע להתקדמות ההליך הפלילי ולעניין בכתב האישום, התובעת עלולה למצוא את עצמה תלויה במדינה לצורך קבלת חומרים המצויים אצלה, העשויים להיות חיוניים להוכחת תביעתה האזרחית.<sup>99</sup>

הנושא של קבלת חומרים המצויים בידי המדינה לצורך ניהול הליך אזרחי, כאשר ההליך הפלילי נגד מבצע העברה מצוי עדיין בעיצומו, הובא בעבר לפתחו של בית-המשפט העליון בהקשרים שאינם של עברות מין, וקביעתו ככלל הייתה כי אין להעבירם.<sup>100</sup> יתר על כן, החוק עצמו קובע כי מרגע הגשת כתב האישום נגד הנאשם, החובה החלה על המדינה לאפשר עיון בחומרי החקירה קיימת רק כלפי הנאשם.<sup>101</sup> הנפגעת עצמה לא רק שאינה זכאית לכך, אלא שנדמה כי קיימת כמעט חובה לא להתיר לה עיון כזה. אחת הסיבות המרכזיות לכך היא שהתובעת-הניזוקה בהליך האזרחי צפויה, כמתלוננת, לשמש עדה בהליך הפלילי, ומשכך קיים חשש שעדותה תוטא מקריאת החומרים המצויים בתיק, ולא תסתמך, כנדרש, רק על ידיעתה הבלתי-אמצעית.<sup>102</sup> קביעה זו מציבה כמובן את התובעת בפני שוקת שבורה, במיוחד

97 ראו רע"א 854/97 לופטין נ' מוניקה תכשיטים בע"מ (פורסם בנבו, 30.4.1997), שם מפטירה השופטת שטרסברג-כהן בנוגע לבקשה להתליית ההליך האזרחי עד לתום ההליך הפלילי: "לכאורה, מי שעשוי להיות מעוניין להמתין לפסק הדין במשפט הפלילי הם המשיבים דווקא, שכן אם המבקש יורשע יוכלו הם להגיש את הממצאים והמסקנות שבפסק הדין המרשיע, כראיה לכאורה במשפט האזרחי לפי סעיף 42א(א) לפקודת הראיות. שאלה זו אינה עולה בענייננו וגם לו עלתה לא היה בה לשמש עילה לעיכוב הדין במשפט האזרחי."

98 ראו את דבריו של השופט שמגר בפרשת רז, לעיל ה"ש 7.

99 ס' 9 לחוק זכויות נפגעי עברה מקנה לנפגעת רק זכות עיון בכתב האישום לבדו מכלל החומרים המצויים בתיק הפלילי. בס' 8 מעוגנת זכותה של הנפגעת לעדכון.

100 ראו רע"א 2822/10 דגני נ' וינראוך (פורסם בנבו, 10.10.2010) (להלן: פרשת דגני).

101 ראו ס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), הקובע כי לנאשם ולבאי-כוחו יש רשות לעיין בחומרי החקירה וברשימת חומרי החקירה נגדו בכל זמן סביר.

102 כך עולה מהנחייתו של פרקליט המדינה "בקשה מצד גורמים שונים לעיין במידע המצוי בתיק חקירה" הנחיות פרקליט המדינה 14.8, 3 (התשע"א) (index.justice.gov.il/Units/Advocacy/Hanchayot/148.pdf). ס' 10 להנחיה קובע כי יש להתיר עיון בתיק החקירה למי שיש לו



לנוכח המציאות שבה ניהול ההליך הפלילי עלול להימשך זמן רב, ומבלי שלה עצמה תהיה שליטה כלשהי בקצב ניהולו. במצב דברים זה היא עלולה להגיע עד לשלב ההתיישנות האזרחית אם לא תפעל בנפרד, וגם אם תגיש את תביעתה, בקשתה מבית המשפט האזרחי להשהות את התקדמות ההליך הננקט בו עד למועד קבלת החומרים עלולה להידחות.<sup>103</sup> יתר על כן, במקרים שבהם תצורף אל התביעה הנזיקית גם המדינה כנתבעת צפוי להיווצר ניגוד אינטרסים של ממש מצידה בהעברת המידע המצוי אצלה, והתובעת עלולה למצוא את עצמה נלחמת נגדה לשם קבלת החומרים.

### (ב) ניהול תביעה נזיקית נגד המדינה<sup>104</sup>

אחת המגבלות המוכרות של הדין הפלילי היא שבאופן מסורתי עניינם העיקרי הוא בהעמדה לדין של מי שגרמו באופן ישיר לנזק, וזאת בשל אופיים האישי-האנושי של דינים אלה.<sup>105</sup> דיני הנזיקין, לעומתם, מאפשרים הרחבה של מעגל האחריות למעשה שהוביל לנזק אל מעבר למזיק הישיר – למשל, אל המדינה. לאפשרות זו יש חשיבות דרמטית בתיקי תקיפה מינית של נשים, בשל העובדה שחיהן מתנהלים תחת מסגרת שיטתית של יחסי כוח. מסגרת זו יוצרת מה שניתן לסווג כשני סוגים של סיכונים טיפוסיים: הסיכון האחד הוא להיפגע ישירות מבעל הכוח העודף בנקודת זמן ובמקום מסוימים; והסיכון האחר הוא להיפגע בעקיפין מהרפוס השיטתי של יחסי הכוח, אשר מאפשר לתוקף הישיר לבצע את הפעולה הפוגענית או להמשיך בה. האחרון, בהיותו עקיף מבחינת אופן הזקתו, הינו פריפריאלי ומקשה מאוד העמדה לדין פלילי. דוגמה מוכרת למבנה סיכונים זה מצויה בפרשת יעקובוב,<sup>106</sup> שם הועמד לדין פלילי גבר שגרם למותה של בת-זוגו לאחר שהתעלל בה במשך רוב חייהם המשותפים. האישה נפטרה לאחר שבכית בני-זוג ביקרו שוטרים לשם טיפול בתלונתה של האישה. בסיפור זה היה הגבר התוקפן הישיר, בנצלו את יחסי הכוח המגדריים על-מנת לפגוע בבת-זוגו באלימותו. המשטרה, לעומת זאת, אפשרה את המשך פגיעתו באישה ואת מותה בשל כך, שכן השוטרים כשלו במילוי תפקידם להגן כראוי על נשים מפני הסכנות שטומנים להן החיים בצל יחסי הכוח השיטתיים השוררים גם בביתן. הכרה בסוג הראשון של פגיעה היא הקלה ביותר לדיני העונשין, אולם האפקטיביות

אינטרס לגיטימי בו, אלא שהוראה זו מוגבלת על-ידי הדרישה שהעיון "לא יסכל את התכלית שלשמה נאסף המידע", קרי, את החקירה הפלילית או את ההליך הפלילי הנובע ממנה. ס' 15(א) להנחיה עוסק מפורשות בחשש מ"ניסיון להשפיע על עדים".

103 כזאת אירע בפרשת דגני, לעיל ה"ש 100, כעולה מפס' 4 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

104 חשוב לציין כי קיימים בתביעה נגד המדינה כאשר הייתה לה מעורבות בהתרחשות העברה עלולים לצוץ גם במקרים שבהם התביעה הנזיקית מוקדמת לזו הפלילית (למשל, העניין עלול להוות שיקול בהתלבטות לגבי הגשת כתב אישום), ואף במקרים שבהם היא מאוחרת לה (המדינה יכולה להעריך מראש כי תוגש תביעה נזיקית, ולהיזהר בניהול ההליך הפלילי). עם זאת, הרוגמה הנידונה כאן ממחישה נקודת חיכוך הקיימת בניהול מקביל של התביעות.

105 שידול, סיוע וביצוע באמצעות אחר הם האמצעים היחידים הקיימים בדין העונשי לעקיפת מגבלה זו. אמצעים אלה מצומצמים בהרכב מהכלים הקיימים בדיני הנזיקין להטלת אחריות על גורמים עקיפים לנזק. ראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 91, בעמ' 549-551.

106 דנ"פ 983/02 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 385 (2002).

שלה מוגבלת. העמדה לדין פלילי של גברים אלימים לא תמגר את התופעה של אלימות נגד נשים מידי בני-זוגן.<sup>107</sup> לעומת זאת, השתתפות אחריות נזיקית על הגורמים המערכתיים-הציבוריים היכולים למנוע או למצער להקטין פגיעה זו צפויה להיות אפקטיבית ביותר, גם אם קשה יותר לביצוע.<sup>108</sup> משום כך, הרחבת האחריות לגורמים פריפריאליים היא פרויקט חיוני לנפגעות עברה, ובעיקר לאלה שנפגעו על רקע ניצול יחסי הכוח שבמסגרתם הן חיות. במקרים שבהם תביעה נגד המדינה כמזיקה פריפריאלית מתנהלת במקביל להליך הפלילי, התובעת עלולה למצוא את עצמה במצב לא-נוח בעליל, שיש בו, למראית-עין לפחות, משום ניגוד אינטרסים בוטה: ניהול תביעה נגד המדינה בעוד המדינה מנהלת לכאורה תביעה "בעבור" הנפגעת. העובדה שמדובר בגופי תביעה שונים – האחד פלילי והאחר נזיקי – אינה מבטיחה הפרדה בין ההליכים. המדינה, בשני כובעיה, צפויה לפעול תחת מסגרת של שיקול-דעת זר. בכובעה הפלילי היא עליה להיזהר בתביעתה, פן תחשוף את עצמה בגילוייה לחיזוק עילת התביעה האזרחית. הנפגעת, לעומת זאת, תשקול את צעדיה בהליך האזרחי, כך שלא יפגעו בהניעה של המדינה לחשוף את כלל העובדות שבכוחן להוביל להרשעתו של הנאשם הישיר בביצוע הפשע. דוגמה להתנהלות טקטית כזו, הכופה כפילות אינטרסים, ניתן למצוא במקרה שבו נורתה אישה בידי בן-זוגה לשעבר השוטר זמן-מה לאחר שהתריעה מפני אימויו עליה בפני המחלקה לחקירות שוטרים. האישה הגישה את כתב התביעה האזרחי עוד בטרם הוגש כתב אישום פלילי נגד הגבר.<sup>109</sup> לתביעה זו ביקשה האישה לצרף כנתבעת את המדינה, אשר ברשלנותה, כך נטען, לא טיפלה כנדרש בתלונותיה של האישה, ולכן אפשרה את הניסיון לרצוח אותה. מכתב האישום שהוגש לימים על-ידי

107 המדד העיקרי לביסוס קביעה זו הוא אי-הירידה – ולפרקים אף העלייה – במספר הנשים הנרצחות על-ידי בני-זוגן, למרות מדיניות ההעמדות לדין בנושא. כך, בשנת 2005 נרצחו 11 נשים על-ידי בני-זוגן; בשנת 2006 – 12 נשים; בשנת 2007 – 13 נשים; בשנת 2008 – 11 נשים; בשנת 2009 – 8 נשים; בשנת 2010 עמד מספר הנשים שנרצחו על-ידי בני-זוגן על המספר המזוויע 19; ובשנת 2011 הוא עמד על 17. ראו אורלי אלמגור לוטן אלימות נגד נשים – ריכוז נתונים לשנת 2011 2-3 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 24.11.2011). [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02959.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02959.pdf). בשנת 2012 נרצחו אומנם "רק" 7 נשים, אולם המגמה המסתמנת בהסתכלות על העשור האחרון היא למצער של אי-שינוי מהותי בנפוצות התופעה.

108 האפקטיביות הצפויה של תביעות כאלה נובעת מן העובדה שלמדינה יש השפעה רחבה על היכולת לזהות מראש את הסכנה לנשים ולמונעה באמצעות פעולות רחבות-היקף, ומן העובדה שיש בידיה סמכויות שלטוניות ייחודיות שביכולתה להפעיל כדי למנוע את התממשות הסכנה לנשים. ראו גלעד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1034-1040 (אומנם טיעוניו של גלעד ממוקדים בעיקרם בהשוואה בין הסעד המנהלי לבין זה הנזיקי, אך דבריו תקפים שבעתיים אם בוחנים אותם אל מול אפשרויות התביעה הפלילית של הרשות המנהלית). לסקירת הקושי של בתי-המשפט להטיל אחריות "פריפריאלית" מעין זו ראו ביטון, לעיל ה"ש 27, בעמ' 171-178.

109 האישה נאלצה לעשות כן לנוכח הודעת המשטרה כי היא עומדת לפטר את הגבר ולשלם לו סכום נכבד כדמי פיטורים. הדבר חייבה להבטיח את עיקול הכספים לטובת מימוש פסק-דין נזיקי עתידי שצפוי להינתן בעניינה. תמ"ש (משפחה י-ם) 30009-2010 מלדה נ' מלדה (להלן: עניין מלדה).

המדינה נגד הגבר הושמטה, להפתעת האישה, עובדת קיומן של אותן תלונות שהוגשו על-ידיה למחלקה לתביעות שוטרים.<sup>110</sup> לא למותר לציין עד כמה עובדת קיומן של תלונות אלה רלוונטית לכיסוס הכוונה לרצוח בהליך הפלילי, מחד גיסא, וברי כי השמטתה יכולה לשרת היטב את הגנת המדינה בהליך האזרחי, מאידך גיסא.

