

”כאבים באזור הכבוד” – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות יפעת ביטון*

אין ספק שהעתיד הוא למספרים.
מאז תום ימי האבירים למד העולם לספור, והמצב הולך מדחי אל דחי.
בקרב נחזה בהיעלמו של כל דבר שאינו יכול להיספר, כמו הכבוד, למשל.
(עפיונים, רומן גארי, 59)

בעת האחרונה ניכרת בדיני הנזיקין "התעוררות חוקתית", שעיקרה נכונות להכיר בפגיעות באינטרסים חוקתיים בלתי מוחשיים, שאינם נוגעים לגוף או לרכוש, כפגיעות הראויות להגנה נזיקית. מאמר זה מתמקד בבעייתיות שעלולה לעורר מגמה זו בשלב קביעת הסעד הראוי לניזוקה או לניזוק, ובתהליך ההתאמה שדיני הנזיקין יזדקקו לו לשם זיהוי והערכה של הנזק הדורש פיצוי במקרים אלה – שהנו נזק בלתי מוחשי, החסר זיהוי שיטתי בדיני הנזיקין. המאמר מתמקד בעיקר בקשיים המעשיים לכוון את הנזק האישיותי הנגרם מפגיעה באינטרס חוקתי, ומציע פתרונות ממשיים להכרה בו. תחילה מצביע המאמר על בעיית היעדר השיח בנוגע לנזק זה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בשני מישורים מרכזיים: מישור זיהוי הנזק והמשגתו ומישור הערכת הנזק. טענה מרכזית במאמר היא שהיעדר השיח, או למצער קיומו המבולבל והבעייתי של שיח זה, הוא גורם מכונן רב השפעה על השימוש החלקי והבעייתי בדיני הנזיקין לשם פיצוי בגין פגיעות באינטרסים חוקתיים, ולכן יש לבחון את הדרכים להבנייתו הראויה. בהמשך המאמר מוצע בעיקר להטמיע במערכת הפיצוי הנזיקית את ההכרה בנזק לרגשות כמקור מרכזי לפיצוי בגין פגיעה באינטרסים "אישיותיים", הדיגיטריים-חוקתיים של הפרט. במישור הערכת הנזק מציע המאמר שימוש במדדים שונים מתחומים קרובים,

* מרצה, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מבקשת להודות לחברתי יעל ארידור בר-אילן על הערותיה המצוינות, וכן לחברי מערכת כתב העת **משפט וממשל** על עבודתם המסורה והיסודית. תודתי נתונה אף למרכז מינרבה לזכויות אדם באוניברסיטה העברית על התמיכה הכספית. מאמר זה קשור בחלקו לעבודת הדוקטור שכתבתי בהנחייתו של פרופ' ישראל גלעד, מורה וידיד.

אשר יאפשרו הערכה ראויה ושיטתית של נזק זה. עוד מוצע, כי מלבד השימוש בפיצוי התרופתי המקובל ייעשה שימוש ייחודי ומרכזי בכלי הבלתי שגור של מנגנון הפיצויים המוגברים, וזאת לשם הענקת פיצוי מלא וראוי בגין הנזק שנגרם לאינטרס האישיותי-חוקתי שנפגע.

א. מבוא. ב. נזק חוקתי בלתי מוחשי – סיפור של נזק בלתי מזוהה: 1. הפיצוי בגין נזק חוקתי בלתי מוחשי – המסגרת הקונספטואלית; 2. הנזק החוקתי כנזק בלתי מוחשי ומשני; 3. הגדרת הפגיעה ברגשות כ"נזק"; 4. בעיית היעדר השיח. ג. שיח נזקי פגיעות חוקתיות במשפט הישראלי. ד. מקורות אפשריים לזיהוי נזקים חוקתיים ולהערכתם: 1. המשפט האמריקני – סקירה משווה; 2. מקורות פיצוי בדיני הנזיקין. ה. חיפוש אחר מנגנון פיצוי הולם: 1. פיצויים מוגברים; 2. פיצויים עונשיים; 3. שאלת מנגנוני הפיצוי – סיכום. ו. האלטרנטיבה להיעדר השיח: 1. שימוש במתודות פמיניסטיות; 2. הפיצוי בגין נזק לרגשות – מודל חדש לפיצוי. ז. סיכום.

א. מבוא

בעת האחרונה ניכרת בדיני הנזיקין "התעוררות חוקתית", שעיקרה נכונות להכיר בפגיעות באינטרסים חוקתיים בלתי מוחשיים, כלומר כאלה שאינם נוגעים לגוף או לרכוש, כראויים להגנה נזיקית.¹ מאמר זה מתמקד בבעייתיות שעלול לעורר השימוש בדיני הנזיקין בשלב מתן הסעד לניזוקה או לניזוק ובתהליך ההתאמה שדינים אלה יודקקו לו לשם זיהוי הנזק הדרוש פיצוי במקרים מסוג זה ולשם הערכתו הראויה.² מערכת הפיצוי

1. האידאולוגיה שעליה נסמכת רשימה זו היא שמלבד העובדה שדיני הנזיקין עושים כן בפועל אף ראוי הוא, כעניין נורמטיבי, שהם ישמשו כמסגרת קונספטואלית להגנה שכזו. להצדקות לכך ראו, למשל: Tsachi Keren-Paz, "An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness", 16 *Can. Jour. L & Jur.* (2003) 91 וכן צחי קרן-פז, "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי", *משפט וממשל ז (תשס"ה)* 541 (מצדד בקידום אידאולוגיה חלוקתית-שוויונית באמצעות דיני הנזיקין). עוד על השימוש בדיני הנזיקין לצורך הגנה על הזכות לשוויון ראו יפעת ביטון, *קריאה מחדש של דיני הנזיקין מזווית פמיניסטית-חברתית* (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשס"ד), 197-293. לניתוח מקיף של חשיבות השימוש בדיני הנזיקין להגנה על אינטרסים חוקתיים ראו דפנה ברק-ארו, *עולות חוקתיות* (בורסי, תשנ"ד), 147-171.
2. בשלב קביעת האחריות לפגיעה מתרכז הדיון בסוג הפגיעה כחלק מזיהוי האינטרס המוגן בדיני הנזיקין, ואילו בשלב זיהוי ראש הנזק נוגע הדיון לכל עולה שבמסגרתה יכולה להיות מוטלת אחריות בגין התנהגות אנטי-חוקתית. גם מהות הדיון בסוג הנזק משתנה בשל מיקומו

הנזיקת סובלת מחוסר אינהרנטי בהגדרה של נזק הנתפס כאופייני לפגיעה באינטרס חוקתי – הוא הנזק לרגשות. רשימה זו מנסה לתקן את העיוות הנזיקי העקיב האמור, ככל שהוא נוגע לנזקים שמקורם בפגיעה באישיותו של הפרט ובכבודו (פגיעה מסוג זה אכנה להלן פגיעה באינטרסים אישיותיים-דיגניטריים).³ ענייני הוא בנזק הבלתי מוחשי שגורמות פגיעות אלה, החסר זיהוי שיטתי בדיני הנזיקין. נזק זה יכול לנבוע מפגיעה ישירה באינטרס החוקתי – כבמקרה של הפליה – ומפגיעה באינטרס חוקתי הנלווית לפגיעה באינטרס מוחשי, כמו הפגיעה בזכותה לאוטונומיה של מי שנאנסה.⁴ כאן חשוב לציין כי מאמר זה עוסק רק במקרי פגיעה בזכות החוקתית האישית של הפרט, כמו במקרה של הפליה בכניסה לפאב או במקרה של כליאת שווא של פרט, אם כי ברי שפגיעה אישית עלולה ללוש מעטה רחב יותר. כך, למשל, אם תחליט עירייה למנוע את אפשרות התפילה של תושביה המוסלמים, יוכל כל אחד מהם לתבוע את נזקו הפרטי-אישי ממנה. במובן זה, הפגיעה האישיותית כשמה כן היא, אישית.⁵ גם סקירת הפסיקה והחקיקה בתחום הפגיעות

- השונה: בעולות הרשלנות, למשל, הוא יידון כחלק מהשאלה העקרונית של הצדקת ההכרה בו כגורם מרחיב אחריות, ואילו כראש נזק הדיון על אודותיו נעשה בהקשר הקונקרטי של הצורך בויהויו, האמצעים להערכתו והמכניזם שבאמצעותו יוכל להינתן הפיצוי לניזוק.
3. נזקים אלה אופייניים למקרים של פגיעה במה שמכונה זכויות מהותיות חיוניות של הפרט – כגון הזכויות לשוויון ולפרטיות, הנמנות עם הזכויות האזרחיות הקלאסיות אשר אופיין מחייב התייחסות מיוחדת לפגיעה בהן. ברק-ארו מבחינה בין סוגי זכויות שונים שיש לפרט כלפי הרשות, המצדיקים התייחסות שונה אליהם בהסדר הפיצוי. לדיונה בסוג הזכויות האחרות העלולות להיפגע אצל הפרט במעשי הרשות, שאותן היא מכנה "מהותיות שליליות" ו"פרוצדורליות", ראו ברק-ארו (לעיל, הערה 1), בעמ' 273-275, 279-280.
4. הזכויות החוקתיות העומדות לפרט הן המופרות במעשה עוולה. עם זאת השיח הנזיקי עוסק בהגנה על אינטרסים ולא על זכויות שמקורן במסגרות חיצוניות לדיני הנזיקין, ואף בהקשר החוקתי נקט בית המשפט שפה זו. ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' ביי"ח "ברמל", פ"ד נג(4) 526 (להלן: ע"א דעקה), בעמ' 575 (הזכות לאוטונומיה כאינטרס הראוי להגנה נזיקית), וכן ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314 (להלן: ע"א מקדונלד), בעמ' 347 (הזכות לפרטיות כאינטרס הראוי להגנה נזיקית).
5. בצמצום המאמר למקרים אלה איני מתעלמת מכך שפגיעה חוקתית יכולה להיות בעלת מאפיינים קולקטיביים, אלא אך לציין כי ישנה קורלציה גבוהה מאוד בין סוג הנזק כנזק אישיותי, ובין טיב הפגיעה בפרט, כאישית וכישירה. עם זאת, במקרים של פגיעות קולקטיביות יותר ישמשו דיני הנזיקין מקור לריפוי לקבוצה הנפגעת, בסייגי ההגבלות האחרות שמטילים דיני הנזיקין על תביעות קולקטיביות מעין אלה. כך, למשל, ישנם הכלים של תביעה ייצוגית, שימוש במנגנון חובת הזהירות לצורך זיהוי גבולות זהות הניזוקים כלפיהם תוטל אחריות על המזיק ועוד. פגיעות קולקטיביות גם יחייבו שימוש בכלי ריפוי הולמים יותר ממתן פיצוי לכלל, כגון מתן צו להפסקת הפגיעה בזכות החוקתית או להגברת ההכרה בה בעתיד וכיוצא באלה. כך, למשל, במקרה של פרסומת המציגה נשים באופן משפיל ופוגעת בזכותן לכבוד ולשוויון כקבוצה, נראה כי הדרך הטובה לתקן את העוול

החוקתיות מגלה שימוש מוגבר בדיני הנזיקין לצורך הגנה על הפרט מפני פגיעות בלתי חוקתיות בעלות אופי אינדיבידואלי, וממילא חשוב יותר לטעמי לבסס בשלב זה את הפיצוי הראוי בגין פגיעות אלה במסגרת המקובלת והקיימת של דיני הנזיקין. על אף עיסוקם היומיומי והאינסופי של בתי המשפט בשאלות של הערכת הפיצויים הראויים לנזקים השונים הנטענים לפניהם, ואף שמטרתם העיקרית של דיני הנזיקין היא לפצות, דינים אלה אינם מכילים, למרבה האכסורד, "תורת פיצויים" סטוטורית.⁶ מרכז העניין האקדמי והפסיקטי בהם נסב על שאלות הנוגעות לעצם הטלת האחריות הנזיקית ואופייה, ואילו קביעת סוג הפיצוי, זיהוי אופי הנזק והערכת מידת הפיצוי הראויה מצויים בשולי העיסוק בדינים אלה.⁷ עם זאת, המציאות מלמדת כי במרוצת השנים בוססה "תורת פיצויים" הלכתית בנוגע לפיצוי בגין פגיעה באינטרסים מוחשיים, בעוד ההגנה על אינטרסים בלתי מוחשיים "טהורים" הוזנחה.⁸ מטרתו של מאמר זה היא לחשוף ולהציג גורם חשוב לתופעה זו ולהעמיד תשתית לביסוס תורת פיצויים בכל הנוגע לפגיעות באינטרסים חוקתיים בעלי מאפיין אישיותי. לשם כך אשתמש בתיאוריות ביקורתיות של דיני הנזיקין, כשהמרכזית שבהן היא זו הפמיניסטית. כאן ראוי לציין כי ביקורת פמיניסטית על הפיצויים הנזיקיים אינה עניין חדש, אולם ביקורת זו התעמתה עם מסגרת הפיצוי הקיימת, ואילו ביקורתי שלי נסבה בעיקר על מסגרת הפיצויים החסרה.⁹

שגרמה הפרסומת תהיה לתת צו להפסקתה ואולי אף לתת צו לאחראים לה למתן את הנזקים התודעתיים שהיא גורמת ולהסבירם. פרסומת כזו סביר שתגרום יותר לפגיעות תודעתיות ולא לפגיעות רגשיות, ולכן סעד של ציווי הוא הריפוי המתאים לה יותר.

6. אהרן ברק, "הערכת הפיצויים בנוזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי", עיוני משפט ט (תשמ"ג) 243, בעמ' 246, 275. הצעתו של ברק היא לחוקק "חוק פיצויים" מוסדר.

7. Stanley Ingber, "Alternative Compensation Schemes and Tort Theory: Rethinking Intangible Injuries: A Focus on Remedy", 73 *Calif. L. Rev.* (1985) 772, pp. 773-774, 809-810 (מציע מודל לפיצוי בגין נזק בלתי ממוני ובגין נזק אישי בשל הוצאת דיבה ופגיעה בפרטיות). להסבר ההיסטורי לכך ראו גד טדסקי, דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית (מגנס, תשל"ז), 567 (להלן: דיני הנזיקין).

8. הביטוי "טהורים" מכוון לומר שאין עסקינן בנזקים בלתי מוחשיים טפיליים לנזקים מוחשיים, כמו הכאב והסבל הנלווים לנזקי הגוף.

9. מבקרות שונות התריעו מפני ההטיה הגברית המוטבעת בכללי הפיצוי, באופן שהופך אותם למקור לשימור ההפליה שבין קבוצות חברתיות שונות. דגש מיוחד ניתן לשימוש הנעשה במדד העבודה המשולמת כראש הנזק העיקרי וככלי המרכזי להערכת הפיצוי ההולם לנזוקים. שימוש זה פגע קשות בנשים, אשר אחד ממוקדי ההפליה המרכזיים בחייהן הוא שוק העבודה ואי-הערכת העבודה שהן מבצעות במסגרת הבית, שעניינה הטיפול האינטנסיבי והחשוב במשפחתן. ראו: Regina Graycar, "Women's Work: Who Cares?", 14 *Sydney L. Rev.* (1992) 86 (1992), וכך ראו: Elaine Gibson, "The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages", *Tort Theory* (Ken Cooper-Stephenson and Elaine Gibson — eds., Captus University Publications, 1993) 185 (מציעה לראות בפיוציים מנוף לצמצום הפער המגדרי).

רשימתי מתמקדת בעיקר בקשיים המעשיים לזהות ולהמשיג נזק אישיותי הנגרם מפגיעה באינטרס חוקתי, ומציעה פתרונות ממשיים להכרה בו. בפרק ב יידונו הגורמים המרכזיים לבעיית השימוש בדיני הנזיקין כמנגנון לפיצוי בגין נזק חוקתי בלתי מוחשי. כאן תוצג בעיית היעדר השיח בנוגע לנזקים אלה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בשני מישורים מרכזיים: מישור זיהוי הנזק והמשגתו ומישור הערכת הנזק. מטרתי היא לחשוף את עיוות היעדר השיח, או למצער את קיומו המבולבל והבעייתי, ולאפשר שיח בשני המישורים דלעיל: במישור זיהוי הנזק והמשגתו אבקש לאפשר היכרות עם הנזק וזיהויו כ"נזק לרגשות", ובמישור הערכת הנזק אבקש לעמוד על מידת הפיצוי הראויה לו. בפרק ג של הרשימה ייבחן שיח נזק זה בפסיקה המקומית המתגבשת כדי לעמוד על גבולותיו. בפרק ד יסקרו האפשרויות להמשיג ולהעריך את הנזק לרגשות כנזק שמחד גיסא מאפיין פגיעה חוקתית בלתי מוחשית ומאידך גיסא מובחן מתחומי פיצוי אחרים, הן בדיני הנזיקין והן מחוצה להם. בפרק ה תיבחנה מסגרות הפיצוי השונות ההולמות, מבחינה נורמטיבית, נזק שכוון בפרק ו תוצג התשתית הרעיונית הראויה לעיגון מערכת הפיצוי לנזקים חוקתיים בלתי מוחשיים, ובסופו תוצג המשגה של הנזק הבלתי מוחשי החוקתי כנזק לרגשות ויועמדו מדדים להערכתו.

ב. נזק חוקתי בלתי מוחשי – סיפורו של נזק בלתי מזוהה

1. הפיצוי בגין נזק חוקתי בלתי מוחשי – המסגרת הקונספטואלית

דיני הנזיקין נהפכים אט אט למקור הגנה על אינטרסים חוקתיים בלתי מוחשיים. בתוך מהלך זה, בעיה מרכזית העולה מהשימוש בדיני הנזיקין כמנגנון פיצוי היא, שמאחר שהאינטרס המוגן במקרים אלה הוא בלתי מוחשי, הנזק העיקרי הנגרם בשל פגיעה בו לרוב גם הוא נזק בלתי מוחשי, אשר דיני הנזיקין מתקשים להתמודד כראוי עם האתגרים שהוא מעמיד.¹⁰ הפגיעה באינטרסים החוקתיים מצויה בתוך המרחב הנורמטיבי-נזיקי של פגיעה באינטרסים אישיותיים-דיגיטריים, להבדיל, למשל, מפגיעה באינטרסים רכושיים, כלכליים או פיזיים.¹¹ מסורת הפיצוי בגין פגיעה באינטרס חוקתי מובהק, שלא נלווית לה פגיעה פיזית, מגלה כי הפגיעה היא בעיקר באינטרסים האישיותיים של הניזוקה או הניזוק, המאופיינים בעיקר כפגיעה בכבוד וברגשות.¹² ההגנה על אינטרסים אלה הוכתבה לפי הנטיות הפילוסופיות-פוליטיות של החברה. המאפיין העיקרי של אינטרסים אלה הוא,

10. ברק-ארו (לעיל, הערה 1), בעמ' 245-251. אף שפגיעות חוקתיות עלולות לגרום גם נזק פיזי (בהפליה, למשל, שבסירוב לטפל בחולה בשל מוצאו) או לנזק כלכלי (כגון בהפליה שבהשכרת בית לאדם במחיר מופקע בשל מוצאו), צפוי שהפיצוי במקרים אלה לא יעורר כל בעיה מיוחדת, כמנהג דיני הנזיקין בפיצוי בגין נזקים מוחשיים.

11. כינוי מוצלח לאינטרסים אלה הוא "personality interests". ראו: *International Encyclopedia of Comparative Law – Torts* (Volume XI, part 2, Pierre-Dominique Ollier and Jean-Pierre Le Gall — eds., Mohr, 1960), 63 (להלן: Ollier and Le Gall).

12. שם, שם.

שהם לרוב אינם בעלי משמעות כספית ואינם מן הסוג שכסף יכול באמת לתקן פגיעה בהם ולשמש כלי להערכתם עקב היעדר "שווי שוק" לרגש הנפגע, ועקב הקושי המעשי להשיב את הרגש שנפגע לקדמותו על פי עקרון הפיצוי הקלאסי בנוזיקין. בשל כך, בין היתר, קיים קושי לטפל באינטרסים אלה באמצעות הפיצוי הנוזיקי המוכר.¹³ משום כך נתפסים לעתים המבקשים פיצוי בגין פגיעה באינטרסים אלה כבלתי מוסריים וכמי שמבקשים כסף אף שלא סבלו הפסד "אמיתי" בעקבות מעשה העוולה.¹⁴

2. הנזק החוקתי כנזק בלתי מוחשי ומשני

שיוכם המושגי-נוזיקי של האינטרסים האישיותיים לתחום הנזק הבלתי מוחשי מקשה עוד את ההגנה עליהם. נזק זה מוכר כדיכוטומי לנזק הרכושי, בר הפיצוי המובהק, והיררכי לו. מקורה של היררכיית הנזקים בתפיסה המושרשת במשפט המקובל, לפיה כנזק זה אין ביכולתם של פיצויים "להשיב לקדמותו" את מצב הניזוק, ולכן יישום של דיני הנוזיקין המסורתיים לא יהלום אותו. הנזק הבלתי מוחשי נתפס כמאיים על השלמות הנוזיקית הקורקטיבית, משום שאינו בר תיקון.¹⁵ הדבר בא לידי ביטוי בעמידה חוזרת ונשנית על "בעייתיותו";¹⁶ על הקושי שאופיו מעמיד לבית המשפט באבחון ובקישורו, סיבתית, למעשה הרשלני;¹⁷ על החשש שבהיותו סובייקטיבי, יהא בחיוב בפיצוי בגינו כדי להטיל על המזיקה או המזיק אחריות בלתי מוגבלת ונעדרת פרופורציה לאשם;¹⁸ נטען גם כי האחריות

13. הסיבות לקושי בפיצוי הן מסוגי טיעון שונים. יש הטוענים כי בפיצוי זה יש כדי לתת פיצוי יתר לניזוקים ויש הטוענים כי ניתן בהם תמיד תת-פיצוי. ראו, למשל: Jeffery O'Connell, "A Proposal to Abolish Defendants' Payment for Pain and Suffering in Return for Payment of Claimants' Attorneys' Fees", 1981 *U. Ill. L. Rev.* 333, p. 339 (מתנגד לפיצוי בגין כאב וסבל), לעומת: Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (Aspen Publishers, 2003), 196-200 (טוען כי נזקים אלה אינם מפוצים כראוי).

14. להסבר ראו: *International Encyclopedia of Comparative Law – Torts* (Volume XI, part 2, Hans Stoll — ed., Mohr 1987), 38 (להלן: Hans Stoll).

15. במובן זה שאינו ניתן להערכה ולתיקון בכסף. ראו דיני הנוזיקין (לעיל, הערה 7), בעמ' 164.

16. נטען כי נזק זה מהווה מקור לתביעות פיקטיביות וממילא להצפה של בית המשפט; כי הוא בלתי ניתן להערכה, בהיותו נוגע לענייני הנפש ולא לעניינים מוחשיים שקל לאמדם. לפירוט טענות אלה ראו: David Howarth, *Textbook on Tort* (Butterworths, 1995), 235-236.

17. ראו: Nancy Levit, "Ethereal Torts", 61 *Geo. Wash. L. Rev.* (1992) 136, p. 141. בטענה לקיומה של בעיה בהערכת הסיבתיות לנזק גלומה בעצם ההנחה כי לאדם נגרם נזק כזה בשל רגישות מיוחדת כלשהי ולכן אין לכאורה קשר סיבתי אמיתי בין פעולת המזיק לנזק. טענה זו כמובן לא רלוונטית בהקשרים נזיקיים אחרים ולכן יש לדחותה גם כאן. איילת בן-עזר, *אחריות בנוזיקין לגרם נזק נפשי* (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, תש"ן), 24.

18. לרשימת מקורות מגוונת לטיעון זה ראו: Peter A. Bell, "The Bell Tolls: Toward Full Tort

למצב הנפשי של אדם מוטלת עליו עצמו בהיותו של מצב נפשי זה טריביאלי וזמני, וכן נטען שיש בהטלת פיצוי בגין נזק אישיותי כדי להפוך תחושות אנושיות לבנות סחר.¹⁹ רוב הטענות המסורתיות הללו נגד ההכרה בנזק הרגשי זכו למענה ראוי, הוצגו כמיושנות והופרכו בהקשרים שונים של דיני הנזיקין, אולם עולה מהן חשש מהותי כי – כמסורתם עד כה – דיני הנזיקין יתקשו להעניק פיצויים ראויים בגין פגיעות חוקתיות.²⁰ כאן יובהר, כי אף שלמאמר זה עשויה להיות נגיעה לפיצוי בגין פגיעה באינטרסים בלתי מוחשיים באופן כללי, ענייני המיוחד הוא בהקשר החוקתי, שם ניתן לאתר פגיעה זו כאופיינית וכבעלת הצדקות חוקתיות ייחודיות לחיוב בפיצוי בגינה.

דיון ייחודי בנוק החוקתי הבלתי מוחשי מחויב לא רק מאופיו, אלא גם ממסורת ההתעלמות מנוכחותו גם במקום שבו הייתה מוכרת הגנה נזיקית על זכויות חוקתיות. כך, למשל, ההגנה על הזכות החוקתית לאוטונומיה באמצעות עוללת התקיפה המסורתית אפשרה פיצוי רק כאשר נגרם נזק פיזי לתובעת או לתובע, ועצם הפגיעה באוטונומיה לבדה לא היה בה די.²¹ התניית הפיצוי בקיומו של נזק פיזי הייתה מנוגדת לתפיסה שנשתרשה בעוולות קלאסיות, הנחשבות בנות תביעה כשהן לעצמן (actionable per se), כגון עוולת הסגת הגבול, שם ניתן היה לתבוע בגין עצם הפגיעה באינטרס הקנייני. עוולות התקיפה וכליאת השווא נחשבו לעוולות ממין זה, ולכן התניית הפיצוי בגרימת נזק מוחשי לניזוקה או לניזוק מעלה תהייה.²² הפיצויים הנומינליים שניתנו במקרים אלה לתובעת או לתובע היו סמליים במיוחד וביקשו לייצג את הסלידה מעצם הפגיעה הבלתי מוסרית בזכותם, אולם לא הציעו פיצוי בגין נזק "אמיתי" שאירע להם, כגון הפגיעה ברגשותיהם.²³

19. "Recovery for Psychic Injury", 36 *U. Fla L. Rev.* (1984) 333, p. 408. הטענה היא שאין להטיל אחריות רחבה על מי ש"בסך הכול" התרשל. ההנחה הנסותרת בבסיס טענה זו היא כמובן שמדובר באחריות נרחבת ולא לגיטימית כלפי אנשים רגישים בלבד. גם קביעה זו אינה מטמיעה את עקרונות הפסיכיאטריה, ולכן היא מאפשרת דיון שכוה. ראו שם, בעמ' 411-410.

