

## קפיטליזם בדיני הנזיקין: לשחק את המשחק או להמציא משחק חדש?

מאת

יפעת ביטון\*

דיני הנזיקין המוכרים לנו עוצבו בתוך מסגרת היסטורית ואינטלקטואלית שהשפיעה על טרנספורמציה עמוקה שלהם עם הפיכתם למודרניים. הם היו מנגנון המסייע לאכיפת המשטר הקפיטליסטי ולהשלטתו, ובתוך כך הפכו בחלקם להתגלמות עקרונות הקפיטליזם. התגלמות זו באה לידי ביטוי בכמה מאבני היסוד של תורת דיני הנזיקין, כפי שמשקף בדין האמריקני והישראלי. כזה הוא למשל פיצויו של אדם על נזקיו האישיים לפי אבדן השתכרותו. דרך עיקרון זה הפך האדם בדיני הנזיקין שווה לתזרים המזומנים, יציר העבודה הנובע ממנו. ההכרה בגופו של האדם כ"נכס" לצורך כך והענקת סכום כסף לפיצויו על נזקיו חיזקו עוד יותר את הדמיון הרעיוני והפונקציונלי שבין דיני הנזיקין לקפיטליזם. על רקע זה המאמר בוחן את אפשרות השימוש בדיני הנזיקין ככלי לשינוי חברתי בהקשרים א-קפיטליסטיים ואף אנטי-קפיטליסטיים פוגעניים. לצורך זה הוא בוחן את השימוש הפמיניסטי בדיני הנזיקין לשם שינוי יחסי הכוחות המגדריים במשפט הישראלי והשימוש בהם למיגור פעילות מסחרית הרסנית לזכויות אדם במשפט האמריקני. בחינה זו עוסקת בעיקר בדילמה האתית ששימוש כזה מעלה, שעניינה בחשש מחיזוק יסודותיהם הקפיטליסטיים הן של דיני הנזיקין והן של הנזקים הנתבעים במסגרתם, שהרי לכאורה, יש פרדוקס בשימוש בכלים הנזיקיים-קפיטליסטיים כדי להילחם בהם עצמם. מסקירה של שני תחומים אלה ושל האופנים המגוונים שבהם נעשה במסגרתם ניסיון להתמודד עם הדילמה האתית, עולה כי ניתן להשתמש בדיני

---

\* פרופסור חברה בבית הספר למשפטים על-שם שטריקס, במכללה למנהל. בוגרת האוניברסיטה העברית בירושלים ואוניברסיטת ייל, והייתה חוקרת-אורחת כעמיתת פולברייט באוניברסיטת הרווארד. עבודתי משלבת מחקר אקדמי ופרקטיקה משפטית בהרחבת דיני הנזיקין לצורך הגנה על זכויות אדם, ובעיקר הזכות לשוויון. עבודת השינוי מלמטה למעלה (bottom-up) נעשית באמצעות "מרכז תמורה – המרכז הקליני לקידום שוויון" שבמכללה למנהל, המפעיל את דיני הנזיקין ככלי למיגור הפליה על כל סוגיה. מאמר זה נכתב תוך שימוש בשני כובעיי אלה. את היכרותי האינטימית עם המשפט הנזיקי האמריקני אני חבה לשנים שביליתי בקרבת שני מוריי: דנקן קנדי מאוניברסיטת הארוורד וג'ולס קולמן, מאוניברסיטת ייל. אני מבקשת להודות לקורא האנונימי על הערות מצויינות, ובעיקר לתלמידי לשעבר, עו"ד חנן רביב, על נדיבותו וחוכמתו שתרמו רבות למאמר בגרסתו הנוכחית.

הנזיקין לשם השגת שינוי חברתי בעל מטרות המרסנות את האפקטים השליליים של הקפיטליזם. הדבר נעשה בהתנערות מהשיח הנזיקי המוכר, המסתכם בקביעת סכום הפיצוי ובמעבר לשיח נזיקי חדש. שיח זה מעודד אחריות חברתית, הדדיות בנשיאה בנטל אי-השוויון, הכרה באינטרסים אנושיים כחשובים לא פחות מאינטרסים שוקיים, ובעיקר מיגורם של יחסי כוח חברתיים.

**מבוא. א. קפיטליזם וההיסטוריה הקפיטליסטית של דיני הנזיקין;** 1. קפיטליזם: הגדרה ומאפיינים; 2. קפיטליזם: השפעות שליליות; 3. דיני הנזיקין וקפיטליזם: המפגש; (א) המעבר לעקרונות ה"אשם" ופיתוח עולות הרשלנות; (ב) האחריות ברשלנות, המהפכה התעשייתית והדוקטרינות שיצר המפגש ביניהן; (ג) סבסוד נזיקי של הקפיטליזם; (ד) סיכום: שינוי כללי היסוד.

**ב. קפיטליזם ישראלי כאן ועכשיו;** 1. השתכרות כמדד לפיצוי; 2. תאונות דרכים; 3. ביטוח אחריות; 4. סיכום: קפיטליזם מוטמע – גרסת דיני הנזיקין המקומיים.

**ג. קריאת התיגר על אופיים הקפיטליסטי של דיני הנזיקין מהזווית הפמיניסטית.** 1. הפרויקט הנזיקי-פמיניסטי כפרויקט בעל אפקט מצנן-קפיטליזם; 2. תביעות להגנה על הגוף דרך אינטרסים אישיותיים והגדרה מחדש של "נכסים" בני-הגנה; (א) חשיפת פגעי התקיפה המינית בפסיקה; (ב) חשיפת פגעי התקיפה המינית בחקיקה; (ג) תביעות "ציבוריות" לחלוקה-מחדש של האחריות החברתית ליחסי הכוחות המגדריים; 3. סיכום: פמיניזם א-קפיטליסטי.

**ד. קריאת התיגר על אופיים הקפיטליסטי של דיני הנזיקין מזווית המרחב הבין-לאומי-האמריקני;** 1. האחריות הנזיקית הבין-לאומית בחוק האמריקני; 2. הטלת אחריות לעולה גם בהיעדר ביצוע ישיר ומלא שלה; 3. פתיחת תביעות לנתבעים שאינם מדינה אלא חברה; 4. פתיחת תביעות לתובעים שאינם אינדיווידואלים; 5. הכרה מהותית בזכויות אדם הקשורות לפעילות עסקית כ"חוקי האומות"; 6. חוקי הנזיקין הבין-לאומיים-אמריקניים – תקווה אבודה? **סיכום.**

## מבוא

דיני הנזיקין משמשים זה מאות שנות משפט כלי מרכזי לתיקון עוול בין פרטים. אדם שסבל עוול מידי אדם אחר יכול להגיש תביעה נזיקית נגדו ולקבל פיצוי על הנזק שהסב לו עוול זה. אלא שבמאה האחרונה שינו דיני הנזיקין את פניהם. הם הפכו מדינים שכל עניינם ביחס בילטרלי בין שני צדדים לנזק – המזיק והניזוק – לדינים שמשמעותם החברתית רחבה יותר. בתקופה המכוננת של גיבוש דיני הנזיקין המודרניים – שלהי המאה התשע-עשרה ותחילת המאה העשרים – הפכו דינים אלה למקדמים בשיטתיות ובאופן מובנה אינטרסים שניתן לזהותם ככלל כ"קפיטליסטיים". הקפיטליזם – שיטה כלכלית המאופיינת בקיומו של שוק חופשי שבו מתחרים בעלי אמצעי הייצור על השאת

רווחיהם<sup>1</sup> – שגשג בתקופה האמורה מחוץ לדיני הנוזקין, אך גם בתוכם ודרכם, עד שיש הטוענים שהיו הם עצמם להתגלמות הקפיטליזם.<sup>2</sup>

החיבור בין הקפיטליזם לדיני הנוזקין היה טבעי במובן זה שעקרונותיו של המנגנון האחד תאמו את אלה של המנגנון האחר. חיבור זה תרם לחיזוקן, ולעתים אף ליצירתן, של דוקטרינות נזיקיות תומכות-קפיטליזם. אחת הסיבות המרכזיות להתאמה הטבעית של הקפיטליזם לדיני הנוזקין היא השימוש המרכזי שהם עושים בכסף דווקא ככלי עיקרי להשבת מצב הניזוק לקדמותו. כל פגיעה וכל נזק, יהיו אשר יהיו, יתורגמו כמעט תמיד בדיני הנוזקין לכסף. "הזקת – שילמת" ו"ניזוקת – תשולם" הלכו והתבססו כמוטיבים מרכזיים, כוללים וממצים של דינים אלה – כסף תמורת הגוף הדואב והמשוסע וכן תמורת בושא, השפלה והפליה. הכול נהפך לבר-פדיון כספי. החובה המשפטית שלא לפגוע והאחריות של מי שהפר אותה הומרו בחיוב לשלם על כך, בדיעבד.<sup>3</sup> דוגמה מרכזית נוספת להתאמה בין הקפיטליזם לבין דיני הנוזקין ניתן למצוא בעקרון הפיצוי – "השבת מצב הניזוק לקדמותו" – אשר יושם לפיצוי ניזוקים לפי הפסד ההשתכרות שגרמה הפגיעה בהם.<sup>4</sup> דרך עיקרון זה הפך האדם שווה לתזרים המזומנים, יציר העבודה הנובע ממנו. "נזק" הוגדר כשווה בערכו להפסד שכר, ובכך הפך השכר עצמו לערכו של האדם שניזוק. גרמת נזק פיזי לאדם עובד? תפצי אותו לפי מספר ימי העבודה שהוא הפסיד; גרמת נזק פיזי לאדם שאינו עובד או עובד במשרה חלקית, כמו נשים רבות או מיעוטים? תפצי אותו בסכום נמוך בהרבה.<sup>5</sup> דוקטרינות מרכזיות אלה ודוקטרינות אחרות

- 1 להרחבה על מאפייניו של הקפיטליזם ראו חלק א, פרק 1 להלן.
- 2 טענה קונטרוברסלית זו, הנשענת על מחקר היסטורי מעמיק, הוצגה בידי מורטון הורביץ (Horwitz), היסטוריון משפטי מאוניברסיטת הרווארד, המשתיך לזרם הביקורת השמאלית על המשפט. ראו: Morton Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of the Legal Orthodoxy* (1992).
- 3 במובן בסיסי זה, דיני הנוזקין מציגים מושג "רוה" מאוד של אחריות. להצעה לעבות ולהעשיר מושג זה דרך מנגנונים שאינם כספיים ודרך הרתעה מראש ולא רק בדיעבד, ראו: מאמרה של לזלי בנדר (Bender): "Feminist (Re) Torts: Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power and Responsibilities", 1990 *Duke L.J.* (1990) 848, pp. 895-908.
- 4 Jennifer B. Wriggins, "Damages in Tort Litigation: Thoughts on Race and Remedies, 1865-2007", 27 *The Rev. Litig.* (2007) 37; לביקורת פמיניסטית על השימוש באבדן הכנסה כאל מדד לפיצוי באופן שמפלה ומשמר אי-שוויון, ראו, למשל: Lucinda M. Finley, "A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Course", 1 *Yale L.J.* (1989) 41, pp. 53-54. לעומת זאת עיון בפסיקת בתי המשפט כיום מלמד שהתפיסה הנוכחית היא שרווחים עתידיים הם אולי הנכס היקר ביותר שיש לאדם מבחינת הפיצוי שהוא יכול לקבל עבורם [ראו גם: Yoed Halbersberg & Ehud Guttel, *The Behavioral Economics of Tort Law, The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law* (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014) 420].
- 5 למחקר מקיף בנושא ראו: Martha Chamallas & Jennifer B. Wriggins, *The Measure of Injury: Race Gender and Tort Law* (2010) pp. 155-182.

שיוצגו במאמר מעידות על "עמוד השדרה הנזיקי" כמי שנושא בגאון את האפיסטמולוגיה הקפיטליסטית ואת יישומיה, על השלכותיה החברתיות הרחבות:<sup>6</sup> האדרה של אינטרסים כלכליים, חתירה אינדוידואלית למקסום רווח, צמצום הלכידות החברתית והקהילתיות וכיוצא באלה מאפיינים המעודדים חברה תחרותית יותר, מנוכרת יותר ומלוכדת פחות.<sup>7</sup>

אל תוך מערך קפיטליסטי זה של דיני הנזיקין הגיחה הביקורת הפמיניסטית-חלוקתית,<sup>8</sup> המבקשת לראות בהם כלי שאינו מסתפק בשימור המצב הקיים אלא משמש לשינוי חברתי-שוויוני. לפי גישה ביקורתית זו, דווקא בדיני הנזיקין, בעלי ההטיה הקפיטליסטית, טמון פוטנציאל ממשי לחלוקה-מחדש של הרווחה הכללית. אליבא דמעצביה של גישה זו, שימוש יצירתי בהגדרות ובכלים נזיקיים ימצא את הפוטנציאל ל"שינוי מבפנים" הטמון בהם לתיקון עוולות שמקורן ביחסי כוח חברתיים.<sup>9</sup> כזו תהיה למשל הרחבת תרופת הפיצוי המסורתית אל מעבר לגבולות הפגיעה הפיזית והערכת שיעורו מעבר לגבולות הפגיעה בהשתכרות שהוא יוצר אצל ניזוקה.<sup>10</sup> בדומה לכך, בשימושי שלי בביקורת הפמיניסטית-חלוקתית אני מבקשת להפעיל את דיני הנזיקין ככלי למיצוב-מחדש של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות בחברה – במאמר זה: נשים ואזרחי מדינות מתפתחות – והוצאתן ממקומן בשולי השיח המשפטי-חברתי-כלכלי כיום.<sup>11</sup> הנחתי היא כי באמצעות דיני הנזיקין ניתן להשפיע על האופן שבו יחסי הכוח החברתיים, ועמם מאפייני השיטה הקפיטליסטית, קובעים את ההקצאה הלא שוויונית

6 למרות מסקנה זו חשוב לסייג ולומר כי התמונה העולה מבחינת הדוקטרינות הנזיקיות בכללותן מורכבת יותר, ויש בה דוגמאות לכללים נזיקיים המחלישים דווקא דפוסים קפיטליסטיים טיפוסיים והמאפשרים חשיבה ביקורתית ויצירתית על אודות אלה שמחזקים אותם.

7 זיהוי אלמנטים אלה כ"קפיטליסטיים" נעשה בסקירת השיטה הקפיטליסטית בחלק א, פרק 1 שלהלן.

8 בהצמדת התואר "חלוקתית" לפמיניסטית אני מבקשת לחבר את התאוריה הפמיניסטית לתאוריות אחרות העוסקות בדרישה לחלוקה מחדש של משאבים חברתיים. התאוריה הפמיניסטית, החלוקתית בבסיסה, מיוחסת לעיסוק בשאלות נשיות בלבד. לעומת זאת, תפיסתי היא שיש להשתמש בה ככלי לפירוק יחסי כוח היוצרים יחסי אי-שוויון וחוסר הגינות, כמו זה המגדרי. כך למשל, התאוריה הפמיניסטית קשורה בטבורה לתאוריות אנטי-גזעיות. לתרומתה הרבה של הביקורת הפמיניסטית לדיני הנזיקין, בגרסתה החלוקתית שאינה מצומצמת לנשים בלבד, ראו: Chamallas & Wriggins (לעיל, הערה 5) בעמ' 13–34.

9 ביקורת פנימית זו של דיני הנזיקין מאפיינת את הביקורת הפמיניסטית עליהם: שם, בעמ' 6–7.

10 ראו: פרק ג, חלק 2, להלן.

11 קבוצת הנשים וקבוצות האוכלוסייה האזרחיות במדינות מתפתחות מסמלות חוויית חיים במסגרת יחסי כוח שלקפיטליזם השפעה שלילית עליהם. ניתן להחיל את אותם עקרונות הפועלים על קבוצות אלה, בשינויים המחויבים, גם על קבוצות אחרות הסובלות ממערך של פערי כוחות חברתיים.

והמפלה של ההון הכלכלי בחברה. כיום, נטל הנשיאה בעלויותיה של ההפליה – הן אלה הממוניות והן אלה הלא ממוניות – מוטל בעיקר על כתפי חברי הקבוצה המוחלשת אשר ההפליה מופעלת כלפיהם.<sup>12</sup> בהטלת אחריות נזיקית, נטל זה יועבר אל כתפיה של ההגמוניה המפלה, שתידרש לשלם את עלות נזקיה, וכך "לא ישתלם" לה להפלות. בעקבות זאת, המפלים יצטרכו להתאים את פעילותם להסדרים חדשים ומקדמי־שוויון, ובכך יוגנו במלואן וכראוי זכויות האדם הבסיסיות של חברות בקבוצות אוכלוסייה מוחלשות.<sup>13</sup>

מאמר זה ידון במעבר המוצע משימוש קפיטליסטי בדיני הנוזקין, המגלם מהות קפיטליסטית מובהקת, לשימוש בדינים אלה כמשני־הסדר־החברתי. מעבר זה מאתגר הן מהבחינה המושגית הן מהבחינה הנורמטיבית:<sup>14</sup> שימוש בדיני הנוזקין ה"פרטיים" להגשמת מטרות "ציבוריות" הקשורות בסדר החברתי נתפס בעבר הלא רחוק כמו חיבור

12 פשיטא שהצד המופלה הוא הצד המשלם מחיר על הפלייתו, ואילו הצד המפלה נהנה מפריבילגיה, היכולה להיחשב לנכס ממש. ראו הניתוח הסמינלי אצל: Cheryl I. Harris, "Whiteness as Property", 106 *Harv. L. Rev.* (1993) 1707 מהזווית הכלכלית ראו: Ian Ayres, "Fair Driving: Gender and Race Discrimination in Retail Car Negotiation", 104 *Harv. L. Rev.* (1991) 817. דוגמה הן לנטל הממוני הן לנטל הלא-ממוני של יחסי הכוח המגדריים ניתן למצוא בחרדה התמידית מפני אונס המלווה נשים ובאמצעים הכלכליים שהן משקיעות כדי להתמודד אתה. ראו: Yifat Bitton & Tal Shavit, "The Differences between Men's and Women's Monetary Valuation of Crime Avoidance Behavior", 10 *Feminist Criminology* (2015) 115. עם זאת חשוב להבהיר כי טענה מרתקת אחרת בתחום גורסת שהחברה כולה מפסידה כלכלית מהפליה ולא רק הקבוצה המופלית. ראו דוח מרתק בנושא בהקשר של הפליה בעבודה בארצות הברית אצל: Crosby Burns, *The Costly Business of Discrimination – The Economic Cost of Discrimination and the Financial Benefits of Gay and Transgender Equality in the Workplace* (2012). עובדה זו ניתן להוסיף לחוסר האיזון שבהטלת נטל ההפליה בעיקר על חברי הקבוצה המופלית עצמם.

13 משמעות הדבר היא שהדרישה לשלם פיצוי הופכת את הפעילות ליקרה יותר, ולעתים לבלתי משתלמת, מה שיתמרץ שינוי באופן הפעילות שלו. לעיקרון בסיסי זה ראו: ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנוזקין", **משפטים** כב (התשנ"ג) 421. העיקרון מוסבר בפשטות גם אצל Tim Friehe, *Precaution Incentives in Accident Settings* (2008) pp. 9–15. למחלוקת על עצמת השפעתה של מטרה זו, אבל לא על תקפותה, ככלל ראו: Gary T. Schwartz, "Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter?", 42 *UCLA L. Rev.* (1994) 377. טענה זו תודגם בהמשך המאמר, שם נראה כיצד פסיקת פיצוי על נזקים גורמת למזיקים לשנות פעילות שלהם שלא היו משנים אותה לולא הפיצוי הנוזקי. ראו להלן חלק ג, פרק 2, ג.

14 הטענה בדבר אי־ההתאמה הלכאורית מטופלת באופן נרחב בכתיבתו של צחי קרן־פז. ראו: Tsachi Keren-Paz, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice* (2007). הטענה כי יש פער בין הצגת דיני הנוזקין כפרטיים, בעודם עוסקים בשאלות ציבוריות רחבות היקף, מצויה אצל הרואליסט הנוזקי לאון גרין. ראו: Leon Green, "Tort Law Public Law in Disguise", 38 *Tex. L. Rev.* II (1960) 257.

שעטנזי – אסור ומשונה.<sup>15</sup> הטענה המוכרת גורסת שתפקיד אינסטרומנטלי זה אינו טבעי לדיני הנזיקין, האמורים לעסוק בעניינם של הצדדים הבילטרליים לסכסוך הנזיקי לבדם.<sup>16</sup> אולם נראה שמעמד הגישה המצמצמת שטענה זו משקפת הולך ונחלש. מלבד פיתוחן של תאוריות המצדדות בתפקידם של דיני הנזיקין ככלי לקידום תחום חברתי שלתובעת עניין בו גם במסגרת הבילטרלית,<sup>17</sup> הרי שלכל הפחות יש הכרה בצורך לגבש פלורליזם תאורטי בדיני הנזיקין. פלורליזם כזה נשען על הרעיון שמורכבותם של דיני הנזיקין מחייבת התייחסות אליהם כבעלי מטרות שונות, בהקשרים שונים, ומאפשרת לשקול גם שיקולים של יחסי-כוח חברתיים במובהק במסגרתם.<sup>18</sup> בהקשר הישראלי, ספציפית, שיח מסוג זה הולך ותופס נפח גדול בשיח הנזיקי הפסיקטי.<sup>19</sup> לצד מאפייניהם

- 15 ראו למשל: Mark Lunney & Ken Oliphant, *Tort Law: Text and Materials* (5<sup>th</sup> ed., 2013) p. 629.
- 16 זוהי עמדתו הבלתי-מתפשרת של ארנסט ויינריב. ראו: Ernest J. Weinrib, *The idea of Private Law* (rev. ed. 2012) p. 12; לתפיסת המשפט המקובל בכלל והנזיקי בפרט כנטולי אלמנט חברתי מעבר למה שמתיר המרחב הדוקטרינרי שלהם, ראו: Peter Karsten, *Heart Versus Head: Judge-Made Law in Nineteenth America* (1997).
- 17 להרחבה על גישה זו ראו: John C.P. Goldberg, "Twentieth-Century Tort Theory", 91 *Geo L.J.* (2003) 513; John C.P. Goldberg, "The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs", 115 *Yale L.J.* (2005) 524. וכך ראו: יפעת ביטון, "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח", *משפטים* לח (התשס"ח) 451.
- 18 להרחבה על גישה זו ראו: בנימין שמואלי, "קליעה למטרה: הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים", *משפטים* לט (התשע"א) 233.
- 19 ניתן לראות בשנים האחרונות, הן בכתבי המשפט והן בכתביה האקדמית, דיונים במתח שבין היות דיני הנזיקין כלי להסדרת יחסים בין שני צדדים לבין הצורך לשקול שיקולים חלוקתיים הנוגעים לציבור בכללותו. לדוגמה מייצגת ראו: ע"א 10064/02 **מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא**, פ"ד ס(3) 13, פס' 37–50 לחוות דעתו של השופט ריבלין, וההפניות שם (2005). וראו גם: ישראל גלעד **דיני נזיקין – גבולות האחריות** (התשע"ב) בעמ' 59–63, 358–361. הטענות בדבר מקומם המוצדק של שיקולי צדק מחלק, אם במשפט הפרטי ואם במשפט הציבורי, הן מעבר למאמר זה. דעתי היא כי גם אם תחומי משפט אחרים עדיפים להשגת מטרות חלוקתיות, אין בכך כדי לפגוע באפשרות להשתמש גם בדיני הנזיקין לאותן מטרות, בדיוק כשם שהכוונת המשפט הפלילי התנהגות אינה מייתרת הכוונה זו באמצעות דיני הנזיקין. ממילא דעתי היא כי אי אפשר לנתק בין מטרות "פרטיות" לבין מטרות "ציבוריות", שכן ההכרעה בדבר הכללים שיש להחיל על הסכסוך הפרטי נובעת מהסתכלות על השפעות מערכתיות וכלל-ציבוריות [לטענה זו, על ההבחנה המלאכותית בין צדק מתקן לבין צדק מחלק, ראו: שם, בעמ' 70; ולדוגמה מובהקת ראו הדיון של בית המשפט העליון בדבר עמימות סיבתית ופסיקה של פיצוי יחסי: דנ"א 4693/05 **בית חולים כרמל חיפה נ' מלול** (פורסם בנבו, 2010)]. תרומה ייחודית לעניין תרם לאחרונה פסק דינו של השופט דנציגר בפרשת רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך** – **פורום נשים דתיות** (פורסם בנבו, 2015), שבו הבהיר השופט למעלה מן הנדרש, באופן שאינו אופייני לפסיקותיו המהודקות, שבין היתר יכול שתפקיד דיני הנזיקין הוא להגן על הזכות לשוויון. ראו: שם, פס' 27 לפסק הדין.

הקפיטליסטיים שוכנים בדיני הנוזקין אותם מאפיינים ההופכים אותם כלי מרכזי ל"הנדסה חברתית", כגון גמישות, התפתחות, התאמה מתמדת למציאות ועוד. אלה הופכים דווקא אותם מקור לתקווה לפיתוח חברתי שירסן אלמנטים קפיטליסטיים פוגעניים.<sup>20</sup> כדי להשיג מטרה חדשנית זו של שימוש בדיני הנוזקין לקידום מטרות חברתיות הנתפסות כאנטי-קפיטליסטיות, נדרשת פרוגרמה רעיונית ודוקטרינרית מקיפה, המצויה על שני היבטים זה כעשור וחצי במצב של פיתוח והמשגה נמשכים.<sup>21</sup> פרוגרמה שכזו מלווה באתגר מעשי ובדילמה אתית שעמה מבקש מאמר זה להתמודד: האתגר נוגע להיתכנות המעשית של שימוש בדיני הנוזקין לשם מיגור יחסי כוח חברתיים היררכיים אשר ניזונים מהמבנה הקפיטליסטי של החברה המערבית המודרנית; הדילמה האתית נוגעת לסכנה שבחזוק האלמנטים הקפיטליסטיים של דיני הנוזקין עצמם, דווקא מתוך שימוש בהם למיגור זה. יודגש: שימוש בכלים הנוזקיים-קפיטליסטיים כדי להילחם באלמנטים קפיטליסטיים מזיקים אינו רק פרדוקסלי, אלא יוצר דילמה אתית של ממש.<sup>22</sup> מקורה של הדילמה, המטופלת במאמר זה לראשונה, הוא באי-ההתאמה הרעיונית שיוצר, על פני הדברים, שימוש בכלי קפיטליסטי לשם הבאת שינוי חברתי שמטרתו היא ריסון של נזקי המערך הקפיטליסטי וחלוקת הנטל החברתית שהוא יוצר בין בעלי ההון ובין מי שאינם אלה. כאשר הכלי המופעל לשם תיקון עוולות בעלות מאפיינים קפיטליסטיים הוא דיני הנוזקין, כאשר לו עצמו מאפיינים קפיטליסטיים, קמה

20 לדיני הנוזקין יש מאפיינים המאפשרים הכוונת התנהגות וקידום אינטרסים שונים, ולכן ניתן לראות גם בהם מקור לתקווה להובלת שינויים חברתיים. ראו: Allen M. Linden, "Viva Torts!", 5 *J. High Tech. L.* (2005) 139.

21 מלומדים שונים מציבים פרוגרמה שכזו. ראו למשל: Gregory Keating, "Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents", 74 *S. Cal. L. Rev.* (2000) 193; Tsachi Keren-Paz, "An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness", 16 *Can. J. L. Juris.* (2003) 91, וכן, צחי קרן-פז, "לי זה עולה יותר": דחיית טיעוני חוסר לגיטימיות והעלות המוגזמת כנגד קידום שוויון במשפט הפרטי", **משפט וממשל** ז' (2005) 541, המצדד בקידום אידאולוגיה חלוקתית-שוויונית דרך דיני הנוזקין. עוד על השימוש בדיני הנוזקין לצורך הגנה על הזכות לשוויון ראו: יפעת ביטון, **קריאה מחדש של דיני הנוזקין מזווית פמיניסטית-חברתית** (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית – הפקולטה למשפטים, תשס"ד) בעמ' 197–293. לניתוח מקיף של חשיבות השימוש בדיני הנוזקין להגנה על אינטרסים חוקתיים ראו: דפנה ברק-ארוז, **עוולות חוקתיות** (תשנ"ד) בעמ' 147–164. לצידוד בעמדה זו במשפט הפרטי ככלל ראו למשל: Hanoch Dagan, "Just Compensation, Interests and Social Meanings", 99 *Mich. L. Rev.* (2000) 741.

22 טענה דומה עלתה בהקשר לשימוש בכלים קפיטליסטיים כדי לשרת את המלחמה בעבדות. היסטוריונים זיהו שימוש של העבדים בארה"ב בחוקי המסחר שהתפתחו כדי להשתחרר מעבדותם וכדי להיאבק בבעלות של האדונים עליהם. החוק הפך להיות "נשק מעודן של החלשים". ראו: Matthew A. Axtell, "Toward a New Legal History of Capitalism and Unfree Labor: Law, Slavery, and Emancipation in the American Marketplace", 40 *Law and Social Inquiry* (2015) 270, p. 293.

סכנה שהשימוש באותו כלי נזיקי דווקא יחזק מנגנונים קפיטליסטיים.<sup>23</sup> נוסף על היותה מוסרית, דילמה זו גם מקצועית במהותה, בהינתן שעורכות הדין הנדרשות להפעיל את דיני הנזיקין מבקשות לעתים לקדם ערכים שניתן לאפיינם כאנטי-קפיטליסטיים ולכן בעצם אנטי-נזיקיים.<sup>24</sup>

המאמר מציג דילמה זו ומציע קווים לפתרון לה. הוא מזהה מרכיבים ייחודיים במהפכת השימוש החברתי-שווינוני בדיני הנזיקין ובאחריות המושגית הנלקחת כלפיה ככאלה שמשמשים דווקא להחלשת מאפייניה השליליים של השיטה הקפיטליסטית. שימוש זה אפשרי, אף שדיני הנזיקין התפתחו באופן שהפך אותם כיום לבשר מבשרה של השיטה הקפיטליסטית. המאמר ידגים שימוש קונסטרוקטיבי זה באמצעות שני מהלכים המתרחשים בזירה הנזיקית: האחד הוא ביסוס ההגנה על נשים-ניזוקות הסובלות מנזקים אופייניים למגדר הנשי (נזק מיוחס-מגדר),<sup>25</sup> שמאז ומתמיד ועד לאחרונה לא זכו להכרה נזיקית. השני הוא תחום ההגנה הבין-לאומית על ניזוקים שנפגעו מפעולות עסקיות טרנס-לאומיות. פרקטיקות אלה יוצגו כאן לראשונה כדוגמאות לאופן שבו ניתן להשתמש בדיני הנזיקין ככלי לשינוי חברתי מבלי לחזק את יסודותיהם הקפיטליסטיים ואף תוך החלשה וריסון של האפקטים השליליים שלהם. הם יוכיחו שניתן להעביר דרך דינים אלה מסרים שונים ממסרי הקפיטליזם השגורים: מסרים של עידוד אחריות חברתית, הדדיות בנשיאה בנטל אי-השוויון והכרה באינטרסים אנושיים כחשובים לא פחות מאינטרסים כלכליים.

המאמר בנוי כך: בחלקו הראשון יוצגו מאפייניו העיקריים של הקפיטליזם והאלמנטים השליליים המאפיינים אותו. עוד תוצג ההיסטוריה של התפתחות דיני הנזיקין במשפט האמריקני, בעיקר במהלך המאה התשע-עשרה ותחילת המאה העשרים,

23 סכנה זו מתחזקת במיוחד נוכח עמידותה של השיטה הקפיטליסטית, אשר יש הטוענים כי מקורה מצוי ביכולתה להפנים את ההתנגדויות לה, מבלי שהיא עצמה תשתנה. ראו: Lue Boltanski & Eve Chiapello, "The New Spirit of Capitalism", 18 *Int. J. Polit Cult Soc.* 161, pp. 162-163 (2005); דוגמה מובהקת ליכולת הפנמה זו ניתן למצוא באופן שבו התפתחו הסדרים סוציאליים של ביטוח-עובדים בעת המודרנית. באופן מפתיע, היה זה דווקא ביוזמת אוטו פון ביסמרק, אשר בשלהי המאה ה-19, היה מודאג מהכוח העולה של המרקסיזם. על כן, כדי "להוציא את העוקץ מהמתחרים", הוא הציג בפני הרייכסטאג תכנית של ביטוח-סוציאלי-חובה [ראו אודות כך: Arthur Larson, "The Wage-Loss Principle in Workers' Compensation", 6 *Wm. Mitchell L. Rev.* (1980) 501, p. 504].

24 להגדרה זו של דילמה אתית בייצוג בהליך נזיקי ראו: Jack B. Weinstein, "Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation", 88 *Mw. U. LR* (1993-4) 469, p. 471. להרחבה אודות שימוש אסטרטגי בדיני הנזיקין בידי עורכות-דין מחוייבות לשוויון ראו: יפעת ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי לדיני הנזיקין: חשיפתם, שינוים, הרחבתם" המשפט טז (תשע"א) 53.

25 למהותו הממוגדרת של נזק זה ראו: יפעת ביטון, "מחירן של דמעות – אינטרסים מיוחסים-מגדר בעולת הרשלנות", **עיונים במשפט פמיניזם ומגדר** (עורכות: דפנה ברק-ארז, יפעת ביטון, שלומית יניסקי-רביד ודנה פוגין, תשס"ז) 233, בעמ' 235-236.

ככזו המעידה על הבנייתם באופן שניתן לזהותו כבעל אוריינטציה קפיטליסטית מובהקת. בחלק השני של המאמר תוצג מגמה זו גם במשפט הנוזיקי-ישראלי העכשווי, המושפע מהיסטוריית דיני הנוזיקין האנגלו-אמריקניים. כאן ייבחנו כמה מהסדריו העיקריים של המשפט הישראלי, היכולים להעיד על אימוץ אותו דפוס קפיטליסטי גם בו. בחלקים השלישי והרביעי של המאמר יוצגו פרקטיקות משפטיות שניתן לזהות בהן שינוי תפיסתי של תפקיד דיני הנוזיקין במרחב החברתי ולא רק זה המשפטי-פרטי. כחלק משינוי מגמה זה יוצג בפרק השלישי השימוש האסטרטגי בדיני הנוזיקין הישראליים לפיצוי בגין נזקים מיוחסים-מגדר נשי, על מורכבותם הייחודית, ובחלק הרביעי יוצג הכרסום הנוזיקי הגדל והולך בעיקרון הקפיטליסטי בדבר החופש של תאגידי ענק להסדיר אופני ייצור והגדלת רווחים לפי מדד תועלתני לא מרוסן. מסקירת הדוגמאות הללו יזוהה האופן שבו דיני הנוזיקין מניבים, בהקשרים מסוימים, אפקט מצנן על מאפייניו השליליים של הקפיטליזם כשלעצמם וכן מרככים את ביטוים של מאפיינים אלה בתוך דוקטרינות נוזיקיות מרכזיות.