### 3. גיהול הליך אזרחי תוך ויתור על הגשת תלונה

לעיתים נפגעות העברה כוחרות לא להשתמש בנתיב הפלילי במסגרת התמודדות עם הפגיעה בהן. רבות מהן חוששות מלחשוף את עצמן למה שמוכר בביקורת הפמיניסטית כ"אונס שני" בניהול ההליך הפלילי. ביקורת "האונס השני" גורסת כי נשים חוות טראומה קשה בעוברן בין נבכי הביורוקרטיה הפלילית. הן חשופות לביקורות מהגוף החוקר, מהגוף המעמיד לדין, מצוות ההגנה של הנאשם, ולעיתים אף מבית-המשפט עצמו.<sup>111</sup> במצב כזה, בהנחה שאיש מלבדן לא נחשף לעובדות העברה ודיווח עליהן, נתונה בידיהן הבחירה לכאורה אם להגיש תלונה למשטרה על האירוע שעברו או לבחור בנתיב הנזיקי לפיצוי על פגיעותיהן לבדן. אלא שקביעה זו מסויגת בחיוב שסעיף 88 לפקודת הנזיקין מטיל על בית-המשפט לוודא כי עובדות המהוות פשע שנחשפו לפניו במסגרת הליך נזיקי יועברו לידיעת המשטרה.<sup>112</sup> כך, יש שאף נתיב זה אינו פתוח לפני הנפגעת לשימושה.

במצב דברים זה הנפגעת ניצבת בפני בררה אכזרית: לוותר על תביעתה ולשאת לכדה בנטל נזיקה או לקבל את פיצויה לא דרך הליך נזיקי מובנה ומפוקח. האפשרות הפתוחה לפניה אז היא להסדיר את תשלומי הפיצוי בגין הנזק דרך מסלול אחר: יצירת חוזה לפיצויה על נזיקה מידי של מי שתקף אותה.<sup>113</sup> מסלול זה יוצר קשיים רבים. למשל, קיימת סבירות שהנפגעת תחויב לשמור על שתיקה, ושהסכומים שתקבל ייפכו למעין "דמי שתיקה" שהפוגע יסכים לשלם לה. בעקבות זאת תהא הנתבעת חשופה באופן תמידי לתביעה בגין הפרת חוזה או לחובת השבה אם המחיר הנפשי שתשלם בגין שתיקתה יהיה לה קשה מנשוא.<sup>114</sup> מסלול זה גם יעמיד את הנתבעת במצב שבו היא מאפשרת למעשה לפוגע-המין להמשיך בדרכו באין מפריע, ועוד כהנה וכהנה. משמע, החשש מלפתוח הליך פלילי מונע

110 כך עולה מקריאת כתב האישום בתפ"ח (מחוזי י-ם) 1069-09-11 מדינת ישראל נ' מלדה (תיק מושעה).

111 ראו, למשל, את ניתוחן של רינה כוגוש ורחל דון-יחיא בדבר ביקורתיותם הקשה של בתי-המשפט כלפי נאנסות, אף כאשר הם מרשיעים את הנאשמים באינסון. רינה כוגוש ורחל דון-יחיא מגדר ומשפט – אפליית נשים בבתי המשפט בישראל 207-224 (1999).

112 ס' 88 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968, נ"ח 266 (להלן: פקודת הנזיקין).

113 מרכז "תמורה" סייע בדרך זו לנפגעות עברות מין שביקשו לעצמן רק פיצוי נזיקי. פעולה זו – הנראית על פניה מוקשית ואולי אף בלתי-חוקית לכאורה – נעשתה בעבור אותן נשים לאחר התייעצות מעמיקה עם נציגות בכירה מהפרקליטות הפלילית הארצית ועם נציגות מלשכת עורכי-הדין, תוך העדפה ברורה של האוטונומיה של נפגעות התקיפה המינית.

114 יכול כמובן שהיא תופטר מעמידה בהתחייבותה, שכן התחייבותה תיחשב מנוגדת לתקנת הציבור או בלתי-חוקית, ומשום שהיא אינה הצד העברייני. ראו, למשל, את דבריו של השופט חשין בדנ"א 4465/98 טבעול נ' שף הים, פ"ד נו(1) 85, 56 (2001).

למעשה מהנפגעת פתיחת הליך נזיקי, ודוחק בה להפעיל תחת זאת הליך חוזי המתאפיין בדפוסים רכאניים.

#### 4. ניהול הליך נזיקי בהעדר היתכנות להליך פלילי

אף שמדובר בהליכים נפרדים, המתנהלים במערכות שיפוט מובחנות, ניתן לקבוע כי השפעה של ההליך הפלילי על ההליך הנזיקי מקום שהתנהל הליך פלילי או היה יכול להתנהל הליך כזה נדמית כמתבקשת כמעט. אותה הרמוניה אשר מקיפה מערכת משפטית ומאחדת את שורותיה סביב אירוע עובדתי אחד היא היוצרת השפעות מעין אלה, וגם אם הן ראויות לביקורת, הן תולדה של תפיסה מערכתית כוללת. אלא שכאן לא תם מסע הלחצים וההשפעות של הדין הפלילי על דיני הנזיקין בכיוון של צמצום והצרה של היקף תחולתם. גם מקום שאי אפשר להשתמש כלל בדיני העונשין, אף שהתרחשה עברה פלילית שהסבה נזק לתובעת בנזיקין, ניתן לראות השפעה כזו. דוגמה מרתקת ליחס קשה ומסוכן כזה בין הדינים ניתן למצוא בתחום הקשור לייצוג נפגעי עברה (לאו דווקא במקרים של אלימות מגדרית) הממוקם בהקשר הרחב והבלתי-שגרתי של המשפט הבין-לאומי. אף שהוא נוגע בזירה הבין-לאומית, אשר שונה מאוד במרכיביה ובתכליותיה מהמשפט המדינתי, ואף שהוא מתרחש בארצות-הברית לכדה, תחום זה מובא כאן כדי ללמדנו על הפוטנציאל ההרסני של הקשר הסימביוטי נזיקין-עונשין בזירות חדשות ורחבות מאלה המקומיות.

על-פי הדין הנזיקי האמריקני הפדרלי, בית-משפט פדרלי יכול לרונ בתביעה המובאת לפניו של אדם אשר נזוק ממעשה של אדם אחר, במדינה אחרת, ובכך שהיה באותו מעשה משום הפרה של כללי המשפט הבין-לאומי המקובל. בלשונו הקשה לתרגום מדויק של החוק:

“The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.”<sup>115</sup>

סעיף חוק זה – שהיה אות מתה עד לפני כשלושה עשורים<sup>116</sup> – מאפשר שימוש בכלי נזיקי לקבלת פיצוי בארצות-הברית על פגיעות שכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי לברם היו מונעים את קבלתו שם. זכאות נזיקית בין-לאומית זו הייתה יכולה לפתוח פתח דרמטי להגשת תביעות בגין מעשים פוגעניים ומזיקים שנעשו לכל אדם, בכל רחבי תבל, על-ידי כל ישות משפטית שהיא. הכוח המרפא הבין-לאומי שהוא מעניק לשימוש בדיני הנזיקין היה יכול להיות בלתי-מוגבל. כך, למשל, הוגשו תחת סעיף זה תביעות נגד אנשי צבא ואנשי מיליציות שפגעו באזרחים בעת מלחמה;<sup>117</sup> תביעות של נשים שנאנסו על-ידי אנשי

115 The First Judiciary Act, 28 U.S.C. § 1350 (2012). חוק זה מוכר גם כחוק הראשון שנקבע במסגרת פדרלית מחוץ לחוקה עצמה.

116 להשתלשלות השימוש בחוק ראו: William R. Casto, *The New Federal Common Law of Tort Remedies for Violations of International Law*, 37 RUTGERS L.J. 635 (2005). פסק-הדין שיצר למעשה תחום משפטי חדש וחדשני דרך סעיף זה הוא: *Filartiga v. Pena-Irala*, Appeal judgment, 630 F.2d 876, para. 24–25 (2nd Cir. 1980); ILDC 681 (US 1980) (להלן: עניין *Filartiga*).

117 ראו עניין *Filartiga*, שם.

מיליציות;<sup>118</sup> תביעות של אזרחים שניזוקו מפיגועי טרור; תביעות של אזרחים שניזוקו מפעילות מסחרית פוגענית של חברות-ענק דורסניות<sup>119</sup> ועוד.

מסיבות שונות, הקשורות בעיקר לכללי ההתנהלות של מדינות ריבוניות במרחב הבין-לאומי, קבע בית-המשפט העליון האמריקני כי יש לצמצם את תחולת החוק בדרכים שונות, ולהפעילו במשורה בלבד אל מול מבול התביעות המוגשות מכוחו בעשורים האחרונים.<sup>120</sup> אחת הדרכים שהוצעו להגבלת החוק הייתה לפרשו כמיועד לאפשר תביעה בין-לאומית רק כאשר הבסיס לתביעה – כלומר, המעשה המזיק – היה יכול להיות מוגדר ככזה על-פי המשפט הפלילי הבין-לאומי. משמע, כדי לחסות תחת כנפי החוק במובן המקדמי, ועוד בטרם תיבחן העילה לגופה, יידרש התובע להוכיח כי המעשה שגרם לנזקיו הינו פלילי לפי מדדי האחריות הפלילית הנוקשים שהמשפט הבין-לאומי מכתוב.<sup>121</sup> גם במובן זה דיני הנזיקין מוגבלים יותר ויותר על-ידי הדין הפלילי, הגורם לצמצום תחומי ההשתרעות שלהם.

## 5. סיכום: הצרת אפשרויות וגבולות נזיקיים

דיני הנזיקין ודיני העונשין מוכיחים לאורך רצף מגוון של ממשקים ביניהם כי הם מתקיימים במתח נוקב. כך, מצינו כי שלילת פיצוי עונשי בהליך הנזיקי תלויה בניהול הליך פלילי ובעונש שהוטל בו; כי קיים קושי לעשות שימוש בראיות מן ההליך הפלילי, גם אם קושי זה נפתר חלקית; כי גירוש קורבנות סחר בעקבות הליך פלילי פוגע ביכולתן לנהל הליך אזרחי; כי ניהול ההליכים במקביל עלול לגרום לחסר ראייתי בהליך האזרחי; כי ניהול תביעה נגד המדינה כשהיא עצמה הסמכות התובעת הינו בעייתי; כי אפילו נשים שתבחרנה לא להגיש תלונה פלילית תשלמנה על כך מחיר; וכי אפילו במישור הבין-לאומי ניתן לזהות קווים מעניינים למתח האמור. בשלל מקרים אלה הדין הפלילי – בין במחוזות שבהם הייתה אמורה להיות לו השפעה חיובית, כגון מקום שהוא מוצה והביא לידי הרשעת העבריין-המזיק, ובין במחוזות שלכאורה אין ידו מגעת אליהם – מוכיח את עצמו כבעל השפעה רעה על ההליך הנזיקי, באופן של צמצום יכולת המיצוי של הפוטנציאל החיובי הגלום בו, לעיתים ממש עד לנקודה של הגבלת היקף תחולתו של הדין הנזיקי. בחלק מהמקרים הוא עושה כן בצורה ישירה, המעידה על כשלים מבניים – למשל, במקרה של פיצויים עונשיים ובמקרה של שימור המידע בדבר העברה בידי המדינה; בחלק אחר הוא עושה זאת בצורה עקיפה, המעידה על כשלים מנהליים בתפקודן של הרשויות במסגרת ההליך הפלילי – למשל, במקרה של גירוש נפגעות סחר; ובמקרים האחרים הוא מבטא קושי מעורב, פרוצדורלי-

118 ראו: *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 238 (2nd Cir. 1995).

119 ראו: *Abdullahi v. Pfizer Inc.*, 562 F.3d 163, 168 (2nd Cir. 2009); *Doe v. UNOCAL*, 963 F. Supp. 880 (C.D. Cal. 1997).

120 פסק-הדין היחיד שהגיע אל פתחו של בית-המשפט העליון הוא גם זה שבו נקבעה מגמה זו. ראו: *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 718 (2004).

121 הרעיון הוא להכפיף את כללי האחריות הנזיקית לאלה של המשפט הפלילי הבין-לאומי, כפי שהוא מגובש באמנות הרלוונטיות השונות ובפסיקה של בתי-דין בין-לאומיים פליליים מוסמכים. ראו: *Chimène I. Keitner, Conceptualizing Complicity in Alien Tort Cases*, 60 *HASTINGS L.J.* 61, 92–97 (2008). גם פלטר, בספרו בנושא, מצדד כמובן בגישה זו. ראו *FLETCHER*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 57–58.

מהותי – למשל, במקרים של התיישנות. ככולם נוכחותו המקשה מורגשת. ניתן לפיכך להסיק כי דיני הנזיקין אינם חופשיים להתנהל בעצמם במסגרת תביעות המוגשות מכוחם על-ידי נפגעות עברה. כלליהם הבסיסיים בדבר מהותה של האחריות הנזיקית, כמו גם מנגנוניהם הפרוצדורליים, נעשים קשים ליישום ולהפעלה במסגרת תביעות אלה, בדיוק בשל ההקשר העברייני שלהן, אשר מטיל על התובעות נטלים שמקורם במשפט הפלילי דווקא. מתח זה מציב הן את התובעות הנזיקיות הן את בתי המשפט בפני אתגרים המחייבים יצירתיות ומאמץ משפטי ייחודי, דווקא מקום שהדרך הנזיקית הייתה אמורה להיות סלולה תחת כובד משקלו המפלס של המכבש הפלילי. זהו פן אחד של היחסים השליליים בין שתי מערכות הדינים הללו. בפרק הבא יוצג פן נוסף של שליליות זו.