20. Izhak Englard, *The Philosophy of Tort Law* (Dartmouth, 1993), 200.

21. להפרכת הטענות המסורתיות נגד נזק זה ראו שם, בעמ' 205.

22. בעוולה כזו הוכרה הזכות לפיצוי רק כאשר נוסף על המעשה העוולתי, אירע לניזוק נזק של אבדן או חיסור. להבחנה זו במשפט האנגלו-אמריקני ראו דיני הנזיקין (לעיל, הערה 7), בעמ' 586-571.

23. לאופיין של עוולות אלה ולייחודן בהגנה על זכויות יסוד ראו: John William Salmond, *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (Robert Francis, Vere Heuston and Richard A. Buckley — eds., Sweet & Maxwell, 1996), 501-502 (להלן: *Salmond and Heuston*), וכן: Street Harry, *The law of torts* (Butterworths, 1999), 30.

24. לאופיו של פיצוי זה בשיטות משפט שונות כמסמל את אי-מוסריות המעוול ראו: Hans Stoll (לעיל, הערה 14), בעמ' 87-88. לתפיסה דומה בקנדה ראו: *Damages and Remedies in Tort* (Linda D. Rainaldi — ed., Carswell, 1995), 45.27-47.27 (להלן: *Damages and Remedies in Tort*). הסכום שנהוג היה לתתו בהקשר זה באנגליה במשך המאה הקודמת היה שתי ליש"ט.

בהתאמה, גם במקרים שבהם נגרם נזק פיזי לתובע, פיצויו היה אך בגין נזק זה, בלי שיינתן לו פיצוי נוסף, נפרד, על הפגיעה בזכותו לאוטונומיה. מסורת זו ממחישה את התפיסה, שלפיה דיני הנזיקין אינם רואים בפגיעה באינטרס החוקתי מקור נפרד לנזק הראוי לפיצוי, ובמקום שהם כן רואים "ערך" שכזה, תפיסתם הייתה שלא נגרם "נזק אמיתי" לנפגע, או שהפגיעה המוחשית שנלוותה לזו החוקתית כיסתה את טווח הפגיעות הראויות לפיצוי כאמור. דפנה ברק-ארוז, אשר בחנה את עמדת בתי המשפט בנוגע לשימוש בדיני הנזיקין לצורך פיצוי בגין פגיעה בזכות חוקתית, הציעה לבטל את המסורת הקיימת של קביעת פיצוי אחיד או נומינלי בתחומים אלה, משום שהיא מסמלת היעדר הערכה אמיתית וייחודית של נזק. שיטת פיצוי מיושנת זו פסולה לטענתה מכמה טעמים: ראשית, היא נשענת על התפיסה המוסיוית כי הפגיעה בזכות הרלוונטית אינה פגיעה "אמיתית" במובן זה, שהיא אינה גורמת לנזק אמיתי המחייב פיצוי ממשי, ואולי אף כי אין היא גורמת לנזק כלל.²⁴ בכך יש, כמובן, אף כדי לזלזל בכאבו של מי שסובל מפגיעה כזו. שנית, יש בה כדי לאותת לחברה, כי בית המשפט מפקיר את הזכות לפיצוי בגין הפגיעה ולכן אינו מעריך כיאות את הזכות הנפגעת. התובנה האקדמית, כי בפיצוי כזה יש דווקא משום מחאה של בית המשפט על עצם הפגיעה בזכות, הכרה בזכותם של הנפגעת או הנפגע והכרה בפגיעה בהם כבלתי ראויה,²⁵ חסרה מקבילה פרקטית, שכן פסיקה סמלית נתפסת לרוב גם כהגנה סמלית על האינטרס שנפגע. הגנה סמלית שכזו מונעת אפקט של הרתעה מפני פגיעה באותו אינטרס להבא, ומרתיעה מפני הגשת תביעה בגין פגיעה שכזו.²⁶

3. הגדרת הפגיעה ברגשות כ"נזק"

מסורת אי הפיצוי בגין פגיעה באינטרסים חוקתיים, מקורה היה לא רק בעמדה נורמטיבית שגויה, אלא היא ביטאה בעיקר עיוות קונספטואלי. השיח בדבר הפיצוי הנזיקי בגין פגיעה באינטרס חוקתי ייצג התחבטות בשאלה אם יש לפצות על עצם הפגיעה באינטרס החוקתי, או שמא יש לצמצם את הפיצוי ולהעניקו רק בגין נזק תוצאתי שנבע ממנה.²⁷ טענתי היא, שניתוח זה מייצג תפיסה מוטעית של מהות הפגיעה באינטרס החוקתי. ברוב המקרים, מפגיעה באינטרס החוקתי נובעת תוצאה מזיקה שביטויה בנזק אישיותי-דיגניטרי. בתי

סכום זה ביטא את התפיסה כי יש משמעות הצהרתית בלבד לזכות שניזוקה. ראו: Harvey

McGregor, *McGregor on Damages* (Sweet & Maxwell, 1997), 281, p. 283.

24. דיני הנזיקין (לעיל, הערה 7), בעמ' 575: "פיצויים נומינליים מניחים העדר כל נזק".

25. שם, בעמ' 576, וכן ראו: *Salmond and Heuston* (לעיל, הערה 22), בעמ' 501.

26. ברק-ארוז (לעיל, הערה 1), 275-276. הכותבת מזכירה גם כי כאשר עילת התביעה הפורמלית במקרים אלה היא של רשלנות לא ניתן יהיה לפסוק פיצויים מעין אלה, שכן נזק הוא אחד מיסודות העוולה.

27. ברק-ארוז מגדירה שאלה זו כ"חוד החנית של סוגיית האחריות החוקתית כולה". ראו שם,

בעמ' 272-273. כמו כן ראו: Richard Avery, David Rudovsky and Karen M. Blum, *Police*

Misconduct (Thomson West, 2002), 609-617 (דנים בתביעות שהוגשו נגד המשטרה

באמצעות מנגנון העוולות החוקתיות האמריקני) (להלן: *Police Misconduct*).

המשפט החשיבו בטעות נזק זה כ"פגיעה בזכות החוקתית", ולא כנזק תוצאתי. לפיכך הדיון בשאלה אם לפצות רק על עצם הפגיעה, כאשר בפועל נגרם נזק שבית המשפט אינו מסוגל לזהותו, מחטיא את סביבת הידע האמיתית של הסוגיה. מכאן גם חשיבות העמידה על הנזק האישיותי-דיגיטרי של פגיעה ברגשות כנזק האופייני לפגיעות באינטרס חוקתי. ההתייחסות אל המושגים השונים כבעלי מובן זהה מעניקה אמנם ערך נורמטיבי גבוה לפגיעה – בהציגה אותה כראויה לפיצוי, כשהיא לעצמה – אך מונעת, בה בעת, את הפיצוי הראוי על הנזק שנגרם בגינה, והיא המחייבת דיון זה.

ברק-ארוז מציעה לראות פגיעה בזכויות חוקתיות כחמורה במיוחד, וכיצורת נזק בעצם שלילתן של זכויות אלה מן הפרט, בלא דרישה לקיומו של נזק תוצאתי נפרד.²⁸ לשם כך היא נשענת על ההכרה המסתמנת במשפט האנגלי בצורך לפצות בגין פגיעה ערטילאית בזכות, אף ללא ביטוי מוחשי לנזק שגרמה הפגיעה, ובמשפט האמריקני בצורך לפצות בגין מה שמוכר כעוולות חוקתיות.²⁹ במובן זה חורגת הצעתה מגבולות השיח הנוזקי המקובל, שלפיו אין לתת פיצוי תרופתי כאשר אין לכאורה נזק ממשי מלבד עצם הפגיעה בזכות המוגנת.³⁰ טיעונה של ברק-ארוז דורש הבהרה. מחד גיסא, אין היא נסמכת על כך שבמצב זה נוצרת חזקה בדבר קיומו של נזק, ומאידך גיסא, היא אינה רואה בעצם הפגיעה בזכות "נזק". פתרונה מסויג לכך שהפיצוי במקרי פגיעה בלא נזק תוצאתי יתבסס על הערכת מידת הפגיעה ברגשות היחיד, על רקע נסיבות העניין. משמע, היא נוטשת את רעיון הפיצוי התוצאתי, אולם במישור הערכת הנזק היא עדיין עומדת על הצורך בקיום נזק לרגשות כבסיס להערכת הפיצוי הראוי לניזוק.³¹

על אף חשיבות הצעתה של ברק-ארוז, נראה לי כי יש ערך סימבולי חשוב בהתייחסות למקרי הפגיעה באינטרסים החוקתיים כמשמרים דווקא את הפרדיגמה המסורתית התוצאתית של הפיצוי הנוזקי. ההכרה בזכויות חוקתיות כאינטרסים הראויים להגנה נזיקית מחייבת, לדעתי, התייחסות נפרדת אליהם גם בשלב הפיצוי. טענתי היא, כי היעדר שיח של פיצוי בתחום תורם גם הוא להתעלמות ממשמעותם של נזקים אלה ומחשיבותם, וכי הדיון בתביעות פיצויים חוקתיות כמייצגות פגיעה תוצאתית יתרום לפיתוח מעמיק יותר של תורת הפיצוי בגין הנזקים הלא ממוניים הטיפוסיים הנגרמים במסגרתן. תחת המצב הקיים מוצע כאן לראות בהערכת הפיצוי הליך של מתן משמעות לנזק שבא בעקבות הפגיעה בזכות. כך, הפיצוי אינו ניתן לניזוק או לניזוק על עצם הפגיעה בזכותם החוקתית באופן ערטילאי ועקרונותי, אלא הפגיעה בזכותם היא רק שער שדרכו ניתן להעביר תחת

28. ברק-ארוז (לעיל, הערה 1), בעמ' 275-276.

29. שם, בעמ' 249, 251.

30. ראו הערכתו של אהרן ברק לפיה אין כנראה סמכות כללית לבתי המשפט לפסוק פיצויים בעוולה נזיקית, כאשר אין דינים אלה עצמם מעניקים פיצוי זה. דיני הנוזקין (לעיל, הערה 7), בעמ' 577-578.

31. היסוסי באשר לאופי המהלך של ברק-ארוז נובע משימושה מחד גיסא ברעיון "הנחת הנזק", ומאידך גיסא בדרישתה להינתק מרעיון הפיצוי בגין נזקים תוצאתיים בלבד ולפצות בגין עצם הפגיעה בזכות. ברק-ארוז (לעיל, הערה 1), בעמ' 276.

שבט הערכת הנזק את מגוון הפגיעות והנזקים התוצאתיים האמיתיים שהסבה הפגיעה, כמו, למשל, הנזק לרגשותיהם ולכבודם של הניזוקה או הניזוק.³²

4. בעיית היעדר השיח

סיבות שונות הובילו לכך שמאז המהפכה החוקתית לפני עשור ואף קודם לכן כמעט לא נעשה שימוש בדיני הניזקין לשם הענקת פיצוי בגין פגיעות באינטרסים חוקתיים. בין היתר, הנזקים האישיים האופייניים לפגיעות חוקתיות נתפסים כאמור כבעייתיים לפיצוי נזיקי בהיותם סובייקטיביים ובלתי מוחשיים. האוכלוסיות הנפגעות הן פעמים רבות מוחלשות ובעלות נגישות מוגבלת לבית המשפט, ובמקרים רבים ניהול התביעה עצמה דורש תעצומות נפש גדולות ממי שזכויותיו היסודיות נפגעו.³³ התרבות המשפטית הרווחת לפיה מדובר בתיקים ערטילאיים ובלתי רווחיים, והעיוות הקונספטואלי שגרם לבתי המשפט לראות בפגיעה פגיעה חסרת "תוצאה", תרמו גם הם למצב דברים זה. על חלק מטענות אלה ניתן להשיב כך: ראשית, הרעיון הנזיקי הבסיסי קובע כי על הפיצוי להשתרע על כל נזק הנובע באופן טבעי ובמהלך הדברים הרגיל ממעשה העוולה, בלא שייקבע "נומרוס קלאוזוס" לנזקים אלה. על כן יש מקום להחיל חובת פיצוי גם על נזק שעניינו פגיעה ברגשות.³⁴ שנית, ישנן עוולות מסורתיות, כגון איסור לשון הרע, בהן מוכרים זה מכבר נזקים לרגשות כאמיתיים וחשובים. נראה אפוא כי אחת הסיבות להפחתה בערך הנזק היא ההקשר שלו: בהקשר האישי-פנימי נחשב נזק זה לפחות ערך.³⁵ אולם ברצוני להציג גורם חשוב נוסף לתופעת אי-השימוש בדיני הניזקין, אשר מכונן תופעה זו והוא אף מכונן על ידיה בו בזמן, ואשר דיון ביקורתי על אודותיו נעשה כאן בראשונה: היעדר שיח.

32. הרעיון להגדיר מהלך זה כהערכה קונטקסטואלית של הנזק צמח אצלי בעקבות שיחת עם ברק־ארז אשר בחנה את הנושא מקרוב, ועל כך תודתי לה. ברוח זו היא אף מציעה בספרה להעריך את הפיצוי הראוי לתובע לפי ההפרה הקונקרטית ונסיבותיה, ולא לפי ערך אבסטרקטי כלשהו של זכותו שנפגעה. ראו ברק־ארז (לעיל, הערה 1), בעמ' 276-277.

33. לא בכל המקרים יהיו התובעים חלק מאוכלוסייה מוחלשת חברתית, אלא רק בחלק מהם. כך, למשל, נקל לשער כי הסובלים העיקריים מפגיעות עוולתיות, שעניינן הפליה תוך ניצול פערי כוח, יהיו ניזוקים שמעמדם החברתי המוחלש מאפשר ביתר קלות את הפיכתם לקרבנות באמצעות ביצוע עוולה כלפיהם, ובכך נוסף נוסף חלוקתי חשוב לעיסוק בפגיעות אלה דווקא ובביסוסן. כך, למשל, בארצות הברית, ההנחה היא שהניזוקים העיקריים מפגיעות חוקתיות הם חברי אוכלוסיות מוחלשות. ראו: *Police Misconduct* (לעיל, הערה 27), בעמ' 609.

34. ברק (לעיל, הערה 6), בעמ' 266-267.

35. "נזק" הנו, במובן זה, תולדה של הבניה חברתית וכינון משפטי: הכרת החברה בו והחוק הם שיהפכוהו לבעל משמעות ולראוי לפיצוי. ראו: Joanne Conaghan, "Gendered Harms and the Law of Tort: Remediating (Sexual) Harassment", 16 *Oxford J. Leg. Stud.* (1996) 407, p. 429.

אחת הדרכים החשובות לכינונו של עיקרון משפטי מהותי היא דווקא השימוש בכלי הרטורי של השיח. טענה זו בוססה במשפט בכלל ובדיני הנזיקין בפרט בהקשרים שונים: ההבניה הרטורית של דיני הנזיקין העלימה את האישה כסובייקט שווה;³⁶ השימוש הרטורי בדמות האדם הסביר הוא בעל משמעות מהותית ביצירת דוקטרינות נזיקיות המשקפות דפוסי חשיבה גבריים;³⁷ ניתוח נרטיבי וניהול של שיח מגלים, כמובן, גם את עמדת השופט בסוגיה הרלוונטית.³⁸ היעדרו של שיח מסמל, במובנים רבים, את היעדרה של ההכרה בנזק הרלוונטי, או למצער הוא אינו מאפשר פיתוח דוקטרינרי של הנזק.³⁹ הוא גם יוצר תחושת סתמיות וטריביאליות של הנזק הרלוונטי, אשר אין העמקה בטבעו ובטיבו הייחודיים. השתיקה בנוגע לנזק זה גם מדגישה את רלוונטיות הביקורת הפמיניסטית, שלפיה מחויבות המשפט היא בעיקר לרציונל ושעיסוק בסוגי כאב וסבל אנושיים אינם חלק מן השיח שלו, גם בדיני הנזיקין.⁴⁰ השפעות אלה עמוקות ומכתבות את (אי) השימוש של קבוצות מוחלשות בדיני הנזיקין ככלי לפיצוי על נזיקיהן. משמע, יש להן חלק מרכזי בהגדרת מידת הנגישות המהותית, להבדיל מזו הפורמלית, לדיני הנזיקין. לפיכך טענתי היא, כי פתרון בעיית היעדר השיח בתחום הפיצוי יוביל מהלך מעגלי, שבו שימוש דוקטרינרי בנזק יעודד הגשת תביעות רבות יותר, שכן הפיצוי הוא לב לבה של התביעה הנזיקית. הגשת התביעות תאפשר עוד ועוד ייצור שיח דוקטרינרי בנושא וכך הלאה, באופן אשר יוביל להקלה משמעותית בבעיית הנגישות. כיום היעדרו של שיח בתחום מורגש בשני מישורים: האחד הוא מישור ההמשגה והזיהוי של סוג הנזק שנגרם מפגיעה באינטרס חוקתי, והשני הוא מישור ההערכה של שיעור הנזק שנגרם, שעניינו לרוב עמידה על הפרמטרים הרלוונטיים להערכת הפיצוי ההולם. ההבחנה בין שני המישורים אינה תמיד ברורה ואין לה נוכחות מובהקת בפסיקה. יתרה מזו, קיים קשר הדוק ביניהם: ככל שיעומעם שלב זיהוי הנזק, כך יהיה קשה יותר להעריכו, וככל שיעדרו מדדים להערכתו, תקטן ההיכרות עמו. ועדיין יש ערך מושגי להבחנה בין המישורים, המאפשרת את ייסוד השיח בשניהם.

36. ביטון (לעיל, הערה 1), בעמ' 21-42.

37. בעיקר ראו: Leslie Bender, "A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort", 38 *J. Leg. Educ.* (1988) 3, p. 33. לטענתה, מתן שם (naming) גברי לדמות (reasonable man), משפיע על תוכנה המהותי כמפעילת נורמות "גבריות", שמקורן ב"אתיקה גברית". כן ראו דפנה ברק-ארו, "האשה הסבירה", פלילים ו (תשנ"ח) 115.

38. לשימוש בנרטיב כדרך לגילוי עמדת השופט הכותב אותו ראו איסי רוזן-צבי, "סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי", עיוני משפט כג (תש"ס) 539 (מציג דרכים לנתח היגד כנרטיב ולזהות את סוג הנרטיב בפסק הדין).

39. למשמעותו החברתית של תוכן השיח שמקורה במשנתו של מישל פוקו ראו: Gary Wickham and Alan Hunt, *Foucault and the law – Toward a Sociology of Law and Governance* (Pluto, 1994), 8-9.

40. להרחבת הדין בתפיסה זו במסגרות שונות של החוק ראו: Lucinda M. Finley, "Breaking Women's Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning", 64 *Notre Dame L. Rev.* (1989) 886, p. 903.

(א) ייצור השיח במישור הראשון: מסגרות רטוריות של "נזק לרגשות"

הפגיעות באינטרסים החוקתיים גורמות, כאמור, לנזק שניתן לזהותו כפגיעה ברגשות. על אף נטייתם לפצות בעיקר בגין אינטרסים מוחשיים, ההגנה על הרגשות אינה זרה לדיני הנזיקין. במשפט האנגלי הקלאסי הכלל הוא שדיני הנזיקין אינם מגנים על הפרט מפני פגיעה ברגשותיו, אולם הם מגנים על האינטרסים האישיים המוכרים בגדרן של כמה עוולות קלאסיות כגון לשון הרע, נגישה, תקיפה ותרמית.⁴¹ כך, למשל, נקבע כי עוולות התקיפה והאיום מגנות על היחידה או היחיד מפני התערבות בחייהם, ולא רק בגופם, תוך תיאור ראשי הנזק החשובים בעניינם כ: "Injury to feelings, i.e., the indignity, mental suffering, disgrace and humiliation".⁴² תיאור דומה מאוד נהוג בראשי הנזק בעוולות הנגישה וכליאת השווא, שם מוצגת כראש נזק נוסף הפגיעה בסטטוס החברתי, שמקורה בהשפלה שבאקט.⁴³ עוד מקור מרכזי להגנה על האינטרס הרגשי הוא החקיקה הנזיקית, כשהבולטת באנגליה היא זו האוסרת הפליה בגין גזע ומין, ובה מוגנים הרגשות במפורש.⁴⁴ חקיקה זו, אשר נתווספה על דיני הנזיקין המסורתיים והוותיקים, יכולה להעיד על שינוי בגישתם המקובלת של סדרי ההגנה שהתבססו במסורת הנזיקית של המשפט המקובל, אם כי ייתכן שדווקא בייחודה יש כדי להעיד על חריגותה ועל תחולתה המצומצמת.

בעיית ההכרה בנזק לרגשות במסגרת דיני הנזיקין אינה ייחודית למשפט המקובל. גם בשיטות משפט אחרות מוכר כבעייתי הפיצוי בגין פגיעה באינטרסים אישיותיים. חריגות לכך הן השיטות בעלות האוריינטציה למשפט הצרפתי ובעיקר המשפט הצרפתי עצמו, שבו ישנה כיום הכרה מלאה בזכות לפיצוי בגין פגיעות באינטרסים אלה כמו בכל אינטרס מוכר אחר. במשפט הגרמני הוכרה כבר באמצע שנות ה-50 הזכות להגנה נזיקית על ה-personality, המוגדרת כ"כבוד אנושי ופיתוח של העצמי", מתוך הבנה שדיני הנזיקין הם כלי מרכזי להגנה על זכויות שהחברה רואה אותן כמשמעותיות.⁴⁵ בדנמרק מכיר החוק

41. ראו: McGregor (לעיל, הערה 23), בעמ' 52-53; Margaret Braizer and *Street on Torts* (John Murphy — eds., Butterworths, 1999), 34-42. עיקר ההגנה על אינטרסים אלה היא כראשי נזק נלווים במסגרת עוולות המגנות על אינטרסים אחרים. Ollier and Le Gall (לעיל, הערה 11), בעמ' 64-65. לפירוט מידת ההגנה בעוולות הקיימות בשיטות המשפט השונות ראו שם, בעמ' 67-70. המשפט המקובל מצוי במידת ביניים של הגנה על האינטרסים האישיים.

42. ראו: McGregor (לעיל, הערה 23), בעמ' 1194.

43. בעוולת כליאת השווא מוסיף הוא כמובן גם את נזק הפגיעה בחירות. ראו שם, בעמ' 1198. לדיון בעוולת הנגישה ראו שם, בעמ' 1207.

44. ראו, למשל, את לשונם המפורשת של: Sex Discrimination Act, 1975, ch. 65, § 66(4), וכן: Race Relations Act, 1976, ch. 74, § 57(4). בשני דברי החקיקה מתיר הסעיף פיצוי בגין נזק לרגשות בין לבדו ובין שנלווה לו נזק נוסף.

45. ראו: Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law* (Hart Publishing, 2000), 142-168.

בפיצוי נזיקי בגין פגיעה בשלווה או בכבוד של הפרט, בלי לקבוע מדדים להערכתו.⁴⁶ ביוון מורה הקוד האזרחי (בסעיף 932) על פיצויו של מי שסובל מנזק מוסרי (moral damage). פיצוי זה ניתן בגין נזק שסבל הניזוק בין היתר בשל פגיעה בכבודו. התפיסה בעניין בסיס נזק זה היא שהוא אינו בר תיקון, אולם הוא עדיין מחייב פיצוי סביר שיהיה בו כדי להקל את סבלו של הניזוק.⁴⁷ באירלנד מוכר הפיצוי בגין נזק לרגשות במסגרת סעד המכונה **פיצויים מוגברים**, המיועדים לפצות את התובע על הפגיעה ברגשות שנגרמה לו בהתחשב באופי העוולה שבוצעה כלפיו או במניע של המזיק למעשיו.⁴⁸ במקסיקו מכיר הקוד האזרחי מאז שנת 1982 בנזק המכונה **נזק מוסרי**, המוגדר כ"השפעה או נזק שנגרם לרגשותיו, לאמונותיו, לכבודו, לשמו של אדם...".⁴⁹ עולה כי אף שברוך כלל תמונת המצב בתחום ההגנה על האינטרסים האישיותיים בדיני הניזוקין היא עגומה, ביחוד לאור חשיבותם ההומניטרית-מוסרית ממדרגה ראשונה,⁵⁰ ניתן בכל זאת למצוא מסגרת פשוטה וטבעית לנזק הפגיעה ברגשות, אשר תאפשר לטפח את זיהויו והמשגתו של נזק זה, ועקב כך לחזק את מעמדו.

(ב) ייצור השיח במישור השני: הערכת הפיצוי

אחת הטענות המובהקות המועלות כנגד הערכת הפיצוי הראוי לנזק שנגרם לאינטרס אישיותי היא, שקשה מאוד להעריכו משום היותו סובייקטיבי. טענה זו הובילה לרוב לקביעה, כי הערכת נזק זה תהיה נתונה לשיקול דעת בית המשפט, וכי תיעשה בדרך האומדן.⁵¹ על פניה נראית הצעה זו קוסמת, אלא שבפועל היא תורמת עוד להיעדר השיח על אודות הערכת הנזק במקרים אלה, וממילא נמצאת מקלקלת ולא מועילה. נדמה שיש בה אף כדי ליצור בלבול: אפיון הנזק בשלב הראשון כפגיעה ברגשות אינו מחייב לגרור אחריו היעדר מוחלט של כלים להערכה בשלב השני של קביעת הפיצוי. גם אם הנזק לרגשות מטבעו אינו ניתן להערכה כספית מדויקת, הן בשל אופיו הבלתי מוניטרי והן בשל האלמנט הסובייקטיבי שבו, עדיין אין פירוש הדבר שאין דרך להעריכו, אלא אך שהערכתו, בשוליה, תהיה מעוגלת לפי אומדן כלשהו.⁵² יתרה מזו, לרוב כאשר בית המשפט מפעיל

46. להגדרה זו ראו: International Personal Injury compensation (Dennis Campbell — ed.,

Sweet & Maxwell, 1996) 191 (להלן: *International Personal Injury*): "Injury or damage

...to another person's... peace, honor..."

47. שם, בעמ' 368-369 (המחבר מבהיר כי סכומי הפיצוי המקובלים כאן נחשבים נמוכים).

48. שם, בעמ' 395.

49. מגבלתו המרכזית של פיצוי בגין נזק זה היא שהוא מחייב שהתנהגות המזיק שגרמה לנזק

תהיה אסורה או בת רמייה ("illicit or fraudulent"). ראו שם, בעמ' 440-441.

50. זוהי מסקנת הכותבים במחקרם חובק העולם בתחום. ראו: Ollier and Le Gall (לעיל, הערה

11), בעמ' 98.

51. כך עולה בבירור מהפסיקה הנדונה להלן, ליד הערות 80-93.

52. דיני הנזיקין (לעיל, הערה 7), בעמ' 579: "הנזק שנגרם לניזוק אינו 'רכושי'... ועל כן סכום

הפיצוי הנפסק הוא מטבעו 'at large'."

