

”חויית-חיים נשית” וצפיות של נזק

מאת

יפעת ביטון*

”למעשה, כשם שלקדמונים היה אנך מוחלט,
שביחס אליו הגדיר את האלכסון, כך יש טוג
אנוש מוחלט, שהוא הסוג הזכרי.”**

בחיבור זה אבקש לעמוד על חלק מביקורת האנדרוצנטריזם של המשפט הנוגעת לדיני הנזיקין. ביקורתי ממוקדת בחשיפת תפקידם של דיני הנזיקין בהגנה על נשים, באמצעות הפנמתם או דחייתם את החוויה הנשית כקובעת את גבולות ההגנה מפני הפליה שהם מעניקים לנשים. הדיון ייעשה באמצעות הדגמת השימוש השונה שעשו שני בתי משפט בשני פסקי דין שונים בדוקטרינה הנזיקית של צפיות ברשלנות: האחד – כדי לרחות הכרה בניסיון הנשי כמנבא צפיות סבירה לנוק שעניינו אונס של אשה בריתה, והאחר – כדי לקבל הכרה בניסיון של גשים מוכות כמי שצפויות להתאבד עקב ההתעללות בהן. השוואת פסקי הדין תאפשר את טענתי כי התייחסות לחויית החיים הנשית במסגרת דיני הנזיקין היא חיונית להפעלתם באופן ראוי, מגלה את הפוטנציאל האצור בהם לקריאה דוקטרינרית אלטרנטיבית, ובעלת השפעה רחבה על תפיסת הסובייקט הנשי במשפט. הצצה קטנה תחאפשר במסגרת זו גם אל טענת ההבניה הגברית בדיני הנזיקין ככלל. לטענתי, השינוי בגישה המפלה כלפי נשים חייב להתחיל, למצער, בהוספת נקודת-מבט נשית לתוכנו של דוקטרינות נזיקיות קיימות.

מבוא: אנדרוצנטריזם במשפט; א. מעט על פמיניזם כגישה כיקורחית למשפט.
1. הגישות המרכזיות בתיאוריה הפמיניסטית; 2. כרוניקה של החרגה – הגשר בין הגישות השונות; ב. עולות הרשלנות ויסוד הצפיות. 1. דרישת הצפיות כמוטיב חוזר בעולות הרשלנות; 2. סיפורה של גלינה וסיפורה של פלוגית – שתי מפסידות ותקווה אחת; 3. על התאכרות ואחריות ברשלנות; ג. דוקטרינת הצפיות ומלכות האדם הסביר. 1. האדם הסביר ותיאוריה פמיניסטית; 2. האדם הסביר בדיני הנזיקין; 3. האדם הסביר בפרשות Doe ויעקובוב; ד. דמויות הנשים העולות מפסקי הדין: הקונקרטי והכללית. 1. גלינה, פלוגית ונשים הסובלות מאלמות מגדרית – השפעות נרטיביות; 2. מתודה של מתן קול; 3. טשטוש ההבחנה בין הפרטי לציבורי; 4. פגמים בפסיקת

* מרצה ותלמידת מחקר, האוניברסיטה העברית בירושלים. שורשי הרעיוניים של מאמר זה מקורם בעבודת הדוקטור הנכתבת על ידי בימים אלה, בהנחייתו של פרופ' ישראל גלעד. תודתי למי שקראו טיוטות מוקדמות של מאמר זה והאירו עיני לגביו: דפנה ברק-ארוז, ישי בלנק ובן-זוגי, אייל שטרנברג. כמו כן, תודתי לחנה נחמיאס על עבודת ההגהה, לחברי מערכת כתב העת משפטים, על הערותיהם המצוינות ועזרתם האריכה.

** סימון דה-בובראר, המין השני א 12 (תרגום מצרפתית: שרון פרמינגר, 2001).

בית המשפט; ה. דיני הנזיקין ותפקידם החברתי. 1. כללי; 2. משמעות מיקומו של דיון כאחריות לנוק מיוחס-מגדר בעולת הרשלנות; 3. תפקיד חברתי של שיתוף באחריות לנוקי האחר; 4. ההבניה הפטריארכלית של דיני הנזיקין – הפורייקט הפמיניסטי; 1. סיכום: הפרספקטיבה הנשית, דוקטרינת הצפיות וחובת בית המשפט. 1. המסקנה: שני שימושים אפשריים וצדק אחד; 2. חלק משם המשחק: מודעות שיפוטית; 3. סיום.