### א. קפיטליזם והיסטוריה הקפיטליסטית של דיני הנוזיקין

כדי לבסס את טענת הקשר ההדוק בין דיני הנוזיקין להווייה הקפיטליסטית אבקש תחילה לסקור את עקרונות הקפיטליזם בקצרה ואז לעמוד על השפעותיו השליליות. לאחר סקירה זו יוצג המפגש בין דיני הנוזיקין לעקרונות הקפיטליסטיים שבמובנים רבים היה טבעי ואף השפיע על התפתחות דינים אלה. מפגש זה אירע בעיקר באמריקה, שנחשבה, ועודנה נחשבת, "ערש הקפיטליזם" העולמי,<sup>26</sup> ושתרומתה להתפתחות דיני הנוזיקין במשפט המקובל בכלל ודיני הנוזיקין בישראל בפרט מרכזית ומוכרת.<sup>27</sup>

26 כך למשל כתב ורנר סומברט כי ארצות הברית היא "הכנען של הקפיטליזם". ראו: Meyer, *A Short History of Capitalism* (2002) p. 1, www.newhistory.org; וכך גם כתב אריק פונר כי מדינות אירופה מתייחסות לארצות הברית כאל "קפיטליסט קולוסאלי". הוא מפנה גם לדבריו של מרקס בעצמו, אשר טען כי ארצות הברית היא המדינה שבה הקפיטליזם התפתח בבוטות וללא בושח יותר מכלל מדינה אחרת. ראו: Eric Foner, "Why is there no Socialism in the United States?", *17 History Workshop* (1984) 57, pp. 57, 64. בנוסף, מוקד העולם הכלכלי הקפיטליסטי עבר לאחר מלחמת העולם השנייה לארצות הברית. עד כדי כך הפך הקפיטליזם להיות מזוהה עם ארצות הברית, שהאתוס הקפיטליסטי-תחרותי הפך עם הזמן לתמה מרכזית בלאומיות האמריקנית. ראו: Axtell (לעיל, הערה 22) בעמ' 293.

27 הקשר של המשפט האמריקני למשפט הישראלי מבוסס הן היסטורית והן בשל ההישענות הכבדה של האקדמיה הישראלית על בוגרי ובוגרות בתי ספר למשפטים בארצות הברית. בדיני הנוזיקין השימוש הרחב בעיקרון של סטנדרטים ולא של כללים מבסס במיוחד קשר הדוק זה. ראו: מנחם מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה", *משפטים* יז (התשמ"ח) 321, בעמ' 341–346.

## 1. קפיטליזם: הגדרה ומאפיינים

למונח "קפיטליזם" שימושים רבים והגדרות רבות. המשגתו, יש מי שאמרו, משולה לתיאורו של נשר במונח "ציפור גדולה"<sup>28</sup>. מקור הקושי להגדיר קפיטליזם נעוץ בכך שמדובר ב"שיטה" שהופיעה והתפתחה במגוון של סיטואציות ומקומות, והיא ממשיכה להתפתח ולהשתנות עם הזמן.<sup>29</sup> למרות מגבלה זו עדיין ניתן לאפיין את הקפיטליזם כמגוון של שיטות כלכליות, המתאפיינות בשלושה מושכלות ראשונים: (1) מרבית אמצעי הייצור מוחזקים בידים פרטיות; (2) קיומו של שוק חופשי; (3) השחקנים השונים בשוק החופשי מתחרים ביניהם על השאת רווחיהם האינדיווידואליים.<sup>30</sup> אעמוד על הביטוי הטיפוסי של מאפיינים אלה בתוך ההקשר ההיסטורי שבו נוצרו על מנת לתמוך את טענתי בדבר הקשר בין דיני הנזיקין לבין קפיטליזם.

אף שפעילות בעלת מאפיינים קפיטליסטיים אינה דבר חדש לאנושות, הרי שהקפיטליזם, כתופעה הרווחת המוכרת כיום, החל להתפתח רק במאה השש-עשרה על רקע המהפכה התעשייתית והתפשטות המעצמות האירופיות ליתר חלקי העולם.<sup>31</sup> בתחילת תקופה זו התנהל המסחר הקולוניאליסטי בשיטת המרקנטיליזם, משמע שיטה כלכלית ריכוזית, שאופיינה בהתערבות שלטונית ניכרת ובמגבלות על הסחר. בשלהי המאה השמונה-עשרה החלו המעצמות להסיר הגבלות אלה ולפתוח את השווקים לשחקנים עצמאיים רבים ותחרותיים, והקפיטליזם החל משגשג.<sup>32</sup> לאחר מלחמת העולם הראשונה עבר מוקד הפעילות הכלכלית הקפיטליסטית העולמית ממערב אירופה לארצות הברית.<sup>33</sup> למעבר זה היו השלכות שאינן רק גאוגרפיות: בכמאה השנים שחלפו

28 ראו: Elaine Sternberg, "Defining Capitalism", 35 *Economic Affairs* (2015) 380, pp. 381, 385.

29 Bruce R. Scott, *The Political Economy of Capitalism*, Harvard Business School Working Paper no. 07-037, 2 (2006) [www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/07-037.pdf](http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/07-037.pdf).

30 Dennis C. Mueller, *Introduction: The Good, The Bad, And The Ugly, In The Oxford Handbook of Capitalism* 1, 1 (Dennis C. Mueller ed., 2012); William J. Baumol, Robert E. Litan & Carl J. Schramm, "The Four Types of Capitalism, Innovation, and Economic Growth", *Oxford Handbook of Capitalism* (Dennis C. Mueller ed., 2012) Sternberg ; 115, p. 117 (לעיל, הערה 28) בעמ' 385. יש לציין כי המרכיב האחרון של ההגדרה – השאת רווחים – אינו מופיע תמיד בספרות. עם זאת נדמה שהסיבה לכך אינה קיומה של הנחה בדבר אפשרות להיעדרו אלא דווקא היותו מובן מאליו. מכל מקום, הוא משתלב היטב במציאות שתתואר בהמשך המאמר.

31 Jeffrey A. Frieden, *The Modern Capitalist World Economy: A Historical Overview*, ; *The Oxford Handbook of Capitalism* (Dennis C. Mueller ed., 2012) pp. 17–18 Baumol, Litan & Schramm (לעיל, הערה 30) בעמ' 119.

32 מהלך זה אירע על רקע המפלה של נפוליאון, אשר צמצם את הצורך במאבקי כוח, ובעיקר על רקע התפתחות התעשייה והטכנולוגיה. ראו: Frieden (לעיל, הערה 31) עמ' 20.

33 שם, בעמ' 22.

מאז, אף שמומן לזמן השתנה מקומה של ארצות הברית כמוקד השוק הקפיטליסטי הגלובלי, הותירה אמריקה יותר מכל מדינה אחרת את חותמה על הקפיטליזם המודרני.<sup>34</sup> בעיקר מוכרת תרומתה למעבר מכלכלה של חברות משפחתיות רבות למבנה שוקי של תאגידי ענק, האוחזים בנתח שוק ניכר, כשאת המגמה הוביל בעיקר סקטור תעשיית הרכב.<sup>35</sup>

יתרונו הגלוי של הקפיטליזם בפתיחת השוק לשחקנים רבים וחדשים הפך אותו למשטר הכלכלי המוביל במדינות המפותחות ולמקור לאימוץ של רבים ממאפייניו במדינות אחרות.<sup>36</sup> יתרה מכך, מקובל לתאר את התקופה הקפיטליסטית של מאתיים השנים האחרונות כתקופה של צמיחה ושגשוש כלכליים מרשימים, אשר שום שיטה כלכלית אחרת לא יצרה.<sup>37</sup> אלא שלצמיחה זו נלוו גם השפעות שליליות רבות, ובראשן אי-שוויון כלכלי, קומודיפיקציה מקיפה של ההוויה האנושית ופגיעה בזכויות עובדים, אבדן סולידריות ועוד. סקירה קצרה של השפעות שליליות אלה תאפשר לנו להבין את חלחולן לדיני הנוקין כבעייתי ואת מורכבות ההתמודדות עמן דווקא דרך דינים אלה.

## 2. קפיטליזם: השפעות שליליות

(א) אי-שוויון כלכלי: ההתפתחויות הכלכליות והעלייה ברמת החיים הכרוכות בקפיטליזם לא רק שלא הפכו נחלת הכלל, אלא שהן עצמן היו לסיבה המרכזית להעמקת אי-השוויון החברתי. כך למשל, בעשורים האחרונים גדלו הפערים החברתיים, במיוחד במדינות שהיו ערש הקפיטליזם, כגון ארצות הברית ובריטניה, והעלייה הממוצעת ברמת החיים נחלקת בהן באופן שהיא בעיקר נחלת השכבות העליונות ביותר, ואילו בשכבות המוחלשות ניכרת מצוקה רווחתית נמשכת.<sup>38</sup> ברמה הגלובלית, פיתוחו של שוק תחרותי-בין-לאומי פגע קשות ביצרנים המקומיים במדינות המפותחות וגם ביצרנים מקומיים במדינות מתפתחות.<sup>39</sup> מדינות מתפתחות רבות שאליהן הועברה מסת הייצור הקפיטליסטית בעולם היו ונותרו עניות.<sup>40</sup> גם על ישראל לא פסח נזק קפיטליסטי זה, והוא משתקף בפער עיקש של יותר מ-30% בין השכר הממוצע במשק לבין השכר

34 שם, שם.

35 שם, בעמ' 23.

36 לראיה, גם מדינות קומוניסטיות, כגון סין ורוסיה, זיהו את היתרונות שבשיטה כלכלית קפיטליסטית ואימצו מאפיינים רבים שלה. ראו: (לעיל, הערה 31) בעמ' 22.

37 Baumol, Litan & Schramm (לעיל, הערה 30) בעמ' 115.

38 Frieden (לעיל, הערה 31) בעמ' 28; Geoffrey Ingham, *Capitalism* 212 (2008).

39 כך למשל, החקלאים המקומיים במעצמות נפגעו מייבוא חומרי גלם זולים. שם, בעמ' 22.

40 שם, בעמ' 28.

החציוני<sup>41</sup> ובצמיחה הכלכלית העקיבה, שלצדה העמקה באי-השוויון החברתי.<sup>42</sup> בהישענה על תאוריה ליברלית-אינדיווידואליסטית, השיטה הקפיטליסטית אינה מוטרדת מאי-שוויון קבוצתי שמקורו במה שנתפס כהשתתפות לא-יעילה בשוק התחרותי. יתרה מכך, גם כאשר ניתן לאתר בקפיטליזם נטייה לצמצום אי-שוויון, הרי שזו תהיה מוגבלת להקשר החומרי בלבד.<sup>43</sup> אף שאין כמעט דרך מדעית מובהקת לקבוע קשר סיבתי בין קפיטליזם לאי-שוויון כלכלי, בשל מנעד ההשפעות האפשרי ביניהם, ניתן כאמור לעיל להצביע על מאפיינים של הקפיטליזם שבכוחם להביא לתוצאה זו.<sup>44</sup> זאת ועוד, יש הטוענים כי אי-שוויון כלכלי הוא אינטרינזי לשיטה הקפיטליסטית.<sup>45</sup>

(ב) **קומודיפיקציה מקיפה:** הקפיטליזם הפך כמעט כל רכיב בהוויה האנושית לבעל ערך כספי וסחיר.<sup>46</sup> אם בעבר הייתה לאדם בעלות על תוצריו, הרי שבשיטה הקפיטליסטית המוצר הנמכר ביותר הוא היכולת האנושית לעבוד. יכולת זו ותכונות אנושיות נלוות לה הפכו את רוב האנשים לשכירים התלויים במעסיקיהם.<sup>47</sup> המחויבות הגדולה הנדרשת מאנשים לעבודתם כבסיס לקיומם מועצמת כל העת כדי להגשים את צבירת ההון שהשיטה מעודדת.<sup>48</sup> כך, אחת הפונקציות המרכזיות של האדם היא היותו כלי להשאת רווחים.<sup>49</sup> עם זאת במציאות רק למעטים יש סיכוי אמתי לצבור הון נכבד בדרך זו.<sup>50</sup>

(ג) **הטיית השוק מיצרנות לפיננסיות:** השיטה הקפיטליסטית מעודדת התמקדות בצבירת הון. יסוד זה עולה מהגדרת הקפיטליזם עוד בתחילת המאה הקודמת כנשענת על

41 ראו למשל: קובי ישעיהו "השכר החציוני במשק: 6,541 שקל לחודש; הממוצע: 9,149 שקל" **כלכליסט** (5.11.2013) [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000891388](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000891388). יש לציין כי כתבה זו מצביעה גם על פער ניכר בשכר בין גברים לנשים בישראל.

42 ראו למשל: הדוח לשנת 2015 של ארגון ה-OECD, המצביע על שתי מגמות אלה וקושר ביניהן. לתקציר הדוח ראו: OECD-Flyer-Israel-2016-OECD- (נצפה לאחרונה ב-17.2.2016). [www.oecd.org/economy/surveys/Flyer-Israel-2016-OECD-hebrew.pdf](http://www.oecd.org/economy/surveys/Flyer-Israel-2016-OECD-hebrew.pdf).

43 דני אטאס, "מדינת הרווחה ומעבר לה: דיון פילוסופי-מוסרי", **משפטים** מג (תשע"ג) 937, בעמ' 953.

44 ראו, למשל: Cristine Greenhalgh, "Why does Market Capitalism Fail to Deliver a Sustainable Environment and Greater Equality of Incomes?", 29 *Camb. J. Econ.* (2005) 1091; Laura Spitz, "The Gift of Enron: An Opportunity to Talk About Capitalism, Equality, Globalization, and the Promise of a North-American Charter of Fundamental Rights", 66 *Ohio St. L.J.* (2006) 315.

45 אחד הבולטים לטעון זאת הוא ההיסטוריון הכלכלי ג'רי מולר, אשר ניסח את הדברים בבוטות כך: "Inequality is an Inevitable product of Capitalist Activity, and Expanding Equality of Opportunity Only Increases it" Jerry Z. Muller, "Capitalism and Equality of Opportunity Only Increases it" *Inequality: The Right and the Left Get Wrong*, 92 *Foreign Affairs* (2013) 23.

46 Boltanski & Chiapello (לעיל הערה 23) בעמ' 175–176.

47 שם, בהערה 2, בעמ' 162.

48 שם, שם.

49 שם, בהערה 3.

50 שם, בעמ' 163.

הרעיון של "התלות במשיכתם האינסטינקטיבית העזה של אינדיבידואלים לעשיית-כסף [ולא ליצרנות], ככוח המניע העיקרי של המכונה הכלכלית".<sup>51</sup> שחקנים רבים בשוק פועלים לנצל את היתרון הכלכלי הגלום במשאבים מסוימים תחת שיפעלו לייצר ולפתח בעצמם משאבים חדשים. פעילויות אלה עניינן בהעברת עושר מכיס לכיס, ובעיקר לכיסם של בעלי ההון, והן אינן תורמות בהכרח להגדלת רווחת החברה הכוללת.<sup>52</sup>

(ד) **אבדן הקהילתיות והתקשורת הרגשית, המרתן בהעמקת האינדיווידואליזם ומיקוד הרצון האנושי בהשאת רווחים ובמקסום שלהם:** בחברות קדמוניות הדגש המסחרי והפוליטי היה על הקהילה. העבודה נועדה ליצור מוצרים למחיה ולשימוש ולא לשם צבירתם, ועודף התוצרת חולק למעשה בתוך החברה, חלוקה כזאת או אחרת.<sup>53</sup> לעומת זאת הקפיטליזם מאופיין במידה רבה של אינדיווידואליזם אשר מעמידו במתח עם דאגה לרווחת הכלל.<sup>54</sup> הוא מאופיין במוסדות ובמנגנונים אשר מדגישים תמריצים אינדיווידואליים ומשתמשים בהם מתוך הנחה שפעילות של יזמים מונעת מאינטרסים של רווחה עצמית.<sup>55</sup> המרדף הבלתי פוסק אחר רווח כספי הוא מרכז המיקוד של השוק הקפיטליסטי,<sup>56</sup>

John Maynard Keynes, *The End of Laissez-faire*, Hogarth Press (1926), 51  
www.panarchy.org/keynes/laissezfaire.1926.html

Mueller (לעיל, הערה 30) בעמ' 4–5. טענה חשובה במיוחד שמעלה הכותב היא שאילו הסתפקו אנשים ברווחים מתונים יותר, סביר שהיה ניתן לייצר רווחה כוללת גדולה יותר. נניח למשל שיש שחקן כדורסל מצליח מאוד, המרוויח עשרות מיליוני דולרים בשנה. הוא הפך אפוא מודל חיקוי לבני נוער רבים, אך רק אחד או שניים מהם יצליחו להיות כמותו. אלה שלא יצליחו ימצאו עצמם בבוא היום כשבידם כלים מעטים מאלה שהיו בידיהם לו למדו מקצוע כלשהו, שאמנם הוא בעל פוטנציאל לרווח קטן יותר, אך הסיכוי להצליח בו גדול יותר. לחברה בכללותה היה מוטב אם אותם בני נוער היו משקיעים את מאמציהם בתחומים אחרים, אולי יוקרתיים פחות מכדורסל, ומסתפקים בפחות. הדוגמה ממחישה גם כשל נוסף בשוק חופשי, שעליו לא ארחיב במאמר זה – בעיית (חוסר) הרציונליות והיעדר המידע. התשואה הצפויה מורכבת משיעור התשואה כפול ההסתברות לעשייתה. אם הסיכוי להרוויח שכר עצום בתור שחקן כדורסל הוא נמוך מאוד, ייתכן שדווקא הגיוני יותר להשקיע את המאמצים בתחומים אחרים, שבהם השכר נמוך יותר אך בהסתברות גבוהה יותר. ההסבר לכך שבני נוער רבים ממשיכים בכל זאת להשקיע בניסיון להיות כדורסלנים הוא אחד משניים: או שאינם רציונליים, או שחסר להם מידע כדי לקבל החלטה רציונלית. בין כך ובין כך, עובדה זו מצביעה על בעיה בהנחת האדם הרציונלי, הקיימת בבסיס העדפה של שוק תחרותי נטול התערבות שלטונית. על הנחת הרציונליות, ראו למשל: Peter A. Hall & David Soskice, "An Introduction to Varieties of Capitalism", *Varieties of Capitalism* (Peter A. Hall and David Soskice ed., 2011) 1, p. 6; Tversky & Daniel Kahneman, "Rational Choice and the Framing of Decisions", 59 *The Journal of Business* (1986) 251, pp. 251–278 available at www.cog.brown.edu/courses/cg195/pdf\_files/fall07/Kahneman&Tversky1986.pdf.

Ingham (לעיל, הערה 38), בעמ' 57.

Boltanski & Chiapello (לעיל, הערה 23) בעמ' 175–176.

Baumol, Litan & Schramm (לעיל, הערה 30) בעמ' 116–117. על מנת לתאר את המציאות שיצר הקפיטליזם המחרים משתמשים במאמרם בדימוי הפרדוקסלי המפורסם

ובמציאות כזו קשרים אנושיים-רגשיים הומרו בקשרים שתכליתם פעילות עסקית נטולת רגשות.<sup>57</sup>

(ה) **ביסוס תשתית מוסדית פיננסית ייחודית המרחיקה מאחריות אישית:** למרות סלידתו הרעיונית של הקפיטליזם מהסדרה משפטית ומהתערבות שלטונית, הרי שהלכה למעשה פריחת הקפיטליזם חייבה מנגנונים ומוסדות מתאימים שמקורם בהסדרה שלטונית ומשפטית מובהקת.<sup>58</sup> כך למשל, הגנה מסיבית על זכויות הקניין נטועה בהנחה שאנשים לא ישקיעו בפיתוחם ובטיפוחם של נכסים ומשאבים אם לא יזכו בבעלות חזקה בהם כדי לקצור את פירות השקעתם, ובהתאמה מנגנון הבעלות, בתורו, מתמרץ אנשים להשקיע בנכסים ולבסס בעלות עליהם.<sup>59</sup> אף שזכויות קניין כשלעצמן אינן דבר שלילי, נדמה שהשיטה הקפיטליסטית העלתה על נס זכויות אלה והפכה אותן למטרה מרכזית שלה. דוגמה נוספת למנגנונים ממוסדים היא צבירת הון בשיטה הקפיטליסטית, המתאפשרת בזכות קיומם של מוסדות פיננסיים עצמאיים.<sup>60</sup> יתרה מזאת, החיבור בין המרכיב הפיננסי והקנייני, שיש שזיהו אותו כהרס המסחר המקומי בידי המשפט לטובת חברות הענק, הביא למציאות שבה תאגדי ענק הם מאפיין בולט של השיטה.<sup>61</sup> התופעה נפוצה כל כך, עד כי ניתן לדבר למעשה על קפיטליזם-תאגדי, שבו לאחריות האישית ולקשר האישי תפקיד שולי.<sup>62</sup>

לסיכום, ניתן לומר כי אף שלקפיטליזם כשיטה שוקית יש יתרונות לא מעטים, הרי שהוא גם נושא בחובו אלמנטים שליליים לא מעטים, המחלישים אנשים כפרטים ואת הקהילה ככלל. לא בכדי הודו גם מעריצי הגדולים של השיטה הקפיטליסטית כי היא אינה מתפתחת לינארית ובעקבות, וכי היא מתאפיינת בתקופות של צמיחה לצד משברים רציניים, אגב גביית מחירים חברתיים גבוהים.<sup>63</sup> היחס הכולל בין יתרונותיה

---

הלקוח מספרו של לואיס קארול, ולפיו קצב הריצה הנוכחי לעולם לא מספיק כדי להגיע לאן שאת רוצה; אם את רוצה להגיע ליעד, עלייך להכפיל את קצב הריצה. Ingham (לעיל, הערה 38) בעמ' 206.

57 מאפיין קדורני זה של הקפיטליזם מיוחס בעיקר לכתיבתו של קארל פולניי. ראו: Karl Polanyi, *The Great Transformation* (1944).

58 Scott (לעיל, הערה 29) בעמ' 5. ראו גם: Simon Deakins & Frank Wilkinson, *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment, and Legal Evolution* (2005) pp. 11-13.

59 Mueller (לעיל, הערה 30) בעמ' 2.

60 שם, שם.

61 עמדה זו גובשה בעקבות מחקר היסטורי של חוקי המדינות במאה התשע-עשרה. ראו: Tony A. Freyer, *Producers versus Capitalists: Constitutional Conflict in Antebellum America* (1994).

62 Mueller (לעיל, הערה 30) בעמ' 2.

63 Frieden (לעיל, הערה 31) בעמ' 24-25, 28. יש לציין שכאשר מדברים כיום על מדינות המערב הדמוקרטיות, מניחים כמובן מאליו את היותן דמוקרטיות. למעשה, שני אלה

ומחיריה של הקפיטליזם אינו מענייני במאמר זה. איני מבקשת להשיב במסגרתו על השאלה הגדולה: "קפיטליזם – כן או לא?" תחת זאת אני מבקשת להראות כיצד אותן השפעות שליליות של הקפיטליזם קיבלו ביטוי נזיקי, וכיצד מאבקים מהעשורים האחרונים קוראים תיגר על מאפיינים אלה דווקא בשימוש בדיני הנזיקין ובהחלשתן של השפעות שליליות בדינים אלה עצמם.

### 3. דיני הנזיקין וקפיטליזם: המפגש

משכהרנו את מאפייניו הבולטים של הקפיטליזם, יקל עלינו לעמוד על אופי דיני הנזיקין כמשרתי התפיסה שבבסיסו: הם דינים המשתמשים בכסף כדי להעריך את שווי הנזק; נדרשים למדד כספי כדי לבחון אם בכלל נגרם נזק; מעניקים כסף בתור התרופה שהניזוק מקבל כדי לרפא את נזקיו; רואים בכסף אמצעי שבו המזיק "מתנקה" מאחריותו. משמעות הדבר היא שמבחינה מעשית, בהיעדר נזק בר־כימות כספי, המזיק לא יידרש לשאת באחריות נזיקית לנזק שגרם, ואף ייחשב למי שלא גרם כלל נזק.<sup>64</sup> אופי זה אינו "טבעי" לדיני הנזיקין, למצער במובן זה שלא תמיד היו אלה פני הדברים. בשחר ימי דיני הנזיקין, למשל, היה תפקידם המרכזי חינוכי־עונשי, והם היו חלק מהמארג המשפטי של "ענישת" אדם על מעשיו הלא חוקיים.<sup>65</sup> הם שימשו כלי להפיכת מעשי פגיעה באחר וברכושו ללא כדאיים לעושה אותם באמצעות הכאבה לו בכיסו.<sup>66</sup> לצד זאת, כמובן, היה

הולכים יד ביד. הקפיטליזם מאפשר קדמה, המאפשרת את החופש הנדרש לדמוקרטיה, אשר בתורו מאפשר את הקדמה המאפיינת קפיטליזם. הקפיטליזם אפשר לא רק שיפור ניכר באיכות החיים אלא גם את ביסוסה של הדמוקרטיה, ראו: Mueller (לעיל, הערה 30) בעמ' 3. אולם עם הקדמה באה לעתים נסיגה. הקפיטליזם למשל מקושר למשבר הכלכלי החריף שפקד את מרבית העולם לאחר מלחמת העולם הראשונה (Frieden, שם, בעמ' 28). משבר הסאב פריים של אמריקה הוא דוגמה לקשר מובהק בין השיטה למשבר כולו (ראו: Ingham (לעיל, הערה 38) בעמ' 168).

64 למבנה זה כמבטא רעיון ליבה קפיטליסטי ראו: Richard L. Abel, "A Critique of Torts", *UCLA L. Rev.* (1989–1990) 785. פקודת הנזיקין מקנה לבית המשפט שיקול דעת וסמכות לתת גם תרופות שאינן כספיות [פרק ה' לפקודה], אך עיון בפסיקת בתי המשפט מלמד כי הרוב המוחלט עוסק בתרופה כספית, וכי ה"יצירתיות" בדרישה ומתן תרופות לא כספיות כמעט אינה קיימת. והדברים נכונים גם למצב באנגליה [ראו: John Murphy, "Rethinking Injunctions in Tort Law", *27 Oxford J. Legal Stud.* (2007) 509].

65 ראו: יפעת ביטון, "בין נזיקין לעונשין או בין הנזק ועונשו? דילמות מבניות, דינויות ותפקודיות בייצוג נפגעות תקיפה מינית", *עיוני משפט* לו (תשע"ה) 657, בעמ' 659.

66 מחקר היסטורי של הדין הפלילי ודיני הנזיקין מראה שכבר בסוף המאה השלוש־עשרה ניתן לזהות צמיחה עצמאית של תביעות נזיקין במסגרת הפורמלית של מה שהוכר כתביעות Trespass. עד אז היה מנגנון התביעה בגין פגיעה לא חוקית באחר מאופיין במוטיבים פליליים ונזיקיים כאחד. ראו: Wex S. Melone, "Ruminations on the Role of Fault in the History of the Common Law of Torts", *31 La. L. Rev.* (1970–1971) 1, pp. 1–10. גם עם

ייעודם הברור להשיב את מצבו של מי שניזוק ממעשה העוולה לקדמותו ולהחזירו ככל האפשר למקום שבו היה טרם הפגיעה בו, ודמים היו הדרך המקובלת לאפשר לניזוק להשיב לעצמו את אשר אבד לו. אלא שלא רק השימוש בכסף הפך את דיני הנזיקין לכלי קפיטליסטי מובהק. הקפיטליזציה של דיני הנזיקין חלחלה דרך מהלך עמוק יותר, שיש הטוענים כי גרם להפיכתם לכלי שרת ממש בידיה של השיטה הקפיטליסטית, שטבעה בהם את זהותה.<sup>67</sup>

#### (א) המעבר לעקרון ה"אשם" ופיתוח עוולות הרשלנות

בחינת ההיסטוריה של דיני הנזיקין האנגלו-אמריקניים מגלה כי אלה עברו התפתחות דרמטית, שלא לומר מהפכה, לקראת סוף המאה התשע-עשרה. ההיסטוריה של הפסיקה שניתן לסווגה כ"נזיקית", כלומר פסיקה שבה נפסקו פיצויים בשל גרימת נזק של אדם אחד לרעהו,<sup>68</sup> מגעת עד למאה השלוש-עשרה באנגליה.<sup>69</sup> מתקופה זו ועד לסוף המאה השמונה-עשרה התנהלו דיני הנזיקין באופן שהטלת האחריות במסגרתם הייתה פשוטה ומידית, בסגנון "פגעת-שילמת", דהיינו מבלי לבחון כמעט לעומק את שאלת האשם, לפחות לא כפי הנהוג כיום במסגרת עוולות הרשלנות. בשל שיטת התביעה הנזיקית

התפתחות המשפט הפלילי, עדיין שימשו דיני הנזיקין מסלול חלופי למסלול הפלילי, תלוי בבחירת הקרבן (ראו: 1, (2012) "Compensation as a Tort Norm" Mark A. Geistfeld, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 419, (Isr.nellco.org/nyu\_plltwp/419 (last visited, 25.8.2017).

67 למחלוקת בדבר שימוש בדיני הנזיקין כדי לקדם אינטרסים של בעלי עסקים במסגרת המהפכה התעשייתית, ראו: Robert J. Kaczorowski, "The Common-Law Background of Nineteenth-Century Tort Law", 51 *Ohio St. L.J.* (1990) 1127, pp. 1128 שם.

68 שימוש בלשון זכר אינה מקרית. דיני הנזיקין הוגבלו, עד המאה העשרים לגברים בלבד. גברים לבדם היו נשאי הזכויות, כמו גם החובות, של האחריות הנזיקית. ראו: הסקירה אצל Chamallas & Wriggins (לעיל, הערה 5) בעמ' 35-37.

69 פיצוי עבור נזקים מוכר עוד משחר ההיסטוריה, וגם בתקופות שקדמו למאה השלוש-עשרה. על אודות דיני הנזיקין בתקופה הרומית ראו: Mary J. Davis, "Individual and Institutional Responsibility: A Vision for Comparative Fault in Products Liability", 39 *Vill. L. Rev.* (1994) 281, p. 292 Gregory P. Guyton, "A Brief History of Worker's Compensation", 19 *The Iowa Orthopaedic Journal* (1999) 106, p. 106, וההפניות שם. כוונתי בדברים הללו לפיצוי במערכת שניתן לזהות כמקורה של המשפט הנזיקי האנגלו-אמריקני בימינו, אשר התפתח מן המשפט המקובל. להרחבה ראו: S.F.C. Milsom, *Studies in the History of the Common Law* (1985), ובהקשר הייחודי של דיני הנזיקין, ראו: James Gordley, "The Common Law in the Twentieth Century: Some Unfinished Business", 88 *Cal. L. Rev.* (2000) 1815.

ההנחה הייתה שמי שהזיק במעשהו גם התכוון לכך, ולכן עליו לפצות את הניזוק.<sup>70</sup> אלא שאז, לאחר מאות שנים שבהן הייתה זו שיטת הטלת האחריות, החלה מופיעה ועולה הדרישה שמלבד עצם הפגיעה באחר, וכדי להטיל אחריות על הפוגע, יש להוכיח לפני בית המשפט כי הייתה מידה של אשם בהתנהגותו של הפוגע.<sup>71</sup> מהלך זה הושלם לימים בדרישה כי אשם זה יוכח בידי הנפגע דווקא. משמע, על הנפגע הוטל הנטל להוכיח כי התנהגות פסולה-חברתית של הפוגע היא שגרמה לנזקיו, ואם לא הצליח להוכיח זאת, כשלה תביעתו. למשל, האחריות הנוזיקית הפכה מאחריות בעלת סממנים – גם אם חיצוניים בלבד – של מעין אחריות מוחלטת לאחריות בגין התנהגות פסולה שגרמה לנזק.<sup>72</sup> בזאת סומנה הורתה של עוולת הרשלנות, אשר זמן קצר לאחר מכן החל שימוש מסיבי ונפרץ שלה בבתי המשפט, בעיקר בארצות הברית.

כד בכד עם התפתחות זו בבתי המשפט, החל מתגבש מאמץ אינטלקטואלי במשפט המקובל להגדיר את דיני הנוזקין מהזווית הרעיונית. מאמץ זה הונע משתי תופעות: הראשונה והרחבה הייתה המהפכה המדעית במשפט, שבמסגרתה הפך המשפט זירה למיון ולסיווג כחלק מתיווגו כ"מדע" והגברת הלגיטימציה שלו בהתאם.<sup>73</sup> התופעה השנייה והמצומצמת יותר הייתה היומרה להעמיד מסגרת רעיונית קוהרנטית לדיני הנוזקין, שנראו כמו לקט של הסדרים שונים, ולעתים הפוכים ממש אלה מאלה. בתוך מערך משפטי מוטה-חוזים נתפסו דיני הנוזקין כביטוי לאחריות שמקורה אינו חוזי, אך

70 זו הדרך המקובלת לתאר את הטלת האחריות בתקופה האמורה. ראו: Charles O. Gregory, "Trespass to Negligence to Absolute Liability", 37 *Va. L. Rev.* (1951) 359 על טענה זו וגרסו שלמעשה גם אז לא דובר באמת באחריות מוחלטת אלא בגרסה של אחריות על בסיס אשם. לדובר הבולט של עמדה זו ראו: Gary T. Schwartz, "Tort Law and the Economy in Nineteenth-Century America: A Reinterpretation", 90 *Yale L.J.* (1981) 1717, pp. 1722–1734. להצגה קצרה של מחלוקת זו בדבר הבסיס להטלת אחריות, ראו: Kaczorowski (לעיל, הערה 67) בעמ' 1128.

71 פסק הדין המוביל בעניין זה היה (1850) 292 (6 Cush.) *Brown v. Kendall* 60 Mass. שבו פגע אדם אחד בעינו של אדם אחר, כשביקש להפריד זוג כלבים ממריבתם. השופט Shaw מבצע בהכרעתו את המעבר מאחריות מוחלטת לאחריות ברשלנות, בדרישתו כי ייפול אשם במעשי התובע לשם הטלת האחריות עליו.

72 תיאור זה אינו ממצה את עקרונות האחריות במלואה ודורש העמקה נוספת שאינה מן המקום כאן. אומר רק שהטלת האחריות בשל עצם הגרימה לנזק התבססה ככל הנראה על ההנחה כי מעשיו של האדם תמיד מכוונים, ולכן בפועל ניתן לראות בהטלת אחריות זו מבוססת על עקרון אשם. ראו: Thomas H. Koenig & Michael L. Rustad, *In Defense of Tort Law* (2001) p. 13. עם זאת למצער ברמה התוצאתית, היה ניתן במובהק לזהות את המעבר שנעשה מהטלת אחריות על בסיס קרות הנזק והטלתה רק בהיקבע שזק זה נבע מהתנהגות חברתית פסולה.

73 Jeffrey O'Connell, "Book Review – Tort Law in America: An Intellectual History", 1980 *Duke L.J.* (1980) 1201, pp. 1202.

