

עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד דפנה ברק-אריז*

המאמר מוקדש לדיון בחיובן של רשויות בתשלום פיצויים בגין הפרות של זכויות אדם. לשם כך הוא עושה שימוש במונח "עוולות חוקתיות", שמדגיש הן את ההתמקדות בפן הכספי של ההגנה על הזכויות (בשל השימוש במונח הנזיקי "עוולה") והן את חשיבותן החוקתית של תביעות פיצויים מסוג זה. המאמר מציג טיעונים נורמטיביים התומכים בהכרה בזכות לתבוע פיצויים בגין הפרה של זכויות אדם וטיעונים המתייחסים להתאמתה של הכרה זו לתפיסותיה של שיטת המשפט הישראלית. בעניין זה המאמר מתייחס גם לכך שלחזוק ההגנה על זכויות חוקתיות נוספה הצדקה הנובעת מחקיקתם של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם - חוק־יסוד: חופש העיסוק וחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההגנה על זכויות האדם במשפט הישראלי צריכה להתבטא גם בסעדים שניתן לקבל במקרה שבו הן מופרות. המאמר בוחן את הכלים המשפטיים שבאמצעותם ניתן לבסס את ההכרה בתביעת פיצויים בגין הפרה של זכויות אדם - עילה עצמאית של המשפט הציבורי (הנסמכת על התפיסה הגוזרת את הסעד מן ההכרה בזכות) או פיתוח הנשען על עוולות המסגרת של דיני הנזיקין (רשלנות והפרת חובה חקוקה). בהקשרה של עוולת הרשלנות, מוצע לבסס את האחריות על הכרה ב"חובת זהירות חוקתית". המאמר בוחן חלופות אלה ומציג את יתרונותיהן וחסרונותיהן היחסיים. על פי הגישה המוצגת בו, במקרה הרגיל ראוי לבסס תביעות בגין הפרות של זכויות אדם על דיני הנזיקין הרגילים, מאחר שהם מספקים תשובות גם לשאלות נוספות שהדיון בתביעות יעורר - בדבר הגנות וחסינויות, הערכת הפיצויים ועוד. עם זאת, לא נשללת האפשרות להשתמש בעילת תביעה מן המשפט הציבורי, בייחוד במצבים שבהם פעולה רצויה של הרשות הטילה נטל מיוחד על פרט מסוים או פרטים מסוימים. בעקבות הדיון העקרוני, המאמר בוחן את הפסיקה שיכולה

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודה ליפעת ביטון, ישראל גלעד, יגאל מרזל ואריאל פורת על הערותיהם. תודות נוספות למערכת כתב העת **משפט ובמשל**. כתיבת המאמר הסתייעה במענק מחקר מטעם מרכז מינרבה לזכויות אדם.

לשמש בסיס להכרה בתביעות פיצויים חוקתיות. לפי שעה, פסיקה זו כוללת פסקי דין אחדים של בית המשפט העליון ופסקי דין רבים יותר של ערכאות נמוכות. מצב דברים זה נובע במידה רבה מכך שתביעות פיצויים המתייחסות לפגיעות בזכויות אדם מוגשות, בהתחשב בסכומי התביעה, לבתי משפט השלום, ועל פי רוב אינן מגיעות לדיון עקרוני בבית המשפט העליון, בעיקר בשל חוסר הכדאיות הכלכלית להגיש ערעורים על פסקי הדין בעניין. על רקע זה חשוב לקרוא לבית המשפט העליון לפתח את דיני הפיצויים החוקתיים באותם מקרים בוודדים המגיעים אליו. מספרם המועט של מקרים אלה אינו מעיד על היעדרן של תביעות או על חשיבותן החברתית הנמוכה, אלא רק על סיכוייהן המועטים להגיע לברור עקרוני בבית המשפט העליון.

א. מבוא. ב. ההצדקות להכרה בתביעות פיצויים חוקתיות. ג. תביעות פיצויים חוקתיות: במשפט הציבורי או בדיני הנזיקין? ד. תביעות פיצויים חוקתיות: עילה חדשה או ראשי נזק חדשים? ה. תביעות פיצויים חוקתיות: נגד רשויות או נגד אנשים פרטיים? ו. תביעות פיצויים חוקתיות והשאלה של הגנות וחסינויות. ז. תביעות פיצויים חוקתיות והערכת הפיצויים. ח. תביעות פיצויים חוקתיות: הדיון בתביעות בערכאה ראשונה ופיתוח המשפט בבית המשפט העליון. ט. סיכום.

א. מבוא

מאמר זה עוסק בהתפתחותה של האפשרות להטיל על רשויות שלטוניות אחריות בעלת אופי כספי־נזיקי כאשר הן מפרות זכויות אדם.¹ כפי שיובהר בהמשך, התמקדותו של הדיון באפשרות זו אינה מבטאת העדפה מלכתחילה של סעד הפיצויים על פני סעד הציווי, שמוכר אף הוא בדיני הנזיקין. היא נובעת מכך שהמשפט הציבורי הכיר באופן מסורתי באפשרות לצוות על רשויות לעשות מעשה או להימנע מלעשות מעשה במקרים שבהם פגעו בזכויות אדם, אך לא באפשרות של פיצוי כספי. דיון המתמקד בתביעת פיצויים בגין הפרה של זכויות אדם על ידי רשויות שלטוניות עוסק אפוא בחסר במערך הסעדים המסורתי ששימש להגנה על זכויות אלה. בעבר הצעתי לדון באחריות זו תוך שימוש במונח

1. ההתמקדות בהפרה של זכויות אדם על ידי רשויות שלטוניות אינה מיועדת להוציא מכלל אפשרות חיוב של פרטים בגין הפרה של זכויות אדם, כפי שמובהר בפרק ה להלן. עם זאת, השיקולים החלים בשני ההקשרים אינם תמיד זהים.

"עוולות חוקתיות"², המדגיש הן את ההתמקדות בפן הכספי של ההגנה על הזכויות (בשל השימוש במינוח הנוזיקי "עוולה") והן את חשיבותן החוקתית של תביעות אלה. עם זאת חשוב להבהיר, כי למונח "עוולה חוקתית" אין משמעות טכנית פורמלית במשפט הישראלי ואין הכרח לדבוק בו. במילים אחרות, המאמר עוסק בשאלת ההכרה בתביעות פיצויים שעילתן הפרות של זכויות חוקתיות – תוך שימוש בכותרת "עוולה חוקתית" או בלעדיו. זאת, בשונה מן המשפט האמריקני שבו התחום של "עוולות חוקתיות" מהווה ענף משפטי העומד בפני עצמו, בעקבות התפתחותו בדין הפדרלי, במובחן מדיני הנוזיקין המדינתיים.³ הטיעון בזכות ההכרה באפשרות של תביעת פיצויים בגין הפרות של זכויות אדם⁴ מבוסס קודם כול על חשיפת הקשיים שהיו כרוכים בעמדתו המסורתית של המשפט הציבורי, לפיה ההגנה על זכויות המוכרות בו הייתה באמצעות סעד הציווי בלבד. הצמצום לסעד הציווי נחשב תמיד לבעייתי, מאחר שחייב הימנעות ממתן סעד במצבים שבהם נוצר "מעשה עשוי" אשר אינו ניתן לתיקון באמצעות ציווי.⁵ ההכרה בקושי זה באה לידי ביטוי גם בפסקי דין מוקדמים, ועל כן העמדה המצדדת בהכרה באפשרות של פסיקת סעד כספי במקרה של הפרת זכויות על ידי רשויות אינה תלויה בהתפתחויות שחלו במשפט החוקתי במהלך שנות התשעים. יתרה מזו, אי-ההכרה בחלופה של סעד כספי במשפט הציבורי עוררה קשיים לא רק בהקשרים שבהם נפגעו זכויות אדם, אלא גם כאשר נפגעו זכות או אינטרס מוגן אחר, למשל כאשר ועדת מכרזים שללה את הזכייה במכרז ציבורי ממי שהיה צריך לזכות בו לפי תנאי המכרז. עם זאת, השארתן של פגיעות בלא מענה היא קשה במיוחד כאשר פעולתה הבלתי חוקית של הרשות מתבטאת בפגיעה בזכויות אדם, הנחשבות לזכויות החשובות ביותר. על כך ניתן להוסיף, כי הביקורת על עמדתו המסורתית של המשפט הציבורי קיבלה משנה חיזוק מאז חקיקתם של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם – חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהקשר זה, הטענה המרכזית

2. דפנה ברק-ארו, עוולות חוקתיות (בורסי, תשנ"ד).

3. ראשיתו של תחום העוולות החוקתיות בארצות-הברית בחקיקה פדרלית שנועדה להקנות לאזרחים השחורים של מדינות הדרום זכויות תביעה נגד מדינותיהם, על רקע המשך הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות, גם לאחר שאלה הוכרו באופן פורמלי בעקבות מלחמת האזרחים. הכוונה ל-Civil Rights Act, 42 U.S.C. section 1983 (1871). הלכה למעשה, השימוש בחקיקה זו החל רק בשלב מאוחר יחסית. ראו: *Monroe v. Pape* 365 U. S. 167 (1961). בשלב מאוחר יותר פסק בית המשפט העליון האמריקני, כי יש מקום להכיר בתביעות פיצויים חוקתיות גם נגד הממשל הפדרלי עצמו. תביעות אלה מבוססות על תקדים שיפוטי בלבד – *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics* 403 U. S. 388, 91 S. Ct. 1999 (1971).

4. ברק-ארו (לעיל, הערה 2), בעמ' 41-45.

5. למשל, כאשר חל שינוי במציאות הפיזית (כגון הריסת בית שלא כדין על ידי הרשות), במציאות המשפטית (כגון הענקת רישיון בלעדי שנשלל מאדם שלא כדין לצד שלישי תם לב) או בשל חלוק הוזמן (כמו בנסיבות שבהן יש חשיבות לקיומה של הפגנה במועד מסוים דווקא).

היא ש"שדרוג" מעמדן של זכויות האדם במשפט הישראלי צריך לשמש כהצדקה נוספת להרחבת ההגנה עליהן, כך שתסתייע גם בסעד כספי, בנסיבות מתאימות. במלים אחרות, חיזוק ההגנה על זכויות האדם במשפט הישראלי צריך להתבטא גם בסעדים שניתן לקבל במקרה שבו הן מופרות.

בזמן שחלף מאז התקבלו, חוקי היסוד כבר הותירו חותם של ממש במשפט הישראלי: הם סייעו לביסוס ההגנה על זכויות האדם, השפיעו על פרשנותם של דברי חקיקה ואף שימשו בסיס לביקורת שיפוטית עליהם. לאורם של שינויים חשובים אלה, שאף תוארו כמהפכניים, מעניין לחזור ולבחון באיזו מידה התחזקה ההגנה הכספית על זכויות האדם. לצורך כך, הדיון יתייחס הן למידת ההכרה בפועל באפשרות לתבוע תביעות פיצויים חוקתיות והן למהמורות העומדות בדרכן של תביעות מסוג זה. בפתח הדברים יוצגו בקצרה הטיעון הנורמטיבי התומך בהכרה בתביעות אלה, וכן הכלים המשפטיים שיכולים לשמש בסיס להגשתן. בהמשך תיבחן ההתפתחות שחלה בפסיקה, שבה יש סימנים ברורים לראשית הכרה בתביעות פיצויים חוקתיות, כמו גם היסוסים וגורמים מעכבים, שיזכו לדיון אף הם. לקראת סיום תוצג הערכה באשר להמשך התפתחותן של תביעות פיצויים חוקתיות במשפט הישראלי.

חשוב להדגיש, כי ההתמקדות בהגנה הכספית על זכויות האדם אינה מכוונת לשלול את האפשרות שאף הפרות של זכויות אחרות על ידי רשויות ישמשו בסיס לתביעות פיצויים נגדן. למעשה, הכלים המשפטיים הנבחנים במאמר לצורך הכרה בתביעות פיצויים חוקתיות מתאימים, על פי רוב, גם למקרים שבהם הזכות המופרת אינה זכות אדם. עם זאת, המאמר מתמקד במצבים של פגיעה בזכויות אדם על ידי רשויות – הן לנוכח החשיבות היתרה הנודעת להגנה על זכויות אלה והן לנוכח הצורך ללוות את חקיקת חוקי היסוד בהגנה ראויה על הזכויות שהוכרו בהם. הצדקה נוספת להתמקדות בפסיקת פיצויים בגין הפרות של זכויות אדם קשורה בכך שהפרות אלה גורמות במקרים רבים לנזקים לא ממוניים, שהנכונות לפצות בגינם הייתה עד כה נמוכה יותר. על כן חלק מן הדיון יתייחס בהמשך גם לביקורת על הרתיעה המסורתית מפסיקת פיצויים בגין נזקים שאינם נזקי ממון.

ב. ההצדקות להכרה בתביעות פיצויים חוקתיות

כבסיס לדיון יוצגו עיקרי הטיעונים הנורמטיביים התומכים בהכרה באפשרות להגיש תביעת פיצויים בגין הפרה של זכות אדם על ידי רשות שלטונית.⁶ ככלל, תביעות פיצויים בגין הפרה של זכויות יסוד אמורות להביא לידי ביטוי מלא את ההגנה עליהן כזכויות משפטיות לכל דבר ועניין. הקשר בין הזכות להגנה עליה באמצעות סעדים הודגש כבר על ידי השופט Marshal בעניין *Marbury v. Madison*.⁷ לדבריו: "The government of the United States has been emphatically termed a government of laws,

6. מאחר שטיעונים אלה נידונו על ידי בעבר, הצגתם מובאת בקצרה. ראו ברק-ארו (לעיל), הערה 2, בעמ' 149-171.

7. *Marbury v. Madison* 5 U. S. 137 (1803).

and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right"⁸. כשם שכל זכות משפטית זוכה, במקרה הרגיל, להגנה באמצעות ציווי או פיצויים, לחלופין או במצטבר בהתאם לנסיבות, כך גם זכויות האדם צריכות ליהנות מאותה מידה של הגנה משפטית. במאמרם הקלאסי שהוקדש לסעדים במשפט הפרטי – תוך התמקדות בהבחנה בין הגנה על זכויות באמצעות כלל קנייני (המזכה את הנפגע באכיפה) ובין הגנה עליהן באמצעות כלל אחריות (המזכה את הנפגע בפיצויים בלבד) – הראו Calabresi ו-Melamed⁹, כי ניתן להגן על כל זכות באמצעות סעדים שונים. ברוח זו אין מקום להניח מראש כי במשפט הציבורי ההגנה על זכויות מצומצמת למתכונת סעדים אחת. גם בו יש לבחון את המשמעות של הגנה על זכויות באמצעות שונים, בין השאר תוך שימוש בכללי אחריות, כלומר באמצעות הכרה באפשרות של פיצויים. יתר על כן, השוואה למשפט הפרטי מלמדת, כי הגנה על זכויות באמצעות תביעות פיצויים הנה מקובלת תמיד ואילו סעד הציווי, הנחשב לחזק ומגביל יותר, כפוף לסייגים ולשיקול דעת. מבחינה זאת, האפשרות לקבל סעד של ציווי במשפט הציבורי, בלי שתילווה לה הזכות לתבוע פיצויים כאשר התגבש נזק שאינו ניתן עוד לתיקון, היא אנומליה ברורה. זהו מצב ייחודי שבו זכות משפטית אינה מוגנת באמצעות הסעד הנחשב לחלש יותר – פיצויים – אף שקיימת נכונות עקרונית להגן עליה באמצעות הסעד החזק יותר – הציווי.

ההכרה באפשרות של פסיקת פיצויים בגין הפרה של זכויות יסוד נתמכת בטעמים עקרוניים נוספים. בעיקרו של דבר, טעמים אלה משקפים את ההצדקות המקובלות להכרה באחריות בנוזיקין באופן כללי: שיקולים של צדק מתקן מצד אחד¹⁰ ושיקולים של הרתעה והכוונת התנהגויות מצד אחר.¹¹ מן ההיבט של צדק מתקן, הכרה בפסיקת פיצויים בגין פגיעה בזכויות יסוד מבטאת את החתירה לתיקון העוול שנגרם למי שזכותו הופרה.¹² מן ההיבט של הכוונת התנהגויות, ההכרה באחריות כספית בגין הפרה של זכויות יסוד מבטאת את החשיבות הנודעת להפנמת העלויות של הפגיעה בהן, כדי שהרשויות יכלכלו

8. שם, בעמ' 163.