### ג. דיני הנזיקין ככלי לעירור מחדש של ההליך הפלילי ולביקורת עליו

במערכת היחסים הפוגענית שמזוהה במאמר זה בין הדין הפלילי לבין זה האזרחי ניתן לזהות נתיב חדש, שבו דיני הנזיקין מתפקדים – הן מבחינה ליטיגטורית-ראייתית והן מבחינה מהותית – כאמצעי לתיקון הליקויים שנפלו בהסדרת האחריות לעברה במישור הפלילי. לכאורה היה אפשר להסתכל על יחס כזה בין הדינים כיחס חיובי נוסף של השלמה, שבמסגרתו המהלך הנזיקי הוא שיוצר את ההניעה להפעלת החיוב הפלילי. אלא שהסתכלות מדוקדקת יותר על מופעיו, כפי שימחישו המקרים שיוצגו להלן, תגלנו כי דיני הנזיקין משמשים כאן כלי לחשיפת ערוותם של דיני העונשין ושל אופן ניהולם. בכך נחשף דפוס נוסף – ושונו מזה שהוצג בפרק הקודם – של הקשר השלילי בין הדינים, שבמסגרתו דיני הנזיקין חותרים תחת צדקת פעולתם ותוצאת פעולתם של דיני העונשין. גם כאן נסקור את הממשקים השונים בין הדינים, ובתוך כך נחשוף את הזוויות השונות של בעייתיות זו ונבהיר את עומקה.

#### 1. ניהול הליך פלילי בעקבות ניהול הליך נזיקי

ההחלטה על ניהול חקירה פלילית והגשת כתב אישום נתונה כולה בידי רשויות התביעה של המדינה,<sup>122</sup> ולנפגעת העברה אין למעשה כל יכולת להשפיע עליה, לבד מעצם הגשת התלונה וסיפוק ראיות על פרטי האירוע כמיטב יכולתה. מכאן עולה שקבלת החלטה להעמיד לדין פלילי אינה קשורה להליך האזרחי. כזכור, הסינכרון המשפטי-המערכתי פועל באופן שיוצר קשר הדוק בין הדינים, כבמקרה שבו תביעה אזרחית באה בעקבות הרשעה בהליך הפלילי. אולם יש שיחס זה פועל דווקא בכיוון ההפוך. זה המצב במקרים שבהם התביעה האזרחית נולדת למרות ההחלטה המנהלית לא לקיים פעולות חקירה ו/או לא להעמיד לדין פלילי. כאן, באופן הפוך ופתולוגי, דיני הנזיקין עשויים לשמש כלי לפתיחת התיק או להעמדה לדין. ודוק: אין מדובר כאן בהליך חיובי שבו בעקבות ניהול הליך אזרחי מתגלה התנהגות פלילית, אשר מטופלת בדיעבד לאור גילוייה המאוחר, כפי שקרה בארצות-הברית, למשל, כאשר תביעות אזרחיות שהגישו נפגעי תקיפה מינית נגד אנשי כמורה שפגעו בהם

122 ס' 59א-62א לחוק סדר הדין הפלילי.

הניעו חקירה פלילית נרחבת בנושא.<sup>123</sup> עסקינן במקרים שבהם ההליך הנזיקי מתנהל למרות מחדל בניהול ההליך הפלילי, אלא שאז, בעשותן את תפקידן בצורה איכותית, באות-כוחן של נפגעות העברה מניעות את המדינה לחזור בה מהחלטה קודמת ולפתוח את התיק הפלילי מחדש.

אחד המקרים שבהם נוצר אפקט כזה ילמדנו במיוחד על אופיו:<sup>124</sup> פ' הייתה בת-זוגו של השוטר ס' במשך כחמש שנים, שבהן נהג להשפילה, להצר את צעדיה ולאיים עליה שלא תעז לעוזבו. בוקר אחד גמלה בליבו ההחלטה לממש את איומיו לרוצחה, הגיע לביתה, ולאחר דין-ודברים ביניהם ירה בה בצווארה ממרחק אפס ולאחר-מכן ירה בראשו. אלא שניסיון כפול זה לרצח ולהתאבדות לא צלח. פ' החליטה באורח פלאי, ואף ס' נותר בחיים ואושפז עם פגיעה מוחית במוסד שיקומי. לנוכח מצבו הבריאותי, ואף שנחשד בכיצוע עברה מן החמורות עלי ספר העונשין, הוחלט במחלקה לחקירת שוטרים לא להגיש כתב אישום נגד ס', ובתוך זמן קצר הופסק ההליך בתיק החקירה בעניינו. אלא שאז, כשנה לאחר נסיון הרצח, החליטה פ' להגיש כתב תביעה נזיקי נגד ס' לפיצויה בגין הנזקים שהסב לה במעשיו, ונדרשה להגיש את כתב התביעה לנתבע. לשם כך פנתה פ' למוסד השיקומי, שם נודע לה לתדהמתה כי החשוד שוחרר לביתו. מי שההשערה הרפואית הראשונית לגבי הייתה שיהפך לצמח שוחרר לביתו כאדם חופשי, כשהוא מסוגל להתהלך ולדבר. ניהול הליך התביעה הנזיקית שהגישה פ' חשף את מחדלה של המחלקה לחקירת שוטרים, אשר לא טרחה לעקוב באופן צמוד ואפקטיבי אחר מצבו של התוקף. בעקבות הגילוי נדרשה כעת המחלקה לחקירות שוטרים להחליט אם להעמיד את החשוד לדין, ולאחר שהופעל עליה לחץ כבד מצד פ' ובאות-כוחה בהליך הנזיקי, אכן החליטה לעשות זאת.<sup>125</sup>

## 2. ניהול הליך נזיקי בצל העדר אפשרות נקודתית להעמיד לדין פלילי

את ההחלטה אם להעמיד לדין פלילי אם לאו יש לקבל לאחר שקילת מכלול של שיקולים, הקשורים ביסודם לעובדותיו הספציפיות של המקרה הנתון. החוק עצמו אינו מתיר קבלת החלטות גורפות בשאלה זו. עם זאת, היסטוריית השימוש בחוק חושפת את קיומם של שיקולים מערכתיים המעורבים גם הם בהחלטה הגורלית. כך, למשל, מוכרת הוראתו משנת 1953 של היועץ המשפטי לממשלה דאז, חיים כהן, לא להעמיד לדין פלילי גברים שנמצא כי עברו על איסור מעשה סדום או "משכב זכר".<sup>126</sup> במקרה אחר קבע בית-המשפט כי אכיפה בקירנית הינה נוהג פסול, העשוי לפטור את מי שהועמד לדין מאחריותו למעשה הפלילי.<sup>127</sup> בהקשר שלפנינו, במשך עשורים הציגה התנועה הפמיניסטית נתונים ביקורתיים שלפיהם במקרים של תקיפה מינית רשויות התביעה אינן מעמידות את הגברים התוקפים לדין במידה

123 ראו Lytton, לעיל ה"ש 35, בעמ' 1853-1854.

124 עניין מלדה, לעיל ה"ש 109.

125 לעיל ה"ש 110.

126 ראו יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948-1988" סוציולוגיה ישראלית א(2) 257, 268 (1999).

127 ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441, פס' 16 לפסק-דינו של השופט חשין (1993). לסקירה רחבה של התופעה ראו מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית (2008).

הראויה והנגקטת בתחומי אלימות אחרים.<sup>128</sup> אולם נראה כי יש תחום ייחודי שבו אין מדובר באוזלת-יד פקידותית, אלא החוק הפלילי עצמו הוא שמונע העמדה לדין של מבצע העברה במקרים של אלימות על רקע מגדרי. במקרה שבו מבצע העברה שולח יד בנפשו בעקבות ביצועה, אי-אפשר להעמידו לדין פלילי, בשל חוסר העניין הציבורי בהקצאת משאבים ל"מיצוי הדין" עם אדם מת.<sup>129</sup> יתר על כן, לנוכח חוסר התוחלת שבדבר, בהינתן חוסר האפשרות להעמיד לדין, גם המשאבים המוקצים לחקירת המקרה יהיו בסיסיים ביותר.<sup>130</sup> נשאל כעת: מה הם המקרים הטיפוסיים שבהם אדם שביצע עברה מתאבד לאחריה – אותם מקרים המוכרים כ"רצח והתאבדות"? מן המפורסמות היא שמדובר בנסיבות שבהן יש הקשר רגשי טעון למעשה הרצח, כמוכר לנו ממעשי פשיעה בין אנשים קרובים, שם עיקר מעשי הרצח נעשים על-ידי גברים כלפי נשים שאיתן היו להם קשרי אינטימיות מסוג זה או אחר. במקרים אלה מקובל לדבר במושגים של "טרגדיה",<sup>131</sup> והתמונה המצטיירת היא של שני אנשים שקיפדו את חייהם. תפיסה מעוותת זו של מה שהינו למעשה רצח אינה רק שיקוף של עמדה תרבותית סלחנית כלפי מעשים אלה, אלא יש לה בסיס משפטי מובהק.<sup>132</sup> בהקשר הפלילי הביטוי המובהק לכך הוא אי-העמדת הרוצח לדין. אף שהיא נגזרת מתוכנה

128 ראו את הצגת הנתונים על-אודות הפערים השעורוייטיים במקורות הבאים: איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית בישראל, לעיל ה"ש 75, בעמ' 10-13; איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית בישראל דוח פעילות 2010-2011 18-10 (2012) [www.1202.org.il/download/files/report-spreads\\_2203.pdf](http://www.1202.org.il/download/files/report-spreads_2203.pdf) (נבדק לאחרונה ב-1.2.2013); איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית בישראל פגיעה מינית במשפחה 13-10 (2010) [www.1202.org.il/download/files/nifgaot\\_heb.pdf](http://www.1202.org.il/download/files/nifgaot_heb.pdf) (נבדק לאחרונה ב-1.2.2013); איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית בישראל סיכום פעילות מרכזי הסיוע לשנת 2008: מוציאים את ההטרדה לאור – מבט על תופעת ההטרדה המינית בעבודה ודרכים למיגורה 9-11 (2009) [www.1202.org.il/download/\\_דוח\\_שנתי\\_2008/files/](http://www.1202.org.il/download/_דוח_שנתי_2008/files/) (נבדק לאחרונה ב-1.2.2013); איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית בישראל לא בבית ספרנו?! מבט על פעילות מרכזי הסיוע בקרב ילדים ובני נוער ובמערכת החינוך בישראל 2007 9-11 (2008) [www.1202.org.il/download/files/סופי\\_דוח\\_2007.pdf](http://www.1202.org.il/download/files/סופי_דוח_2007.pdf) (נבדק לאחרונה ב-1.2.2013); איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית בישראל חוק וצדק – נפגעות ונפגעי תקיפה מינית ומערכת אכיפת החוק 12-16 (2007) [www.1202.org.il/download/\\_דוח\\_2007/files/](http://www.1202.org.il/download/_דוח_2007/files/) (נבדק לאחרונה ב-1.2.2013).

129 תיקים אלה נסגרים על-ידי המשטרה על בסיס הוראות ס' 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי.

130 יתרה מזו, אף שהסמכות לסגור תיק חקירה בעברה מסוג פשע נתונה לפרקליט המחוז לברו, במקרה של "מות החשוד או הנאשם" גם קציני משטרה מוסמכים לסגור תיק חקירה. ראו ס' 6(ב2) לפקודת המטא"ר 14.01.01 "הטיפול בתלונה ובתיק חקירה".

131 שימוש בשפה זו ניתן למצוא, למשל, בהנמקה של משה לדור, פרקליט מחוז ירושלים דאז ולימים פרקליט המדינה, להחלטתו לא להעמיד לדין את אחיו של רוצח, אף שנחשד כי שיבש את זירת הרצח וגרם לפגיעה אנושה בשמה הטוב של הנרצח. בית-המשפט לענייני משפחה שדן בתיק ביקר בצורה חריפה ביותר אמירה זו. ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 29170/05 עזבון אלימלך נ' עזבון אפוטה, פס' 199-200 (פורסם בנבו, 8.8.2011). (להלן: פרשת אלימלך).