לא זכו להכרה ייחודית כשלעצמם.<sup>74</sup> עד כדי כך היו הסדרי דיני הנזיקין רחוקים אלה מאלה, שסיווג ראשון שלהם בארצות הברית תחת הכותרת Torts נעשה בספר המאגד אותם (Treaty) רק בשנת 1859.<sup>75</sup> את פרויקט החיבור המדעי-קונסיסטנטי של הדוקטרינות הנזיקיות לכדי תורה אחת לכידה קיבל עליו בארצות הברית המלומד הצעיר, מחשובי הוגי המשפט הפרטי המודרני, ולימים שופט בית המשפט העליון האמריקני: אוליבר וונדל הולמס (Holmes). בספרו, שנקרא בפשטות The Common Law, ביקש הולמס לייצר את ספר התאוריה הלכידה הראשון, ובין הבודדים שקיימים עד לימינו אנו, של דיני הנזיקין.<sup>76</sup> הולמס סיווג את בסיסי האחריות השונים לדיני הנזיקין, ופרס אותם על סקאלה משולשת של אחריות על בסיס כוונה, אחריות מוחלטת ואחריות ברשלנות.<sup>77</sup> לאחר שתיאר את מערך האחריות הנזיקית הקיים, נקט הולמס עמדה נורמטיבית ברורה של תמיכה בהשתתף דיני הנזיקין על אחריות על בסיס סטנדרט אובייקטיבי של זהירות, קרי על בסיס רשלנות, בטענה שגם ההיסטוריה של דיני הנזיקין תומכת בסוג אחריות זה.<sup>78</sup> בפשטות שאין שנייה לה, הסביר את בחירתו באחריות ברשלנות, מבין שלל אפשרויות האחריות, כבסיס הראוי ביותר להפעלת דיני הנזיקין:<sup>79</sup>

The general principle of our law is that loss from accident must lie where it falls...

למרות דבקתו ככלל בגישה מדעית למשפט ניתן לזהות בעמדתו האמורה של הולמס בסיס של "משפט טבע" ממש. כפי שניוטון זיהה את כוח המשיכה הגורם לתפוח ליפול

- 74 גם פרויקט המיזם והסיווג של Blackstone פסח על דינים אלה, במובן זה שלא נתן להם כותרת משלהם אלא סיווג אחריות לפי ציפי שאינה על בסיס חוזי במסגרת המשפט הפרטי, להבדיל מזה הציבורי. ראו: Koenig & Rustad (לעיל, הערה 72) בעמ' 16–17.
- 75 ראו: Douglas H. Cook, "Personal Responsibility and the Law of Torts", 45 *Am. U. L. Rev.* (1996) 1245, pp. 1247.
- 76 ראו: Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* (1881). אחד ממשפטי המפתח העמוקים שניסח בספר הולמס הציג יומרה זו: "The law did not begin with a theory". שם, בעמ' 77.
- 77 שם, בעמ' 98–151. לאופייה המדעי של חלוקה זו ראו: Robert W. Gordon, "Holmes' Common Law as Legal and Social Science", 10 *Hofstra L. Rev.* (1982) 719, pp. 736–737.
- 78 לגישתו, ברגע שדיני הנזיקין הגיעו לנקודה שבה הם מטילים אחריות על בסיס סטנדרט אובייקטיבי של אשם – לא נדרש להם פיתוח מעבר לכך. ראו: Paul Mitchell, *A History of Tort Law 1900–1950* (2015) p. 67. עוד לחידוד היחס בין הנורמטיבי לתיאורי בתורתו של הולמס ראו: Robert J. Kaczorowski, "The Common-Law Background of Nineteenth Century Tort Law", 51 *Ohio St. L.J.* (1990) 1127.
- 79 Holmes (לעיל, הערה 76) בעמ' 94. עוד הוסיף הולמס וטען: "The public generally profits from individual activity. As action cannot be avoided, and tends to the public good, there is obviously no policy in throwing the hazard of what is at once desirable and inevitable upon the actor". שם, בעמ' 77.

סמוך לעץ שעליו היה תלוי, כך גם הנזק, אליבא דהולמס, ה"נופל" על ראשו של קרבן נזיקי צריך להיוותר במקום שבו "נפל". עמדתו החד־משמעית – שעל פי ניסוחה כ"טבעית" לכאורה לאו "עמדה" היא – גורסת שהיפגעות ונזק כעמדה מוסרית הם חלק טבעי מתלאות החיים – שיש העוברים אותן ויש שלא. אותו ביש גדא העובר תלאה מזיקה חייב לספוג את תוצאותיה. שינוע תוצאות הנזק מהניזוק למזיק, לפי דפוס חשיבה זה, הוא המחייב הפעלה "לא טבעית" של מערכת המשפט. ממילא בתנאים אלה יש צורך למצוא צידוק ייחודי לפעולה לא טבעית זו, וזו תוצדק אם נפל "אשם" במעשהו של גורם הנזק, ההופך כעת למזיק. ודוק, אין לטעות בהבניית חשיבה זו של הולמס. למרות התנסחותו כאילו את המשפט יש לערב רק במקרים שבהם הנזק אינו "מוצדק", כבר בשלב זה נוקט הוא עמדה **נורמטיבית** נגד פיצוי ככלל בסיסי של (אי-)אחריות לנזק שנגרם לאדם באשר הוא.<sup>80</sup> כך כתב הולמס בצעירותו, ולימים אף עשה כן בזקנתו בשבתו כשופט בבית המשפט העליון, ואחריו החרתה החזיקה אמריקה כולה.<sup>81</sup>

#### (ב) האחריות ברשלנות, המהפכה התעשייתית והדוקטרינות שיצר המפגש ביניהן

מורטון הורביץ (Horwitz), חוקר ההיסטוריה של המשפט האמריקני, ביקש להבין את הסיבות להתפתחות מושגית דרמטית זו של דיני הנזיקין. עניינו מוקד בשאלה כיצד, אחרי מאות שנים שבהן שאלת האשם לא הועלתה אל פני השטח כתנאי סף לדרישה להטלת אחריות נזיקית, היא עברה לקדמת הבמה, ומדוע. בדיקתו העלתה על נס את ההקשר ההיסטורי החברתי-כלכלי שבו התפתחו דיני הנזיקין המודרניים, ושוב ניתן לזהות על נקלה התפתחות חשובה דומה שהתנהלה בעולם ש"מחוי" למשפט. בעולם זה הגיעה המהפכה התעשייתית לשיאה. תהליך העיור והתיעוש של החברה המודרנית באירופה ובארצות הברית החל משגשג, והעיקרון הקפיטליסטי של שליטת יחידים (להבדיל מהמדינה) על אמצעי הייצור התעשייתי ועל כוח הייצור האנושי הופעל במלוא אוננו. במסגרת תהליך מואץ זה החלה תופעה מטריאליסטית חדשה מתגבשת של "פגיעות תעשייתיות", קרי נזקים שמקורם בתעשייה.<sup>82</sup> במציאות היסטורית נזיקית-אמריקנית חדשה זו עיקר מסת הניזוקים החדשים הכילה עובדי צווארון כחול קשיי-ים, כמו עובדי פסי הייצור השונים ומפעילי המכונות. המעבר מייצור מבוזר, חקלאי או ידני,

80 להתייחסות לתפיסות יסוד אינטואיטיביות ככללים משפטיים של חבות/אי-חבות ראו: Wesley Hohfeld, *Some Fundamental Conceptions in Legal Reasoning*, In *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays* (1919; Walter W. Cook ed., 1978) pp. 3–4.

81 להשפעתו הדרמטית של הולמס ראו: G. Edward White, *Tort Law in America: An Intellectual History* (2003).

82 ראו: John Fabian Witt, *The Accidental Republic: Crippled Workingmen, Destitute Widows, and the Remaking of American Law* (2006).

לייצור תעשייתי המרוכז בערים במסגרת המהפכה התעשייתית והליכי העיור שנלוו לה חשף בצורה חסרת תקדים מסה גדולה וחדשה של עובדים לעוד ועוד סיכונים שמקורם בהפעלת ציוד קיטור וציוד מכני בידי בני אדם, כשלצדם אמצעי בטיחות בסיסיים לכל היותר.<sup>83</sup> עובדי המהפכה התעשייתית החלו נפגעים רבות במקומות עבודתם, וזן חדש של נזקים ושל עלויות של המהפכה התעשייתית החל מתפשט במידה שלא הייתה מוכרת קודם לכן לאומה האמריקנית, ולכן גם לא היה מבוטח בידי מערכות הביטוח שפעלו בה.<sup>84</sup> תביעות הניזוקים לפיצוי בגין פגיעות אלה החלו מגיעות לפתח בתי המשפט, והעידן המודרני-קפיטליסטי בעיצוב דיני הנזיקין בפסיקות בתי המשפט נפתח.<sup>85</sup> בסקירתו פסיקות אלה גילה הורביץ כי בתי המשפט העדיפו בשיטתיות את האינטרסים של בעלי ההון התעשייתי, הנתבעים, על פני אלה של הפועל הפשוט, הניזוק.<sup>86</sup> העדפה זו התבטאה לא רק בשימוש בעייתי בדוקטרינות קיימות, אלא היא היא שהניעה, אליבא דהורביץ, את אותו מהלך רפורמטיבי של עליית קרנה של עוולת הרשלנות.<sup>87</sup> מבלי להיכנס לנבכי יסודות העוולה, ניתן לומר בפשטות כי היא היוותה, דה פקטו, רפורמה פרו-מזיקית מובהקת: טרם המהפכה הוטלה אחריות נזיקית על המזיק בשל עצם גרימת הנזק, ואילו כעת הציבה האחריות ברשלנות דרישה חדשה ומכבידה ביותר בפני התובע – להוכיח כי המקור לפגיעה בו היה התנהגותו הפסולה חברתית של המעביד.<sup>88</sup>

לעיקרון הכלכלי בעל המלבוש הדוקטרינרי החדש, שלפיו קידום כלכלי הצדיק פגיעה בעובדים, הייתה השפעה רחבת היקף על הבנת האחריות ברשלנות כנשענת על יסוד של אשם. אותו אשם לא רק שימש גורם מכביד על יכולתם של עובדים לקבל פיצוי מצד הנתבע-מעבידם, אלא גם חלחל לכל אופן הערכת השאלה "מי אחראי לנזק?"<sup>89</sup> במובהק, הוא שימש במיוחד בסיס לפסילת אחריות המעביד במקרה שבו היה ניתן

83 ש.ם.

84 ראו: John Fabian Witt, "Toward a New History of American Accident Law: Classical Tort Law and the Cooperative First Party Insurance Movement", 114 *Harv. L. Rev.* 690, pp. 694–697 (2011). טיעונו המרתק של וויט הוא שבעת האמורה הייתה בנמצא מערכת פיצוי קואופרטיבית לעובדים, אולם זו דוכאה כליל בידי דיני הנזיקין שהפכו למנגנון העיקרי לטיפול בתביעות נזיקיות אלה.

85 ש.ם, בעמ' 695.

86 ראו כיצד טענה זו נשזרת גם להבניית דוקטרינות כלליות, כמו הקשר הסיבתי אצל: Morton Horwitz, *The Doctrine of Objective Causation, In The Rise and Early Progressive Critique of Objective Causation* (David Kairys ed., revised ed. 1990) p. 471.

87 ראו: Horwitz (לעיל, הערה 2); וכן ראו: Davis (לעיל, הערה 69) בעמ' 292.

88 הורביץ מתאר מהלך שבו נעשה המעבר מאחריות שהייתה מוחלטת (דה פקטו) לאחריות ברשלנות שהפכה למרכז האחריות הנזיקית, ולדבריו ממש "חיסנה" את בעלי ההון מאחריות. Horwitz (לעיל, הערה 2) בעמ' 97–108.

89 וויט מסכם את טיפול דיני הנזיקין בעובדים שניזוקו ככישלון חרוץ. ההליך היה יקר, לא יעיל, והעובדים לא פוצו לסופו. ראו: Witt (לעיל, הערה 84) בעמ' 696–697.

לטעון כי גם העובד תרם באשמו לגרימת הנזק. משכך, ניכר פועלה ההרסני של דוקטרינת האשם בהפעלתה נגד עובדים בתביעות שהגישו נגד מעבידיהם, כאשר התובעים עצמם נמצאו "אשמים" בנזק שנגרם להם בחשפם עצמם לסיכון הפגיעה בעבודתם. אחד מפסקי הדין המבישים והקצרים ביותר בתולדות שיפוטו של השופט הולמס הוא מופת גרוע למהלך זה. הוא מתיישב היטב עם עמדתו של הולמס בנוגע ל"נפילת" הנזק כדבר "טבעי", ממש כפי שפועלים כוחות הטבע. הולמס קבע בפסק הדין כי עובד אשר תבע את מעבידו בשל תנאי בטיחות ירודים במפעלו לא יפוצה על ידיו, שכן העובד עצמו ידע על תנאי העבודה המחפירים – העובדה שהתריע על כך בפני מעבידו איששה זאת היטב – ובכל זאת בחר להישאר בעבודתו, וממילא נמצא אשם בפציעתו בעצמו.<sup>90</sup> פסק הדין הקצרצר, שפרדיגמת הצדק החד-ממדית העולה ממנו חדה כמעט כמו הגרון שניחת על ראשו של העובד-תובע המסכן, מדבר בעד עצמו. בשל עצמתו ובהירותו הוא מובא כאן כלשונו ובמלואו:

This is an action for personal injuries caused by the fall of a hatchet from a rack in front of which it was the plaintiff's business to work at painting hatchets, and upon which the hatchets were to be placed to dry when painted. The plaintiff had been in the defendant's employment for many years. About a year before the accident, new racks had been substituted for those previously in use, and it may be assumed that they were less safe and were not proper, but were dangerous on account of the liability of the hatchets to fall from the pegs upon the plaintiff when the racks were jarred by the motion of machinery nearby. The plaintiff complained to the superintendent that the hatchets were more likely to drop off than when the old racks were in use, and that now they might fall upon him, which they could not have done from the old racks. He was answered in substance that he would have to use the racks or leave. The accident which he feared happened, and he brought this suit. The plaintiff, on his own evidence, appreciated the danger more than anyone else. He perfectly understood what was likely to happen. That likelihood did not depend upon the doing of some negligent act by people in another branch of employment, but solely on the permanent conditions of the racks and their surroundings and the plaintiff's continuing to work where he did. He complained, and was notified that he could go if he

90 ראו: *Lamson v. Americam Axe and Tool co.* 177 Mass. 144 (1900). עניין האשם בתיק זה נפרס דרך העיקרון שלפיו מי שיודע על הסיכון וחושף עצמו אליו מרצון אינו יכול לבקש פיצוי בגין הנזק שהסבה לו התממשות סיכון זה.

would not face the chance. He stayed and took the risk... He did so nonetheless that the fear of losing his place was one of his motives...

פסיקה זו, על נחרצותה, על קוצרה ועל קוצר הראייה שבה, ניתנה מפי שופט בית המשפט העליון האמריקני, הנמנה עם מעצבי דיני הנזיקין האמריקניים. הפסיקה הבהירה חד-משמעית כי הדין הנזיקי ניצב לצדם של בעלי ההון.<sup>91</sup> הרעיון שבבסיסו לא היה יכול להעניק לבעלי ההון סיוע ברור ונדיב יותר, שהרי לפיו, עובד לא רק תורם לנזקו בעצם נוכחותו במקום עבודתו, אלא אף חושף עצמו מרצון לסיכון של פגיעה בו אם לא עזב את תפקידו בסביבת עבודה מסוכנת. כלל זה יצר גם דרישה לצפיות מידית וקונקרטית של הנזק מצד המעביד לצד הסתפקות בצפיות כללית של הסיכון מצד העובד כדי לנטרל את אחריות המעביד.<sup>92</sup> כך צומצמה עד למינימום אפשרות הטלת האחריות הנזיקית על המעביד ככלל.

בד בבד עם המעבר הטרנספורמטיבי של דיני הנזיקין לאחריות על בסיס אשם (רשלנות) נהנו המעבידים מפיתוח של שלל דוקטרינות מגנות-אינטרסים-קפיטליסטיים נוספות, אשר נשענו על עמדתו הנחותה של העובד ביחסי הכוחות התעסוקתיים. אחת המעניינות שבהן נוצרה למעשה כמגן מפני כלל קודם אשר דווקא הטיל חבות על מעבידים. הדוקטרינה הוותיקה של האחריות השילווחית בעבודה (respondent superior) הטילה אחריות נזיקית על מעבידים לנזקים שגרמו מעשי עובדיהם. גם בשל מעבר מרכז הכובד הנזיקי לדרישת האשם של המזיק לשם הטלת אחריות נותרה דוקטרינה זו בין הבודדות שבהן הבסיס לאחריות היה דווקא מעמדו של המזיק – משמע, עצם היותו מעביד – ולא מעשיו ואשמתו. במובן זה נתפסת האחריות השילווחית עד היום כסוג של אחריות נזיקית חריגה ומוחלטת.<sup>93</sup> הסיבה ההיסטורית לדוקטרינה זו נעוצה בתקופת העבדות, שבה העבד נתפס כנטול ישות משפטית ונשלט בידי אדונו, ולכן כמי שמעשיו המזיקים לאחר חייבו את אדונו. היסטוריה זו הטביעה את חותמה על הטרנספורמציה שעברו יחסי משרת-אדון (master-servant) ליחסי עובד - מעביד (employer-employee) המודרניים. כאמור, עם תחילת המהפכה התעשייתית הפכו מקומות העבודה עצמם לסביבה מסוכנת לעובדים, ומי שניזוקו מפעולות רשלניות של חבריהם לעבודה תבעו את מעבידיהם על רשלנות חבריהם בהשתמשם בדוקטרינת האחריות השילווחית המבוססת

91 אחד המבקרים הבולטים של פסק הדין זיהה בו מיד את ההקשר האינדוידואליסטי של דיני הנזיקין המטיל אחריות לפתחם של עובדים כאינדוידואלים המחליטים על גורלם, לפי בחירתם. ראו: Francis Bohlen, "Voluntary Assumption of Risk", 20 *Harv. L. Rev.* (1906) 14, p. 91.

92 לא בכדי הולמס אכן נתפס כשופט שזה היה פועלו. ראו: Edward G. White, *Justice: Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self* (1993) pp. 264-272; Mark Tushnet, "The Logic of Experience: Oliver Wendell Holmes on the Supreme Judicial Court", 63 *Va. L. Rev.* (1977) 975, pp. 1030-1033.

93 ראו: Witt (לעיל, הערה 81) בעמ' 51.

והמוכרת. אלא שאז החלה צומחת בבתי המשפט דוקטרינה חדשה שבלמה שטף תביעות אלה: דוקטרינת ה"עמית לעבודה" (common employment או fellow servant). דוקטרינה זו, שהופיעה לראשונה באמצע המאה התשע-עשרה, קבעה שלמרות עקרון האחריות השילוחית לא יוכל עובד לתבוע את מעבידו על פגיעה שנגרמה לו במסגרת העבודה אם זו נגרמה מידי של עמית שלו.<sup>94</sup> ההנחה שבבסיס הדוקטרינה הייתה שבמקרה של פגיעה מחבר לעבודה ניתן להניח כי ממילא הכיר התובע את הסיכון שכרוך בעבודתו לצד עובדים אחרים, ולכן יש לראות בו מי שהסכים לחשוף עצמו לסיכון של פגיעה כזו. תוצאתה המידית של הדוקטרינה הייתה ביטול אחד הסיכונים החמורים ביותר של מעביד: נשיאה בעלות הפגיעה של עובדיו, שכן עיקר הנזקים שייצרה הפעילות התעשייתית היה כאמור כלפי מי שעבדו בשטחי המפעלים, משמע בעיקר כלפי עובדיו. הדוקטרינה גם יצרה מצב אבסורדי, שבו מי שנפגע באקראי מעובד שהיה "זר" לו היה זכאי לפיצוי, ואילו מי שנפגע מחשיפה שיטתית לסיכון, ושהיה "קרוב" למזיק-העובד, נותר ללא מזור לנזקיו. כך, שוב זכו המעבידים לתועלת הצומחת מהמהפכה התעשייתית מבלי לשאת בנזקיה. את עלות הנזקים סבסדו למעשה העובדים, אשר נאלצו לשאת בעצמם בנזקים שנגרמו להם.

שופטים שדעתם לא הייתה נוחה מחשיפת העובדים לנשיאה בנטל פגיעה עיקרי זה באמצעות דוקטרינת ה"עמית לעבודה", ואשר ניסו לשנותה, כשלו. דוגמה לכך היא פרשת *Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry Co. v. Ross*,<sup>95</sup> והיא חריג לכלל. נעשה בה ניסיון כזה בבית המשפט העליון של ארצות הברית, אשר צלח בתחילה. בפסק הדין נקבע כי דוקטרינת ה"עמית לעבודה" לא תפטור את המעביד מאחריות כאשר העמית המזיק הוא למעשה חלק משדרת הניהול, ולמעשה הוא בעל סמכות שליטה על העובד, וכך הריהו מעין-מעבידו (vice principal) יותר משהוא עמיתו. אלא שפסק הדין זכה לעדנה קצרה במיוחד, כאשר פחות מעשור לאחר מכן בוטל הלכה למעשה בפרשת *Baltimore & Ohio R.R. v. Baugh*,<sup>96</sup> שם נקבע כי הלכת *Ross* תקפה רק במקרים שבהם יש חלוקה ברורה במקום העבודה לקטגוריות עבודה ולמחלקות, ושהתובע ממוקם באותה מחלקה עם הנתבע בעמדת נחיתות ניכרת ובשליטתו של הנתבע. באותה פרשה טענה חברת הרכבות הנתבעת כי כבאי שלה, שניזוק מהוראת פעולה רשלנית של מהנדס שהיה עמו על הרכבת, אינו כפוף ישיר ומידי לו. משכך, הפך הכבאי הפשוט לעמיתו של המהנדס הבכיר, ומעבידו הופטר מחבות נזיקית.

שלל הדוקטרינות שלעיל היו הלכה למעשה, גם אם לא בתכנון מראש, סובסידיה למעבידים למימון נזקיה הנערמים והולכים של המהפכה התעשייתית. יחסי הכוחות בשוק העבודה הפכו כה בעייתיים בהקשר של נשיאה בעלות נזקי העבודה, עד שאפילו

94 להתפתחות הדוקטרינה ראו: שם, שם וכן Mitchell (לעיל הערה 78) בעמ' 210.

95 112 U.S. 377 (1884).

96 149 U.S. 368 (1893).

אמריקה נרתעה מהם בשלב כלשהו וחוקקה את ה־Workers Compensation Act הפדרלי<sup>97</sup> ככלי להפקיע מידי דיני הנזיקין המדינתיים את הטיפול הבעייתי שלהם בתופעה.<sup>98</sup> שינוי הסדר האחריות ברשלנות, בהקשר של נזקים שמקורם בעבודה, מנע את הטלת האחריות המתבקשת על בעלי ההון, המעסיקים. אף שפיתוח עקרון האחריות ברשלנות אפשר הטלת אחריות לנזק שנגרם בעקיפין, באופן שלא התאפשר בעבר, הרי שבהקשר של נזקי עובדים-מעבידים, נזקי העבודה במפעלים אופיינו דווקא בישירות, והעובדים לא נהנו משינוי מבורך זה.

סבסוד עלויות המהפכה התעשייתית לבעלי ההון התפשט ממסגרת של עבודה ויחסי עבודה למרחבים נוספים שהיו כרוכים בקשר הדוק בסיכוני הפעילות הכלכלית של בעלי ההון, ובעיקר של חברות רכבות.<sup>99</sup> כאן הסבסוד נעשה דרך דוקטרינות נזיקיות מרכזיות אחרות, כמו דוקטרינת הקשר הסיבתי, אשר אף שהיו מובהקות פחות בקשר שלהן לכווחות השוק, היטיבו במובהק, שוב, עם בעלי ההון. אחד המקרים הבולטים שבהם נעשה שימוש לולייני ממש ברכיב הקשר הסיבתי לטובת חברת רכבות היה בפרשת *Ryan v. New York Central Railroad*<sup>100</sup>. בפרשה זו, בשרפה שפרצה במחסן עצים של חברת רכבות עלו באש שורה של בתי מגורים בשכונה שבקרבת המחסן כאשר אחד מהם היה צמוד לו. תביעה שהגישו בעלי הבתים לפיצויים על הנזקים לבתיהם נדחתה. אף שנקבע שחברת הרכבות התרשלה במניעת התלקחות האש במבנה, קיבל בית המשפט לערעורים של ניו יורק את טענתה כי למרות התרשלותה אחריותה אינה משתרעת מעבר לחובתה לדאוג לבטיחות מבנהו של מי שצמוד אל המחסן שלה בלבד. פסק הדין הושתת על יסוד הקשר הסיבתי ברשלנות, ובו, בניחות משונה המנוגד ממש לפיזיקה הבסיסית של עקרון הקשר הסיבתי-העובדתי לנזק, קבע בית המשפט כי רק בין נזקו של בעל הבית הראשון ובין המפעל נמתח קשר סיבתי המחייב את האחרון בפיצוי. לעומת זאת הושבו ריקם פניהם של בעלי הבתים שנמצאו בהמשך טור הבתים – שהיו צמודים אלה לאלה ולכן נשרפו – בקביעה שלא התקיים קשר סיבתי בין נזקיהם להתרשלות שהביאה לפרוץ האש ולהתפשטותה. הבחנה זו בוטאה כך בדבריו התמוהים של בית המשפט:<sup>101</sup> "That a building upon which sparks and cinders fall should be destroyed or seriously injured

97 Federal Employees' Compensation Act (FECA), 5 U.S.C 8101.  
 98 Witt (לעיל, הערה 84) בעמ' 696–697. יש הגורסים כי החוק דאג להפקיע את העיסוק בזכויות עובדים מידי דיני הנזיקין דווקא בשל הרצון לשלוט במעמדם במסגרת יחסי עבודה וכו'. ראו: James Weinstein, *The Corporate Ideal in the Liberal State, 1900–1918* (1968) pp. 40–61.  
 99 ראו: Horwitz (לעיל, הערה 86) בעמ' 484. לסקירת הסדרי האחריות הייחודיים בהקשרים של תחבורה ציבורית ולמשמעות שהייתה להם על קבוצות מיעוט ראו בהרחבה: Barbara Young Welke, *Recasting American Liberty: Gender, Race, Law and the Railroad Revolution 1865-1920* (2001).  
 100 *Ryan v. New York Central R.R. Co.* 35 N.Y. 210 (1866).  
 101 שם, בעמ' 212.

must be expected, but that the fire should spread and other buildings be consumed, is  
 .not a necessary or an usual result"

עם מתן פסק הדין ניתכה עליו ביקורת נוקבת. ביקורת זו לא עסקה במשמעות הפוליטית שלו כמסבסד את בעלי "הקניין המפעלי" השוקי אלא בכשל הדוקטרינרי שלו. ועדיין יש בה להעיד על חוסר ההיגיון שהיה בהטלת אחריות מצומצמת זו. המלומד ניקולאס גרין (Green) סבר כי אין דרך נזיקית להסביר את החלטת בית המשפט לבד מהקביעה כי השיקול של בית המשפט באי־הטלת האחריות חרג בהרבה מגבולות השאלות שמתיר עקרון "הקשר הסיבתי" בנזיקין, כפי שהובן אז.<sup>102</sup> ביקורתו הייתה אפוא מונעת מאינטרס של שמירת הסדר המדעי בדיני הנוקין, ברוח תפיסתם המדעית של חברי "המועדון המטפיזי של המשפט" שאליו השתייך. מעניינת במיוחד הייתה התגובה הנסערת לגרין, שאותה ניסח המלומד פרנק וורטון (Warton). תחילה בחר וורטון להשיב לטיעונו של גרין בשיח מדעי טיפוסי, כאשר קבע שדווקא טיעונו של גרין באשר לאופיו של הקשר הסיבתי הם השגויים, וכי אין הרי קשר סיבתי מדעי כהרי קשר סיבתי משפטי.<sup>103</sup> ממילא, הסיק, גם בתוך המרחב המדעי היה ניתן לקבוע כי האחריות למנוע את התפשטות נזקי פעילותו של המפעל הלאה מוטלת לפתחם של בעלי המקרקעין הסמוכים לו. טיעון זה עדיין היה נטוע במסגרת שאלת זיהוי גורמי הנזק וביטא את תפיסת בעלי הבתים כמי שתרמו לנזק ברשלנותם. אלא שאז המשיך והפליג וורטון בדבריו אל מרחבים פוליטיים בהרבה, כשקבע כי פסיקה הפוכה הייתה מאיימת להפוך את דיני הנוקין לקומוניסטיים.<sup>104</sup> קביעתו הברורה הייתה שאם דוקטרינת האחריות תורחב דרך יסוד זה, ועמה תורחב אחריותם של בעלי ההון, ממילא ייפגע מכך הפרולטריון. כמיטב מסורת ההפחדה הקפיטליסטית, התריע וורטון שהרחבת החבות עליו תוביל לצמצום הפעילות המסחרית של הקפיטליסט, וממילא לירידה באיכות חייו של הפרולטריון, התלוי בו למחייתו. יוצא, כך טען, שהציבור יידרש לבטח עובדים מפני נזקים הנגרמים להם תחת שהם עצמם יעשו כן.<sup>105</sup> וורטון, שזיהה את הטלת האחריות על בעלי ההון כקומוניסטית, העדיף אפוא בהרבה את גישתו מצמצמת־האחריות של בית המשפט, שאותה היה קל לזהות כהפוכה, משמע כקפיטליסטית.

102 Nicolas Green, "Proximate and Remote Cause", 4 *Am. L. Rev.* (1870) 201. טענתו של גרין היא רֵאליסטית מובהקת, אבל לא פוליטית. הוא אינו מתעניין בשאלה "מי הרוויח" מפסק הדין אלא בהיתכנות המושגית של שימוש ביסוד הקשר הסיבתי לשם שקילת שיקול של הרחבתה או צמצומה של אחריות המזיק ככלל.

103 כזו הייתה עמדתו בסוגיית הקשר הסיבתי ככלל. Horwitz (לעיל, הערה 86) בעמ' 483–482.

104 שם, בעמ' 488.

105 שם, בעמ' 489.

(ג) סבסוד נזיקי של הקפיטליזם

מסיכום ההיסטוריה של התפתחות דיני הנזיקין בסוף המאה התשע-עשרה העלה הורביץ את הטענה כי דיני הנזיקין היוו "דיני סובסידיה", במובן זה שסבסדו הלכה למעשה את המהפכה התעשייתית הקפיטליסטית באמריקה.<sup>106</sup> בכך הפכו עצמם דינים אלה לא רק לביטוי של קפיטליזם אלא גם לחלק אינטגרלי מהמהפכה התעשייתית-הקפיטליסטית עצמה. טענתו של הורביץ השתלבה היטב בזיהוי האווירה הכללית של תקופה זו של סוף המאה התשע-עשרה ותחילת המאה העשרים ככזו שהתאפיינה בקו חשיבה אמריקני-כולל בדבר קיומו של שוויון בכוח המיקוח של השוק, כולל שוק העבודה, ומיעוט התערבות בו.<sup>107</sup> למרות הגיונה ויסודותיה ההיסטוריים התנגדו רבים לגישתו של הורביץ, בעיקר בטענה שאי אפשר לראות סדירות רעיונית בחיבור בין המהפכה הנזיקית ובין המהפכה התעשייתית.<sup>108</sup> נטען למשל שהמעבר לעקרון האשם החל כבר במאה השבע-עשרה, וכי נעשה בפסיקה נקודתית, במסגרת עובדתית של סכסוך בין שני אנשים בעלי כוח שווה.<sup>109</sup> גארי שוורץ (Schwartz), מגדולי מבקריו של הורביץ, טען כי האחריות על בסיס אשם קנתה לה שביתה במשפט האמריקני הרבה לפני המהפכה התעשייתית. עם זאת גם שוורץ הודה שעובדים נטו במובהק, בעקבות המעבר לאחריות ברשלנות, להפסיד בתביעות נגד מעבידיהם.<sup>110</sup> למרות ביקורת חשובה ומעניינת זו, שקצרה היריעה מלעשות עמה חסד,<sup>111</sup> ברי כי גם אם החלה האחריות על בסיס אשם מבצבצת עוד קודם למאה התשע-עשרה, הרי שהדבקות המקיפה באחריות ברשלנות נעשתה במסגרתה, ומרגע עלייתה לא ירדה מגדולתה.<sup>112</sup> סקירה היסטורית של דיני

106 Horwitz (לעיל, הערה 2) למשל בעמ' 71, 79 ו-99. להרחבה ראו הפרק שכותרתו "Subsidization of Economic Growth Through the Legal System".

107 פסיקה מונומנטלית מרכזית שהתוותה קו זה היא כמובן פרשת *Lochner* וקביעת בית המשפט העליון בה שחוק המבקש להגביל את שעות העבודה של עובדים הוא לא חוקתי בהפרו את הזכות החופשית להתקשר בחוזה, המעוגנת בתיקון ה-14 לחוקת ארצות הברית. ראו: *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905). לניתוח פסק הדין ראו: Cass R. Sunstein, "Lochner's Legacy", 87 *Colum. L. Rev.* (1987) 873.

108 ראו עמדתו הנחרצת בעניין של גארי שוורץ: Schwartz (לעיל, הערה 70).

109 ראו התרסה זו אצל: John W. Johnson, *Historic U.S. Cases: An Encyclopedia* (2<sup>nd</sup> ed., pp. 575-576 (2005).

110 ראו מחקרו האמפירי המרשים של שוורץ בתחום: Gary Schwartz, "Tort Law and the Economy in Nineteen Century America: A Reinterpretation", 90 *Yale L.J.* (1981) 1717.

111 לסקירת הביקורות המרכזיות והחשובות על עבודתו של הורביץ ולהצגת חוזקה של עבודה זו למרות קיומן, ראו: Robert Gordon, "Morton Horwitz and His Critics: A Conflict of Narratives", 37 *Tulsa L. Rev.* (2001) 915.

112 ברי שלכל כלל יש גם חריג. החריג שזיהו מבקריו של הורביץ אינו פוגע בכלל, והוא עשוי דווקא לחזק את מעמדו, בשל היותו חריג. כך למשל העובדה שגם בתקופת העבדות בארצות הברית ניתן לזהות אי אלו מגמות חקיקתיות ופסיקתיות שהיו פרו-עבדים אינה

הנוזיקין מגלה שאף שניתן לזהות בהם גם פסיקות פרו-ניזוקיות, הטון המרכזי בהיווצרותם המודרנית היה קפיטליסטי.<sup>113</sup> במובן זה עמדתו של הורביץ אינה יכולה – ולטעמי אינה צריכה – לעמוד כהסבר בלעדי ובעל סיבתיות יחידה לשינוי שעברו דיני הנוזיקין. אלא היא עומדת כבסיס איתן לטענה הצנועה יותר, שדינים אלה, לכל הפחות, התאימו להגנה על אינטרסים קפיטליסטיים כמו כפפה ליד ופותחו עוד בכיוון זה, בד בבד עם תקופת פיתוחם המואץ במאה התשע-עשרה, כאמור.