9. ראו: Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089.

10. ראו: Ernest J. Weinrib, "Causation and Wrongdoing", 63 *Chicago-Kent L. Rev.* (1987) 407.

11. פרספקטיבה זו מנחה, כידוע, את הניתוח הכלכלי של המשפט. ראו, למשל: Guido Calabresi, *The Costs of Accidents* (Yale University Press, 1970). להרחבה נוספת בנוגע להצדקות המקובלות להטלת אחריות בנוזיקין באופן כללי, ראו אריאל פורת, "רשלנות ואינטרסים", עיוני משפט כד (תש"ס) 275, בעמ' 277-281.

12. ראו: John C. Jeffries, Jr., "Compensation for Constitutional Torts: Reflections on the Significance of Fault", 88 *Mich. L. Rev.* (1989) 82. שימת הדגש בהיבט של צדק מתקן מביאה את פרופ' Jeffries להתחשב במרכיב האשם של הרשות כתנאי לפסיקת פיצויים בגין הפרה של זכות חוקתית.

פעולותיהן מתוך התחשבות בחובה לשמור על זכויות אלה.¹³ ניתן להוסיף, כי הדיון בתביעות פיצויים חוקתיות צפוי לייצר הכוונה שיפוטית מדויקת בנוגע למתכונת הפעולה השלטונית הראויה במצבים שונים – תוך כדי הדיון בהפרות נטענות מצדן של הרשויות הנתבעות.¹⁴ הכוונה זו לא תינתן אם הדיון בהפרות שכבר התרחשו ייחסם על הסף (בשל חוסר התכלית בקיומו של הליך שלא יכול להוביל לפסיקת סעדים אפקטיביים, כאשר כבר התגבש "מעשה עשוי").

החסר בסעד כספי במצבים שבהם הפרתה של זכות מן המשפט הציבורי גרמה לנוק שאינו ניתן לתיקון באמצעות ציווי – כלומר בנסיבות של "מעשה עשוי" – זכה בעבר להתייחסות ביקורתית מצדו של בית המשפט העליון,¹⁵ אשר ניסה למצוא לבעיה פתרונות חלקיים, למשל באמצעות פיתוח הכלי של "פיצויים בבג"ץ".¹⁶ אולם, הפסיקה שהכירה בבעייתיותו של המצב לא נתנה לו מענה של ממש. פסיקת פיצויים בבג"ץ נעשתה לעתים רחוקות בלבד והייתה מצומצמת לפסיקת פיצויים כלליים, בלא הערכת נוק מדויקת, על פי רוב בעלת אופי סמלי.¹⁷

אִי־ההכרה באפשרות לתבוע פיצויים בגין הפרה של כל זכות אדם יוצרת גם דיפרנציאציה לא רצויה בין זכויות האדם: בין זכויות אדם שדיני הנויקין מגנים עליהן ובין זכויות אדם שאינן זוכות להגנה נויקית. בהקשר זה חשוב להדגיש כי דיני הנויקין המסורתיים הגנו על

13. ראו, למשל: Richard H. Fallon, Jr. and Daniel J. Meltzer, "New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies", 104 *Harv. L. Rev.* (1991) 1731, pp. 1788-1789. כלפי גישה זו נטען כי רשויות השלטון אינן מפנימות עלויות באותו אופן שעושים זאת גורמים פרטיים, מאחר שהן מגיבות לא רק על תמריצים כספיים, אלא גם על תמריצים פוליטיים. כך, למשל, פעולה מנהלית מפלה יכולה לזכות לאהדה ציבורית, גם אם תהיה כרוכה בעלויות כספיות. ראו: Daryl J. Levinson, "Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs", 67 *U. Chi. L. Rev.* (2000) 345. אם מקבלים טענה זו, הרי שהרתעה באמצעות סעדים כספיים עלולה שלא להספיק. אולם אין בכך כדי לגרוע מן התובנה הבסיסית שפסיקת פיצויים בגין הפרה של זכויות יסוד מרתיעה מפני פגיעה בהן (גם אם לא תמיד הרתעה זו היא חזות הכול).

14. ראו: James J. Park, "The Constitutional Tort Action as Individual Remedy", 38 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* (2003) 393.

15. ראו, למשל, בג"ץ 22/49 סבו נ' המושל הצבאי, יפו, פ"ד ב 701; בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר־החקלאות, פ"ד טז 20.

16. ראו בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח (2) 449; בג"ץ 688/81 מוגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו (4) 85; בג"ץ 2665/98 נחום נ' משמרת ישראל – מפקד מרחב דן, פ"ד נב (2) 454.

17. הטעמים להסתייגות מפסיקת פיצויים בבג"ץ קשורים בחלקם להגדרתה של סמכות בג"ץ וכן לסדרי הדין המיוחדים הנהוגים בו (שהם מהירים יחסית, ואינם מבוססים על תהליך מלא של בירור ראיתי). ראו עוד ברק־ארו (לעיל, הערה 2), בעמ' 51-61; וכן דפנה ברק־ארו, "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים", *משפט וממשל ב* (תשנ"ה) 35.

זכויות אדם חשובות. עוולת התקיפה¹⁸ מגנה על הזכות לשלמות הגוף; העוולה של כליאת שווא¹⁹ מגנה על הזכות לחירות אישית; דיני לשון הרע²⁰ מגנים על הזכות לשם טוב. בשלב מאוחר יותר זכתה להגנה גם צנעת הפרט על פי דיני הגנת הפרטיות.²¹ ניתן לטעון, כי דיני הנזיקין מבטאים את הרעיון שהגנה על זכויות אדם חייבת להיות מלווה גם באפשרות של תביעת פיצויים במקרה של פגיעה בהן. על כן ראוי לעדכן את אפשרויות התביעה בנזיקין ולהתאימן להיקף העדכני של ההכרה בזכויות האדם, כפי שהתפתחה מאז התגבשו העוולות המסורתיות. אין כל סיבה להפלות את זכויות האדם "החדשות" או "המאוחרות" יותר. דיני הנזיקין במתכונתם המסורתית לא הגנו על זכויות אדם כגון חופש הביטוי, השוויון או חופש הדת והמצפון. הגיעה העת להפנות את הזרקור לחסר זה (באמצעות הכרה באפשרות של תביעת פיצויים בגין פיזור בלתי חוקי של הפגנה כדין או בגין סירוב להעניק רישיון עסק לאדם מטעמים מפלים כגון אמונה דתית או השתייכות אתנית, למשל). במילים אחרות, בדיני הנזיקין היה תמיד גם ממד של הגנה חוקתית, וכעת יש לחזקו ולהרחיבו. חשוב להדגיש, כי לא משתמע מכך שדיני הנזיקין עוסקים רק בהגנה על זכויות חוקתיות. דיני הנזיקין הם כלי חשוב גם להגנה על אינטרסים רכושיים וכלכליים. עם זאת, בד בבד, הם משמשים גם להגנה על זכויות יסוד.²²

הדיון בהצדקות העקרוניות המחייבות להכיר בתביעות פיצויים בגין הפרה של זכויות חוקתיות צריך להיות מלווה בהתייחסות לטענות מסדר שני, המתמקדות בהיקף השתרעותן של תביעות אלה ובקשיים שיישומן מעורר. סדרה אחת של טיעונים נגד ההכרה בתביעות נזיקין חוקתיות מתייחסת לחששות מפני הרתעת יתר של רשויות ומ"הצפה" של בתי המשפט בתביעות פיצויים חוקתיות. חששות אלה אינם שומטים את הקרקע מתחת ללגיטימיות של תביעות הפיצויים החוקתיות, אך מחייבים להתוות להן מסגרת ברורה ולהכיר בהגנות מתאימות לרשויות ולעובדיהן.²³ יש להביאם בחשבון לצורך התוויית פרטיהם של ההסדרים המשפטיים בתחום זה, ולא להתבסס עליהם לשם שלילת ההכרה העקרונית בתביעות פיצויים חוקתיות. סדרה שנייה של טיעונים נגד תביעות אלה

18. סעיף 23 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968, נ"ח 266 (להלן: פקודת הנזיקין).

19. סעיף 26 לפקודת הנזיקין.

20. חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 240 (להלן: חוק איסור לשון הרע).

21. ראו חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128. ניתן להוסיף לרשימה זו את ההגנה המסורתית בדיני הנזיקין על זכויות קנייניות באמצעות העוולות של הסגת גבול. אולם ראוי להדגיש בהקשר זה, כי קיימת מחלוקת באשר להיקף ההגנה על הזכות לקניין כזכות יסוד חוקתית. ראו, למשל, אייל גרוס, "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?", **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר – עורך, רמות, תשס"א) 79.

22. ראוי להוסיף, כי כאשר קיימת מערכת יחסים חוזית בין הצדדים גם דיני החוזים יכולים לשמש בסיס להגנה על זכויות אדם, כמו, למשל, כאשר חוזה הוא מפלה או פוגע בחופש העיסוק של העובד. ראו, למשל, ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד (נד) 850; דנג"ן 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (נד) 330.

23. ראו פרק ו להלן.

מתייחסת לקשיים הכרוכים בתביעות פיצויים הנסבות על זכויות שהפרתן אינה באה לידי ביטוי בנזק ממוני דווקא. כיצד להעריך בכסף את הפרתה של הזכות לחופש דת? כיצד להעריך בכסף את הפרתה של הזכות לשוויון? עם חששות אלה יש להתמודד באמצעות הפנייה לדיני הנוזקין העדכניים, אשר זה כבר מתמודדים עם הערכת פיצויים בגין פגיעות לא ממוניות בזכויות. הערכת פיצויים מסוג זה אינה משימה קלה, אולם בתי המשפט אינם נרתעים ממנה בהקשרים אחרים. כך, למשל, תביעות לשון הרע היו כרוכות מאז ומתמיד בפסיקת פיצויים בגין תחושות של עלבון והשפלה.²⁴

חשש נוסף שניתן להעלות מתייחס לאפשרות שהכרה בסעד כספי בגין הפרה של זכויות יסוד תכשיר פגיעה נרחבת יותר בזכויות לעומת הפגיעה בהן כיום – אם בית המשפט יימנע לעתים ממתן צווים להפסקת הפגיעה בזכויות, מתוך הנחה שהעוול הנטען לפניו יוכל לבוא על תיקונו באמצעות פסיקת פיצויים.²⁵ עם בעיה זו ניתן להתמודד באמצעות אימוצו של כלל מנחה לפיו בתחום המשפט הציבורי לעולם יועדף סעד הציווי, כל עוד לא התגבש "מעשה עשוי".²⁶

24. ראו פרק ז להלן.

25. קושי זה בא כבר עתה לידי ביטוי במשפט הציבורי בהתדיינות בתחום דיני המכרזים, שבהן נמנעים לעתים בתי המשפט מלתת צווים שיעצרו את ביצוע החלטותיהן של ועדות מכרזים מתוך התחשבות באפשרות של תביעת פיצויים של משתתף שיוכיח שהיה צריך לזכות במכרז (אפשרות שהוכרה בע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667 (להלן: ע"א מליבו)). ניתן לחלוק על גישה זו גם בתחום דיני המכרזים, בשל החשיבות הנודעת לאכיפת החוק על השלטון. מכל מקום, גם אם היא תתקבל בתחום זה, שבו יש היבטים עסקיים ברורים יותר, נראה שאין לה מקום בהקשר של הגנה על זכויות אדם של ממש מפני פגיעות שלטוניות.

26. חשוב להדגיש, כי ניתן לקבל את ההצעה להכיר בתביעות פיצויים נגד רשויות המפרות זכויות אדם גם בלי לקבל את העמדה המצדדת בהעדפה של סעד הציווי כל אימת שהוא אפשרי. יש גם החולקים על הגישה המעדיפה בכל מקרה אפשרי את סעד הציווי. כך, למשל, הועלתה ההצעה להתמודד עם הבעיה של מעצרי מנע המוניים בתקופה של מצב חירום באמצעות כלל של פיצויים. ראו: Eugene Kontorovich, "Liability Rules for Constitutional Rights: The Case of Mass Detentions", 56 *Stan L. Rev.* (2004) 755. עם זאת אני סבורה, כי עדיפה הגישה הנותנת בכורה בהקשרים אלה לסעד הציווי על פני סעד הפיצויים (במקרים שבהם הבחירה ביניהם היא אפשרית). מן הבחינה העקרונית, חשיבותם של האינטרסים המוגנים על ידי זכויות האדם מצדיקה הגנה חזקה עליהם, ככל האפשר. מן הבחינה המעשית, הקושי להעריך את גובה הנזק כאשר האינטרס הנפגע הוא בעל אופי לא מוחשי מחייב להעדיף סעד שאינו מעורר קושי זה. טיעון מעשי דומה לכך ניתן להעלות גם כדי להצדיק את הבכורה שניתנת לסעד האכיפה בדיני החוזים מאז חקיקת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16.

ג. תביעות פיצויים חוקתיות: במשפט הציבורי או דיני הנזיקין?

את הדיון העקרוני בהצדקות הנורמטיביות להכרה בתביעות פיצויים חוקתיות יש להשלים באיתור הכלים המשפטיים המאפשרים להוציאן מן הכוח אל הפועל.

בפתח הדברים ראוי להזכיר את האפשרות לפעול לקידום חקיקה חדשה שתכיר בזכות לתבוע פיצויים בגין הפרתן של זכויות יסוד חוקתיות.²⁷ פיתוח המשפט באמצעות חקיקה הוא תמיד נכון ורצוי. עם זאת נדמה, שהצעה לקדם חקיקה אינה צריכה להיחשב דרך המלך להכרה בסעדים בגין הפרה של זכויות אדם במשפט הישראלי. סיכוייה של יוזמת חקיקה בתחום זה תלויים, במידה רבה, בקיומה של נכונות להסדיר באופן מלא את ההגנה על זכויות האדם בחוקי יסוד. נכונות זו כנראה טרם בשלה לפי שעה. השלמתו של פרויקט חוקי היסוד נתקלת בקשיים בשל המחלוקות הנסבות על הביקורת השיפוטית על חקיקה. בנוסף, הכנסת אינה נוטה להידרש לחקיקה מסודרת בתחום המשפט הציבורי, ולעת עתה רוב עקרונותיו מעוגנים בפסיקה בלבד. על רקע זה, קשה לצפות לקידומה של חקיקה בנושא של תביעות פיצויים חוקתיות. אמנם, לכאורה, ניתן לחשוב על האפשרות של חקיקה חדשה או תיקון של חקיקה קיימת בתחום דיני הנזיקין. פעילות חקיקה בתחום דיני הנזיקין, גם כזו שמקדמת זכויות אדם מסוימות, נראית כבעלת סיכויים טובים יותר מבחינה פוליטית.²⁸ אולם הסיכויים לחקיקת עוולת מסגרת חדשה שתטיל אחריות בנזיקין בגין הפרה לא מוצדקת של זכויות אדם אינם ברורים אף הם. דיון בהצעת חקיקה כזו יעורר, ולו בעקיפין, שאלות עקרוניות ופתוחות מתחום המשפט הציבורי על אודות היקף תחולתן של זכויות האדם שטרם עוגנו בחוקי היסוד.

האם, בנסיבות אלה, יש מקום לפיתוח פסיקתי של ההכרה בתביעות פיצויים חוקתיות? לדעתי יש להשיב על שאלה זו בחיוב, לפחות בכל הנוגע להפרות מטעמה של הרשות

27. חקיקה כזו, שתכיר בעילת תביעה במצבים של פגיעה בזכויות אדם, תהא למעשה מעין עוולת מסגרת חדשה, מיוחדת להקשר החוקתי. האם יש צורך בעוולת מסגרת כזו לנוכח היקף השתרעותן הנרחב של עוולות המסגרות הקיימות? אני סבורה שיש להשיב על שאלה זו בחיוב. המיקום האופטימלי של עילת תביעה זו אינו בפקודת הנזיקין, אלא במערך של חוקי היסוד, בפרק שיעסוק בסעדים בגין הפרת זכויות (כגון סעיף 24(1) ל-Canadian Charter of Rights and Freedoms, הקובע: "Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances"). ניתן להוסיף, כי להסדרים המכירים במפורש בסעדים בגין הפרה של זכויות חוקתיות יש גם חשיבות חינוכית וציבורית.

28. ראו, למשל, החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 166 (להלן: חוק למניעת הטרדה מינית), שטמיל, בין השאר, אחריות בנזיקין בגין הטרדה מינית, וחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 58 (להלן: חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים) שמכיר בעילת תביעה בנזיקין בגין הפליה על בסיס של השתייכות קבוצתית במקומות או בשירותים בעלי אופי ציבורי.