132 כך, במשפט הפלילי דובר רבות על הפחתת חומרתם של מעשים אלה מדרגה של רצח לדרגה של הריגה על בסיס ההכרה בקנטור שעבר הרוצח, גם כאשר הלה אינו מתאבד בעקבות



יסודית בדבר כללי הפרוצדורה הפלילית, קשה להתעלם מן ההשלכה המוסרית הגלומה בהימנעותה של המערכת הפלילית מלקבוע את אשמתו של מי שביצע את העברה החמורה מכל. תפקידם של המערכת הפלילית בכלל ושל הקוד הפלילי בפרט אינו רק להעמיד לדין את מי שניתן לעשות זאת לגביו, אלא גם להוקיע התנהגות המהווה איום חברתי עלינו, ובוודאי כזו המקעקעת את זכות הפרט הבסיסית לחיים. אייבקיעת האשמה הינה לכן גם כשל בתפקודה של מערכת זו.<sup>133</sup>

השפעותיה השליליות של ההימנעות מלקבוע את אשמו של הרוצח אינן נותרות בגדר המשפט הפלילי ובתחום המוסרי-המטפיזי בלבד, אלא ניכרות במלואן גם בניהול ההליך האזרחי. בניגוד לתפיסה המקובלת, כאילו האישה הנרצחת שילמה בחייה את "המחיר האחרון" על נשיותה, מקרים של רצח והתאבדות מותירים אחריהם מחיר נוסף שהיא משלמת, אפילו במותה. כל רצח מקנה ליורשי הנרצחת ולמי שהיו תלויים בה זכות לתבוע בתביעה אזרחית פיצויים על הנזק שגרם הרוצח. פעמים רבות תביעה זו היא האפשרות היחידה הנותרת בידי הנרצחת שיונצח שמה ושיוגנו יקריה, ובמקרה שניצלה מנסיון הרצח – שישוקמו חייה. תביעה אזרחית יכולה להיות מוגשת נגד עזובנו של הרוצח, מאחר שדיני הנזיקין המודרניים אינם קושרים עוד בין מות האדם לבין מות העילה.<sup>134</sup> בנקודה זו היה אפשר לראות בשוני בין מערכות הדינים גילום של מערכת היחסים המשלימה-החיובית ביניהן, שהרי לכאורה דיני הנזיקין מאפשרים כאן תיקון אזרחי של עוול פלילי, אשר המשפט הפלילי אינו נותן לו מזר מפאת קוצר-ידו. אלא שזכות התביעה הנזיקית – אשר עצם מעשה הרצח הוא שמקנה אותה, ואשר נראית עומדת על רגליה-היא – תלויה למעשה ביכולת עזובנה של התובעת להוכיח כי אכן רצח הוא שקיפד את חייה. כאן העיזבון צפוי להתקל בשוקת שכורה, בין משום שהמשטרה לא חקרה את מעשה הרצח בצורה איכותית, שהעמיקה מעבר להסקת מסקנות כללית, ובין משום שלמרות חקירתה היא לא העמידה לדין את הרוצח. לכן מבחינה משפטית הרצח אינו יכול להיחשב עובדה מוכחת במשפט האזרחי. נחזור לרגע אל חובת ההוכחה בהליך האזרחי. בהיותה מוטלת על עזובן התובעת, הוא הגורם שחייב להוכיח כעת לפני בית-המשפט האזרחי את עובדת קיום הרצח. על פניה קביעה זו עשויה להיראות לקורא/ת בגדר קביעה משפטית-מתחכמת בלבד, ונטולת קשר למציאות של ניהול תביעות כאלה, אולם ההפך הוא הנכון. מצב משפטי זה מעביר אל התובעים את הנטל לקיים חקירת רצח ולהוכיח רצח, מקום שבכל מקרה אחר היה זה תפקידה של המשטרה. אומנם, בכל תביעה נזיקית מוטל על התובע להוכיח את אחריותו של המזיק לנזקיו, ובמקרים רבים משימה זו בלתי-אפשרית כמעט מסיבות נזיקיות שונות,<sup>135</sup> אולם במקרה שלפנינו, מכיוון שמדובר במעשה פלילי חמור, היה נטל זה אמור להיות מורם על-ידי

המעשה. ראו אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האישה – חום דמם של 'האדם הסביר' והישראלית המצויה" בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזולוס" פלילים ו 137 (1997).

133 פלר, לעיל ה"ש 37, בעמ' 42-43; רבין וואקי, לעיל ה"ש 91, בעמ' 23.

134 ראו הוראת ס' 19(א) לפקודת הנזיקין.

135 בעשורים האחרונים מסתמנת ביתר שאת סוגיית הקשר הסיבתי כמונעת הטלת אחריות על מזיקים לנזיקיהם של ניזוקים. עם התחומים המוכרים והמאתגרים בהקשר זה נמנים בעיקר נזקי זיהום סביבתי. ראו בועז שנור תביעות נזיקין סביבתיות 357-362 (2011). לסקירה רחבה ראו גם: ARIEL PORAT & ALEX STEIN, TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY 23-42 (2001).

המשטרה. מקורה של חובה זו אינו נזיקי, אלא שואב מהחיוב המוטל על רשויות המשטרה בחוק סדר הדין הפלילי לחקור כל מעשה עברה, וביתר שאת מעשה המוגדר פשע.<sup>136</sup> באופן שיטתי, במקרים חמורים אלה, שקורבנותיהם הטיפוסיים הם נשים, נמנע מאותן נשים כלי ראייתי בעל עוצמה מרכזית להוכחת טענתן לזכאות נזיקית. הנטל ההוכחתי הקל יותר של מאזן הסתברות הראיות שדיני הנזיקין מטילים על תובעות גם הוא אינו פותר קושי זה, שכן מקרי הרצח-התאבדות על רקע אלימות מגדרית קורים כמעט תמיד בהדרגה-חדרים, ולפיכך קשים להוכחה באמצעים רגילים. על כך ניתן להוסיף את העמדה המקובלת שלפיה כאשר מדובר בהליך אזרחי שבו העוולה הנטענת מהווה גם עברה, על התובעת-הקורבן להוכיח את אחריותו של המזיק ברמת הוכחה גבוהה מהרגיל. אף שאין בכך כדי לשנות, במובן הפורמלי, את נטל מאזן הסתברויות הרובץ לפתחה, היא נדרשת להציג ראיות רבות יותר מהמקובל בהליך אזרחי רגיל, ובכלל זה ראיות שבתיה-המשפט מכנים "כבודות-משקל", כדי לעמוד בנטל זה.<sup>137</sup> זאת ועוד, מצב זה מאפשר לנציגיו של עזבון הגבר להעלות את הטענה כי הוא לא רצח כלל את האישה, ואולי אף כי האישה היא שרצחה את הגבר, ובהעדר ממצאי חקירה מעמיקה, תיאלץ התובעת לספקם בעצמה, כדי לשלול טענות סתמיות אך בעלות-משקל אלה. חשוב להבהיר כי גם במקרים שבהם ניהלה המשטרה חקירה מעמיקה בנושא, אין התובעת רשאית להציג את דוח החקירה כמות שהוא, אלא חובה עליה לחזור אל מחבריו ואל הוכחת העובדות בו המבססות את מסקנותיו, כדי להגישו כמסמך בעל משקל ראייתי תקף.<sup>138</sup> זאת ועוד, בשל ההקשר האישי-האינטימי שבו נעשה לרוב פשע הרצח-התאבדות, הסמכות העניינית לדון בתביעה האזרחית נתונה לבית-המשפט לענייני משפחה. השופטים והשופטות בבתי-משפט אלה, המורגלים בדיונים בעלי מכוונות משפחתית מובהקת, מוצאים את עצמם דנים בתיקי רצח ונדרשים להכריע בהם כאילו היו מותב תלתא הדין בתיק רצח בערכאה המחוזית.<sup>139</sup>

דוגמה בולטת לעיוות שמצב זה יוצר מהווה פרשת ניהול תיקה האזרחי של ענת אלימלך ז"ל נגד עזבונו של רוצחה בבית-המשפט לענייני משפחה בירושלים. בתיק, אשר נוהל במשך שבע שנים ונידון בשלוש ערכאות, נדרשו בני משפחתה של ענת להוכיח כי נרצחה על-ידי

136 ראו ס' 59 לחוק סדר הדין הפלילי.

137 נטל כזה ממש הוטל על עזבון התובעת ענת אלימלך ז"ל, ורק הודות להסכמתו הדרמטית והחריגה של ראש מז"פ דאז, פרופ' יוסי אלמוג, להעיד בתיק, התאפשר לנו, כצוות התביעה, לעמוד בנטל זה. המדינה התנגדה לעדותו זו, בשל היותו איש משטרה בכיר בעברו. פרשת אלימלך, לעיל ה"ש 131, פס' 7-17.

138 לחובה הראייתית להגיש מסמך באמצעות עורכו ראו ע"פ 869/81 שניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (4) 169, 215 (1984).

139 ראו, למשל, פרשת אלימלך, לעיל ה"ש 131, ופרשת מלרה, לעיל ה"ש 109, שבהן דן שופט יחיד בתיק. בפרשת אלימלך הציע השופט מנחם הכהן, שדן בתיק, לבחון בתחילת ההליך שמא יוכל לצרף שופטים נוספים למותב. חשוב לציין כי התיק הועבר לידיו מבית-המשפט המחוזי, מה שיכול להדגיש עוד את הקושי שאותו חווה השופט הכהן בבית-המשפט לענייני משפחה. ראו ת"א (מחוזי י-ם) 6500/04 אלימלך נ' אפוטה, פס' 10-19 (פורסם בנבו, 22.11.2005). הכותבת נכחה בדיון הפתיחה (הקדם) בפרשת אלימלך, שבו הועלתה הצעת השופט לצדדים להסכים לדיון בתיק כמותב תלתא. עורכות-הדין של מרכז "תמורה" התנגדו להצעה.

בן-זוגה לשעבר.<sup>140</sup> בכתב ההגנה שהוגש מטעם משפחת הרוצח נטען כי יכול שענת היא שרצחה אותו והתאבדה או שצד שלישי כלשהו רצח את השניים ונמלט מהדירה. העובדה שברשות התובעים נמצא דוח סיכום חקירת המשטרה, שקבע כי ענת אכן נרצחה, לא היטיבה עימם באופן משמעותי. כדי להגישו כראיה קבילה ובעלת משקל גבוה, נדרשו בני המשפחה לזמן לעדות את עורכי הרוח וכן את כלל בעלי-התפקידים שממצאיהם שימשו את המשטרה במסקנותיה.<sup>141</sup> המשפחה מצאה את עצמה עוסקת בהוכחת תיק רצח על-ידי ניהול חקירת רצח משלה ומטעמה, מבלי שהיא מוכשרת לכך, מבלי שמצויים בידה אמצעי החקירה העומדים לרשות המשטרה, ומבלי שהוענקו לה סמכויות שלטוניות החיוניות לכך.<sup>142</sup> כל זאת עשתה המשפחה כשהיא נושאת לברה בהוצאות הכלכליות העצומות הכרוכות בהוכחה כזו, אשר בית-המשפט אף לא ראה לנכון לחייב את הנתבעים להשיב לה, למרות נצחונה בתביעה.<sup>143</sup> בפרשה אחרת, שבה נסיון הרצח לא צלח, וגם לא נסיון ההתאבדות, ניצבת בימים אלה קורבן העברה בפני אותו אתגר ממש. גם במקרה זה הוכחש הרצח בכתב ההגנה, ובהעדר קביעה משפטית כי כך היה, קורבן העברה נדרשת שוב לזמן את צוות החקירה כולו לשם הוכחת תביעתה.<sup>144</sup> בשני מקרים אלה, חשוב לציין, נתבעה אף המדינה בתביעה האזרחית, ועובדה זו מקשה מאוד על התובעות בגיבוש המידע הנוגע באירועי הרצח עצמם ובקבלת שיתוף-פעולה מלא מרשויות המדינה לשם קידום חקירתן הפרטית בנוגע להתרחשויות, שכן היא מטעינה את העדים מהרשויות בפוטנציאל של עוינות.<sup>145</sup>

- 140 בתיק הוגשו כעשר בקשות שונות למחיקה על הסף, אשר חלקן עשו את דרכן אל בית-המשפט המחוזי ואף אל בית-המשפט העליון. ראו, בהתאמה, בר"ע (מחוזי י-ם) 2421/06 אפוטה נ' אלימלך (החלטה מיום 1.2.2007); בע"מ 2018/07 פלוני נ' פלוני (החלטה מיום 17.2.2008).
- 141 כך זומנו, בזה אחר זה, כל השוטרים שהרכיבו את צוות החקירה המיוחד (צח"מ), השוטרים שנכחו בזירת הרצח, מומחה הבליסטיקה דאז של המשטרה, מומחי המז"פ שהיו בזירה, ראש מז"פ דאז ועוד כיוצא באלה אנשי-מקצוע מן המשטרה.
- 142 כך, למשל, לא היה אפשר להשיג עדויות של אנשים אשר סירבו לתת תצהירים לבני המשפחה וסירבו להגיע למתן עדות לטובת ענת.
- 143 בפרשה זו נדרשה הוכחה של עובדת רציחתה של ענת, שכן תביעת המשפחה נגד אחי הרוצח נשענה על ההנחה כי הלה שיבש את זירת הרצח כך שייראה כאילו לא היא נרצחה, אלא דווקא היא זו שרצחה את דוד אפוטה והתאבדה. התביעה נגד האח התקבלה במלוואה, אולם למשפחה לא נפסקו כל הוצאות משפט. פרשת אלימלך, לעיל ה"ש 131, פס' 293 לפסק-הדין המשלים. ייאמר כאן, עם זאת, כי אף שקביעת הוצאות גבוהות לטובת עיזבון של תובעות במצבים אלה הייתה יכולה לשמש כלי לאיזון הנטל המשמעותי בהוכחה, אין בכך משום "פתרון" לטעמי, ולו בשל העובדה שהדבר נתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט, ואינו ניתן לערער כמעט. לעומת זאת, הקושי שהמאמר מצביע עליו הוא מוטמע ויחול תמיד. כאמור, אף שמקרה אלימלך מגלם דוגמה מצערת לאי-פסיקת הוצאות כזו, היא אינה מחויבת-המצאות.
- 144 עניין מלדה, לעיל ה"ש 109.
- 145 למושג "עד עוין" ראו יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים – חלק שני: הליכים שלאחר כתב אישום כרך ב 1590-1596 (מהדורה מעודכנת, 2009).