מבוא: אנדרוצנטריזם במשפט

בין הביקורות הפמיניסטיות המוכרות ביותר על המשפט, מוכרת הביקורת על העדרה של נקודת-מבט נשית בו, שתביא ליצירת הסדרים משפטיים שיתאמו את תוויית-החיים הנשית. מקורה הפילוסופי של טענה זו, הנוגעת לתחומי חיים נרחבים ושונים, מוכר בעיקר בהגותה של סימון דה-בובראר,¹ שטענה כי הסטנדרט החברתי, הנורמטיבי והאובייקטיבי מקורו בחוויית-החיים הגברית: הוא מעוצב לפיה, מגדיר אותה לפי דפוסי אפיסטמולוגיה גבריים ומכיל תמיד הטיה מגדרית מובהקת.² במשפט מוכרת טענה זו כטענת ההבניה הגברית של המשפט, כך שהוא מפעיל מערכת שנוצרה על ידי גברים, מכוונת לצורכיהם ומוגדרת לפי גבולות תפיסת עולמם.

כותבות פמיניסטיות התריעו על היות המשפט מוסד חברתי מוטה-גברית, המחייב התייחסות חשדנית אליו כמייצג פרספקטיבה גברית, והתאמה – ככל הנדרש – לחוויית-החיים הנשית.³ השימוש האנדרוצנטרי⁴ שנעשה במערכת השפיטה בעבר הביא ליצירתן של פרקטיקות מفلות כלפי נשים ולשימורן של אלה הקיימות. שימוש זה לא

- 1 Simon de-Beauvoir. בספרה המונומנטלי המין השני (The Second Sex) מציגה דה-בובראר את הגבר כדמות החברתית המובילה, המוכרת והמכוננת-זהות, ואח האשה ככת-נגד שלו, הניגוד הביןארי לדמותו. היותו של הגבר הדמות המכוננת חברתית הביאה לראיית העולם ולעיצוב החיים בפרוימה שלו – מחד גיסא, ולהשתקת קולה של האשה ומיצובה כ"אחר" החברתי, ה"שונה" מן הגבר, מאידך גיסא. לכן מייצג הגבר את הנורמלי, המוכר, הסביר, האובייקטיבי והאוניברסלי, ומושגים אלה מוזהים באופן בלתי-מודע עם גבריות. ראו סימון דה-בובראר המין השני א (תרגום מצרפתית: שרון פרמינגר, 2001). האפליקציה של טענה זו לעולם המשפט פשוטה: המשפט הוא יציר החברה, וכרפליקה של יחסי-הכוח בה הוא גברי, למרות ימרותיו להיות אובייקטיבי וניטרלי.
- 2 תפיסה זו מכוונת לתחומים רבים, והבולט בהם הוא תחום תורת-הידע. ראו: *The Knowledge Explosion Generations of Feminist Scholarship* (Cheris Kramarac & Dale Spender eds., 1993)
- 3 Martha Minow, "The Supreme Court 1986 Term, Foreword: Justice Engendered," 101 *Harv. L. Rev.* 10, 75-76 (1987). המחברת רואה בחוק מוסד חברתי מוטה-גברית המחייב שינוי ההכלת מגוון הפרספקטיבות שיש לברואי-החיים להציע (multiple "viewpoints").
- 4 האנדרוצנטריזם (מרכזו גברי) מובחן כאן מן הניטרואנטריזם (מרכזו נשי). אנדרוצנטריזם (Androcentrism) משמעו השתתח ערכים חברתיים דומיננטיים על נורמות גבריות. Maggie Humm, *The Dictionary of Feminist Theory* 9-10 (2d ed., 1995).