המבצעת. הקשיים שמעוררת השלמת חוקי היסוד נוגעים למחלוקת בסוגיית הביקורת השיפוטית על חוקים וההגבלה של ריבונות המחוקק. לעומת זאת, כאשר ההצעה להכיר בתביעות פיצויים בגין הפרת זכויות חוקתיות מתמקדת בהפרות של הרשות המבצעת, הפרות הנתונות לפיקוחה של הרשות השופטת תמיד, בעיה זו אינה מתעוררת. במילים אחרות, הרתיעה הקיימת בכנסת מעיגונן של זכויות בחוקי יסוד נובעת ממעמדן העדיף על פני חקיקה רגילה ולא מהכרה בתוקפן המחייב כלפי הרשות המבצעת. עם זאת, מאחר שהמתכונת המקובלת של חוקי היסוד מבוססת על הכרה בתוקפן המחייב של זכויות כלפי הרשות המבצעת והרשות המחוקקת כאחת, התוצאה היא שהכנסת נמנעת מלהכיר גם בזכויות שתוקפן המחייב כלפי הרשות המבצעת אינו שנוי במחלוקת. בנסיבות אלה, העיכוב בקידומו של מפעל חוקי היסוד אינו מלמד על הסתייגות של הכנסת מביסוס ההגנה על זכויות יסוד, ככל שמדובר בתביעות נגד הרשות המבצעת. ניתן להוסיף, כי הימנעותה של הכנסת מלחוקק חקיקה כוללת בתחום המשפט הציבורי מהווה, לפחות בשלב זה, הסכמה שבשתיקה להמשך פיתוחו בכלים שיפוטיים.²⁹ כפי שיובהר בהמשך, נראה כי בתי המשפט, שהחלו להכיר בתביעות פיצויים בגין הפרה של זכויות חוקתיות, מחזיקים בעמדה דומה. המשכו של המאמר יתמקד אפוא באפשרות להכיר בתביעות פיצויים חוקתיות נגד הרשות המבצעת.³⁰

בהמשך לכך יש לבחון מהם הכלים המשפטיים שבתי המשפט יכולים לעשות בהם שימוש לצורך הכרה בתביעות פיצויים חוקתיות. בעיקרון ניתן להצביע כאן על שתי חלופות עיקריות. חלופה אחת ממוקמת בתחום דיני הנוזקין ומתמקדת בעוולות המסגרת הקיימות. חלופה שנייה מתייחסת לפיתוח המשפט הציבורי עצמו. ראוי להציג בקצרה את שתייהן.

29. אמנם אין לסמוך על הטענה הגורפת, ששתיקתו של המחוקק לנוכח פסיקתם של בתי המשפט מעידה תמיד על הסכמה לה. אולם ההימנעות הנמשכת מלחוקק חקיקה כוללת בתחום המשפט הציבורי בישראל מבטאת כיום מוסכמה חוקתית, ולפיה אחד מתפקידיו העיקריים של בית המשפט הוא להגן על זכויות אדם (ולפתח כללים משפטיים הדרושים לשם כך). לדיון במשמעות של שתיקת המחוקק, ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שני: **פרשנות החקיקה**, נבו, תשנ"ג), 785-789.

30. רבים מן השיקולים התומכים בחיובם של גופים שלטוניים מן הרשות המבצעת לשלם פיצויים כאשר הם פוגעים בזכויות אדם תומכים בהטלת אחריות דומה גם על הרשות המחוקקת, כאשר היא פוגעת בזכויות אדם. עם זאת, המאמר אינו עוסק בסוגיה של תביעות פיצויים בגין חקיקה פוגעת, סוגיה המחייבת להידרש למחלוקת בשאלת מעמדם העל-חוקי של חוקי היסוד הדנים בזכויות אדם. להכרה שיפוטית בזכות לפיצוי בהקשר של חקיקה – חוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, ס"ח 142 – ראו בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' בנקת ישראל** (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ **המועצה האזורית חוף עזה**), פסקאות 132-136 לפסק דינם של שופטי הרוב. פסק הדין מבוסס על ההנחה שהפגיעות בזכויות הנובעות מן ההתנתקות מקנות זכות לפיצוי מכוח הדין הכללי – בין מכוח דיני הנוזקין ובין מכוח המשפט הציבורי – גם מחוץ לעילות הסטטוטוריות שבחוק המיוחד.

ההצעה המבוססת על דיני הנוזיקין עושה שימוש בפוטרנציאל הטמון בעוולות המסגרת של פקודת הנוזיקין – העוולה של הפרת חובה חקוקה ועוולת הרשלנות,³¹ שצפויות לשמש כמסד לדיני הנוזיקין גם בקודקס האזרחי החדש.³² שתיהן מתאפיינות בכך שבמהלך השנים הורחבו אפשרויות התביעה על פיהן כדי לתת מענה לצרכים חברתיים עדכניים. השוני ביניהן נובע מכך שתביעה בגין הפרת חובה חקוקה מחייבת להצביע על חובה חקוקה מסוימת שהופרה, ומבחינה זו תלויה במערך החקיקה הקיים. לכאורה, החובה החקוקה שיכולה לשמש בסיס לתביעה היא חובתן של רשויות השלטון לכבד את הזכויות המעוגנות בחוקי היסוד.³³ אולם כיוון שחוקי היסוד הקיימים אינם מקיפים, בשלב זה, את כל זכויות היסוד שהפסיקה הכירה בהן, קיימת סכנה שלא ניתן יהיה לעשות שימוש בעוולה של הפרת חובה חקוקה לשם הגנה כספית על מכלול הזכויות הראויות להגנה. זהו היסרון משמעותי בהתחשב בכך שאין מקום ליצור "מעמדות" של זכויות – לפחות בכל הנוגע לחובות המוטלות על הרשות המבצעת כלפי הפרט.³⁴ עם זאת, ייתכן שניתן יהיה לעקוף קושי זה באמצעות פנייה להוראות חוק אחרות, כגון עברות האוסרות שימוש לרעה בשררה (ולכן חלות במידה שווה על פגיעה בזכויות יסוד שונות).³⁵ ביחס להוראות אלה צריך יהיה להוסיף ולבחון אם הן נועדו להקנות סעד במישור המשפט הפרטי לאדם מסוגו של התובע.³⁶ שאלה נוספת שיש להעלות היא אם ניתן לראות בהוראות חוקי היסוד "חובות חקוקות" רגילות לצורך החלת העוולה (שהרי מעמדם הוא על-חוקי).

31. בפקודת הנוזיקין, העוולה של הפרת חובה חקוקה קבועה בסעיף 63 ואילו עוולת הרשלנות קבועה בסעיפים 35-36.
32. ראו הצעת הקודקס האזרחי, חוק דיני ממונות (נוסח לעיון הציבור, חלק א) התשס"ד-2004 (להלן: הצעת הקודקס האזרחי). בהצעה זו מעוגנת עוולת הרשלנות בסעיף 461 והעוולה של הפרת חובה חקוקה בסעיף 463. חשוב לציין, כי הניסוח החדש המוצע לעוולת הרשלנות מחיל אותה במפורש גם על התנהגות מכוונת. לפי סעיף 461(ב) להצעת הקודקס האזרחי: "התרשלות היא מעשה, לרבות מעשה שנעשה במתכוון, שאדם סביר לא היה עושה בנסיבות הענין". גם בדיון הקיים עוולת הרשלנות הוחלה על התנהגות מכוונת, אך תוצאה זו היא תולדה של פרשנות. ראו ברק-ארו (לעיל, הערה 2), בעמ' 197-201.
33. לפי סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". בדומה לכך מורה סעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב".
34. אילו ההבחנה בין זכויות האדם שעוגנו בחוקי היסוד ובין אלה שלא הוכרו בהם במפורש הייתה מבוססת על תפיסה עקרונית בדבר חשיבותן הרבה יותר של הראשונות, ייתכן שההבחנה הייתה מוצדקת. אולם, כפי שהובהר, במצב הנוכחי הטעם להשאר חלק מזכויות האדם מחוץ למערך של חוקי היסוד היה אי-הרצון לצמצם את סמכותו של המחוקק הראשי בתחומים מסוימים.
35. כגון סעיפים 1280(1) ו-285 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).
36. הפסיקה כבר הבהירה כי במישור העקרוני גם הוראות חוק הקובעות עברות הן חובות חקוקות שעשויות לשמש בסיס לתביעה בגין הפרת חובה חקוקה. ראו ע"א 245/81 פולטאן

עוולת המסגרת הנוספת היא, כאמור, הרשלנות. על פי עוולת הרשלנות ניתן להטיל אחריות בנוזיקין בגין הפרה של חובות שחלות על הרשות כלפי הפרט, ובכלל זה החובה לכבד את זכויות היסוד שלו. ניתן לכנות חובת זהירות זו בשם "חובת זהירות חוקתית". ההכרה העקרונית בחובת זהירות חוקתית תצטרך, כמובן, להיות מלווה בבחינת יישומה בנסיבות שונות (כדי לברר אם בנסיבות כל מקרה ומקרה חלה על הרשות גם חובת זהירות "קונקרטי" שהופרה).

ההצעה להכיר בחובת הזהירות החוקתית מתיישבת עם עמדתו של בית המשפט העליון בע"א וייס,³⁷ הגורסת כי התוויית היקפה של עוולת הרשלנות אמורה להיעשות לאור ההכרה בתפקידן של הרשויות להבטיח את ההגנה על זכויות אדם. במקרה זה הטיל בית המשפט העליון אחריות על המשטרה בשל טיפול רשלני בתלונות של בני משפחה, שסבלו מהתנכלויות קשות של שכנים, תוך התייחסות לכך שרשלנות זו חשפה את המתלוננים לפגיעה נמשכת בזכויותיהם. עוולת הרשלנות שימשה, במקרה זה, אמצעי להגנה מפני הפרות של זכויות יסוד.³⁸ השופטת דורנר, שכתבה את פסק הדין העיקרי, התייחסה בהקשר זה לכך ש"הזכות של כל אדם להגנה על חייו, גופו וכבודו, נקבעה במפורש בסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו",³⁹ ובהמשך הפנתה לחובתה של המשטרה, כחובתן של שאר רשויות השלטון, לכבד זכויות אלה, כפי שמורה סעיף 11 לחוק היסוד.⁴⁰

פסק דין חשוב שסולל את הדרך להכרה באחריות נזיקית בגין פגיעה בזכויות על פי עוולת הרשלנות הוא ע"א אבנעל.⁴¹ במקרה זה נידונה תביעה שהוגשה נגד רשויות המכס בגין אופן הטיפול בעניינם של יבואנים שנחשדו בעברות מכס, טיפול שפגע בזכות הטיעון שלהם והיה מלווה בהנמקת החלטות שנועדה להסתיר את הטעמים האמיתיים שביסודן. בעניין זה קבע השופט ברק, כי "מתן הנמקה שגויה ושלילת זכות הטיעון מן האזרח אינה עולה בקנה אחד עם סטנדרט ההתנהגות הראוי של הרשות... אכן, פעולה בלתי סבירה

נ' פולטאן, פ"ד לח(3) 169 (להלן: ע"א פולטאן). עם זאת, כל מקרה מחייב בחינה לגופן של עניין. שאלה נוספת שיש לבחון בכל מקרה היא אם החובה שהתביעה מתייחסת להפרתה הוטלה על המזיק במפורש. ראו רע"א 5379/95 "סהר" חברה לביטוח בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נא(4) 464, בעמ' 474.

37. ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167 (להלן: ע"א וייס).

38. ההפניה לע"א וייס בהקשר הנוכחי היא לצורך הדגשת הזיקה בין חובתה של הרשות לכבד זכויות ובין חובת הזהירות המוטלת עליה. במקביל, יש לשים לב לכך שהטלת האחריות במקרה זה הייתה מרחיקת לכת אף יותר מן המצבים הרגילים שנידונים במאמר – מאחר שהיא התייחסה לפגיעה בזכויות שמקורה היה, בשלב ראשון, באנשים פרטיים. ראו פרק ה להלן.

39. שם, בפסקה 13.

40. שם, שם.

41. ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) (להלן: ע"א אבנעל).

במישור המנהלי עשויה להוות פעולה רשלנית במשפט הפרטי".⁴² בהמשך הוסיף השופט ברק וקבע כי ניתן לפצות את התובעים גם על הנזק הלא-רכושי שגרמה התנהגותה הלא-נאותה של הרשות. לדבריו: "כאשר פרט פלוני בא במגע עם רשות מנהלית ועובדיה בעניין הנוגע לו הוא זכאי ליחס ענייני והוגן. כאשר מופרת חובה זו, וכאשר ניתנת הנמקה שגויה תוך שלילת זכות הטיעון, עשוי להיגרם לו נזק לא רכושי בר-פיצוי בנוזיקין".⁴³ בגין נזק זה נפסקו לתובעים פיצויים בסך 30,000 שקל, נוסף על פיצויים בגין הנזק הרכושי בסך 10,000 שקל. הנמקתו של פסק הדין בע"א אבנעל מספקת את הבסיס המשפטי הדרוש לפסיקת פיצויים גם במקרים נוספים של פגיעה בזכויות אדם מצד הרשות. אמנם הרטוריקה של פסק הדין אינה מדגישה את היבט הפגיעה בזכויות אדם מצד הרשות, ותחת זאת מתמקדת בהפרת חובותיה של הרשות המנהלית. אולם הלכה למעשה הפרת החובות מצד הרשות המנהלית הייתה כרוכה בפגיעה בזכויות (במיוחד אם מביאים בחשבון גם את הזכות להליך הוגן). מכל מקום, אין כמוכן מניעה שרשלנות של רשות הפוגעת באינטרסים של הפרט, גם אלה שאינם עולים כדי זכויות, תהיה בסיס לתביעה נגדה. אולם חשוב להדגיש, כי השאלה אם הרשות פגעה גם בזכויות אדם היא חשובה לצורך הערכת גובה הנזק, כשבהקשר זה יש מקום להתייחס לפגיעה המיוחדת ברגשות שמסבה פגיעה בזכויות אדם, כמו הזכות לשוויון או הזכות לכבוד.⁴⁴

לחלופין, הכרה בתביעת פיצויים חוקתית יכולה להיות מבוססת על פיתוח של המשפט הציבורי מתוכו על פי הגישה הגורסת כי הסעד נגזר מן הזכות (ubi jus ibi remedium). כשם שסעד הציווי נגזר מן ההכרה בזכותו של אדם כלפי הרשות השלטונית, כך גם ניתן לגזור ממנה את הסעד הכספי. זוהי הרחבה של אותו רעיון. לכאורה, זוהי הצעה מרחיקת לכת יותר, לעומת יציקת תכנים חדשים לעוולות קיימות (גם אם הן בעלות שוליים רחבים). אולם לאמיתו של דבר בשני המקרים מדובר בפעילות שיפוטית יוצרת. יתר על כן, לרעיון של גזירת הסעד מן הזכות יש כבר אחיזה בפסיקתו של בית המשפט העליון,⁴⁵ אף שהוא עדיין לא מוגדר דיו. למעשה, יש לו שורשים קדומים גם במשפט האנגלי,⁴⁶ ובשלב מאוחר יותר הוא שימש בסיס להכרה בתביעות הנוזיקין החוקתיות נגד רשויות השלטון הפדרלי בארצות-הברית.⁴⁷ ראוי להוסיף, כי הגנה על זכויות באמצעות סעדים כספיים כרוכה בהתערבות פחותה בשיקול הדעת השלטוני לעומת הפרקטיקה של צווים שיפוטיים המורים לרשות לעשות מעשה או להימנע מלעשות מעשה על יסוד ההכרה באותה זכות.

42. שם, בפסקה 17.

43. שם, בפסקה 19.

44. ראו פרק ז להלן.

45. ראו ע"א מליבו (לעיל, הערה 25).

46. בפסק הדין הקלאסי של *Ashby v. White* 92 E. R. 126 (1703) נפסקו לתובע פיצויים בנסיבות

שבהן נשללה ממנו הזכות להצביע. Holt C. J. תמך את פסק דינו בקביעה: "... it is a vain

"thing to imagine a right without a remedy" בעמ' 136.

47. בשונה מן התביעות במישור המדינתי. ראו לעיל, הערה 3.