את שיטת האומדן בשל בעיית הערכה של הנזק שלפניו, הוא יניח כי שיעור הנזק נמוך ויפסוק בגינו סכום פיצוי נמוך.⁵³ לפיכך שימוש בדרך האומדן מתאים לטעמי רק כאשר התובע לא עמד על אחד או יותר מן המאפיינים החשובים להערכת נזקו. אז תועדף דרך האומדן מפתרון המבטא שלילת פיצוי מוחלט מן הניזוק, וזאת מתוך הכרה כי בעצם המעשה המזיק טמון מניה וביה נזק לניזוק, תוך עמידה על איכותו כנזק משמעותי.

ג. שיח נזקי פגיעות חוקתיות במשפט הישראלי

ברמת הפשטה גבוהה, כמעט כל עוולה נזיקית מגנה גם על אינטרס חוקתי, אולם דיני הנזיקין, כאמור, העניקו פיצוי בעיקר בגין פגיעות מוחשיות. מהפכה חוקתית נזיקית ראויה תהיה לכן זו שתעניק משנה תוקף לפגיעות חוקתיות מובהקות, שהנזק הטיפוסי בהן הוא הנזק האישיותי. בע"א גורדון ובע"א דעקה⁵⁴ הבהיר בית המשפט העליון, כי מבחינה טכנית הגדרת "נזק" בפקודת הנזיקין יכולה להכיל את אותם אינטרסים אישיותיים, אשר הפגיעה ברגשות הנה ללא ספק חלק מהם.⁵⁵ במובן המהותי הייתה תרומתן של שתי הפרשות שונה. ע"א גורדון היה הראשון שהדגים כי אין כל מניעה להפעיל את דיני הנזיקין לשם הגנה על היחידה או היחיד מפני הפגיעה בזכות מזכויות היסוד שלהם, ולשם פיצוים על נזקים בלתי מוחשיים שמקורם בפגיעה שכזו. בפרשה זו נקבע כי יש לפצות גבר, שחירותו נפגעה במעצר שווא, בגין נזקים בלתי ממוניים שנגרמו לו. למרות היעדר דיון חוקתי מובהק בפסק הדין, סיפור העובדות מבססו. עם זאת, חשיבותו המהותית של פסק הדין לענייננו היא בביסוס הנזק הבלתי מוחשי של "טרדה" כנזק בר פיצוי לעצמו בעוולת הרשלנות. בפסק הדין לוקה תיאור הנזק באי-עקיבות, בחלקיות ובאי-התאמה. בשלב הראשון הוא מוצג כנזק של "הטרדה גרידא" שעניינו כנראה במה שמוכר כעגמת נפש,⁵⁶ הנראית כפגיעה קלה לעומת זו הנגרמת לניזוקים מפגיעות חוקתיות. בשלב השני הוא מוצג כנזק של פגיעה בתחושות גופניות ובנחות ושל גרימה לסבל נפשי, שאין להם ביטוי פיזי.⁵⁷ כאן נדמה יותר נזק זה לנזק הנפשי העקיף שעניינו "זעזוע עצבים" הנגרם לניזוקים בעקיפין, בעקבות נזק שנגרם לאהוביהם.⁵⁸ גם נזק זה שונה בתכלית מן הנזק שהיה לפני בית המשפט, בו היה אלי גורדון ניזוק עיקרי,

53. שם, בעמ' 576. וראו אמירתו המפורשת של בית המשפט בת"א (ת"א) 113233/98 דגנית נ' דניאל (לא פורסם), לפיה פיצוי "נזק אומדנה" יהא נמוך (במקרה זה נדרש בית המשפט להעריך את נזקה הבלתי מוחשיים של נאנסת).

54. ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (להלן: ע"א גורדון); וע"א דעקה (לעיל, הערה 4).

55. דיני הנזיקין (לעיל הערה 7), בעמ' 573-575, ע"א גורדון (לעיל, הערה 54), בעמ' 139.

56. כך מפורש הדיון בסוג הנזק בע"א גורדון בפסיקה המקומית. ראו, למשל, ע"א 6645/00 ערד נ' אבן, פ"ד נו(5) 365, פסקה 14; ת"א (י"ם) 7211/90 קרני נ' אטון (לא פורסם) - עותק בידי המחברת.

57. ע"א גורדון (לעיל, הערה 54), בעמ' 138-139.

58. כגון הנזק הנדון בפרשות רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיבון המנוחה דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397,

מיידי וישיר שסבל פגיעה ברגשותיו בשל הפגיעה הישירה בזכותו לחירות מפני מאסר שווא. עם זאת, בשלב כלשהו ציין השופט ברק כי "כבודו של אדם, שמו הטוב, נוחותו ושלמות נפשו חשובים... וצריכים לקבל הגנה ראויה כמו כל אינטרס רכושני"⁵⁹ ונדמה כי בדברים אלה הוא התקרב יותר לנזק הרלוונטי לענייננו. אולם גם מכלול תיאורים אלה אינו נוגע ישירות לרגשות הנזוק כעיקריים שנפגעו. נמצא, שעל אף היותה פסיקה מונומנטלית, שבה עסק בית המשפט באריכות ובהתלהבות בשאלת האחריות לנזק הבלתי ממוני, קשה מאוד להבין מע"א גורדון על איזה נזק בדיוק פוצה מר גורדון, וקשה עוד יותר לזהות את "המורשת הפיצויית" שהותיר אחריו, שעיקרה שימוש בביטויים בעייתיים לתיאור הנזק האמור. כך, למשל, כונתה פגיעה בצעיר, שמידע שגוי ופוגעני על אודות מצב בריאותו הנפשי הועבר על ידי הרשויות לגורמים בלתי מוסמכים, כ"עגמת נפש" וכמסבה "כאב וסבל"⁶⁰ השימוש בראשי נזק אלה נפוץ גם במקרים דומים,⁶¹ על אף היותו שגוי: עגמת נפש אינה מבטאה את הפגיעה הרגשית העמוקה בניזוק, אלא היא נפוצה בתביעות אזרחיות לפיצוי בגין הטרדה, טורח וסרבול הנכפים על התובע.⁶² במובן זה עדיף בעיניי השימוש של בית המשפט בביטוי "צער" כמבטא פגיעה עמוקה יותר בניזוק במצבים אלה, או שימוש בביטוי "כאב וסבל רגשיים".⁶³ אשר ל"כאב וסבל" על דרך הסתם, אלה עניינם בנזק הלא מוחשי הנלווה לנזק פיזי, אשר אינו תדיר במצבי פגיעה באינטרסים חוקתיים.

צעד חשוב נוסף לקראת כינון אחריות נזיקית בגין פגיעה באינטרס חוקתי נעשה כאמור בע"א דעקה, שבהרכב מיוחד של חמישה שופטים הרחיב את האחריות ברשלנות להגנה על היחידה והיחיד מפני פגיעה בזכותם לאוטונומיה. הרחבה זו התאפשרה בעיקר הודות להיבט

ע"א 5803/95 ציון נ' צה, פ"ד נא(2) 267 ודומותיהן. בלכול זה ניכר גם בהמשך הניתוח, כאשר בית המשפט תוהה בע"א גורדון באשר להיקף נזק זה הצפוי במקרים מעין אלו, ומעלה חשש שמא כל הניזוקים, בתגובת שרשרת נזיקית על העוולה שבוצעה כלפי גורדון, יתבעו גם הם. ראו שם, בעמ' 141. להבחנה בין פגיעות אלה ובין פגיעות רגשיות ראו בן-עזר (לעיל, הערה 17), בעמ' 8-17. הכותבת מבחינה היטב בין ההגדרות הרפואיות לנזק ובין האבחנה המשפטית שלהן ועומדת על אי-החפיפה ביניהן.

59. ע"א גורדון (לעיל, הערה 54), בעמ' 141.

60. ת"א (ב"ש) 8051/00 טזו נ' משרד הבריאות (טרם פורסם) (להלן: ת"א טזו).

61. ראו, למשל, תמ"ש (ת"א) 60811/00 פלונית נ' אלמוני (טרם פורסם), שם תבעה נערה את אביה שאנסה. בית המשפט מתאר את סבלה ככולל כאב וסבל.

62. במובן זה משמש ראש נזק זה כבסיס לתביעות בגין הטרדה, גרימת טורח וסרבול הליכים. ראו, למשל, ת"א (ת"א) 1668/97 שוימר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה בתל-אביב (לא פורסם) (עירייה סרבלה הליכים לקראת מתן היתר בנייה); ת"א (ת"א) 31144/98 מוצרי חשמל אור יהודה בע"מ נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ (לא פורסם) (התרוצות ואי-נוחות שנגרמו ללקוחות); ת"א (י"ם) 18232/93 הרבאוי נ' רשות הרישוי (לא פורסם) (סבל וטרדה של התובע בגין רישום שגוי שביצע משרד הרישוי).

63. ראו ת"א (י"ם) 6957/00 קולוין נ' סמואל (טרם פורסם) (להלן: ת"א קולוין). בפסקה 10 של פסק הדין מוסיף בית המשפט ביטוי זה לצד הביטוי "עגמת נפש".

החוקתי החשוב של זכות זו, הנגזרת מזכות היסוד לכבוד.⁶⁴ בפרשה זו הוכרה עצם הפגיעה בזכות הפרט כראש נזק בתורת הפיצויים הנזיקית, ולא רק כמעשה עוולה. דעת הרוב, מפי השופט אור, ראתה בפגיעה בזכות לאוטונומיה ראש נזק מובחן מן הנזק הפיזי שעלול היה להיגרם עקב הטיפול הרפואי הלא מוסכם, נוסף לו ומצטבר.⁶⁵ בית המשפט נטש את שיה הנזק התוצאתי הקלאסי ומיקם את יסוד הפגיעה כמרכזי בדיון, תוך שהוא משתמש בחזקת הנחת הנזק המבוססת היטב במשפט המקובל,⁶⁶ ולפיה "במקרים רבים אין צורך בראיה על הנזק הכללי והיקפו, שכן קיומו של הנזק והיקפו עולים מעצם הפרת החובה על ידי המזיק".⁶⁷ את ההגנה על עצם הפגיעה בזכות יסוד כראש נזק ביסס השופט אור על ההגנה המצויה בדיני הנזיקין בנוגע לאינטרסים בלתי מוחשיים אחרים, כגון פגיעה ברגשות התובע ובכבודו.⁶⁸ למרות אהדתו לנושא, פסיקתו של בית המשפט מציגה עמדה מעורפלת באשר להבחנה הרעיונית בין פגיעה באינטרס חוקתי ובין הנזק הנובע ממנה: האומנם סבור היה השופט אור כי הנזק האינהרנטי לפגיעה בזכות חוקתית הוא "עצם הפגיעה", או שמא כיוון בדבריו ל"פגיעה ברגשות" כנזק תוצאתי נפרד? דיונו בסוגיה בשלב קביעתה של חובת הזהירות כלפי התובעת יוצר קושי לתת תשובה ברורה ואינו מאפשר להעריך עד

64. דברי השופט אור בפסק דינו בע"א דעקה (לעיל, הערה 4), בעמ' 571-572, 573-575, וראו גם הערתה של השופטת בייניש כי בעצם מבקש השופט אור לקבוע כאן "פיצוי חוקתי" לתובעת. ראו שם, בעמ' 559.

65. "הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה אינו בא לשמש תחליף לפיצוי בגין נזק גוף. הוא בא להשלים את הפיצוי האמור, ולהשיב את מצבו של הנפגע לקדמותו, במידה הטובה ביותר שאותה ניתן להשיג באמצעות פיצוי כספי". ראו שם, בעמ' 581-582.

66. ברוח זו נאמר ב-*Restatement of the law, second: Torts* (Volume 4, American Law Institute, 1979), 904(a) (להלן: *Restatement of the law*): "In many cases in which there can be recovery for general damages, there need be no proof of the extent of the harm, since the existence of the harm may be assumed and its extent is inferred as a matter of common knowledge from the existence of the injury as described." על נזקים בלתי מוחשיים שם, בסעיף 912(b): "In these cases the trier of fact can properly award substantial damages as compensation for harms that normally flow from the tortious injury even without specific proof of their existence, such as pain from a blow or humiliation from a scar. Evidence to prove that the harm is greater or less than that which ordinarily follows is admissible. The most that can be done is to note such factors as the intensity of the pain or humiliation, its actual or probable duration and the expectable consequences."

67. ע"א דעקה (לעיל, הערה 4), בעמ' 585. לחזקה זו בנוגע לנזקים הבלתי מוחשיים יש ביסוס גם במשפטנו, עוד מע"א 558/84 ברמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 757, שם נדונה בדעת המיעוט אפשרות לפצות אישה בעילה של כליאת שווא, ונקבע: "נזק כללי נגרם מעצם כליאתה בכפייה... נזק כזה אינו טעון הוכחה". ראו שם, בעמ' 772.

68. ע"א דעקה (לעיל, הערה 4), בעמ' 573-575.

כמה חזר בית המשפט על הבלבול המושגי המוכר בתחום.⁶⁹ גם דבריו בשלב קביעת שיעור הפיצוי לבניזוקה, לפיהם הוא מבקש להעניק לה "פיצוי מסוים", הם דברים מוקשים, אולם הפיצוי הנמוך אך הבלתי נומינלי של 15,000 ש"ח מעורר ספק באשר לאופי הפגיעה בעיני השופט. עמדתו היא, כי ניתן לקרוא את פסק הדין בשני אופנים, וכי נורמטיבית עדיף לקראו כמציג עמדה של קיום נזק תוצאתי ל"עצם הפגיעה" באינטרס החוקתי, אשר זיהויו והערכתו ייעשו בנפרד ויאפשרו בעתיד פיצוי משמעותי וראוי בגינו.⁷⁰

ספק זה הבהירה השופטת שטרסברג-כהן, כאשר בהצטרפה לפסק הדין המוביל השכילה להעמיד מדדים להערכת הנזק האינהרנטי שנגרם למי שזכותו לאוטונומיה נפגעה בעת קבלת טיפול רפואי. השופטת לא הסתפקה בהערכה כללית של זכות הנפגעת כ"פגיעה ברגשות" וגם לא במתן פיצוי כוללני, אלא בחרה להעמיד שורה של מדדים להערכת שיעור הפיצוי הראוי במקרים אלה. ביניהם נבחנו נתונים חשובים כגון סוג המידע שנמנע מן החולה; השפעתה בפועל של אי-הידיעה על החולה הקונקרטי; משקלו הסגולי של המידע שלא נמסר לחולה לעומת זה שנמסר לו ועוד.⁷¹ בכך ביססה השופטת את הרעיון, שבפגיעה בזכויות היסוד יש גם משום נזק אמיתי, ולא רק פגיעה עוללתית, שהרי עוללת הרשלנות, שבמסגרתה נדון עניינה של התובעת, מחייבת התקיימותו של "נזק" כאחד מיסודותיה לשם

69. כוונתי היא לבלבול בין תפיסת הנזק לרגשות כ"פגיעה" ובין תפיסתו כנזק תוצאתי אמיתי (ראו דבריי לעיל, ליד הערות 26-32).

70. אמנם הסכום שנפסק הוא נמוך לטעמי, אך ניתן להעריך כי הוא נובע הן מבלבול המושגים והן מתקדימיותו, המחייבת יצירת מצג של "מהפכה קטנה", מבחינה כלכלית, בשלב כה מוקדם שלה. בנקודה זו ברצוני להתייחס בקליפת אגוז למאמרו בנושא של צחי קרן-פז, אשר עוסק בשאלה קרובה. טענתו של קרן-פז במאמרו היא, כי ע"א דעקה ניתן לפירוש וראוי לפירוש כמעניק פיצוי בגין עצם הפגיעה בזכות לאוטונומיה, ולא דווקא בגין נזק תוצאתי או סובייקטיבי. אף שטיעונו מצומצם לזכות החוקתית לאוטונומיה, ברמה המושגית נראה לי כי גם אם נכון הוא הדבר, הרי השימוש המציאותי יותר בפיצוי בגין פגיעה בזכות חוקתית הוא במקרים של פגיעה רגשית נלווית לה. ראשית, נראה לי כי במקרים שבהם תיפגע הזכות, אך לא תיגרם כל פגיעה רגשית בניזוק והתוצאה תהיה לרוחו, סביר כי הלז לא יתבע את זכותו בבית המשפט ולא יהיה מעוניין לשאת בעלויות המגוונות הכרוכות בכך. מי שיבחר לתבוע מעיד בעיניי כאלף עדים כי נגרמה לו פגיעה ברגשות במובן הרחב – תחושתו הרגשית היא כי הפגיעה בזכויותיו אינה מוצדקת, וכך ממילא הוא נמצא נפגע רגשית, כהנחתי במאמר זה. לאור זאת, איני מוצאת מחלוקת עקרונית משמעותית בין עמדתו של קרן-פז ובין זו שלי. שנית, גם במישור המעשי, סביר שהמקרים שבהם תביעה תמצא את דרכה אל בית המשפט, אולם הפיצוי בה לא יידרש בגין פגיעה ברגשות התובע, יהיו בודדים אם בכלל. לעמדתו המפורטת של קרן-פז ראו צחי קרן-פז, "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות", המשפט 20 (2005), 67.

71. ע"א דעקה (לעיל, הערה 4), בעמ' 619-621.

הטלת אחריות בגינה.⁷² ועדיין, בשלב הערכת הפיצוי בגין נזק זה השופטת אינה מסתפקת בעצם הפגיעה בזכות, אלא מעמידה רשימה של כלים לאומדנו. בכך היא ממלאת את עצמה מן הביקורת כאילו הפיצוי שיינתן למי שנפגעה זכותו הוא על עצם הפגיעה בזכות, והשיח רב המדרים שהיא מציגה מאפשר היכרות קרובה יותר הן עם הנזק והן עם הזכות שנפגעה, אשר עליה הגנה כאן עוולת הרשלנות בראשונה.

לאחר ע"א דעקה כמעט לא ערך בית המשפט העליון ניתוח גלוי של נזקים חוקתיים, אלא דן בהם באופן אינצידנטלי ובצורה המעידה על בלבול מושגי.⁷³ עם זאת, סנוניות ראשונות של פסיקה בתחום ניכרות בעיקר בפסיקתם של בתי המשפט בערכאות הנמוכות.⁷⁴ בפסקאות הקרובות אנסה לעקוב אחר מופע זה ולזהות בתוכו את הקיים ואת החסר בביסוס של שיח נזיקי בתחום. פסיקה זו, שנושא ההפליה נדון בה בצורה בולטת, מציגה תמונה של תזווה אל עברו של שיח אחר. בת"א שמס'יאן נ' מסעדת גני רוזמרי,⁷⁵ סירב בעל מועדון להכניס למועדון אישה ישובה בכיסא גלגלים. השופטת הבהירה כי עוולת הרשלנות מטילה אחריות לנזק לא ממוני ושם מיקמה את נזקי התובעת, אשר תוארו כ"נזק נפשי" ו"השפלה". לשם הוכחת נזקים אלה נזקק בית המשפט לחוות דעתו של פסיכולוג על אודות השפעת האירוע הטראומטי על התובעת בתיה, וזה קבע שנגרם לה דיכאון פוסט-טראומטי בדרגה קלה עד בינונית.⁷⁶ אלא ששימוש בחוות דעת כזו צריך להיעשות בצורה ביקורתית ובאופן שלא ייעשה שירות דוב לזיהוי הנזק, הרעיון שהשפלה, היעלבות ותחושות דחייה מחייבות כולן עדות מומחה עלול להעיד על זיהוי בעייתי שלהן ככלתי טבעיות. הדגשת הפן הרפואי של נזקה של בתיה, כגון תיאור הטיפול התרופתי שלו היא נזקקת, גורמת גם למדיקליזציה של נזק שבסיסו בהערכה חברתית ואנושית ולא בהערכה רפואית, ועלולה להכביד על תובעים אשר יידרשו להציג חוות דעת מקצועיות שעלותן גבוהה מאוד. שימוש זה של בית המשפט בחוות דעת רפואיות ראוי גם להתפרש כאופציונלי בלבד ולא כתנאי לזיהוי הנזק ולהכרה בקיומו. עם זאת בהמשך מציגה השופטת לפצות את בתיה בגין הנזק הרגשי שסבלה, כשהיא מדגישה כי הוא נובע מהתרשלות "במתן שרות לתובעת, שהיא אשה עם מוגבלות, תוך הפרת החובה להקפדה על כבוד האדם והחירות של התובעת". בדברים אלה מבהירה השופטת כי מהפרה פוגענית של הזכות לכבוד ושל הזכות לחירות של התובעת נובע בהכרח נזק, וכי נזק זה הנו רגשי. לבסוף נפסקו לבתיה פיצויים בסך

72. זאת, כמובן, בהנחה שאין מדובר בפיצויים נומינליים, שניתן לפסקם גם בהיעדר נזק. לדיון בשאלת הטלת חובת פיצוי בעוולות מעין אלה ראו דיני הנזיקין (לעיל, הערה 7), בעמ' 578.

73. דוגמה מצוינת היא ע"א מקרוינלד (לעיל, הערה 4), בעמ' 346. שם מכנה השופט ריבלין את הפגיעה הבלתי מוחשית בזכות לפרטיות כפגיעה ב"אינטרס אישי-רגשי", אולם פסקה לאחר מכן הוא מתארה כ"עוגמת נפש, קרי... נזק נפשי".

74. להסבר למצב זה ולביקורת עליו ראו מאמרה של דפנה ברק-ארוז, "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד", בחוברת זו.

75. ת"א (ת"א) 15/97 שמס'יאן נ' מסעדת גני רוזמרי (לא פורסם) (להלן: ת"א שמס'יאן).

76. שם, שם.

40,000 ש"ח. סכום זה, אף שאינו גבוה במיוחד, הוא בכל זאת סכום משמעותי, ומתיישב עם תפיסת הפגיעה האישית בתובעת כפגיעה משמעותית אף היא.⁷⁷ שיפור נוסף בבעיית היעדר השיח ניתן למצוא בת"א **נעאמנה נ' קיבוץ קליה**,⁷⁸ שם הציגה השופטת באופן בלתי אמצעי את תחושת ילדי התובעת, אשר נאסר עליהם להיכנס לפארק בשל מוצאם הערבי, כפי שהיא תוארה בלשון אמם. בד בבד עם ציטוט הדברים הוסיפה השופטת, כי אינה נזקקת לעדות זו כדי להבין את העלבון והאכזבה הטמונים בהתנהגות שכזו כלפי אדם. קביעתה הייתה, כי מלבד הנזק המקובל לפיצוי של שיבוש תכניות אותו היום, יצרה התנהגות התובעים "נזק מתמשך בשל תחושת ההשפלה שחש אדם במצב כזה, תחושה שאפשר שלא תימחה אף לאחר זמן רב".⁷⁹ השופטת ראתה בפגיעה בכבוד את הבסיס האמיתי והמהותי של התביעה שלפניה, ובאופן חשוב עוד יותר הסירה מדרכה את אותן טענות-אמתלות מלאכותיות ומגוחכות ממש לפיצוי - כגון הוצאות הדלק בגין הנסיעה עד הפארק, או הרס המזון שלקחו עמם התובעים לשימוש - אותן נאלצו מן הסתם התובעים להעלות כדי להפעיל את שיח הנזקים המוחשיים המוכר. קביעתו החשובה של בית המשפט הייתה, כי נזקים אלה הם זניחים לעומת הנזק האמיתי שנגרם כאן לתובעים: הפגיעה בכבודם באמצעות השפלה והטרדה.⁸⁰

בתחומים חוקתיים-נויקיים אחרים לא הרימו בתי המשפט את הכפפה בעניין הצורך לנהל דיון גלוי בסוגיית זיהוי הנזק לרגשות - או נזק בלתי מוחשי אחר הנובע מפגיעה בזכות של התובע - והערכתו, והם נוטים לפסוק פיצויים שרירותיים. כך, למשל, בפסק דין שבו נדונה פגיעה בפרטיות של תובעת, אשר תמונת שדיה המנותחים הופצה בעיתון בלא הסכמתה, פוצתה התובעת בסכום של 20,000 ש"ח בלי שיינתן הסבר לפסיקת סכום זה, והנזק זוהה כ"כאב וסבל ועוגמת-נפש".⁸¹ לשם ההשוואה והצגת האבסורד שבהיעדר שיח משווה נציין כי במקרה אחר, שבו נאסף מידע על עובד תוך פגיעה בזכותו לפרטיות, פוצה העובד בסכום של 250,000 ש"ח "על דרך האומדנא".⁸² במקרה נוסף הובילו מסתרי "דרך האומדנא" לפיצוי בסכום של 30,000 ש"ח למשפחה פלסטינית אשר המשטרה פגעה בזכותה לכבוד.⁸³

77. קביעתי כי אין מדובר בסכום גבוה במיוחד נסמכת על העובדה שבמובן כלכלי-ישראלי מקובל, אין מדובר בסכום פיצוי גבוה. עם זאת, הסכום כאמור אינו מבוטל, ובוודאי אינו יכול להיחשב כבעל ערך סימבולי בלבד.

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

79. שם, בפסקה 6.

80. שם, בפסקה 7.

81. ת"א (ת"א) 19300/96 **יונסי נ' מרכז רפואי ענת (1991) בע"מ** (לא פורסם). לפיצוי זה נוספו 20,000 ש"ח בגין הנכות הנפשית שהותירה בתובעת חשיפת גופה.

82. ת"א (ת"א) 1285/89 **צוקרמן נ' מורגנשטרן**, פ"מ תשנ"ט(1) 385. במקרה זה ניסה בית המשפט להסביר את סכום הפיצוי שפסק אולם לא התייחס לפסיקה אחרת בתחום, ועל כן קשה לראות בו תקדים הקובע רף פיצויים חדש.

83. ת"א (י"ם) 5122/99 **עצאירה נ' מדינת ישראל**, פ"מ תשס"ב(3) 289, פסקה 47. במקרה זה נקבע כי המשטרה נמנעה מלחקור התנכלות למשפחה פלסטינית משום מוצאה.