יש כמובן גם גישות נוספות המספקות הסברים אינטליגנטיים אחרים, ולא בהכרח סותרים, להסבר שמציע הורביץ לטרנספורמציה שעברו דיני הנוזיקין. אדוארד ווייט (White) למשל הציע הסבר שלפיו התפתחות דיני הנוזיקין קשורה במהלך סוציולוגי עולמי של מסגור וסידור שיטתי של הידע האנושי, אשר גרר אחריו גם המשגה והגדרה של תחומי משפט. המלומד ג'ון וויט (Witt) הציע להתבונן על ההתפתחות של דיני הנוזיקין כחלק ממהלך סוציולוגי-משפטי של הסדרת אחריות במסגרות ביטוח שונות באמריקה.<sup>114</sup> לטעמי, הסברים אלה מחזקים את ההסבר של הורביץ ומשלימים אותו. ניתן לומר שהם למעשה מספקים את המסגרת שהיה ניתן לשבץ בתוכה דינים עם הסדרים מהותיים שונים. הורביץ מספק את התאוריה המסבירה מדוע באותה מסגרת שובצו דווקא דיני הנוזיקין כפי ששובצו.<sup>115</sup> הקפיטליזם הפך את דיני הנוזיקין לחלק בלתי נפרד מהמהלך של העמקת הקפיטליזם באמריקה והטמיע בייסוד דיני הנוזיקין המודרניים המוכרים לנו וביסודות שלהם את רכיב הזהות הקפיטליסטי. לא בכדי, אף שטענתו של הורביץ הייתה חתרנית לימיה, היא הפכה מקובלת יותר ויותר עם השנים.<sup>116</sup>

#### (ד) סיכום: שינוי כללי היסוד

מסיכום מערך המהלכים שתוארו עד כה היה ניתן לקבל כפשוטה את התאוריה של הורביץ, כאילו **המניע** לאופן גיבוש דיני הנוזיקין בתקופה האמורה היה סבסוד המהפכה התעשייתית. תחת זאת אני מציעה להתייחס אל תאוריה זו התייחסות מרוככת ומורכבת יותר. ראשית, דיני הנוזיקין, על אופיים הכספי המובהק, התאימו כשלעצמם לאופייה

הופכת אותן לכלל. הביקורת על המשפט על היותו אכזרי לעבדים בעינה עומדת. ראו: Axtell (לעיל, הערה 22) בעמ' 277.

113 ראו: Koenig & Rustad (לעיל, הערה 72) בעמ' 35–43.

114 ראו לעיל, בהתאמה: Witt (לעיל הערה 84); Witt (לעיל, הערה 81).

115 במובן זה, הקשר הסיבתי שהציג הורביץ בתחילת דרכו היה נחרץ, ולפיו המשפט שינה את יחסי הכוחות החברתיים. בעבודתו המאוחרת יותר כבר טען לקשרים רעיוניים מאלה ומובהקים פחות מהם בין המשפט להיסטוריה של טרנספורמציה חברתית באמריקה. ראו: סקירת שינוי זה אצל Gordon (לעיל, הערה 111) בעמ' 925.

116 לחוזה שקיבלה תאוריה זו עם השנים באקדמיה האמריקנית ראו: Peter Schuck, "Remembering Gary Schwartz", 50 *UCLA L. Rev.* (2002) 275, p. 276.

הקפיטליסטי של התקופה. שנית, ניתן להבין את האפקט הקפיטליסטי שלהם בהישענות על משנתו של תאורטיקן מבריק אחר, בן דורו של הורביץ, דנקן קנדי (Kennedy). קנדי הטמיע את רעיון "האקוויליבריום החלקי" בנוגע לאפקט שיש לחוק על יחסי כוחות חברתיים.<sup>117</sup> לפי רעיון זה, לכללים משפטיים יש תפקיד נכבד ביצירת יחסי כוחות חברתיים, כשהם מבטאים "כללי יסוד" של שיטה. עם זאת מכיוון שהם מורכבים ממקבץ מפורז של חוקים שונים הנוגעים ליחסי הכוח, קשה לנו להבחין בהשפעתם המצטברת. לפיכך הם נראים כ"עוד אבן בחומה", אבל לא כחומה הבצורה עצמה. קנדי מציע לנו להתבונן על תפקידם כמהותי יותר, במובן זה שכל אחד מהם, אם ישונה, יכול ליצור סדקים בחומה, שבהצטברם יביאו לנפילתה ובכך יחשפו את תפקידו המרכזי של החוק בעיצוב כללי הבסיס של מציאות חיינו.<sup>118</sup> דוגמאות לניסיונות ליצור סדק בחומה הזו ניתן לזהות גם בדיני הנזיקין האמריקניים. למשל, גיבוש האחריות למוצרים פגומים והכרה בצורך להגן על צרכנים מפני כוחם של היצרנים כבר באמצע המאה הקודמת נראה מהלך שכזה. הצלחתו, אגב, בהגנה על צרכנים חלשים דווקא נותרה חלקית.<sup>119</sup> גם ההפרדות מעקרון האשם התורם של ניזוק כפוטר מזיק מאחריותו תרמה לכך.<sup>120</sup> לעומתם, הפרויקט השאפתני של עיצוב החלק הכללי של הריסטייטמנט השלישי על נזיקין בארצות הברית הותיר את ההגנה על אינטרסים לא כלכליים ורגשיים בשוליים, הרחק מחיקו החמים של הקונצנזוס הנזיקי.<sup>121</sup> עם זאת ניכרת בו נכונות לנטוש את יסוד חובת הזהירות בעוולת הרשלנות, ובכך עקרון האשם מרוכך בה, ונפתח פתח גדול יותר לתביעות נגד מזיקים גדולים, אשר כאז כן היום נותרו בעלי ההון.<sup>122</sup> אילו צלחו כלל

117 ראו: Duncan Kennedy, "The Stakes of Law or Hale and Foucault!", XV(4) *Legal Studies Forum* (1991) 327, pp. 331–332.

118 השימוש בדימוי החומה הוא שלי, ותקוותי היא שהוא מביע את פשטותו וגאונותו כאחד של טיעונו של קנדי.

119 בין היתר, בשל הגישה המוגבלת של תובעים לדיני הנזיקין. ראו: Gregory T. Miller, "Behind the Battle Lines: A Comparative Analysis of the Necessity to Enact Comprehensive Products Liability Reforms", 47 *Buffalo L. Rev.* (1997) 215, pp. 273.

120 ראו סקירת הרפורמות הנזיקיות העיקריות בארצות הברית אצל: Martha Chamallas, "Symposium: Access to Justice: Can Business Co-Exist with the Civil Justice System?: Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss", 38 *Loy. L.A. L. Rev.* (2005) 1435, pp. 1435–1436. צ'מאלאס טוענת שלא כמו רפורמות שננקטו בסביבות אמצע המאה הקודמת, למן אמצע שנות השמונים, הרפורמות הנזיקיות פועלות שוב לצמצום האחריות הנזיקית כלפי ניזוקים פוטנציאליים.

121 הפרויקט היה שאפתני בממדיו ובציפיות ממנו למצות את כלל הנושאים החשובים בדיני הנזיקין, שחלקם לא טופל כלל בידי הריסטייטמנטים הקודמים. לחשיבות הפרויקט וכן לביקורת על החלק הכללי שלו כפי שעוצב ראו: Anita Bernstein, "Restatement (Third) of Torts: General Principles and the Prescription of Masculine Order", 54 *Vand. L. Rev.* (2001) 1367.

122 להרחבת האחריות בריסטייטמנט השלישי דרך יסוד החובה ראו: David Owen, "Duty Rules", 54 *Vand. L. R.* (2001) 767.

הסדרים אלה, הם היו משנים מיסודם את דיני הנזיקין האמריקניים, והיה בהם כדי לחשוף את ההטיה הקפיטליסטית של דיני הנזיקין ביתר עוז לעומת האופן שבו אנו מתאמצים לזהות הטיה זו כיום.

## ב. קפיטליזם ישראלי כאן ועכשיו

ניתוח ההתפתחות ההיסטורית של דיני הנזיקין וסיווגם בהתאם, אף שנעשה באמריקה, רלוונטי ביותר לדיני הנזיקין הישראליים. אלה ירשו את מבנהו המסורתי של המשפט המקובל האנגלו-אמריקני, שמקורו בערש תרבות הקפיטליזם, והם שואבים את מקורותיהם הרעיוניים והמשפטיים ממנו עד עצם היום הזה.<sup>123</sup> גם מבט עכשווי על דיני הנזיקין הישראליים יגלנו את טיבם הקפיטליסטי המובהק, כפי שהוא משתקף בכמה מההסדרים המרכזיים ביותר בהם.<sup>124</sup> בשל קוצר היריעה ואופיים הקפיטליסטי העמוס לעיפה והסבוך של דיני הנזיקין, יוצגו להלן רק שלוש דוגמאות המצויות, לטענתי, בעוגנים העיקריים של האחריות הנזיקית – אלה היוצרים את אותו "עמוד שדרה נזיקי" – ולכן ממילא יהיה בהן כדי ללמד על היקף התופעה ועומק השתרשותה.

### 1. השתכרות כמדד לפיצוי

אופי הפיצוי וסוגו הם אבן יסוד בעיצוב דיני הנזיקין, ועקרון השבת המצב לקדמותו הוא המופע המובהק ביותר של רעיון האחריות המתקנת בדיני הנזיקין.<sup>125</sup> העיקרון נשען על תפיסת הצדק המתקן המצוי בין הצדדים לסכסוך הנזיקי, ולפיה, העולה הנזיקית, ה"תאונה", היא הגורמת להפרת האיזון, הווה אומר הסטטוס קוו, שהיה בין המזיק לניזוק עובר להתרחשותה.<sup>126</sup> במעשה העולה שביצע כלפי הניזוק נתפס המזיק כמי

123 למעשה, דיני הנזיקין הם מה שקרוי "שתל נזיקי" (legal transplant) בדין הישראלי. דהיינו, אין מדובר בתחום משפט פרי פיתוח מקורי ישראלי אלא בתחום שנלקח משיטה אחרת והתפתח על בסיס הקיים בה. *Liability of Bias: "A Comparative Study of Gender-Related Interests in Negligence Law"*, 2010 *Annual Survey of International & Comparative Law* (2010) 63, pp. 95–56. למושג "שתל המשפטי" ראו: Alan Watson, *Legal Transplantations: An Approach to Comparative Law* (2<sup>nd</sup> ed., 1993; 1<sup>st</sup> ed., 1974).

124 אמירה זו נסמכת כאמור על היותם מושפעים עמוקות מהמשפט האמריקני, והיא נשענת על מתודת הזיהוי שלהם כפי שהוצגה אצל ריצ'רד אייבל, הבוחרן בסיסים מרכזיים שלהם כקפיטליסטיים. ראו: Abel (לעיל, הערה 64).

125 יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין **דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית** (מהדורה שנייה, עורך: גד טדסקי, תשל"ז) בעמ' 164.

126 גלעד (לעיל, הערה 19) בעמ' 59–60.

שגרם לגריעה מגודל פרוסת הרווחה האישיה שבה החזיק הניזוק קודם למפגש המזיק ביניהם, ולכן עליו להשיב לניזוק את ערכה של גריעה זו.<sup>127</sup> על אף האידאל התמים והחשוב שבו, לעקרון השבת המצב לקדמותו יש פוטנציאל מפלה והרסני ניכר, שכן הוא פועל לפי כמה עקרונות מנחים, הנחשבים כמעט כולם לבעייתיים מבחינה חברתית-שוויונית. ראשית, הוא מקבל את הסטטוס קוו כמות שהוא ואינו בוחן את הבסיסים לו, אם בעייתיים המה. במובן זה אין הוא רואה בשאלת חלוקת הרווחה שהוא יוצר בחברה רלוונטית ומותיר אותה מחוץ למה שמתווה על ידיו כמסגרת הליברלית-פרטית, שבה יחסי הכוחות החברתיים אינם משפיעים על בחינת אחריות אינדיווידואליסטית.<sup>128</sup> שנית, הוא פועל לשימור הסטטוס קוו בקביעה כי מעצם היותו כזה הוא מבטא ערך מוסרי צודק. בזאת הוא צועד צעד נוסף ואינו אך מתעלם משאלת הסטטוס קוו, אלא גם רואה בו התגלמות של הצדק. שלישי, הוא מקבל את הנחת הבילטרליות הנזיקית, הרואה לפנייה שני ניצים פרטיים שיש סכסוך אישי ביניהם. בכך הוא מתעלם מכוחה של ההבניה החברתית השיטתית, שלפיה קבוצות שונות מצויות במצב של יחסי כוח ביניהן, וממילא עלולה "השבת המצב לקדמותו" להפוך לכוח אקטיבי ורגרסיבי בהותרת יחסי הכוח ביניהן על כנם ואף להעמיקם.<sup>129</sup> הגורם המרכזי המשפיע על קביעת סכום הפיצוי לפי עקרון השבת המצב לקדמותו למי שניזוק/ה בנזקי גוף, הוא מידת הפגיעה בהשתכרות שגרם נזק הגוף לניזוק/ה. משכך, הפיצוי בגין פגיעה בהשתכרות הוא כ-80% מנפח הפיצויים הנזיקיים.<sup>130</sup> מדד הפגיעה בהשתכרות נחשב למבטא בצורה הטובה ביותר את העיקרון שמטרתו להעמיד את הניזוק, בעזרת אמצעים כספיים, במצב שהיה בו אלמלא הפגיעה.<sup>131</sup> חיבור זה בין הפיצוי הנזיקי לבין השתכרות הניזוק בוסס עם מעבר העולם להסדרת יחסי העבודה כיחסים חוזיים שלצדם תשלום קבוע.<sup>132</sup> במובן זה אין הכרח לטעון שדיני הנזיקין הם

127 תפיסת הצדק המתקן בולטת בעיקר בכתיבתו של Weinrib (לעיל, הערה 18) בעמ' 11–14 וכן אצל הפילוסוף הנזיקי ג'ולס קולמן. ראו: Jules Coleman, "Tort Law and the Demands of Corrective Justice", 67 *Indiana L.J.* (1992) 349.

128 לפיתוח רעיון זה כחלק מהמערך האידאולוגי הליברלי ראו: Hanoch Dagan, *Unjust Enrichment: A Study of Private Law and Public Values* (1997) pp. 37–40.

129 לתאוריית יחסי הכוח כבסיס להטלת אחריות נזיקית לצורך שיבורם ראו: ביטון (לעיל, הערה 17).

130 ראו: Peter Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law* (8<sup>th</sup> ed., 2013) pp. 14–27.

131 אליעזר ריבלי וגיא שני "תפיסה עשירה של עקרון השבת המצב לקדמותו בתורת הפיצויים הנזיקיים" **משפט ועסקים** י (התשס"ט) 499, בעמ' 503; נילי קרקו-אייל "השבת המצב לקדמותו בתביעות לפיצוי על נזקי גוף – עקרון יסוד שאבד עליו הכלח?" **דין ודברים** ט (תשע"ו) 175, בעמ' 176–177.

132 המעבר הראשון היה מהשתכרות מעבודה באמצעות "העסקה עצמית" חקלאית להשתכרות במפעלים, שהחלה מתבססת לצד המהפכה התעשייתית, שנוקקה לדפוס עבודה חדש זה. ראו הניתוח ההיסטורי אצל: Deakins & Wilkinson (לעיל, הערה 58) בעמ' VII. אף

שיצרו מערך זה, אלא שהתאימו לו בטבעיות, אף שיש הגורסים שלמעריך הפיצויים הייתה יד בהסדרת יחסי העבודה המודרניים.<sup>133</sup> מדד ההשתכרות, על פני הדברים, הוא טריוויאלי, אובייקטיבי, חסר כל הטיה מגדרית ונטול קשר לנטל החלוקתי שהקפיטליזם יוצר: אדם הפסיד כסף (אם כסף שכבר הרוויח ואם כסף שהיה עתיד להרוויח) והרי הוא מקבלו חזרה. אלא שבפועל מדובר במדד בעל ערך קפיטליסטי וחלוקתי מובהק, שיש בו כדי להוסיף ולהפלות לרעה את כל מי שמופלים בעקיבות בשוק העבודה.<sup>134</sup> ריצ'רד אייבל (Able) היה מהמתנגדים הבולטים לשימוש במדד זה כמשעתק את ההפלות בשוק העבודה לדיני הנוזיקן וכמבצע קומודיפיקציה של הניזוק לכדי שווי כוח העבודה שלו.<sup>135</sup> לטענתו, כל מי שמשתתפים לקבוצה מוחלשת מופלים לרעה על בסיס אישי. כאלה הן בישראל קבוצות הנשים, הערבים, המזרחים,<sup>136</sup> העולים,<sup>137</sup> מהגרי העבודה ועוד. קבוצות אלה מוכפפות דרך דיני הנוזיקן פעמיים לסדר החברתי הקפיטליסטי: פעם ראשונה נעשית הכפפתן באמצעות שעבוד גופן לעבודה המצויה במסגרת קפיטליסטית לא הוגנת, שבה נלקחת מהן הבעלות האמתית על הייצור הרב שעבודתן מנפיקה.<sup>138</sup> פעם שנייה נעשית ההכפפה כאשר הן נתפסות בדיני הנוזיקן כמי ששוויין זהה לערך תזרים המזומנים של שעבוד גופן לעבודה.<sup>139</sup> הרווחת 20 שקלים לשעה וניזוקת? תקבלי 20 שקלים כפיצוי על הפגיעה בך. לא חשוב מה מקור הפגיעה, לא חשוב הרקע להתגבשותה, לא חשוב מה היה הסדר האחריות שבגינה הוטל הפיצוי. דיני הנוזיקן מגוונים מאוד, אולם בדבר אחד הם קבועים

---

ההתרופה הקלאסית בדיני הנוזיקן היא כספית, לא תמיד הייתה דווקא ההשתכרות המדד המרכזי לסכום הפיצוי. למשל, כשנשים ניסו לטעון שיש להן זכות לתבוע בנוזיקן, בשל היותן בעלות רכוש בדמות היכולת להפיק רווחים עתידיים, בתי המשפט המקובל דחו טענה זו. ראו: Mitchell (לעיל, הערה 78) בעמ' 73.

133 Deakins & Wilkinson (לעיל, הערה 58) בעמ' 14–15.

134 Jamie Cassels, "Damages for Lost Earning Capacity: Women and Children Last!", 71 *Can. Bar Rev.* (1992) 445.

135 ראו: Abel (לעיל, הערה 64) בעמ' 798–799.

136 מחקר של מכון אדווה מראה כי הפער בין השתכרותם הממוצעת של יהודים וערבים (25%) קטן מהפער בהשתכרותם הממוצעת של אשכנזים ומזרחים (37%). שלמה סבירסקי, אתי קונור-אטיאס ואמה רפפורט **תמונת מצב חברתית 2014** (מרכז אדווה, 2015) בעמ' 16.

137 ראו: Gil S. Epstein, Dalit Gafni, Erez Siniver, "Even education has its limits: closing the wage gap", 42 *Journal of Economic Studies* (2015) 908.

138 קארל מארקס ופרידריך אנגלס "מניפסט של המפלגה הקומוניסטית" **המניפסט הקומוניסטי במבחן הזמן** (בנימין כהן עורך, 1998) 37; כמו כן ראו: אלן מייקסינס ווד "המניפסט הקומוניסטי כעבור 150 שנה" **המניפסט הקומוניסטי במבחן הזמן** (בנימין כהן עורך, 1998) 86.

139 לטענה של דמיון בין סכום הפיצוי לשווי הסימבולי של הניזוק, ראו: Abel (לעיל, הערה 64) בעמ' 798–799.

ועיקשים: פיצוי על פגיעה בגוף יעבור תמיד דרך מדד ההשתכרות של הניזוק/ה. המסר המעשי והסמלי שבכך ברור: שווי האדם בדיני הניזיקין הוא כשווי עבודתו,<sup>140</sup> ואם לא עבד – לא יקבל פיצוי ממשי על פגיעתו.<sup>141</sup> בסיסי כל כך וקשה כל כך. גם פסיקה תקדימית וחשובה כמו זו שגובשה בפרשת **אב־חנא**,<sup>142</sup> ואשר עשויה להיחשב לחריגה מדוקטרינה זו, אינה לטעמי אלא בגדר כרסום בשוליה המוצקים. **באב־חנא**, כזכור, נקבע כי יש לפצות תינוקת בדואית – שכושר ההשתכרות שלה נפגע בתאונת דרכים – לפי ההשתכרות הממוצעת במשק ולא לפי סטטיסטיקת ההשתכרות הממוצעת של נשים בדואיות מהכפר שבו חיה, שהייתה מניבה סכום פיצוי כמעט אפסי.<sup>143</sup> אף שפרשת **אב־חנא** נדמית אפוא כסטייה מדוקטרינת הפיצוי המוכרת, הרי היא מציעה סטייה מוגבלת בלבד ממנה, בשני מובנים: מספרי ואיכותי. במובן המספרי פרשת **אב־חנא** מוגבלת למקרים שבהם מדובר בקטינים. השענתה על הטיעון היפהפה והחזק בדבר זכותם של כל ילד וילדה לכתוב את סיפור חייהם היא גם מקור חולשתה. לאחר גיל 18 תחולתה של הלכה זו פגה.<sup>144</sup> במובן המהותי, הלכת **אב־חנא** אינה מבטאת התנגדות למהות הדוקטרינה, המגלמת ערך קפיטליסטי בסיסי, שלפיו "השבת המצב לקדמותו" משמעה הצמדת הניזוק לערך השוק שהיה לו לפני הפגיעה בו. "ערך שוק אנושי" זה משרת את האידאולוגיה שלפיה השוק החופשי הוא מנגנון הקצאת המשאבים היעיל ביותר הקיים, ולכן יש לדבוק בו ולחזקו.<sup>145</sup> התנגדות למהות הקפיטליסטית של הדוקטרינה תהיה למשל דרישה לנטוש לגמרי את מדד ההשתכרות הקיים ולאמץ תחתיו מדד אחר. המדד האחר לא יתבסס על השווי הקפיטליסטי-שוקי אלא יביא בחשבון את האלמנט האנושי הטמון בכני אדם באשר הם ולא באשר הם, כעובדים.<sup>146</sup>

- 140 לכוחם של דיני הניזיקין בעיצוב תפיסות חברתיות ראו: Chamallas & Wriggins (לעיל, הערה 5) בעמ' 4–5.
- 141 לעמידה על הפוטנציאל המסוכן של פיצוי על פי צפי השתכרות לפי מדד קבוצתי, ראו: אריאל פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" **ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו** (תשס"ו) 143.
- 142 פרשת **אב־חנא** (לעיל, הערה 19).
- 143 הדבר עולה מצירוף דבריו של השופט ריבלין במקומות שונים בדבריו. ראו: שם, בפסקאות 32, 44 ו-50 לפסק הדין. השופט הבהיר שקבלה כמובן מאליו את אי-השוויון התעסוקתי אל דיני הניזיקין תהיה בגדר יצירה של מציאות מפלה דרך דינים אלה. שם, בפסקה 34.
- 144 לניתוח של פרשת **אב־חנא** לפי התאוריה שמתנגדת לרעיון השמרני של "השבת המצב לקדמותו", ראו: ביטון (לעיל, הערה 17) בעמ' 194–196.
- 145 לעיקרון זה ראו: אטאס (לעיל, הערה 43) בעמ' 943–944.
- 146 אייבל, למשל, מציע להשתמש במדד אחיד לגוף האנושי. ראו: Abel (לעיל, הערה 64). גם דיני הניזיקין הישראליים מקבלים חלקית רעיון זה בהגבלת הפיצוי בגין השתכרות בסעיף 4(א)(1) לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (ס"ח תשל"ה 780, 234). ברק מכנה גישה זו הגישה ה"קניינית" לפיצוי בע"א 237/80 **ברשת נ' האשאש**, פ"ד לו(1) 281 (1981); באחד מפסקי הדין השגרתיים של חישוב פיצויים בבית המשפט העליון השופט אור מצביע על שני מדדים לא-תלויי-הכנסה שכאלה: הנכות הרפואית והנכות

## 2. תאונות דרכים

אחד ההסדרים המרכזיים בדיני הנויקין והמכוננים את אופיים הישראלי הייחודי הוא הסדר האחיות לתאונות דרכים, המגולם בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975.<sup>147</sup> על פני הדברים, מדובר בהסדר שמטרתו סוציאלית מובהקת. הוא נועד לאפשר לנפגעים רבים ככל האפשר מתאונות דרכים להיות מפוצים על נזקיהם בלי קשר לשאלת האשם של גרימת נזק זה.<sup>148</sup> יתרה מזאת, באופן גס ניתן לומר כי ההסדר קובע סכום ביטוח שוויוני-למראה לכל בעלי המכוניות באשר הם, כדי לממן פיצוי כולל זה.<sup>149</sup> אלא שבחינה ביקורתית של הסדר הפיצוי הנויקי מגלה מציאות קפיטליסטית דווקא שההסדר מייצר, ושעליה הצביע צחי קרן-פז בכתיבתו.<sup>150</sup> ראשית, בשלב תשלום דמי הביטוח לפיצוי כלל הציבור מוטל נטל שוויוני רק לכאורה על כלל המשתמשים ברכב. הדרישה מכלל בעלי המכוניות לשלם מה שמוכר כ"ביטוח חובה" אחיד יוצרת כבר בשלב ראשוני זה, עוד בטרם קרות התאונה, חוסר שוויון משווע בין מי שהם עניים ומשתמשים ברכב לבין מי שהם עשירים ועושים כן. הפעלת המדד הכמעט יחיד של "שימוש ברכב", מבלי להתייחס למדדים סוציאליים אחרים לשם קביעת סכום פוליסת הביטוח, יוצרת העדפה מובהקת של בעלי הממון ומימון מוגבר יחסית של הקופה הציבורית לפיצוי ניזוקי תאונות דרכים דווקא בידי חסרי הממון.<sup>151</sup> בשלב השני, לאחר

- התפקודית, אף שלבסוף בוחר הוא כמובן להשתמש במדד של אבדן כושר הפיצויים. ראו: ע"א 3049/93 גירוגיסאן נ' רמזי, פ"ד נב(3) 792 (1995).
- 147 ס"ח התשל"ה 234, 780.
- 148 להיסטוריה של החוק ראו: רונן פרי, "מהפך או מפח? סיפורו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים", **עיוני משפט** כח (תשס"ד) 147.
- 149 ראו: פקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], התשל"ל-1970, דמ"י [נוסח חדש] 15, התשל"ל, בעמ' 320.
- 150 קרן-פז רואה בהסדר כזה שיוצר "סבסוד רגרסיבי צולב". מונח זה מתאר תופעה של הפחתת מחיר השירות עבור אוכלוסייה מסוימת או פלח שירות מסוים, על חשבון אוכלוסייה אחרת או על חשבון פלח שירות אחר. הסדר **רגרסיבי** הוא הסדר שבו העניים משלמים יותר יחסית מהעשירים. למשל, אם נדרוש מעשיר לשלם 100 ש"ח, ומעני – 100 ש"ח, מדובר לכאורה בהסדר שוויוני, שכן שניהם נדרשים לשלם אותו הסכום. אולם סכום זה הוא מעמסה גדולה על כתפי העני יותר משהוא על כתפי העשיר, וכך למעשה העני נדרש לשלם יותר יחסית ליכולתו. יש הסדרים המכירים בקושי זה, ולכן קובעים תשלום **פרוגרסיבי**. למשל, דיני המס בישראל, אשר ככלל קובעים כי ככל שעולה שיעור ההכנסה, כך עולה המס שיש לשלם [ראו את טענת הסבסוד הצולב-רגרסיבי של דיני פיצויים אצל: צחי קרן-פז, "כיצד דיני הפיצויים הופכים את העניים לעניים יותר? (ומדוע בית המשפט העליון מפרש את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים באופן בלתי-עקבי?)", **עיוני משפט** כח (תשס"ד) 299].
- 151 דוגמה לאופן שבו הביטוח אינו חייב להיות לא שוויוני היא שיטת הפיצוי בניו זילנד, המחייבת את המעביד להפריש כסף לביטוח כאחוז מהשתכרות העובד למקרה שיינזק במסגרת עבודתו. ראו: Stephen Todd, "Symposium on Medical Malpractice",

הפגיעה בתאונת דרכים, שוב יוצאים בעלי הממון נשכרים. זאת הפעם קורה הדבר כאשר הם מטילים את סיכון הפגיעה היקרה בהם על כל מי שמרוויח פחות מהם.<sup>152</sup> הם מפוצים, כמתואר לעיל, לפי מידת השתכרותם ולפי אורח חייהם היקר, ואילו הניזוק העני יוצא וידיו על ראשו, כשהפיצוי מחזירו למקום שבו היה טרם הפגיעה בו: מקום שבו ההשתכרות היא מינימלית והחיים עולים פחות ככל האפשר. כך, מסיק קרן-פז בחדות, הסדר הפיצוי הסוציאלי הפך להסדר "סבסוד צולב גרסיבי": הסדר המיטיב עם העשירים ומסבסד את חייהם היקרים בידי העניים.<sup>153</sup>

### 3. ביטוח אחריות

הדוגמה האחרונה המוצגת כאן נוגעת בלב הבנת מהות האחריות הנזיקית, והיא השימוש הנפוץ והגובר והולך ברכישת פוליסות ביטוח לשם כיסוי חברות נזיקית פוטנציאלית. קיומו של מערך ביטוח חדר מתחום גבולות האכיפה של פסקי דין נזיקיים אל לב המשחק הליטיגטורי והפך גם אותו לקפיטליסטי מובהק. רוכשי הפוליסות רוכשים למעשה כיסוי לאחריותם ובכך מתרחקים מהרעיון של קבלת אחריות אישית למעשיהם, או למצער הכרה בה בדיעבד.<sup>154</sup> הם דואגים לשלם מראש עבור העברת האחריות מהם והלאה בהמשך.<sup>155</sup> אם נדמיין את מערכת הביטוח כמערכת של תחנת ממסר, ברגע שמזיק ממסר את האחריות לנזקים שגרם, הניזוק משולח מידית אל חברת הביטוח, כמעט מבלי שהמזיק יחוש במעבר זה.

השפעותיה הקפיטליסטיות של המערכת הביטוחית עמוקות אף יותר: היא שמכריעה מה יוגדר כנזק ראוי לפיצוי ומה לאו, שכן חוזה הביטוח מכסים נזקים שהצדדים רואים בהם ראויים לביטוח וכאלה שיש נכונות "שוקית" לשלם עבורם.<sup>156</sup> השפעה כזו של שוק

---

and Compensation in Global Perspective: Part I: Treatment Injury in New Zealand",  
86 *Chi.-Kent L. Rev.* (2011) 1169, pp. 1773–1777

152 זוהי תובנתו של אייבל, המציע אפוא מערכת פיצוי שוויונית שתעניק אותו פיצוי לכלל הניזוקים. ראו: Abel (לעיל, הערה 64) בעמ' 111.

153 מיתון של תוצאה קשה זו מצוי בהגבלת סכום הפיצוי מכוח הפלת ד' לשילוש השכר הממוצע במשק. ראו: סעיף 4(א) לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים.

154 במובנים רבים זהו שינוי דרמטי נוסף שעברו דיני הנזיקין עם הפיכתם למודרניים. ראו: John G. Fleming, "The Collateral Source Rule and Loss Allocation in Tort Law", 54 *Cal. L. Rev.* (1966) 1478. פלמינג מצביע על מהלך זה כגורם שהרחיק עוד את דיני הנזיקין מרעיונות אידיודואליסטיים כמו "אחריות" למעשים ו"אשמה" בגינם. ראו: שם, בעמ' 1484.

155 לשימוש בביטוח אחריות כמאפיין קפיטליסטי של הסרת אחריות ראו: Abel (לעיל, הערה 64).

156 ראו: Robert L. Rabin, "Pain and Suffering and Beyond: Some Thoughts on Recovery for Intangible Loss", 55 *DePaul L. Rev.* (2006) 359, pp. 359–360.

הביטוח ניכרה בהקשר של סימני העוינות שנלוו להכרה בנזק הרגשי. בהקשר הנזיקי, הפיצוי בגין נזק זה ניתן במשורה.<sup>157</sup> הוא הוגבל בהקשרים רבים לסכום מסוים;<sup>158</sup> ההגבלה גררה הערכה נמוכה שלו בהקשרים נוספים;<sup>159</sup> נטען שבפיצוי בגינו יש משום השחתת המוסר בקומודיפיקציה של ערכים אנושיים בסיסיים ונעלים כמו היו "מטבע עובר לסוחר",<sup>160</sup> ושיש בו כדי להפוך תחושות אנושיות לבנות סחר.<sup>161</sup> בהקשר הביטוחי נטען כלפי הנזק הרגשי כי הוא שגרם ל"משבר נזיקי" בעשורים האחרונים בשל יסוד אי-הוודאות שבו והפיצויים הגבוהים שניתנו בגינו.<sup>162</sup> היו שראו בפיצוי עבור מעשה כפייה של בית המשפט על רצון השוק החופשי, מתוך הנחה כי בשוק כזה לא היו אנשים מוכנים לשלם את המחיר של ביטוח עצמם מפני סיכון של גרימתו להם.<sup>163</sup> עוד

- 157 בעיקר מוכרת הנטייה להמעיט בערכו הכספי במשפט הישראלי. ראו למשל: דברי השופט לזין ברע"א 4740/00 **אמר נ' יוסף**, פ"ד נה(5) 528, 510 (2001) ודברי השופט אור בע"א 398/99 **קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' דיין**, פ"ד נה(1) 765, 768 (1999).
- 158 בחקיקה האמריקנית יש נטייה להגביל נזק זה. גם בחקיקה הישראלית ניכרת נטייה שכזו. כך למשל בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, בסעיף 4(א) ו-4(ב), וכן בתקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו ממון), התשל"ו-1976. נכון שבחוקים אלה גם מוגבל סכום הפיצויים בגין השתכרות, אולם הנחתי היא כי ההשתכרות שם מוגבלת לסכום סביר, ואילו בכאב וסבל המגבלה היא שרירותית ומכנית. בנוסף, הסבל הרגשי הוא חלק מן ההון האנושי השייך לכול, ואילו ההשתכרות היא מדד הרלוונטי רק לחלק מן האוכלוסייה.
- 159 ראו לאחרונה דברי בית המשפט העליון בעניין **דיין** (לעיל, הערה 157), בעמ' 768, שבהם התריע מפני המגמה השלילית של בתי משפט להפחית מסכומי הפיצויים הראויים בניזקין בגין נזק לא ממוני לפי המגבלה הקיימת עליהם בהסדר הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים.
- 160 Steven P. Croley & Jon D. Hanson, "The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law", 108 *Harv. L. Rev.* (1995) 1785, pp. 1906-1914, המחברים עומדים על ההכרה בהיות הכסף ביטוי להכרה החברתית בסבל לא מוצדק של הניזוק, ועל כך שפיצוי בגין כאב וסבל ללא ספק מוצדק לפי גישת הצדק המתקן לדיני הנזיקין. הכותבים גם מצביעים על אופיים הייחודי של דיני הנזיקין כמעריכים ערכים אלה בכסף רק בדיעבד (ex post), מה שמונע טענות על בעייתיות מוסרית, כביטוח מראש, למשל (שם, בעמ' 1908-1914). לגישה הגורסת כי גם לפי גישת הצדק המתקן אין לפצות נזק לא ממוני במלואו, בהיותו עניין של רווחה ולא של "זכות", ראו: Bruce Chapman, "Wrongdoing, Welfare, and Damages Recovery for Non-Pecuniary Loss in Corrective Justice", *Philosophical Foundations of Tort Law* (David G. Owen ed., 1995) 409.
- 161 Izhak England, *The Philosophy of Tort Law* (1993) p. 200.
- 162 עמדה זו באה לידי ביטוי בעיקר בארצות הברית, שם מושבעים קובעים פיצויים אסטרטגיים בראש נזק זה. ראו: Croley & Hanson (לעיל, הערה 160) בעמ' 1789.
- 163 טיעון זה של אנשי הגישה הכלכלית למשפט מוכר בעיקר בתחום האחריות למוצרים פגומים, שם ניתן פיצוי בגין נזק זה כנלווה לנזק פיזי. נטען כי בבחינה מראש (ex-ante) הצרכנים-ניזוקים לא היו מוכנים לשלם מחיר גבוה יותר בעבור מוצר כדי "לממן" את ביטוח היצרן מפני תשלום פיצוי בגין כאב וסבל העלול להיגרם משימוש בו. למקורותיו השונים של טיעון זה ולמצדדיו ראו: ההפניות שם, בעמ' 1790-1791 (ממליצים להפעיל את דיני הנזיקין לעידוד רכישת ביטוח נגד הסיכון הרגשי).