נבע מפרשנות רציונלית ואובייקטיבית-נייטרלית של החוק, אלא היה תולדה של "הלבשת" תפיסת העולם הגברית עליו.⁵ הרוב המכריע שיש למגדר הגברי בבתי המחוקקים ובבתי המשפט, בצירוף הכוח הפוליטי-חברתי החזק והעודף שבידו, הבטיחו השמעה בלעדית של קולו בהבניית הדין.⁶ טיעון-המראָה לדברים אלה גורס כי מערכת המשפט אינה מכוונת לסייע לנשים במוכן זה שהיא אינה קשובה לצורכיהן ולחוויותיהן, ולכן אינה מספקת להן את סוג ההגנה לה הן זקוקות כדי להביא את מערכת המשפט למיצוי הולם ושוויוני.⁷ ודוק: היעדרות זו של חוויות-החיים הנשית אינה רק מרטוריקת השיח, אלא היא מייצגת את העדר האפשרות לקיום ונראות לאישה.⁸

טענת העדר ההתייחסות לניסיוןן ולחוויותיהן של נשים עלתה במשפט בהקשרים שונים. בעיקר היא מוכרת בתחום דיני העונשין, בכל הנוגע ליסודותיה של עבירת האונס ולהבניית ההגנות מפני אתריות עונשית במצבים המוכרים בעיקר לנשים – מצבים של

5 שם, בעמ' 9. קביעה זו מנוגדת לאפיסטמולוגיה המדעית ה"גברית" הרווחת, לפיה דברים בעולם מחגהלים כמות שהם מסיבה מציאותית מוצדקת כלשהי, ותופעות חברתיות מוערכות בה מפרספקטיבה אובייקטיבית ורציונלית בלבד. לקביעות אלה ולביקורת הפמיניסטית אודותיהן ראו Catherine A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* 96-105 (1989) (להלן: MacKinnon – *Toward*); Catherine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified* – (MacKinnon – *Toward*); *Discourses on Life and Law* 54-56 (1987) (להלן: MacKinnon – *Unmodified*). ביקורת זו היא גם ביקורתם של אנשי ה-CLS על המשפט. רעיון החוק כניטרלי ואוניברסלי הופרך כבר בימי הריאליזם השיפוטי, אולם אנשי ה-CLS היו הראשונים לקרוא לאורו תגר על עצם הלגיטימיות של השימוש בו בהיותו כזה. לטענתם, החוק עצמו הוא פוליטי, והשימוש שעושה בו בית המשפט בקבלת הכרעותיו אינו לאורה של רציונלה שיפוטית נייטרלית, אלא בחירתו ב"רציונלה" זו או אחרת היא הכרעה פוליטית כשלעצמה. הניסיון להציג את החוק כמנותק מסוגיות חברתיות-פוליטיות וכמורכב מערכים מרעיים ולא-אנושיים מאפשר שימוש בו ככלי לשימור יחסי הכוח התברתיים, נוסף על השימוש החיובי בו כמקור לצדק ולריסון כוחו של השלטון. לסקירה קצרה של עיקרי חשיבה זו ראו ההקדמה בספר *The Politics of Law – A Progressive Critique* 1-8 (David Kairys ed., Revised ed., 1990) (להלן: *The Politics of Law*). לניתוח מקיף ומעמיק של אחד הכותבים הבולטים ביותר בתחום ראו Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication* 133-212 (1997).

6 ראו Lucinda M. Finley, "Breaking Women's Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning," 64 *Notre Dame L. Rev.* 886, 892-896 (1989). המחברת מסבירה כיצד הרציונלה של המשפט השפעה שלו הם מוטי-מגדר גברי.

7 מעבר לכך, מקיינון גורסת כי מצגי הניטרליות והאוניברסליות שבמשפט שימשו להבניה ולשימור של יחסי ההיררכיה והדיכוי בין המינים. זוהי, לשיטתה, הצורה הבולטת מכולן להערפתם של אינטרסים גבריים במשפט ולהשתקתם של אלה הנשיים. Catherine A. MacKinnon, "Feminism, Marxism, Method and the State: Towards Feminist Jurisprudence," 8 *Signs* 635, 638-639 (1983).

8 זוהי משמעותו החברתית של התוכן ה"טכני" של שיח כלשהו, לגישת מישל פוקו. ראו Gary Wickham & Alan Hunt, *Foucault and the Law – Toward a Sociology of Law and Governance* 8-9 (1994).