במקרה אחר התייחס בית המשפט לפן החוקתי של תקיפת תושב טול-כרם על ידי חיילים ופסק פיצויים גם בגין נזק שכינה "סבל נפשי הכרוך בהשפלה", אולם בשלב הענקת הפיצוי קבע סכום של 100,000 ש"ח עבור כלל הנזקים הבלתי מוחשיים שנגרמו מהפגיעה, ובכך הבליע שוב את שלב הערכת הנזק.⁸⁴ מקרים אלה מדגימים כיצד היעדר שיח במישור הראשון (המשגת הנזק) גורר מאליו אחריו גם היעדר שיח במישור השני (הערכת הנזק), שהרי בהיעדר המשגה של הנזק, קשה להעריכו. על כן אין זה מפתיע כלל לגלות כי כאשר באחד המקרים הנדירים בוסס שיח, הוא נגע לשני המישורים. בת"א יודובסקי נ' ורדי,⁸⁵ דן בית המשפט בגלוי בשאלה כיצד ניתן להעריך את הפגיעה בפרטיות שנגרמה לזוג על ידי מי שצותת שלא כדין לשיחותיהם הטלפוניות וגרם להם לנזק בלתי ממוני: "נשאלת השאלה איך ניתן לתרגם לערכים כספיים פרמטרים שאינם ניתנים לכימות ומהו סכום הפיצויים אשר יהיה הולם", תוהה בית המשפט ומבהיר, "אין להעלות על הדעת שבגלל קושי חישובי לא יפוצה אדם בגין פגיעה בו".⁸⁶ בית המשפט ממשיך ומשתף את הקורא/ת בהתלבטותו: מחד גיסא הפיצוי אינו צריך להיות גבוה מדי, ומאידך גיסא אסור שיחסר אפקט של הכרה בחשיבות הזכות שנפגעה, ועוד יש לזכור כי מדובר בפיצוי בגין נזק סובייקטיבי של פגיעה בפרט. לאחר דיונו בזהות הנזק הוא עובר אל שלב הערכתו. כאן הוא קובע מדדים חשובים אחדים להערכת הנזק: ראשית, יש לבחון את מהות הזכות שנפגעה במעשה העוולה. את הזכות לפרטיות רואה בית המשפט כאחת מזכויות היסוד המרכזיות בשיטתנו המשפטית, המחייבת פיצוי הולם בגין פגיעה בה. מאידך גיסא הוא מציין שהדברים שהוחלפו בין בני הזוג, ושלחם בוצע הציתות, לא היו אינטימיים במידה רבה. במהלך מחשבתו זה ניתן לזהות שני מדדים מרכזיים להערכת הפיצוי הראוי, שבית המשפט משתמש בהם: (1) סוג הזכות שנפגעה במעשה העוולה; (2) מידת הפגיעה בזכות האמורה. שני מדדים אלה הורו במקרה זה על כיוונים מנוגדים, והפיצוי הראוי נאמד בסכום אמצע כלשהו.

מהלך דומה של הכרה בערך הזכות בשלב הפיצוי נעשה לאחרונה בת"א קולוויץ,⁸⁷ בו קבע בית משפט השלום בירושלים כי הפגיעה העיקרית בתובע בגין כליאת שווא הייתה הפגיעה בזכותו היסודית לחירות, ולכן עיקר הפיצוי ניתן לתובע בגין ראש הנזק הבלתי ממוני של עגמת הנפש והצער שבכליאה, ולא בגין נזק ממון כלשהו שהכליאה גרמה לו.⁸⁸ לצורך הערכת הפיצוי התייחס בית המשפט בעקיפין למדדי ת"א יודובסקי. חשיבות הזכות הנפגעת – שהנה הזכות החוקתית לחירות, ומידת הפגיעה הקשה בה – שבמקרה זה נלווה

84. ת"א (כ"ס) 7634/96 אלמסרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם – עותק בידי המתברת), פסקאות 38-1 27.

85. ת"א (ת"א) 58457/95 יודובסקי נ' ורדי (לא פורסם) (להלן: ת"א יודובסקי).

86. שם, בפסקה 9.

87. לעיל, הערה 63.

88. בגין ראש הנזק הבלתי ממוני פוצה התובע בסכום של 50,000 ש"ח (שהיה גבוה בהרבה מהסכום שתבע), ואילו בגין נזק הממון שבכליאתו ותקיפתו הפיזית פוצה בסכום של 10,000 ש"ח בלבד. שם, בפסקה 10.

לה שימוש אסור ומופרז בכוח, שימשו כמדדים רלוונטיים.⁸⁹ פסק דין חשוב נוסף לענייננו נתנה השופטת נילי מימון מבית המשפט לענייני משפחה בירושלים,⁹⁰ שם נדונה תביעתה לפיצויים של אישה שהוכתה ודוכאה על ידי בן זוגה. השופטת הגדירה את הנזק שנגרם לתובעת כנזק שעניינו "השפלה, ביזוי, פגיעה באוטונומיה ובכבוד", והיא ראתה אותו כנזק נוסף על הנזק הפיזי שסבלה האישה כאשר הוכתה. לאחר שהבחינה אותו מן הנזק הפיזי, אפיינה השופטת מימון את הנזק שנגרם לתובעת כנזק לרגשות, אם כי הדגישה את הסבל הנפשי שהוא מסב.⁹¹ היא בחרה לאמץ את השימוש בפיצויים מוגברים כמנגנון הראוי לפיצוי בגין פגיעה ברגשות, ואף עמלה להעריך את גובה הנזק, על אף הקושי לכמתו. למרות יתרונם הברור של פסקי הדין בהגדירם בקול תרועה רמה את טיב הנזק במקרי פגיעה באינטרסים חוקתיים, וביצורם שיח על אודותיה של פגיעה זו, בולט בהם חסרונו של דיון ברור והחלטי בשלב הערכת הפיצוי: במקום לקבוע מדד כספי עצמאי להערכת הפיצוי הראוי, השתמש בית המשפט בת"א יודובסקי כסעיפי הפיצוי בלא הוכחת נזק שבחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965⁹² ובחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998⁹³ כדי להקיש מהם, בלא הסבר מספק, כי הסכום הראוי לפיצוי במקרה שלפניו הוא הסכום הקבוע בהם, היינו 50,000 ש"ח. גם בת"א קולוויץ נקבע "באורח פלא" פיצוי של 50,000 ש"ח, תוך הצדקתו הערטילאית כעניין לאומדן בית המשפט. בפרשת האישה שסבלה מהכאתה הייתה תוצאת פסק הדין מאכזבת במיוחד, כאשר נפסקו לטובתה 90,000 ש"ח בלבד, כסכום פיצוי כולל הן בגין הנזק הפיזי שנגרם לה מהכאתה (נכות זמנית לשנתיים ימים) והן בגין ההתעללות בה במשך חמש שנים. פסיקה מעין זו מחדדת את חשיבות הרחבת השיח באופן שיאפשר גם להעמיד סטנדרטים גבוהים יותר לפיצוי במקרים כאלה, כגון סכומי הפיצוי אשר יוצגו להלן.

פסקי הדין דלעיל חושפים אפוא בעיה נוספת בעיצוב שיח הנזק, שמקורה בחולשת סעיפי הפיצוי בלא הוכחת נזק שבחקיקה הנזיקית החדשה. חוששני שלמרות מטרות החשובה, שעניינה הקלה על תובעים בהוכחת שיעור הנזק באמצעות מתן פיצוי מעין אוטומטי, מונעים סעיפים אלה העמדת מדדים ברורים להערכת הפיצוי בגין נזק חוקתי בלתי מוחשי. בחוק למניעת הטרדה מינית ובחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000⁹⁴ יצר המחוקק מנגנון ייחודי לזיהוי הנזק ולפיצוי בגינו במצבי פגיעה חוקתית מובהקת. בהטרדה מינית נפגע מכלול זכויות חוקתיות: הזכות לכבוד, לפרטיות ולשוויון, ואילו כל מה שמוגן בחוק איסור הפליה הוא

89. שם, שם.

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

91. לעניין זה מוטב היה, לדעתי, אילו בחרה השופטת להשתמש בביטוי "סבל נפשי", תחת בחירתה בביטוי "נזק נפשי", כאשר ברור כי היא אינה מתכוונת לנזק נפשי-פסיכיאטרי.

92. סעיף 7א לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 240.

93. חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 166 (להלן: חוק למניעת הטרדה מינית).

94. חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 58 (הלן: חוק איסור הפליה).

הזכות החוקתית לשוויון. אולם הרטוריקה הקצרה והסתמית של הסדר הפיצוי בחוק, אשר כל תכליתו הייתה ליצור שינוי בנוגע לאינטרסים הבלתי מוחשיים המוגנים בו, מדגימה את העיוות הקונספטואלי של פגיעות חוקתיות. הוראת הפיצוי מתייחסת כולה לשיעור הפיצוי ולפסיקתו בלא הוכחת נזק, תוך התעלמות מוחלטת משלב זיהוי הנזק הבלתי מוחשי. אפשרות קבלת הפיצוי בלא הוכחת נזק הנה מבורכת, אולם היא גם משמשת מעין "הרמת ידיים" וויתור על הפרויקט החשוב של הגדרת "נזק חוקתי בלתי מוחשי". היעדר הגדרה הממשיגה את הנזק מונע גם את האפשרות לפתח כראוי דוקטרינות הגנה נזיקיות על נזקים דומים בעולות אחרות. ההסדר משפיע ככל הנראה, גם אם לא בצורה גלויה, על הקביעות החוזרות ונשנות של פיצוי בגין פגיעות רגשיות בשיעור של 50,000 ש"ח.⁹⁵ סיסטמטיות זו מטרידה בעיקר משום שהיא חושפת קיבעון מחשבתי של שופטים בנוגע לסכום הפיצוי הראוי, בלי שיבחנו את ייחודה של הפגיעה שלפניהם, ותוך יצירת אפקט בעייתי של אימוץ מעין תקרת נזק קבועה מראש.⁹⁶ בעיה מהותית נוספת, העולה לדעתי מן ההסדר, היא השימוש בו גם בעולות של פגיעה באינטרסים כלכליים. שימוש זה מצביע על כך שהוראת פיצוי זו היא בעיקר כלי לפישוט הוכחת הנזק, ולא כלי שמקורו בהבנה כי מדובר בפיצוי ייחודי.⁹⁷ עובדה זו נוטלת מן ההסדר את עוקצו האידאולוגי. יתרה מזו, ההגנה הנזיקית על האינטרס הבלתי ממוני בהקשר העסקי הנה רחבה מזו הניתנת במישור האישי, שכן סכום הפיצוי בהקשר העסקי עומד על כפל הסכום שניתן בהקשר האישי. נתון זה מעיד כנראה על ראיית הנזק הנגרם מפגיעה בזכויות כקשה כפליים מן הנזק שנגרם מפגיעה בזכויות אנושיות בסיסיות. בנוסף, עובדה זו גם מערערת את ההנחה שהנזק הבלתי ממוני, שבו מדברת החקיקה החדשה, הוא ביטוי של הנזק לרגשות, שהרי קשה לטעון לפגיעה ברגשות כשמדובר בפגיעה באינטרס מסחרי על רקע עסקי, להבדיל מרקע אישי.

95. לשימוש דומה בהשוואת הפיצוי בנוגע לפגיעה בפרטיות ראו ת"א טזזו (לעיל, הערה 60).

96. יובל קרניאל ועמירם ברקת, "הפיצויים בדיני לשון הרע: השם והשמך", עלי משפט ב (תשס"ב) 205, בעמ' 224 (הכותבים בוחנים את מהות הפיצוי בגין לשון הרע במשפט הישראלי, תוך שימוש בסקירה אמפירית מקיפה). מסקנתם של השניים היא שהתיקון לחוק צפוי לפגוע בתובעים יותר מאשר לפעול לטובתם, משום שברוב המקרים סכום הפיצוי בגין הנזק הבלתי ממוני, טרם הסדר הפיצוי בלא הוכחת נזק, עלה על הסכום המוצע בו כיום (שם, בעמ' 224). אפקט קביעת תקרת הנזק מראש בעייתי גם מן הזווית הפמיניסטית, המתייחסת בחשדנות להגבלת סכומי הפיצוי בגין נזק בלתי מוחשי בדיני הנזיקין, באשר נזק זה נתפס כמקור עיקרי לפיצוין של נשים. לכתבה מרכזית בתחום ראו ביקורתה של Lucinda Finley על הגבלות הפיצוי בגין הנזק הבלתי מוחשי במסגרת הרפורמה בתביעות בגין אחריות למוצרים פגומים בארצות הברית. Finley טוענת כי ניסיונות להטיל הגבלות על פיצוי נעשים רק בתחומים שבהם יש לנשים עניין מיוחד בקבלת אותם פיצויים. ראו: Lucinda M. Finley, "Female Trouble: The Implications of Tort Reform for Women", 64 *Tenn. L. Rev.* (1997) 847.

97. סעיף הפיצוי בלא הוכחת נזק הוכנס גם לסעיף 13(א) לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, ס"ח 146 (החוק נחקק כשנה לאחר יצירת ההסדר בראשונה בחוק למניעת הטרדה

ד. מקורות אפשריים לזיהוי נזקים חוקתיים ולהערכתם

תופעת חוסר השיח במישור השני, מישור הערכת שיעור הפיצוי, נפוצה גם בנזקים בלתי מוחשיים אחרים, אולם כפי שנראה בהמשך, בתחומים אלה נעשה מאמץ לפתרה על ידי בתי המשפט. אלה מנהלים, למצער באופן חלקי, שיח על נזקים בלתי מוחשיים אלה, המבסס תפיסת פיצוי חזקה בהרבה בגינם. תפיסה זו אפשרה ליצור מנגנוני פיצוי מוכרים המתפקדים באופן סביר וקוהרנטי. מנגנוני פיצוי אלה יכולים להחלט לשמש כלי לקידום ההכרה בנזק ולגשות כנזק בלתי מוחשי בעל משמעות ייחודית. להלן אבחן בקצרה מנגנונים אלה מתוך ניסיון לראות בהם מקור לעיצוב קווי היסוד של מסגרת נזק חדשה.

1. המשפט האמריקני – סקירה משוזה⁹⁸

במשפט הישראלי מצויה ההגנה הנוזיקית על אינטרסים חוקתיים בלתי מוחשיים בתוך דיני הנוזיקין. לעומת זאת העמיד המשפט האמריקני מערכת sui generis של עוולות חוקתיות, היוצרת מקור עניין השוואתי מיוחד בנושא. זה שנים רבות מבוססת שם ההכרה בזכות לפיצוי מעין נוזיקי על עילת תביעה אורחית לקבלת פיצוי כספי בגין פגיעה בזכות חוקתית.⁹⁹ המקורות העיקריים לתביעה זו אינם דיני הנוזיקין המדינתיים או אלה של המשפט המקובל, כי אם הסדרים פדרליים-חוקתיים שמקורם בסעיף 42 לכרך 42 בקוד האמריקני ובהלכת *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*¹⁰⁰.

מינית). החוק מיועד להגן על האינטרסים המסחריים-קנייניים של הפרט. אינני רואה כנטולת בעיות גם את השוואת הפיצוי הקבוע בחוק למניעת הטרדה מינית לפיצוי הקבוע בחוק איסור לשון הרע. כך, למשל, יש היגיון רב בהפיכת סעד הפיצוי הכספי בתביעות לשון הרע לסעד משני. שם מטרתם העיקרית של התובעים היא למרק את שמם. ראו קרניאל וברקת (לעיל, הערה 96), בעמ' 234-236, 264. השוואת סכום הפיצוי יוצרת גם תחושה של מכניזם ולא של התייחסות מהותית, שכן ההסדרים נשענים על שיקולים שונים. כך, למשל, ננעץ שיעור הפיצוי הנמוך הקבוע בחוק איסור לשון הרע בחשש שקביעת שיעור פיצוי גבוה בתביעות לשון הרע תהווה פגיעה ממשית בחופש הביטוי של אמצעי התקשורת. ראו שם, בעמ' 219.

98. לדיון מעמיק במנגנון האמריקני של עוולות חוקתיות, ההיסטוריה שלו והתפתחותו העכשווית ראו: Sheldon H. Nahmod, Michael L. Wells and Thomas A. Eaton, *Constitutional Torts* (LexisNexis, 2004) (להלן: *Constitutional Torts*). לסקירת עיקרי ההסדר ראו גם ברק-ארו (לעיל, הערה 1), בעמ' 116-141, 251-264.

99. לעתים תביעות אלה הן תביעות מעורבות, חוקתיות ונוזיקיות, בשל הקרבה הרעיונית בין העילות. למשל, בפרשת *Dellums v. Powell* 566 F. 2d 167 (1977) דובר במעצרי שווא במהלך פיוור הפגנה. התביעה בוססה הן על עילות נוזיקיות של כליאת שווא ונגישה, והן על הפרת הזכות לחופש הביטוי המעוגנת בתיקון הראשון לחוקת ארצות הברית. לבעייתיות שעורר כפל זה ראו ברק-ארו (לעיל, הערה 1), בעמ' 136-139.

100. *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics* 403 U. S. 388 (1971) (להלן: פרשת *Bivens*). במקרה זה תבע גבר סוכני ממשל פדרליים מן הרשות

תביעות לפי עילות אלו דרשו גם הן המשגה והערכה של הנזק שנגרם לתובעים, אשר לרוב התבטא בנזקים בלתי מוחשיים שנבעו מן הפגיעה בזכות החוקתית. כבר בפרשת *Bivens* הבהיר בית המשפט כי עצם הענקת הפיצוי הוא ביטוי לייחודה של ההגנה על הזכות החוקתית.¹⁰¹ בפסק הדין ביסס בית המשפט את הרעיון שהפגיעה בזכות החוקתית מחייבת פיצוי כספי, שמקורו בתרופת הפיצוי הנזיקית, אם הוכח כי הפגיעה גרמה לנזק. כאן נזקק בית המשפט להמשגת סוג הנזק שאירע. בפרשה זו תואר הנזק, שנגרם לניזוק כתוצאה מחיפוש בלתי חוקי בביתו, כך: "humiliation, embarrassment, and mental suffering".¹⁰² גם בפרשות אחרות, שבהן תואר הנזק, דובר בעיקר בנזקים שהתבטאו בהשפלה, בושה, אי-נוחות ופגיעה ברגשות, אשר נגרמו לתובעים.¹⁰³ באופן כללי הבהיר בית המשפט כי הנזקים הנגרמים מהפרת זכות חוקתית הם "נזקים אישיותיים" מטבעם, להבדיל מנזקים רכושיים.¹⁰⁴ במקום אחר תוארו האינטרסים המוגנים באמצעות עוולות אלה כ-"dignitary interests".¹⁰⁵ עם זאת חשוב לציין כי למרות יכולתו לזהות את הנזק שלפניו, הערכת בית המשפט לנזק זה הייתה נמוכה, והוא לא נחשב ל"נזק אמיתי" בעיניו.¹⁰⁶ אשר להערכת הנזק, גם כאן התקשה בית המשפט לקבוע מדדים ברורים כלשהם, אולם הוא שלל את רעיון "הפיצוי המוגבל" כבסיס לפיצוי. למשל, כשנפסקו 100 דולר בלבד כפיצוי למי שהופרה זכותו לחופש הביטוי וההפגנה, עמדה ערכאת הערעור על החשיבות החברתית שבמתן פיצוי הוגן למי שזכותו החוקתית נפגעה.¹⁰⁷ בשאלת מידת ההוכחה

למלחמה בסמים, אשר ערכו בו חיפוש ועצרו אותו שלא כחוק, בלי שהייתה בידיהם עילה סבירה לכך. בקבלת התביעה הורחבה עילת התביעה הנזיקית-חוקתית מהחלת האחריות על גורמים מדינתיים בלבד להטלת אחריות דומה גם על גורמים פדרליים. בפסק הדין נדונה בהרחבה סמכות בית המשפט להעניק פיצוי דווקא כתרופה לעוול חוקתי, ובהתאמתה של תרופה זו דווקא לריפוי העוול.

101. שם, בעמ' 397 (דברי הלורד Brennan).

102. שם, בעמ' 389-390.

103. ראו, למשל, הפסיקה אליה מפנה ברק-ארז (לעיל, הערה 1), בעמ' 252-253.

104. למחקר מקיף של עמדת בתי המשפט בשנים המוקדמות כלפי נושא הנזק החוקתי ראו: Alan M. Spiro, *The Emotional Value of Constitutional Rights* (1982) (מצביע על הקושי של בתי המשפט לראות בפגיעות אלה "נזק").

105. כינוי זה מצאתי בספרות דווקא. למאמר מקיף בנושא תביעות נזיקין חוקתיות ראו: William P. Kratzke, "Some Recommendations Concerning Tort Liability of Government and its Employees for Torts and Constitutional Torts", 9 *Admin. L. J. Am. U.* (1996) 1105, pp. 1153-1154.

106. Spiro (לעיל, הערה 104), בעמ' 1-2.

107. ראו, למשל, דברי בית המשפט בפרשת: *Tatum v. Morton* 562 F. 2d 1297 (1977), pp. 1282-1283. בפרשה זו נדרש בית המשפט להעריך את הפיצוי ההולם לחברי קבוצה דתית אשר קיימו תפילת מחאה שלושה מול הבית הלבן, ונעצרו בגינה ללילה שלם. מעניין לציין שגם כאן ניכרים בכל זאת עקבות החיפוש אחר מדד כספי לפיצוי, כאשר בית המשפט מבהיר

ואופי ההוכחה של הנזק הרגשי עדיין חלוקים בתי המשפט.¹⁰⁸ בסכמה את עיקרי ההלכות האמריקניות בתחום ההכרה בעוולות החוקתיות, המעניקות פיצויים בגין פגיעה בזכויות חוקתיות, מצביעה ברק-ארו על מגמה הפכפכה ובלתי ברורה של בתי המשפט האמריקנים בנוגע לעקרונות להערכת הפיצוי ההולם במקרי פגיעה אלה, ובנוגע לשימוש בעצם הפגיעה בזכות כבסיס לפיצוי נומינלי.¹⁰⁹

העוולות החוקתיות האמריקניות משקפות את התפיסה שעצם הפגיעה בזכות מעניקה לניזוק סעד של פיצוי, אלא שהפיצויים הניתנים לפי עוולות אלה אינם פיצויים נזיקיים מובהקים, וניתן בפסיקתם לחרוג ממסגרות הפיצוי הנזיקיות המוכרות והמצומצמות של המשפט המקובל. בכך מיוחדות עוולות אלה, שנמצאות מחוץ למסגרת דיני הנזיקין המסורתית, ולכן קשה להקיש מהן כמקור נורמטיבי חיובי.¹¹⁰ עם זאת הקשר ההדוק שנוצר בין התחומים, לאור מהותם הדומה, יש בו בהחלט כדי לאפשר שינוי של השיח הנזיקי בכל הנוגע לנזקים בעלי אספקט חוקתי מובהק. סימנים ראשונים לתפיסה זו ניתן לזהות בפסיקה המקומית ובעיקר בע"א דעקה, שעומד על אופיין החוקתי של עוולות נזיקיות המחייב פיצוי ייחודי.¹¹¹ ואולם תרומתה הייחודית של מסגרת משפטית זו היא במישור זיהוי הנזק, שכן באמצעותה ניתן לעמוד על התיאור ההולם את טיבן של הפגיעות הנובעות מהפרת זכות חוקתית כפגיעות אישיות שעניינן השפלה, גרימת סבל רגשי, בושה ופגיעה ברגשות.

2. מקורות פיצויי בדיני הנזיקין

(א) הפיצויים בגין איסור לשון הרע

עוולת איסור לשון הרע יכולה גם היא לשמש מקור להגדרה של נזק לרגשות בגין פגיעה באינטרס חוקתי ולזיהויו של נזק כזה. האיסור להוציא לשון הרע מבוסס על המסורת הנזיקית הקלאסית במשפט המקובל, ואף במשפט הישראלי. גם איסור זה מגן על הפרט

כי היו לתובעים הוצאות כספיות לקיום התפילה במקום, ומשהופסקה ירדו ההוצאות לטמיון ונהפכו לנזק כספי. במקרה אחר, דומה מאוד, נקבע כי הפיצוי של 750 דולר לכל מפגין בשל פגיעה בחופש הביטוי וכליאת השווא הוא פיצוי ראוי, *Dellums v. Powell* 660 F. 2d 802 (1981).

108. במקרה אחד, אשר הוכרע ממש בעת האחרונה, נפסק סכום פיצוי של חצי מיליון דולר לכל תובע מקבוצה של תובעים שהיו ספרנים ואשר הופלו על רקע גזעי. עם זאת, ישנה פסיקה המעמידה רף גבוה מאוד להוכחת שיעור הנזק. ראו: *Constitutional Torts* (לעיל, הערה 98), בעמ' 541-540.

109. ברק-ארו (לעיל, הערה 1), בעמ' 139-141.

110. ראו, למשל, פרשת: *McCrary v. Runyon* 515 F. 2d 1082 (1975), p.1089, שם הבהיר בית המשפט כי פיצויים בגין ראשי הנזק של "בושה, השפלה וסבל נפשי" אינם נחסמים בתביעות מעין אלה, גם אם ייתכן שאין להם מקום בדיני הנזיקין.

111. ע"א דעקה (לעיל, הערה 4), בעמ' 588-585 (מפנה לדיונה של פרופ' ברק-ארו בנושא משמעות הפגיעה בזכות חוקתית).

מפני פגיעה בשמו הטוב, הנתפס כחלק מזכותו לכבוד,¹¹² ומפני הסבל שנגרם לו מערעור מעמדו ומהפגיעה בכבודו בעיני החברה ובעיני עצמו.¹¹³ אפיון חשוב נוסף של האיסור האמור הוא שהוא מגן על עצם הזכות לשם טוב, ואינו דורש נזק תוצאתי כלשהו הנוסף על עצם הפגיעה בזכות. לא בכדי שימשה העוולה מקור מרכזי להשוואה כשגובש רעיון הפיצוי בגין פגיעה באינטרסים אישיים במשפט האנגלי. כבר בתחילת המאה ה-18 נקבע כי יש להקיש מן הזכות לפיצוי בגין לשון הרע לצורך ביסוס הזכות לפיצוי בגין פגיעה בזכות החוקתית לבחור,¹¹⁴ והיקש זה נשמר גם בהמשך.¹¹⁵ נקודה ראויה לציון בהתפתחות ההכרה בנזק הבלתי מוחשי שנגרם בגין עוולה זו היא, שאף כי במקורה בוססה האחריות על עצם הפגיעה בשם הטוב, לא מנע הדבר את פיתוחה של תפיסה תוצאתית של הנזק הנגרם מפרסום לשון הרע כדי להפכו לבעל ערך משמעותי.¹¹⁶

אשר למישור הערכת הנזק, למרות האמורפיות של הנזק בעוולת איסור לשון הרע, הופעל במישור זה מנגנון משולב, פסיקתי-תחיקתי, של מדדים להערכת הנזק הנגרם מהפרסום הפוגע לשמו של אדם. בין מדדים אלה קובע, למשל, סעיף 19 לחוק כי יש משקל, לצורך הערכת הפיצוי, ליחסו הסובייקטיבי של המפרסם לתוכן הפרסום; לכוונתו לפגוע בניזוק; להתנצלותו על הפרסום ולניסיונו לתקן את הנזק שגרם ועוד. סעיף 22 לחוק מאפשר להביא ראיות בנוגע לשמו הטוב או הרע של הנפגע. לאלה נוספו מדדים שקבעה הפסיקה לשם הערכת הפיצוי ההולם כל מקרה ומקרה. כך, למשל, יהיו רלוונטיים חומרת ההאשמות בפרסום, תפוצתו של הפרסום ומניעי הפרסום של הנפגע.¹¹⁷ מדדים אלה תורמים הן להערכה טובה יותר של טיב הנזק שנגרם, והן להשגת מטרת הפיצוי.¹¹⁸ למדדים

112. אהרן ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, בעמ' 280. תפיסה זו נהגה בפסיקה עוד הרבה לפני התרחשות המהפכה החוקתית במשפטנו. ראו, למשל, ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד (3) 337, בעמ' 343, והיא בעלת אחיזה במשפטנו מאז. עוד ראו בג"ץ 6126/94 כנש נ' רשות השידור, פ"ד נג (3) 817, בעמ' 832, 857-565.