נטען שהוא נטול יעילות כלכלית.<sup>164</sup> הווה זה של הנזק הרגשי מבשר רעות לעתידו: יש קריאה לצמצום ניכר, במסגרת מה שמוצע כ"רפורמה בדיני הנזיקין", בסכומי הפיצוי הניתנים בגין כאב וסבל,<sup>165</sup> ובמקרים מסוימים אף הוצע להוציא לחלוטין ראש נזק זה מהסדר האחריות.<sup>166</sup> לפיכך אף שהיה ניתן לזהות בקיומה של מערכת ביטוחית גם הישג אנטי-קפיטליסטי להרחבת האחריות על בעלי ההון ורכשי הביטוח, בשל הימצאו ברקע של "כיס עמוק" המקל על בית המשפט להטיל אחריות לנזק, הישג זה חלקי.<sup>167</sup> הרחבת אחריות כזו תהיה עדיין בעיקר עבור מה ש"שווה כסף" והוא בעל ערך סחיר: נזקי אבדן הכנסה או אבדן רכוש.<sup>168</sup>

מערכת הביטוח התנהלה, בממד הפורמלי לפחות, מאחורי הקלעים של דיני הנזיקין ומחוץ למערך התביעה הישירה של הניזוק את המזיק. אולם בפועל הקשר הישיר בין חברות הביטוח לדיני הנזיקין נוצר עם כינון גרסתם המודרנית. כך למשל, באנגליה של אמצע המאה התשע-עשרה הפכה האחריות הנזיקית לתאונות דרכים מושא לעניין רב של חברות הביטוח, הרבה לפני שנחקקה חובת הביטוח לצדה.<sup>169</sup> בעשורים האחרונים הפך הפן הביטוחי-הנזיקי גלוי ולא מתווך. חזון נפרץ הוא לראות חברות ביטוח מופיעות כבעלות דין ישירות לכל דבר ועניין בהתנהלות בתיקי אחריות נזיקית שבהם מבוטחיהן הם הנתבעים. התייצבותן לדיון כצדדים מלאים ולגיטימיים דוחקת עוד את רגליו של האחראי האמתי, ואתן את רגליה של האחריות החברתית, אל מחוץ לכותלי בית המשפט

164 הגישה הכלכלית מצביעה על שלוש סיבות עיקריות לשלילת הפיצוי בגין נזק זה: הוא גורם להוצאות מרובות; הוא פעוט ולכן חסר ערך הרותעתי; הוא נטול אפקט חלוקתי שבכוחו להשפיע על הרווחה הכלכלית המצרפית. לדיון בטענות אלה וביקורת שלהן ראו: Thomas T. Uhi, "Bystander Emotional Distress: Missing an Opportunity to Strengthen the Ties that Bind", 61 *Brooklyn L. Rev.* (1995) 1399, pp. 1439–1443.

165 Marshall S. Shapo, "Millennial Torts", 33 *Ga. L. Rev.* (1999) 1021, pp. 1042.

166 Lucinda M. Finley, "Tort Reform: An Important Issue for Women", 2 *Circles Buff. W. J. L. & Soc. Pol.* (1993) 10. הכותבת מתארת כיצד הוזמנה לדיוני ועדת החקיקה שדנה באפשרות זו וכיצד הציגה בפניה את השפעתו ההרסנית של סילוק ראש נזק זה, בעיקר על פיצוין של נשים.

167 נילי קרקו אייל, **דוקטרינת ההסכמה מודעת בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996** (התשס"ח) בעמ' 116, 140.

168 ראו: Louis L. Jaffe, "Damages for Personal Injury: The Impact of Insurance", 18 *Law & Cont. Probs.* (1953) 219, pp. 235–236. ניתן כמובן לומר שהביטוח משקף את מה שממילא נתפס בתור ראוי לביטוח, וכי אין לביטוח עצמו השפעה על תפיסה זו. יש בכך כמובן מן האמת. אולם אי אפשר להתעלם מכך שאי אפשר לקבוע בוודאות מה הסיבה ומה המסובב במציאות שוקית כזו. גם יש אפשרות סבירה כי התפיסה הרווחת משפיעה על מה שניתן לבטח, וזה משפיע בתורו על התפיסה הרווחת.

169 Mitchell (לעיל, הערה 78), בעמ' 72.

ומחוץ לתחומי הדין הנזיקי.<sup>170</sup> הניזוק נותר בבית המשפט לבדו, כשאל מולו מתייצבת פקידות יעילה, המבקשת בקוצר רוח כי ייקבע בהקדם הסכום שאותו תידרש לרשום לפקודת התובע בסופו של ההליך הנזיקי, ואם אפשר, יהא נא הסכום נמוך ככל הניתן, כמובן. בכך נקנית האחריות הנזיקית בכסף, ומושלם מהלך קפיטליסטי כפול: בפעם הראשונה, כאשר האחריות לנזק מתורגמת כולה לתשלום פיצוי כספי, ובכך מתבצעת קומודיפיקציה של כל "טובין" אנושי; בפעם השנייה, כאשר תשלום זה לא נעשה בכלל מידי המזיק, אלא בעקיפין ובחלקו, כשעיקרו משולם מידי חברת ביטוח.<sup>171</sup>

יודגש כי ביקורתי כאן אינה מופנית כלפי עצם קיומו של מנגנון ביטוח, אף שמנגנון כזה ככלל מעודד אדישות לגרימת נזק, ולכן הוא בעל משמעות נזיקית מגבילה.<sup>172</sup> מה שיוצר עניין ייחודי בהקשר הקפיטליסטי הוא החיבור ההדוק בין מנגנון הביטוח לבין האחריות הנזיקית. בהשתתף התרופות הנזיקיות כמעט בלעדית על פיצוי דווקא, מנגנון השיפוי הביטוחי מקבל נפח דרמטי במיוחד בדינים אלה, שכן השימוש שלו בהם מרבי. להבדיל מהדין הנזיקי, אף שהן קנס פלילי והן חובת פיצוי חוזית יכול שישולמו מידי של גוף מבטח, התרופה העיקרית בדינים אלה אינה בת-ביטוח. בהתאמה: אין אפשרות לרכוש ביטוח שייתר מאסר (התרופה הטיפוסית במשפט הפלילי) או ביטוח שיאפשר התחמקות מחובה לבצע חוזה (התרופה הטיפוסית בדיני החוזים).<sup>173</sup> הבדל זה בין הדינים אינו רק כמותי כי אם גם איכותי. בניגוד לדינים האחרים, הנתבע-המזיק-המבוטח יכול להעביר את כלל חובתו הנזיקית לחברת הביטוח. עד כדי כך הגיעו הדברים בישראל, שבתביעות נזיקין הפכו חברות הביטוח לנתבעות, והן למעשה מנהלות את ההליך, ואילו המזיק עצמו מצוי "מחוץ למשחק". הפרדוקס הוא שדווקא דיני הנזיקין, הנתפסים כדומים לדין הפלילי במשמעותם מכוונת-ההתנהגות,<sup>174</sup> מאפשרים "המרה" ביטוחית, ואילו דיני החוזים, הרחוקים מאוד ממטרה חברתית זו, מגבילים מאוד אפשרות "המרה" זו.

אם נסכם, הנתבע-מזיק, שאת התנהגותו מבקשים דיני הנזיקין להכווין, יכול להפוך אדיש לשאלת הטלת האחריות בכך שירכוש ביטוח ex-ante. בנוסף, הוא עלול להפוך למי שאינו שותף כלל להליך המשפטי המתנהל בעקבות מעשהו המזיק, ואפילו לא להיות מעורב בתשלום הפיצוי לניזוק. היתרונות הנזיקיים המעצימים של העמדה

170 התרחקות המזיק מאחריותו לנזק נעשית בעיקר באופן תשלום הנזק. במובן זה, הטענה הפרובוקטיבית עוד יותר היא שהניזוק הוא האחראי האמתי לנזק, לפי דיני הנזיקין. ראו: Cook (לעיל, הערה 75).

171 בשל טענת הקומודיפיקציה אייבל מתנגד לפיצוי בגין נזקים שאינם ממוניים. ראו: Abel (לעיל, הערה 64) בעמ' 102–105.

172 לאפקט ביטוחי זה בהקשר הנזיקי של יצירת סיכון ראו: Richard Posner & William M. Landes, *The Economic Structure of Tort Law* (1987) pp. 57, 273.

173 סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א–1972.

174 ביטון (לעיל הערה 65) בעמ' 662–664.

אישית רגשית של הניזוק/ה מול המזיק נעלמים ומוחלפים בעסקה כלכלית גרידא בין הניזוק לבין חברת הביטוח של המזיק, המסתכמת בהעברה כספית בירוקרטית ממנה אל אותו/ה ניזוק/ה.<sup>175</sup> תיאור זה הולם את דפוס הקומודיפיקציה הקפיטליסטית שתוארה לעיל.

#### 4. סיכום: קפיטליזם מוטמע – גרסת דיני הנזיקין המקומיים

בפרק זה הוצגו דוגמאות להסדרי אחריות מרכזיים המעידים על אופיים הקפיטליסטי של דיני הנזיקין בישראל. הן מעצבות את "עמוד השדרה" הדוקטרינרי הנזיקי ככזה. מעבר להן ולצדן ניתן למצוא מערך נוסף של הסדרים רחבי היקף ומשמעות הדומים בשיקופם הנחות יסוד קפיטליסטיות, כגון ההגנה המוגברת של דיני הנזיקין על אינטרסים כספיים וההתנערות שלהם מהכרה איכותית באינטרסים רגשיים או נפשיים;<sup>176</sup> הנכונות שלהם לפרוץ גבולות ישנים וראויים למען הכרה באינטרסים כלכליים וסירובם לעשות כן למען השמירה של יחסי אהבה וקרבה בין פרטים וטיפוחם;<sup>177</sup> הכרתם, בחקיקה, בפגיעה באינטרס אישיותי כנחותה – למצער בסכום הכסף שהוצמד לה כפיצוי – מפגיעה באינטרס כלכלי;<sup>178</sup> התרכזותם בסעד של פיצוי כספי מבלי לשקול אפשרויות תיקון עול אחרות.<sup>179</sup> דוגמאות אלה ועוד נערמות בכל צומת נזיקי חשוב ומורות על חץ גדול בכיוון אחד: קפיטליזם, ועכשיו.

חשוב לסייג ולומר כי על אף עושר הדוגמאות המעידות על כובד משקלה של ההטיה הקפיטליסטית, תמונה זו של דיני הנזיקין הישראליים אינה מלאה ואינה כה חד-ערכית. לצדה קיימים גם מאפיינים אחרים שלהם, ההופכים את תדמיתם הפרו-קפיטליסטית למאוזנת ומורכבת יותר. כאן ניתן להצביע על מרכזיותן של הסדרת היחסים בפסיקה בתחום הפיצוי הנזיקי על פגיעה המתרחשת בעבודה ועל ההסדרה בחוק האחריות למוצרים פגומים. הסדרים אלה מיועדים להקל על הניזוק ביחסי הכוח שבהם הוא מצוי בהקשר קפיטליסטי מובהק: כעובד וכצרכן.<sup>180</sup> בדוגמה הראשונה ניכרת תנועה שיטתית,

175 לאפקט המעצים של דיני הנזיקין ראו: Ronen Perry, "Empowerment and Tort Law", 76 *Tenn. L. Rev.* (2009) 959.

176 ראו: יפעת ביטון, "כאבים באזור הכבוד – פיצוי בעקבות פגיעה בזכויות חוקיות", **משפט וממשל ט** (התשס"ו) 137.

177 ביטון (לעיל, הערה 25).

178 כך היה למשל עד לאחרונה, כאשר הפיצוי בגין הטרדה מינית נקבע על מחצית הסכום מפיצוי בגין גילוי סוד מסחרי. ראו: ביטון (לעיל, הערה 176) בעמ' 158. מצב זה תוקן לאחרונה בתיקון מספר 8 לחוק למניעת הטרדה מינית, בעקבות פעולת שתדלנות פמיניסטית מרוכזת בתחום.

179 ראו: הביקורת על טווח הסעדים אצל Leslie Bender, "Overview of Feminist Torts", 78 *Cornell L. Rev.* (1993) 575, 585–586 *Scholarship*.

180 ראו: ביטון (לעיל, הערה 17) בעמ' 200.

שהיא כמובהק אנטי-קפיטליסטית, של מתן הגנה נזיקית גוברת והולכת מידי המחוקק ובתי המשפט לעובדים למול מעבידיהם. הדבר נעשה בין היתר בקביעה כי למעביד חובה מוגברת לדאוג לבטיחות העובד, וכי רק במקרים חריגים יש להטיל על העובד חלק מהאשם לנזק שלו.<sup>181</sup> בדוגמה השנייה, חוק אחריות למוצרים פגומים, התש"ס-1980 מקל על מי שניזוק ממוצר לקבל פיצוי מהיצרן של המוצר.<sup>182</sup> חוק זה, אגב, נותר חשוב בעיקר במישור ההצהרתי, אחרי שכמעט לא הופעל במשפט הישראלי, בין היתר בשל ההטיה הקיימת אפילו בו לטובת יצרנים.<sup>183</sup> עוד חשוב להצביע על המגמה של העשור וחצי האחרונים, של הטלת אחריות על בעלי עסקים ומעבידים: בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000<sup>184</sup> ובחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.<sup>185</sup> מגמות אלה מציגות מורכבות ולאחרונה אף שינוי בדיני הנויקין הישראליים ביחסם לבעלי ההון. עם זאת נראה שהן מהבחינה הכמותית והן מבחינת עומק השתרשותם בהיסטוריה הנויקית עדיין אין ביכולתן לסתור את הטענה המבוססת במאמר זה, שלפיה דיני הנויקין משופעים בדפוסי היסטוריה, רעיונות ופרקטיקה קפיטליסטיים. אלה אינם שייכים באמת להיסטוריה, במובן זה שאינם רלוונטיים עוד. דווקא בשל המבנה של דיני הנויקין כדיני משפט מקובל מובהקים מוכרת בהם במיוחד התופעה של דוקטרינות הנחשבות אולי פורמלית למתות, אולם רוחן ממשיכה לרחף מעל ההיכל הנויקי.<sup>186</sup>

- 181 ראו למשל: ע"א 1815/09 סופריוור כבלים בע"מ נ' אלבו (פורסם בנבו, 2010); ת"א 5186/08 קוזירב נ' יעקב את מוריס רם-אור עבודות חשמל בע"מ (פורסם בנבו, 2015).
- 182 על הסדר אחריות מוחלטת שאומץ בהקשר זה בארצות הברית למן שנות השישים, ראו: Davis (לעיל, הערה 69).
- 183 ישראל גלעד עומד על כך שהגדרת דרישת ה"פגם" בחוק נטלה ממנו את רוב עוקצו הפרוצרכני. ראו: ישראל גלעד, "אחריות המורה למוצרים: חוק האחריות למוצרים פגומים תש"ס-1980", *מחקרי משפט ח (התש"ן)* 179, בעמ' 196-203. במובן הראליסטי, אי-הרלוונטיות ואי-האפקטיביות של החוק מתבטאת בכך שרק שלושה מאמרים נכתבו עליו – והאחרון בשנת 1990. בחיפוש בפסיקה עולה כי כלל פסקי הדין שאזכרו את החוק או דנו בו הוא 30, בכל הערכאות, בכל 35 שנות קיומו.
- 184 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.
- 185 חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.
- 186 אמירה מוכרת במיוחד בהקשר זה טבע מלומד אשר הזהיר מפני ההבחנה בין תביעות שונות בשיטת הצווים הנויקית, שאף שבוטלה עודנה קובעת את דפוסי החשיבה הנויקית: "The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves". ראו: Frederick W. Maitland, *The Forms of Action at Common Law* 2 (1909). אמירה זו רלוונטית במיוחד לדיני הנויקין, כעולה מדבריו הנחרצים והציוריים של מלומד נזיקי בן-זמננו, כוב גורדון: "In science, dead paradigms remain dead. In law, they never really get killed off, but hang around Drakula-like and rise from the coffins to stalk the earth". Gordon (לעיל, הערה 111) בעמ' 926. חוקרות הנויקין צ'מאלס וריגנס מכנות את

על רקע זה נוכחות קפיטליסטית זו בדיני הנזיקין החלה בעשור האחרון מתגבשת קריאה שמקורה בעיקר בתאוריה הפמיניסטית לשימוש בדיני הנזיקין ככלי לשינוי חברתי במובן של קידום שוויון באמצעותם. כדי להשיג מטרה חדשנית זו של שימוש בדיני הנזיקין להובלת שינוי חברתי-שוויוני נדרשות כאמור פרוגרמה מושגית ודוקטרינרית מקיפה, שכן דיני הנזיקין אינם נתפסים כמשפט בנושאי תפקיד זה, או למצער אינם מוצגים בגלוי ככאלה.<sup>187</sup> אך יומרתו של מאמר זה צרה יותר: הוא מבקש לבחון את הסוגיה מהאספקט המצומצם של השאלה אם בכלל אפשרי הוא, במובן האתי, שדיני הנזיקין ישמשו כלי לשינוי חברתי-שוויוני שכזה. דילמה זו מגולמת בתהייה כיצד ניתן לגבור על השימוש במגרש המשחקים הקפיטליסטי-נזיקי כדי לייצר תוצאה של שינוי חברתי-שוויוני המבקש להתרחק מהשפעותיו השליליות של הקפיטליזם. בשני הפרקים הבאים אראה כיצד שני תחומים של שימוש בדיני הנזיקין לשינוי חברתי הצליחו לעמוד במשימה זו, בהקוותם את עצמת המאפיינים הקפיטליסטיים שלהם. התחום האחד, זה של השימוש הפמיניסטי האסטרטגי בתביעות נזיקין, מגדיר מחדש תובנות בנוגע למה ייחשב "רכוש" ומה תיחשב "פגיעה", לפי חוויית החיים הנשית של נזק. לפיה למשל נזק לרגשות שגרם אונס הוא פגיעה בת-פיוצי. התחום השני, זה של השימוש האסטרטגי בתביעות נזיקיות-בין-לאומיות, מגדיר מחדש את רעיון האחריות החברתית של תאגיד, בהטילו עליו אחריות לפגיעתה הרעה של פעילותו העסקית באוכלוסייה שבה היא מתקיימת.

### ג. קריאת התיגר על אופיים הקפיטליסטי של דיני הנזיקין מהזווית הפמיניסטית

בשלביה המוקדמים התרכזה הביקורת הפמיניסטית על דיני הנזיקין בחשיפת ההטיות המגדריות שלהם.<sup>188</sup> לאחר שחשפה את מערומיהם המגדריים, הייתה ביקורת זו גם כוח מניע בהלבשתם מחדש בפרדיגמה אחרת ורחבה יותר. דרישתה הערכית והמתקדמת הייתה להשתמש בדיני הנזיקין ככלי לשינוי חברתי אשר יאפשר את קידום מעמדם של קבוצות מוחלשות בחברה והוצאתן ממקומן בשוליים של השיח המשפטי-חברתי-כלכלי כיום.<sup>189</sup> יחסי הכוח החברתיים, כמו גם כללי המשפט, הם שקובעים את ההקצאה הלא

התופעה: "דוקטרינות ישנות בתחפושת חדשה". ראו: Chamallas & Wriggins (לעיל, הערה 5) בעמ' 3.

187 פרוגרמה שכזו מוצבת בידי מלומדים שונים. ראו: לעיל הערה 21.

188 לכתיבה סמינלית ראו: Bender (לעיל, הערה 179), וכן: Martha Chamallas,

"Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law", 146 U. Pa. L. Rev. (1998) 463.

189 ראו: ביטון (לעיל, הערה 24).

שוויונית והמפלה של ההון הכלכלי בחברה הקובעת את מיקומן זה, לנוכח עמדות המיקוח הלא שוויוניות במשא ומתן על חלוקת העושר בחברה.<sup>190</sup> לפיכך, כך נטען, הטלת אחריות נזיקת בגין הפליה וניצול יחסי כוח תעביר את נטלה הכלכלי של הפליה זו, המוטל בעיקר על כתפיהן של קבוצות מוחלשות, אל כתפיה של ההגמוניה.<sup>191</sup> נטל זה יועבר הן בדרך של פסיקת פיצויים בגין הפליה והן בדרך של הפנמת עלויות ההפליה אצל הגורמים המפלים,<sup>192</sup> וכך "לא ישתלם" להם להפלות, ויהיה עליהם להבנות מחדש את ההסדרים המפלים הרלוונטיים כלפי קבוצות אוכלוסייה מוחלשות. בכך תוגן כראוי זכות האדם הבסיסית לשוויון של מי שהן חברות בקבוצות אוכלוסייה מוחלשות. מהלך קונקרטי זה משתלב היטב ביומרה הפמיניסטית הרחבה לזהות מרכיבי דיכוי קפיטליסטיים ביחסי הכוח המגדריים ולחבר בין התנגדות הפמיניזם לפטריארכיה ולהתנגדותה ליחסי דיכוי וניצול שיטתיים בכלל.<sup>193</sup>

### 1. הפרויקט הנזיקי-פמיניסטי כפרויקט בעל אפקט מצנן-קפיטליזם

רבות נאמר על יחסי הכוחות המגדריים שבתוכם מתנהלים חייהן של רוב הנשים בעולם, ואין צורך לחזור אל ספרות עשירה זו.<sup>194</sup> לצורך התמקדותנו בהקשר הקפיטליסטי נזכיר רק את תרומתה המונומנטלית של המלומדת הפמיניסטית קת'רין מקינאון (MacKinnon), אשר הייתה בין הראשונות לבסס בתאוריה קוהרנטית את היחסים בין המינים כמושתתים על היררכייה של יחסי כוחות, שבמסגרתה נשים מוכפפות לצורכיהם של גברים, ואילו צורכיהן נדחקים לשוליים החברתיים ורצונותיהן מושמים לאל.<sup>195</sup> בהישענה על

190 זהו האופן המרכזי שבו הבניה זו "מתכתבת" עם המשפט: הסדר החברתי מכתוב את האופן שבו מתקבלים הסדרים משפטיים, אשר בתורם משרתים את הסדר החברתי הקיים שלפיו התקבלו. שניהם, הסדר החברתי וההסדרים המשפטיים, משרתים זה את זה. ראו: Kennedy (לעיל, הערה 117) בעמ' 331.

191 להצדקותיו של שימוש זה בדיני הנויקן, אגב שימוש ברעיונות מהתאוריה הפמיניסטית, ראו: ביטון (לעיל, הערה 17) בעמ' 171-186.

192 הגורמים המפלים הם למעשה הקבוצות המרכיבות את אותה הגמוניה. למשל, פסיקת פיצוי בגין הפליית נכים תטיל את עלות ההפליה על ההגמוניה, המורכבת ממי שאינם נכים.

193 לסקירת חיבור זה, אשר אינו מחייב כמובן קבלה של עקרון המעמדיות של המרקסיזם כהווייתו הכלכלית, אלא בהקשר מגדרי דווקא, ראו: Martha Gimenez, "Capitalism and the Oppression of Women: Marx Revisited", 69 *Science & Society* (2005) 11.

194 לקריאה כללית על מגוון נושאים שבהם יש נפקות ליחסי הכוח המגדריים ראו: *Legal Theory Foundations* (D. Kelly Weisberg ed., 1993). לטובת מי שאינם מורגלים בניתוח פמיניסטי ומבקשים בכל זאת לקבל מידע בסיסי באשר לתרומתו לניתוח המשפטי, ראו: אוון פיסס, "מהו פמיניזם?", *עיוני משפט* יח (התשנ"ג) 5. לנחיתותן של נשים באמצעות המשפט דווקא ראו למשל: Catharine A. MacKinnon, *Women's Lives: Men's* (2005) *Laws* 17, 23-24.

195 למהות רעיון ה-dominance בקצרה ראו: Catharine A. MacKinnon, *Feminism: Unmodified – Discourses on Life and Law* (1987) pp. 40-45.

תאוריות מרקסיסטיות התייחסה מקינון במובהק לשיטה הקפיטליסטית כמאפשרת הכפפה זו של נשים. לטענתה, מין עבור נשים הוא מה שעבודה היא עבור הפרולטריון – הון השייך לבעליו, אשר בעל עמדת הכוח, הקפיטליסט, מנכס לעצמו ומרוויח ממנו תוך ניצולו. ובתרגום ליחסי הכפיפות המגדריים: המיניות השייכת לנשים, והיא חלק מן ההון האנושי שלהן, עוברת החפצה, הופכת מטבע עובר לסוחר, ונלקחת מידיהן בידי גברים באופן שהן מאבדות שליטה על מיניותן ועל גופן וסובלות מניצול של אלה בידי גברים, תוך שנגרם להן נזק. דוגמה מצוינת לכך, לטעמה, היא הפורנוגרפיה, שבה נלחמה מקינון מלחמת חרמה, המתוארת בידיה כניצול סבלן של נשים להנאתם של גברים.<sup>196</sup> מקינון מתחה קו ישר ומתוחכם בין מאפייניה הפוגעניים של ההיררכייה השוקית-קפיטליסטית למאפייניה הפוגעניים של ההיררכייה המגדרית.<sup>197</sup> למרות חיבורים אלה, המשקפים גישה מתריסה כלפי ההסדרים הקיימים, לא נרתעה מקינון מהשימוש בדיני הנזיקין ככלי לפיצוי נשים על נזקי הטרדה מינית, ואף ראתה בכלי הנזיקין פונקציה בעלת תאימות ייחודית ואיכותית להשגת המטרה של מיגור תופעת הטרדה המינית.<sup>198</sup> בכך הייתה הראשונה לסמן את דיני הנזיקין כזירה שיטתית לניהול מאבק בנזק מיוחס-מגדר-נשי, ובכללו בפגיעות מיניות בנשים.<sup>199</sup> אלא שפוטנציאל השימוש בדיני הנזיקין לצורך זה היה צפון בדיני הנזיקין מימים ימימה. בחירתי במילה "צפון" אינה מקרית. דיני הנזיקין במשפט המקובל לא הופעלו בידי נשים בכלל וגם לא בידי נפגעות תקיפה מינית בפרט כנגד תוקפיהן בשל סבלות נזיקיהן מיוחסים-המגדר.<sup>200</sup> התחושה שעלתה מדיני הנזיקין הייתה שמדובר בדינים שאינם מיועדים לשימושן של נשים ולהגנתן אלא בדינים בעלי

196 ראו: משנתה המפורטת של מקינון בנושא בספרה *In Harm's Way – The Pornography*

*Civil Rights Hearings* (Catherine MacKinnon & Andrea Dworkin eds., 1997).

197 לעיקרי הטיעון הפמיניסטי-מרקסיסטי של מקינון ראו: Catherine A. MacKinnon,

*Feminism, Marxism, Method and the State: Towards Feminist Jurisprudence*, 8 *Signs*

635, pp. 635–639 (1983). יתרה מזאת, לפחות בתחום אחד היה החיבור שיצרה בין

הרעיונות הדוק לגמרי. במקרה של הטרדה מינית במסגרת העבודה חוברות שתי ההכפפות

– הכלכלית והמינית – זו לזו.

198 גם במשפט הישראלי היה החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח–1998 הראשון לייחד

עצמו כגוף חקיקה נפרד להגנה על נשים מפני התוקפנות המינית שממנה הן סובלות. ראו:

ביטון (לעיל, הערה 24), בעמ' 63–65.

199 ראו: Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex*

*Discrimination* (1979) pp. 74–164. למושג "חויית-חיים נשית" ולרעיון הייחוס המגדרי

של אינטרסים שונים ראו: יפעת ביטון, "חויית חיים נשית וצפיות של נזק", **משפטים** לג

(התשס"ג) 585.

200 ראו: ביטון (לעיל, הערה 24).

אפיסטמולוגיה גברית, המיועדים לשרת אינטרסים גבריים.<sup>201</sup> גם בפועל הייתה גישתן של נשים לבית המשפט בתביעות נזיקיות מוגבלת ביותר.<sup>202</sup> על אף היסטוריה זו הוחל לימים, כאמור לעיל, בהוצאתו אל הפועל של רעיון השימוש הפמיניסטי בדיני הנוזיקין כדי לנסות ולאזן את יחסי הכוח החברתיים, כשהוא מתואם עם הניסיון לשבר את ההבניה הקפיטליסטית-חברתית. אף שבעבר לא נשמעה בישראל קריאה מיוחדת ליצור שינוי שיטתי דרך דיני הנוזיקין לצורך הטבת מצבן של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות, ניתן לזהות ברטרנספקטיבה שימושים ספורדיים שנעשו בעבר בדיני הנוזיקין, ושניתן לראות בהם סנונית ראשונה למהלך כזה.<sup>203</sup> לא מפתיע שהנשים הן שהגישו תביעות שממרחק הזמן ניתן לזהותן כיום במובהק כפמיניסטיות. אחת הראשונות לעשות זאת הייתה אישה ממוצא מוסלמי, בפרשת **סולטאן נ' סולטאן**.<sup>204</sup> בפרשה זו תבעה האישה את בן זוגה לשעבר על שגירשה בעל כורחה ונשא לו אישה אחרת תחתיה, בניגוד לחוק הפלילי. בית המשפט העליון, בגנותו את מעשי הגבר כפסולים, פסק כי האישה זכאית לסעד נזיקי של פיצוי ממנו בגין הנזקים שהסבה לה התנהגותו המעוללת. אותה אישה, שלא עבדה, כמו נשים רבות אחרות במעמדה, סירבה לסדר הקפיטליסטי שהותיר אותה לכאורה ללא אפשרות פיצוי מידי בן זוגה ובחרה כנקודת מוצא לפיצוייה בנזק הלא ממוני שנגרם לה, הרבה לפני שבתו משפט החלו עוסקים בסוגיות של פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.<sup>205</sup> דוגמה נדירה נוספת היא פרשת **סוהן נ' משטרת ישראל**,<sup>206</sup> שם הכיר בית המשפט בחובת המדינה לשאת בנזקה של אישה שבשל התרשלות המשטרה יצא בן זוגה סרבן הגט את הארץ למרות צו איסור יציאה שעמד נגדו, והותיר אותה בעגיונותה, כנראה לעד. גם כאן שימש הנזק הלא ממוני יסוד מרכזי בפיצוי התובעת, שברי שנזקה המרכזי היה אבדן זכותה להשתחרר מנישואיה ולא הפסד השתכרות כלשהו שלה. לפסיקות אלה לא הייתה עדנה של ממש במובן של

- 201 לחוסר ההתאמה המושגית שמעלה השימוש בעוולת התקיפה לצורך הגנה מפני הטרדה מינית ראו: Joanne Conaghan, "Gendered Harms and the Law of Tort: Remediating (Sexual) Harassment", 16 *Oxford J. Legal Stud.* (1996) 407.
- 202 במקור, התפיסה בדין האנגלו-אמריקני הייתה שבעת הנישואין התאחדו בני הזוג תחת ישות משפטית אחת של הגבר ("דוקטרינת האיחוד"), ולכן האישה לא הייתה יכולה לתבוע בלי בעלה. גם כשנחקקו חוקים שאפשרו לנשים לתבוע, עדיין נותרה על כנה הדוקטרינה וכן דרישת פרוצדורליות-מגבילות אחרות, למשל הדרישה כי לתובע תהיה זכות רכושית בנכס שבעניינו תובעים. כלל זה הפלה נשים, שטיפוסי להן להחזיק הרבה פחות רכוש מגברים. ראו: Mitchell (לעיל, הערה 78) בעמ' 72.
- 203 להמשגת מהלך זה כמאורגן וכמייצר פמיניזציה של דיני הנוזיקין ראו: ביטון (לעיל, הערה 24).
- 204 פ"ד לח(3) 196 (1984).
- 205 לאופן התפתחות ההכרה בפגיעה באוטונומיה ראו: נילי קרקר-אייל, "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה", **המשפט** יא (התשס"ז) 267.
- 206 פ"ד מב(3) 733 (1988).

יצירת מורשת של פסיקות דומות אחריהן, אך הפקידן החשוב בספר דברי השימוש החברתי-פמיניסטי בדיני הנזיקין בעינו עומד.

כמעט שני עשורים לאחר שניתנו ההכרעות בסולטאן ובסוהן החל גל שני חדש ובעל חשיבות של תביעות נזיקיות מידהן של נפגעות מעשי עוולה מזיקים. זאת הפעם הוגשו התביעות באמצעות ארגוני החברה האזרחית, ופעולתן הפעם הייתה מאורגנת, שיטתית יותר ומוכוונת-פוליטית-חברתית.<sup>207</sup> גל זה נשען על המערכת הנזיקית הקפיטליסטית, בהפעילו אותה לטובת קבוצות אוכלוסייה מוחלשות, אולם הוא גם שינה מיסודן תובנות קפיטליסטיות מובהקות בהם. כפי שאראה להלן, למהלך זה אפקט מאזן על מושכלות בסיסיים נזיקיים, בהטמיעו בהם תובנות חדשות באשר להכרה מהו "רכוש", מה "שווה כסף" ומה ייחשב ל"פגיעה" או ל"נזק". הוא מבנה תובנות אלה מחוץ להקשר הקפיטליסטי המוגבל ומעבר למושגי הזכויות והקניין המצומצמים שהוא מציע, המיטיבים בשיטתיות עם בעלי-ההון בלבד. כדי להמחיש שימוש חשוב זה בחרתי להציג מבחר דפוסים של תביעות נזיקיות-פמיניסטיות טיפוסיות המדגימות העשרה רעיונית ומעשית זו, המתרחשת זה למעלה מעשור בבתי המשפט בישראל.