### 3. ניהול הליך נזיקי כתיקון מודע של פגעי ההליך הפלילי

דוגמה לאופן שבו דיני הנזיקין יכולים להאיר באופן שלילי את נחשלותו של ההליך הפלילי מתקיימת במקרים שבהם ההחלטה השיפוטית לְפנות את הנאשם בדין הפלילי נחשפת במלוא מערומיה דרך ההליך האזרחי. גם כאן אין כוונתי למקרים שבהם לא היה אפשר להרשיע בדין הפלילי אף שהתאפשרה הטלת אחריות בדין האזרחי, וזאת בשל הבדלי דרישות בין שני הדינים, דוגמת העובדה שנטל ההוכחה בהליך האזרחי נמוך מזה הקיים בהליך הפלילי. מקרים כאלה אינם יוצרים קושי מיוחד, שכן הם הולמים, על פניהם, את הפונקציונליות השונה של כל אחת ממערכות הדינים. תחת זאת, כוונתי היא למקרים שבהם הטלת האחריות בהליך האזרחי מאירה באור בעייתי את אי־הטלת האחריות בהליך הפלילי, כנובעת מכשלים מערכתיים במבנה המערכת הפלילית או באופן שבו היא מופעלת. דוגמה מצוינת למקרה כזה מהווה התביעה האזרחית בפרשת בנימין נ' מדינת ישראל.<sup>146</sup> במקרה זה הוגשה התביעה האזרחית על־ידי נאשם שזוכה בבית־המשפט המחוזי מאישום פלילי של ביצוע מעשה מגונה בנערה צעירה, אשר לימים נהפכה על־ידיו לנתבעת בהליך האזרחי. הזיכוי בהליך הפלילי נעשה מחמת הספק, והושתת על שני אדנים מוקשים: האחד היה התרשלות של המשטרה בניהול החקירה המשטרית בתיק, באופן שגרם לאי־אתורה של עדה מרכזית וחיונית בתיק; והאחר היה כבישת העדות לכאורה של נאנסת אחרת בתיק, שהייתה אחייניתו של הנאשם. הנמקתו השנייה של בית־המשפט הייתה מקוממת במיוחד, בהתחשב בעובדה שההלכה בתחום עבירות המין היא שכבישת עדות אינה רלוונטית כמעט במקרים של גילוי־עריות.<sup>147</sup> בית־המשפט האזרחי לא חשש להשתמש בהליך האזרחי לתיקון עיוות זה שיצרה ההכרעה בהליך הפלילי. נוסף על דחיית התביעה הנזיקית שהוגשה נגד הנפגעת בגין לשון־הרע ועדות־שקר, הוא "הרשיע" הלכה למעשה את התובע בתקיפה מינית של התובעת, ובחר להעניק לנתבעת־נפגעת פיצוי על כך במסגרת תביעת־נגד שהגישה כחלק ממערך הגנתה. בעשותו כן יצר בית־המשפט מציאות לא־פשוטה כלל ועיקר – אף אם מוצדקת במקרה דנן – שבה אדם שכבר רב את ריבו אל מול המדינה כנאשם וזוכה מאשמה מוצא את עצמו נתבע בהליך אזרחי והלכה למעשה "מורשע" דרכו באותה עברה שמעשייתה זוכה.<sup>148</sup>

146 ת"א (שלום חי) 15405/02 בנימין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.7.2008) (להלן: פרשת בנימין).

147 ע"פ 2485/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 918, פס' 5(א) לפסק־דינה של השופטת אילה פרוקצ'יה (2001); ע"פ 4721/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 684, פס' 11 לפסק־דינה של השופטת דליה דורנר (1999). בשני פסקי־הדין השופטות דוחות את הטענה כי עדות כבושה במקרה של גילוי־עריות מחלישה את מהימנות עדותה של המתלוננת.

148 אחת הסיבות שהשופטת אזרה עוז לעשות כן, לדעתי, היא שבמקרה זה הנאשם־לשעבר הוא שהחליט לזווג הליך אזרחי אל מול התובעת־שכנגד, ובכך כמו "הביא על עצמו" מרצונו את פתיחת התיק לדיון מחדש. פרשת בנימין חושפת טפח נוסף במערך היחסים הבעייתי שבין ההליכים הפלילי והאזרחי, שבמסגרתם אדם שהועמד לדין פלילי בגין תקיפה מינית וזוכה בהליך זה פונה אל ההליך האזרחי כדי לתבוע את מי שהגישה נגדו את התלונה. בכך ההליך האזרחי מופעל ככלי לניגוח נפגעות תקיפה מינית, אשר "הפסדיהן" רק מצטברים בפוסען

"הרשעה" לכאורה בהליך האזרחי של מי שהמערכת הפלילית בחרה לא להרשיעו, אף שאינה חזון נפרץ,<sup>149</sup> הינה מוקשית במיוחד כאשר ההליך הפלילי מסתיים בפסק־דין מזכה. אולם לעיתים "הרשעה" כזו סותרת החלטה שהתקבלה בשלבים מוקדמים בהרבה של המסלול הפלילי, אשר חשופים לכן פחות לעין הביקורת. כך, למשל, קבלת ההחלטה להעמיד תלונה לחקירה משטרתית מצויה בידי המשטרה. עם קבלת התלונה על המעשה העברייני לכאורה, המשטרה מוסמכת להחליט אם לפתוח בחקירה בנושא אם לאו, ואם בחרה לחקור, היא מוסמכת להמליץ בתום החקירה על העמדה או אי-העמדה של הנילון לדין.<sup>150</sup> מבחינה אנליטית, להחלטה לא לחקור או לא להעמיד לדין יש השפעה שלילית ברורה על סיכויי ההצלחה של תיק נזיקי באותה עילה. אלא שגם כאן ניכר כי דיני הנזיקין יכולים להתפתח בכיוון מנוגד למגמה זו, הנראית גם אינטואיטיבית מאוד. שיקולי ההעמדה לדין מקורם בזווית הציבורית, השמרנית, ולכן יכול שהם ייצגו מערך של שיקולים שתובעת פרטית תביא לידי הצגתם באור אחר. לכאורה קיים פיתוי גדול להמשיג הברל זה כשיקולים "ציבוריים" אל מול שיקולים "פרטיים", אולם כפי שאראה, עיתים נדמה כי ההפך הוא הנכון, ודווקא השיקולים שתביעה אזרחית-פרטית מביאה עימה משתייכים למשפחת השיקולים הרחבים, בעוד אלה המובאים בגוף ההחלטה בדבר ההעמדה או אי-ההעמדה לדין הם מהזן הפרטי. דוגמה טובה לעיוות האמור ניתן למצוא שוב בפרשת אלימלך. בפרשה זו החליט פרקליט מחוז ירושלים דאז לאמץ את המלצת המשטרה לא להעמיד לדין את אחיו של הרוצח בעברת שיבוש זירת הרצח, אשר שונתה כך שייראה כאילו ענת אלימלך היא שרצחה והתאבדה, ולא להפך. בענייניו של אחד האחים נומקה ההחלטה בכך שנסיבותיו הטרגיות של המקרה די בהן להענישו על מעשהו.<sup>151</sup> משמע, במקום שהשיקול הציבורי של הגנה על שמן הטוב של נשים הנרצחות על-ידי בני-זוגן הוא שיעמוד לנגד עיניו של הפרקליט, במיוחד לנוכח התגברותה של תופעה אכזרית זו במחוזותינו, בחר הלה להפעיל את סמכותו באופן שיגן על אדם פרטי, כמי שזערו האישי-המקומי על מות אחיו "פורד" את הערך הציבורי שבהעמדתו

במסדרון ההליכים המשפטיים בעניינן: הן מפסידות בפעם הראשונה את זכותן לאוטונומיה על גופן במקרה התקיפה; בפעם השנייה – את הגנת המדינה, אשר התרשלה בניהול התיק ו/או באופן זיכוי של הנאשם; ובפעם השלישית – כאשר הן נתבעות על-ידי הנאשם-לשעבר בהליך אזרחי בעקבות זיכוי בהליך הפלילי. כאן ה"הפסד" חל גם במקרה שבו התביעה נדחית, שכן הנזק הנגרם מן הצורך לנהל הליך משפטי להוכחת העדר אחריות נזיקית הוא גדול ביותר, וניתן לקבוע כי פסיקת הוצאות משפטיות לטובת הצד שניצח בתיק אינה מאיינת נזק זה במלואו, אלא לכל-היותר את ההיבט הכספי שלו. ודוק: איני מכוונת בהערת זו להצדיק מתן חסינות גורפת לכל אישה שהגישה תלונה על עברת מין מפני הליך אזרחי שיינקט נגדה, גם אם מדובר באישה שהגישה תלונת-שווא ודונית. עם זאת, אי-הבהרת גבולות האחריות הנזיקית של נשים אשר לא הגישו תלונת-שווא ודונית מאפשר שימוש בהליך הפלילי כקרום לחפור בו נגד נפגעות עברה, במסגרת ניהול הליך אזרחי נגדן לפיצוי התוקף הלכאורי.

149 ראו, למשל, ע"א 9057/07 אפל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.4.2012).

150 ס' 59 ו-63 לחוק סדר הדין הפלילי.

151 פרשת אלימלך, לעיל ה"ש 131, פס' 199-200 לפסק-הדין החלקי. בנוגע לאח האחר נקבע כי יש לזכותו מחוסר אשמה, שכן נראה כי הוא לא פרץ אל תוך הבית שבו היו גופות השניים מוטלות.

לדין. עיוות זה תוקן בפסק־דינו של בית־המשפט האזרחי בתביעת הנזיקין שהוגשה נגד אותה אח, שם הדגיש בית־המשפט את חוסר הגיונה הבולט של אותה החלטה, ואף כינה אותה "תמוהה, לא מובנת, וזאת בלשון המעטה"<sup>152</sup>. יתר על כן, הלכה למעשה תיקן בית־המשפט האזרחי באופן חלקי את העיוות שיצרה אותה החלטה פלילית, כאשר קייב בפסק־דינו את האח האמור בתשלום נזיקיהם של מי שנפגעו מהכפשת שמה של ענת ומטלטול עצמותיה, שנגרמו כתוצאה משיבוש זירת הרצח.<sup>153</sup>

#### 4. ניהול מחודש של הליך פלילי בעקבות ניהול הליך נזיקי

קשרי נזיקין-עונשין סביב שאלת ההעמדה לדין אינם מצומצמים לתיקון כריעבד דרך המסלול הפנים־נזיקי, בסגנון התיקונים שנעשו בפרשות דוגמת בנימין ואליםלך. יש שהתביעה הנזיקית היא שמאפשרת העמדה לדין פלילי אחרי שכבר הוחלט קודם לכן לסיים את הטיפול במישור הפלילי בלא העמדה לדין. במקרים מעין אלה דיני הנזיקין מהווים בסיס להנעה מחדש של ההליך הפלילי ולהשפעה ישירה עליו. אף שמיצוי הדין עם הפוגע אינו נעשה דרך הדין הנזיקי, אלא דרך הדין הפלילי גופו, להליך הנזיקי יש השפעה מכרעת עליו. בהיפוך מוחלט לכיוון הזרימה הקלטי פלילי – נזיקי, שראינו לעיל, כיוון הזרימה המפתיע כאן הוא נזיקי – פלילי. דוגמות חוזרות ומרתקות להתנהלות כזו ניתן למצוא בתיקי תקיפה מינית, שבהם הנטייה לסגור את התיקים בשלבים מוקדמים של ההליך הפלילי מוכרת במיוחד.<sup>154</sup> בתיקים אלה הגשת תביעה אזרחית בדרישה שהפוגע ישלם על מעשיו, כביטוי לנחישותה ה"פרטית" של האישה הנפגעת להוציא את הצדק לאור, עשויה להוות פלטפורמה להשבת "העניין הציבורי" בתיק המדובר. בחלק מן המקרים הדבר יכול להביא לידי כך שהתובעת, אשר ליקטה באופן פרטי חומר ראייתי לצורך ההליך הנזיקי, תועצם דייה מכוח חוזקו לשוב בדרישה אל רשויות החקירה לפתוח מחדש את התיק; ויש שבית־המשפט עצמו יראה לנכון להפנות את תשומת־ליבן של רשויות החקירה למעשים הפליליים שהוכחו לכאורה לפניו.<sup>155</sup> במקרים אלה אין כמובן תפקיד פורמלי לתביעה הנזיקית, אולם מהבחינה המהותית היא

152 שם, פס' 200.

153 בעקבות שיבוש הזירה, ובעקבות הפרסומים בתקשורת שהפיצו את החשד כי ענת היא הרוצחת והמתאבדת, נקברה ענת בחלקת מתאבדים על־ידי חברה קדישא. רק ארבע שנים מאוחר יותר התגלתה עובדה זו לבני המשפחה, ועם היוודעה, הועברו עצמותיה של ענת לחלקת קבר רגילה. ראו שם, פס' 160 לפסק־הדין המשלים.