התעללות מינית ואחרת מצד בני-זוגן.⁹ דיני הנוזיקין, כחלק אינטגרלי ומרכזי במערכת הדינים המרכיבה את המשפט, אינם יוצאי-דופן מבחינה זו; אולם, להבדיל ממסגרות דינים אחרות, הם אינם מוכרים במסורת הפמיניסטית כתחום משפטי הנתון לביקורת, בשל מיקוד המאבק הפמיניסטי בתחומים מסורתיים קבועים הנוגעים לחיי נשים. כך נכבשו בזה אחר זה – ברוב להט, טעם וכתיבה – שדות משפט מוכרים ששימשו זירות קרב למטרות אלה: דיני העבודה,¹⁰ דיני המשפחה,¹¹ הדין הפלילי¹² והדין הציבורי.¹³ אלה נתפסו כהולמים ביותר את הובלת המאבק הפמיניסטי מכמה סיבות: ראשית, רובם נחשבו לתחומים "ציבוריים" או למצער נוגעים לספרה ה"שוקית" הציבורית. הכתיבה הפמיניסטית הליברלית, שהייתה העיקרית לדון בהם, התמקדה בהם כתחום לגיטימי להתערבות. בכך נשענה כתיבה זו על התפיסה המסורתית הליברלית, לפיה בתחומים הנוגעים למרחב הציבורי המשותף לכלל יש מקום לרגולטיביות מדינית המגבילה את זכויות הפרט לצורכי השגת שוויון בין המינים.¹⁴ זניחת תחומי המשפט המזוהים כפרטיים מובהקים, כמו דיני החוזים ודיני הנוזיקין, הובילה להשתרשות בהם באין מפריע של הסדרים מפלים-מגדרית, ולהתעלמות ממשמעותם הרבה לנשים בחיי היומיום. במובן זה לקחה התיאוריה הפמיניסטית במה שהתריעה מפניו כה רבות: היא נפלה בפת הדיכטומיה פרטי-ציבורי, זו ששימשה במשך שנים כלי חסיכה משפטי לדיכוי נשים בביתן, בעיקר באמצעות מניעת הסדרים משפטיים להגנתן בתחומים שנחשבו באופן מסורתי לפרטיים ומשפחתיים – תחומים שבהם היו הנשים פגיעות ביותר.¹⁵ שנית, בתחומים אלה באה לידי ביטוי מרב ההפליה כמתכונתה המוכרת "המסורתית": הפליה בוטה וגלויה, שהשפעה שלה על נשים בביתן ומחוצה לו

- 9 לסקירת עיקר ביקורת הבניית הדין בתחום ראו MacKinnon – Toward, הערה 5 לעיל, בעמ' 171-183, שם דנה המחברת בעיקר במשמעות יסוד ההסכמה בעבירת האונס. לסקירה במשפט העונשי הישראלי ראו מאמרו של יובל לבנת, "אונס, שתיקה, גבר, אשה (על יסוד אי ההסכמה בעבירת האונס)", פלילים ו 187, 193-194 (תשנ"ח); איילת שחר, "מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס", עיוני משפט יח 159 (תשנ"ג); וכן רינה בוגוש ורחל דון-יחיא, מגדר ומשפט – אפליית נשים בבתי המשפט בישראל 200-256 (1999), שם מדגימות המחברות את נוכחותם של מיתוסים גבריים באשר לאונס בפסיקה.
- 10 בעיקר באמצעות המאבק על הזכות להשוואת תנאי העבודה לנשים ולגברים, לפתיחת כל המקצועות לאיזושהי על ידי נשים וגברים ועוד.
- 11 בעיקר באמצעות המאבק לתח לנשים זכויות שוות בנכסים – כלבעליהן, המאבק להעמדת כוח שווה לכינוס ולסיומם של יחסי הנישואין וכיוצא באלה.
- 12 בעיקר באמצעות שינוי הגדרות האונס, כך שיתאימו לחוויה הגשית אודותיו ויביאו לזיהויו לפי מושגים נשיים ולא גבריים.
- 13 בעיקר באמצעות העלאת המודעות באשר למחויבותה של המדינה לשאת בנטל ההבאה לשוויון בין המינים. למשל, החובה לאפשר ייצוג הולם לנשים במגזרים הציבוריים.
- 14 לרעיון ההפרדה בין הספרות הפרטית והציבורית ולמיקוד המאבק של הפמיניזם הליברלי בספרה הציבורית ראו Hilaire Barnett, *Introduction to Feminist Jurisprudence* 121-134 (1998).
- 15 להרחבה על דיכטומיה זו ועל השפעתה ראו להלן, הסקסט שליד הערות 234-236.