113. קרניאל וברקת (לעיל, הערה 96), בעמ' 209.

114. נקבע בפרשת *Ashby v. White* [1703] 92 E. R. 126. להצגת פסק הדין וניתוחו ראו ברק-ארו (לעיל, הערה 1), בעמ' 84-85.

115. כך, למשל, נהגו השופטים בפסיקה המונומנטלית בעניין פיצוי נזיקי בגין הפליה. ראו: *Alexander v. Home Office* [1988] 2 All E. R. 118, p. 123 (להלן: פרשת *Alexander*).

116. בפסיקת הפיצוי על עצם הפגיעה לבדה נהוג היה השימוש בפיצויים הנומינליים, ואלה היו תמיד נמוכים מאוד ביחס לפגיעה שאירעה בפועל וביחס לפיצוי הנזיקי שניתן בפגיעות אחרות, מוחשיות. אורי שנהר, דיני לשון הרע (נבו, תשנ"ז), 373.

117. לסקירת מגוון המדדים בפסיקה ובחקיקה ראו שם, בעמ' 371-404. לעניין תפוצת לשון הרע, גילו קרניאל וברקת במחקרם כי זו אינה באה לידי ביטוי בקביעת סכום הפיצוי. ראו קרניאל וברקת (לעיל, הערה 96), בעמ' 243. למדדים נוספים בשיטה אחרת ראו, למשל: Jonathan M. Burchell, *The Law of Defamation in South Africa* (Juta, 1985), 294-307.

118. כך, למשל, מדד הכוונה לפגוע בניזוק עשוי להיות נטול חשיבות בעת בחינת שיעור הנזק

אלה נוסף גם הכלי הטריביאלי של התחשבות בסכומים שנפסקו בעבר במקרי נזק דומים של לשון הרע.¹¹⁹ כל אלה הביאו בסופו של דבר לידי ממצא אמפירי של עקיבות יחסית בסכומי הפיצוי הנפסקים בארץ,¹²⁰ עקיבות המעידה על אפשרות לבסס הערכה שיטתית, באופן יחסי, של נזקים אישיתיים.

מעניין לציין, כי בין מגוון המדדים להערכת הנזק בולט במיוחד הוא המדד המתחשב בעגמת הנפש ובסבל הנפשי שגרם הפרסום לתובע. מדד זה קיבע יותר מכול את השיח על אודות הנזק הלא ממוני בעוולת איסור לשון הרע. התובנה הראשונה שקיבע מדד זה הייתה שפיצוי בגין לשון הרע ניתן הן בשל הפגיעה הסובייקטיבית בניזוק, אשר נפגע ונעלב מן הפרסום, והן בשל השינוי האובייקטיבי יותר במעמדו החברתי בעקבות הפרסום. בפן הסובייקטיבי עמדו בתי המשפט על "הנזק הנפשי" שנגרם לתובע, "ההשפלה", "הסבל האישי" ו"הפגיעה ברגשות" שגרם לו הפרסום.¹²¹ מידת הסבל הנפשי שנגרם לתובע נלמדת הן מעדותו שלו, כלומר מכלי נרטיבי ראשוני, והן מתוכנו של הפרסום, אשר ככל שאופיו פוגעני יותר, כך סביר שיפגע יותר בניזוק.¹²² מדדים אלה עזרו לבתי המשפט להעריך את מידת הנזק שאירע לניזוק, גם אם לא היה בהם כדי לתרום להערכת הביטוי הכספי שלו.

ניתן לסכם ולומר כי למרות הדמיון בקושי לזהות ולהעריך את הנזק הבלתי מוחשי הנגרם לכבוד בעוולת איסור לשון הרע, בכל זאת הצליחו בית המשפט והמחוקק בפעולה משולבת לבסס תורת פיצוי בתחום, אשר מעריכה את האינטרס הניזוק, מעמידה מטרה חינוכית בבסיסה ומאפשרת פיצוי עקיב עבורו. אלה יכולים להעיד על יכולת לבסס תורת פיצוי קוהרנטית למדיי גם בפיצוי בגין פגיעות חוקתיות. תובנה אופטימית זו ניתן לסייג בציון העובדה, שהמאמצים החיוביים שנקטו דיני הנזיקין בעניין הפגיעה בכבוד נעשו כדי להגן על הכבוד במובן החיצוני-אובייקטיבי שלו (כבוד במובן של Honor), ופחות במובן הפנימי-אישי שלו (כבוד במובן של Dignity), הרלוונטי יותר לפגיעות חוקתיות.¹²³

שנגרם, אולם הוא בעל משמעות של ממש לצורך התפקיד ההצהרתי של פסיקת הפיצויים וההגנה על האינטרס המוגן של הפרט. מאידך גיסא, מדד שמו הטוב של הנפגע טרם הפרסום משמש כלי טוב להערכת היקף הנזק שנגרם בפועל, אולם הוא נטול חשיבות מבחינת המטרה הערכית של הפיצוי, האוסרת לפגוע בשמו של האדם באשר הוא, טוב או רע.

119. קרניאל וברקת (לעיל, הערה 96), בעמ' 210.

120. שם, בעמ' 245. למרות אהדתם כלפיה, השניים גם מבקרים תופעה זו בשל נוקשותה היתרה.

121. ביטויים אלה הם ציטטות מתיאורי הנזק של הפסיקה בתחום. ראו שנהר (לעיל, הערה 116), בעמ' 385. לעניין הפגיעה ברגשות ראו רע"א 4740/00 אמר נ' יופף, פ"ד (נה) 510 (להלן: רע"א אמר), בעמ' 527.

122. שנהר (לעיל, הערה 116), בעמ' 386.

123. דברים ברוח זו שימשו כנראה בסיס להבחנה שעשה השופט May בפרשת Alexander (לעיל, הערה 115), שם הוא ציין שלמרות הקשר ההדוק בין הפיצוי בגין פגיעה חוקתית-אישית לפיצוי בגין לשון הרע, סביר שהפיצוי האחרון יהיה גבוה יותר מהפיצוי הראשון, משום

לפיכך חובה להדגיש, בד בבד עם ההסתמכות על ההכרה בנזק הבלתי ממוני הנגרם בעוולה זו, את השוני האמור בהמשגת הנזק.¹²⁴

(ב) הפיצויים בגין כאב וסבל

מקור חשוב נוסף שיכול לשמשנו לצורך הערכת הפיצויים בגין הנזק לרגשות הנו הפיצוי בגין כאב וסבל. הכאב והסבל נתפסים כראש נזק המצריך הערכה של תחושות ההנאה שנמנעו מן הניזוק, או של תחושות הסבל שנגרמו לו עקב הפגיעה הפיזית שהסבה לו העוולה.¹²⁵ כמו בנזק לרגשות, הקושי שבכימות נזק זה לשם קביעת שיעור הפיצוי הראוי בגינו היה אכן נגף עיקרית לפני בתי המשפט בהערכתו. אולם גם כאן נלוותה לכך ההכרה כי קשיים אלה אינן בהם כדי לשלול פיצוי.¹²⁶ לכאורה, נתון זה של מתן פיצוי בגין פגיעה סובייקטיבית כעניין שבשגרה יכול לתת מענה לטוענים לבעיה הכרוכה במתן פיצוי חוקתי. עם זאת יש לזכור כי הפיצוי בגין "כאב וסבל" ניתן כפיצוי נלווה לפיצוי מרכזי אחר, כגון פיצוי בגין הגבלה של כושר ההשתכרות, והוא אף מושפע ממידת הפגיעה הפיזית בניזוק.¹²⁷ לפיכך הוא לא הציב את אותו אתגר חשוב שיוצרת פגיעה באינטרס חוקתי שבה מהווה לרוב הפגיעה ברגשות את עיקר הנזק לניזוק. יתרה מזו, במקרים של פגיעה פיזית, שנלוותה לה פגיעה באינטרס חוקתי, נבלע מן הסתם הנזק הבלתי מוחשי באותו "כאב וסבל" ואיבד כל רלוונטיות נוספת, דווקא בשל היותו "עוד" נזק בלתי מוחשי. מגבלות ההיקש מנוק זה לנזקי הפגיעה באינטרס החוקתי מחייבים אפוא יתר מאמץ פסיקתי. בין הכללים הראויים להערכת הנזק בגין כאב וסבל קבעו בתי המשפט עיקרון מרכזי וחשוב, לפיו יש להעניק לניזוק פיצוי מתקבל על הדעת לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. כלומר אין להשתמש במדד קבוע כלשהו לפיצוי, אלא להעריך בכל מקרה ומקרה

שמהפליה סובל רק הניזוק הישיר, ואילו לשון הרע הופכת את השמצתו של הניזוק לנחלת הכלל. ראו שם, בעמ' 123.

124. להבחנה בין סוגי האינטרסים המוגנים שכותרתם "כבוד", ולהענקת ייחוס מגדרי להם, ראו אורית קמיר, "יש סקס אחר – הביאהו לכאן": עברת האיננוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון וכבודו הסגולי של האדם (dignity), והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם", **משפט וממשל ז** (תשס"ה) 669.

125. הוויכוח על אודות השאלה אם הפיצוי ניתן בגין עצם התחושות שאבדו או בגין הסבל שנגרם מבטא את הוויכוח על אודות השאלה אם הפיצוי הנוזקי הנו סובייקטיבי או אובייקטיבי-קנייני. ראו ברק (לעיל, הערה 6), בעמ' 264-265. כאן ראוי לזכור שעל אף השימוש המבלבל בראש נזק זה לצורך תיאור סבל אישי רגשי, הכוונה היא בעיקר לנזק נלווה לפגיעה פיזית, שהדרך העיקרית להערכתו היא רפואית. דוד קציר, **פיצויים בשל נזק גוף** (דקל, תשנ"ח), 614-613.

126. **דיני הניזוקין** (לעיל, הערה 7), בעמ' 612 (ראו ההפניות לפסיקה הענפה שם).

127. ראו קציר (לעיל, הערה 125), בעמ' 631-632 (עומד על הקשר בין סכום הפיצוי שנפסק בגין הנזק של כאב וסבל ובין הסכום שנפסק בגין אבדן כושר השתכרות) וכן בעמ' 633 (בוחר את הויקה אל ראשי נזק אחרים).

את הפיצוי הראוי, לפי הנסיבות, תוך הסתמכות על הפסיקה בעבר, ומתוך מגמה ליצור קו אחד עמה.¹²⁸ בחפשו קנה מידה בפסיקה להערכת נזק זה מקבץ דוד קציר כמה מאפיינים רלוונטיים לעניין: גיל הניזוק; חומרת הפגיעה הפיזית שנגרמה לו והסיכויים לשיפורה בעתיד; אבדן איברים וחושים; כיעור פיזי; וסבל נפשי בשל הפגיעה הפיזית.¹²⁹ מדדים אלה כולם מעידים מצד אחד על היכולת לגבש אמת מידה גם להערכת נזק כה בלתי מוחשי כנזק של כאב וסבל, ומצד אחר הם נשענים באופן הדוק מאוד על הנזק הפיזי, כבסיס מרכזי להחלתם.¹³⁰ נתון זה מחזק לכאורה את הטענה כי בהיעדר מדד פיזי מובהק כזה במקרי הפגיעה באינטרס חוקתי, לא ניתן להעריך את הנזק באופן דומה. אולם נתון זה גם מלמד שבדרך כלל בית המשפט יכול לבסס מנגנון, אשר יעניק לו פרספקטיבה ואמת מידה באשר לסטנדרט הפיצוי הראוי בגין נזקים בלתי מוחשיים. דוגמה מצוינת ליכולת זו מהווה פסיקה שבה קבע בית המשפט, כי יש לראות את הפגיעה בשם הטוב כפגיעה בגופו של אדם, ואז לשמור על פרופורציה ראויה בין שיעור הפיצוי הניתן בגין פגיעה בשם הטוב ובין שיעור הפיצוי הניתן בגין כאב וסבל בנזקי גוף.¹³¹

המעניין מבין מגוון המדדים להערכת שיעור הפיצוי בגין כאב וסבל, והמשפיע ביותר על הגבהת רף הפיצוי, הוא מדד ההשלכה של הפגיעה הפיזית על תפיסת הניזוק את עצמו כאדם. כך, למשל, בע"א פלוני נ' הרב זאב,¹³² שבו רשלנות של מוהל הביאה לידי אבדן שני שלישים מאיבר מינו של התובע, עמד בית המשפט המחוזי על הפגיעה העתידית בביטחונו העצמי ובדימוי גופו של הניזוק, כמו גם על הצורך שלו להתמודד עם מעמדו החברתי, כמדדים מרכזיים לקביעת הפיצוי הגבוה המגיע לו. בית המשפט העליון חזר על נימוקים אלה לשם הכפלה ויותר של סכום הפיצוי שנפסק לקטין בערכאה קמא, והעמידו

128. ראו, למשל, ע"א 180/88 עוזרי נ' שרופי (לא פורסם), וכן קציר (לעיל, הערה 125), בעמ' 617, 626-628 (עומד על הסיבות השונות לקושי להשיג אחידות בפסיקת הפיצויים, על אף היותה רצויה).

129. לפירוט הפסיקה שקיבעה מדדים אלה ראו קציר (לעיל, הערה 125), בעמ' 636-656.

130. כלומר על אף הערכתם בדרך האומדן, קשור אומדן זה לחומרת הפגיעה הפיזית בניזוק. דין וחשבון הוועדה לפישוט העניינים ולשיפור ההליכים בתביעות נזיקין (נובמבר 1972) (להלן: דו"ח ועדת ברנזון), בעמ' 22. מדדים דומים מוכרים, למשל, במשפט ההולנדי להערכת כאב וסבל: גיל הניזוק, טיב הסבל שלו, משך הסבל ומידתו, יכולתו של הניזוק לעבוד, נכות שנתורה לו וכיוצא באלה מדדים הקשורים קשר הדוק לנזק גוף. *International Personal Injury* (לעיל, הערה 46), בעמ' 463. גם באוסטרליה מתייחס בית המשפט לחומרת הפגיעה הפיזית כמדד להערכת ראש נזק זה. ראו שם, בעמ' 90-91.

131. ת"א (חי') 636/71 שרף נ' שרותי ייעוץ בלכלי בע"מ, פ"מ תשל"ז(ב) 271, בעמ' 312-313. דברים ברוח זו אמר באחרונה גם הנשיא ברק ברע"א אמר (לעיל, הערה 121), בעמ' 524: "אינני סבור כי ההלכות החלות בפיצוי הנזק הלא רכושני בגוף ניתנות להחלה באופן אוטומטי גם... בנזקים לשם הטוב... עם זאת ההשוואה היא אפשרית."

132. ע"א 2055/99 פלוני נ' הרב זאב, פ"ד נה(5) 241.

על הסך המכובד של 500,000 ש"ח.¹³³ במקרה אחר קבע בית המשפט כי פגיעה פיזית בתובעת, הפוגעת ב"נשיותה", מזכה אותה בסכום של 400,000 ש"ח בגין ראש נזק זה.¹³⁴ נתונים אלה מלמדים כי ככל שהפגיעה הפיזית בניזוקים גורמת להם כאב וסבל שעניינם השפלה, בוושה ופגיעה בביטחונם העצמי, כך גדל הסיכוי שיפוצו בסכום גדול יותר מזה שהיה נפסק אילו הפגיעה הפיזית הייתה חסרה אפקט שכזה.

(ג) נזקי ההפליה במשפט העבודה

לסיום מסעותיי, בחיפושיי אחר בסיס קרוב להערכת נזקים חוקתיים, ברצוני לעגון דווקא בנמלם של דיני העבודה. אחת החקיקות הבולטות בישראל, שבהן נאסר להפלות במישור האישי, מצויה דווקא בתחום דיני העבודה. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988¹³⁵ קובע, כי אין להפלות עובד/ת מטעם אישי. למרות הקרבה הרעיונית בין דיני הנזיקין ובין איסורי ההפליה בעבודה, שבשניהם חלה חובת פיצוי אישית, התפיסה הרווחת בארץ היא שאין מדובר בהוראות נזיקיות בדיני העבודה, אלא באיסורים קונגטיים המהווים חלק ממשפט העבודה. ככל הנראה הסיבה הפרוזאית לעמדה זו נעוצה בכך שמבתי הדין לעבודה בארץ נשללה במפורש סמכות השיפוט בעילות נזיקיות.¹³⁶ עם זאת בתביעות לתשלום פיצויים בגין הפליה בוסס שיח מהותי חשוב על סוג הנזק ועל הערכתו, שממנו ניתן יהיה להקיש לענייננו, ועל כן נראית לי הפנייה לתחום זה טבעית ונכונה.

בפרשה שבה הופלתה אישה בקבלה לעבודה משום היותה בהריון, מופיע בפסק הדין תיאור הפגיעת מפיה כך:¹³⁷

חשתי כי נעשה לי עוול נוראי וחשתי מופלית לרעה... החלטתי הנאיבית לספר על ההריון... רק הגבירה את תחושת התסכול שלי... חשתי תחושת השפלה, פגיעה, עלבון ותסכול... יותר מכל חשתי כי נהגו עמי בחוסר הגינות... והכל בהתבסס על איזו דעה קדומה חסרת כל יסוד... .

133. שם, בעמ' 273-274.

134. ת"א (י"ם) 1169/97 קרעאן נ' ינון ייצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ (לא פורסם) (עובדת שידה נקטעה בשל הפעלה רשלנית של מכונת הייצור).

135. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38.

136. ראו סעיף 24(א)(1) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, ס"ח 70. עם זאת יש לשים לב לכך שסעיף 24(א)(1) מעניק סמכות לבית הדין ב"תובענה שעילתה בסעיפים 29, 31, 62 או 63 לפקודת הנזיקין... בקשר לסכסוך עבודה". סעיף זה פותח פתח נרחב לתביעה בגין הפליה בעבודה המבוססת על עוולת הפרת חובה חקוקה.

137. עב' (ת"א) 303630/98 ד"ר לוי נ' רד רמות חממה לטכנולוגיות מתקדמות בע"מ (לא פורסם), פסקה 43.

בית המשפט אינו מנסה לתרגם את הנזק שנגרם לתובעת לשפה המשפטית המוכרת מנוכרת, אשר תהלום את הסטנדרט המקובל לפיצוי, אלא הוא בוחר להציג את הנזק בלשונה של התובעת. בעשותו כן, נוקט בית המשפט מתודה פמיניסטית חשובה של שימוש בנרטיב האישי של הקרבן.¹³⁸ הנרטיב כאן הוא סיפור פגיעתה האישי של התובעת. הוא מובא בשפתה, ובכך נשאר נאמן לתחושתיה שלה. יופיו וחשיבותו של השימוש בנרטיב ברורים: מהאזנה לסיפור האישי של אותה נפגעת יוכל בית המשפט לפסוק בצורה הטובה ביותר את הפיצויים המגיעים לה. בכך גם יאפשר לנשים אחרות, הניזוקות העיקריות מהפליה ממין זה, לבטא את נזקן נכוחה, בלי לכפות עליהן הר כגייגית את לשון החוק ואורחותיו. באופן זה משנה בית המשפט את השיח על אודות הנזק שגורמת הפליה על רקע מגדרי ומאפשר לנשים רבות להזדהות עם כאבה של התובעת ולזהות בו את כאבן שלהן, ובאמצעותו לגבש תביעה ההולמת את צורכיהן הייחודיים.¹³⁹ בשלב הפיצוי העניק גם כאן בית המשפט את הסכום "החשוד" של 50,000 ש"ח בגין הנזק הבלתי ממוני שנגרם לתובעת, אולם משום היותו רק חלק מסכום הפיצוי הגבוה שקיבלה, נראה הדבר סביר.

המגמה הנרטיבית בתיאור הפגיעה באינטרסים אישיותיים בעקבות הפליה ניכרת גם בע"ב כשני – עיריית רעננה.¹⁴⁰ בפרשה זו פוטר עובד על רקע אמונתו הדתית, לאחר שסירב לעבוד בשבתות. בית הדין קבע כי ניתן לראות את הפגיעה בשוויון בתחום דיני העבודה כפגיעה בזכות לכבוד, בשל ההשפלה הכרוכה בה.¹⁴¹ בנוסף, ביצע בית הדין מהלך חשוב ונדיר כאשר קבע, כי לצורך אומדן חומרת ההפליה יש לבחון את מצבו האישי של התובע. ראיית עבודת התובע כקניינו והתייחסות למצבו המשפחתי האישי הקשה כמפרנס יחיד במשפחה גדולה, שבה הייתה אם חולה, חיבו זהירות מצד המעביד בפגיעה בזכותו.¹⁴² בית הדין המשיך להעשיר את השיח בדבר הפיצוי הראוי, כאשר בעמדו על ייחודו של הפיצוי בגין הפליה הוא הציע קווי יסוד מנחים להערכת הפיצוי.¹⁴³ הצעתו הייתה לשקול את "היסוד הנפשי" שנלווה למעשה ההפליה מצד המפלה; לבחון את קיומה של תבנית הפליה או הפליה יחידה; ובעיקר, לעמוד על מידת ההשפלה שנלוותה להתנהגות המפלה. כאן בתן בית הדין הן את סוג ההפליה שבה מדובר – כאשר הפליה על רקע אפיון

138. לחשיבות ההתבוננות בדברים מזווית הראייה של הקרבן ראו הלה קרן, "שוויון בדיני החוזים", משפטים לא (תש"ס) 269, בעמ' 294-296.

139. כרמל שלו, "על שוויון, שונות והפליית מין", ספר לנדוי (כרך ב, אהרן ברק ואלניער מזוז – עורכים, בורסי, תשנ"ה) 893, בעמ' 896; דברי השופט חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, בעמ' 659-660: "ההפליית של האישה לרעה הינה רעה חולה המלווה את החברה מימי־קדם, מאות ואלפים בשנים, הפליה מתמשכת זו יצרה אורחות חיים ואורחות חשיבה מסויימות, ואלו העמיקו שורש עד שלעיתים דומה – על דרך ההפלה – כי יצרו מעין מוטציה במערכת הגנטית שלנו".

140. עב' (ת"א) 4785/02 כשני – עיריית רעננה (טרם פורסם) (להלן: עב' כשני).

141. שם, בפסקאות 90-91.

142. שם, בפסקאות 126-136.

143. שיייוספו לעניין הטכני שבשכר העבודה עצמו. ראו שם, בפסקאות 145-147.

קבוצתי נתפסת כמשפילה ביותר – והן את תוצאת ההפליה – כאשר הפליה הפוגעת בזכות מרכזית, כגון הזכות לעבוד, חמורה יותר מהפליה הפוגעת בזכות כלכלית קלת ערך. על סמך אלה קבע בית הדין את זכות התובע לפיצוי, שאותו כינה בית הדין פיצוי "ללא הוכחת נזק", בשיעור התדיר של 50,000 ש"ח. במקרה אחר, שם הייתה משנתו של בית הדין סדורה קצת פחות, הוא השתמש שוב בעיקרון הנרטיבי לזיהוי נזקו של המערער, אשר תיאר את נזקו בשל אי-קבלתו לעבודה על רקע דת כהשפלה, כתסכול וכאבדן הכבוד, אולם בשלב הפיצוי נעלם יסוד זה ממרכיבי שיעור הנזק.¹⁴⁴ בתביעה אחרת, באחד המקרים הנדירים שבהם נדונה הפליה על רקע מעמד אישי, כאשר הופלה אדם בקבלה לעבודה משום היותו גרוש, זוהה נזקו כפגיעה בכבוד וכעגמת נפש.¹⁴⁵

לסיכום ניתן לציין כי משום שדיני העבודה הם מסגרת משפטית נוקשה פחות מכללי זיהוי הנזק בדיני הנוזיקין, בית הדין בוחן את הנזק שנגרם לניזוקה או לניזוק מהפליה בדרך נרטיבית, ולפיה אין צורך להכניס את נזקם לקטגוריות משפטיות נוקשות המהוות מיטת סדום, אלא די בהצגתו מפי הניזוקים ובלשונם. עם זאת, ולמרות סקירה חיובית זו, יובהר כאן כי מעטים הם פסקי הדין בתחום אשר השתמשו במתודה זו לשם הערכת נזקי המופלים, ובמקרים אחרים נמנעו בתי הדין לגמרי מניהול שיח על אודות טיב הנזק והערכתו.¹⁴⁶ למרות התפתחות הפסיקה המקומית בתחום, המקור העשיר ביותר ללימוד נזקי ההפליה מצוי במשפט האנגלי, שם נתפסים הסדרי איסור ההפליה בעבודה כבעלי בסיס נזיקי מובהק, וכמעניקים פיצויים נזיקיים על אף החלתם בטריבונלים ייחודיים.¹⁴⁷ חוקי איסור ההפליה השונים באנגליה, ובראשם ה-Sex Discrimination Act 1975 וה-Race Discrimination Act 1976, מגנים כולם במובהק על הרגשות כאינטרס ייחודי בהעניקים פיצוי נזיקי בגין "פגיעה ברגשות" התובע,¹⁴⁸ אפילו זו הפגיעה היחידה בו,¹⁴⁹

144. עב' (ב"ש) 1777/99 עובד – חברת לאם ריסרין בע"מ (לא פורסם).

145. דב"ע 3-50/נז האגודה לכפרי ילדים S.O.S. – בן גרשון (לא פורסם), פסקה 12.

146. ראו, למשל, שתיקת בתי הדין לעבודה בהקשר זה בפרשות שדנו בהפליה בדב"ע נו/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (להלן: דב"ע פלוטקין), ודב"ע נא/3-8

מדינת ישראל – חברת גסטטנר ישראל בע"מ, פד"ע כד 65.

147. ככלל, הטריבונל הייחודי לדיון בתביעות אלה הוא ה-Industrial Tribunal וערכאת Employment Appeal Tribunal שמעליו, אולם החוקים עצמם מפרטים את רשימת הטריבונלים שבהם יידונו תביעות אלה. ראו, למשל: Sex Discrimination Act § 63 1975 ו-Race Relations Act 1976, § 54-1.