154 ראו נתונים בפרסומים השונים של איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות תקיפה מינית ולנפגעי תקיפה מינית בישראל, לעיל ה"ש 128.

155 דוגמה למקרה הראשון ניתן למצוא במקרה של א', שהייתה קורבן גילוי־ערויות של דודה. בעקבות תביעתה הנזיקית, שטופלה על־ידי מרכז "תמורה", התקבל ערר שהגיש המרכז על החלטה לסגור את התיק נגד הנאשם. ת"א 28030-02/10 פלונית נ' פלוני (נסגר בפשרה בין הצדדים). דוגמה למקרה השני ניתן למצוא בת"א 50758-01-12 פלונית נ' עיריית הרצליה (לא פורסם, החלטה מיום 26.8.2013). במקרה זה, לאחר שהובאו לפניו ראיות התובעת והוחלט בין הצדדים על סגירת התיק בפשרה, ציינה השופטת גנות: "הנני ממליצה למדינת ישראל – משטרת ישראל לבדוק שנית את תלונתה של התובעת, בהתייחס לאירועים נשוא פסק־הדין, ולשקול פעם נוספת את מהלכה" (שם, ס' 5 להחלטה).

משמשת בסיס עובדתי לרציונל המשפטי להפעלה מחדש של ההליך הפלילי. כך, למשל, המשטרה מוכנה – ולעיתים אף מבקשת – לקבל ליריה מסמכים שהופקו במסגרת התביעה הנזיקית, כגון כתב התביעה ואפילו פרוטוקולים, כדי שישמשו אותה לביסוס ההחלטה להפעיל מחדש את ההליך הפלילי.<sup>156</sup>

## 5. סיכום: השלמה או סתירה?

המהלכים שהובאו לעיל נדמים על פניהם כמשתייכים לקטגוריה של יחסי ההשלמה של דיני הנזיקין ודיני העונשין, שם ההליך הנזיקי משלים מהלך שההליך הפלילי לא ביצע. אפשרות זו אף עוגנה בפקודת הנזיקין, הקובעת כי אם מעובדות המקרה עולה כי הן עלולות להוות פשע, חובה על בית המשפט לוודא שהן מדווחות למשטרה.<sup>157</sup> אלא שמבט ביקורתי על המקרים שהובאו לעיל יגלנו כי הם אינם משמשים דוגמה לקשר החיובי בין הדינים. קשרי ההשלמה החיוביים מתקיימים באותם מקרים שבהם ההליך הפלילי היה מנוע מלפעול בצורה שבה פעל ההליך האזרחי כלפי מבצע המעשה המזיק. דוגמה לכך היא מקרה שבו אי-אפשר לבסס מודעות פלילית אצל עושה העברה, אולם ניתן להוכיח כי פעל לכל-הפחות ברשלנות בביצוע המעשה המזיק. אלא שהמקרים שתוארו בפרק זה מעידים בעיקר על כשל תפקודי של דיני העונשין, ולא על מניעה מערכתית בהם. כלום יש בכך כדי להבחין בין המקרים? טענתי היא כי התשובה לשאלה זו חייבת להיות חיובית, לנוכח הלכות נזיקיות ברורות בתחום אשר ביקשו להימנע ממצב זה ממש שבו ההליך הנזיקי מהווה כלי לערעור על הכרעות שהתקבלו בהליך הפלילי.<sup>158</sup> אם להשתמש במונח פנים-נזיקי, בית המשפט קבע כי במקרים כאלה אין מתקיימת חובת זהירות של המזיק לא לפגוע בניזוק במסגרת היחסים ששררו ביניהם בהליך הפלילי. בין שלל ההנמקות שהציע בית המשפט לביסוס קביעתו זו, הוא התייחס בעיקר לחשש שניהול הליך אזרחי אחרי הסתיימות ההליך הפלילי יפגע בעקרון סופיות הדין.<sup>159</sup> פתיחה דרך דיני הנזיקין של תיק שהיה אמור להתנהל כראוי בדין הפלילי מצביעה לפיכך על פתולוגיה, ולא על אידיאה משפטית, יהיו תוצאותיה חיוביות ככל שיהיו. עם זאת, כל עוד הכשלים בהליך הפלילי נמשכים, היא מצביעה גם על החשיבות שבמתן אפשרות לדיני הנזיקין לפעול באופן עצמאי אל מול דיני העונשין, כבמקרה שבו

156 כאמור לעיל, בתיק התביעה של א' ג', שם, כמורגם בת"א (שלום ת"א) 53317/07 ליכמן נ' פיז, שבו מרכז "תמורה" מייצג בתיק פעיל נשים נפגעות תקיפה מינית, הצהירה לפני עורכת הדין המייצגת מטעם המרכז, ורדית אבידן, כי העבירה לידי המשטרה את מלוא המסמכים המצויים בידיה מכוח ניהול התיק הנזיקי, ואלה הובילו לפתיחה מחדש של התיק הפלילי.

157 ס' 88 לפקודת הנזיקין קובע: "...אם ראה בית המשפט הדין בתובענה בכל שלב של ההליכים שהעובדות מהוות, או עשויות להוות, פשע, יעכב בית המשפט את המשך ההליכים עד שייוכח שהעובדות נמסרו לידיעת המשטרה או שהן ידועות לה."

158 ההלכה המובילה בנושא נקבעה בע"א 572/74 רויטמן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד כט(2) 57, פס' 28 לפסק-דינו של השופט קיסטר (1975), שם קבע בית המשפט כי אין להתיר לאדם שהועמד לדין בהליך פלילי וזוכה לתבוע בהליך אזרחי את מי שהסב לו נזק ברשלנות במסגרת אותו הליך פלילי. אף שמצב הדברים בתיקים שבענייננו שונה במקצת, יש בכך כדי ללמדנו על הסתייגות של הדין הנזיקי ממהלך "עוקף דיני עונשין" כזה.

159 שם, פס' 29-30 לפסק-דינו של השופט קיסטר.

היה זיכוי בהליך הפלילי, ובהכרה בתפקידם החברתי החשוב לצד דיני העונשין – ולא רק כמשלימים-מגבים-משניים להם – במקרים שבהם בוצעה עברה-עוולה. שלל המקרים שלעיל מצביע גם על הברדל בולט בין שתי מערכות הדינים, אשר יוצר מתח ביניהן אך מחייב בהבעת הכרה בכוחו המרפא, החיוני, של הדין הנזיקי. כוחה של התביעה הנזיקית טמון באופן החיובי שבו היא מתייחסת לנפגעת העברה. התייחסותו של הדין הנזיקי לנפגעת העברה כאל שחקנית ראשית בזירה המשפטית-הפרטית שונה בתכלית מן ההתייחסות הבעייתית אליה בזירה הפלילית כאל עדה חסרת עניין במובן של אינטרס מוגן בהליך. השינוי לטובה שהביאה עימה התנועה להכרה בזכויותיהן של נפגעות עברה והחקיקה הישראלית בתחום, על כלל יתרונותיהם, אינם מעמידים אותה עדיין באותה עמדה מרכזית שהזירה הנזיקית מעניקה לה באופן טבעי. בהליך הנזיקי הנפגעת נהפכת לסוכנת פעילה של ההתייחסות החברתית לעברה שבוצעה בה,<sup>160</sup> ובחלק מן המקרים, כפי שראינו, בכוחה אפילו להניע או להניע מחדש את ההליך הפלילי לטובת העניין. לסיכום פרק זה ניתן לומר כי הוא חושף פן נוסף ביחסים המתוחים בין שתי מערכות הדינים, שעניינו בדרך שבה דיני הנזיקין מהווים כלי לחשיפת ערוותו של הדין הפלילי. אומנם, התוצאה הסופית של חשיפה זו חיובית, במובן זה שהיא מאירה את התיקונים הנדרשים באופן ההפעלה השלטונית והמשפטית של ההליך הפלילי, ולעיתים אף מאפשרת אותם בדיעבד, אולם במהותה היא מצביעה בעיקר על מתח המתקיים בין מערכות הדינים. לנוכח שלל התובנות העולות ממאמר זה עד כה, ראוי לחפש אופק מושגי שאליו ינותב מתח זה, ואשר בעזרתו יהיה אפשר לפרק ולסלול את הדרך למיצוי איכותי ככל האפשר של הזכויות הנזיקיות העומדות לנפגעות תקיפה מינית. בפרק שלהלן יוצע אופק כזה.

#### ד. הקשר הנזיקי-פלילי – אופק של הגנה במסגרת יחסי כוח

לא מעט תיאוריות נזיקיות מסורתיות יכולות להסביר את היחסים החיוביים בין דיני הנזיקין לבין דיני העונשין, אך קצרה ידן מלבסס מצע רעיוני שיהיה אפשר להשעין עליו תיקון שיפיג את יחסי המתח – ולעיתים אף ההרס – השוררים ביניהם. לשם כך אני מבקשת לפנות אל תיאוריה לא-מסורתית הנושאת בחובה יכולת להסביר את המתח בין הדינים וליישבו, בעיקר בתחום ההגנה על קורבנות עברה: תיאוריית יחסי הכוח בנזיקין, הרואה בדינים אלה כלי למיגור יחסי כוח חברתיים פסולים ולפיצוי בגין נזקים הנגרמים בעטיים.<sup>161</sup> לפי תיאוריה זו, דיני הנזיקין אמורים לשמש כלי לפיצויו של ניזוק שמקור נזקו נעוץ בכך שהמזיק ניצל את יחסי הכוח השוררים בינו לבין הניזוק. התיאוריה נשענת על רעיון קרוב לזה

160 אף שאמירה זו אינה נקייה מספקות, לנוכח הקשיים התוך-נזיקיים שהתביעה האזרחית מערימה על הניזוקה-המתלוננת, היא חשובה ונכונה בחלקה הגדול. ראו: Yifat Bitton, *Reclaiming Power? Women Victims of Sexual Violence and the Civil Legal System*, in *TRENDS AND ISSUES IN VICTIMOLOGY* 130 (Natti Ronel, K. Jaishankar & Moshe Bensimon eds., 2008). עוד ראו נעמי לבנקרון "כסף משלהן" – תביעות אזרחיות של קרבנות סחר כנגד סוחריהן: ואף על פי כן נוע ינועו" **העצמה במשפט** 479, 451 (מימי אייזנשטרט וגיא מונדלק עורכים, 2008).

161 ראו ביטון, לעיל ה"ש 27, בעמ' 146-157, 175-180.



שביסס ג'ורג' פלטשר ואשר מוכר כ"תיאוריית ההדדיות", שלפיה זכותם של פרטים בחברה ליהנות מאותה מידה של ביטחון מפני סיכוני החיים. קביעה זו משמשת בסיס להצדקת הטלת אחריות בנזיקין על מזיקה אם כפתה על הנזיקין סיכון שהוא מטבעו לא-הדדי או אם כפתה עליו סיכון הדדי אך בצורה בלתי-סבירה, קרי, ברשלנות.<sup>162</sup>

כחלק מהעמדה שלפיה יש להפוך את דיני הנזיקין לשדה משפטי שוויוני ולכזה המעניק הגנה לזכות הפרט לשוויון,<sup>163</sup> עוצבה תיאוריית יחסי הכוח כבסיס להטלת אחריות – ובעוולת הרשלנות, לזיהוי חובת הזהירות – כלפי מי שניזוק מהתייחסות מפלה כלפיו. הבסיס התיאורטי שעליו היא נשענת עניינו במתן משמעות לפערי הכוח החברתיים שבמסגרתם הצדדים השונים לסכסוך הנזיקי מתנהלים. כאשר פערי הכוח בין הצדדים מהווים את הבסיס להתנהגות המפלה כלפי הנזוק, יש להטיל אחריות נזיקית למעשה הפוגעני.<sup>164</sup> עניינה המרכזי של תיאוריה זו ביחסי הכוח הקשים והבלתי-נסבלים במיוחד מבחינה חוקתית – יחסי כוח שמקורם בהפליה אנטי-חוקתית, כגון הפליה על בסיס מגדר, מוצא, לאום וכולי.<sup>165</sup> מקורם של יחסי כוח אלה הוא בהפליה הנתפסת כנתעבת במיוחד בשיטתנו המשפטית ובתפיסתנו החברתית, ולכן יש בעיני הצדקה מיוחדת להפעיל בקשר אליהם את דיני הנזיקין בצורה אקטיביסטית ומודעת. עם זאת, יחסי כוח יכולים להתקיים גם בהקשרים מגוונים אחרים,

162 ראו Fletcher, לעיל ה"ש 26, בעמ' 541-548. לביסוס טיעונו הוא מציג את הדוגמה המרכזית של נזק הנגרם מפגיעת מטוס באנשים על הקרקע אל מול נזק הנגרם מפגיעה של שני מטוסים זה בזה. במקרה הראשון פלטשר רואה את המטוס המזיק כמצוי ביחס לא-הדדי אל מול הנזוק בסיכון שייצר כלפיו; לעומת זאת, במקרה השני הן המזיק הן הנזוק מעורבים בפעולה שבה הסיכון שהתממש בינותם הוא כזה שהטילו אהרדי זה על זה.