## 2. תביעות להגנה על הגוף דרך אינטרסים אישיותיים והגדרה-מחדש של "נכסים" בני-הגנה

אחד מהקשיים שמעורר המאפיין הקפיטליסטי של הדין הנזיקי טמון, כפי שראינו לעיל, בהתייחסות לגוף האדם כנכס, ככל שנכס זה מניב פירות עבודה. השימוש הפמיניסטי בדיני הנזיקין חותר לאפשר התייחסות מורכבת יותר לנכסים אנושיים באופן שאלו יכילו גם מקורות שאינם מניבי הכנסה שוקית. בראש ובראשונה פעולה זו נעשית בעיקר בהקשר של הגנה על אינטרסים אנושיים-אישיותיים, במיקוד התביעות הפמיניסטיות בזיהוי הנזקים המצויים מחוץ למעגל הנכסים מניבי-ההכנסה של הנשים הניזוקות, כלומר מחוץ לגופן. כאן, שוב, הפגיעות הנשית, בעיקר בהקשר הייחודי של נזקים הנגרמים לנשים מתקיפות מיניות, גובה את מחירה המיוחד. אמנם ההתקפה על אישה במסגרת תקיפה מינית היא על הגוף, אבל היא גורמת בעיקר לפגיעה באינטרסים הלא מוחשיים שלה, ולכן יכולת האישה להוכיח את נזקה מוגבלת.<sup>208</sup> משכך, השימוש בתביעה נזיקית לחיוב תוקפים-מינית בפיצוי נפגעות התקיפה המינית אולי פשוט במישור הטלת האחריות, אולם הוא הופך מאתגר בשלב זיהוי הנזק והערכתו. נשים קרבנות תקיפה מינית נפגעות קשה ביותר. חייהן, תפיסת עולמן, תפיסתן את עצמן, תחושת הביטחון האישי שלהן, אמונן בבני אדם – כל אלה נפגעים לרוב פגיעה לא הפיכה. פעמים רבות פוגע הדבר ביכולתן לנהל חיי משפחה וזוגיות תקינים, ורובן

207 ראו: ביטון (לעיל, הערה 24).

208 ראו: ביטון (לעיל, הערה 25).

המכריע סובלות מתופעות קלאסיות של פוסט טראומה. רשימה חלקית בלבד זו של הפגיעות המוכרות של תקיפה מינית היא לרוב בעלת משמעות אנושית ולא בהכרח כלכלית.<sup>209</sup> זאת ועוד, גם כאשר משמעויות אלה הן כלכליות, לרוב הן נפתלות ואינן קשורות ישירות למה שמזוהה בדיני הנזיקין כ"אבדן כושר השתכרות". כדי לסבר את האוזן אביא דוגמה לניזוקה גנרית ושגרתית מקרב נשים נפגעות תקיפה מינית: זו תהא אישה שעברה תקיפה מינית בצעירותה, אשר בשלב כלשהו מאסה בחייה או ביקשה כי יושם לב אל סבלה הנורא והסמוי בכך שניסתה לשלוח יד בנפשה. "ניסיון התאבדות" הוא אחד המדדים למתן פטור משירות צבאי אצל נשים המועמדות לשירות צבאי. לפיכך אישה כזו נדחית על ידי הצבא ולא תשרת בו כמקובל. דחייה זו יוצרת בחייה אדווה של משמעויות כלכליות נמשכות. הדבר ישפיע מאוד למשל על יכולתה למצוא עבודה משתלמת; על יכולתה לקבל מלגות ללימודים גבוהים; על יכולתה לקבל הטבות בקבלת משכנתה ועוד. המשמעויות החברתיות השליליות המיוחסות בחברה היהודית-ישראלית למי שאינו משרתת בצבא יהיו מנת חלקה המרורית, ובמסגרת דיני הנזיקין, גם הלא מפוצה. בתנאים אלה יופטר ככל הנראה המזיק מאחריותו דווקא לנזקיה הכלכליים, בשל ריחוקם מטווח האחריות הנזיקית של מי שפגע בה מינית.<sup>210</sup>

שלל הנזקים הטיפוסיים והאישיים המאפיינים נפגעות תקיפה מינית, מלבד העובדה שכמעט אינם מדוברים במישור החברתי-ציבורי, זוכים להכרה מינימליסטית בעולם המשפט כבני-פיצוי. העובדה כי תביעות לפיצוי בגין נזקים מסוג זה הוגשו לראשונה לבתי משפט באמריקה רק בשנות התשעים ובארץ רק לפני כעשור, מעידה על חוסר הכרה משווע זה.<sup>211</sup> גל התביעות הנזיקיות החדשות בתחום מנסה לשנות מצב דברים זה. התביעה נגד מי שגרם לנזקיה של האישה מבהירה כי יש מחיר גבוה לנכסיה האישיים. מחיר זה נותר לרוב על כתפיה של האישה שעליה הונחתה מכת התקיפה המינית. כך היא סובלת וניזוקה פעמיים: פעם אחת מהתקיפה עצמה של גופה ושל חייה, בהיותה בתוך יחסי הכוח המגדריים החושפים אותה לכך, ופעם שנייה כשהנזקים הנובעים מתקיפה זו נותרים על כתפיה, והיא שצריכה לשאת בהם. בתביעה הנזיקית מתייצבת אותה אישה בפני מי שתקף אותה או אפשר את תקיפתה ודורשת ממנו לפצותה על אלה, כשלמעשה שהיא עושה יש אפקט ציבורי נרחב. היא דורשת מבית המשפט, המשמש שופרה של החברה, להכיר בפגיעות בה מצדיקות פיצוי. היא דורשת הכרה בכך ש"סבל נשי" אינו צריך להיות בעינו. זהו סבל שצריך לפצות בגינו, ובכך להפכו לבעל

209 ראו: Bitton & Shavit (לעיל, הערה 12).

210 בעיקרון, כללי ריחוק הנזק קובעים שהנזקים שעליהם יחוב המזיק צריכים להיות בתוך טווח צפיות התפתחות קרובה בזמן, במקום ובסוג הנזק לנזק הראשוני שאירע לתובעת כזו. ראו: ישראל גלעד ואהוד גוטל, "על הרחבת האחריות בנוזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי", **משפטים** לד (תשס"ד-תשס"ה) 385.

211 ראו: ביטון (לעיל, הערה 24) בעמ' 60-61, וראו: המקרים שיפורטו בהמשך.

משמעות חברתית ציבורית מוכרת בעצם תרגומו לכסף.<sup>212</sup> ודוק, התרגום לכסף כאן אין משמעו קומודיפיקציה של הסבל הנשי, כפי שרואה ריצ'רד אייבל, ובצדק, את רעיון הפיצוי הכספי בדיני הנזיקין על אינטרסים לא כלכליים.<sup>213</sup> כאן אין מסתיים ההליך בפיצוי של "תג מחיר" קפיטליסטי על עוד רגש אנושי, אלא יש בו משום הצגה נכוחה שלו כסבל קשה, ממשי, כזה הראוי להכרה וכמזכה בפיצוי לשם תיקונו. כדי להשיג אפקט זה חובה לייצר דיון מהותי ופרטני במאפייני הנזק הנגרם לתובעות ולא להסתפק בהצמדת סכום כלשהו לו ותו לא. פסיקת פיצוי היא תנאי הכרחי אך לא מספיק. פירוט והסבר של בית המשפט על מה בדיוק ניתן פיצוי ומדוע ראוי שהוא ינתן, בהדגשת יסוד האחריות שהוא מסמל, ימנעו את זילותו החומרית.<sup>214</sup> מהלך כזה יכול שייעשה בפסיקה ואף בחקיקה, כמוצג להלן.

#### (א) חשיפת פגעי התקיפה המינית בפסיקה

מהלך מודע של "מתן שם" לנזק והכרת דקדוקיו כנגד כוחם הקומודיפיקטיבי העז של דיני הנזיקין ניתן לזהות בפרשת **מזרחי**.<sup>215</sup> במקרה זה דובר באונס קבוצתי מזועזע שנעשה באישה על ידי שבעה גברים, במשך שלושה ימים רצופים, במקום מבודד, כאשר כלבים שומרים על הכניסה למקום על מנת למנוע את בריחת האישה מפניהם. האונס המתמשך הגיע לקצו רק כאשר גילו האנסים כי האישה סובלת מדימום רב ומסוכן. כה חמורה הייתה פגיעת האונס, שמחששם שמא תמות מאבדן דם הסיעוה מי מהם לבית חולים קרוב ושם עזבוה בחדר המיון. לאחר סיום ההליך הפלילי שבו הורשעו כולם החליטה האישה, שנעזרה בייצוג פמיניסטי מובהק, להגיש תביעה נזיקית "פרטית" נגד הגברים שאנסוה. התביעה הוגשה בלשון משפטית פמיניסטית מודעת, אולם פסק הדין שניתן בעניינה הותיר על עמדתו את אופיים המנוכר של דיני הנזיקין. בפסיקה קצרה בת שני עמודים ושלוש פסקאות קבע בית המשפט המחוזי בחיפה כי התובעת תפוצה בסכום של כארבע מאות ושישים אלף שקלים, שהיה כעשירית מסכום התביעה שהוגש. פסק הדין נראה כמו פסק דין נזיקי-כספי קלאסי: נקבע בו כי התובעת תפוצה בגין נזקיה כפי שבית המשפט מעריכם, ותו לא. נעדרו ממנו כל סממני הייחודיים של המקרה וכל ייחוד נזקיו. הוא עסק ב"תובעת" וב"נתבעים", בהוצאות רפואיות, בכאב וסבל ותו לא. מבחינה מעשית היה פסק הדין ערוך באופן שלאחר פסקת הפתיחה היבשה-משהו שלו,

212 לזלי בנדר, מחלוצות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין, מביעה בחדות את דחייתה את רעיון הפיצוי הכספי כפתרון יחיד לנזקים נשיים טיפוסיים, בד בבד עם הכרתה בכוח החברתי החשוב שיש להכרה בנזק בבית המשפט, וחיוב בפיצוי בגינו. ראו: Bender (לעיל, הערה 3) בעמ' 874–975.  
213 ראו: Abel (לעיל, הערה 64).  
214 לחשיבות דיבורו של נזק ובכך להפכו למוכר ולראוי להגנה ראו: ביטון (לעיל, הערה 176) בעמ' 146–158.  
215 ת"א (מחוזי חי') 209/05 **פלונית נ' מזרחי** (פורסם בנבו, 2008).

בפסקה השלישית והאחרונה, היבשה עוד יותר, פשוט ננקבו פיצוייה של פלונית. הניסוח הלשוני עוצב כך: "לפיכך, בהתאם לתקנה 97 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 ועל יסוד כתב התביעה ותצהיר עדות ראשית לעניין הנזק שהגישה התובעת [...] הנני מורה כדלקמן: נתבעים 1-5 ישלמו לתובעת, ביחד ולחוד, את הסכומים הבאים..."<sup>216</sup> חשוב לציין כי בעבור יסוד כאב וסבל פסק בית המשפט לפלונית פיצוי בסך 180,000 ש"ח בלבד, פחות ממחצית מסך הפיצוי הכולל. אך הפיצוי הבולט ביותר בהיעדרו בפסיקתו זו של בית המשפט המחוזי היה הפיצוי העונשי, שלו נתונה חשיבות מכרעת, בייחוד במקרי אונס ותקיפה מינית. פיצויים עונשיים בגין מעשי אונס ותקיפה מינית מבטאים את הסלידה של חברה מתוקנת מהתנהגות מכוערת זו ונועדו להרתיע מזיקים פוטנציאליים מלבצע את זממם בקרבנות כפלונית. במובן זה, פיצויים אלה משמשים הכלי המובהק ביותר למלחמה בנטיות הקומודיפיקציה של אינטרסים אישיותיים.<sup>217</sup> אולם כאמור, ההפך אירע במקרה זה.

קריאת נוסח פסק הדין מגלה כי הוא היה יכול באותה המידה להיפסק בגין תאונת דרכים, רשלנות רפואית או בור במדרכה שהזיקו לנפגעת.<sup>218</sup> הוא עוצב כהוראת תשלום וכ"המרת אחריות בכסף" עבור הנזק שנגרם לתובעת ולא כהוראת אחריות וכדין

<sup>216</sup> פסק הדין הראשון בתיק זה בוטל בהחלטת בית המשפט העליון בע"א 10506/06 **פלונית נ' מזרחי** (פורסם בנבו, 2007). פסק הדין שבוטל והמצוטט כאן סומן כך: ת"א (מחוזי חי') 209/05 **פלונית נ' מזרחי** (לא פורסם, 24.10.2006). הציטוט לעיל מופיע בפסקה השלישית בפסק הדין.

<sup>217</sup> יש להבהיר כי בניגוד לתפיסת דיני הנוזקין ודיני העונשין כיום, כמערכות דינים נפקדות המשמשות גם תכליות נפרדות, זו אינה התפיסה היחידה. דיני הנוזקין פועלים בתפקידים כמכווני התנהגות גם באופן שהוא מעין עונש על המזיק, בדמות חיובו לשלם פיצוי. אמנם אין מדובר בפיצוי שמטרתו המוצהרת להעניש את המזיק אלא לפצות את הניזוק, אך קו הגבול לא תמיד ברור. להרחבה ראו: ביטון (לעיל, הערה 65) בעמ' 659. דוגמה מובהקת לנוזקיות של דיני העונשין, או לעונשיות של דיני הנוזקין, ניתן לראות בסמכותו של בית המשפט הפלילי במסגרת גזר הדין לחייב את המזיק לשלם פיצוי לניזוק, גם מבלי שהניזוק הגיש תביעה כלשהי [סעיף 77(א) לחוק העונשין]. התוצאה המתקבלת היא שעל המזיק-עברייני פועלות כיום שתי מערכות דינים בר-זמנית, שמטרתן גם להעניש את העברייני וגם לחייבו לשלם פיצוי לניזוק. כך יכולות להיווצר שלוש קבוצות של עבריינים-מזיקים: כאלה שהוגשו נגדם כתבי אישום בלבד, כאלה שהוגשו נגדם תביעות נזיקיות בלבד, וכאלה שהוגשו נגדם גם כתבי אישום וגם תביעות נזיקיות. אך בכל קבוצה מוסמך בית המשפט לפסוק פיצוי לניזוק. התמהיל של שני אלה, קרי אם המטרה הדומיננטית היא להעניש או לפצות, תיקבע במידה רבה על בסיס המסלול הפרוצדורלי שנבחר. המסלול העונשי מדגיש היבט זה, אך הוא כולל גם היבט נזיקי. מנגד, הגם שהמסלול הנוזקי מדגיש את פיצוי הניזוק, ברור שיש לו גם היבט עונשי ושל הכוונת התנהגות המזיק.

<sup>218</sup> באווירה צינית, אם כי נכונה לחלוטין, יצוין כי אילו היו אלה הסיבות להטלת האחריות, היה בוודאי פסק הדין מפורט יותר. עם זאת יש להבהיר כי פסק הדין ניתן בהיעדר הגנה, אולם נעשתה בו התייחסות להוכחת נזקי התובעת, ולכן אי אפשר לטעון כי היה בגדר פסק דין פרוצדורלי.

במרכיביה. פסק הדין היה לקח חשוב. בניסוחו הדל הוא חשף לעומקו את הסיכון הטמון בשימוש בדיני הנזיקין לניהול מאבק חברתי-פמיניסטי. זהו הסיכון שהקפיטליזם הנזיקי ירים את ראשו ויכתוב פסק דין שראשיתו ואחריתו בהעברת כספים מהמזיקים לניזוקה. מסיבה זו הוחלט להגיש ערעור על פסק הדין, ובית המשפט העליון נדרש לסוגיה. בית המשפט העליון הבהיר בפסק דינו כי אין מקום לפסיקה מעין זו, אשר אינה מבחירה את ההקשר שבו ניתן פסק הדין, והתיק הוחזר לבית המשפט המחוזי להערכה מחודשת.<sup>219</sup> או אז נכתב פסק הדין המיוחל בהליך זה, ובו הוצגו עובדות מקרה האונס; נפרסה מסכת הייסורים של התובעת הן בעת האונס והן בשל הנזק הצפוי לה ממנו; נקבע שנזק זה חמור ביותר, וסכום הפיצוי נקבע ל-1.2 מיליון שקלים.<sup>220</sup> בהפגינו מודעות פמיניסטית אנטי-קומודיפיטיבית העיד פסק הדין על הפוטנציאל הטמון בשימוש בדיני הנזיקין להעלאת מודעותן של נשים לתביעת פיצוי ממי שתקפו אותן ולהכרה בפרטי נזקי התקיפה המינית והפך להיות אבן שואבת לדרישות נשים לפיצוי בגין תקיפתן מינית.<sup>221</sup> במקרה מאוחר יותר כבר ניכר בבית המשפט שראייתו את מהותן של תביעות אלה שונה, והוא מנצל את המקרה שלפניו כדי לחולל הפיכה על ראשם של דיני הפיצוי המוכרים. במקרה זה, שבו תבעה אישה את אביה החורג על התעללות מינית ממושכת שספגה ממנו כילדה, נפתח הדיון בנוקיה כך:<sup>222</sup>

התביעה שבפניי כוללת רכיבי נזק שונים. עם זאת ברי כי ראש הנזק העיקרי בו יש לדון הינו הנזק הלא ממוני שנגרם לתובעת ממעשיו הנפשעים של הנתבע [...] כל קרבן שעבר מסכת אירועים כה קשה [...] יישא את צלקות האירועים כל חייו, בין אם ימצא כי נותר סובל מנכות נפשית מוכרת ובין אם מצבו אינו מגיע לכדי נכות שכזו.

בדברים אלה בית המשפט מארגן מחדש את היררכיית דפוסי הפיצוי המוכרים: ראשון הוא ממקם את הנזק הלא ממוני, ואז מצביע על חשיבותו, עצמתו ונוכחותו בחיי התובעת, בלי קשר לשאלה אם ישפיע על יכולת השתכרותה. בהמשך הדברים מקבל מבנה חדש זה חיזוק, כאשר נקבעת שוב היררכיית החשיבות של הנזק כממוקמת מעל

219 ע"א 10506/06 (לעיל, הערה 218). פסק הדין אמנם נמנע מלהתייחס לטענות הפמיניסטיות שעלו בתיק, אולם הדבר הביא בפועל לביטול פסק הדין של בית המשפט המחוזי.

220 פרשת **מזרחי** (לעיל, הערה 215).

221 ראו למשל כתבי התביעה בפרשות: ת"א (שלום פ"ת) 2047/08 רז נ' **עזובן שאלתיאל אמנון** (נסגר בהסדר פשרה); ת"א (שלום ת"א) 28030-02-10 **גורן נ' אפרתי** (נסגר בהסדר פשרה); ת"א (שלום ת"א) 62205/07 **פלונית אלמונית נ' פלונתי** (נסגר בהסדר פשרה). זאת ועוד, פסק הדין מופיע כתמריץ לשימוש בתביעות אזרחיות באתרים של העמותה לסיוע לנפגעות תקיפה מינית, במרכז הידע המשפטי-חברתי, במרכז נגה ובאתרים של משרדים רבים של עורכי דין ועורכות דין העוסקים בתחום.

222 ת"א (מחוזי חי') 5539-04-09 **פלונית נ' פלונתי**, פס' 14 (פורסם בנבו, 2014).

לפגיעה התפקודית שבו, המוצגת כמשנית לה.<sup>223</sup> עובדה זו באה לידי ביטוי גם בפסיקת סכום הפיצוי, כאשר ראש הנזק הגבוה שזוהה בו היה דווקא זה הלא ממוני, בסך של 700,000 ש"ח, אשר פירוטו ודקדוקיו מפי בית המשפט מתווכים תיווך מעמיק, רגיש ומפורט את הצדקתו. אחריו מגיע נזק אבדן ההשתכרות, שאף שהיה לא מבוטל גם הוא – כ-650,000 ש"ח – זכה לטיפול מינורי בהרבה.<sup>224</sup>

מקרה נוסף שהוא קריאת תיגר על הסדר הקפיטליסטי של חשיבות הנזקים בדיני הנזיקין מצוי בפרשת **פלונית נ' פלוני**. שם, לאחר תיאור התקיפה המינית שעברה התובעת, פותחת השופטת בהבהרה חד-משמעית ולא מתנצלת: "טרם אדון בראשי הנזק אציין, כי לתובעת לא נגרם נזק גוף"<sup>225</sup>. משם היא נפנית מיד לעסוק בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה של התובעת:<sup>226</sup>

ראש הנזק בגין נזק גוף וראש הנזק בגין פגיעה באוטונומיה הם ראשי נזק מובחנים, הבאים האחד בנוסף או בהשלמה לשני, ולא האחד במקום השני. הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה אינו בא לשמש תחליף לפיצוי בגין נזק גוף. הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה משקף נזק אחר, בלתי-ממוני, שנובע מעצם הפגיעה ברצון החופשי. חשיבותו של ראש הנזק בגין הפגיעה באוטונומיה גוברת מקום בו אין בצידו גם נזק גוף.

הדברים נכוחים מאין כמותם: אין צורך בנזק גוף כדי להפעיל את דיני הנזיקין במלוא עצמתם;<sup>227</sup> יש נזקים שהם תקיפת הגוף, אבל פוגעים רק באינטרס אישיותי, כמו האוטונומיה והרגשות.<sup>228</sup> לכאורה אין בכך חידוש, שכן עוללת התקיפה הקלאסית שבפקודת הנזיקין אינה דורשת הוכחה של נזק גוף לצורך פסיקת פיצוי. עם זאת, בפועל, תובע שלא יוכיח נזק שכזה יקבל פיצוי סמלי בלבד, ואילו כאן השופטת נראית כמי שמבקשת להתנער מתפיסה זו.<sup>229</sup>

223 "לכל אלו עשוי להימצא ביטוי בקשיי תפקוד של הקרבן אולם ברי כי יש בהם לגרום לנזק נפשי לא ממוני שילווה את הקרבן [...] כל ימי חייה" (שם, פס' 17).

224 ראו בהתאמה: שם, פס' 14-19 ובפס' 21-26.

225 ראו: ת"א (שלום חי) 1062-01-11 **פלונית נ' פלוני**, בעמ' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2013).

226 שם, בעמ' 5 לפסק הדין.

227 פסק הדין זיכה את התובעת בפיצוי של חצי מיליון שקלים על אירוע תקיפה בודד.

228 התובעת כינתה את הפגיעה בה "גרימת תחושות שליליות", והשופטת מקבלת ביטוי זה כהווייתו (שם, בעמ' 4 ובעמ' 7 לפסק הדין).

229 ראו: אסף יעקב ויוני לבני, "הקפיצה הגדולה – על גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה", **עיוני משפט** לו (תשע"ו) 437. הגם שמאמרם נכתב כדי להראות מגמה של גידול בפיצוי, נדמה כי טרם ניתן לדבר על מגמה אלא אך על מקרה בודד, שהוא חריג לכלל. ומכל מקום, גם אם אכן קיימת מגמה של גידול בפיצוי, עדיין מדובר בפיצוי זניח יחסית לפיצוי הנפסק בגין נזקים פיזיים.

המקרים שתוארו לעיל הם סנונית ראשונה של הכרה בפגיעה באינטרסים אישיותיים כסוג של נזק שנגרם לנפגעות תקיפה מינית. אך עדיין ארוכה היא הדרך ומפותלת לקבלת הכרה גורפת בנוזקה. כדי להמחיש עד כמה מאתגר הוא מהלך זה של התרחקות מהמורשת הנזיקית ומהבסיס הקפיטליסטי שהיא מציעה לאומדן הנזק, ניתן להשתמש בתביעה של **פלונית**. בתביעה זו דרשה פלונית לקבל פיצוי מהמדינה על שאפשרה ברשלנותה את אינוסה, פעמיים, במוסד לאנשים מוגבלים נפשית שבו הייתה מאושפזת, בידי מאושפזים גברים.<sup>230</sup> בכתב ההגנה לתביעה טענה המדינה כי לא נגרם לתובעת "נזק" ניכר היות שמדובר באישה שסבלה ממילא מ-100% נכות, הייתה מאושפזת בשל כך ומנועה מלעבוד. משכך, הציעה להעניק לה פיצוי סמלי בלבד על נזקה. בית המשפט לא רק שלא שלל את טענת המדינה על הסף אלא אף ביקש מן התובעת להמציא לו סיכומים בכתב בסוגיה זו. בשלב זה התערבו ארגוני נשים בהליך המסוכן והגישו הודעת "ידידות בית-משפט", שבה טענו כי במקרי תקיפה מינית על דיני הנזיקין לחרוג ממסגרת ההערכה הקפיטליסטית של "שווי האישה כשווי הכנסתה" ולמקד עצמם בפגיעה בזכותה לאוטונומיה. עוד טענו כי קבלת טענה מעין זו תשמש "תיוג נמוך" של אנושיות התובעת לא רק בשוק העבודה אלא גם מחוצה לו, ואף תתיר את נפשו וגופו של ניזוקות שכורש ההשתכרות שלהן נמוך לפגיעה נוספת של החברה בהן בתקיפה מינית שהפיצוי עליה יהיה סמלי בלבד. המדינה, אשר נחשפה לעצמת ההתנגדות לטענותיה ולא יכולתה המשפטית, חזרה בה מן הטענה והחליטה להגיע עם התובעת להסכם פשרה.<sup>231</sup>

#### (ב) חשיפת פגעי התקיפה המינית בחקיקה

בהיעדר משנה חקוקה ברורה וסדורה בתחום, נסמכת הפסיקה הנזיקית בנושא הפיצויים, רובה ככולה, על פיתוח פסיקתי.<sup>232</sup> במובן זה, הבעיה של היעדר מסגרת פיצוי המכירה בנזק ומייחסת לו חשיבות איננה ייחודית לנזקי תקיפה מינית. אלא שבתחום התקיפות המיניות לחסר זה נפקות מיוחדת בשל חסר היסטורי של תורת פיצוי פסיקתית מבוססת וסדורה, כבנזקי גוף. חסר זה אף מגביר את החשש לקומודיפיקציה של הנזק בהצמדת

230 ת"א (ת"א) 14859-06-11 **פלונית נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2011, התיק חסוי). למרבה הזוועה, האישה, שבעת הגשת התביעה נאנסה כבר פעמיים, נאנסה שוב בעוד התביעה מתבררת!

231 עורכת הדין המייצגת בתיק הייתה רוני אלוני-סדובניק, אשר פנתה בבקשת סיוע ל"איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות תקיפה מינית", לארגון "אישה לאישה – מרכז פמיניסטי חיפה" ול"מרכז תמורה למניעת הפליה". שלושת הארגונים הגישו מסמך ידידות מאוחד לבית המשפט. התובעת בתיק קיבלה מהמדינה סכום פיצוי של כ-800,000 ש"ח.

232 ראו: אהרן ברק, "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דיני הנזיקין המצוי והרצוי", **עיוני משפט ט** (התשמ"ג) 243, בעמ' 246. ברק הציע כבר אז לחוקק "חוק פיצויים" מסודר. קריאתו זו עדיין לא נענתה. בעיה זו היא עוד "ירושה" של המשפט המקובל ושל התמקדות האקדמאים בו בהסדרי האחריות ולא בתוצאותיהם. ראו: Jaffe (לעיל, הערה 168) בעמ' 221–222.

"תג מחיר" לו, אשר לרוב, גם יהיה נמוך. בעניין זה פעל לובי פמיניסטי להערכה כספית של נזקי תקיפה מינית כדי להפוך את הקערה של הנחת היעדר הנזק על פיה. בהצעת חוק שניסחו מומחיות בתחום הן העמידו נקודת מוצא שלפיה, בלי קשר לשאלת הפגיעה בכומר ההשתכרות של תובעת-נפגעת תקיפה מינית, לתובעת שהוכח כי עברה תקיפה מינית נגרם נזק חמור – בבחינת יצירת "חזקת נזק" לטובתה (או לרעתה, במובן המהותי).<sup>233</sup> אף שהצעת החוק מציעה לקבוע את סכום הפיצוי כ"מספר יבש" של מיליון וחצי שקלים, ללא הוכחת נזק, היא נמנעת מקומודיפיקציה שלו. סכום הפיצוי שנקבע בה מבוסס על עבודת מחקר מקיפה על רכיבי הנזק הלא ממוני, כגון גילה הצעיר של הנפגעת, גילו של הפוגע לעומת זה שלה, מספר הפוגעים בה, מספר הפגיעות בה, היותה אדם מוחלש/בעלת מוגבלויות, סוג התקיפה המינית שחוותה ועוד. אלה כולם מספרים סיפור של מורכבות הפגיעה בתובעת ונותנים קול ומהות לכאבה.<sup>234</sup>

רשימה מפורטת זו של מרכיבי הנזק הרגשי מוצגת בפירוט רב ב"חוות-דעת כלכלית תומכת" המסבירה את מרכיביו של מודל הפיצוי במקרי פגיעה כאלה, ושצורפה תקדימית להצעת החוק.<sup>235</sup> מטרת חוות הדעת היא להיות כלי עזר לשופטים ולשופטות בבואן להעריך את הנזק הלא ממוני גם כאשר הפיצוי ינתן ללא הוכחת נזק, וממילא מונעת את השימוש ב"תג מחיר-סחיר" במקרים אלה.

#### (ג) תביעות "ציבוריות" לחלוקה-מחדש של האחריות החברתית ליחסי הכוח המגדריים

התביעות המכוננות להלן "ציבוריות" מאופיינות, במובן הפורמלי, בהפנייתן כלפי מי שאינם מבצעי התקיפה הישירים, אלא כלפי הגופים הציבוריים אשר כשלו בהגנתם על נשים מפני ניצול יחסי הכוח שבהם הן שרויות. גופים אלה, שהם מזיקים עקיפים-פריפריאליים, איפשרו את גרימת הנזק, ואחריותם כלפי הניזוקה נובעת מהיותם גורמים מאפשרי-נזק.<sup>236</sup> תביעות נגד גופים אלה מיועדות לדרוש חלוקה-מחדש של

233 הצעת החוק, שיוזמותיה הן עו"ד רוני אלוני-סדובניק ועו"ד ורד פרי, ושהח"מ נמנתה עם מנסחותיה, מקודמת בידי חברות כנסת ממפלגות שונות. ההצעה קובעת כדלקמן:

לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] יתווסף, לאחר סעיף 88:

סעיף 88א: בתביעה אזרחית מכוח סעיף 77 לחוק בתי-המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 ו/או בתביעה שיש בה שימוש בסעיף 42 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, ואשר באה בעקבות הרשעה בעבירה... רשאי בית המשפט לחייב את הנתבע לשלם לנפגע פיצוי של 1,500,000 ₪ ללא הוכחת נזק. (עותק מהצעת החוק בגרסתה הנוכחית מצויה במערכת כתב העת).

234 לחשיבות "מתן קול" כמתודה פמיניסטית ראו: ביטון (לעיל, הערה 176) בעמ' 178–182.

235 ראו המסמך: ירון זליכה "חוות-דעת כלכלית להצעת תיקון פקודת הנזיקין – חזקת נזק מתקיפה מינית" (המסמך מצוי במערכת כתב העת).

236 בתרגום לאנגלית, לשם דיוק דבריי, הביטוי המתאים לגורמים אלה לטעמי הוא Harm-facilitating bodies. לזיהויים כ"מזיקים פריפריאליים" ראו ביטון (לעיל, הערה 17) בעמ' 172–179.

האחריות החברתית לפוטנציאל המזיק שנושאים בחובם יחסי הכוח המגדריים, ולמעשה הקצאה-מחדש של התקציב הציבורי באופן שיביא בחשבון את פגיעותן. במסגרת יחסי הכוח המגדריים נשים כאלה, ככלל, אינן בעלות עמדת מיקוח כלשהי למול הקצאות תקציביות, ואילו גופים אלה נחשבים למי שבכוחם להשפיע רבות על עולמן. בהקשרים אלה ההשפעה האפקטיבית ביותר שיכולה להינתן לנשים בניהול משא ומתן על ההגנה על שלומן, באופן שבו לא יהיו תלויות בסוכנות שינוי אחרות שישתדלו למענן,<sup>237</sup> היא דרך הרתעה כספית, אשר תביא גופים מאפשרי-נזק להשתמש בכוחם הציבורי-כלכלי נכון וכראוי לטובתן של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות. אדגים השפעה זו דרך סיפורן של תביעות נוספות.

(1) התנהלות מעניקת-ביטחון לנשים במרחב העסקי של חברות

במציאות הקפיטליסטית שבה חברות מסחריות הופכות שחקניות מרכזיות בזירה הציבורית של חיינו כולנו, מיקוד תביעות בגורמים פרטיים כבעלי השפעה דרמטית הוא מהלך מתבקש לשם הנעת הליכים חברתיים מקדמי-שוויון.<sup>238</sup> ככל שהמרחב הציבורי הולך ומופרט לבעלי הון השולטים בו, כן מתרחבת זירת ניהול המשא ומתן על חלוקת הרווחים בין הציבור לבין אותם תאגידים פרטיים לנוכח העובדה שכל תאגיד שואף להשיא את רווחיו בתחום עיסוקו.<sup>239</sup> המשא ומתן המתנהל לכאורה במסגרת זו יהיה על הקצאת נתח מהרווחים לצורכי הגנה על הצרכנים מפני סכנות האורכות להם במרחב העסקי. כאן, דווקא בתחום הבטיחות, יש לכאורה רגולציה המעניקה הגנה זו.<sup>240</sup> אלא שלנשים פגיעות ייחודית בשל היותן מצויות בתוך יחסי כוח חברתיים, ודיני הנזיקין יכולים להיות בידיהן כלי להבאת פגיעות זו אל שולחן המשא ומתן העסקי המדומיין ולחייב הכרה בפגיעות זו והשקעה במניעתה.

כדי להבין טוב יותר מערך רעיוני ופרקטי זה, ברצוני למקם את המוחלשות היחסית ומיוחדת-המגדר של נשים בהקשר הייחודי של "פחד נשי". "הפחד הנשי" הוא אותו פחד עודף מפני תקיפה מינית המלווה אישה במרחבים ציבוריים.<sup>241</sup> חוסר האיזון שהוא מבטא כפול: פעם אחת הוא מתבטא בהיותו פחד שנשים חוות, ואילו גברים לא, כפי

237 כמו למשל חברות כנסת פמיניסטיות או ארגוני נשים העוסקות בפעילות פרלמנטרית אינטנסיבית ומקצועית.

238 יש הטוענים כי במובנים רבים חברות נושאות בתפקידים שנשאו בהם בעבר מדינות, ובכך הופכות להיות שחקניות חיוניות ביצירת הסדר החברתי. ראו למשל: David Vogel, *The Market for Virtue: The Potential and Limits of Corporate Social Responsibility* (2005).

239 ראו: Baumol, Litan & Schramm (לעיל, הערה 30).

240 כוהר, למשל, חוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968, על דרישותיו השונות לבטיחות העסק בטרם יינתן לו רישיון.

241 הזיהוי של פחד זה נעשה בידי סוציולוגיות פמיניסטיות. ראו: Margaret T. Gordon & Stephanie Riger, *The Female Fear: The Social Cost of Rape* (1989).