148. ראו, למשל: Sex Discrimination Act 1975, § 66(4): "For the avoidance of doubt it is hereby declared that damages in respect of an unlawful act of discrimination may include compensation for injury to feelings whether or not they include compensation under any other head"

149. ראו: Jennifer Eady, Lisa Mayhew and Emma Smith, *Discrimination: Remedies and Quantum* (volume 1, Sweet & Maxwell, 1998), 89 (להלן: *Discrimination: Remedies*).

לסקירת החקיקה ראו שם, בכרך 2, עמ' 175.

ואינם מסתפקים באמירה כללית בנוסח האמירה הישראלית בדבר "נזק בלתי ממוני". התובע או התובעת נדרשים להוכיח פגיעה ברגשות כדי לזכות בפיצוי, אולם בתי המשפט הבהירו כי קל לזהות פגיעה זו כאשר מתבצעת הפליה.¹⁵⁰ הסדר מעין זה, אשר דורש הוכחה של נזק לרגשות ובכך מאפשר היכרות עם נזק זה והכרה בו כלגיטימי, עדיף בעיני מהשימוש בכותרת הערטילאית "נזק בלתי ממוני" וממתן פטור מהוכחתו, כפי שעושה כיום החקיקה הניזקית-חוקתית במשפטנו. בפסק הדין המפורסם בפרשת *Alexander*,¹⁵¹ אשר היה בין הראשונים להעניק פיצוי בגין נזק לרגשות, היה התובע אסיר שחור אשר התקבלה טענתו כי נאסר עליו לעבוד במטבח בית הכלא בשל צבע עורו. כבר שם קבע בית המשפט כי במקרים מתאימים "פגיעה ברגשות" תהווה אלמנט מרכזי בפיצוי הכולל למופלה. בית המשפט קבע גם כללים לפיצוי בגין נזק זה, ולפיהם מטרת הפיצויים היא לשפות ולא להעניש; עליהם להיות לא נמוכים מדיי ולא גבוהים מדיי; עליהם לדמות לשיעור הפיצוי המוכר בנזקי גוף, ולהינתן מתוך שמירה על אמון הציבור בהגינות מערכת הפיצוי.

בתי המשפט באנגליה עושים כל העת מאמצים להגדיר את הנזק לרגשות ולהעמיד כללים לפיצוי בגינו.¹⁵² בפרשה מרכזית שבה התעמרו סוהרים בחברם על רקע גזעי, בעניין *Armitage, Marsden & HM Prison Service v. Johnson*,¹⁵³ קבע בית המשפט כמה עקרונות יסוד בנוגע לפיצויים בגין פגיעה ברגשות, ולפיהם פיצויים אלה הנם בעלי מטרה תרופתית; אסור שיהיו נמוכים באופן שיבטא זלזול בערך המוגן, ולכן במקרי הפליה יש לתת ביטוי לסלידה החברתית ממנה; יש לשאוף להשוואת הערכת הפיצויים בגין פגיעה ברגשות לאלה הניתנים בגין פגיעות פיזיות, העדיפות בדיני הניזקין; יש לבחון את משמעותו של הסכום הנפסק לחיי היומיום של הצדדים; בקביעת סכום הפיצוי, יש לזכור את חשיבות אמונו של הציבור בנאותות סכומי הפיצוי הנפסקים. על סמך כל אלה אישר בית המשפט את הפיצוי בסך 21,000 ליש"ט שקיבל הניזוק בגין ראש נזק זה לבדו. עם זאת בפרשה אחרת,¹⁵⁴ לאחר שעמד גם בית משפט זה על הצורך להשוות את שיעור הפיצוי בגין נזקים לרגשות לשיעור הפיצוי בגין נזקים פיזיים ונפשיים, קבע בית המשפט מדרג נמוך יותר לפיצוי בגין פגיעה ברגשות, ולפיו במקרי פגיעה קלים יינתן פיצוי בטווח הסכומים 1,500-3,000 ליש"ט, במקרי ביניים בטווח הסכומים 3,000-7,500 ליש"ט, ובמקרים חריגים בסכום של עד 10,000 ליש"ט. למרות הגבלות אלה הבהיר בית המשפט כי הוא

150. שם, בכרך 1, עמ' 89.

151. פרשת *Alexander* (לעיל, הערה 115).

152. לפרשה מובילה בעניין ראו: *Armitage v. Johnson* [1997] IRLR 162, par. 27 (להלן: פרשת *Armitage*).

153. שם (ההתעמרות בתובע החלה בעקבות תלונתו על יחס רע שקיבל אסיר שחור מחבריו הסוהרים).

154. ראו: *Ministry of Defence v. O'hare* [1997] I. C. R. 306 (הצבא נקט מדיניות מפלה כלפי נשים בהיריון, אשר גרמה לתובעות להחליט להפסיק את הריוןן מחשש לעתידן המקצועי. אחת התובעות קיבלה 10,000 ליש"ט כפיצוי בגין פגיעה ברגשות. אצל השנייה גרמו בעיות אחרות למתן סכום נמוך יותר).

אינו רואה בהן קווים מנחים לפיצוי אלא המלצה בלבד, ואכן באחרונה קבע בית המשפט לערעורים באנגליה כי פיצוי בסך 5,000 ליש"ט כפיצוי בגין פגיעה ברגשות הולם מקרה שהוגדר כ"קל". כאן אף הבהיר בית המשפט כי אין צורך להוכיח פגיעה ברגשות כאשר היא מסתברת בבהירות, כמו במקרי הפליה על רקע מין, שם ניתן להניח כי זו גרמה למופלים פגיעה ברגשותיהם.¹⁵⁵

בפסיקה מאוחרת יותר, באחד מפסקי הדין המובילים שבו נדון באחרונה חוק איסור הפליה על רקע מין, נקבעו טווחי סכומים גבוהים בהרבה. בפרשת *Vento v. Chief Constable of West Yorkshire Police*,¹⁵⁶ שבה הופלטה שוטר מתמינה, קבע בית המשפט לערעורים באנגליה כי על אף הקושי הרב להוכיח נזקים כגון: "תחושות סובייקטיביות של עצב, תסכול, דאגה, חרדה, מתח נפשי, פחד, אבל, השפלה, חוסר שמחה, לחץ, דיכאון וכיו"ב", עדיין מדובר בנזקים שגם אם קשה לאמדם בשוק הכלכלי, והם נתפסים כערטיליאיים, הם בעלי נוכחות משמעותית בחיי הפרט.¹⁵⁷ בית המשפט גם חזר על התובנה כי על פיצויים כאלה לגלם את רעיון הסלידה מהפליה ולדמות ככל האפשר לשיעור הפיצוי המקובל בנזקים מוחשיים.¹⁵⁸ לאור זאת הבחין בית המשפט בין שלושה סוגי הפליה המחייבים שלוש קטגוריות של טווחי פיצוי: בקטגוריה הראשונה, הנעה בטווח שבין 15,000 ליש"ט ל-25,000 ליש"ט, מצויים המקרים הקשים, שבהם הפליה מתבטאת במסע פגיעות ממושך נגד הפרט על רקע מין או גזע. רק מקרים קיצוניים יצדיקו חריגה מטווח זה. בקטגוריית הביניים, הנעה בטווח שבין 5,000 ליש"ט ל-15,000 ליש"ט, מצויים מקרים קשים של הפליה. בקטגוריה הנמוכה, הנעה בטווח שבין 500 ליש"ט ל-5,000 ליש"ט, מצויים המקרים החמורים פחות, שבהם ישנו אקט בודד וחד-פעמי של הפליה. בית המשפט ממליץ לטריבונלים הייחודיים שלא לסטות מגבולות אלה ככל האפשר, ובעיקר הוא מדגיש את הסף של 500 ליש"ט כנמוך ביותר לפיצוי, מחשש שפיצוי נמוך ממנו ייצור תחושה שהמשפט מזלזל בחשיבות הפליה.¹⁵⁹ למותר לציין כי סכומים אלה עדיין נחשבו נמוכים מאלה שהציעה ה-Law Commission באנגליה, אשר המליצה להכפיל(ו) כמעט את סכומי הפיצויים שהיו נהוגים עד אז בתחום זה.¹⁶⁰ חשיבות נוספת בפסק הדין בפרשת *Vento* נודעת להבחנה בין נזק הפגיעה ברגשות ובין נזק נפשי, אשר במחוזותינו ישנה נטייה לבלבל ביניהם ולראותם כנזק אחד. בית המשפט קבע מפורשות כי הנזק לרגשות

155. בפרשת *O'Donoghue v. Redcar and Cleveland Borough Council* [2001] IRLR 615 כפי שצוטט, קבע בית המשפט כי העובדה שהעובדת הייתה ממילא צפויה לפיטורין מוצדקים לא היה בה כדי לבטל את הפגיעה ברגשותיה בשל פיטוריה על רקע מינה.

156. *Vento v. Chief Constable of West Yorkshire Police* [2002] EWCA Civ 1871 (CA) (להלן: פרשת *Vento*).

157. שם, בפסקה 51.

158. שם, בפסקה 53.

159. שם, בפסקה 65.

160. להמלצות הוועדה ראו: *Discrimination: Remedies* (לעיל, הערה 149), בכרך 2, עמ' 29.

שבהפליה הוא אחד, וכי הנזק הנפשי העלול להיגרם כתוצאה מן ההשפלה שבהפליה הוא נפרד ונוסף עליו.¹⁶¹

מסקירת עמדת בתי המשפט באנגליה בנוגע לנזקי ההפליה בעבודה ניכר, כי נעשה מאמץ אמיתי לעמוד על טיבם של נזקי התובעים, ולתת להם פיצוי שיטתי וראוי. בתי המשפט הקפידו לגבש במהלך השנים הנחיות באשר למידת הפיצוי הראויה לראש הנזק של פגיעה ברגשות, אשר הטריבו נזלים המקצועיים, המוסמכים לדון בתביעות אלה, מצופים לפעול על פיהן. שיח זה הולך ומתגבר, ואף שנשמעים בו כמה צלילים שונים, ברי שהוא בתהליך כוונון לקראת מנעד צלילים מרכזי ברור. עושר הפסיקה בתחום ועיסוקה המעמיק בנזקי ההפליה כנזקים ייחודיים, הממוקדים באינטרס האישי של פגיעה ברגשות, הופכים נזק זה לחשוב גם מחוץ לדיני העבודה והפגיעה בשל הפליה. כך, למשל, ניתן להעלות טיעונים דומים בנוגע לנזק קרוב במקרי פגיעה בזכותה הפרטיות של לקוחה בחנות בה הותקנו מצלמות בחדרי ההלבשה.

ה. חיפוש אחר מנגנון פיצוי הולם

קביעת ראש הנזק המהותי של פגיעה ברגשות כהולם ביותר מקרים של פגיעה באינטרס חוקתי, והיווכחות ביכולת העקרונית ליצור מכניזם להערכה אחידה למדיי שלו, מאפשרים להציע את מנגנון הפיצוי התרופתי (compensating damages) כמנגנון ההולם והטבעי לפיצוי בגין נזק זה. מנגנון זה הוא בעל בסיס נורמטיבי מוצק, שכן הוא משמר את מסגרת הפיצוי הנוזקי הקיימת ואינו דורש חריגה קונספטואלית או מעשית מתחומיה. אולם לצדו של מנגנון מסורתי זה מצויות מסגרות פיצוי נוספות, המאפשרות גם הן מתן סעד כספי לתובע, ואשר ראוי לבדוק בקצרה את יכולתן לשמש מקור נורמטיבי להענקת פיצוי לניזוקים בענייננו.¹⁶²

1. פיצויים מוגברים

זהו המנגנון הראשון אשר הופעל במובהק בפסיקה הדנה במתן סעד כספי לניזוקים ממעשי הפליה תוך ניצול יחסי כוח. למרות ההתייחסות אליו כאל מנגנון פיצוי נפרד, הפיצויים המוגברים נשענים גם הם על רעיון הפיצוי לפי שיעור הנזק שנגרם לניזוק, כלומר ייעודם הוא תרופתי ומצוי בתחומי המסגרת הקונספטואלית של הפיצוי הנוזקי. כנרמז משמם, הם מיועדים לפצות ניזוק בגין נזק שנגרם לו עקב התנהגותו הודונית של המזיק, בין שהיא

161. ראו הפניותיו של בית המשפט בפרשת *Vento* (לעיל, הערה 156) לתביעות אלה, מהם עולה גם כי הפיצויים בגין פגיעה ברגשות הנם הגבוהים ביותר מבין מרכיבי הפיצוי לתובע המופלה. שם, בפסקאות 57-60. גם במקרה הגדון עצמו החליט בית המשפט לפצות את השוטרת כך: 18,000 ליש"ט בגין פגיעה ברגשות, 5,000 ליש"ט כפיצויים מוגברים ו-9,000 ליש"ט בגין נזק נפשי.

162. להרחבה ולעמידה על תפקידם השונה של סוגי פיצוי אלה ראו דיני הנזיקין (לעיל, הערה 7), בעמ' 571-583, וכן ברק (לעיל, הערה 6), בעמ' 249-251.

באה לידי ביטוי במילים ובין במעשים, אשר בשל חומרתה, הרשעות, הגסות וההעלבה שבה, גרמה בפועל להחמרה או להגברה של הנזק לניזוק, בעיקר בהשפלתו.¹⁶³ בפרשה המובילה בעניין *Rookes*¹⁶⁴ נקבע כי פיצויים אלה יינתנו כחלק מהענקת פיצויים כלליים לניזוק, כאשר זוהתה אצלו פגיעה באינטרס של "proper feelings of dignity and pride", וגם בפרשת *Alexander* נקבעו קריטריונים אחדים להענקת פיצויים אלה, כאשר החשובים שבהם לענייננו נוגעים לדרישה לניצול של כוח כלפי הניזוק ולהתנהגות ביד רמה כלפיו.¹⁶⁵

מאפיינים אלה עולה כי הפיצויים המוגברים נועדו לשמש כמנגנון נוסף על הפיצוי הרגיל בגין נזקים מהסוג שאנו דנים בו, אם הוחמרו מחמת התנהגות פוגענית או מכוערת של המזיק כלפי הניזוק, שגרמה לפגיעה בכבודו.¹⁶⁶ הבה ניקח, למשל, את המקרה של נזקי הפליה מתוך ניצול פערי כוח, אשר למרות הנטייה הניזיקית שלא לעסוק בהם, הם עלולים לרוב להיות חמורים בהרבה מן הנזקים הפיזיים, אשר חלקם בני חלוף, אף שהאחרונים זוכים לאהדה מלאה ולהגנה גורפת בדיני הניזיקין.¹⁶⁷ להפליה מחמת מין, גזע, דת, לאום או גיל תוצאות רבות וקשות. מחקרים מלמדים כי יש לה השפעה פסיכולוגית, פיזית, חברתית וכלכלית על הפרט.¹⁶⁸ הפליה על רקע גזעי, למשל, נחשבת לאחד הגורמים המרכזיים לסבל אנושי: היא עלולה לגרום לתגובות נפשיות קשות כמו דיכאון פסיכוטי או נוירוטי, עוינות, כעס, חוסר הערכה עצמית, שנאה עצמית, חוסר אמון בזולת ונטייה לאלימות. קרבנות ההפליה עלולים לסבול לא רק הם מהשפלה, אלא אף להעביר תחושה זו לדורות

163. ראו: *Discrimination: Remedies* (לעיל, הערה 149), בכרך 1, עמ' 94-95, וכן פרשת *Vento* (לעיל, הערה 156), בפסקאות 55-60, וכן דיני הניזיקין (לעיל, הערה 7), בעמ' 579.
164. *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129 (להלן: פרשת *Rooks*) (חבר איגוד מקצועי שתבע את האיגוד על יסוד עוולת האיום וההפחדה משום שגרם לפיטוריו).
165. פרשת *Alexander* (לעיל, הערה 115). קריטריונים אחרים נגעו להתנהגותו של המזיק במהלך המשפט, לנוכח טענות הניזוק, בנוגע להצדקת מעשה העוולה, ולעובדת היעדרה או קיומה של התנצלות כלפיו. ראו פרשת *Rooks* (לעיל, הערה 164), בפסקה f(ii). בית המשפט הניח כי החקיקה מאפשרת להטיל פיצויים אלה, אפילו לא נאמר בה הדבר מפורשות, בשל טבעם.
166. מסיבה זו שימשו פיצויים אלה בעיקר בתביעות לשון הרע, שם נפגעו אינטרסים כגון כבודו של הפרט וביטחונו העצמי. ראו: *McCarey v. Associated Newspaper Ltd.* [1965] 2 Q. B. 86, p. 105.
167. העניין המיוחד של מאמרי הוא בהפליה הנעשית מתוך ניצול של יחסי כוח, כלומר הפליה מהותית, להבדיל מהפליה פורמלית, היכולה להיעשות בלא ניצול של יחסי כוח. כוונתי היא למה שמכונה בפי בית המשפט העליון "הפליה חוקתית". ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, בעמ' 133-134.
168. ראו: Mark J. Wolff, "Sex, Race, and Age: Double Discrimination in Torts and Taxes", 78 *Wash. U. L. Q.* (2000) 1341, p. 1454 (מבקר את הוצאת הפיצויים בגין הפליה מתחום פיצויי נזקי הגוף הפטורים ממס בארצות הברית).

הבאים, בשל לחלולה מדור ההורים, כמי שאינם שווי מעמד, לדור הילדים.¹⁶⁹ הפליה על רקע מיני קשה גם היא: כך, למשל, יכולה ההטרדה המינית לפגוע נפשית במוטרדת ואף לגרום לה לקשיים של ממש ביחסים עם אחרים משמעותיים בחייה, כמו בן זוגה ומשפחתה.¹⁷⁰ השפעות קשות נודעות גם להפליות אחרות, כגון הפליה מחמת זקנה ומחמת מוגבלות פיזית.¹⁷¹ מגוון השפעות אלה על הפרט נוגע בעיקר לאינטרסים האישיותיים שלו.¹⁷² אכסניה ייחודית ומתאימה למגוון נזקים אלה מהווה מנגנון הפיצויים המוגברים. ת"א שמס'יאן הוא דוגמה בולטת להתאמה זו.¹⁷³ בית המשפט אמנם לא הפעיל שם את מנגנון הפיצוי הזה כדי להגדיל את סכום הפיצוי שפסק לבתיה מן הסיבה הפרוזאית, כך אני מנחשת, שהשימוש בפיצוי זה במשפטנו אינו חזון נפרץ, אולם הרטוריקה שבה השתמש מגלה את נוכחותם של גורמים מסוג זה בהתנהגות המזיקים, אשר יכלו להוות בסיס עובדתי פרדיגמטי לפסיקת פיצויים מוגברים: בתיה הנכה מושפלת לעיני כול, היא מוגדרת כמי שתוריד את ערך המקום, היא מסורבת פעמיים להיכנס למועדון, "ולקינוח", היא נדרשת לקום על רגליה כדי לזכות ביחס ראוי. כל המרכיבים האלה שבהתנהגות המזיק ועובדיו יכולים היו להוות גורמים משמעותיים בהגברת חומרת נזקה של בתיה, ובהתאמה בהגדלת סכום הפיצוי המגיע לה. התאמה זו היא שהביאה מן הסתם לשימוש הגורף והמשמעותי במנגנון פיצוי זה במקרי הפליה אחרים. כמעט בכל הפסיקה האנגלית בתחום ההפליה והשימוש המשפיל בכוח, כבמקרי אונס, הפעיל בית המשפט את רכיב הפיצויים הזה כדי להעניק פיצוי מוגדל לניזוקות. פעמים רבות היה חלקו של רכיב זה בסכום הפיצויים גבוה כמעט כמו זה של רכיב הפיצויים התרופתי המסורתי.¹⁷⁴ ודוקו: הזכות לקבל פיצויים מוגברים אינה מותנית בכך שמעשי המזיק כוונו לפגוע בניזוק, אלא די בהתנהגות רשלנית במיוחד שלו שהגבירה את נזקי התובע,¹⁷⁵ ככת"א שמס'יאן דלעיל.

במשפט הישראלי נתפס אמנם הפיצוי המוגבר כפיצוי הראוי לפגיעה ברגשות,¹⁷⁶ אולם הוא אינו ניתן כבאנגליה כרכיב פיצוי נוסף על הפיצוי התרופתי הרגיל של פגיעה

169. שם, בעמ' 1454-1456.

170. ראו המחקרים הרבים שם, בעמ' 1456-1460.

171. שם, בעמ' 1460-1464. המחבר מציג מחקרים על אודות הנזקים הקשים והמגוונים שגורמות הפליות אלה.

172. להפליה יש גם אפקטים חברתיים-קולקטיביים רבים. ראו, למשל, מחקר שמציג Wolff, לפיו העלות הדורשנית למדינה של הטיפול במקרי הטרדה מינית בסקטור הציבורי באמצע שנות השמונים בארצות הברית עמדה על כ-267 מיליון דולר; שם, בעמ' 1459-1460.

173. ת"א שמס'יאן (לעיל, הערה 75).

174. כך, למשל, בפרשת *Zaiwalla & Co. v. Walia* [2002] IRLR 697, שבה נקבע כי התובעת הופלתה על רקע מינה בעבודתה כפרה-משפטנית, קבע בית המשפט התעשייתי לערעורים כי יש להעניק לה פיצוי של 10,000 ליש"ט בגין פגיעה ברגשותיה ו-7,500 ליש"ט כפיצוי מוגבר, בין היתר בשל היחס שקיבלה מהנתבעת במהלך המשפט.

175. *Damages and Remedies in Tort* (לעיל, הערה 23), בסעיפים 65-64.27.

176. זוהי הנחת הכותבים בספר דיני הנזיקין (לעיל, הערה 7), בעמ' 579.

ברגשות. ההנחה באנגליה היא, כי ברוב מקרי הפגיעה ברגשות בשל הפליה מצויים אותם סממנים הגורמים להגברת נזק זה, ולכן מוענקים פיצויים אלה כרכיב נוסף ונפרד.¹⁷⁷ גישה זו נראית לי עדיפה, שכן היא משמשת בצורה הטובה ביותר את רעיון הפיצויים המוגברים, לפיו נוסף על הפיצוי השגרתי בגין פגיעה ברגשות מחייב המקרה המסוים גם מתן פיצויים מוגברים, בשל אופי הפגיעה המשפילה בניזוק, על בסיס היגיון זה ההלכה האנגלית גם קובעת כי אם מקור הפגיעה, שבגינה נתבעו הפיצויים, לא היה נעוץ בהפליה, התובע נדרש להוכיח כי נלוותה התנהגות משפילה למעשה העוולה כלפיו. בה במידה, במקרה שבו מעשה העוולה היה כרוך בהפליה, אולם היא הייתה נטולת בסיס אישי או חברתי, נקבע כי אין מקום לתת פיצויים מוגברים כאלה.¹⁷⁸ מלבד המשמעות הפרקטית, לדעתי נודעת גם מבחינה רעיונית חשיבות לשימוש במנגנון זה כמנגנון נוסף על מנגנון הפיצוי התרופתי ונפרד ממנו. על אף היות הפיצויים המוגברים חלק מן הפיצויים התרופתיים, הם נחשבים לבעלי ייחוד. כל משמעותם היא שהם נותנים משקל להגברת הנזק העיקרי שנגרם מההתנהגות העוולתית ומסבים את תשומת הלב אליו. פיצויים אלה יוחדו לצורך ההכרה בנזקים בלתי מוחשיים רגשיים, וההיעזרות בהם תתרום לחידוד גבולות ההכרה בנזק ייחודי זה ולהרחבתם. מהלך זה עדיף על פני שימוש בכללי הפיצוי התרופתי המוכרים, אשר יוגבל מן הסתם לשיח המסורתי, הדל והמוגבל ביכולתו להתמודד עם נזק לרגשות.

החיבור שנוצר בפסיקה בין הפיצוי המוגבר לפיצוי בגין נזק לרגשות, הנראה לכאורה כחיבור מצוין, מגלה דווקא את חסרונו של השימוש במנגנון פיצוי זה בדיני הנזיקין המסורתיים. התפיסה המקובלת באנגליה היא שפיצוי מוגבר יכול להינתן רק אם הפגיעה ברגשות היא הערך המוגן בעוולה שבמסגרתה נתבע הפיצוי, כגון במקרי לשון הרע ותקיפה, ולכן מצטמצמת אפשרות השימוש במנגנון זה.¹⁷⁹ פתרון פשוט לקונסטרוקציה מסורתית זו יהיה לאמץ מבחן מהותי, *ex post*, ולא פורמליסטי, *ex ante*, לשימוש במנגנון הפיצויים המוגברים. לפי מבחן זה, כל אימת שישנה פגיעה ברגשות בפועל, בלי קשר

177. ראו, למשל: *Racial Equality Council Cleveland v. Widlinski* [1998] I. C. R. 1124 שם הוענקו פיצויים עבור פגיעה ברגשות בגין הפליה גזעית בסך 10,000 ליש"ט, ועוד 5,000 ליש"ט בגין "התנהגות מעליבה" של המזיקים, וכן פרשת *Armitage* (לעיל, הערה 152), שבה ניתן פיצוי בסך 7,500 ליש"ט נוסף על סכום הפיצוי הגבוה בגין פגיעה ברגשות, בטענה כי המעביד לא סייע לעובד להתמודד עם קמפיין השנאה שנוהל נגדו, ולא התנצל בפניו על הסבל שנגרם לו.

178. קביעה זו ניתנה באחרונה בפסק דין נרחב של בית המשפט האנגלי לטכנולוגיה ולקונסטרוקציה. ראו: *Regina v. Secretary of State for Transport, Ex Parte Factortame Ltd. And others* [2001] 1 WLR 942, p. 985. בית המשפט דן בשאלת מתן פיצויים מוגברים במקרה הפליה המנוגדת לאיסורי ההפליה בחוקי הקהילה האירופית, וקבע שהפליה זו מבוססת על אינטרס השוויון העסקי, ונעדר ממנו יסוד ההשפלה העלול להיגרם מפגיעה באינטרס השוויון האישי-חברתי.

179. שם הפגיעה בפרט באופן אישי-רגשי היא הבסיס להטלת האחריות. דיני הנזיקין (לעיל, הערה 7), בעמ' 579.

למסגרת העוולה שבה נגרמה, יופעל המנגנון לפיצוי מוגבר כלפי מי שנוקו הוחמר בשל התנהגות התובע. מסיבה זו גם יוגבלו הפיצויים המוגברים למקרי פגיעה באינטרס חוקתי שנלוותה להם השפלה, בנוסף לעצם הפגיעה ברגשות התובע או התובעת. כך, למשל, כליאת שווא שמקורה ברשלנות, שהייתה בלתי משפילה אולם פגעה ברגשותיה של התובעת,¹⁸⁰ או פגיעה בפרטיות כבמקרה של ת"א יודובסקי, אשר לא נוגעת לאלמנטים שיש בהם כדי להשפיל את התובעים, הם מקרים שבהם לא יהיה צורך להשתמש בדוקטרינת הפיצויים המוגברים לצד השימוש במנגנון הפיצוי התרופתי הקיים.