הייתה ברורה והרסנית, להבדיל מתחומים אחרים שבהם, כפי שנראה, הייתה ההפליה מוסווית הרבה יותר והגושאים עצמם נראו חסרי "עניין נשי" מיוחד.¹⁶ מסיבות אלה נתבסס שיח הפליית הנשים בתחומים שלעיל, ונעדר עד לעשור האחרון כמעט לגמרי מתחומי המשפט האחרים.¹⁷ כך נולד הצורך לבחון מפרספקטיבות פמיניסטיות כמה שיותר תחומי משפט, ובעשור האחרון החלה הביקורת הפמיניסטית נפרסת על תחומי משפט נוספים כמו דיני מסים,¹⁸ דיני חברות,¹⁹ איכות הסביבה,²⁰ משפט בינלאומי-פומבי²¹ ודיני תרומים.²² דיני הנוזקין מהווים אף הם מוקד משיכה לביקורת כזו.²³

- 16 להבדיל, למשל, מחוקים הנוגעים להעסקת נשים בהריון או לאונט, נתפסת למשל החובה לצפות נוק כעניין חסר ייחוד נשי כאמור.
- 17 ראו, למשל, A. Regina Graycar, "To Transform the Normative Tradition of Law..." Comment on the Feminist Project in Law School, 58 *Australian Quarterly* 366 (1998). מדגישה הכותבת את החובה לצאת מדפוסי החשיבה המוכרים באשר לייחוס של "בעיות נשים" לעניינים פמיניסטיים-מסורתיים כמו דיני המשפחה; כן ראו Jenny Morgan, "Feminist Theory as Legal Theory," 16 *Melbourne U. L. Rev.* 743, 756-757 (1988) מורגן דנה בחשיבות הכללתם של נושאים אלה בביקורת הפמיניסטית דרך המבנים האפשריים השונים של קורסים משפטיים ובהשפעה של המבנה שלהם על מהות הקורסים.
- 18 ראו, למשל, Nancy E. Shurtz, "Gender Equity and Tax Policy: The Theory of 'Taxing Men'," 6 *S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.* 485 (1997). במאמר זה בוחנת המחברת את שיטת המיסוי לאורך של ארבע נקודות מפתח בחיי נשים (נישואין, עקרות-בית, טיפול בילדים וחלוקת רווחה בחברה), ומסיקה שזו בנויה לאור תפיסת הגבר כמפרנס.
- 19 ראו, למשל, Katherine A. Lahey & Sarah S. Salter, "Corporate Law in Legal Theory and Legal Scholarship: From Classicism to Feminism," 23 *Osgood Hall L. J.* 543 (1985). המחברות טוענות להבניה גברית של דיני החברות ולעיצובם לפי מודל של שליטה גברית בחברה. החוקרות מציעות לשנות את השיח הבירוקרטי-קפיטליסטי שכבסיסם באמצעות עקרונות פמיניסטיים כמו שיתוף ודה-צנטרליזציה. כן ראו Theresa A. Gabaldon, "The Lemonade Stand: Feminist and Other Reflections on the Limited Liability of Corporate Shareholders," 45 *Vand. L. Rev.* 1387 (1992) גבלדון מבקרת את רעיון האחריות המוגבלת בחברות ואת החיאוריה הכלכלית שכבסיסו כמשמשים להסרת אחריות אישית, בניגוד לתפיסה הפמיניסטית הראויה אודות דאגה ואחריות לזולת.
- 20 ראו, למשל, Christopher C. Joyner & George E. Little, "It's Not Nice to Fool Mother Nature! The Mystique of Feminist Approaches to International Environmental Law," 14 *B.U. Int'l L. J.* 223 (1996). המחברים משתמשים בחיאוריה פמיניסטית לביקורת הסדרים בינלאומיים של חוקי הסביבה ולגילוי ההבניה הפטריארכלית בהם, באמצעות שימוש במדינות כמייצגות האינטרסים הגבריים במישור הבינלאומי.
- 21 ראו, למשל, Celina Romany, "Women as Aliens: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law," 6 *Harv. Hum. Rts. J.* 871 (1993). רומאני מבקרת את שיח זכויות-האדם כמטפל בספרה הציבורית בלבד של זכויות-הפרט וטוענת את הספרה הפרטית, שבה נפגעות בעיקר זכויות האדם של נשים, בתוך בחינה וכמסגרת משפתוניהן.