163 לעמדה זו ראו ביטון, לעיל ה"ש 27; Gregory C. Keating, *Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents*, 74 S. CAL. L. REV. 193 (2000); Tsachi Ker en-Paz, *An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness*, 16 CAN. J. L. JURIS. 91 (2003); צחי קרן-פז "לי זה עולה יותר: דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" **משפט וממשל** ז 541 (2005) (המצדד בקידום אידיאולוגיה חלוקתית-שוויונית באמצעות דיני הנזיקין). לניתוח מקיף של חשיבות השימוש בדיני הנזיקין להגנה על אינטרסים חוקתיים – אשר עקרון השוויון נמנה עימם כמוכן – ראו דפנה ברק-ארו **עוולות חוקתיות** 147-164 (1993). לצירוד בעמדה זו במשפט הפרטי ככלל ראו, למשל: Hanoach Dagan, *Just Compensation, Incentives, and Social Meanings*, 99 MICH. L. REV. 134 (2000); Duncan Kennedy, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!*, in *SEXY DRESSING ETC.* 83, 87 (1993).

164 לרוב ייעשה הרבר בצורה של הטלת אחריות ברשלנות, לנוכח גמישות יסודותיה של העוולה ויכולתה לקלוט אל תוכה שינויים חברתיים. עם זאת, התיאוריה יכולה לשמש כמוכן גם בסיס לפרשנות של עוולות נזיקיות כאשר הן, כמקובל כאשר תפקידן של תיאוריות המבקשות להסביר את מטרותיהם של דיני הנזיקין.

165 להכרה הייחודית במשפט הישראלי בהפליות אלה כבלתי-נסבלות במיוחד ראו את דבריה של השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד (מט) 94, 132-133 (1995), וכן את דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 276-275, 280 (2000).

והניסיון הנזיקי מלמדנו כי אפילו במקרים של יחסי כוח בעייתיים פחות מבחינה חוקתית – כגון יחסי הכוח שבין רופאים לחולים, בין מעסיקים לעובדים, בין יצרנים לצרכנים – הופעלו כלים פרו-ניזוקים אקטיביסטיים מובהקים בהתבסס על אותו היגיון של העדפה חברתית.<sup>166</sup> קריאה כזו של דיני הנזיקין מאפשרת לתיאוריית יחסי הכוח להתמקד בצדדים לסכסוך הפרטני, ועדיין לייחס ליחסי הכוח שבמסגרתם הם מתנהלים חשיבות בניתוח מידת ההדריות של הסיכון שהתממש וגרם נזק לאחר מהם עקב פעולתו של האחר כלפיו. לנוכח זאת, תיאוריית יחסי הכוח כבסיס לאחריות נזיקית תתאים ביתר שאת למקרים של אחריות אזרחית למעשה פלילי. במקרה של ביצוע עברה כלפי התובעת, יחסי הכוח הנקודתיים הנוצרים הם בין העבריין-המזיק לבין קורבן-הניזוקה, ובמסגרתם לא רק שאין-האונים מצוי באופן מובהק אצל קורבן העברה, אלא שהמעשה העבריני, המלווה למצער מודעות פלילית, הוא ביטוי של הפעלת כוח דכאנית של העבריין. מסגרת אחריות נזיקית הנשענת על עבריניות פלילית יכולה לפיכך להלוך באופן מיוחד שימוש בתיאוריה זו. גם כאשר מדובר בנפגעות אלימות מגדרית, כמקרה-המבחן בענייננו, עוצמת ההצדקה של השימוש בתיאוריית יחסי הכוח גדולה במיוחד. במישור המגדרי, תורתה של קתרין מקינון בדבר כפיפותן של נשים לדומיננטיות הגברית יכולה לתרום בסיס תיאורטי יציב לתפיסתן כמתנהלות בתוך מסגרת של יחסי כוח מגדריים. נזכיר כי מקינון רואה את החברה כמתאפיינת בחלוקה שיטתית של שליטה קבוצתית, שבה נשים מדוכאות על-ידי קבוצת הגברים השלטת. הורתו של דיכוי נמשך זה בעובדה שקבוצת הגברים נטלה את הכוח החברתי מקבוצת הנשים, ונטילה זו הובילה לחלוקה לא-שוויונית של הכוח בחברה ולריכוזו אצל הגברים. את האלימות על רקע מגדרי מקינון מזהה כהתגלמות הפער שיחסי הכוח הללו יוצרים, וכהתממשות הסכנה הטמונה בהם לנשים. לשיטתה, האלימות האמורה מהווה אמצעי מרכזי לשימור יחסי הכוח המגדריים, וממילא מחייבת התייחסות משפטית ראויה.<sup>167</sup>

תיאוריית יחסי הכוח בדיני הנזיקין תחייב לשנות את תפיסת היחסים שלהם עם דיני העונשין כיחסים חד-סטריים שבמסגרתם דיני הנזיקין מיועדים להעמיק את האפקט של הדין העונשי ולהיות גורם משלים להם. חד-סטריות זו הופכת את דיני הנזיקין למשניים לדין הפלילי ולמתבטלים מפניו במקרים שבהם בוצעה עברה-עוולה. דו-סטריות ביחסים תכיר גם בתפקידם של דיני העונשין ככאלה שחייבים לאפשר ניהול ממצה והוגן של ההליך הנזיקי ושימוש מלא בכללי האחריות הנזיקיים לטובת הנפגעות. דווקא בנקודת המפגש הנזיקית-פלילית של נפגעות עברה, תחייב התיאוריה את הדין הנזיקי לא לסגת מפני הדין הפלילי, אלא אם כן ההליך הפלילי עלול להיפגע באופן ודאי. כך, למשל, היא תתיר שימוש בחומרים המצויים בתיק החקירה, עד לנקודה שבה השימוש עלול לפגוע באופן ודאי בניהול ההליך הפלילי. התיאוריה יכולה לחייב שימוש פעיל בדין הפלילי לקידום תביעות נזיקיות בתחום גם בתוך גבולות המשפט הפלילי עצמו. דוגמה מעניינת לכך יכולה להיות התניית

166 כך, למשל, נקבע כי אין לקבל כמעט טענות בדבר אשם תורם של עובד בתביעה נגד מעבידו, ושיש מקום להכרה בראש-נזק חדש של פגיעה באוטונומיה בשל יחסי הכוח שבין רופאים וחולים. לסקירה מרחיבה של העדפות נזיקיות אלה ראו ביטון, לעיל ה"ש 67, בעמ' 309-324.

167 לתיאור מהותו של רעיון ה-"dominance בקצרה ראו: CATHARINE A. MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED – DISCOURSES ON LIFE AND LAW 40-45 (1987).

שחרור מוקדם של אסיר בכך ששילם לתובעת את החוב הנזיקי שנפסק לו בהליך האזרחי, אלא אם כן יוכיח כי לא עומדים לרשותו האמצעים הדרושים על-מנת לעמוד בכך, או להתנות את שחרורו בכך שיוכיח כי עבר בכלא והעביר מכספים אלה מנה ראויה לכיסוי נזקה.<sup>168</sup> ודוקו: המנגנון המוצע אינו מכוון להוסיף ישיבה במאסר בגין אי-תשלום הפיצוי. תחלוף כזה נאסר בפסיקת בית-המשפט העליון.<sup>169</sup> תחת זאת, הדרישה היא להתנות שחרור מוקדם בכך, וזאת על בסיס ההנחה כי תשלום הפיצוי, בהתאם ליכולתו הכלכלית של העבריין-המזיק, מהווה עדות לכך שהוא אכן השתקם, ושהוא ראוי לקיצור זמן מאסרו.<sup>170</sup> הביטוי "ראוי" נראה כמאפשר תמרון פרשני משפטי רחב דיו להכיל עיקרון כזה גם מבחינת האיזון החברתי שהוא מציע – מהצד שנוגע באינטרסים החברתיים העומדים על הפרק בהסדר כזה דומה שאין צורך להכביר מילים על חשיבות הדאגה לפיצוי הניזוקה-המתלוננת על נזקה הרבים.<sup>171</sup> באשר לפגיעה בחירות הנאשם, הקושי המוטמע שפגיעה כזו מעוררת – למשל, במקרה של מאסר חייבים<sup>172</sup> – מועם כאן, שכן ברי כי חירות הנאשם הוגבלה כדין בשל המעשה הפלילי שעשה.<sup>173</sup> חשוב לציין כי נראה שבפועל מנגנון כזה אכן מתחיל להתגבש בוועדות השחרורים הדנות בבקשות לקיצור עונשי מאסר.<sup>174</sup>

- 168 במקרי מאסר אזרחיים הוכר הדבר כמותר בדין וכחוקתי. ראו בג"ץ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715 (1993), וכן בג"ץ 538/01 התנועה למלחמה בעוני נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 9.1.2002), שם נקבע כי אין בנמצא עילה חוקתית להכריז על בטלותו של תיקון מס' 19 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, אשר תוקן בעקבות בג"ץ פר"ח לעיל. מקל וחומר לענייננו: מכיוון שמקור המאסר פה הוא במעשה פלילי שבו הורשע האסיר, ורק השחרור ממנו לפני תום התקופה שנפסקה מותנה בתשלום, ניתן להסיק בסבירות כי מנגנונים כאלה ייחשבו חוקתיים.
- 169 ראו ע"פ 4701/93 אבו שיכה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.7.1994), שם בוטלה קביעתו של בית-המשפט המחוזי בהליך הפלילי כי אם לא ישלם העבריין פיצוי לקורבנו, תיתוסף חצי שנת מאסר על העונש שנקבע לו.
- 170 עילה זו לשחרור על-תנאי מעוגנת כיום בס' 9 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, ס"ח 410, המאפשר שחרור כזה של אסיר אם הוכח כי הוא "ראוי לשחרור".
- 171 ראו: Carin Perilloux, Joshua D. Duntley & David M. Buss, *The Cost of Rape*, 41 (2012) ARCH. SEX. BEHAV.
- 172 קושי זה מחייב בראש ובראשונה מיצוי הליכים כנגד רכושו של החייב בשל העדפת זכותו לחירות. ראו רון חריס "ממאסר להפטר: הצעת סדר-יום חדש לחקיקת דינים לאכיפת חיובים" עיוני משפט כג 641, 666-670 (2000).
- 173 ובלשונה הציונית של יהודית קרפ: עם הרשתו חצה הנאשם את "קו הגבול שמעבר לו מובטח האדם בחירותו מפני חשש לתגובה חברתית ולעיצומים בעקבותיה". ראו יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 76 (1995).
- 174 דוגמה עכשווית לכך היא מקרהו של האנס חנן גולדבלט, אשר בנובמבר 2012 אישרה ועדת השחרורים של שירות בתי-הסוהר את בקשתו לשחרור מוקדם. בין היתר נטען בתקשורת כי העובדה שגולדבלט שילם את הפיצוי (המועט, יש לומר) שנגזר עליו כלפי קורבנותיו שימשה בידי הוועדה כלי להוכחה כי הוא אכן השתקם וראוי לשחרור. חשוב לציין כי בעבר דווקא ביקש גולדבלט לא לשלם פיצויים אלא על-אתר, ובית-המשפט סירב לבקשתו. ראו ע"פ

תיאוריית יחסי הכוח תהווה גם כלי איתן לפרשנות תכליתית בידי בתי-המשפט, הנדרשים להתמודד עם הדילמות והאתגרים שמציב המתח בין הדין הפלילי לבין הדין הנזיקי.<sup>175</sup> כך, למשל, היא תוכל להוות בסיס לשלילת קיומה של חובת זהירות של נפגעות תקיפה מינית כלפי מי שמגישים נגדן תביעות בגין גרימת נזק בהגשת תלונה למשטרה. כפי שראינו בפרשת בנימין לעיל, פתיחת חזית כזו נגד מי שהתלוננו על מעשה פלילי שנעשה בהן לכאורה עלולה לסכל את המאמצים החברתיים הרבים שהושקעו במשפט הישראלי ובחברה הישראלית לשם יצירת סביבה אוהדת דווקא להגשת תלונות בגין תקיפה על רקע מגדרי.<sup>176</sup> ודוקו: אין בכך כדי להתיר חלילה את דמם של מי שאכן הוגשה נגדם תלונת-שווא – הצפויים לסבול סבל רב מהגשת תלונה כזו, ואשר נזקם ראוי לפיצוי כשלעצמו – או לבטל את חשיבותה הברורה של הרתעה מפני טפילת אשם כזו. תיאוריית יחסי הכוח תסדיר את רוחבה של שמיכת החסינות שיש לפרוש מעל נשים אלה. כך, למשל, בפרשת בנימין ברי כי בהעדר קביעה כלשהי בהליך הפלילי כי המתלוננת שיקרה בעדותה בנושא, יש לקבוע כי אסור להתיר ניצול לרעה של ההליך הפלילי – שבו זוכה הנאשם-התובע-בניזקין – לטובת יצירת אחריות נזיקית של המתלוננת-הנתבעת. אני מבקשת בשלב זה להימנע מלהיכנס בעובי הקורה של זיהוי קוויה הראויים של חובה כזו ככלל, אולם אם בהליך הפלילי לא הייתה כל רמיזה באשר למעשה פסול כלשהו שעשתה הנתבעת-המתלוננת בהגשת התלונה, נראה כי זהו קו גבול ראוי לחובת הזהירות, שתיאוריית יחסי הכוח הייתה יכולה לשרטט בפרשת

---

10733/08 גולדבלט נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.1.2009). ייתכן שהעובדה שלפתע, לקראת מועד התכנסותה של ועדת השחרורים בעניינו, הוא שילם את חובו, ארבע שנים לאחר שחייבו בית-המשפט העליון לשלמו על-אתר, מאששת את חששה של הפרקליטות – אשר התנגדה לשחרור – כי מדובר באקט ציני שכל מטרתו הייתה לקדם את אישור בקשתו לקיצור עונשו. ראו את הדיווח בעיתונות: (נבדק לאחרונה) בהקשר לכתבתם של אילן ליאור ואלי אשכנזי "בניגוד לעמדת הפרקליטות: ועדת השחרורים קיצרה את עונשו של גולדבלט" הארץ 19.11.2012 1868623 <http://www.haaretz.co.il/news/law/1.1868623>. בהנחה שדיווח זה נכון, מתגלה כאן שוב הניגוד בין האינטרס של קורבנות העברה בפיצוי לבין האינטרס של המדינה בהגשמת מטרות הענישה.