פסיקתו החדשה של בית המשפט העליון חושפת נכונות לדון בחיובן של רשויות בגין נזקים שגרמו מכוח עילה מיוחדת של המשפט הציבורי. פסקי הדין העוסקים בכך מדגישים כי אפשרות זו לא נשללה בעבר, אלא רק הושארה בצריך עיון. כך, למשל, בעניין **קיבוץ מלכיה** שבו דחה בית המשפט העליון את תביעתו של הקיבוץ בגין הנזקים שגרמה הפעלתו של כביש הטשטוש באזור גבול הצפון למטעי התפוחים שלו⁴⁸ הובהר, כי בית המשפט לא נדרש לאפשרות של חיוב הרשות מכוח עילה מנהלית מאחר שזו לא נטענה לפניו.⁴⁹ למעשה, עולה מפסק הדין נימה ברורה של תמיכה באפשרות להכיר בעילה כזו, בשם שיקולים של פיזור שוויוני של עלויות פעילותה של הרשות.⁵⁰ האפשרות לחייב את הרשות בפיצויים מכוח עילה מנהלית הושארה פעם נוספת בצריך עיון בע"א **אבנעל**, שכבר נידון לעיל. בית המשפט ציין כי גם במקרה זה לא מצא לנכון לדון בחלופה שהתובעים לא התבססו עליה בטענותיהם. בנסיבות העניין הדיון אף לא היה נחוץ במיוחד מאחר שממילא נפסקו לתובעים פיצויים על פי עוולת הרשלנות.⁵¹ בתחום דיני המכרזים ניתן להצביע על פסקי דין שבהם נפסקו פיצויים מנהליים גם הלכה למעשה.⁵²

הבחירה בין שתי החלופות שהוצגו – תביעה על פי דיני הנוזקין או תביעה מכוח עילה מיוחדת של המשפט הציבורי – אינה הכרחית לכאורה. מבחינה משפטית, לא קיימת מניעה לבסס תביעה על יותר מעילה אחת. כשם שמסכת עובדתית אחת יכולה לשמש בסיס לאחריות על פי יותר מעוולה אחת בפקודת הנוזקין,⁵³ כך גם יכולה אותה מסכת עובדתית לשמש בסיס לאחריות הן על פי עוולה מפקודת הנוזקין (כגון רשלנות) והן על פי עילת תביעה מן המשפט הציבורי, בכפוף לכך שהנוזק לא יפוצה בשיעור העולה על נזקו. עם זאת, לנוכח הדמיון הרב בין שתי עילות התביעה שהוצגו, מתעוררת השאלה אם החפיפה ביניהן היא מלאה. קיימים הקשרים אחדים שבהם ניתן לצפות לשוני פוטנציאלי בין שני מסלולי התביעה – ההגנות שניתן להיזקק להן, דרך חישוב הפיצויים ועוד. שאלה זו חשובה בעיקר בשל האפשרות שדרגת האשם הנדרשת על פי שתי עילות התביעה

48. ע"א 6296/00 **קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(1) 16.

49. שם, בפסקה 11.

50. השופט ברק עורר בהקשר זה את השאלה הזו: "פעילותה החיונית של המשיבה ממנה נהנה כלל הציבור יוצרת – כתוצר לוואי שלה – נטל. האם על הנטל ליפול, במלואו, על שכמו של המערער?". שם, שם.

51. כדברי השופט ברק: "במקרה שלפנינו הנזקים בגינם נפסקו פיצויים נוזקיים חופפים את הנזקים עליהם עשויה לחול העוולה המנהלית". ע"א **אבנעל** (לעיל, הערה 41), בפסקה 23.

52. ראו ע"א **מליבו** (לעיל, הערה 25); ע"מ 7357/03 **רשות הנמלים (לשעבר רשות הנמלים והרכבות) נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ** (טרם פורסם).

53. בע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' גורדון**, פ"ד לט(1) 113 (להלן: ע"א **גורדון**), בעמ' 125 דימה השופט ברק את העוולות שבפקודת הנוזקין ל"רשתות" המונחות זו על גבי זו, כך ש"לעתים נתפסת מערכת עובדות נתונה על-ידי רשת אחת בלבד. לעתים היא נתפסת על-ידי מספר רשתות, הכול על-פי אינטנסיביות השתי והערב ברשתות השונות".

אינה זהה.⁵⁴ בדיני הנוזיקין, האחריות מבוססת על אשם. הטלת אחריות על הרשות נעשית בנסיבות שבהן התנהגותה נחשבת ללא־ראויה, כזו שטוב הייתה עושה הרשות לו נמנעה ממנה מלכתחילה. לעומת זאת, הרציונל של העילה מן המשפט הציבורי, כפי שזו נידונה בפסיקה, הוא שונה. כאן, התפיסה היא שיש לפצות את הפרט בגין נזק שנגרם לו עקב פעולה שעשתה הרשות למען טובת הכלל גם כאשר זו הייתה פעולה ראויה – מתוך הנחה שעלויותיה של פעולה זו צריכות להתפזר בצורה שוויונית בקרב הציבור (באמצעות חיוב של הרשות, שתפזר את העלויות בין משלמי המסים).⁵⁵ כך, למשל, בדוגמה של מטע התפוחים הסמוך לגבול, פעולות הטשטוש שנעשו באזור הן רצויות ובית המשפט אף קבע, כי לא בוצעו ברשלנות. עם זאת, כלל לא ברור אם הבעלים של המטע צריך לשאת לבדו בעלויות הנוספות הכרוכות בפעולות ושהתבטאו בפגיעה ביכול שהניב המטע. מבחינה רעיונית, זוהי דוגמה הקרובה יותר למצבים של הפקעה או פגיעה במקרקעין על ידי תכנית, שגם בהם הפיזיו אינו מותנה באשם (אם כי לא כל פגיעה כרוכה בפיזיו).⁵⁶

האם אשם צריך להיות אחד מן התנאים להטלת אחריות על הרשות כאשר היא נתבעת בגין פגיעה בזכות מן המשפט הציבורי? על רקע השיקולים שהוצגו, דומה שהתשובה על שאלה זו צריכה להיות מורכבת. במקרה הרגיל, אחריותה של הרשות בגין נזקים שנגרמו עקב הפרה של זכויות אדם אכן צריכה להיות מבוססת על אשם. מטרה מרכזית של תביעת הפיזיים החוקתית היא להרתיע מפני פגיעות לא ראויות בזכויות אדם – פגיעות הנובעות מזלזול מודע בזכויות, יחס של אי־אכפתיות בנוגע לשמירתן או מודעות לקויה לחובה לכבדן.⁵⁷ מטרה זו תושג במידה הראויה, בלי לחטוא בהרתעת יתר, רק אם התביעה תהיה מבוססת, ברגיל, על תפיסה של אשם, כלומר על חריגה מסטנדרט ההתנהגות הראוי של רשויות מנהליות. ראוי לשאוף לתוצאה זו, בין שעילת התביעה היא אחת מעוולות המסגרת של דיני הנוזיקין ובין שהיא עילה שמקורה במשפט הציבורי.

כחריג יש מקום להכיר באפשרות של תביעה נגד רשויות (מכוח עילה מן המשפט הציבורי) גם במקרה שבו התנהגותן הייתה ראויה – כאשר פעילות רצויה, כשלעצמה,

54. שאלה נוספת מתייחסת לאפשרות של עקיפת סייגים מפורשים לאחריות הנוזיקית באמצעות ערוץ התביעה החלופי מכוח המשפט הציבורי. שאלה דומה התעוררה בע"א 558/84 ברמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 757 לגבי תחולתה של ההגנה המוכרת בסעיף 27(3) לפקודת הנוזיקין מפני תביעה בעילה של כליאת שווא על תביעה שנסבה על נסיבות של כליאת שווא, אך התבססה על העילה של הפרת חובה חקוקה.

55. התוצאה תהיה שוויונית אם כי לא במובן הפורמלי, וזאת בהתאם לשיטת המיסוי (למשל, מיסוי פרוגרסיבי).

56. ראו, למשל, דנ"א 1333/02 הועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(6) 289.

57. תחום זה חובק בתוכו הן פגיעות מכוונות בזכויות והן פגיעות בזכויות בשל היעדר מודעות וידע. בשני המקרים האחריות מבוססת על חריגה מסטנדרט אובייקטיבי של חובה לכבד זכויות. עם זאת, קל במיוחד להצביע על חריגה מסטנדרט זה במצב של התנכרות מכוונת לחובתה של הרשות לכבד זכויות אדם.

הטילה נטל מיוחד על פרט מסוים או פרטים מסוימים. בנסיבות אלה המטרה העומדת ביסוד האחריות אינה הרתעה של הרשות והכוונתה לאורח פעולה שונה בעתיד, כי אם הימנעות מחלוקה לא-שוויונית של הנטלים החברתיים.⁵⁸ כך, למשל, בתחום דיני המכרזים, החלטה על ביטול מכרז שתנאיו נוסחו שלא כהלכה חשובה לאינטרס הציבורי, אך יש לפצות את המשתתפים במכרז על ההוצאות שנשארו בהכנת הצעותיהם, כדי להימנע מהטלת המחיר של תיקון המכרז, שנעשה לטובת הציבור כולו, על שכמם של אלה שהשתתפו בו. מכאן ואילך יעסוק המאמר בתביעות המבוססות על אשם, אשר משקפות את המצב האופייני של הגנה כספית על זכויות אדם. על פי רוב, עילת תביעה מן המשפט הציבורי שאינה תלויה באשם תשמש במצבים שבהם הוטל על אדם נטל כלכלי כספי (או בעל משמעות כספית) לתועלתו של הציבור כולו.⁵⁹

המשך הדברים יתמקד כאמור במצבים הרגילים – שבהם מוגשת תביעה בגין התנהגות לא ראויה של הרשות (הכרוכה בפגיעה בזכות אדם). כפי שכבר הוסבר, נוח לפתח תביעה זו במסגרתה של עוולת הרשלנות, שמבוססת על הרעיון של הפרת חובה. אמנם אין מניעה להכיר גם באפשרות של תביעה בגין הפרת זכויות אדם המבוססת על עקרונות המשפט הציבורי. אולם נדמה שאין בכך צורך, מאחר שתביעה כזו, ככל שהיא מתייחסת לנסיבות שבהן הפגיעה היא מכוונת או רשלנית, תהיה דומה בכל מרכיביה ליישום של עוולת הרשלנות לשם הגנה על זכויות אדם.⁶⁰

ד. תביעות פיצויים חוקתיות: עילה חדשה או ראשי נזק חדשים?

השאלה של אחריות כספית בגין פגיעה בזכויות אדם צפויה להתעורר ביחס לשתי קבוצות של תביעות שראוי להבחין ביניהן. קבוצה אחת מתייחסת להפרות של זכויות אדם במצבים שבעבר לא זכו כלל להגנתם של דיני הנזיקין. קבוצה שנייה מתייחסת להפרות של זכויות אדם במצבים שכוסו על ידי דיני הנזיקין המסורתיים, אך נידונו תוך התמקדות בנזקים לגוף ולרכוש בלבד, בלא תשומת לב להיבטים נוספים של הפרות אלה.

1. הפרות של זכויות אדם במצבים שבעבר לא זכו כלל להגנתם של דיני הנזיקין – קבוצה זו כוללת את המקרים שבהם הזכות החוקתית שנפגעה לא שימשה בסיס לעוולה פרטיקולרית בפקודת הנזיקין וכן לא נגרם נזק רכושי או פיזי שניתן היה לתבוע בגינה מכוח עוולות המסגרת של הפרת חובה חקוקה או רשלנות. כפי שכבר צוין, דיני הנזיקין

58. השוו גם ישראל גלעד, "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)", **משפט וממשל ג** (תשנ"ה) 55, בעמ' 85.

59. הערכה זו אינה מבטאת תמיכה עורפת בהגנה על אינטרסים כלכליים. היא נותנת ביטוי לניסיון חיי המעשה, המלמד כי חלוקה לא שוויונית של נטלים מתייחסת במקרים רבים לפעולות של הרשות שיש בהן הכבדה כספית לא-שוויונית.

60. על כן הכרה בעילה כזו, הגם שהיא אפשרית, לא צפויה להרחיב את ההגנה על זכויות יסוד לעומת השימוש בחלופה הנזיקית, ולעומת זאת, עלולה להוסיף מורכבות לא נדרשת למערך הסעדים.

המסורתיים פרסו את הגנתם רק על רשימה מוגבלת של זכויות אדם, כגון הזכות לשלמות הגוף, הזכות לקניין, הזכות לחירות והזכות לשם טוב. לעומת זאת, לא ניתן היה לתבוע בניזיקין בגין הפרה של זכויות אחרות, כגון הזכות לחופש דת ומצפון, הזכות לשוויון או הזכות לחופש ביטוי. ההכרה החדשה באפשרות להגיש תביעות פיצויים חוקתיות תביא אל בתי המשפט מצבים שלא נידונו בהם כלל בעבר, למשל, תביעה בגין סירוב לתת רישיון עסק בשל השתייכות אתנית או דתית, או תביעה בגין פיזור בלתי חוקי של הפגנה (בהתייחס לפגיעה בחופש הביטוי של המפגינים, להבדיל מפגיעות בגוף, אם היו כאלה, אשר בגינן ניתן היה לתבוע גם בעבר על פי עוולות הרשלנות והתקיפה).

2. הפרות של זכויות אדם במצבים שכוסו על ידי דיני הניזיקין המסורתיים, אך תוך התמקדות בנוזקים לגוף ולרכוש בלבד – קבוצה זו כוללת מקרים שנידונו בעבר במסגרת דיני הניזיקין, אך ללא התייחסות מספקת להיבט הפגיעה בזכויות אדם. כך, למשל, פגיעות בגוף או בחירות במקרים של מעצרים בלתי חוקיים או אלימות משטרתית יכלו לשמש בסיס לתביעה גם במסגרת דיני הניזיקין המסורתיים. עם זאת, הממד החוקתי שלהן היה מוצנע.⁶¹ הגיעה העת לשפוך אור גם על הפן החוקתי של תביעות מסוג זה. להתייחסות החוקתית למצבים אלה נודעת לא רק חשיבות הינוכית ורטורית, שאין להקל בה ראש, אלא גם חשיבות מעשית. אדם שהושפל במעצר לא חוקי ראוי לפיצוי גם בשל הפגיעה בכבודו, ולא רק בגין הפגיעה בחירות שבה הכירה העילה המסורתית של כליאת שווא. בדומה לכך, אישה שהושפלה על ידי בן זוג אלים זכאית לפיצוי בגין הפגיעה בכבודה, ולא רק בגין הנוזקים הפיזיים שנגרמו לה.⁶²

ה. תביעות פיצויים חוקתיות: נגד רשויות או נגד אנשים פרטיים?

מאמר זה מתמקד בהגנה על זכויות האדם מפני הפרה מצדן של רשויות השלטון, ובהתאם לכך בפיתוח ההכרה בתביעות כספיות-ניזיקיות נגד רשויות שהפרו זכויות אדם. אולם חשוב להדגיש, כי במישור העקרוני שאלות דומות עשויות להתעורר גם במערכות יחסים פרטיות, כאשר פרט מפר זכות אדם של פרט אחר. בהקשר זה, ההכרה באפשרות לתבוע פיצויים בגין הפרתה של זכות יסוד מחייבת להקדים ולבחון אם במערכת היחסים שבין התובע לנתבע אמנם חלה חובה לכבד את הזכות המופרת. כידוע, זכויות האדם חלו באופן מסורתי בעיקר על מערכת היחסים שבין הפרט לשלטון. לעומת זאת, על אנשים פרטיים לא הוטלה ברגיל החובה לכבד את מכלול זכויות האדם של אנשים אחרים, מאחר שחיוב כזה נחשב כמצמצם את תחום האוטונומיה שלהם, ולכן פוגע בעצמו בהיקף תחולתן של

61. כך, למשל, בע"א גורדון (לעיל, הערה 53), שנסב על הפעלת סמכויות אכיפה ברשלנות (לרבות ביצוע של מעצר לא-חוקי), בית המשפט הטיל אחריות על הרשות הנתבעת, אך בלי להדגיש את הפן החוקתי של ההגנה על חירות הפרט מפני שרירות שלטונית. ראוי לציין, כי פסק דין זה אמנם ניתן לפני חקיקתם של חוקי היסוד החדשים, אך בעת שהמסורת של הגנה על זכויות יסוד באמצעות הפסיקה הייתה חלק בלתי נפרד מן המשפט הישראלי.

62. ראו טקסט להערות 71-73 להלן.