במקרים אחרים בית המשפט יצטרך לשקול את קיומם של גורמים מגבירי נזק, אשר טבעם מעיד על אלמנט של השפלה העשוי להגביר עוד את הנזק לרגשות הניזוק. בין היתר עליו להעריך, למשל, את מידת הפגיעה בניזוק, כפי שהוא מתארה; טיב הזכות של הניזוק שנפגעה; אופן הפגיעה בזכות ומידת הפגיעה בה – למשל, האם נעשתה לעיני אחרים מלבד הניזוק; כוונת המזיק לפגוע בניזוק; חומרת המעשים או המחדלים של המזיק ומידת חריגתם מהתנהגות סבירה; מידת חוזק הכלכלי, החברתי או התרבותי של המזיק לעומת הניזוק וניצול עמדת הכוח שלו כלפי הניזוק; התנהלותו של המזיק לנוכח טענות הניזוק במהלך ביצוע העוולה ובמהלך המשפט, וכל שיקול נוסף אשר ייראה לבית המשפט צודק ונכון בנסיבות העניין לצורך הערכת היקף הנזק שנגרם לניזוק ומידתו.¹⁸¹

2. פיצויים עונשיים

במשפט המקובל מבוסס היטב המנגנון של פיצויים עונשיים, המוכרים גם כפיצויים לדוגמה, והם מיועדים לשימוש במקרי ניצול כוח של חזק כלפי חלש, אשר גרם לחלש לנזק.¹⁸² פיצויים אלה הוענקו במקורם במצבים שבהם גורם הנזק היה רשות ציבורית אשר השתמשה לרעה בשררתה ביחסיה עם הפרט, אולם במרוצת הזמן הורחב טווח התפרשותם

180. למשל, בפרשת: *Thompson v. Commissioner of the Metropolitan Police* [1997] 2 All ER 762 (להלן: פרשת *Thompson*), נדרש התובע, אשר נכלא שלא כדין על ידי המשטרה, להוכיח השפלה בכליאתו לשם קבלת פיצוי מוגבר.

181. מדדים אלה, חלקם מקורם בדוקטרינת הפיצויים המוגברים, וחלקם מוכרים מן ההצעה להחלת פיצויים עונשיים במשפט הפרטי. לנוסח הצעת החוק של חברת הכנסת נתמה רונן מיום 19.11.01 ודברי ההסבר להצעה, ראו הצעת חוק פקודת הניזוקין [נוסח חדש] (תיקון – פיצויים עונשיים), התשס"ב-2001, פ/3064.

182. להרחבה על טיבם של פיצויים אלה במשפט המקובל ראו: David Allen, John T. Hartshorne, Rbyn M. Martin, *Damages in Tort* (Sweet & Maxwell, 2000), 115-123 (מצביעים על שלושה מקרים טיפוסיים שבהם ניתן פיצוי עונשי, אחד מהם היה כאשר הרשות נהגה בפרט בדיכוי, בשרירות לב או באי-חוקתיות), וכן ראו: Michael L. Rustad and Thomas H. Koenig, "Taming the Tort Monster: The American Civil Justice System as a Battleground of Social Theory", 68 *Brook. L. Rev.* (2002) 1, pp. 54-60 (רואים בשינויים בהסדרי האחריות הנויקיים חלק מתהליך של האשמת הקרבן הנויקי והסרת האחריות מחברות ענק).

של פיצויים אלה והם הוחלו גם על יחסים בין פרטים.¹⁸³ מטרתם של פיצויים אלה היא משולשת: לפיצוי, להרתעה ולגמול. תיאוריית ההרתעה, הנחשבת למרכזית בסוג זה של פיצויים, מיועדת ליצור תמריץ כלכלי להימנע מהתנהגות שהחברה מחשיבה כבלתי ראויה, מתוך הנחה שבפיצוי התרופתי אין די. תיאוריית הגמול דוגלת בעמדה, שבמנותק משאלת ההרתעה והפיצוי, יש שהתנהגות המזיק כה פוגענית ופגיעתה כה ממוקדת בכבוד הבסיסי של הניזוק, שהיא מחייבת ענישה.¹⁸⁴ כיום מעוגנת הוראת הפיצויים העונשיים בריסטייטמנט האמריקני,¹⁸⁵ ועל אף הנגיסות בה¹⁸⁶ היא משמשת כלי מהותי וחשוב בתביעות נזיקיות, ופיצויים עונשיים נפסקים כעניין שבשגרה בתביעות בגין עוולות חוקתיות. במשפט הישראלי, כבמשפט האנגלי,¹⁸⁷ הייתה עד העת האחרונה נכונות מיושנת ומסויגת בלבד להכיר בסמכות בית המשפט¹⁸⁸ לפסוק פיצויים עונשיים לפי דיני

183. Rustad and Koenig, שם, בעמ' 57. מעבר זה נעשה במאה ה-18. ראו הדוגמאות המגוונות המובאות שם מן הפסיקה, כגון מקרים של פיתוי בנותיהם של עניים או יחס משפיל ופוגע כלפי משרתים ועובדים. באחרונה ראו, למשל: *Makanjuola v. Commissioner of Police for the Metropolis* 3 All ER 617 [1992], שם כלא שוטר בביתו אישה ניגרת צעירה שהגיעה לבריטניה, וניצל אותה גם מבחינה מינית. בית המשפט פסק כי מן הראוי להעניק לתובעת פיצויים לדוגמה, בשל הפגיעה בכבוד התובעת ובעיקר בשל העובדה שהנתבע ניצל את סמכותו החוקית כשוטר למעשיו הנלווים.

184. באקדמיה אין תמימות דעים באשר לתיאוריות שבבסיס מנגנון הפיצויים העונשיים. ראו: Robert A. Klinck, "Reforming Punitive Damages: The Punitive Damage Debate", 38 *Harv. J. on Legis.* (2001) 469.

185. כיום על התובע להוכיח שהתובע "Conduct that is outrageous, because of the defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of others", *Restatement of the law* הערה 66, בסעיף 908(2).

186. בית המשפט העליון בארצות הברית יצר סדרת הגבלות, חלקן קונסטטוציוניות, לפיצויים אלה. להגבלות אלו ראו: Rustad and Koenig (לעיל, הערה 182), בעמ' 60-65. ראו גם ההגבלות שנקבעו בחקיקה לסכומים אלה, שם, בעמ' 66.

187. בפרשת *Rookes* העקרונית (לעיל, הערה 164), שבה נידונו פיצויים אלה, הביע בית המשפט את הסתייגותו מן השימוש בהם בדרך קבע, וקבע חריגים ספורים ומצמצמים שבהם מן הראוי לפסקם. עם זאת, הפיצוי העונשי מתחיל להראות סימני הבניה שיטתית, והמגמה המסתמנת באנגליה היא להשיב את השימוש בשני סוגי פיצויים אלה לדיני הנזיקין. כוונה, למשל, המלצתה של ה-Law commission משנת 1993, אשר דנה בנושא. ראו: *McGregor* (לעיל, הערה 23), בעמ' 290.

188. שימוש בולט בפיצויים העונשיים ניכר גם בדיני העבודה, כאשר הפגיעה בעובדת או בעובד היא פגיעה בזכות חוקתית ראשונה במעלה, כגון הזכות לשוויון. כך הוענק פיצוי עונשי במקרה של עובדת שהופלתה בקבלה לעבודה על רקע מינה ובעובד שהופלה באותו אופן על רקע דתו. ראו דב"ע פלומקיין (לעיל, הערה 146), ועב' בשני (לעיל, הערה 140).

הנזיקין.¹⁸⁹ בסיס שברירי זה לפסיקת הפיצויים העונשיים עיצב אותם כחסרי מדדים ברורים להערכה, כנדירים בהפעלה וכמעניקים פיצויים בשיעור נמוך.¹⁹⁰ אולם מלבד קשיים אלה, השימוש בהם מעורר בעיה שעניינה עירוב פסול בין התחום הנזיקי לתחום העונשי.¹⁹¹ אין זה מפתיע אפוא שגם כאשר נעשה בהם שימוש, עוררו פיצויים אלה אצל בית המשפט אי-נוחות רבה.¹⁹² עם זאת באחרונה הבהיר בית המשפט בכמה הזדמנויות כי יש מקום וסמכות ליתן פיצויים עונשיים גם בשיטתנו הנזיקית. בית המשפט ייחד, בדרך כלל, את פסיקת הפיצויים העונשיים לעוללות כוונה, כאשר התנהגות המזיק ראויה לגינוי. בענייננו, פגיעה חוקתית עשויה לנבוע מהתנהגות רשלנית שאינה מכוונת דווקא, ולכן הגבלה זו משמעותית לענייננו. עם זאת הוסיף בית המשפט וציין כי פיצוי עונשי צריך להישקל במקרים של פגיעה קשה בזכות חוקתית, ובכך פתח צוהר לפיתוח עתידי בתחום.¹⁹³

3. שאלת מנגנוני הפיצוי – סיכום

הן מנגנון הפיצויים המוגברים והן מנגנון הפיצויים העונשיים אינם מבוססים דיים כדיני הנזיקין המקומיים. גם כאשר בחר בית המשפט להשתמש בהם, ניכרים בשימוש אי-אחידות ואי-עקיבות. נראה כי ההבחנות בין מנגנוני הפיצוי השונים אינן נהירות דיין לבית המשפט, ולכן הוא מתייחס אליהם כאל כלים חלופיים ומחיל בגדרם את אותם שיקולים עצמם.¹⁹⁴ על אף מצב דברים זה, העמדת בסיס רעיוני לפיצוי בגין פגיעה באינטרסים חוקתיים ועיבוי השיח על אודותיהם מחייבים שימוש כפול של בתי המשפט הן במנגנון הפיצוי התרופתי

189. ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל, פ"ד כז(2) 225.

190. ראו דברי בית המשפט העליון בע"א 3654/97 קרמין נ' עתרת נירית ערך (2000) בע"מ, פ"ד נג(3) 385, בעמ' 406, לפיהם "אין בתי המשפט בישראל נוהגים לפסוק פיצויים עונשיים". תפיסה נוקשה עוד יותר השוללת פיצוי זה מוכרת גם בדיני החוזים המקומיים. ראו

ע"א 4012/90 עיריית נתניה נ' מלון צוקים בע"מ, פ"ד מו(4) 45, בעמ' 58.

191. לדיון בבעיה זו במשפט האנגלי ובארץ ראו דיני הנזיקין (לעיל, הערה 7), בעמ' 580-584, וכן ראו: *Salmond and Heuston* (לעיל, הערה 22), בעמ' 503-506.

192. דוגמא מצוינת לכך היא תמ"ש (ת"א) 64901/96 פולק נ' פולק (לא פורסם), פסקאות 12-13. שם נרתע בית המשפט מהטלת פיצויים אלה מחשש לפגיעה בזכות הקניין של הנתבע, ונזקק לפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, להצדקתם המקומית.

193. ראו דברי בית המשפט בנושא זה בפרשות ע"א 9656/03 עזבון המנוחה מרציאנו ז"ל נ' די"ר זינגר (טרם פורסם) ובע"א 140/00 עזבון אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בע"מ, פ"ד נח(4) 529.

194. קרניאל וברקת (לעיל, הערה 96), בעמ' 211. דוגמא לבלבול מושגים זה ניתן למצוא כיום גם בהצעת חוק לתיקון לפקודת הנזיקין (תיקון מס' 10) (פיצויים שאינם תלויים בנזק), התשס"ה-2004, ה"ח 38. ההצעה מבקשת לאפשר מתן פיצוי ללא הוכחת נזק במקרים שבהם העוולה היתה מעשה מכוון לפגיעה בניזוק. בהצעה מוצע השימוש במנגנון הפיצוי המוגבר, אולם בדברי ההסבר מובהר כי יש מקום להפעיל במשפט המקומי את הפיצוי העונשי בגין מעשה פגיעה מכוון.

לראש הנזק של פגיעה ברגשות, והן במנגנון הפיצויים המוגברים. שימוש זה ימנע דווקא את הבלבול המושגי הקיים בתחום כיום, ובה בעת יותיר את הדיון כולו בתחומי הדין הנזיקי והתפיסות הקונספטואליות המסורתיות שלו. אשר למנגנון הפיצויים העונשיים, אף שנראה כי החלתו הייתה יכולה להשתלב במערך הרעיוני של ביסוס הפיצוי בגין פגיעות באינטרסים חוקתיים, נראה לי כי בשלב זה, בגלל המחלוקת הסובבת אותו, עדיף להתמקד בפיתוח דוקטרינות הפיצוי התרופתי והפיצוי המוגבר, שכן יחדיו הן מעניקות מענה ראוי למצוקת הפיצוי בתחום.¹⁹⁵

ז. האלטרנטיבה להיעדר השיח

לאחר ההתחזקות אחר מקורות שונים להסדרת הפיצוי הייחודי בגין פגיעות חוקתיות מהותיות, ולאחר בחינה קונקרטית של ההסדרים הקיימים, בחלק זה יוצע שימוש במתודות פמיניסטיות ובתשתית רעיונית חדשה להשגת השינוי המיוחל בהתייחסות לסוגיה. תחילה יוצגו המתודות של קריאה נרטיבית ומתן קול לאחר, ושל קריאה קונטקסטואלית. הצעתי היא להשתמש במתודות אלה משום שהן מעניקות רובד שיח עמוק ועשיר הן במישור זיהוי הנזק והן במישור הערכתו. לאחר מכן אציע, על בסיס העקרונות שנבחנו במאמר, הסדר פיצוי שיוכל לפתור את עיקר הבעיות שהעליתי כאן.

1. שימוש במתודות פמיניסטיות

(א) הקריאה הנרטיבית כבסיס לזיהוי נזקים חוקתיים

בתחילת שנות ה-80 הציגו שלושה כותבים את התחום החבוי של "צדק אזרחי", תוך ניתוח סוציולוגי של תהליך הטרנספורמציה שעוברת התרחשות מקומית עד שהיא נהפכת לסכסוך משפטי.¹⁹⁶ הליך זה תואר כבעל שלושה שלבים: שלב הקריאה בשם, שלב ההאשמה ושלב התביעה. הכותבים עמדו על חשיבות בירור תהליך זה, שבו נהפכת חוויה לעוול, העוול נהפך לסכסוך, והסכסוך נהפך לתביעה: בשלב הראשון אדם מזהה חוויה מסוימת כפגיעה בו. זהו שלב ה-naming.¹⁹⁷ לאחר מכן נהפכת תפיסת הפגיעה להבנת העוול. תהליך זה

195. ודוק, איני מבקשת לזנוח בדברים אלה את אפשרות השימוש במנגנון הפיצויים העונשיים, אלא שדיון באפשרות השימוש בו מחייב התייחסות נרחבת למחלוקת רבות, אשר היריעה הנוכחית קצרה מלדון בהן. ממילא אין במחלוקת אלה כדי לתרום במידה רבה לדינוני הנוכחי באפשרות השימוש במערכת הפיצוי התרופתי הקיימת והמקובלת, והעדיפה בעיניי.

196. במובן זה, הכוונה היא למעקב אחר היווצרותו האזרחית של הסכסוך המשפטי, ואחר מקורו הסוציולוגי הלא-משפטי. ראו: William L. F. Felstiner, Richard L. Abel and Austin Sarat, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...", 15 *Law & Soc. Rev.* (1980-81) 631.

197. שם, בעמ' 633-635. גורמים רבים משפיעים על תפיסת חוויה מחיי היומיום כפגיעה: מידת המודעות של האדם למצבו, מידת הסלחנות כלפי פגיעות שונות, טיב הראיות לקיום הפגיעה ועוד.

מתרחש כאשר אדם יכול לזקוף פגיעה בו לאשמתו של אחר – אדם או מוסד כלשהו. זהו שלב ה-blaming.¹⁹⁸ בשלב האחרון, תובע הניזוק מן העוול פיצוי ממי שנתפס כאחראי לעוול. שלב זה נקרא שלב ה-claiming.¹⁹⁹ שלבים אלה קודמים להליך המשפטי, שעניינו פתרון הסכסוך שנוצר בעקבות סירוב הגורם שווהה כאשם להעניק לנפגע את הפיצוי המגיע לו. טענתם של הכותבים היא כי כבר בשלבים מקדמיים אלה של יצירת הסכסוך, שאותו מתיימרת לפתור המערכת המשפטית, בא לידי ביטוי אי-השוויון בין הצדדים כנגזרת של אי-השוויון בין קבוצות שונות בחברה. מאמצים עיקריים להשיג שוויון פורמלי במשפט מתמקדים, ברוח הליברליזם המשפטי, במתן נגישות שווה לכולם למערכת הצדק, כאשר בפועל, עד ההגעה לשלב הנגישות, פועלת ההפליה את פועלה באותם שלבים מוקדמים שתוארו לעיל.

באופן קונקרטי רואים הכותבים במנגנון התרופות כלי לאפיון פגיעה כבלתי לגיטימית, לזיהוי האשם בה ולגיבוש היכולת לתבוע פיצוי בגינה.²⁰⁰ בהקשר זה אני מבקשת לטעון כאן לקיומו של שלב נוסף המשפיע מאוד על אופי הטרנספורמציה של חוויה לסכסוך משפטי: שלב ה-remedying, או אולי naming the remedy, המשלים את תמונת היווצרותה של עילת התביעה. היעדרו של שיח על אודות הפגיעה האמיתית בניזוק, ועצם נוכחותו של שיח על אודות הפגיעה המשפטית המתאפשרת בלבד (כלומר, זו המוכרת במסורת המשפטית הנתונה), משפיעים על תחושת הנגישות של הנפגעים מפגיעות חוקתיות וגורמים להכרה רק בנוזקים המוכרים לשיטה המשפטית. כאן הייתי מציעה אף לאמץ את הצעת הכותבים ללמוד מהליך אחר של פתרון סכסוכים – הפסיכותרפיה – כדי להעשיר את ההליך המשפטי. בפסיכותרפיה, הצדדים מעודדים לתאר בפרוטרוט ובמילותיהם שלהם את הקונפליקט שבו הם מצויים. למהלך זה משמעות משפטית חשובה להבנת הסכסוך כולו,²⁰¹ אולם הוא חשוב ביותר גם לשלב דרישת התרופה, אשר מאפשרת לזהות בצורה הנכונה ביותר את העוול שנגרם, ואת הנדרש לביטול השפעתו. רק בהבנת המהות האמיתית של הנוק – זו שאינה נתונה במגבלות דיני הנוזקין – ניתן לדבר על השפעה חיובית של פסיקה תקדימית בנושא על הטרנספורמציה של יצירת סכסוך משפטי. ניתן לזהות את הצעתי זו עם הקריאה לתפיסה נרטיבית של המשפט. השופטים בפסקי הדין

198. שם, בעמ' 635. שלב זה מובחן ודורש יכולת לייחס אשם כלשהו לגורם לפגיעה. כך, למשל, לא ניתן לטעון כי מזג-אוויר רע מבסס אשם של גורם בעל אחריות.

199. שם, בעמ' 635-636. רק דחייה או דחייה חלקית של הדרישה לפיצוי, מצד מי שנחשד להיות האשם בפגיעה, מולידה סכסוך משפטי.

200. הדוגמה שנותנים הכותבים היא של בעיית האינדיבידואליזם של נזקים, וסירוב לתת תרופות בעלות משמעות נרחבת מזו הרלוונטית לסכסוך המקומי. הדבקות בסעד של פיצוי כספי, כמקובל בדיני הנוזקין, מהווה המחשה מצוינת של מגבלה זו. ראו שם, בעמ' 648.

201. הצעת הכותבים היא "להוציא" מידע זה כדי לפרוק מתחים וקשיים שהקונפליקט אוצר בתוכו, וכדי לאפשר למטופל להבין טוב יותר את מעשיו של האחר כלפיו. ראו שם, בעמ' 648-649. ענייני ממוקד בשלב הראשון של הצגת כאבו הייחודי של המטופל, כדי לזהות את הכאב האמיתי הדורש טיפול על ידי המטפל.

משמשים כמספרי סיפורים (narrators) וכמכונני זהויות.²⁰² שפתם משקפת את הנרטיב החברתי של התובעים,²⁰³ ובה בעת מכוננת את זהויות התובעים כסובייקטים שונים.²⁰⁴ שימושם בשפה של התובעים לתיאור נזקיהם יביא הן לידי חשיפת הנזק האמיתי שנגרם להם והן, בהתאמה, לידי הגנה עליהם מפניו, כגורם מזוהה וידוע. בנוסף, יהא בו כדי לתת לגיטימציה לנרטיב שלהם, כניזוקים.

חסרונו של הכלי הנרטיבי לזיהוי הנזק הוא בהיותו נתפס כסובייקטיבי מאוד, מסרב ומאריך הליכים משפטיים האמורים להיות קצרים ושיטתיים, ומוגבל לכושר הביטוי הבעייתי לעתים של התובעים עצמם. שימוש בכלי זה עלול להיראות כאוטי, אולם הוא מגלה בסופו של יום כי הניזוקים כולם משתמשים בשפה דומה לתיאור נזקם. קולם זה מעורר בבית המשפט את הצורך להכיר בקיום מתחם שלם של נזקים המחייבים הכרה מלאה ומחודשת בהם, וכך נפתח תהליך מעגלי שבו הניזוק מבטא את נזקו, ובית המשפט מזהה אותו ויוצר למענו מסגרת משפטית חדשה המעניקה לו מקום ולגיטימציה, באופן שהניזוקים הבאים כבר נהנים ממנה. השימוש בנרטיב של התובע לצורך הערכת סוג הנזק שנגרם לו והפיצוי הראוי לו מוכר כחשוב גם בנזקים אחרים הסובלים מהבעיה של סובייקטיביות ואינדיבידואליות. כך, למשל, קבעה ועדת ברנזון, אשר דנה בהסדר הפיצויים בישראל, כי לצורך קביעת הפיצוי ההולם במקרי כאב וסבל ישמעו בתי המשפט את הניזוק הקונקרטי ואף את בני משפחתו הקרובים אליו, כדי להעריך נכוחה את נזקו.²⁰⁵ הנחתי היא כי באמצעות ניתוח נרטיבי ניתן לזהות קווים מנחים, משותפים, לנרטיבים פורטיים. או אז יוכל בית המשפט לדבוק באותם קווים מנחים, המדגישים את האספקט החברתי-מבני המשותף, אך לתת בה בעת מקום גם לגורם האינדיבידואלי-אישי של כל ניזוקה וניזוק.

(ב) שימוש בנרטיב ומתן קול ל"אחר" בדיני הנזיקין

התיאוריה הפמיניסטית עסקה רבות בעניין השתקת קולן של נשים לעומת קולם של גברים ובעניין השתקת הקולות השונים, "האחרים", בתוך הקהילייה הנשית. בהתאמה עמדה

202. מנחם מאוטנר, "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים", פלילים ז (תשנ"ט) 11. למקומו של הנרטיב במשפט ותפקודיו ראו באופן כללי: David R. Papke, *Narrative and the Legal Discourse* (Debra Charles, 1991); *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law* (Peter Brooks and Paul Gewirtz — eds., Yale University Press, 1996); P. Ewick and S. Silby, "Subversive Stories and Hegemonic Tales: Toward a Sociology of Narrative", 29 *Law & Soc. Rev.* (1995) 197.

203. ראו אצל רוזן-צבי (לעיל, הערה 38).

204. לרעיון כינונו של הפרט כסובייקט בעקבות תהליכים חברתיים ראו תמצית משנתו של מישל פוקו (Foucault): Wickham and Hunt (לעיל, הערה 39), בעמ' 23-27.

205. ראו דו"ח ועדת ברנזון (לעיל, הערה 130), בעמ' 22. למרות דברים אלה, הבהירו חברי הוועדה כי משום ששימתם היא לפשט את הליכי התביעה והפיצוי במקרים של תאונות דרכים, הם מציעים לבחור מודד סביר ומעשי לפיצוי אחיד. ראו שם, בעמ' 23.