שמחקרים בתחום הסוציולוגיה והוויקטימולוגיה גילו.<sup>242</sup> בפעם השנייה, הוא מתבטא בהיות מקורו של פחד זה בהבניה החברתית הבעייתית, שלפיה נשים חשופות לתקיפה מינית במובהק יותר מגברים, ומידי גברים,<sup>243</sup> ולכן עוברות אינדוקטרינציה (מעין שכנוע שיטתי או "שטיפת מוח") לפחד מלהיאנס במרחב הציבורי.<sup>244</sup> הפחד הנשי, כשלעצמו, הוא בעל משמעויות כלכליות לנשים, הנושאות בעלותו כמעט לבדן.<sup>245</sup> שינוי ביחסי הכוחות בינן לבין בעלי העסקים שבהם הן מסתובבות יחייב את בעלי העסקים להשקיע בנטרול אותו פחד.<sup>246</sup> בין היתר נחשב המרחב העסקי למעורר את הפחד הנשי, כשהוא יוצר מרחבים מבודדים בתוכו.<sup>247</sup> דיני הנוקין יכולים לשמש כלי למניעת יצירת מרחבים שכאלה באופן שבעלי עסקים ישקיעו מרווחיהם למנוע יצירת מרחבים כאלה ויבטיחו ביטחון רב יותר לנשים במרחביהם העסקיים.

דוגמה להפעלה כזו של דיני הנוקין בהקשר קפיטליסטי מובהק ניתן למצוא בפרשת **ביתילי**,<sup>248</sup> שם הוטלה אחריות על חברת "ביתילי" לפצות את עיזבונה של תמר ברז ז"ל אשר נאנסה ונרצחה בשנת 1997 על גג בית העסק. בקליפת אגוז, במסגרת חיפושיה אחר ריהוט לביתה הגיעה תמר לחנות "ביתילי", שהיא רשת מבוססת ומצליחה של חנויות למכירת מוצרי עיצוב לבית. כששאלה בחנות היכן תוכל למצוא ריהוט כמבוקשה, הופנתה תמר אל קומת הגג המבודדת. תמר, אשר הייתה סמוכה ובטוחה כי היא במקום עסק מוגן ומאובטח, שמה פעמיה אל קומת הגג. אלא ששם המתין לה לבדו אחד ממוכרי החנות, ומיד עם עלותה למעלה תקף אותה מינית, נעל את דלת הכניסה לקומת הגג ושם, לבד ומבלי שאיש יפריעו, הוציא לפועל את תכניתו הרצחנית לאנוס ולרצוח את תמר. ודוק, אונס ורצח זה לא היו קורים לגבר. תמר נאנסה ונרצחה משום שהייתה אישה,

242 אחת הציטטות המצוינות בהקשר זה היא של וואר, המצהיר: "עבור נשים, הפחד מפשע הוא הפחד להיאנס". בכך, בראש ובראשונה, מוסבר עודף הפחד הנשי על זה הגברי. ראו: Mark Warr, "Fear of Victimization: Why are Women and the Elderly More Afraid?", *Social Science Quarterly* (1984) 681, p. 700.

243 ראו: *The Causes of Rape: Understanding Individual Differences in Male Propensity for Sexual Aggression* (Martin L. Lalumie' re et al. eds., 2005).

244 ראו למשל: Esther I. Madriz, "Images of Criminals and Victims: A Study on Women's Fear and Social Control", 11 *Gender & Society* (1997) 342.

245 למשמעויותיו הכלכליות של נטל זה ראו: Bitton & Shavit (לעיל, הערה 12). המאמר מאשש גם את הטענה שפחד זה הוא בעל מאפיינים נשיים מובהקים, נטוע בעיקר אצל נשים, והן הנושאות העיקריות בעלות מניעתו.

246 שם, בעמ' 137-139.

247 מרחב מבודד סותר את כלל ההימנעות מאונס במרחב הציבורי שזוהה אצל נשים: "לא להיות לבד". ראו: William F., McKibbin, Todd K. Shackelford, Aaron T. Goetz, Vincent Bates, Valerie G. Starratt, & Emily Miner, "Development and Initial Validation of the Rape Avoidance Inventory", 39 *Personality and Individual Differences* (2009) 336, pp. 336-340.

248 ת"א (מחוזי ת"א) 2271/04 **עוזבן ברז נ' ביתילי בע"מ** (פורסם בנבו, 2010).

ומשום שהרוצח חיפש משך חודשים אחר מקום לאנוס בו אישה (כעולה מעדותו במשטרה ומפסק הדין הפלילי). חברת "ביתילי", אשר ניהלה את עסקה הרווחי לפי העיקרון הקפיטליסטי של הגדלת רווחיה, לא פעלה ליצור סביבת קניות בטוחה לנשים כדוגמת תמר, והתוצאה לא איתרה לבוא. אחריותה של החברה הייתה, מבחינתה, לספק חוויית קנייה למוזמנים לחנות. הנטל של סכנת אונס האורבת לנשים, כרגיל, הונח לפתחה של האישה הקונה, תמר. לא בכדי העלתה החברה בכתב הגנתה טענת הגנה של "אשם תורם" של תמר, על אשר עלתה לגג אף שניכר כי הוא מבודד מן החנות. לגרסתם, יובהר כי זוהי גרסה מקובלת, או למצער נפוצה בשיח הציבורי, זוהי אחריותה של האישה להגן על עצמה מפני הסכנות האורבות לה כאישה.<sup>249</sup>

בית המשפט המחוזי השתמש ברעיון חובת הזהירות שבאחריות ברשלנות כדי לשרש תפיסה תרבותית זו, הפוגעת בנשים. עמדתו הייתה כי יש להרחיב את טווח האחריות של בעלי עסקים כדי שחובתם תשתרע על דאגה לבטיחות הקונים בהם, ובכך ישונו דפוסי האדישות לביטחון הקונות והזלזול בחשיבותו. אף שנוסח בלשון מגדרית-ניטרלית, לפסק הדין משמעויות מרחיקות לכת עבור נשים. הוא מפעיל עבורן את דיני הנוזיקין באופן שמשנה את תפקידן המסורתי כמי שאמונות על אסונותיהן ועל ביטחונן ומעביר נטל זה מכתפיהן אל כתפי בעלי ההון הנהנים מכוחן הצרכני הגובר והולך של נשים. הבניית הנמקתו של פסק הדין סביב הציר המרכזי של אחריות בעלי עסק לסיכון העולה מ"מקום מבודד" בבית עסק מחזקת משמעות מגדרית אנטי-קפיטליסטית זו.<sup>250</sup> פסק הדין הוא אפוא שינוי של ממש ביחסי הכוח שבין בעלי מקרקעין עסקיים ונשים המגיעות אליהם.

השפעת פסק הדין דרך המנגנון הקפיטליסטי על ביטחונן של נשים נובעת גם מזהות נמענותיו. אף שרשמית פסק הדין ניתן נגד חברת "ביתילי", והחובה שבו מופנית כלפי בעלי עסקים, הוא נוגע ישירות לחברת הביטוח "מגדל", אשר ביטחה את החנות בביטוח אחריות לנזקים שאירעו בשטחה. האם יש בעובדה זו כדי לסכל את מטרת פסק הדין ואת

249 רינה בוגוש ורחל דון-יחייא, **מגדר ומשפט: אפליית נשים בכתי המשפט בישראל** (1999) פרק ז' בעמ' 159-195; 1087 (1986) *95 Yale L. J.* "Rape", Susan Estrich.  
 250 נקל לקבוע כי החשש ממקום מבודד ככזה מזוהה מגדרית כחשש מפני אונס. זאת ועוד, בנסיבותיו הייחודיות של המקרה, זהו החשש שעלה. הרצח במקרה זה היה תוצאה ישירה של "אונס שהשתבש", ואף הוא בעל זיהוי מגדרי מובהק. ניתן להציע לראות כאן את קו הדמיון בין תפיסה זו לתפיסה שנדונה לעיל בעניין *Lamson* (לעיל, הערה 90), בדבר אחריותו של העובד לדאוג לשלומה. לאישה אין בררה אלא להיות אישה, והטלת חובה לדאוג לעצמה תוך פטירת יתר החברה מאחריות זו (אשר ללא ספק יש לה אינטרס בקיומן של נשים) היא בלתי סבירה. האפשרות של להישאר בבית כרוך שעות היום או ללכת לכל מקום בליווי שומרי ראש – אינה אפשרות הוגנת לנשים. בדומה לזה, האפשרות של עובד לעזוב את מקום עבודתו ומקור פרנסתו אם הוא חושב שיש בו סכנה בטיחותית אינה הוגנת לעובדים. נקודה זו ממחישה את הקשר הטבעי בין המאבק הפמיניסטי לבין המאבק הכלל-חברתי לשוויון.

האפקטיביות שלו, ברוח הביקורת שהעלה ריצ'רד אייבל נגד מנגנוני האחריות הביטוחית בנויקין, במקום האחריות הישירה של בעל העסק?<sup>251</sup> נראה כי במקרה זה לא רק שאין בהסדר הביטוחי משום סיכול של רעיון האחריות החברתית, אלא יש בו אף משום חיזוק שלו. חברת ביטוח כמו "מגדל", שהיא המבטחת בעלת נתח השוק הגדול ביותר של בתי עסק בישראל, יכולה להביא לשכלול דרמטי את מיזם השינוי הנויקי-חברתי. עם קבלת פסק הדין התנהלות כלכלית-קפיטליסטית-רציונלית של חברת הביטוח תהיה לשנות את דרישות הבטיחות במקום עסק כתנאי להענקת פוליסת ביטוח. דרישה שכזו תוביל לשינוי דפוסי הבטיחות של עסקים בישראל, ובהתאמה לשינוי חלוקת האחריות לבטיחותן של נשים, אשר מקורה ביחסי הכוח המגדריים. מלבד זאת חשוב עוד לציין כי על אף חשיבותו המיוחדת לנשים, פסק הדין לא השתמש בכלים חדשניים לפרשנות דיני הנויקין אלא בניתוח המסורתי של עוולת הרשלנות. בכך הוכיח כיצד ניתן להשתמש בשפה אשר אפשרה את קידומו של הקפיטליזם דווקא לצורך שימת גבולות ראויים עליו. מהלך זה, של איסור להשתמש בקפיטליזם תוך סיכנונו של הגוף הנשי, שזור יפה גם בטקטיקה הפמיניסטית הבאה, הכורכת בין הגוף הנשי ותפוקותיו הקפיטליסטיות.

(2) אנטי-קפיטליזציה של הגוף הנשי

כאמור לעיל, קת'רין מקינן הייתה הראשונה לחבר חיבור הדוק בין התאוריה המרקסיסטית האנטי-קפיטליסטית והתאוריה הפמיניסטית. בתרגמה את טענת העושה של מרקס ליחסי הכוח המגדריים התייחסה למיניות הנשית כמשהו השייך לנשים, שגברים ניכסו להם ועושים מהן כדי להפיק דרכו הנאה מינית בדרך של ניצול, שעניינו גרימת כאב וכפייה מינית.<sup>252</sup> המרחב הקפיטליסטי הרואה באישה גוף מנפיק הכנסה חושף אותה כמוכּן לנזק מיוחס-מגדר ייחודי והוא הנזק של שעבוד גופה לטובת הפקת רווח כלכלי ממנו לאחר, משמע סחר בנשים. במוכּן זה, ההיגיון הפיננסי הקפיטליסטי עושה תפנית חמורה עוד יותר, באשר הוא מבצע אינדוידואליזציה של ההון. במסגרתו אין עוד הקפיטל וההכנסה ממנו שני גורמים נפרדים, אלא העושה הקפיטליסטי בו מוכּפל: הן ה"קפיטל" – להלן: גוף האישה – והן הרווח המופק ממנו – במעשה מכירת שירותי המין שלה – נעשים שניהם לאחד, והיא המנוצלת בלקיחתם ממנה לטובת מי ש"סוחר" בה. בעל ההון כאן, שלא כבעל ההון במערך הקפיטליסטי, אפילו אינו יכול להציג את זכותו לבעלות רכושית על הנכס, וממילא אינו מי שנושא באיזה קרדיט שהוא

251 אייבל טוען כי תשלום נזק באמצעות חברת ביטוח הוא אי-קבלת אחריות של המזיק, ובכך מסכלת את אחת ממטרותיהם החשובות של דיני הנויקין – הרתעה לצורך הבטחת זהירות ובטיחות. ראו: Richard L. Abel, "A Critique of American Tort Law", 8 *Brit. J. L. & Soc'y* (1981) 199, p. 203.

252 הציטטה המדויקת של מקינן לתיאור יחס זה היא: "Sexuality is to feminism what work is to Marxism: that which is most one's own, yet most taken away" Catherine A. MacKinnon, "Feminism, Marxism, and the State: An Agenda for Theory", 7 *Signs* (1982) 515, p. 515.

על ייצור הרכוש או על הסיכון הטמון בניהולו.<sup>253</sup> דיני הנזיקין יכולים לשמש בידיה של מי שהפכה נסחרת בידיו של אחר כלי למיגור התופעה, לחשיפת נזקי הניצול ולדרישה לפצות עליהם. בכך הם חותרים תחת הלגיטימיות של היחס למיניות-כפויה של האישה כ"זירה עסקית". תפיסה כזו עדיפה למשל על המוקש הקפיטליסטי הטמון בטיפול בנושא דרך דיני העבודה בדרישה להשיב את "דמי הניצול" לידי הנסחרת.<sup>254</sup> דוגמה למהלך נזיקי שכזה היא עניין **פלוני**.<sup>255</sup> בפרשה זו השתמשה התובעת – קרבן סחר בנשים – בשלל עילות נזיקיות להצדיק את פיצויה בגין נזקיה הקשים: הפרת חובה חקוקה בדבר איסור סחר; כליאת שווא בגין החזקתה הכפויה; תרמית, על שרומתה בהבאתה ארצה; גזל, על שנגזלו ממנה כספי האתנן. השופטת בבית המשפט המחוזי אישרה בפסק דין רווי שיח מגדרי-פמיניסטי חלק מתביעתה ופסקה לה 250,000 ש"ח בגין נזקיה הלא ממוניים, ועוד 50,000 ש"ח כפיצוי עונשי.<sup>256</sup> נועזותו של פסק הדין אינה מצויה בחדשנות של פיתוח עולות נזיקיות בו להגנה מפני סחר,<sup>257</sup> אלא דווקא בלשון הברורה שבה השתמשה השופטת כדי להגיע להכרעה בתוך ההקשר העובדתי-חברתי-ייחודי שבו בוצעה העוולה:<sup>258</sup>

253 בהקשר זה עלתה לאחרונה טענה פמיניסטית שלפיה על נשים להשתמש בכוחן כ"בעלות ההון" בחלוקה אולטרה-קפיטליסטית זו כדי להרוויח את הפוטנציאל הפיננסי הטמון בהון זה לעצמן. ראו: הסקירה המקיפה בתחום של טענה זו של "כלכלה פמיניסטית" אצל קארין-כרמית יפת ושולמית אלמוג, "מין, מגדר ומשפט: מקלקלת מין לכלכלת מין – לקראת המשגה חדשה של מיניות נשית במשפט הישראלי", **משפטים** מה (2017) 385.

254 מהלך כזה הוא בעייתי יותר מבחינת אישוש האלמנט הקפיטליסטי במכירת גופה של האישה. ראו לבטי בית המשפט בפרשת ע"ע (ארצי) 480/05 **בן-שטרית נ' פלונית** (פורסם בנבו, 2008). עמדת היועץ המשפטי לממשלה בנושא הייתה אף היא שלא ראוי לאפשר התייחסות ל"יחסי סחר" כ"יחסי עבודה".

255 ת"א (מחוזי ת"א) 2191/02 **אלמונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 2006).

256 סכום הפיצויים הוגבל לאלה הלא מוחשיים בלבד.

257 בית המשפט החליט לבסס את התביעה על עילת הפרת חובה חקוקה וכליאת שווא בלבד, ובכך דחה את הדרישה המקורית והייחודית להכיר בתובעת כמי שנגזלו ממנה כספי האתנן. בית המשפט ציין כי היה על ק"א לתבוע את שכר העבודה שנגזל ממנה בבית הדין לענייני עבודה, שלו סמכות ייחודית לדון בתביעות מעין אלה. שם, פס' 11. שאלה מעניינת היא גם אם הייתה פלונית תובעת מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, הייתה נדחית תביעתה לעניין ראש נזק זה, שהרי בית המשפט הביע את מורת רוחו מסיווג העוולה כעילת גזל וגרס כי "אין התובעת זכאית במסגרת תביעה זו לעילת הגזל כפי שהוגדרה על ידה שהרי מדובר בתביעה מוסווית שהיא במהותה תביעה לשכר עבודה". אציין לעניין זה כי לצורך הוכחת תביעה בעילת עשיית עושר ולא במשפט נדרשים לשלושה יסודות: התעשרות, שלא כדין, על חשבון המזכה (להרחבה ראו: דניאל פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (תשנ"ח)).

258 לחשיבות הקריאה הקונטקסטואלית של דיני הנזיקין ככלי פרשנות פמיניסטי חיוני להבנה טובה יותר של דינים אלה ראו: ביטון (לעיל, הערה 24).

סחר בבני אדם למטרות עיסוק בזנות חמור הוא יותר מסחר לצרכי עבודות אחרות שהן חוקיות, באשר מדובר בעבודה בלתי חוקית ובלתי מוסרית, אשר מקבעת את תפיסת האישה כגוף ללא נשמה, שתכליתו היא סיפוק צרכים מיניים של גברים, במטרה להעשיר את הסוחר.<sup>259</sup>

השפה הברורה שנקטה השופטת בהצביעה על ההקשר האנטי-חברתי שבו נולדה עילת התביעה היא שאפשרה לה להטיל אחריות נזיקית ולהשית פיצויים על הנתבע, אף שהתובעת לא נכחה ולו בדיון אחד בבית המשפט. השופטת הצדיקה את שימושה במנגנון הפיצוי ללא הוכחת נזק הקיים בדיני הנוזקין בהקשרים אחרים ככלי למניעת התופעה שלפיה מאחר שנשים נסחרות מגורשות מהארץ בתום המשפט הפלילי נגד מי שסחר בהן, תימנע שיטתית האפשרות לפצותן על סבלן.<sup>260</sup> מנגנון זה, גרסה השופטת המודאגת, מבטיח כי נשים נסחרות שנתפסו לא תוכלנה לנכות בהליך אזרחי ממושך לפיצוין שיוגש לאחר ההרשעה.<sup>261</sup> לפיכך פיצוי נשים אלה על דרך האומדנה, תוך שימוש בהערכה שיפוטית המסתמכת על מחקרים וממצאים כלליים על אודות סבלן ונזקייהן של נשים קרבנות אלימות, רב בו – כך נקבע באומץ – לשם הכשרת פסיקתו של סכום הפיצוי האמור.<sup>262</sup> מלבד זאת פסק הדין חשוב בשל היותו כלי לניגוח הגרסה הנצלנית ביותר של קפיטליזם, שבה מנוצל גוף האישה פעמיים בידי הנתבע: פעם אחת כדי לאפשר לתקוף אותה מינית, ופעם שנייה כדי להפיק מכך רווח עבורו.

### 3. סיכום: פמיניזם א-קפיטליסטי

נשים הולכות והופכות שחקניות הנהנות יותר ויותר מהגנת דיני הנוזקין בישראל. זה כעשור שבית המשפט מרחיב את הגנתו עליהן מפני נזקים, בין במסגרת של תביעות בגין תקיפות מיניות, בין בשל נזקי היריון ולידה ובין בשל פגיעות שהן סופגות בתוך משפחתן כתוצאה מאלימות ביתית.<sup>263</sup> רבים מהמהלכים שננקטים בדיני הנוזקין בישראל בהקשר

259 עניין פלוני (לעיל הערה 255) פס' 16.

260 שם, פס' 13–14.

261 בשיטה הישראלית סביר יותר להמתין עם תביעה אזרחית עד לאחר קבלת פסק דין פלילי, בשל ההטבות הפרוצדורליות והראייתיות הטמונות בהליך שכזה, כעולה הן מהוראת סעיף 77(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984 – המאפשר ניהול תביעה נזיקית כהמשך ישיר להרשעה בפלילים – והן מהוראת סעיף 42(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971 – המאפשר להשתמש בעובדות שנקבעו בגזר הדין כמוכחות לצורך קביעת האחריות בהליך האזרחי.

262 פסק הדין קיבל אישור לחשיבותו באישורו בבית המשפט העליון על אף הקשיים שעורר. ראו: ע"א 3806/06 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 2009), בעיקר פס' 6.

263 לפירוט המהלך שבו נתקבלו פסיקות אלה, להיקפן ולמגבלותיהן, ראו: ביטון (לעיל), הערה 24. להתפתחות הבעייתית בנושא נזקי היריון ולידה ראו: יפעת ביטון, "תיעול מחדש בתעלת הלידה: ניזוקים משניים או נזק משני?", מחקרי משפט כט (התשע"ד) 107.

הספציפי של מאבקן של נשים להכרה בנזקיהן מיוחסים המגדר שמקורם בתקיפות מיניות נעשים באופן שמשנה את כללי המשחק הקפיטליסטיים של דיני הנזיקין. למרות התקיימותם במגרש של דינים אלה ניתן לתארם כמי שפועלים לעיצוב מחדש של כללי המשחק בו. הם מייצרים, דווקא במרחב זה, שיח המסיט את תשומת הלב הקבועה של הקפיטליזם משוק העבודה ומנכסים מניבי-הכנסה שקובע שוק זה אל עבר דפוסים אחרים של "שווי כלכלי", המגולמים בנכסים אנושיים והמחייבים הכרה ב"שווי האנושי" המגולם בהם. שלב נוסף ופורץ-דרך של מאבק זה יכול להתגבש בעיצובם של סעדים שאינם כרוכים בפיצוי כספי דווקא, ושיש בהם כדי להטמיע את חשיבותה של קבלת האחריות על פגיעה בנשים. כך למשל, ניתן לחשוב על צווי עשה להכרה בפגיעה המינית והתנצלות עליה כאלמנט בעל חשיבות מרפאה לנשים נפגעות תקיפה מינית.<sup>264</sup> מסגרת זו, הנראית שונה מכל המוכר עד כה בדיני הנזיקין וחריגה להם, דווקא קיימת בקירוב בתחום הנזיקי הוותיק של דיני לשון הרע, היכולים להיות אבן שואבת לגיוון סעדים מעין זה.<sup>265</sup> מסגרת נוספת יכולה להיות כזו של העמדת צווי עשה להפנמת אחריות המזיק לפגיעה מינית בחיובו להשתתף במעין עבודות שירות שיעממו אותו עם היקף נזקי מעשיו.<sup>266</sup>

#### ד. קריאת התיגר על אופיים הקפיטליסטי של דיני הנזיקין מזווית המרחב הבין-לאומי-האמריקני

המגמה המוצגת במאמר זה, של שינוי דפוסי הפעולה של דיני הנזיקין לטובת החלשת מאפיינים קפיטליסטיים בחברה, אינה ייחודית למשפט הישראלי ואינה מוגבלת להקשר הפמיניסטי. דפוס דומה של פעולה מודעת ומאורגנת כזו ניתן לזהות במסגרת משפט אחרת, שבה משמשים דיני הנזיקין, אם בהצהרה ואם במשתמע, כלי להגנה על זכויות אדם מפני איום קפיטליסטי עליהן. במסגרת זו דיני הנזיקין פועלים להגנה על הפרט, ולעתים על קהילות שלמות, מפני הֶדְבָקוֹת הקפיטליסטית בהגנה על אינטרסים של בעלי ההון, כבמקרים של גרימת נזק במסגרת פעילותם הכלכלית. זירת המשפט הבין-לאומי מסמנת כיום, כפי שיוצג להלן, את מרכז הכובד של שינוי מגמה זה ומבטאת אותו בעצמות רבות ביותר בשל האפקטיביות הרבה שיש למשפט הבין-לאומי – בשונה מזה

264 Tracy L. Morri & Julie A. Lipovsky, "The Role of : אפקט החיובי של מהלך שכזה ראו : Perpetrator Acknowledgement in Mediating the Impact of Child Sexual Assault: An Exploratory Study", 5 *J. of Child Sexual Abuse* (1996) 95.

265 ראו סעיף 9 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, המאפשר לבית המשפט לצוות, נוסף על כל סעד, על שלל התנהגויות לתיקון הפגיעה בתובע וכן סעיף 19 המאפשר לו להביא בחשבון את העובדה שמוציא לשון הרע פרסם התנצלות על מעשיו.

266 לזלי בנדר מציעה בסיס פמיניסטי מקיף ומעמיק לדרישה לסעד מעין זה. ראו: Bender (לעיל, הערה 3) בעמ' 898-908.

המקומי – על סדרי התנהלות ועולמות משמעות משפטיים. בתחום זה בולט במשפט האמריקני שימוש מרכזי ביני הנוקין נגד חברות מסחריות המפרות זכויות אדם בפעילותן המסחרית.<sup>267</sup>

פעילותן של חברות נתפסה מאז ומתמיד כבעלת מטרה אחת: מקסום הרווח שלהן לטובת בעלי המניות.<sup>268</sup> משום כך פעילות החברה לא עסקה כלל בשאלות של אחריותה כלפי החברה בכלל וכלפי הקהילה שבה היא פועלת בפרט. מצב זה השתנה בשני העשורים האחרונים, עם כניסתו של רעיון "האחריות החברתית של תאגידים" (CSR – Corporate Social Responsibility) לשיח העסקי.<sup>269</sup> אחריות חברתית של חברות הובנתה ואף הובנה בחברה האמריקנית בעיקר כעניין פרטי של פילנתרופיה מרצון של החברה. מודל האחריות היה כזה שחברה שעסקיה הניבו לה רווחי ענק הייתה מצופה לתרום לקהילה שבה היא פועלת בדרך של פילנתרופיה, מעמדה של מידת חסד, ובוודאי לא כחובה.<sup>270</sup> תפיסה זו השתנתה עם השנים, ככל שהלכה והתרחבה התובנה כי מאחר שעושרה של חברה מסחרית נובע משימוש מוגבר שלה בטובין החברתיים חובה עליה להתנהל בצורה שתאזן שימוש זה או תכיר בו בדרכים שונות.<sup>271</sup> אחת הדרכים לעשות כן, בעיקר ברמה הקהילתית, היא לתרום חזרה לחברה, לנקוט פעולות לקידום הטוב הכללי ולהימנע מפגיעה באוכלוסייה שבה מתקיימת פעילותה. במקרים של מדינות מוחלשות שבהן מתקיימת הפעילות, יש הגורסים שעל החברה לקבל תפקידים מעין-ציבוריים ממש לידיה כאחריות לשלומה של המרחב שבו היא פועלת עסקית, ובעיקר לשלומם של מי שחיים במרחב זה, בהיעדר הגנה מדינתית ראויה.<sup>272</sup> למרות

- 267 William Casto, "The New Federal Common Law of Tort Remedies for Violations of International Law", 37 *Rutgers L.J.* (2005) 635. אופן הפעלתו של מנגנון זה מפורט החל מפרק 1 של חלק זה של המאמר, להלן.
- 268 מטרה זו מגדירה את אופי חבותם של נושאי משרה בתאגיד אף כי חל בה עם השנים כרסום. עם זאת נראה כי יותר משחל כרסום בתפיסה זו, היא הועשרה בתכנים נוספים של אחריות תאגידית לצדה. ראו: "The Good, The Bad, and Their Corporate Codes of Ethics: Enron, Sarbanes-Oxley, and the Problems With Legislating Good Behavior", 116 *Harv. L. Rev.* (1996) 2123. למנגנונים המאפשרים זאת במשפט ולהצדקותיהם ראו: עלי בוקשפן ואסא כשר, "אתיקה בחברות עסקיות: שיקולים משפטיים ומוסריים", **משפט ועסקים ב (התשס"ה)** 259.
- 269 לסקירת מהלך השינוי בתחום ראו: עופר סיטבון ורונית דוניץ-קידר, "אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט", **המשפט יז (2012)** 297.
- 270 להתפתחות תפיסת האחריות התאגידית מפילנתרופיה לחובה כאבולוציה דורית ראו: Simon Zadek, "Third Generation Corporate Citizenship: Public Policy and Business in Society", *The Foreign Policy Centre* (2001) 9, pp. 9–11.
- 271 לביסוס החובה ראו: עלי בוקשפן, "אחריות חברתית ותאגידית וביטוייה במשפט", **תאגידים ז (2010)** 1.
- 272 להרחבה באשר לטווח הפעולות האפשריות במסגרת אחריות חברתית-תאגידית ראו: Vogel (לעיל, הערה 238).

אידאל זה, במציאות ניכרו מחסור מהותי ברגולציה של חברות טרנס-לאומיות, עודף ביחסי כוח חברתיים מהגרועים הקיימים בין המיקום של ניהול החברות ובין מיקום אזורי פעולתן וחוסר מוטיבציה פנימי להשקעת משאבי החברה בהגנה על זכויות אדם.<sup>273</sup> לכן דיני הנזיקין הבין-לאומיים האמריקניים הפכו לאחד הכלים החיוניים לריסון האפקטים המזיקים שבפעילות חברות אלה.<sup>274</sup> אותו משפט אמריקני, שבו נוסד והועצם האפקט הקפיטליסטי של דיני הנזיקין, הפך בעשורים האחרונים בית לתפיסה שונה מאוד של תפקידם המשפטי בהקשר של הפעלתו לטובת מי שסבלו נזקים מידי חברות ענק טרנס-לאומיות בפעילותן העסקית. במילים פשוטות, דיני הנזיקין יצרו כלי להפנמה השלילית של הנזקים שהחצינו אותן חברות ענק על סביבתן המוחלשת והלא מוגנת.

### 1. האחריות הנזיקית הבין-לאומית בחוק האמריקני – רקע

על פי הדין הנזיקי הפדרלי-אמריקני, בית משפט פדרלי יכול לדון בתביעה המובאת לפניו של אדם אשר ניזוק ממעשה שעשה אדם אחר, במדינה אחרת, ובלבד שהיה באותו מעשה משום הפרה של כללי המשפט הבין-לאומי המקובל. ובלשונו הקשה לתרגום מדויק של החוק, המכונה Alien Tort Statute (ATS):<sup>275</sup>

[t]he district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.

סעיף חוק זה מאפשר שימוש בכלי נזיקי לקבלת פיצוי בארצות הברית על פגיעות שכללי הקניית הסמכות המקומית של המשפט הבין-לאומי הפרטי לבדם היו מונעים קבלתו שם. מקור החוק היה בתפיסה האמריקנית שלפיה, בניגוד לרעיון ה"מקומיות" של האחריות הפלילית, הנתפסת כשייכת לקהילה הרבה את ריבה עם הפרט, הרי שהזכאות הנזיקית

<sup>273</sup> מצב זה, שבו כללים לאומיים אינם מטילים רגולציה על חברות בהקשר של זכויות אדם, הוביל בעבר את האו"ם לפרסם כללים מנחים להתנהלות חברות בין-לאומיות, אם כי כללים אלה אינם מחייבים. עוד, בשנת 2012 פרסם האו"ם כללים מנחים לעסקים, להגנה על זכויות אדם (פורסם כאן: [www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2\\_En.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf)). להרחבה, ראו: John Christopher Anderson, "Respecting Human Rights: Multinational Corporations Strike Out", 2 *U. Pa. J. of Labor and Unemployment L.* (2000) 463. שם מדגיש המחבר את התעצמות כוחם של תאגידים בין-לאומיים ואת השפעתם ההולכת וגדלה על תנאי המחיה ברחבי העולם, לצד התמריצים הכלכליים הברורים לממשלות מקומיות להעלים עין מפגיעה בזכויות אדם.

<sup>274</sup> שם, בעמ' 491–494.

<sup>275</sup> החוק מוכר גם כחוק הפדרלי הראשון: *The First Judiciary Act*, 28 U.S.C. § 1350 (2012). החוק עצמו חוקק בשנת 1789.

היא "פרטית" לאדם (In personam), וממילא יכולה לעבור עמו גבולות וקהילות ועדיין להישאר אפקטיבית. תפיסת אחריות בין-לאומית זו פתחה, על פני הדברים, פתח דרמטי להגשת תביעות באמריקה בגין מעשים פוגעניים ומזיקים בפני כל אדם שנפגע, בכל רחבי תבל, מידי כל ישות משפטית שהיא. למרות הפוטנציאל האדיר האצור בחוק זה, ואף שהוא בן יותר ממאתיים (!) שנים, הוא נותר בגדר "אות מתה" רוב שנותיה של היסטוריית המשפט האמריקני ועד לפני כשלושה עשורים.<sup>276</sup> אז, בשנת 1980, נעשה בו שימוש שהפיח בו רוח חיים, בידי בית משפט פדרלי אשר קבע כי ניתן להגיש במסגרתו תביעה בגין עינוי ומוות שגרם שוטר מפרגוואי, במסגרת חקירה פוליטית של עזיר.<sup>277</sup> מבחינה דוקטרינרית, שאין צורך להרחיב עליה כאן, נקבע כי כל הפרה של "משפט האומות" (the law of nations) המעוגן במשפט הבין-לאומי הנוהג-הקונטיננטלי (customary international law) או באמנה בין-לאומית שעליה חתומה אמריקה, אשר גרמה נזק לניזוק, תהיה עילה לניזוק לתביעת פיצוי למול נתבע, שניתן לזמנו לדין על אדמת אמריקה. קביעות אלה הולידו מבויל של תביעות. מגמה זו הובילה את בית המשפט העליון האמריקני לקבוע (גם מסיבות שונות הקשורות בעיקר לכללי ההתנהלות של מדינות ריבוניות במרחב הבין-לאומי) כי יש לצמצם את תחולת החוק בדרכים שונות ולהפעילו במשורה בלבד.<sup>278</sup> אף שעם הזמן הושמו עוד ועוד מחסומים על זכות התביעה מכוח החוק, שבתחילה נראתה מקור בלתי נדלה לתביעות מעין אלה, הביא "גילוי" בסוף המאה שעברה לתקופת פריחה בהגנת דיני הנוקין על זכויות אדם.<sup>279</sup>

הכוח המרפא הבין-לאומי שהחוק מעניק לשימוש ביני הנוקין הופעל תחילה בעיקר לפיצוי במקרים של פגיעה חמורה בזכויות אדם מחוץ לאמריקה בהקשרים של פגיעות מעין-שלטוניות ומעין-מלחמתיות. כך למשל, הוגשו מכוח סעיף זה תביעות נגד אנשי צבא ומליציות שפגעו באזרחים בעת מלחמה,<sup>280</sup> תביעות של נשים שנאנסו בידי מליציות<sup>281</sup> ותביעות של אזרחים שניזוקו מפגיעי טרור.<sup>282</sup> אלה היו מקור להתפתחות

276 להשתלשלות השימוש בחוק ראו: Casto (לעיל, הערה 267).

277 פסק הדין יצר למעשה תחום משפטי חדש וחדשני דרך סעיף זה. ראו: *Filartiga v. Pena-Irala* 630 F.2d 876, para 24-25 (2nd Cir. 1980); ILDC 681 (US 1980).

278 המגבלה המרכזית שהטילה הפסיקה על החוק עניינה בהכפפת כללי האחריות הנוקית לאלה של המשפט הפלילי הבין-לאומי, כפי שהוא מגובש באמנות הרלוונטיות השונות ובפסיקה של בתי דין בין-לאומיים-פליליים מוסמכים. ראו: Chimene I. Keitner, "Conceptualizing Complicity in Alien Tort Cases", 60 *Hastings L.J.* (2008) 61, pp. 92-97. גם פלטשר מצדד כמובן בספרו בנושא בגישה זו. ראו: George P. Fletcher, *Tort Liability for Human Rights Abuses* (2008) pp. 57-58. פסק הדין היחיד שהגיע אל פתח בית המשפט העליון הוא גם זה שבו נקבעה מגמה זו. ראו: *Sosa v. Alvarez-Machain* 542 U.S. 692, 718 (2004).