זכויות האדם. כך, למשל, בתחום הפרטי מותרת הייתה ברגיל הפליה (בכפוף לחריגים). תפיסה זו של מערכות היחסים הפרטיות, לפיה הן משוחררות מעול זכויות האדם, אינה משקפת עוד את הדין, ונראה שבמתכונתה הגורפת אינה מקובלת זה כבר. הגישה העדכנית של המשפט החוקתי בישראל היא שזכויות האדם "מחלחלות" אל המשפט הפרטי, גם אם תחולתן בו היא מצומצמת יותר. "חלחול" זה נעשה בעיקר באמצעות "מושגי השסתום" של המשפט – תום לב, תקנת הציבור, סבירות ועוד. התוצאה היא שלפחות חלק מן הזכויות מחייבות במצבים מסוימים גם במערכות יחסים פרטיות.⁶³

בחלק מן המצבים שבהם יש "חלחול" של זכויות אדם אל המשפט הפרטי, הדיון בתוצאותיו מעורר שאלות מתחום דיני החוזים. החובה לנהוג בתום לב ובהתאם לתקנת הציבור גוררת אחריה את חובתם של צדדים לחוזה ושל צדדים למשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה לנהוג באופן שאינו פוגע פגיעה קשה בזכויות יסוד.⁶⁴ התייחסות לשאלות של אחריות חוזית בראי זכויות האדם חורגת מתחומיו של הדיון הנוכחי. בד בבד, יש להכיר גם באפשרות של תביעת פיצויים נזיקית בגין הפרה של זכות אדם שבוצעה על ידי פרט אחר. דוגמה לכך ניתן להביא מת"א **נעאמנה**.⁶⁵ במקרה זה הוגשה לבית משפט השלום בירושלים תביעה תקדימית נגד פארק מים ססירב לאפשר כניסתם של ערבים לתחומיו. השופטת מרים מורחי דנה בתביעה הן בהתייחס לטענה החוזית שהפרסום לציבור על אודות שירותי הפארק היה הצעה שלא ניתן לחזור ממנה והן בהתייחס לטענה הנזיקית שההפליה גיבשה עוולה (על יסוד ההנחה שהזכות לשוויון, הנגזרת מן הזכות החוקתית לכבוד, חלה גם במערכות יחסים בין פרטים).⁶⁶

ראוי לציין, כי חלק מן המצבים שבהם ניתן להגיש תביעות פיצויים בגין הפרות של זכויות חוקתיות על ידי אנשים פרטיים "מכוסים" כיום באמצעות הסדרים חקיקתיים ספציפיים. על מקרים של הפליית מועמדים לעבודה או עובדים חל חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.⁶⁷ על הפליה פסולה בשירותים ובמקומות ציבוריים, כמו המקרה שנידון בת"א **נעאמנה**, חל כיום חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים.⁶⁸ כלומר, הרעיון של תביעות פיצויים בגין הפרה של זכויות אדם כבר זכה להכרת המחוקק בנוגע לחלק מן המצבים

63. ראו, למשל, אהרן ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (יצחק זמיר – עורך, נבו, תשנ"ג) 163; אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 647-697.

64. ראו עוד הלה קרן, "שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית", **משפטים** לא (תשס"א) 269.

65. ת"א (י"ם) 11258/93 **נעאמנה נ' קיבוץ קליה** (לא פורסם) (להלן: ת"א **נעאמנה**).

66. המקרה שנידון בת"א **נעאמנה** הוא גם בעל היבטים ציבוריים מסוימים, מאחר שנסב על שירות שהוצע לציבור הרחב. עם זאת, בלא ספק אין מדובר בנתבע שהוא רשות מרשויות השלטון, שם.

67. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38 (להלן: חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה).

68. עילת התביעה לפי חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים חלה גם על הפליה אסורה לפי חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327 (לפי סעיף 28 לחוק זה).

שבהם הפגיעה בזכויות קשורה למערכות יחסים פרטיות.⁶⁹ עם זאת, בחוקים הספציפיים המאפשרים הגשת תביעות בגין נזקי הפליה אין לראות מיצוי של דרכי הפעולה האפשריות במצבים של הפרת זכויות אדם. להפך, יש לראות בחוקים אלה ביטוי לרעיון רחב יותר שיש לו קיום גם מחוץ להם – התאמתם של דיני הנזיקין לשמש אמצעי להגנה על זכויות אדם. כך, למשל, נפגעות תקיפה מינית יוכלו לתבוע את מתקיפיהן, תוך התייחסות גם לנזקים הכרוכים בהשפלתן ובפגיעה בכבודן, ולא רק לנזקים מוחשיים שנגרמו להן.⁷⁰ הלכה למעשה ניתן להצביע על שימוש גובר בכלי של תביעות נזיקין במקרים של פגיעות נמשכות בזכויות אדם של נשים במערכות זוגיות. כך, למשל, בית המשפט לענייני משפחה קיבל תביעת נזיקין שהוגשה נגד גבר שהתעלל באשתו ופסק לאישה התובעת פיצויים שביטאו בעיקר את ההכרה בפגיעה בזכויותיה החוקתיות.⁷¹ בפסק הדין נקבע כי ההתעללות שממנה סבלה התובעת, שהיו לה גם היבטים פיזיים קשים, מהווה בסיס לאחריות נזיקית לא רק בגין תקיפה, אלא גם בגין רשלנות, ובהמשך נפסקו לתובעת פיצויים "בגין הפגיעה בגופה ובגין הפגיעה בכבודה, באוטונומיה שלה, ברגשותיה, בגין אובדן רווחתה, ונוחתה, וחיסור היכולת לחיות חיים סבירים תקינים ונורמליים, משך חמש שנים והשפעת כל אלה על מצבה הנפשי והרגשי גם לאחר מכן".⁷² בסך הכול, נפסקו לתובעת 90,000 שקל. במקרה אחר, נפסקו לאישה שתבעה את בעלה לשעבר בגין מעשי תקיפה שונים פיצויים שהועמדו על סך 33,000 שקל בהתייחס לנזקה הלא-ממוניים.⁷³ פסקי דין נוספים התייחסו לתביעות נזיקין בגין נזקים שנלוו להליכי גירושין. כך, למשל, בית המשפט לענייני משפחה קיבל תביעת נזיקין שהגישה אישה נגד בעלה, שסירב לתת לה גט במשך תקופה ממושכת.⁷⁴ בפסק הדין נקבע כי "הנתבע גזר על האישה בדידות, העדר זוגיות אינטימיות וחי אישות עם בן המין השני. התובע פגע קשות באוטונומיה

69. עם זאת, לפי שעה החקיקה המאפשרת תביעה של צדדים פרטיים מתייחסת לפעילות שיש לה היבט ציבורי (אף כי מבחינת החלוקה הפורמלית בין פעילות שלטונית לפעילות פרטית היא נחשבת לפרטית). סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים קובע, כי "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי, הורות או מוגבלות".

70. ראו, למשל, ת"א (חי') 67468/96 פלונית נ' Sears, פ"מ תש"ס(3) 420. במקרה זה התביעה לא נידונה לגופה, מאחר שהדיון יחד לשאלת אחריותה של ממשלת ישראל, שהתוקף שירת בצבאה.

71. תמ"ש (י"ם) 18551/00 ק.ב. נ' ק.מ. (טרם פורסם).

72. שם, בסיכום פסק הדין.

73. תמ"ש (ת"א) 54452/96 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם). שאלה נבדלת היא אם סכומי פיצויים אלה הולמים את הפגיעות הקשות המתארות בפסקי הדין. השאלה של הערכת פיצויים תידון בפרק ז להלן.

74. תמ"ש (י"ם) 19270/03 ב.ש. נ' ב.ב. (טרם פורסם).

של התובעת, בזכותה לממש את עצמה, ופגע בכבודה, בהירותה, תוך שגרם לה נזק נפשי גדול.⁷⁵ בהמשך לכך נפסקו לתובעת פיצויים בסך 425,000 שקל.⁷⁶ בפסק דין אחר התקבלה תביעתה של אישה מוסלמית בגין הנזק שגרמו לה גירושין שנעשו על כורחה, על סמך העוולה של הפרת חובה חקוקה.⁷⁷ במקרה זה נפסקו לתובעת 50,000 שקל בלבד.⁷⁸ במקרים מיוחדים, אותה מערכת עובדתית יכולה לשמש בסיס לתביעה נגד גורמים פרטיים ורשויות גם יחד. הכוונה למצבים שבהם המעוולים הפוגעים בזכויות הם פרטים, אך הרשויות נהפכות לשותפות לפגיעה זו בשל מהדל מתמשך להגן על הניזוקים – למשל, כאשר המשטרה נמנעת מלהתערב לטובת מי שסובלים מאלימות והתנכלויות או כאשר רשויות הרווחה נמנעות מלהתערב לטובת ילדים הסובלים מהתעללות. הטלתה של אחריות במקרים אלה אינה אמורה להיות מעשה שבשגרה. עם זאת, הכרה עקרונית באפשרות זו מתחייבת מן ההכרה בכך שעל הרשויות מוטלת גם חובה אקטיבית להגן על זכויות, ולא רק חובה להימנע מלפגוע בהן. בית המשפט העליון הכיר באחריות מסוג זה בפרשת וייס, שכבר נזכרה לעיל.⁷⁹ עם זאת, טרם התבררה די צורכה השאלה מהו הסף התחתון שבהתקיימו תיחשבנה הרשויות שותפות לפגיעה בזכויות, שנגרמה במישרין על ידי גורמים פרטיים.⁸⁰

75. שם, בפסקה 82.

76. שם, בפסקה 93. לתביעות על רקע סרבנות גט, ראו עוד יחיאל קפלן ורונן פרי, "על אחריותם בנוזקין של סרבני-גט" *עיוני משפט* כח (תשס"ה) 773; יפעת ביטון, "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי, והפער המסוכן שביניהם – מענה לרונן פרי וליחיאל קפלן", *עיוני משפט* כח (תשס"ה) 871.

77. תמ"ש (נצ') 4790/00 פלונית נ' אלמוני (תשס"ה) 871.

78. פסק הדין התקדימי שהכיר באפשרות של חיוב בנוזקין בגין הפרתו של האיסור הפלילי לגרש אישה בניגוד לרצונה (הקבוע בסעיף 181 לחוק העונשין) הוא ע"א פולטאן (לעיל, הערה 36). פסק הדין יוחד לדיון עקרוני בשאלה אם הוראת חוק עונשית יכולה לשמש בסיס לתביעה בעילה של הפרת חובה חקוקה. בשל כך לא הייתה בו התייחסות לשאלות הנוגעות להגדרת הנזק ולהיקפו. כמו כן, במקרה זה, התובעת הדגישה בעיקר את הנזקים הכלכליים הנובעים מגירושה (אם כי כתב התביעה התייחס גם לבושה, סבל וצער). שם, בעמ' 172. פסק דין נוסף של בית המשפט העליון שבו הוטלה אחריות בנוזקין בגין גירושי אישה על כורחה – ע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה (לא פורסם) – העריך את נזקה הכללי של התובעת ב-30,000 שקל, ללא דיון של ממש. שם, בפסקה 11.

79. ראו לעיל טקסט להערות 37-40.

80. בהקשר זה מעניין לעמת את פסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *E. and others v. United Kingdom* (not yet published), שהכיר באחריותן של רשויות הרווחה באנגליה במקרה חמור של אי-התערבות לטובת ילדים שסבלו מהתעללות קשה מצד בן זוגה של אמם, עם עמדתו של בית המשפט העליון של ארצות-הברית בעניין *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services* 489 U. S. 189, 109 S. Ct. 998 (1989), שדחה תביעה נגד רשויות שלא התערבו לטובתו של ילד שסבל מהתעללות קשה מצד אביו.

ו. תביעות פיצויים חוקתיות והשאלה של הגנות וחסינויות

את הדיון בתביעות פיצויים בגין הפרות של זכויות אדם יש לקיים תוך הסתייעות בעקרונות הכלליים של דיני הנזיקין, למשל בכל הנוגע להתוויית היקפן של ההגנות והחסינויות של הרשויות ועובדיהן. אם עילת התביעה מבוססת על עוולת הרשלנות, תחולתם של ההסדרים מתחום דיני הנזיקין היא ישירה. לחלופין, גם אם התביעה בגין הפרתן של זכויות אדם מבוססת על עילה מן המשפט הציבורי, נכון יהיה להתנות אותה באשם,⁸¹ כפי שכבר הוסבר, וממילא ניתן יהיה להזקק לעקרונות דיני הנזיקין בדרך ההיקש. הדיון בשאלת ההגנות והחסינויות הוא חשוב ביותר, מאחר שהוא משפיע על היקפה של האחריות.⁸² באופן מסורתי, פעולות מזיקות שעשו עובדי ציבור נידונו לפי דיני הנזיקין וגררו אחריות בנזיקין הן של העובדים והן של הרשויות בנסיבות שבהן הפעולות נעשו ברשלנות או תוך חריגה מסמכות שלא בתום לב.⁸³ אכן, במרבית המקרים רק הרשות הנוגעת בדבר נשאה בפועל בעול התשלום, אך להלכה גם עובד הציבור נשא באחריות משפטית. פוטנציאל האחריות האישית של עובדי הציבור במסגרת הסדר זה נחשב למרתיע יתר על המידה ושימש, לצד גורמים נוספים, כקטליזטור להצעת רפורמה.⁸⁴ ההצעה הבשילה לכדי הכנסת תיקון בפקודת הנזיקין,⁸⁵ לפיו האחריות לנזקים שגורמים עובדי ציבור חלה ברגיל רק על הרשויות.

ראו עוד: Bernhard Hofstotter, "European Court of Human Rights: Positive Obligation in E. and others v. United Kingdom", 2 I.CON – *International Journal of Constitutional Law* 525 (2004).

81. כך, כאמור, תהיה שונה התביעה בגין הפרה של זכויות אדם מן התביעה בגין הטלת חיוב כלכלי מוגדל על הפרט, שאינה צריכה להיות מבוססת על אשם. השוו לעיל פרק ג.
82. על דרך ההשוואה ניתן לציין, כי במשפט האמריקני היקף החסינויות העומדות לרשות ולעובדיהן מפני תביעות נזיקין חוקתיות הוא רחב מאוד, עד כדי פגיעה חלקית באפקטיביות של תביעות אלה. ראו ברק'ארזו (לעיל, הערה 2), בעמ' 124-133.
83. סעיף 7 לפקודת הנזיקין, שקבע את מסגרת האחריות של עובדי הציבור עצמם, וסעיף 3 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, ס"ח 339 (להלן: חוק אחריות המדינה), שחל על אחריות המדינה, קבעו עקרונות חופפים אלה. סעיף 7א (א) לפקודת הנזיקין הורה כי: "עובד ציבורי אחראי לכל עוולה שעשה, ואם ייתבע לדין על כך, ייתבע אישית; אולם... תהא לעובד הגנה בכל תובענה שאינה על רשלנות, אם המעשה היה בתחום סמכותו כדין או שעשהו בתום לב כסבור שהוא פועל בתחום סמכותו כדין". בדומה לכך, לפי סעיף 3 לחוק אחריות המדינה: "אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, או בתום לב תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית; אולם אחראית היא על רשלנות שבמעשה".
84. ראו הצעת חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) (אחריות עובדי הציבור), התשס"ג-2002, ה"ח 134. רפורמה זו נכללה גם בהצעת הקודקס האזרחי בסעיפים 444 ו-453-460. לגרסה מוקדמת של הצעה זו, ראו גלעד (לעיל, הערה 58), בעמ' 93-96.
85. חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10), התשס"ה-2005, ס"ח 950. דיון מפורט במשמעויותיה של רפורמה זו, גם בהתייחס לתביעות שאינן נסבות על פגיעה בזכויות אדם, חורג ממסגרת המאמר.