175 פרשנות תכליתית פמיניסטית תעדיף אף היא את החלופה שאינה כרוכה בהטלת נטל לא-פרופורציונלי על נשים. ראו דפנה ברק-ארוז "פרשנות פמיניסטית" המשפט טז 37, 49 (2011).

176 בית-המשפט העליון, המודע לדאגה זו, הביע תמיכה לפיכך בהגנה מיוחדת על מתלוננות בגין תקיפה מינית. ראו, למשל, רע"פ 5877/99 יאנוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 97, 113-119 (2004). בפרשה זו נקבע כי עקרונות חשובים כפומביות הדיון וחופש הביטוי ייסוגו מפני אינטרס ההגנה על זכותה לפרטיות של מתלוננת בעברות מין, וזאת גם אם זוכה הנאשם. יתר על כן, בית-המשפט קבע כי אפילו הוכח שדובר בתלונת-שווא, יש להגן על רוב המתלוננות האחרות, שהינן מתלוננות-אמת, באמצעות איסור פרסום שמן. שם, בעמ' 120-123. חשוב לציין שמוכרות בכל-זאת העמדות לדין במקרים כאלה. ראו, למשל, את ההפניה להרשעה כזו של אישה שהודתה כי בדתה את תלונתה בדבר תקיפה מינית שביצע בה כביכול בן-זוגה לשעבר בתמ"ש (משפחה חי') 14177-03-09 ע' נ' ע', פס' 3 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 17.1.2013).

בנימין, ואשר היה יכול לשמש את בית-המשפט בקביעתו אשר פטרה את הנתבעת – מסיבות אחרות – מאחריות לנזקי הנאשם.<sup>177</sup>

התיאוריה האמורה יכולה להציע פתרון נקודתי נוסף בהקשר של התיישנות: ניתן לגרוס כי כאשר מתנהל הליך פלילי במקביל לזה האזרחי, ניוזקות המבקשות זאת יוכלו לקבל השעיה של תקופת התיישנות הפועלת נגדן.<sup>178</sup> תיאוריית יחסי הכוח תזהה את כוחה המוחלש של הניזוקה-המתלוננת אל מול המערכת הפלילית, המוגבלת בהגנתה על נשים, ותאפשר לבסס מנגנון השהיה מוגבל כזה אם הוכיחה כי לא יכלה לקבל את חומרי החקירה לידיה או להשיגם באופן סביר, כדרישת סעיף 8 לחוק התיישנות. הסדר כזה יוכל להתגבש לעת הזו באמצעות אותם מושגי-שסתום ועקרונות פרשניים מקילים שפותחו בדוקטרינת התיישנות,<sup>179</sup> אך נראה כי הדרך הטובה ביותר תהיה לעגנו בחקיקה, בשל משמעותה הדרמטית של התיישנות כשוללת זכות להגשת תביעה. מכל מקום, אפילו יתקבל פתרון כזה, הוא לא יסדיר עדיין את כלל המתח הבין-דיני שסוגיה זו מעלה, באשר לא יהיה בידו לסייע למי שחייבת פיצוי מיידי לנזיקה או למי שחוששת מהעלמת רכוש על-ידי הנאשם. דרך נוספת לפתור את הקשיים שהמתח העונשי-נזיקי מציב היא באמצעות תיקונים חקיקתיים, חוץ-נזיקיים, מקום שתיקונים אלה יכולים לאפשר שימוש בכלים ראייתיים אשר דיני העונשין מונעים אותו מסיבות פורמליסטיות. דוגמה מצוינת לכך היא אותם מקרים של העדר קביעה משפטית בדבר אחריותו של הרוצח במקרי "רצח והתאבדות". ברי כי לאדם יש הזכות להילחם על חפותו בהליך הפלילי, ואילו אדם שמת נעדר יכולת זו. משום כך לא יהיה אפשר להחשיב כראיה חלוטה מסקנה משטרתית, שהתקבלה בעקבות ניהול חקירה משטרתית, כי אדם רצח והתאבד. עם זאת, ניתן עדיין להחשיב מסקנה כזו כבעלת משקל ראייתי גבוה, בעיקר כאשר מדובר בהטלת אחריות נזיקית על מי שנחשד כגורם למותה של הניזוקה-הקורבן. מכיוון שמדובר בהליך שבו ניתן לנהל תביעה נגד עזבונו של אדם כדבר שבשגרה, והגנתו של אדם עומדת לעזבונו במלואה, ראוי לאפשר הגשת מסקנות זו. תיקון חקיקתי למצב הבלתי-ראוי הנוכחי צריך שיכיל לפיכך שני מרכיבים שביכולתם

177 בפרשת בנימין פטרה השופטת את הנתבעת מאחריות מן הסיבה שלטעמה דווקא הוכח לפניה כי התובע אכן תקף מינית את הנתבעת. פרשת בנימין, לעיל ה"ש 146, פס' 53 לפסק-הדין. בקשת הנתבעת למחוק על הסף את התביעה בשל העדר חובת זהירות שלה כלפי התובע – בקשה אשר נקבע כי תידון בשלבי משפט מאוחרים יותר – לא נידונה לגופה בפסק-הדין.

178 הצעה כזו ניתן לקדם בין שהחזקת חומר החקירה בידי המדינה מונעת מהניזוקה-המתלוננת את האפשרות להשיג חומר חקירה משלה, בין שהיא רק מחייבת את הניזוקה-המתלוננת לנהל חקירה פרטית באמצעיה-היא, אף שהמדינה כבר עושה זאת מתוך מחויבות ציבורית, ובין שיש הצדקה להסתרת המידע מהניזוקה-המתלוננת בשם ההגנה על זכות הנאשם בהליך הפלילי. בכל המקרים הללו יהיה אפשר לטעון כי בשקלול העלות אל מול התועלת יש להעדיף את הסיוע לנפגעת העברה, למצער באופן הסביל של התליית ההליך האזרחי עד אחרי הסתיימותו של ההליך הפלילי.

179 ראו, למשל, את קביעתה של השופטת פרוקצ'יה כי יש לפרש את הוראות חוק התיישנות בצמצום, בשל סכנתן לפגיעה בזכות הגישה לערכאות, בע"א 9413/03 אלנקווה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד סב(4) 525, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008).

למונעו: האחד יחייב סיכום ברור של ממצאי החקירה המשטרתית בתיקי רצח והתאבדות, והאחר יאפשר שימוש בממצאים אלה כראיה לכאורה לאמור בהם.<sup>180</sup> תיאוריית יחסי הכוח בדיני הנזיקין תבסס תמיכה מלאה במהלך חקיקתי כזה, שהרי טיבו של פשע מסוג "רצח והתאבדות" בהקשר המגדרי הוא ניצול של יחסי הכוח המגדריים לרציחת האישה. מתן רווח לעזובנו של הרוצח בתביעה הנזיקית, בשל אופי המעשה, יהווה רובד נוסף של ניצול יחסי כוח אלה לרעתן של נשים.<sup>181</sup>

דוגמות אלה מלמדות כיצד בכוחה של תיאוריית יחסי הכוח להשיג אותה הרמוניה משפטית רצויה, נזיקית-פלילית, שעליה דובר לעיל, ולעצבה בצורה מקיפה יותר ועשירה יותר מן המוכר לנו כיום. עם זאת, חשוב להבהיר כי אף שהמאמר בוחן את נקודות החיכוך מהזווית הנזיקית ומציע ריפוי להן דרכה, אין הוא מבקש לפטור את דיני העונשין מחובתם לשנות את אופן התייחסותם לקורבנות עברה, בעיקר בתחום התקיפות המיניות.<sup>182</sup> התיקון מהצד הנזיקי הוא רק גורם אחד אפשרי לשיפור מצבן של אלה בתוך המערכת המשפטית, והתקווה היא ששתי המערכות תעשינה את התיקונים הנדרשים מהן. במסגרת הרעיונית המצומצמת של מאמר זה, הצעתי היא לבחון את הפונקציונליות של דיני הנזיקין, כפי שהיא מוכחת במבחן המציאות, כמי שמשמשים כלי לתיקון אותם פגמים המצויים בדין הפלילי.<sup>183</sup>

## סיכום

הקשר בין דיני הנזיקין ודיני העונשין נתפס במשפט המקובל בכלל ובמשפט הישראלי בפרט כחיובי, כמעצים וכמקיים קשרי חיזוק הדדיים. מאמר זה בחר להציג דווקא פן שלילי – ומוכר פחות – ביחסים אלה. המאמר סקר את התחומים הרבים שבהם קשר זה מקשה את מיצוי הזכויות הנזיקית, והמסקנה העולה מסקירה זו היא כי פן זה מחייב התייחסות

180 תיקון כזה יידרש לפיכך להתייחס לשתי הוראות חוק נפרדות: האחת היא ס' 62 לחוק סדר הדין הפלילי, שעניינה העמדה לדין פלילי וסגירת תיק; והאחרת היא ס' 42 לפקודת הראיות, שעניינה קבילותו של פסק-דין פלילי בהליך אזרחי. הצעת חוק פרטית ברוח זו הוכנה מטעם מרכז "תמורה" והועברה לידיה של חברת-הכנסת בכנסת השמונה-עשרה אורית זורארי ממפלגת "קדימה". ההצעה מצויה בשלבים של עיבוד בידי המחלקה המשפטית של הכנסת.

181 כזכור, ההפליה הנוספת הנוצרת כאן פועלת לרעת תביעה נזיקית במקרי "רצח והתאבדות", אשר קורבנותיהם הטיפוסיים הם נשים, לעומת הטיפול במעשי רצח "רגילים", שבהם אין בסיס הפליית-מגדרי דומה.

182 לסקירה שיטתית של התנהלותו הבעייתית של הדין הפלילי בישראל בנושא זה מבעד לפרזומה של גילוי-עריות ראו לימור עציוני גילוי עריות – ההיבט המשפטי של התופעה מנקודת מבטן של נשים בגירות קרבנות בילדות (2009). יתר על כן, גם מקום שנעשו שינויים, הם עדיין חלקיים ומוגבלים. ראו, למשל, עירית נגבי ותמר ברנבלום "מבט פמיניסטי ביקורתי על הישגי הרפורמות החקיקתיות בדיני האונס" המשפט טז 209 (2011).

183 דבריי אלה מגלמים קריאה ריאליסטית להימנעות מתפיסה רדוקטיבית של דיני הנזיקין כמי ש"אמורים לעשות" דבר-מה, מבלי להתייחס למה שהם עושים בפועל. ביקורת כזו על תפיסת דיני הנזיקין העלה לאחרונה ג'ורג' פלטשר. ראו את ההפניה לדבריו אצל גלעד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 57, ה"ש 27.

רצינית, וכי אין לראותו כפתולוגיה שולית בלבד ליחסים חיוביים בעיקרם. העלאת המודעות המשפטית לפוטנציאל ההרסני של הקשר בין דיני הנזיקין לבין דיני העונשין היא השלב הראשון והחיוני במהלך זה, ופיתוח יצירתי של כלים שימנעו את התממשותו של פוטנציאל זה היא השלב השני בו. זאת ועוד, שימוש מודע כזה בדיני הנזיקין בהקשרים פליליים יכול לפתוח אפיק חדש בזיהוי תפקידם של דיני הנזיקין בקשר הנזיקי-פלילי. במסגרת אפיק זה יהוו דיני הנזיקין כלי להגנה על נפגעות עברה מקום שהדין הפלילי נכשל בכך – בין מסיבה מבנית של לקונה או רוחב השתרעות מצומצם, ובין עקב כישלון מערכת או תפקודי של ההליך הפלילי בהטלת האחריות הרצויה על גורמי הנזק שנוצר כתולדה ממעשה העברה. אפיק נוסף ראוי שייפתח בכיוון ההפוך, ובו ייתפסו דיני העונשין דווקא כמחזקים את דיני הנזיקין וכמעמיקים את יכולתם לטפל בתופעת האלימות המגדרית על גווניה. התיאוריה הרואה בדיני הנזיקין כלי למיגור יחסי כוח חברתיים, וביניהם אלה המגדריים, יכולה לשמש מורת-דרך ובסיס לעיצוב מחדש של היחסים בין דיני הנזיקין לבין דיני העונשין, באופן שימנע היווצרות יחסי כוח פוגעניים גם ביניהם.