279 ראו: Fletcher (לעיל, הערה 278).

280 ראו: עניין *Filartiga* (לעיל, הערה 277).

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

הפסיקתית בתחום. אלא שעם הזמן, באופן מעניין וחשוב, החל השימוש בחוק מקבל גוון אנטי־קפיטליסטי מובהק, כאשר החלו מוגשות באמצעותו תביעות של אזרחים שניזוקו מפעילות מסחרית פוגענית של חברות ענק בטענה כי נפגעו מדורסניות<sup>283</sup>. כך למשל הוגשו תביעות בגין ביצוע פרויקטים עם ממשלות זרות שבמהלכם פגעו הממשלות בתושבים המקומיים בכפותם לעבוד או בהריגתם ובהתעללות בהם, תביעות נגד חברות שקיימו עסקים עם ממשלות שבהן פעל משטר מפלה ומדכא ועוד.<sup>284</sup>

בהתחשב בכך שמשרדי האם של החברות נמצאו במדינות מערביות ופעלו מתוכן, ההגנה שלהן על זכויות האדם במרחבים המערביים הייתה קלה יותר לציפייה, לדרישה ולמימוש. לעומת זאת התנהלותן של החברות במקומות שיש בהם מרכז נוסף שלהן – דהיינו, מדינות עולם שלישי, בעיקר בדרום אמריקה, אפריקה והמזרח הרחוק – הפכה להיות מאופיינת בהפרה שיטתית של זכויות אדם.<sup>285</sup> הפרת זכויות האדם במסגרת פעילות מסחרית לרוב לא זכתה לגינוי מפי משטרים חלשים בעולם השלישי, הניתנים לעתים לקנייה בדמי לא־יחרץ והלוקים בעצמם בחוסר הגנה על זכויות אדם בשטחם. פעמים רבות אף היה ניתן לזהות התעלמות ואף סיוע של המדינה לחברה הפועלת בשטח מתוך אינטרסים כלכליים צרים (לאו דווקא לא ראויים כשלעצמם) של הותרת הפעילות המסחרית המערבית־מצילה בה.

ההרחבה ההולכת וגדלה של אחריותן הנזיקית של חברות נעשתה במישורים שונים, אשר הרכיבו מהלך הוליסטי של ריסון החצנת נזקיה של פעילות כלכלית טרנס־לאומית ועיצבו אותו כתופעה של ממש.<sup>286</sup> חלק מהרחבות האחריות היו ייחודיות למאפייניהן של חברות, וחלק היו כלליות יותר; חלקן היו פרוצדורליות וחלקן מהותיות; כולן יחד אפשרו הרחבה של טווח הגישה של ניזוקים לכלי הנזיקי למול החברות שפגעו בהם.

- 282 ראו: *Tel-Oren and ors v. Libyan Arab Jamahiriya and ors, Appeal Judgment per curiam* 726 F2d 774 (DC Cir 1984); ILDC 875 (US 1984).
- 283 ראו: *Abdullahi v. Pfizer Inc.*, 562 F.3d 163, 168 (2nd Cir. 2009); *Doe v. Unocal* 963 F. Supp. 880 (C.D. Cal. 1997).
- 284 בעניין *Unocal*, שם, נטען נגד החברה כי עליה לפצות את התובעים בגין העסקה כפויה, מקרי רצח ומקרי אונס שלהם, בהיותם תושבי כפר בכורמה, שם נוהל פרויקט צינור הגז של החברה האמריקנית. בעניין *Pfizer*, שם, טענו התובעים כי החברה שיתפה פעולה עם ממשלת ניגריה בביצוע ניסויים אסורים בבני אדם, בילדים חולי מנגיטיס. חלק מהילדים מתו, חלקם הפכו עיוורים, חירשים, משותקים או פגועים מוחית.
- 285 לסקירה של חלק מתופעות אלה ראו: סיטבון ודוניץ־קידר (לעיל, הערה 269) בעמ' 302–303.
- 286 ראו: Anita Ramasastry, "Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon - An Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations", 20 *Berkeley J. Int'l Law*. (2002) 91, 92.

## 2. הטלת אחריות לעולה גם בהיעדר ביצוע ישיר ומלא שלה

את פעילותן של החברות הטרנס-לאומיות מאפיינת בשיטתיות חלקיות ביצועית. משמע, הן מתנהלות באופן שפעילותן במדינות ייסודן היא בעיקר ניהולית ולעתים שיווקית, ואילו במדינות המוחלשות פעילותן יצרנית בלבד. חלקיות זו מחייבת חבירה לכוחות מקומיים לשם ביסוס פעילות הייצור ושימוש ביתרונות ה"מקומיות" שלהם. שיטת פעולה זו יוצרת תמונת ניתוק בין הנעשה בשטח הייצור במדינה המתפתחת או הלא מפותחת ובין ההנהלה הרחוקה והנקייה במדינות המפותחות.<sup>287</sup> במובן המשפטי, משמעות הדבר הייתה שבשל אי-ישירות ביצועית זו לא היו החברות יכולות להיחשב בתנאים אלה למבצעות הישירות של העוולות, ולכן לאחראיות לנזק.<sup>288</sup> בשל קושי מרכזי זה שבו נתקלו התובעים הוקדשו מאמציהם בשלב הראשון של שימוש בסעיף החוק לקשור חברות טרנס-לאומיות לפעילותם המזיקה של השלטונות המקומיים<sup>289</sup> וכן של אנשים בודדים.<sup>290</sup> את זאת עשו דרך דוקטרינת ה"סיוע וקשירת קשר לביצוע עברה" (aiding, abetting and complicity), המקובלת לצורך הטלת אחריות במשפט הבין-לאומי.<sup>291</sup>

ניסיון זה התקבל בבתי המשפט, תוך העמדת רף גבוה להוכחתו וסירוב לקבל "הנחה" בדבר קיומו של קשר כזה ללא הוכחה עובדתית חותכת.<sup>292</sup> קביעתם הייתה שבמקרים שבהם אכן תוכח ידיעה של ההנהלה על המתרחש במתחמיה בחו"ל, למשל באופן פנייתם של ארגוני זכויות-אדם אליה או דיווח עיתונאי וכו', היא תיחשב למי שעומדת בדרישות הדוקטרינריות לראות בה מי שביצעה את העוולה, משדלת או משתפת פעולה.<sup>293</sup> בתגובה ניסו החברות למנוע את הגעתו של בית המשפט בתביעות הללו לשלב הדיון המהותי בשאלת מעורבותן כ"קשורות קשר" באמצעות אסטרטגיה

287 למבנה זה של חברות טרנס-לאומיות ראו: Richard E. Caves, *Multinational Enterprise and Economic Analysis* (3<sup>rd</sup> ed., 2007) pp. 253–288.

288 כלל האחריות הנוקיה הבסיסי במשפט המקובל הוא שהאחריות היא אישית. ראו: גלעד (לעיל הערה 19) בעמ' 1345.

289 Sabine Michalowski, "No Complicity Liability for Funding Gross Human Rights Violations?", 30 *Berkeley J. of International L.* 451, 453 (2012); Sarah Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation* (2004) p. 50.

290 ראו: Hin-Yan Liu, *Law's Impunity: Responsibility and the Modern Private Military Company* (2015) pp. 273–274.

291 ראו: Douglas Cassel, "Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts", 6 *Northwestern J. of International Human Rights* (2008) 304.

292 ראו: *Re Sinaltrainal Litigation*, Lower court decision 474 F Supp 2d 1273 (SD Fla. 2006); ILDC 306 (US 2006). במקרה זה קיבל בית המשפט את טענת הקשר כמספקת, אולם קבע כי בפרשה זו לא הוכיחו אותה התובעים.

293 ראו: Chimene I Keitner, "Corporate Complicity in Alien Tort Actions", 60 *Hastings L.J.* (2008) 61.

מרכזית של בקשה למחיקה על הסף של התביעה בשל טענה של היעדר עילה. כאן נעשה ניסיון מתוחכם של החברות, בהסתמך על לשונו העמומה של סעיף החוק, לטשטש את הגבולות בין עצם הוכחת הסמכות הבין-לאומית – שהיא שאלה מקדמית ופרוצדורלית מובהקת – ובין הוכחת קיומה של עילת תביעה מהותית של הפרת "משפט האומות" בידי החברה. בית המשפט סיכל ניסיון זה כשקבע כי ברגע שיש סמכות פרוצדורלית, תיעשה בחינת עילת התביעה הסובסטנטיבית לגופה רק בשלב מאוחר יותר, ולכן לא תאפשר למחוק את העילה בשלב מקדמי.<sup>294</sup> עם זאת הדרישה להוכיח קיומו של קשר בין החברה או חברת-הבת שלה ובין מי שביצעו בשטח את הפרות זכויות האדם, תורגמה בבתי המשפט לדרישה להוכיח "מיזם משותף" ממש (joint venture) בין הצדדים או להוכיח שהחברה עזרה ביוזעין למפרי זכויות האדם במדינת הייצור,<sup>295</sup> ולא רבים היו התובעים שעמדו בנטל זה. כאן שוב נחסמו התביעות כבר בשלב המקדמי של בקשה למחיקה על הסף בשל הקושי של תובעים לתאר ברמה העובדתית את היחסים בין החברה היושבת במדינה מפותחת למזיקים הישירים הפועלים במדינה המתפתחת, ולהציג ראיות ראשוניות לכך. מהלך זה הציל חברות מערביות אייקונויות כמו קוקה-קולה ואדידס מהטלת אחריות עליהן בתחום.<sup>296</sup>

בעניין **קוקה-קולה** הוגשה תביעה בגין מותם של שלושה עובדים קולומביאנים במפעל החברה. בתביעה הנזיקית נטען כי חברת קוקה-קולה נתנה יד, באמצעות חברות שבבעלותה בקולומביה, למיליציות פרה-צבאיות שרצחו כמה עובדים מכיוון שהתאגדו בארגון עובדים. בית המשפט דחה את התביעה בטענה שלא הוכח קשר בין המעשים לבין ממשלת קולומביה ולבין קוקה-קולה. בעניין **אדידס** הוגשה תביעה נגד חברת אדידס ונגד השלטון הסיני בידי ארבעה אזרחים סינים שהוחזקו במחנות עבודת כפייה, שם הם הוכרחו לייצר כדורגל הנושא את סמליל (לוגו) החברה בתנאים קשים. התביעה נדחתה בטענה שהתובעים לא הראו כל קשר של אדידס למעשים, לבד מהעובדה שבסופו של דבר הסמליל של אדידס הושם על הכדורים. מקרים אלה מעידים על הצורך לסייג את תופעת פתיחת השערים בפני תובעים בגין מעשים של חברות בעלות פעילות בין-לאומית. גם בהיכנסם לפרוזדור עדיין מקשה עליהם דרישת ההוכחה של הקשר של חברות אלה למעשים הפסולים של השלטונות המקומיים לעבור ממנו אל הטרקלין הנזיקי.

294 ראו: *Roe I and ors v. Bridgestone Corporation and ors*, Lower court decision 492 F. Supp 2d 988 (SD Ind 2007); ILDC 806 (US 2007).

295 לפרטי הדוקטרינה ודרישותיה החמורות ראו: Keitner (לעיל, הערה 293).

296 ראו: הבקשות למחיקה על הסף שהתקבלו אצל *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.* (2003, SD Fla) 256 F Supp 2d 1345, 16 FLW Fed D 382 (להלן: עניין **קוקה-קולה**) ואצל *Bao Ge v. Li Peng* 201 Supp. 2d 14 (D.D.C., 2000) (להלן: עניין **אדידס**).

## 3. פתיחת תביעות לנתבעים שאינם מדינה אלא חברה

הרעיון הבסיסי שמאחורי המשפט הבינ-לאומי הוא שזירה משפטית זו שמורה ככלל למדינות בלבד. עם ההתרחקות מעמדה פורמלית זו וההחדרה של שיח זכויות האדם לזירה הבינ-לאומית נראה היה כי עיקר המהלך יועד לתת מקום דווקא לפרט שנפגע ממעשיה של מדינה. הפרטה רעיונית נוספת הייתה באפשרות להעמיד לדין פרטים על מעשיהם שנעשו בהקשר מדינתי מובהק, כפי שנעשה במקרהו של אייכמן או במשפטי נירנברג.<sup>297</sup> כדי להגיש תביעות נגד חברות פרטיות נדרשו תובעים להרחיב עוד את ה"הפרטה" של המשפט הבינ-לאומי גם לתביעה של חברות על פעילות עסקית פרטית. אתגר זה היה קשה במיוחד בהקשר הייחודי של חוק ה-ATS, שם עוגנה במפורש הדרישה שהחוק שהמעשה שבגיניו תוגש התביעה לפיצוי יהיה הפרה של "חוקי האומות" (law of the nations). דרישה זו, כך היה נדמה, הייתה עלולה לסכל כל אפשרות לתביעת חברות.<sup>298</sup> אלא שהתשובה השלילית לתהייה זו הגיעה באחד המקרים הראשונים שבו הוגשה תביעה נגד חברה לפי חוק זה, בפרשת *Doe v. Unocal*,<sup>299</sup> שבה נתבעה חברת אנרגייה אמריקנית בידי תושבי בורמה. התושבים טענו כי החברה, אשר פעלה בארצם לבניית צינור להובלת גז לתאילנד, שיתפה פעולה עם הממשלה בביצוע סדרת פגיעות בזכויות האדם המוגנות שלהם כדי לאפשר את השלמת הפרויקט במינימום הוצאות ו"הפרעה" אזרחית להשגתו. בית המשפט הפדרלי של קליפורניה קבע כי הפרה של "חוקי האומות" יכולה להיעשות גם מתוך שיתוף פעולה עם ממשלה קיימת ואיננה מחייבת שאך ממשלה תבצע אותם. בכך בוסס הרעיון שיש לקרוא את "חוקי האומות" ב-ATS כבסיס להגנה על זכויות אדם המוכרות בעיני ה"אומות" ולא ככאלה שדווקא "אומות" מפרות. יתרה מזאת, בית המשפט זיהה כמה הפרות כאפשריות ללא שותפות ממשלתית כלל, כגון "עבודה כפויה", שלה טענו הבורמזים במקרה זה. פסק הדין הפך לאבן דרך מרכזית לקראת פתיחת הדלת בפני תביעות נגד חברות ענק כמפרות ענק של זכויות אדם במשפט הבינ-לאומי, ו-*Unocal* הפכה לסמל למאבק צודק זה.<sup>300</sup>

למרות ניצחון זה לא שכך המאבק בדבר זהותו של הנתבע כאינדיווידואל, וסוגיה זו עוררה סערה גם בפסיקה מאוחרת. פניה נחשפו כעוסקים ישירות בשאלה הקונקרטית של הטלת אחריות על חברות מסחריות בפרשת *Khulumani v. Barclay National Bank*.<sup>301</sup> במקרה זה התאגדה קבוצת ענק של כ-85,000 תובעים לתבוע את החברות המערביות שנהנו בתקופת האפרטהייד בדרום-אפריקה מיחסי הניצול והגזענות ששררו בה, לצורך קידום רווחיהן העסקיים. בית המשפט סירב לקבל את טענת החברות כי אינן יכולות

297 למהלך זה ראו: Louis Henkin, "Human Rights and State 'Sovereignty'", 25 *Ga. J. Int'l & Comp.* (1995-1996) 31.

298 ראו: *In re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litig.* 978 F.2d 493, 501 (9th Cir. 1992).

299 עניין *Unocal* (לעיל, הערה 283).

300 למעשה, שתי התביעות שפתחו פתח זה במשפט האמריקני היו נגדה.

301 509 F.3d 148 (N.Y., 2007).

לשמש "שחקניות" במישור המשפט הבין-לאומי. לעומת זאת שופט המיעוט סבר כי אף אם אינדיווידואלים יכולים להפר את כללי משפט האומות הבין-לאומיים, חברה מסחרית דווקא אינה יכולה לעשות זאת, שכן היא אינה "ישות" בשיח "משפט האומות". המחלוקת בין השופטים לא נותרה בין תחומי פסק הדין ולמן שנת 2001 החלה תנועת הפוכה בפסיקת בתי המשפט הפדרליים אשר פסקו נגד רעיון ההכרה בחברה מסחרית כנתבעת לגיטימית לפי החוק.<sup>302</sup> נקודת-מחלוקת זו הוכרעה סופית רק בפרשת *Kiobel*, באופן שניתן לראות בו כמכיל מחלוקת זו: אף כי מותר לתבוע חברה מסחרית תחת החוק, נראה כי זכות זו מוגבלת כעת לחברות אמריקניות בלבד, לאור מבחן הקשר ההדוק לאמריקה הנדרש לשם הקניית סמכות אזרחית בין-לאומית לבתי-המשפט הפדרליים.<sup>303</sup>

#### 4. פתיחת תביעות לתובעים שאינם אינדיווידואלים

(א) **הגשת תביעות בידי איגוד עובדים**<sup>304</sup> – חלק מהתביעות שהוגשו נגד חברות כוונו לפיצוי התובעים בשל הפרת זכויות האדם של עובדים ושל זכויותיהם הבסיסיות באופני העסקתם. את התביעות הגישו איגודי עובדים, הן בשל הקולקטיביות והשיטתיות של פגיעת החברות בחבריהם/ן והן בשל יכולת הגישה הגבוהה יחסית שלהן למערכת המשפט האמריקנית, לעומת העובד או העובדת הבודדים. פתיחת הדלת בפני תובע שהוא איגוד עובדים היוותה אפוא במובהק הרשאה שיש לה השלכה ישירה על האינטרס של חברות שלא להיתבע על מעשיהן, ועוד בתוך מפעליהן ממש.<sup>305</sup>

(ב) **הגשת תביעות בידי ארגוני חברה אזרחית (NGO)**<sup>306</sup> – אף שאין מדובר במקרה זה באינטרס אנטי-קפיטליסטי מובחן, ברי כי הקביעה שארגונים לא-ממשלתיים זכאים להגיש תביעה לפי החוק פתחה חזית שלמה של איום על פעילותן של חברות. חרות אלה חשופות יותר מטבען לתביעות של עובדיהן אף שלפעילותן נלווה לעתים גם נזק

302 Mara Theophila, "Moral Monsters' Under the Bed: Holding Corporations Accountable for Violations of the Tort Statute after *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*", 79 *Fordham L. Rev.* (2011) 2859, pp. 2880–2900. לפרשת קיובל עצמה ראו: *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* No. 10-1491, slip op. (U.S. Apr. 17, 2013).  
 303 לפירוט על עניין *Kiobel*, ראו: להלן, הטקסט הצמוד להערות השוליים 314 עד 320.  
 304 ראו למשל: התביעה שהגיש איגוד עובדים נגד חברה לכריית פחם שהייתה לה שלוחה בקולומביה ושהואשמה בשותפות לרצח ולחטיפה של פעילי איגודים מקצועיים במדינה *Estate of Locarno Rodriguez and ors v. Drummond Co, Inc and ors, Decision on Motion to Dismiss* 256 F Supp 2d 1250 (ND Ala 2003); ILDC 322 (US 2003)  
 305 ראו למשל: עניין **קוקה-קולה** (לעיל, הערה 297), שבו הגיש את התביעה ארגון עובדים, לפיצוי על מוות של שלושה עובדים.  
 306 ראו למשל תביעה שהגיש ארגון זכויות אדם למען נשים בשם נערה נגד ארגון חזית ההצלה האסלאמית באלג'יריה ונגד אזרח החבר בארגון בגין פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, *Jane Doe I v. Islamic Salvation Front* 993 F Supp 3 (DDC ועיניוים (DDC) 1998).

לאוכלוסייה שמסביב ושאינה עובדת בחברות הללו. מקום שמדובר באוכלוסייה מסוג זה – מוחלשת מוחלשת, ושולעתים קרובות מועסקת ברובה על ידי החברה המזיקה – פעמים רבות – פעמים רבות הסיכוי היחיד שלהן להגיש תביעה בגין פגיעה בהן היה באמצעות ארגון זכויות אדם.<sup>307</sup>

## 5. הכרה מהותית בזכויות אדם הקשורות לפעילות עסקית כ"חוקי האומות"

כאמור, כדי לבסס עילת תביעה מכוח ה-ATS, על תובעים להוכיח כי זכותם שנפגעה במעשי החברה חוסה תחת הגדרת "חוקי האומות", על מנת להקנות סמכות שיפוט לבית המשפט בעניינה. משכך, אתגר נוסף שניצב לפתחם של נתבעים היה להוכיח כי הפגיעות שנפגעו מוכרות כמוגנות במשפט הבין-לאומי, משמע שהן קונקרטריות בתחום השתרעותן, אוניברסליות במשמעותן ומחייבות במהותן.<sup>308</sup> חלק מזכויות אלה היו מוכרות זה מכבר ואינן טיפוסיות דווקא לפעילות העסקית של החברות. כך למשל, עינויים שנקטו חברות נגד עובדיהן היו יכולים לחסות בהכרה שכזו בשל ההכרה הייחודית בעינויים כאסורים במשפט הבין-לאומי. במשפט האמריקני האיסור על עינויים זכה להגנה חוקית בין-לאומית ייחודית גם בחוק ה-Torture Victim Prevention Act.<sup>309</sup> האתגר הקשה היה אפוא לבסס הכרה כזו בנוגע לזכויות שפגיעה בהן מאופני הפעילות של החברות היא טיפוסית.

ראשונה השליכו תובעים את יהבם על הדרישה לראות בזכות להתארגנות מוגנת בחוק. חלק ניכר מהמאבק של עובדים בחברות במדינות המפותחות בתנאי העסקתם

307 ראו למשל: עניין *Pfizer*, לעיל הערה 283, שם הוגשה התביעה בידי ארגון נגד חברות שקיימו קשרים עסקיים עם הממשלה הדרום-אפריקאית בתקופת האפרטהייד. ראו: Michalowski (לעיל, הערה 289) בעמ' 455–456. כפי שעולה מדברי המחברת, משמעה של ההכרעה הוא למעשה פתיחת הדלת בפני פעילות כלכלית רחבת היקף, מבלי לחשוש כי פעילות כזו תיקשר לפעילותן המפרה של ממשלות הנהנות מיתרונותיה הכלכליים (שם, בעמ' 469). נראה כי מדובר בהכרעה שגם אותה ניתן לתאר כקפיטליסטית, בהעדיפה את התעשרותן של חברות ענק על חשבון האוכלוסייה המקומית, מבלי הצורך לבדוק כל מקרה לפרטי נסיבותיו (לטענה מסוג זה של השופט Leval בעניין *Kiobel* (לעיל, הערה 302). ראו גם: Hin-Yan (לעיל, הערה 290) בעמ' 272). עם זאת נראה כי אמנם יש מוכנות להגביל את הפעילות הכלכלית במקרים של קשר מובהק לפעילות פסולה כגון טרוריות (בעמ' 484). מדובר בארגון שבו חברים כ-85,000 קרבנות של הפרות זכויות אדם שהתרחשו בתקופת האפרטהייד, שמטרתו לתקן את עוולות התקופה. ראו באתר הארגון.

308 כך הוגדרו זכויות האדם לצורך הכרה בהן מכוח החוק. ראו: הסקירה אצל Genc Trnavci, "The Meaning and Scope of the Law of Nations in the Context of the Alien Tort Claims Act and International Law", 23 *U. Pa. Int'l Econ. L.* (2005) 193.

309 חוק זה נתפס כמקרה ייחודי של סמכות נזיקת אמריקנית בין-לאומית בהקשר של עינויים. ליחס בין שני הסדרי הסמכות ראו: Ekaterina Apostolova, "The Relationship between the Alien Tort Statute and the Torture Victim Protection Act", 28 *Berkeley J. Int'l Law.* (2010) 640.

המחפירים והמיועדים להזיל את עלות הייצור, נעשה בתוך ניסיון שלהם להתארגן כעובדים. פעילות החברות לשבירת ההתאגדות היא שביססה אפוא את הפגיעות והנזקים שבגינם הוגשו נגדן תביעות, ולכן הפכה השאלה אם זכות זו יכולה להיות מוכרת כ"חוקי האומות" לשאלה קריטית המצויה במחלוקת בין בתי המשפט הפדרליים במחוזות השונים.<sup>310</sup> לצד שלילת ההכרה נמצאה לה תמיכה בבית המשפט בפרשת *Rodriguez v. Drummond*,<sup>311</sup> אשר קיבל את הטענה כי זכות ההתאגדות של עובדים אכן מבססת הכרה בין-לאומית.

למרות ההכרה החשובה שלעיל רוב הזכויות שהציגו תובעים נגד חברות בהקשר עסקי מובהק לא הוכרו כמוגנות בחוק הבין-לאומי. זכויות חשובות כמו איסור העבדת ילדים או איסור על העבדה כפויה, המאפיינות רבים מדפוסי ההעסקה במדינות הלא מפותחות, זכו לרטוריקה אוהדת בבתי המשפט אך לא להכללתן כמעניקות סמכות שיפוטית בהם.<sup>312</sup> זכות נוספת שנגעה לאחת הפגיעות המרכזיות בפעילות ההרסנית של החברות – שעניינה פגיעה מסיבית במשאבי טבע והרס הסביבה – זוהתה אף היא בבתי המשפט ככזו שאינה חוסה בהכרה כחלק מ"חוקי האומות".<sup>313</sup>

## 6. חוקי הנזיקין הבין-לאומיים-אמריקניים – תקווה אבודה?

למרות שלל ההישגים המרהיבים שהושגו נגד חברות טרנס-לאומיות לריסון נזקי פעילותן העסקית הלא מרוסנת במשך 30 שנה, לאחרונה נפל דבר באשר לגישתם של תובעים לשימוש בחוק הפדרלי כבסיס להטלת אחריות נזיקית. בפרשת *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, Co*<sup>314</sup> קבע בית המשפט העליון של ארצות הברית כי יש לצמצם את גודל הסמכות השיפוטית של החוק באופן שכנגד כל תביעה תועמד חזקה בדבר היעדר סמכות אקסטרטוריאלית לבתי משפט אמריקניים,<sup>315</sup> אלא אם מדובר במקרים שבהם יהיה ניתן לזהות שהתביעה "נוגעת וקשורה" לאמריקה באופן שיכניע את החזקה.<sup>316</sup> רוחב היריעה אינו מאפשר כניסה לעובי הקורה של פרטי השפעתה של פסיקה חשובה זו

310 לשלילת ההכרה בזכות זו ראו: *Aldana v. Del Monte Fresh Produce, Inc.* עם זאת בפרשה זו הכיר בית המשפט ללא היסוס בזכות התובעים להגיש תביעה נגד החברה באשר היא חברה.

311 ראו: *Rodriguez v. Drummond Co., Inc.* 256 F. Supp. 2d 1250 (N.D. Ala. 2003).

312 ראו, בהתאמה: *Flomo v. Firestone Natural Rubber Co.* 744 F. Supp. 2d 810 (S.D. Ind. (2010) וכן עניין **אדיס** (לעיל, הערה 296) ועניין *Unocal* (לעיל, הערה 283).

313 ראו סקירה נרחבת אצל: Richard L. Herz, "Litigating Environmental Abuses Under the Alien Tort Claims Act: A Practical Assessment", 40 *Va. J. Int'l L.* (2000) 545.

314 ראו: עניין *Kiobel* (לעיל הערה 302).

315 בצטטו פסיקה קודמת קובע בית המשפט: "When a statute gives no clear indication of an extraterritorial application, it has none". שם, בעמ' 2.

316 וכדברי בית המשפט: "[E]ven where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application". שם, בפסקה IX לפסק הדין של הרוב.

על השימוש בכלי ה-ATS, וממילא עבר רק זמן קצר מאז ניתנה כדי לזהות השפעה חד-משמעית שלה.<sup>317</sup> עם זאת פסק הדין נתפס על פני הדברים ככרוסום דרמטי בהגנה על זכויות אדם וכמעניק הגנה של ממש לחברות מפני אחריות לנזקי עסקיהן.<sup>318</sup> תפיסה זו נובעת גם מפרטי נסיבותיו, שבהן דחק בית המשפט העליון אל מחוץ למסגרת ההגנה של החוק קבוצת תובעים, פליטים ניגריים, שתבעו חברת דלק הולנדית על פגיעות שיטתיות בזכויות האדם שלהם ושל חבריהם. למרות המגמה השמרנית הברורה העולה ממנה, לעת הזו ניתן לקבוע בעניין פסיקה זו – במידה לא מבוטלת של אופטימיות – כי אף שהיא מקשה מאוד על תובעים ומצמצמת מאוד את אפשרות השימוש בדיני הנוקין האמריקניים לריסון פעילותן הטרנס-לאומית של חברות ענק, היא לא סתמה את הגולל על נתיב משפטי זה, ויש שאף הציתה את הדמיון באשר לקיומם של נתיבים נוספים.<sup>319</sup> מכל מקום, בהקשר הנקודתי של בחינת המשמעות הקפיטליסטית של דיני הנוקין האמריקניים, גם לאחר פרשת *Kiobel* נראה שיוכלו להמשיך בפרויקט בלימה זה, גם אם בהיקף מצומצם בהרבה: הם יאפשרו הגשת תביעות נגד חברה טרנס-לאומית (אף כי כעיקר אמריקנית) בגין פעילותה העסקית הפוגענית אשר פגעה בזכות התובע/ת המוגנת במשפט הבין-לאומי במקרים שבהם הוכח קשר הדוק בין פעילותה הניהולית של החברה בארצות הברית ובין פעילותה המזיקה בארצות המתפתחות.<sup>320</sup>

## סיכום

השימוש בדיני הנוקין ככלי לשינוי חברתי-שווינוני הוא מהלך ייחודי וחדשני הטומן בחובו פוטנציאל אמתי להצלחה. הסכנה המרכזית הטמונה במהלך זה היא ההילכדות במלכודת הדבש שטוו שנים של אפיסטמולוגיה נזיקית שהייתה כולה משוקעת ומושקעת בפריחת הפרויקט הקפיטליסטי, ההופכת כל שיח אחריות לשיח העברות כספים ומבצעת קומודיפיקציה לכל מה שעובר בין מזיק לניזוק בפסיקת פיצויים. דילמה דומה העסיקה

317 לעיון קצר ותכליתי בה ראו: מבזק הארות פסיקה 8: "על אינטרס המדינה, זכויות-אדם וסמכות שיפוט בהכרעה בעניין *Kiobel*" (2013).

318 זוהי הנימה הכללית מהכתיבה בתחום. ראו: כרך 107 שהקדיש לנושא בשנת 2014 כתב העת החשוב *American Journal of International Law*. האווירה הציבורית העידה על כך גם היא. ראו: [www.bloomberg.com/news/articles/2013-04-17/companies-get-shield-as-top-u-s-court-curbs-human-rights-suits](http://www.bloomberg.com/news/articles/2013-04-17/companies-get-shield-as-top-u-s-court-curbs-human-rights-suits).

319 ראו הניתוח אצל: Anna Grear & Burns H. Weston, "The betrayal of Human Rights and the Urgency of Universal Corporate Accountability: Reflection on post *Kiobel* Lawscape", 15 *Human Rights Law Review* (2015) 21.

320 מסקנה זו נראית סבירה מאד, גם לנוכח קריאה לא-ליברלית של החלטת בית-המשפט. ראו: Ralph G. Steinhardt, "Determining Which Human Rights Claims 'Touch and Concern' the United States: Justice Kennedy's *Filartiga*", 89 *Notre Dame L. Rev.* 1695, pp. 1703–1704 (2014).

את מי שנאבקו בעבדות בארצות הברית ונדרשו להעצים מעמדות חלשים באמצעות שימוש באותם כלים משפטיים שהביאום לשפל המדרגה החברתי. משמע, הם נדרשו להשתמש באותו עולם מושגים קומודיפיקטיבי, אשר טענתם כלפיו הייתה שהוא מהווה איום על אנושיותן של אותן קבוצות.<sup>321</sup> סכנה זו מעמידה דילמה אתית כפולה: האחת נוגעת לאפשרות השימוש בכלי זה לשם קידום שיבורם של יחסי כוח חברתיים היררכיים העולים בקנה אחד עם המבנה הקפיטליסטי של החברה המערבית המודרנית; השנייה נוגעת לסכנה שבחזוק האלמנטים הקפיטליסטיים של דיני הנזיקין עצמם בשל השימוש בכלים מסוימים כדי להחליש את אותם כלים ממש. תביעות ייעודיות, המכוונות למתן פסקי דין חדשניים שיהיו עשירים בשפה של שינוי חברתי, יכולות להיות אמצעי מרכזי להובלת שינוי זה ולהפעלה אפקטיבית שלו בבתי המשפט, בשל השימוש בהן ככלי לריסון, לכל הפחות, של השפעותיו הבעייתיות של הקפיטליזם על החברה ועל לכידותה. על רקע זה המאמר בוחן את אפשרות השימוש בדיני הנזיקין ככלי לשינוי חברתי בהקשרים א-קפיטליסטיים ואף אנטי-קפיטליסטיים, כמו השימוש הפמיניסטי בהם לשם שינוי יחסי הכוח המגדריים במשפט הישראלי והשימוש בהם למיגור פעילות מסחרית הרסנית לזכויות אדם שנעשה במשפט האמריקני. מסקירה של אלה עולה כי ניתן להשתמש בדיני הנזיקין לשינוי חברתי מבלי לחזק את יסודותיהם הקפיטליסטיים, ואף להחלישם, וכן שניתן להשיג מטרות המרסנות את האפקטים השליליים של הקפיטליזם באמצעות שימוש זה. בעיקר יסייע במהלך זה גיוון בסל התרופות הנזיקיות, כדי שזה יכלול גם שימוש מגוון ויצירתי בסעדים שעניינם אינו כספי בלבד. למשל, צווים ייחודיים שהוצעו במאמר זה יוכלו לייצר אפקט של "נטילת אחריות" אקטיבית ומעשית מצד מזיקים שניכר כי יש להם כוח שינוי חברתי ניכר, כגון גופים ציבוריים וחברות פרטיות.

סקירת שני המהלכים במסגרת המאבק לשינוי חברתי באמצעות דיני הנזיקין מגלה כי לא רק שהם נמנעים מהילכדות במלכודת הדבש הקפיטליסטית, אלא הם אף צפויים להמס עיקרון דביק זה לכדי תובנה חדשה, הנושאת עמה תקווה נזיקית חדשה. תובנה זו יכול שתעוצב בתוך השיח הקפיטליסטי מבלי שתשועבד לחלק מכלליו הנחשבים פוגעניים במיוחד. כחלופה מרעננת לשיח הקיים היא תציע שתחת ששיח זה יסתכם בקביעת סכום הפיצוי, יועבר דרכו מסר של עידוד אחריות חברתית, הדדיות בנשיאה בנטל אי-השוויון, הכרה באינטרסים אנושיים כחשובים לא פחות מאינטרסים שוקיים, ובעיקר עידוד מיגורם של יחסי הכוח החברתיים הקיימים.

321 Axtell (לעיל הערה 22).