להוציא מקרים שבהם עובד הציבור נהג "ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו..."⁸⁶, התביעה תתנהל נגד הרשות בלבד (בכפוף לאפשרות לחזור ולהיפרע מעובדי ציבור שפעלו תוך "סטייה חמורה מהתנהגות ראויה").⁸⁷ הסדר חדש זה מבטא איוון ראוי המונע הרתעת יתר של עובדי ציבור או יצירת אווירה של הססנות מלפעול.⁸⁸

משמעות החלתו של הסדר החסינות הנוזקי בהקשר החוקתי היא, שלא כל פגיעה בזכות אדם תהיה מלווה בסעד (מאחר שחסינותן של הרשויות משתרעת גם על מצבים שבהם הופרו זכויות, אם ההפרה לא הייתה רשלנית בנסיבות העניין). אף על פי כן, יתרונותיה של האחריות המסויגת רבים מחסרונותיה. מלבד חסרונותיה הרגילים של הרתעת יתר חשוב לציין, כי הטלת אחריות מוחלטת בגין הפרות חוקתיות עלולה להרתיע את בתי המשפט מלהכיר בהפרות של זכויות ולגרום בכך בעקיפין לפרשנות מצמצמת ביחס להיקף השתרעותן של הזכויות. פרופ' Jeffries כבר הצביע על כך שהתניית האחריות החוקתית באשם תורמת להתפתחותו של המשפט החוקתי, משום שהיא אינה מרתיעה את בתי המשפט מלהכיר בהפרות.⁸⁹

ניתן להוסיף, כי במקרים שבהם תחויב הרשות בתשלום פיצויים ללא אשם, בגין הטלתו של נטל כספי מיוחד על הפרט,⁹⁰ לא יחול משטר ההגנות והחסינויות של דיני הנוזקין.⁹¹

86. סעיף 7א החדש לפקודת הנוזקין.

87. סעיף 17 החדש לפקודת הנוזקין.

88. אמנם ללא הטלת אחריות אישית על עובדי ציבור ניתן לכאורה לחשוש מפני הרתעת חסר, אולם קיימים תמריצים אחרים המעודדים עובדי ציבור לשאוף לביצוע מיטבי של תפקידם: סיכויי קידום, סנקציות משמעותיות ועוד. על כן, נראה שיש לייחס יתר משקל לחשש מפני הרתעת יתר במשטר משפטי שמכיר באחריות האישית של עובדי ציבור לפעולות רשלניות שלהם.

89. John C. Jeffries, Jr., "The Right-Remedy Gap in Constitutional Law", 109 *Yale L. J.* (1999) 87. טענה זו מודגמת במאמר באמצעות פסק הדין בעניין *Brown v. Board of Education* (1954) 347 U. S. 483, 74 S. Ct. 686 שהצהיר על אי־חוקתיותה של ההפרדה במערכת החינוך האמריקנית. לפי הטענה, לו ההצהרה בפסק הדין הייתה כרוכה בפסיקת פיצויים בגין העבר, ייתכן שבית המשפט היה נזהר יותר ונמנע מהצהרה גורפת בדבר אי־חוקתיותה של הפרקטיקה הנוהגת. דוגמה ספציפית זו דווקא מעוררת קושי לנוכח עצמת הפגיעה שנידונה בעניין *Brown* והסירוב העקשני של הרשויות לשנות את מדיניות ההפרדה בשנים שקדמו לפסק הדין. לגישות אחרות התומכות באחריות מוחלטת בגין הפרות חוקתיות ראו, למשל: Akhil Reed Amar, "Of Sovereignty and Federalism", 96 *Yale L. J.* (1987) 1425; Mark R. Brown, "The Demise of Constitutional Prospectivity: New Life for Owen?", 79 *Iowa L. Rev.* (1994) 273.

90. כאמור, בחינה מפורטת של סוגיה זו חורגת מתחום הדין הנוכחי, שמתמקד בהגנה על זכויות אדם מפני פגיעה, ולא בהגנה מפני חלוקה לא־שוויונית של הוצאות פעולותיה של הרשות המנהלית. ראו גם לעיל פרק ג.

91. עם זאת, השימוש בעילה זו יחייב פיתוח הדרגתי של העקרונות הכלליים שיחולו עליה,

במקרים אלה תישא באחריות הרשות בלבד, ולא עובדיה, וזאת מאחר שהטעם לחיוב הוא הרצון לחלק באופן שוויוני את מחירה של הפעולה שנעשתה לטובת כלל הציבור, ולא לטובת העובדים.

ז. תביעות פיצויים חוקתיות והערכת הפיצויים

כפי שכבר צוין, נהוג להזכיר כשיקול נגד ההכרה בתביעות פיצויים חוקתיות את הקשיים הכרוכים בפסיקת פיצויים בגין נזקים לא־ממוניים, וזאת על יסוד ההנחה שבמקרה הטיפוסי, הנזק העיקרי שיידון בתביעות מסוג זה לא יהיה נזק ממוני. בלי לבטל קשיים אלה, יש למקד את הדיון בכך שקשיים הכרוכים בהערכת נזקים לא־ממוניים אינם נחשבים לשיקול המונע פסיקת פיצויים בהקשרים אחרים. על כן אין לראות בהם טעם לשלילת ההכרה באחריות גם כאשר התביעה מתמקדת בפגיעה בזכויות אדם, שלא הוכרה בעוולות ספציפיות. על כך ניתן להוסיף, כי גם בהקשר החוקתי ניתן לצפות נזקים ממוניים, למשל כאשר הרשות שוללת רישיון עסק מטעמים מפלים.

פסיקת פיצויים בגין נזקים לא־ממוניים אינה זרה לדיני הנוזיקין המסורתיים. אלה מכירים בפיצויים שאינם מבוססים על מדד אובייקטיבי הן בהקשר של פיצוי בגין כאב וסבל והן בהתייחס לפיצויים בגין עלבון ועגמת נפש (הנהוגים בתביעות בגין הוצאת לשון הרע או פגיעה בפרטיות).⁹² על כך חשוב להוסיף, כי הפסיקה מגלה פתיחות גוברת להעלאה הדרגתית של רף הפיצוי בגין כאב וסבל. פסקי הדין שעסקו בשאלה זו נסבו על אירועים שבהם נגרם גם נזק גוף, אולם במישור העקרוני, ראש הנזק של כאב וסבל הוא נפרד ועצמאי.⁹³

לעתים גם באמצעות היקש מדיני הנוזיקין. כך, למשל, ניתן לחשוב על שימוש בעיקרון של "זוטי דברים" כדי למנוע ריבוי תביעות בגין פיזור לא־שוויוני של הנטלים השלטוניים.
92. ראו, למשל, רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510, בעמ' 525 (לדברי השופט ברק: "בפסיקת פיצויים בגין לשון הרע יתחשב בית־המשפט, בין היתר, בהיקף הפגיעה, במעמדו של הניזוק בקהילתו, בהשפלה שסבל, בכאב ובסבל שהיו מנת חלקו ובתוצאות הצפויות מכל אלה בעתיד. הבחינה היא אינדיווידואלית. אין לקבוע 'תעריפים'. בכל מקרה יש להתחשב בטיב הפרסום, בהיקפו, באמינותו, במידת פגיעתו ובהתנהגות הצדדים"); ע"א 2668/97 רופין נ' גלובס פבלישר עיתונות (1983) בע"מ, פ"ד נה(1) 721 (פסיקת פיצויים במקרה של הוצאת לשון הרע גם בלא הוכחת נזק מיוחד).

93. בע"א 2055/99 פלוני נ' הרב ניסים זאב, פ"ד נה(5) 241, בעמ' 274 נדרש השופט ברק לאפשרות של העלאת רף הפיצוי בגין ראש נזק זה בעניינו של תובע שנגרמה לו נכות באיבר המין בגין ביצוע רשלני של ברית מילה (שם, בעמ' 274). לעומת זאת, בע"א 398/99 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' דיון, פ"ד נה(1) 765 נפסקו פיצויים בשיעור 600,000 שקל (לפני ריבית והצמדה) בגין נזק לא־ממוני, שלא היה מלווה בנזק פיזי. התובעים היו בני זוג שעל סמך עצה רפואית מוטעית החליטו להפיל את עוברם המשותף, ולאחר מכן לא הצליחו

בנוסף, החקיקה החדשה מכירה באפשרות של פסיקת פיצויים בגין נזק לא־ממוני, למשל בהקשר של הפליה בקבלה לעבודה.⁹⁴ בחלק מדברי החקיקה תוצאה זו מושגת באמצעות הכרה באפשרות של תביעת פיצויים ללא הוכחת נזק בסכום של 50,000 שקל.⁹⁵ כן ראוייה לציון בהקשר זה התייחסותה של הצעת הקודקס האזרחי לאפשרויות של פסיקת פיצויים בגין נזק שאינו נזק ממון⁹⁶ ופסיקת פיצויים המתחשבים ככוונתו של המפר להזיק לנפגע.⁹⁷

להביא לעולם ילד משותף. אמנם התביעה התייחסה לאירוע שהיה כרוך בפרוצדורה רפואית, אך היא לא נסבה על נזקי הגוף, ופסיקת הפיצויים אף לא הבחינה בין התובעת (שהפרוצדורה המיותרת של ההפלה בוצע בגופה) ובין התובע. על כך ניתן להוסיף, כי בע"א וייס (לעיל, הערה 37) נפסקו פיצויים בהיקף ניכר למשפחה שסבלה מהתעללות נמשכת של שכנים. במקרה זה נגרמו למשפחה נזקי רכוש ונזקים כספיים, אך הפיצוי לא הוגבל לנזקים אלה בלבד. בגין הנזק הלא־ממוני שנבע מן ההתנכלויות נפסקו לתובעים 600,000 שקל, וזאת נוסף על פיצויים שנפסקו בגין ראשי נזק אחרים, לרבות פיצויים בסך 100,000 שקל בגין הוצאת לשון הרע. למגמות אלה בפסיקה, ראו גם ישראל גלעד ואהוד גוטל, "על הרחבת האחריות בנויקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי", *משפטים* לד (תשס"ד) 385, בעמ' 408. השופט ריבלין מתייחס אף הוא למגמות אלה במאמר מפרי עטו, אך התייחסותו לנזקים לא־ממוניים מתמקדת במצבים שבהם נגרם לתובע נזק גוף. ראו אליעזר ריבלין, "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה", *ספר שמוגר* (חלק ג) (מיכל לוצקי, רון ורד וכפיר מזרחי – עורכים, לשכת עורכי הדין, תשס"ג) 21, בעמ' 43-62. לעומת זאת, בהקשר הדיון הנוכחי נודעת חשיבות להכרה בפיצויים בגין נזקים לא־ממוניים מחוץ להקשר המקובל של פיצויים בגין נזקי גוף.

94. ראו סעיף 10(א)1 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה; סעיף 33(א)2 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, ס"ח 63. לפיצויים במקרים של הפליה בעבודה ראו עוד דב"ע נו/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481; שלומית יניסקי־ריבד, "תמורות במשפט העבודה ותיאורית הצדק הרולסיאנית", *קרית המשפט* ד (תשס"ד-תשס"ה) 403, בעמ' 452-453.

95. ראו סעיף 10(א)1 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה; סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע; סעיף 6(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית; סעיף 5(ב) לחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים. יצוין, כי המודל של פסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק יושם גם לשם הגנה על אינטרסים כלכליים, תוך קביעת רף פיצויים גבוה יותר. ראו סעיף 13(א) לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, ס"ח 146.

96. לפי סעיף 563 להצעת הקודקס האזרחי: "נגרם לנפגע נזק שאינו נזק ממון, והוא אינו תוצאה של נזק לגוף, רשאי בית המשפט לפסוק לו פיצויים בשל נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין".

97. לפי סעיף 564(א) להצעת הקודקס האזרחי: "בית המשפט רשאי לפסוק לנפגע פיצויים שאינם תלויים בנזק, אם מצא שההפרה נעשתה בודון, כשעיקר כוונתו של המפר היתה הפגיעה בנפגע".

ניתן להעריך, כי הדיון בתביעות פיצויים חוקתיות יתרום לפיתוח מעמיק יותר של תורת הפיצוי בגין נזקים לא-ממוניים.⁹⁸

מבין פסקי הדין שעסקו בנזקים שגרמו רשויות ראוי להזכיר את ע"א גורדון, שבו הוכרה האפשרות לתבוע בגין הטרדה, גם כאשר היא לא נלוותה לנזק פיזי (כלומר, לא הייתה "פרזיטית" לנזק כזה, בלשון הטכנית של דיני הנזיקין),⁹⁹ ואת ע"א אבנעל שהכיר במישרין באפשרות לפצות בגין נזק לא-רכושי אשר נגרם בשל התנהגות לא נאותה של הרשויות.¹⁰⁰

ח. תביעות פיצויים חוקתיות: הדיון בתביעות בערכאה ראשונה ופיתוח המשפט בבית המשפט העליון

חיובן של רשויות בפיצויים בגין הפרה של זכויות חוקתיות טרם זכה לדיון מקיף בבית המשפט העליון – חרף הזמן שחלף מאז נידונה אפשרות זו בספרות המשפטית ולמרות התפתחותו המהירה של המשפט החוקתי מאז נחקקו חוקי היסוד בנושא זכויות האדם. מה ניתן ללמוד מכך? האם משתמעת מכך דחייה שקטה של אפשרות זו? הערכתי היא שונה. יש דווקא בסיס לדעה, שהעיקרון של פיצוי כספי בגין הפרתן של זכויות חוקתיות נקלט במשפט הישראלי.

נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק, הביע את תמיכתו העקרונית בפסיקת פיצויים חוקתיים בספרו על "פרשנות חוקתית", בשער שהוקדש לסוגיית התרופות החוקתיות.¹⁰¹ גם לגישתו של ברק, ההכרה בזכויות החוקתיות חייבת להיות מלווה בסעד למעשה, ברק היה מוכן לאמץ בעניין זה את הגישה המרחיבה ביותר – זו שגוזרת את הסעד הכספי מן ההכרה בזכות עצמה – אף בלא התבססות פורמלית על פקודת הנזיקין. לשיטתו, הדרך שניתן לפסוע בה בהקשר זה היא תביעה מכוח הזכות עצמה, כפי שעשה בית המשפט העליון בעניין אחר, בפסק דינו המוקדם בעניין ארמה.¹⁰²

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), פיצויים לפי סעיף זה לא יעלו על 100,000 שקלים חדשים".

98. להצעות בתחום זה, ראו: יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות", בחוברת זו.

99. ע"א גורדון, (לעיל, הערה 53), בעמ' 138. חשוב להוסיף, כי פסק דין זה גם עסק, מבחינת נסיבותיו, במקרה של הפעלה פוגענית של סמכויות שלטוניות כלפי הפרט, עד כדי ביצועו של מעצר לא מוצדק. עם זאת, ניסוחו של פסק הדין מתמקד בהפעלה הרשלנית של הסמכויות ומדגיש פחות את הפגיעה בזכויות יסוד.

100. ע"א אבנעל (לעיל, הערה 41), בפסקאות 18-19.

101. ברק (לעיל, הערה 63), שער תשיעי, בעיקר בעמ' 785-792.

102. ע"א 140/53 ארמה בע"מ נ' לוי, פ"ד ט 1666. הלכה זו, שהכירה בעילת תביעה שאינה מבוססת על פקודת הנזיקין, נחשבה לשנויה במחלוקת בפסיקה ובספרות המשפטית. ברק

ניתן להצביע על פסקי דין של בית המשפט העליון, אשר מבטאים אהדה ברורה לרעיון של תביעות פיצויים חוקתיות נגד רשויות השלטון, אף שלא דנו בו במישרין. מגמה זו עולה למשל מפסקי הדין הרבים, שנידונה בהם השאלה של פיצויים לנאשם שזוכה על פי סעיף 80 לחוק העונשין (אם כי בלא הכרעה מחייבת).¹⁰³ דוגמה מרכזית לפתיחות הגוברת לרעיון של אחריות בנוזקין בגין פגיעה בזכויות חוקתיות ניתן להביא מע"א דעקה.¹⁰⁴ במקרה זה הוגשה התביעה על ידי מטופלת שנותחה בכתפה בלי שהתבקשה הסכמתה לניתוח (וזאת בניסבות שבהן נותחה ממילא ברגלה). הניתוח נעשה מטעמים רפואיים, אך הרופאים חטאו בכך שלא ביקשו את הסכמתה של החולה לפרוצדורה. התביעה הוגשה לאחר שהניתוח לא הוכתר בהצלחה. עריכתו של ניתוח ללא הסכמה העמידה מאז ומתמיד עילת תביעה בנוזקין, כתיקפה או כפעולה רשלנית. הקושי שהתעורר במקרה זה התייחס לקשר הסיבתי בין מעשה העוולה לנזק, אמנם הניתוח גרם לחולה נזק, אך קרוב לוודאי שהיא הייתה מסכימה להצעת הרופאים לבצעו, מאחר שממילא הייתה צריכה להיעשות בה הרדמה כללית לצורך פרוצדורה אחרת. בהנחה שהניתוח נעשה ברמה המקצועית הנדרשת, הרי שלכאורה אין קשר סיבתי בין העוולה לנזק הגוף שנגרם לתובעת, וזאת בהנחה שניתוח דומה בהסכמה לא היה משמש בסיס לתביעה (אם לא בוצע ברשלנות). עם זאת, שופטי הרוב בבית המשפט פסקו לתובעת פיצויים בשל הפגיעה בזכותה לאוטונומיה – בשל כך שנעשתה בה פעולה רפואית שלא בהסכמה, ולא בשל תוצאת הניתוח. השופט אור הדגיש בפסק דינו את הממד החוקתי של ההכרעה. לדבריו: "השאלה הראשונה אשר יש להתייחס אליה בעניין זה היא, אם הנזק הכרוך בפגיעה בכבודה של המערערת ובאוטונומיה שלה הוא 'נזק' כמובנו בפקודת הנוזקין [נוסח חדש]. לדעתי, יש להשיב לשאלה זו בחיוב... אני סבור, על רקע זה, כי יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר-פיצוי בדיני הנוזקין. הפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי-כיבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נכנסת לגדר הגדרת 'נזק'

סבור כי יש מקום לאמץ אותה, לפחות בכל הנוגע להכרה בתביעות פיצויים חוקתיות נגד

רשויות. ראו ברק (לעיל, הערה 63), בעמ' 791.