התיאוריה הפמיניסטית על חשיבות השמעתם של קולות אלה והקשבה להם כאמצעי לתיקון עוול זה.²⁰⁶ במקרים רבים של פגיעה באינטרס חוקתי, כבמקרי ההפליה הנפוצים, בשימוש בכלי הנרטיבי ימצא בית המשפט מספר את הסיפור המשפטי תוך שימוש בנקודת מבטו של הניזוק, אשר ההנחה היא כי לרוב "נמחק" סבלו מן הקנון המשפטי.²⁰⁷ במקרה של חוויית-חיים-מיוחדת-מגדר שכל עניינה דיכוי נשים, כגון הטרדה מינית, מתן הקול הופך את חוויית החיים הקשה המושקת לנוכחת ולטבעית למשפט כמו כל חוויית חיים גברית או הגמונית שיש לה ייצוג בדרך קבע במשפט.²⁰⁸ בדברו "מגרון" הניזוקה בית המשפט מבצע מתודה פמיניסטית של consciousness-raising (העלאת מודעות),²⁰⁹ הנתפסת כמרכזית במתן קול לנשים. באמצעות המתודה נחשפת החוויה הפרטית של הניזוקה-המספרת ומושוות לחוויות אחרות, כדי להפיק ממנה הכללות שיסייעו להערכתה כתופעה חברתית-פטריוארכלית ולא כעניין אישי של הניזוקה הספציפית, כמו גם לזיהוי סיפורים דומים אחרים. על פי המתודה, נשמר החיבור למקור האינדיבידואלי של החוויה – אותה אישה ספציפית המעלה אותה, לשם מניעת תחושת הניכור שלה והותרתה לבדה כקרבן. בד בבד, מאפשרת המתודה כינון של סיפורים אישיים כתופעות חברתיות ופוליטיות והעמדה

206. לכתובה על קולות נשים לעומת קולות גבריים, אם כי מנקודות התייחסות שונות, ראו: Catherine Alice MacKinnon, *Only Words* (Harvard University Press, 1993) (עוסקת בקול הנשי כקול הדיכוי); קרול גיליגן, *בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה 1982* (ספריית פועלים, תשנ"ו) (עוסקת בקול הנשי כקול ייחודי, הנובע מאתיקה "נשית"). סוגיית הקול הנשי והשתקתו בתוך הקהילה הפמיניסטית נדונה בעיקר על ידי פמיניסטיות שחורות ולסביות, אשר טענו להשתקת קולן הייחודי בקרב הקול ההגמוני הלבן-הטרנסקסואלי. ראו, למשל: Angela P. Harris, "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory", 42 *Stan. L. Rev.* (1990) 581 של קת'רין מקינאון ורובין ווסט) וכן: Patricia A. Cain, "Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories", *Feminist Legal Theory: Foundations* (Kelly D. Weisberg — ed., Temple University Press, 1993) 359 (מבקרת את השתקת הקול הלסבי בתיאוריות פמיניסטיות).
207. לקשיים שבמתן קול אמיתי לצד מתדיין בבית המשפט ראו ליאורה בילסקי, "אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה לקול", *עיוני משפט* כג (תש"ס) 421, בעמ' 424-425 (עומדת בעיקר על מגבלות אלמנט התיווך וייחוד המסגרת המשפטית).
208. לחשיבה ה"ניטרלית" ולניסוחים "אובייקטיביים" ונטולי הטיה יש כמובן השפעות רבות ומגוונות, מלבד עצם השתקת קולו של "האחר" בדין. להשפעות אלה ראו: Finley (לעיל, הערה 40), בעמ' 897-899. (המחברת מראה כיצד חשיבה מסוג זה יוצרת תחושת נחיתות אצל ה"אחר" ומצביעה עליה כיוצרת שיה בעל משמעות ערכית ולא רק משפטית, שבו הגברי הוא הנורמלי, האובייקטיבי והניטרלי, וכל שימוש במדדים שאינם כאלה ייחשב למוטה ולכן חסר ערך ממשי).
209. על מתודה זו כבסיס לביקורת הפמיניסטית ראו: Simone De Beauvoir, "The Second Sex", *Feminism – A Reader* (Maggie Humm — ed., Harvester Wheatsheaf, 1992), 46-47

של מערכת המשפט למיגורן, באמצעות מסגרת נורמטיבית מרכזית, ובמקרה שלנו – באמצעות ביסוס מערכת פיצוי מוכרת, מודעת ומפותחת.²¹⁰ את חשיבות השימוש במתודה זו להעשרת השיח ברצוני לסייג בהתרעה על סכנת הקורבניזציה והפורמליזציה של הנוק. אחת הסכנות שמעמיד שימוש נרטיבי היא שינצלוהו תובעים לשם הצגת מעמדם ומצבם הקורבני בעקבות המעשה המזיק כלפיהם. שימוש זה עלול להוביל לשימוש ציני במנגנון התביעה על ידי תובעים. סכנה נוספת היא שבתי המשפט יהפכו גם את הכלי הנרטיבי לכלי פורמלי באמצעות הוצאת "רשימת מסכנויות", אשר תסייע להם לזהות "ניזוקים אמיתיים" ו"נוקים אמיתיים" בנוקים אישיותיים. עם זאת, בשלב מוקדם זה הטעם העיקרי שלי לצידוד בכלי רטורי זה הוא, שיש בו כדי לפתוח לבתי המשפט את אותו הצוהר הדרוש להם לשם היכרות עם הנוקים האישיותיים, אופיים, טיבם, ייחודם ועצמתם. בשלב זה המשפט הישראלי חסר היכרות בסיסית זו. במרוצת הזמן, ולאחר שהיכרות זו תאפשר לבית המשפט לפתח שיח בתחום, תקוותי היא כי מנגנון הנרטיב יפנה את מקומו המורכב לטובת מנגנוני שיפוט והכרעה טובים ומוכרים יותר, כגון אלה שבהם משתמשים בתי המשפט כיום בזיהוי נזקים בלתי מוחשיים אחרים ובהערכתם.

(ג) זיהוי קונטקסטואלי של הנוק

קריאה לשמר את הכלל המשפטי בתוך קונטקסט ולא בתוך מסגרת אבסטרקטית מוכרת בתיאוריה הפמיניסטית.²¹¹ ביסוס שיח על אודות נזקים חוקתיים יאפשר לדלות קווים מנחים להערכת הנוק, בד בבד עם בחינת כל מקרה לגופו. הוא גם לא מתיימר לקבוע שווי מכני לגורמים השונים המרכיבים כל פגיעה קונקרטית, אלא אך להסב את תשומת הלב לאלמנטים שונים שיש בהם ברגיל כדי להשפיע על עצמת הפגיעה בניזוקה או בניזוק ועל הערכת הפיצוי הראוי להם. במובן זה הצעתי מכירה בחשיבות השימוש בתעריפי פיצוי המבוססים על משתנה חוזר, היכולים לתת נפח מהותי חשוב להצדקת הפיצוי גם בנוק אישי. כך, למשל, בפרשת *Thompson*²¹² נקבע פיצוי נזיקי לתובע בגין פגיעה בחירותו בעוולת כליאת שווא. בית המשפט לערעורים קבע שיטת חישוב מכנית וגסה לפיצוי מי שנכלא שלא כדין: 500 ליש"ט יינתנו עבור השעה הראשונה של הכליאה, 3,000 ליש"ט עבור היממה הראשונה, וכך תיעשה הפחתה מדורגת מכאן ואילך של הפיצוי הראוי בגין

210. בהקשר זה מוכרת האמירה הפמיניסטית לפיה: "The personal is political". במקור נתכונה אמרה זו לבטא את הרעיון שכל חוויה אישית היא תולדה של פוליטיקה חברתית, ואולם כיום היא מוכרת גם כמבטאת את הרעיון שחוויה אישית של האישה כפרט היא חלק ממכלול חברתי של דיכוי.

211. לקריאה קונטקסטואלית כמתודה פמיניסטית ראו בעיקר: Martha Minow and Elizabeth V. Spelman, "In Context", 63 *S. Cal. L. Rev.* (1990) 1597, p. 1615 וכן: Lucinda M. Finley, "Choices and Freedom: Elusive Issues in the Search for Gender Justice", 96 *Yale L. J.* (1987) 914, p. 941. לקריאה ראויה יותר ונכונה יותר של דיני הנזיקין באמצעות הפריומה הקונטקסטואלית ראו ביטון (לעיל, הערה 1), בעמ' 268-293.

212. לעיל, הערה 180 והטקסט שלידה.

כל יום נוסף. תעריף בית המשפט נראה על פניו שרירותי, אם כי הוא בהחלט מעמיד מדד ברור להערכת הפיצויים במקרים מעין אלה בעתיד ולהשגת אחידות בהם. יתרה מזו, שימוש במכפיל כלשהו למשתנה בר זיהוי הופך את סכום הפיצוי למבוסס יותר ומקל על בית המשפט את קביעתו. כך, למשל, ניתן לזהות בתביעות של נשים, שבעליהן סרבני הגט עיגנו אותן, משתנה מכפיל שכזה בשנות עיגונה של האישה. הכפלת סאת הסבל השנתית של אישה עגונה במספר השנים של עיגונה תיצור פרופורציה חשובה בין ניוזקות שונות, ותהווה גם מקור להרתעת הגברים המעגנים על ידי מתן תמריץ לקיצור משך העיגון ולמניעת הארכת סבלן של קורבנותיו.²¹³ באחרונה ניתן, למשל, פסק דין שבו הועמדו הפיצויים המוגברים לבדם על סך של 100,000 ש"ח לאישה שסבלה עיגון במשך שנה וחצי. סכום זה נוסף על הסכומים שניתנו לה בגין נזקיה הבלתי מוחשיים, וניתן יהיה להשתמש בו לצורך הערכת נזקיהן של מסורבות גט אחרות.²¹⁴ בהקשר זה ניתן לחשוב על טווחי הערכים, שנקבעו לאחרונה באנגליה בפסיקה דומה ובהחלטות הוועדה הממלכתית לפיצוי, כמקור קרוב להערכת הפיצוי, בהתחשב בערך המטבע האנגלי לעומת ערך המטבע הישראלי.²¹⁵ בתי המשפט בישראל יוכלו לבסס טווחים שכאלה, אשר יעניקו להם עוגן חשוב לגיבוש ערכי פיצוי עקיבים ואמינים, כשהשימוש בטווחי פיצוי יאפשר להם למקם את סיפור העובדות הקונקרטי, על פגיעותיו הייחודיות, בין הטווחים הראויים. שימוש כזה גם יוביל בהכרח ל"התכתבות" של השופטות והשופטים בינם לבין עצמם ובינם לבין עמיתיהם למקצוע בנוגע למיקומו הראוי של כל מקרה ומקרה, ויבסס שיח עשיר ודוקטרינרי בתחום.²¹⁶

2. הפיצוי בגין נזק לרגשות – מודל חדש לפיצוי

התאמת מערכת הפיצויים הנזיקית לצרכים הייחודיים של פגיעות חוקתיות אינה עניין של רשות, אלא היא בגדר חובה. רמז פסיקתי חשוב לתפיסה זו ניתן למצוא בת"א (ת"א-יפו)

213. דוגמה לשימוש מצוין כזה ניתן לראות בכתבי התביעה שמגיש ארגון יד לאישה העוסק במתן סיוע משפטי לנשים עגונות. בעקבות עבודה משותפת, הוחלט כי ייעשה שימוש במכפיל שכזה, אשר יקל על בית המשפט אבל גם לא ייתן לו "מפלט" מפני פיצוי אמיתי לנשים אלה, בגין כל שנת סבל.

214. תמ"ש (י"ם) 19270/03 ב.ש. נ' ב.פ. (טרם פורסם). השימוש במערכת הפיצויים המוגברים לצורך הענקת סכום פיצוי נוסף זה נעשה תוך הסתמכות על מודל הדומה לזה המוצע כאן.

215. בירור ערך המטבע נעשה לרוב לעומת השכר הממוצע במשק. כך יש לבחון מה החלק באחוזים של הטווחים הנ"ל מן השכר הממוצע במשק האנגלי, ולאמץ טווח פיצוי דומה אצלנו.

216. שיטה זו מוכרת גם בהסדר האמריקני של עוולות חוקתיות. שם משתמשים בתי המשפט במה שמכונה "comparability approach", ולפיה מוערכים הפיצויים שנותנים המושבעים, משהוגש ערעור על פסיקתם, באמצעות השוואת המקרה הקונקרטי למקרים דומים. לדיון ביתרונותיה ובהסרונותיה של שיטה זו ראו: J. Patrick Elsever, "Out-of-Line: Federal Courts Using Comparability to Review Damage Awards", 33 Ga. L. Rev. (1998) 243 המחבר מוטרד

2578/00 **מקדונלד נ' מקדונלד'ים**,²¹⁷ שם נדונה תביעה בגין פגיעה בשם הטוב ובפרטיות. בית המשפט קבע כי אף שמטרתו העיקרית של הפיצוי הנזיקי היא להשיב את המצב לקדמותו, הרי כאשר מטרת העולה עצמה היא להגן על זכות חוקתית, שנודעת לה משמעות חברתית, יש מקום לתת פיצוי משמעותי ייחודי לניזוק. העובדה שנפגעה זכות חוקתית של הניזוק, כבמקרה זה, מחייבת להעריך את נזקו מעבר לגבולותיה של מטרת הפיצוי המסורתית, ולכן יש להעניק לניזוק פיצוי גבוה במיוחד. תפיסה זו מזכירה דגש אחר שבא לידי ביטוי בפסיקתו של בית המשפט לערעורים של מדינת ניו יורק בפרשת *N.Y. City Transit Authority v. State Division of Human Rights*,²¹⁸ שם הובהר כי לפסיקת פיצויים בגין הפרת זכות חוקתית ישנה משמעות רחבה מזו של פסיקת פיצויים במשפט הפרטי. בעוד שבמשפט הפרטי ניתן הפיצוי מתוך מתן ביטוי לעוול שנעשה בין שני הצדדים, הרי כאן הוא ניתן מתוך מתן ביטוי גם למשמעותה החברתית של פגיעה בזכות חוקתית מוכרת ומוגנת. בהיעדר מנגנון פיצוי נזיקי-חוקתי שיטתי במשפטנו ניתן לראות בפגיעה באינטרס החוקתי, הנדונה על פי דיני הנזיקין, ערך מוסף המאפשר לצאת מתוך המסגרות הנזיקיות המוכרות ולפסוק פיצוי ייחודי בעל אספקט חברתי.²¹⁹ המודל המוצע להלן מבקש לייסד את המסגרת הבסיסית לפיצוי, שמתוכה תפתח מערכת פיצוי אשר תתאים עצמה לאתגר הנזיקי-חוקתי שעיקריו נדונו עד כה.

בשלב הראשון יש להגדיר את הפגיעה ברגשות כראש נזק מוכר וחשוב בדיני הנזיקין. הגדרה זו נובעת מקיבוץ התחושות אשר נסקרו לעיל, והנחשבות פרדיגמטיות לפגיעה בזכות חוקתית מהותית, ביניהן תחושות שעניינן פגיעה בכבוד, סבל נפשי, השפלה, בושה, צער, עלבון, תסכול, ערעור האמונה בזולת, ערעור תפיסת העצמי ופגיעה בהערכה העצמית של הפרט או ביכולת המימוש העצמי, הן באינדיבידואל והן בחלק מקבוצה ועוד. הכרת תחושות אלה והשימוש בהן יאפשרו לבית המשפט בראש ובראשונה לזהות את סוג הנזק שלפניו ולהמשיגו, מתוך מגוון התחושות הקשות המפורטות בשיח הנזק. מוצע אפוא לבית המשפט לבסס את שיח הנזק בפגיעות חוקתיות על פעולה מעגלית, שכן רכיבי ההגדרה עצמם מוצו משיח מתהווה שמפיקות פגיעות אלה בפועל. במובן זה באה לידי ביטוי חשיבות הקריאה הנרטיבית של נזק זה. בתי המשפט צריכים להקפיד ככל האפשר על שימוש בלתי אמצעי בתיאור שמספקים הניזוקים על אודות הנזק. המצב הנוהג

בעיקר מהשגת גבול סמכות המושבעים באמצעות אימוץ השיטה, בעיה אשר אינה קיימת במשפטנו.

217. ת"א (ת"א) 2578/00 **מקדונלד נ' מקדונלד'ים** (טרם פורסם). פסק הדין אמנם נהפך בערעור בע"א **מקדונלד** (לעיל, הערה 4), אולם הפיכתו לא נגעה לנקודה זו, אלא לקביעה כי לא הייתה פגיעה בפרטיותו של התובע במקרה הנדון.

218. ראו: *New York City Transit Authority v. State Division of Human Rights* 577 N. E. 2d (1991) 40 (הפליה על רקע מגדר – היריון של עובדת).

219. כפי שעולה מע"א דעקה (לעיל, הערה 4).

כיום, שבו סבלם של ניזוקים מתורגם לרוב ישירות לעגה המשפטית, אינו מאפשר את פריצת הגבולות הניזוקיים שמאמר זה מייחל לה.²²⁰

הפגיעה בזכויות חוקתיות כגון הכבוד, השוויון והפרטיות גורמת לאבדן ההערכה העצמית של הניזוק, לבושה, לסבל ולהשפלה וכיוצא באלה תופעות היכולות להיות כלולות כולן במונח "פגיעה ברגשות". הצעתי לקרוא לנזק לרגשות בשמו המפורש ולא להסתפק בהבלעתו בשיח הקיים נובעת גם מן הניסיון שלי לחלצו מן השיח הניזוקי המוכר, הדיכוטומי-היררכי ומפחית החשיבות שלו, שבו הוא ממוקם כחלק חסר שם בגדרו של הנזק הבלתי ממוני או הבלתי מוחשי. במיקומו שם סובל הנזק לרגשות מהפחתה במעמדו, בגלל נחיתותו המסורתית לעומת הנזק הרכושי והפיזי. מיקום זה גם גורר השטחה שלו ואי-התמודדות עם משמעותו האמיתית הקשה. כחלק מהנזק הבלתי ממוני הוא שוכן, למשל, לצדה של עגמת הנפש העסקית, הנראית בעיני חשובה פחות מעגמת הנפש הרגשית, אשר מובילה לפגיעה בזהותו העצמית ובהערכתו העצמית של הפרט. הוצאת הנזק לרגשות ממכלול זה והעמדתו כשהוא לעצמו מעניקה לו נוכחות חיונית כגורם שווה ערך לשאר הנזקים – לרבות אלה המפורטים בפקודת הניזוקין כ"בנים מועדפים" בה. גם מן הבחינה הפמיניסטית נודעת כמובן חשיבות רבה לשימוש בביטוי המובהק "נזק של פגיעה ברגשות". ניתן לראות בנזק לרגשות נזק המבקש לשנות את מהותם האנדרוצנטרית של דיני הניזוקין, המגנים בעיקר על אינטרסים כלכליים הנוגעים בדרך כלל למי שחיים חיי שוק בספֶרה הציבורית, כלומר בעיקר לגברים.²²¹ ההכרה בנזק לרגשות תאיר את מקומם של האינטרסים הנוספים לצד אלה הכלכליים בעולמם של אנשים. היא תשיג בכך מטרה אנושית רחבה של הגנה על מכלול האינטרסים אשר מרכיבים את המציאות היומיומית של הפרט בחברה, בד בבד עם המטרה הפמיניסטית הצרה יותר של הגנה על קבוצות מוחלשות אשר אינטרסים אלה הם לעתים כל שיש בידיהן.

בשלב השני, בבואו להעריך את עצמת הנזק שגרמו מעשי הנתבע, יוכל בית המשפט להפעיל מדדים שונים העשויים להיות לו לעזר בזהו היקף הנזק ועצמתו. כך, למשל, יובאו בחשבון מידת הפגיעה בניזוק, כפי שהוא מתארה; טיב הזכות של הניזוק שנפגעה בזכות חוקתית ומהותית; אופן הפגיעה בזכות ומידת הפגיעה בה – למשל, אם נעשתה

220. ראשית, תיאור הסבל נותר פעמים רבות בדפי הפרוטוקול של המשפט ואינו מגיע כלל אל דפי פסקי הדין, ואולם גם אם הוא מגיע אל דפי פסק הדין, נעשה לרוב ניסיון לראותו שם כשייך למסגרות הנזקים המוכרות. הצעתי היא להותיר בשלב זה את תיאור הנזק ראשוני ככל האפשר, כדי לאפשר מתחם שיח רחב ככל האפשר שמתוכו תיעשה ההבניה של ראש נזק חדש.

221. נשים בלא ספק נתפסות בחברה, במישור הסטראוטיפי, כ"מגדר הרגיש". ממחקר עולמי שערכה גאלוף בשנת 1996 עלה, למשל, כי רוב הנשאלים, נשים וגברים כאחת, נטו לתאר נשים כרגישות ואוהבות יותר מגברים. רק 6% מן הנשאלים סברו ש"חיבה לאחר" היא תכונה גברית. לתוצאות הסקר ראו: Nancy Levit, *The Gender Line: Men, Women, and the Law* (New York University Press, 1998), 33. בכך אין ברצוני לאשש מהותנות נשית-רגשית, אלא אך להצביע על כך שבסדר החברתי-הסימבולי נתפסים הרגשות כנחלתן של נשים.

לעיני אחרים מלבד הניזוק; כוונת המזיק לפגוע בניזוק; חומרת המעשים או המחדלים של המזיק ומידת חריגתם מהתנהגות סבירה; מידת חוזק הכלכלי, החברתי או התרבותי של המזיק לעומת מידת חוזקו של הניזוק וניצול עמדת הכוח שלו כלפי הניזוק; התנהלותו של המזיק לנוכח טענות הניזוק במהלך ביצוע העוולה ובמהלך המשפט, וכל שיקול נוסף אשר ייראה לבית המשפט צודק ונכון בנסיבות העניין לצורך הערכת היקף הנזק שנגרם לניזוק ומידתו. מדדים אלה תורמים כולם להערכת מידת הפגיעה בניזוק, היקפה וטיבה. בד בבד, הם יכולים להוות בסיס לקביעה אם להעניק פיצויים מוגברים לניזוק במקרה הנדון, אם לאו.²²² הכלל הראוי הוא כי פיצויים בגין פגיעה ברגשות צריכים להינתן כעניין שבשגרה, מתוך ההבנה הגוברת בדבר חשיבותם החברתית והמוסרית של האינטרסים המוגנים באמצעות ראש נזק זה. לצדם ידרש התובע להוכיח כי במקרה שלו, מן הראוי להעניק לו גם פיצויים מוגברים בשל אופי הפגיעה הייחודית והמשפילה שפגעו בו, שהיה בו כדי להגביר את נזקו.

אשר לבעיית ההערכה של נזק הפגיעה ברגשות, ניתן בהחלט לקבוע כאן – מתוך היקש ממסורת הפיצוי בגין אינטרסים לא מוחשיים והערכתם של נזקים קשים להוכחה מדויקת – כי בתי המשפט ימצאו וימציאו במרוצת הזמן דרכים מגוונות לאומדנם של הפיצויים הראויים במקרים אלה. יש לתת את הדעת על ההקשר הייחודי של כל מקרה ומקרה, בד בבד עם הצבת גבולות הפיצוי מתוך השוואתו למקרים דומים אחרים. איני סבורה שרק מחקר אמפירי מקיף, כגון זה שמבצעות חברות ביטוח או ועדות ממלכתיות, יבסס את שיעור הפיצויים הראוי לאמצו. בנקודה זו ניתן, למשל, להצביע על ההצעה החוזרת ונשנית בשיטתנו, כמו גם בשיטות זרות, לקרב ככל האפשר את שיעור הפיצוי בגין פגיעות רגשיות לשיעור הפיצוי בגין כאב וסבל ובגין לשון הרע. אין ספק שהסכומים הנפסקים כיום בתחום הפגיעות הרגשיות נמוכים בהרבה מהסכומים הנפסקים בגין כאב וסבל ובגין לשון הרע ומעידים על קיבעון מחשבתי באשר לאי(חומרת) הנזק, אשר לנתבעים, אלה יהיו מושתקים מלטעון כי על התובע להוכיח את קיומו של נזק ספציפי מחושב, להבדיל מהוכחת נזק כללי, לאור העיקרון המקובל בדיני הנוזיקין לפיו כאשר טיבו של המעשה המזיק הוא כזה היוצר נזק שמתבעו קשה להעריכו, לא יוכל המזיק לטעון נגד הערכתו הכללית של הנזק. בית המשפט, מצדו, יוכל להעריך את הפיצוי הראוי בגין נזק לרגשות בהסתמכו על ניסיון החיים, על ההיגיון, ובמקרים מסוימים על עדויות של מומחים.²²³

222. למקורם של חלק ממדדים אלה ראו לעיל, הערה 180 והטקסט שליטה. באופן דומה, מוצע בהצעת חוק פקודת הנוזיקין [נוסח חדש] (תיקון פיצויים עונשיים), התשס"ב-2001 להשתמש, לצורך הערכת שיעור הפיצוי העונשי שייפסק לחובת המזיק, באותם מדדים אשר אמורים לשמש את בית המשפט לצורך הכרעה אם לפסוק בכלל פיצויים עונשיים. (הצעה זו לא עברה קריאה טרומית ולא פורסמה; עותק שמור בידי המחברת).

223. הלכה זו מורשת היטב במשפטנו מאז ע"א 711/22 מאיר נ' הנהלת הכוכבות היהודית לא"י, פ"ד כח(1) 393, בעמ' 404, ויש לה אף תימוכין ספציפיים במקרים של פגיעות חוקתיות. ראו, למשל: *Bogle v. McClure* 332 F. 3d 1347, pp. 1358-1359, שם העניק בית המשפט פיצוי לתובעים על סמך עדויותיהם האישיות בלבד בגין פגיעותיהם הרגשיות בעקבות הפלייתם.

ז. סיכום

דיני הנזיקין אינם מכירים כיום במפורש בראש הנזק של "פגיעה ברגשות", המאפיין פגיעות באינטרסים חוקתיים. היעדר ההכרה הפורמלית בנזק זה גורר פסיקת פיצויים נמוכה ובלתי מספקת לטובתם של נזוקים מפגיעות חוקתיות, אף שנוקם האישי הוא אמיתי וקשה. מצב זה מוביל לחוסר מוטיבציה של תובעים ושל עורכי דין בתחום להגיש תביעות כנגד מי שהפגיעה בזכויות חוקתיות של הפרט היא לחם חוקם. בכך מושרשת תופעת הפגיעה באינטרסים חוקתיים בחברה, והפרט אינו זוכה להגנה אמיתית מפניה. לפן המהותי של שינוי גישת דיני הנזיקין להגנה על אינטרסים חוקתיים חייב להתווסף הפן הרטורי. לרטוריקה השפעה מכוננת חשובה על הסדרים נזיקיים, ומסורת השתיקה בתחום הפיצויים הבלתי ממוניים יוצרת מנגנון של "שתיקה רועמת", שבה יש משמעות לא רק למה שנאמר, אלא גם למה שאינו נאמר. לפיכך חשיבותו של כיוון שיח בתחום היא בעלת משמעות מהותית ולא רק סימבולית. אחת הדרכים המיידיות והראויות לביסוס של שיח כאמור היא שימוש במתודה הנרטיבית המעודדת היכרות בלתי אמצעית עם סוכני העיקריים של השיח, הם הנזוקים שהאינטרס החוקתי שלהם נפגע בעקבות ביצוע עוולה נזיקית כלפיהם. ראש הנזק של פגיעה ברגשות מסתמן כמסגרת ההולמת ביותר לביסוס השיח, שכן האינטרס הרגשי הבלתי מוחשי הוא הצפוי להינזק באופן טיפוסי מפגיעה באינטרסים חוקתיים הנחשבים, הם עצמם, לבלתי מוחשיים. מלבד ההכרה בראש נזק זה והפיצוי בגינו באמצעות מנגנון הפיצוי התרופתי הקלאסי, יש להפעיל במקרים אלה מנגנון נוסף של פיצויים מוגברים, המשמש מקור חשוב למתן פיצוי מלא ומשמעותי לנזוק כאשר הפגיעה הרגשית בו הייתה חמורה במיוחד.

קריאתי לשימוש מוגבר במנגנוני הפיצוי הללו מיועדת גם להעמיק את הקשר שבין ההכרה באחריות לפגיעה באינטרסים חוקתיים ובין ההתייחסות לפגיעה זו כאל פגיעה שוות ערך לפגיעות באינטרסים אחרים הזוכים להגנה נזיקית. אחת הדרכים החשובות להשגת התייחסות כזו היא החתירה להבנה שפגיעות אלה מותרות אחריהן, כדרכן של פגיעות, נזק. הן מחייבות הבנה בדבר טיבן כפגיעות המסבות נזק תוצאתי אמיתי. נזק זה דורש הכרה כנזק משמעותי, אשר מחייב פיצוי ומוכה בריפוי כדין וכמקובל של הסובלים ממנו. בסביבה הנזיקית-חוקתית הנוכחית, שבה יש פתיחות ורצון טוב לשינוי מעין זה, שימוש במודל המוצע, על אף תכונותיו הנוטות לסובייקטיביות ולהקשריות, יביא בסופו של דבר לחיזוק דוקטרינרי של התחום ולשימור עקרון הוודאות, הצפיות והעקיבות שבו.