103. למשל, בע"פ 1767/94 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 505, שבו נידונה פרשנותו של סעיף 80(א) לחוק העונשין, כתב השופט ברק כך: "אינטרס הפרט ואינטרס הציבור מחייבים כי בניסבות מסוימות תזכנה לפיצוי אותן הפגיעות בזכויות היסוד של הנאשם שזוכה, פגיעות שנגרמו עקב העמדתו לדין... ודוק: אין בדבריי אלה משום הכרה בעילת תביעה עצמאית ('עוולה חוקתית') לנאשם שזוכה, על יסוד פגיעה בזכויות היסוד שלו. שאלה זו אינה נצרכת במקרה דנן ועליכן יש להשאירה בצריך עיון. בה בעת, עצם העובדה, כי תחילתו של ההליך הפלילי הביאה לפגיעה בזכויות היסוד – ואחריתו של ההליך מניחה כי בניסבות מסוימות אותן הפגיעות לא היו מוצדקות – מהווה שיקול העומד ביסוד ההוראה הקיימת בסעיף 80(א) לחוק, המקנה – בתנאים מסוימים – זכות לנאשם להיפגע מן המדינה בגין הוצאות המשפט שהוציא ונזקים שנגרמו בגין מעצרו או מאסרו". שם, בעמ' 518.

104. ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "ברמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526.

האמורה¹⁰⁵. אכן, השופט אור נמנע מלהכריע בשאלה הרחבה יותר של הכרה בעוולות חוקתיות במובן של הטלת אחריות נזיקית בגין הפרתן של זכויות אדם על ידי הרשויות. אולם, פסק דינו מבוסס על הנחות רעיוניות התומכות בהתפתחות בכיוון זה, בעיקר מבחינת התפיסה העקרונית שיש לפצות גם את מי שהפגיעה בזכויותיו אינה מוחשית. מבחינה זו יש רק להצטער על כך שסכום הפיצויים שנפסק במקרה זה לא היה משמעותי ועמד על 15,000 שקל בלבד. ראוי לציין, כי מרבית שופטי ההרכב הסכימו עם פסק דינו של השופט אור.¹⁰⁶ פסק דינה של השופטת ביניש, שחלקה על גישתה העקרונית של דעת הרוב, התמקד בחשש שההכרה בתביעה בגין פגיעה באוטונומיה של החולה תשמש דרך עוקפת לחובה להוכיח שהתובע היה מתנגד לניתוח אילו נשאל. לעומת זאת, את הדיון בעוולות חוקתיות הותירה גם השופטת ביניש בצריך עיון.¹⁰⁷

הלכת דעקה מנחה את פסיקתו של בית המשפט – הן בתביעות בגין הפרות חובות גילוי למנותחים¹⁰⁸ והן בהקשרים לא רפואיים שבהם נפגעה הזכות לאוטונומיה. ראוי במיוחד לציין בהקשר זה את פסק הדין שניתן בעניין התביעה הייצוגית שהוגשה נגד תנובה בגין הוספת סיליקון לחלב. פסק דין זה הכיר בערך של הגנה על האוטונומיה של צרכנים ביחס למזון שהם צורכים, ובכך סלל את הדרך למתן סעד גם במקרה חמור פחות בהשוואה למצבים הטיפוסיים שבעטיים מוגשות תביעות בגין הפרה של זכויות יסוד.¹⁰⁹

105. שם, בעמ' 573-574.

106. הכוונה לשופטים ברק, שלמה לוין, חשין ואנגלרד. השופטת שטרסברג-כהן הצטרפה אף היא לשופטי הרוב בעניין זה, וחלקה עליהם בעניין אחר. לשיטתה, ניתן היה לפסוק לתובעת פיצויים גם בגין נזק הגוף שנגרם לה בהתאם לסיכוי שהנתבעת הייתה מסרבת לניתוח (שנאמד ב-50%).

107. שם, בעמ' 559.

108. ראו ע"א 6153/97 שטנדל נ' פרוץ שדה, פ"ד נו(4) 746, בעמ' 759-760.

109. בע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת הקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נו(4) 673 אישרו שופטי הרוב נאור ושלמה לוין את התביעה הייצוגית נגד "תנובה" בגין הוספת סיליקון לחלב שלה. השופטת נאור כתבה בעניין זה כך: "זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. מי שרוצה למשל לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו. כך יחוש גם מי שצורך רק מזון אורגני, והתברר לו בדיעבד שמזון שפורסם כמזון אורגני איננו כזה. מי שמבקש לקנות חלב דל שומן דווקא לא יסכים עם כך שימכרו לו תוך הטעיה חלב שבו שיעור השומן גבוה, ולהפך. בכל המקרים הללו ובמקרים רבים אחרים שניתן להעלות על הדעת, ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף". שם, בעמ' 682. השופטת פרוקצ'יה בדעת מיעוט לא חלקה על העיקרון, כי אם על יישומו בנסיבות העניין, על יסוד הבחנה בין פגיעה באוטונומיה של אנשים שיש להם העדפה ברורה בנוגע למרכיבי המזון שלהם, בשל שמירת כשרות למשל, ובין מצבים אחרים. שם, בעמ' 696.

השופט אור ביטא אהדה להכרה בסעדים שתכליתם להגן על זכויות חוקתיות גם בעת שנידונה הבקשה להסרת צו איסור הפרסום ביחס לפרטי נפילתו בשבי של הקצין אלחנן טננבוים.¹¹⁰ לדבריו: "אכן, שאלה משפטית נכבדה היא אם יש להכיר בזכותו של אזרח לסעד חוקתי עצמאי מקום שבו נפגעה זכותו המעוגנת בחוקי היסוד. בית המשפט המחוזי ענה על כך בחיוב. שאלה זו (ונגזרותיה) הועלתה פעמים מספר בפסיקה, אולם היא הותרה בגדר שאלה הצריכה עיון... עם זאת מסתמנת בספרות המשפטית ובהערות אגב בפסיקה נטייה שלפיה במקום שבו הופרה זכות חוקתית עשוי להינתן סעד חוקתי".¹¹¹

כפי שכבר צוין, פסק הדין בע"א אבנעל יכול לשמש בסיס איתן להכרה באחריות הנזיקית של רשויות בגין פגיעה בזכויות. במקרה זה חויבה המדינה בתשלום פיצויים בגין חריגה מסטנדרט ההגיונות הראוי כלפי אזרחים הנתונים למרותן של רשויות מנהליות. בית המשפט סבר שהנמקה מטעה של החלטה, אשר מסווה את הטעמים האמיתיים שהיו ביסודה, ואימתן זכות טיעון נגד החלטה פוגעת, חורגים מסטנדרט ההתנהגות המחייב רשויות מנהליות ולכן מהווים התרשלות שניתן לפצות בגין נזקיה. היבט ההגנה על זכויותיו של האדם שכלפיו מופעלות הסמכויות בולט במקרה זה דווקא משום שנקבע, שהסירוב לתת רשיון יבוא היה מוצדק לגופו של עניין (אך לא ההימנעות מהנמקתו והפרתה של זכות הטיעון בקשר לכך).¹¹² עם זאת, פסק הדין בע"א אבנעל אינו כולל הנמקה רחבה המבהירה, כי ההלכה שנקבעה בו מיועדת להגנה על זכויות אדם. שיח הזכויות נעדר ממנו, תוך הדגשת היבט אי-ההגיונות בהתנהגותה של הרשות. אמנם הגיוני לסבור, כי אם בית המשפט נכון להטיל אחריות בגין אי-ההגיונות נסללת בכך הדרך להכרה באחריות בגין פגיעה מנהלית בזכויות אדם. אולם חשוב שבית המשפט עצמו יבהיר דברים אלה, במיוחד לנוכח ריחוקן של העובדות שנידונו בע"א אבנעל ממקרה טיפוסי של פגיעה בזכויות אדם (בנסיבות שבהן התובעות היו חברות, להבדיל מאנשים טבעיים).

התייחסות נוספת להכרה בתביעות בגין פגיעה בזכויות ניתן למצוא בבג"ץ המועצה האזורית חוף עזה, שבו נידונו הפיצויים למתיישבים שיועדו לפינוי על פי תכנית ההתנתקות. פסק דינם של שופטי הרוב הכיר, באופן עקרוני, בזכותם של המתיישבים לפיצוי גם מחוץ לעילות הסטוטוריות המיוחדות שהוענקו להם – בין לפי דיני הנזיקין ובין מכוח הרעיון של גזירת הסעד מן הזכות.¹¹³ אולם גם פסק דין עקרוני זה לא מיצה את הדיון בנושא, שנבחן רק לצורך הערכת חוקתיותם של הסדרי הפיצוי הסטוטוריים. ראוי להוסיף, כי בהקשר של ההתנתקות הדיון בפיצוי התמקד בהגנה על זכויות קניין, להבדיל מזכויות אדם אחרות שההיבט הכספי שלהן אינו מרכזי.

110. ע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד נח(1) 359.

111. שם, בעמ' 364. פסק הדין אינו מאזכר במפורש את הסעד הכספי, אך מהקשר הדברים ניתן להבין שהכוונה גם לכך, מאחר שבית המשפט דחה במקרה זה את הבקשה להמשיך להגן על הזכויות באמצעות מניעת פרסום (כלומר סירב לתת סעד של ציווי). לכאורה, החלטה זו מעוררת את שאלת הבחירה בין פיצויים לציווי, שנידונה לעיל בהערה 26.

112. ע"א אבנעל (לעיל, הערה 41), בפסקה 15.

113. ראו גם לעיל, הערה 30.

לעומת ההתייחסות החלקית של בית המשפט העליון לאפשרות של הכרה בתביעות פיצויים חוקתיות ניתן להצביע על עושר יחסי של פסיקה בסוגיה זו בבתי משפט של הערכאה הראשונה. הבסיס הנורמטיבי לפסיקה אינו תמיד אחיד או ברור. לעתים הפסיקה מתבססת על עוולת הרשלנות ולעתים על הפרת חובה חקוקה. ברוב המקרים מדובר בתביעות נגד רשויות שלטוניות, אך מעת לעת מדובר גם בהפרת זכויות על ידי נתבעים שהם אנשים פרטיים. עם זאת, לכל פסקי הדין שעסקו בנושא משותפת ההכרה בכך שפגיעה בזכויות חייבת להיות מלווה בסעד. כפי שכבר צוין, אחד מפסקי הדין החשובים בתחום זה ניתן עוד במחצית שנות התשעים בבית משפט השלום בירושלים בת"א נעאמנה. במקרה זה, שבו נידונה פגיעה בזכות לשוויון על ידי מפעילים של עסק פרטי שהפלו ערבים בכניסה אליו, התבססה פסיקת הפיצויים על העוולה של הפרת חובה חקוקה. פרטי ההנמקה של פסק הדין אינם נקיים מספקות, בהתחשב בכך שהזכות לשוויון אינה מעוגנת במפורש בחוק יסודי: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, פסק הדין הוא אחת החוליות החשובות של ההכרה ההדרגתית בתביעות פיצויים חוקתיות. מבחינה זו חשיבותו חורגת מעבר לפרטי הנמקתו.¹¹⁴

פסק דין מוקדם נוסף שמדגים את הרעיון של תביעת פיצויים חוקתית ביחסים שבין הפרט לרשויות השלטון ניתן על ידי השופטת פלפל בבית המשפט המחוזי בתל-אביב.¹¹⁵ במקרה זה נידונה תביעת נזיקין, שנסבה על סירוב להתיר שימוש חורג בנכס כדי שימש כמקום תפילה של כת "עדי יהוה". הטעם האמיתי לסירוב היה הסתייגות מאופיה של הכת, אם כי הוא הוצג כמבוסס על שיקולים תכנוניים (שעניינם אופיו של מדרחוב נחלת בנימין). השופטת פלפל סברה, כי שקילת השיקול הדתי הזר על ידי הרשות הייתה גם שימוש לא סביר בשיקול הדעת השלטוני, ולכן עלתה כדי רשלנות. הפיצויים שנפסקו לתובעים התייחסו להוצאות שכירתם של מקומות חלופיים לתפילה, לשכר הטרחה שנדרשו לשלם לעורך הדין וכן לעגמת הנפש שנגרמה להם (שבגינה נפסקו 20,000 שקל על פי "אומדנא דדייני").

פסקי דין נוספים התייחסו למצבים ששימשו גם באופן מסורתי בסיס לתביעות נזיקין – אירועים של תקיפה ואלימות מצד גורמי אכיפה. אולם בשונה מן העבר, הדין באירועים אלה התייחס גם לממד החוקתי של הפגיעות ולא רק לנזקים הפיזיים של התובעים. כך, למשל, בעניין אלמסרי¹¹⁶ התקבלה בבית משפט השלום בכפר סבא תביעה שהגיש תושב טול כרם שהוכה על ידי חיילי מג"ב בלא הצדקה. התביעה הוגדרה כמבוססת על רשלנות, אך יכולה הייתה להתבסס גם על עוולת התקיפה (אלמלא הבעיה של ייחוס אחריות שילוחית לפי עוולה זו). השופט אמיר ציין בפסק דינו, כי אינו רואה צורך להתייחס לשאלה של אחריות חוקתית נפרדת, אך בפועל נדרש לפן החוקתי של התביעה בכך שפסק

114. ראו עוד לעיל, הערות 65-66.

115. ת"א (ת"א) 1161/93 איינשטיין נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, תל-אביב (לא פורסם – עותק שמור בידי המחברת).

116. ת"א (כ"ס) 7634/96 אלמפרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם – עותק שמור בידי המחברת).

פיצויים גם בגין "הסבל הנפשי הכרוך בהשפלה"¹¹⁷. לדבריו, "גם אם אין לנו עניין בעוולה חוקתית אלא בדיני נזיקין קונבנציונאליים – הערך המוגן של הזכות החוקתית ושל כבוד האדם בפרט, זוכה וצריך לזכות כעת למשקל עודף, בכל הנוגע לפסיקת הפיצויים על הנזק הלא-ממוני"¹¹⁸. בסופו של דבר נפסקו לתובע פיצויים בסך 100,000 שקל בגין הנזק הלא-ממוני, על כל מרכיביו – הפיזיים והנפשיים. בדומה לכך, בעניין **סיאם**¹¹⁹ פסק השופט יואל צור מבית משפט השלום בירושלים פיצויים, לרבות פיצויים עונשיים, לתושב סילוואן שהותקף בידי שוטרי מג"ב אשר התעללו בו. בעניין **עצאירה** קיבל בית משפט השלום בירושלים תביעה נגד המשטרה, שנמנעה מלחקור אירוע של התנכלות למשפחה פלסטינית.¹²⁰ התביעה התייחסה הן לנזק הראייתי שנגרם לתובעים בשל אי-זיהוי התוקפים והן לפגיעה בכבוד האדם שלהם עקב הזלזול המשטרתי בעניינם. השופט יעקובי קיבל את התביעה והכיר בזכותם של התובעים לפיצוי גם בלא הוכחת נזק מדויקת, תוך שסכום הפיצויים נקבע בדרך האומדן.¹²¹ בסך הכול נפסקו לתובעים פיצויים בסך 30,000 שקל. פסק דין נוסף שנסב על פגיעה בזכויות שביצעה המשטרה ניתן בת"א רזה.¹²² במקרה זה, התובעת נעצרה על ידי קצין משטרה עקב תלונות שהוגשו נגדה, בלי שהדבר היה דרוש, ובמהלך מעצרה אף לא נחקרה. השופט בן חיים קיבל את התביעה בהסבירו, שהתנהגות המשטרה במקרה זה חטאה לחובה לכבד את חירותה של התובעת – בין שעילת התביעה היא כליאת שווא ובין שהיא הפרתה של חובת הזהירות המוטלת עליה.¹²³ לתובעת נפסקו 10,000 שקל, לפי "הערכה של מידת עוגמת הנפש, חוסר האונים ואבדן הנוחות הפיזית שנגרמו לתובעת בעת חבישתה במעצר ולצדם של אלו יש ליתן ביטוי ולו סמלי לתחושת אבדן החירות, קצר ככל שהיה".¹²⁴ בת"א קולוויץ,¹²⁵ שבו נידונה תביעה בגין מעצר משטרתי שלא כדין (בעילות של כליאת שווא ותקיפה), נפסקו לתובע פיצויים בסך 50,000 שקל על הנזק הלא-ממוני שנגרם לו, תוך הדגשת "החומרה בשלילת החירות – הזכות הניצבת בראש זכויות היסוד", לצד הפגיעות הגופניות בו.¹²⁶ בת"א דרור¹²⁷ נפסקו לתובעת 30,000 שקל בגין מעצרה הרשלני, בלא עילה חוקית.¹²⁸ ניתן להוסיף,

117. שם, בפסקה 27.

118. שם, בפסקה 38.

119. ת"א (י"ם) 11405/91 **סיאם נ' ג'דקר** (לא פורסם – עותק שמור בידי המחברת).

120. ת"א (י"ם) 5122/99 **עצאירה נ' מדינת ישראל**, פ"מ תשס"ב(3) 289.

121. שם, בפסקה 47, עמ' 308.

122. ת"א (ת"א) 46575/01 **רזה נ' מדינת ישראל**, פ"מ תשס"ב(3) 445 (להלן: ת"א רזה).

123. שם, בעמ' 454.

124. שם, בעמ' 456-457.

125. ת"א (י"ם) 6957/00 **קולוויץ נ' סמואל**, פ"מ תשס"ג(3) 1 (להלן: ת"א קולוויץ).

126. שם, בעמ' 11.

127. ת"א (חי') 14036/97 **דרור נ' אנגל** (לא פורסם – עותק שמור בידי המחברת) (להלן: ת"א דרור).

128. שם, בפסקה 13.

כי המודעות למשמעות הסימבולית והמעשית של התביעות החוקתיות היא נרחבת הרבה יותר מן הניכר, לעת עתה, בפסקי הדין. עם זאת, הדיון בתביעות אלה נעשה תחת מצטה של חוסר ודאות לגבי היקף ההכרה בהן.¹²⁹ תביעות פיצויים נוספות בגין הפרת זכויות חוקתיות עדיין נמצאות בשלבי בירור בבתי המשפט השונים.¹³⁰

ניתן להוסיף, כי מגמה דומה של הכרה בתביעות כספיות במקרה של הפרת זכויות יסוד באה לידי ביטוי בפסיקתם של בתי הדין לעבודה. כך, למשל, בית הדין הארצי לעבודה פסק פיצויים בגין עגמת הנפש והתסכול שנגרמו לעובד בכיר שהועבר מתפקידו תוך פגיעה בכללי המנהל התקין ובחובת ההגנות.¹³¹ השופטת אלישבע ברק, עמה הסכימו רוב השופטים, כתבה בהקשר זה: "יש לדעתי לראות בהתנהגות שלא כדין של השלטון עילה נפרדת המצדיקה את פיצויו של האזרח".¹³² במקרה אחר נפסקו פיצויים לעובד שעבודתו הופסקה, על רקע חשד למעורבות בפרשת שוחד, בשל כך שהחלטה בעניינו התקבלה בלא הליך של שימוע.¹³³

כיצד ניתן להסביר את הפער בין הערנות הרוחשת בנוגע לתביעות פיצויים חוקתיות או תביעות בעלות היבטים חוקתיים בבתי המשפט השונים ובין היעדרה של פסיקה מנחה בתחום זה בבית המשפט העליון? להערכתי ניתן להצביע על כמה גורמים שפעולתם המשותפת תורמת לתוצאה מאכזבת זו. ראשית, תביעות פיצויים חוקתיות, בשונה מהליכים אחרים בתחום המשפט הציבורי, מתחילות במקרה הרגיל בבית משפט השלום. זאת, בשונה מעתירות מנהליות או חוקתיות שנידונות בבית המשפט העליון בשיבתו ככג"ץ, ובשנים

129. כך, למשל, בבר"ע (ת"א) 2187/03 סמבאן נ' שב"ם (טרם פורסם) נדחה ערעור של אסיר לשעבר על פסק דין, שבו נדחתה תביעה שהגיש בגין הטיפול בו בעת ששהה במאסר. הנמקתו של פסק הדין מבוססת על כך שהטיפול הלא תקין בתובע לא גרם לו נזקים של ממש, אך גם על הקביעה המשפטית שטרם הוכרה בפסיקה "עילת פיצויי מכה ז' אי קיום חובות רשות שלטונית". בהקשר זה, מפנה פסק הדין לע"א אבנעל (לעיל, הערה 41), שבו הושארה בצריך עיון שאלת ההכרה בעילת תביעה מכוח המשפט הציבורי.

130. ראו, למשל, ת"א (כ"ס) 5244/02 בוגלה נ' משרד החינוך, פ"מ תשס"ב(3) 145 (החלטה בבקשת פטור מאגרה בהתייחס לתביעה על סך מיליון שקל שהתבססה על טענות של הפליה וגזענות במערכת החינוך), ת"א (נצ" 759/03 (בש"א 2091/03) אבו נחלה נ' מדינת ישראל (הליך תלוי ועומד) (תביעה לפיצוי בגין הלנת אסירים ועצירים בלא מיטה תוך פגיעה בזכויותיהם החוקתיות, עם בקשה לאשרה כתובענה ייצוגית).

131. ע"ע 360/99 בהן – מדינת ישראל, פד"ע לח 1.

132. שם, בעמ' 11.

133. ע"ע 117/03 חורב – נציבות שירות המדינה (טרם פורסם). בפסק הדין נקבע, כי בנסיבות העניין אין מקום להורות על החזרתו של התובע לעבודה, אך יש לפסוק לו פיצויים בסכום השווה לארבע משכורות. ראו גם ע"ע (ת"א) 304447/97 פלוני – מדינת ישראל, פד"ע לח נו. גם במקרה זה הוגשה התביעה על רקע פיטורין שנעשו תוך פגיעה בזכות להליך הוגן, המאפשר לעובד להציג את טיעונו. בנסיבות העניין נפסקו לתובע פיצויים בסכום השווה לשלוש משכורות.

האחרונות גם בבתי המשפט לעניינים מנהליים. עובדה זו מטילה הגבלה פורמלית על סיכוייה של תביעה חוקתית להיות נידונה בבית המשפט העליון.¹³⁴ במשפט הישראלי נוהגת שיטה של זכות ערעור אחת בלבד. על כן, הליך שהחל בבית משפט השלום יידון בבית המשפט העליון, במקרה הרגיל, רק לאחר שניתנה רשות ערעור.¹³⁵ הסיכויים לדיון בבית המשפט העליון בתביעת פיצויים חוקתית הם קלושים לא רק מטעמים משפטיים, כי אם גם, וכנראה בעיקר, מטעמים מעשיים. סכומי התביעה בתביעות פיצויים חוקתיות טיפוסיות אינם גבוהים, ועל כן רבים הסיכויים ששני הצדדים להליך יסתפקו בפסק הדין של הערכאה הראשונה. בכל מקרה, אף כדאיותו הכלכלית של ערעור אחד מוטלת על פי רוב בספק. ייתכן אף שבחלק מן המקרים התובעים כלל אינם מיוצגים.¹³⁶ תביעות הפיצויים החוקתיות הן אפוא מתחומי המשפט הצפויים לייצוג נמוך יחסית בפסיקתו של בית המשפט העליון, גם לעומת תביעות נזיקין רגילות, שנסבות על נזקי גוף משמעותיים. בכך הן חוברות לתחומי התדיינות נוספים שסובלים מתת-ייצוג בבית המשפט העליון, אף שהם מייצרים מספר הליכים רב.¹³⁷ ניתן להוסיף ולשער, כי כאשר ההתנהגות השלטונית

134. פני הדברים עשויים להיות שונים בנוגע לתביעות פיצויים המבוססות על עילה מנהלית. בית המשפט לעניינים מנהליים הוסמך לדון גם בתובענות מנהליות, לפי סעיף 5(3) לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000, ס"ח 190. לעת עתה, התוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים מתייחסת רק לתובענה מנהלית שעילתה הליכי מכרז. אולם ניתן לצפות כי במשך הזמן תורחב התוספת (בתוקף סמכותו של שר המשפטים לפי סעיף 7 לחוק), וכך יהיו סוגים נוספים של תובענות מנהליות שיוכרעו בבית המשפט לעניינים מנהליים. על פסקי דין בתובענות מסוג זה יש ערעור בזכות לבית המשפט העליון (לפי סעיף 11 לחוק).

135. ההלכה המנחה בתחום זה נקבעה בר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד (3) 123. ראוי לציין, כי יישומה הנכון של הלכה זו יחייב הענקת רשות ערעור במקרה שבו תתעורר הבעיה העקרונית של פסיקת פיצויים על יסוד עילה חוקתית, מאחר שבין המקרים שהוכרו כמצדיקים הענקתה של רשות ערעור נמנו גם "שאלות בעלות חשיבות חוקתית; נושאים, בהם יש החלטות סותרות של ערכאות נמוכות יותר, ואשר בהם טרם נפסקה הלכה על-ידי ערכאת הערעור הגבוהה ביותר, הווה אומר, מקרים, בהם יש לתרום לאחידותה של ההלכה; מקרים, בהם יש חשיבות עניינית לבעייה המשפטית המועלית בהם בין כעמדה בפני עצמה ובין מבחינת הקשרה או זיקתה לנושאים משפטיים אחרים; מקרים, בהם יש חשיבות ציבורית בעניין; במלים אחרות, מקרים, בהם החשיבות המשפטית חורגת מן העניין שיש לצדדים הישירים בהכרעה במחלוקת". שם, בעמ' 128. אולם הצורך לקבל רשות ערעור במקרים אלה מהווה, כשהוא לעצמו, חסם נוסף.

136. מבחינה זו פיתוח התחום של תביעות פיצויים חוקתיות יכול לצאת נשכר גם מרפורמות בתחום התביעות הייצוגיות ומהרחבת הנגישות לסיוע משפטי.

137. לשם השוואה, ניתן להצביע גם על ענפים משפטיים נוספים, כגון דיני השטרות, שמתאפיינים בתת-ייצוג בפסיקתו של בית המשפט העליון למרות ריבוי ההליכים שעוסקים בשאלות שהם מעוררים בערכאה ראשונה. כך, למשל, שאלות הנוגעות לנושא יומיומי כגון הגבלת סחירותם של שיקים שהוסף בהם הכיתוב "למוטב בלבד" נענו רק לאחר שנים רבות

שהתביעה נסבה עליה היא מחפירה במיוחד, גדלים הסיכויים שהפרקליטות, שגישתה ציבורית, תמליץ לרשות הנוגעת בדבר להתפשר.¹³⁸ התוצאה היא, שרק מקרים בודדים שעוררו את שאלת החבות הכספית בגין פגיעה בזכויות אדם הגיעו אל בית המשפט העליון, ואף בהם השאלה לא נדרשה להכרעה ישירה או מלאה.

ט. סיכום

מאמר זה יוחד להתבססות ההדרגתית של אחריות בעלת אופי כספי-נזיקי בגין הפרה של זכויות חוקתיות במשפט הישראלי. כנקודת מוצא לדיון הוצגו הטעמים העקרוניים, התומכים בהכרה בפסיקת פיצויים במקרים שבהם הפגיעה החוקתית שוב אינה ניתנת לתיקון מלא באמצעות סעד של ציווי (כלומר, בנסיבות של "מעשה עשוי" שבהן כבר התגבש נזק). טעמים אלה יפים במיוחד לעידן החוקתי, שהביא לידי חיזוק מעמדה של זכויות האדם. הדיון התמקד במצבים שבהם תביעת הפיצויים מכוונת נגד השלטון. עם זאת הוסבר, כי יש לו זיקה לסוגיה של אחריות בנזיקין בגין הפרה של זכויות אדם גם במערכות יחסים פרטיות. בהמשך נבחנו הכלים המשפטיים שיכולים לשמש בסיס לדיון בתביעות כספיות בגין הפרה של זכויות יסוד – מתחום דיני הנזיקין ומתחום המשפט הציבורי. בחינה זו העלתה, כי מבחינות רבות תביעות הפיצויים המתייחסות להפרתן של זכויות חוקתיות אינן שונות מתביעות שדיני הנזיקין המסורתיים כבר התמודדו עמן, לעתים גם תוך פסיקת פיצויים בגין נזקים לא ממוניים.

לאחר הדיון העקרוני בשאלת האחריות החוקתית, נבחנה מידת פתיחותה של הפסיקה לרעיון של תביעות פיצויים חוקתיות. בחינה זו גילתה נכונות של בית המשפט העליון לשקול את הרעיון, תוך הימנעות מהכרעות בעלות משמעות תקדימית. החסר בהנחיה עקרונית בתחום זה בולט במיוחד על רקע האינטנסיביות הגוברת של העיסוק בתביעות פיצויים המתייחסות לפגיעות בזכויות יסוד בערכאות אחרות. פער זה בין דלות הפסיקה בבית המשפט העליון ובין התייחסות חוזרת ונשנית לעניין בפסיקתן של ערכאות אחרות

של אי-בהירות ומחלוקת בפסיקת הערכאות הנמוכות. ראו ע"א 1560/90 **ציטיאט נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ**, פ"ד מח(4) 498; ע"א 6909/00 **בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' קבוצת אריה יצחקי בע"מ**, פ"ד נה(4) 83.

138. התפקיד הציבורי שממלאים עורכי דין מפרקליטות המדינה בהשפעה על פשרות והימנעות מהתדיינות במקרים שבהם התנהגותה של הרשות לא הייתה ראויה נידון בעיקר בהקשר של פסיקת בג"ץ. ראו: Yoav Dotan, "Government Lawyers as Adjudicators: Pre-Petitions in the High Court of Justice Department 1990-1997", 35 *Isr. L. Rev.* (2001) 453. דוגמה להתדיינות בשאלת היקף הפיצויים שייפסקו לתובעים בעקבות פשרה, אשר במסגרתה לא נידונה שאלת האחריות של הרשות, ניתן להביא מת"א (י"ם) 325/93 **מוסקוביץ נ' מועצת השמאים** (לא פורסם – עותק שמור בידי המחברת). התביעה הוגשה, במקרה זה, בעקבות פסק דין של בג"ץ, שקבע כי מועצת השמאים נקטה מדיניות של הכשלה מכוונת של נבחנים. ראו בג"ץ 571/89 **מוסקוביץ נ' מועצת השמאים**, פ"ד מד(2) 236.

הוא פרי העובדה, שתביעות פיצויים חוקתיות כמעט אינן מגיעות לבית המשפט העליון. מצב דברים זה אינו רצוי, משום שהוא תורם לאי־בהירות משפטית בתחום שיש לו חשיבות מעשית וחינוכית כאחת. על כן טוב יעשה בית המשפט העליון, אם יבהיר את עמדתו העקרונית בכל הנוגע לדין החל על תביעות פיצויים שעילתן הפרה של זכויות חוקתיות, גם אם העניין לא יהיה טעון הכרעה במקרה שיידון לפניו,¹³⁹ מתוך התחשבות באופיים הנדיר של ערעורים על פסקי דין בתביעות פיצויים חוקתיות.

139. בית המשפט הלך בדרך זו ופירש את עמדתו העקרונית בנושאים חוקתיים, גם כשההכרעה לא הייתה דרושה למקרה שניידון לפניו, בשל הערך המנחה העתידי של הדברים. לאמיתו של דבר, בית המשפט עשה כן אף בתקדים היסודי שלו בנושא הביקורת השיפוטית בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.