הסיבה המרכזית לצורך במחקר פמיניסטי דיני הנוזיקין דווקא נעוצה במשמעותם החברתית הברורה כמסדירי כללי-התנהגות בסיסיים: הנחתם היא שלבני האדם בחברה האנושית יש אינטרסים מגוונים העלולים להיות מנוגדים, ומצב זה מהווה כר נוח להתפתחות קונפליקטים. דיני הנוזיקין מסדירים קונפליקטים אלה ברגולציה של אינטראקציות חברתיות, היוצרת הידרכיה נורמטיבית בין אינטרסים וערכים שונים בחברה, שלפיה מוטלת אחריות נזיקית בגין פגיעה באינטרסים מסוימים בלבד.²⁴ העמדת ההגנה הנוזיקית לשירותם של ערכים מסוימים בלבד מייצגת את נטיות הפרוטקטיוניזם החברתיות, שכן האיזונים שבה מתאימים את עצמם לאופייה המשתנה של החברה.²⁵ מסיבה זו נחשבים דיני הנוזיקין לכלי של הנדסה אזרחית (social engineering).²⁶ בכלי זה מצוי הכוח לקבוע את סדרי העדיפות החברתית כפי שהם מתגבשים לאור תפיסותיה הסוציאליות, הפילוסופיות והפוליטיות של חברה נתונה.²⁷ לעוצמתה של משמעות חברתית זו נלווית גם המשמעות המציאותית-כספית, שבה ישולם פיצוי רק בגין נזקיהם של מי שאינטרסים מוגנים שלהם נפגעו, ואילו האחרים ישאו את נזקיהם לכדם – אפילו אם לא יוכלו להם כלכלית.

בחיבור זה אבקש לעמוד על חלק מביקורת האנדרוצנטריזם של המשפט הנוצעת לדיני הנוזיקין. ביקורתי ממוקדת בחשיפת תפקידם של דיני הנוזיקין בהגנה על נשים, באמצעות הפנמתם או דחייתם את החוויה הנשית כקובעת את גבולות ההגנה שלהם על נשים מפני הפליה. תפקיד זה הוא רק חלק מייצור חשוב ונרחב מזה שניתן לייחס לדיני הנוזיקין, שעניינו הפיכתם למנוף להשגת שוויון חברתי. בשלב זה איני מבקשת לפרוש משנה רחבה זו אלא אך לעמוד על נקודה אחת בה, המציגה מאפיין אחד מני רבים, שעמידה עליו תחשוף את תוסר הניטרליות של דיני הנוזיקין ושל מקומם בשימור מעמדן של קבוצות מוחלשות בחברה, ובמקרה זה – קבוצת הנשים. בחינתי תיעשה באמצעות הדגמת השימוש השונה שעשו שני בתי משפט ברוקטרינה הנוזיקית של צפיות

- 22 ראו, למשל, 94 Clare Dalton, "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine," *Yale L. J.* 997 (1985). במאמר זה מבקרת דלטון דוקטרינות חוזיות כבלתי-בהירות – בשל שימושן בדיכוטומיות היררכיות, אנטי-פמיניסטיות ובהעדפתן את "הצד הגברי" בהן. במשפט הישראלי ראו הדוקטרינות החוזיות הנבחנות בעבודת המחקר המקיפה של הלה קרן, דיני חוזים מפרספקטיבה פמיניסטית (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, תשס"א).
- 23 לסקירת הכתיבה הפמיניסטית המרכזית בדיני הנוזיקין ראו את מאמרה המקיף ועשיר במקורות של Leslie Bender, "An Overview of Feminist Tort Scholarship," 78 *Cornell L. Rev.* 575 (1993). מקורות פרטניים נוספים יוזכרו כנובן בחיבור זה.
- 24 John G. Fleming, *The Law of Torts* 4-5 (9th ed., 1998); יצחק אנגלרד ועוד, דיני הנוזיקין: תורת הנוזיקין הכללית 25-26 (בעריכת גד טדסקי, 1976) (להלן: "דיני הנוזיקין"). ההסדר הנוזיקי ממריץ אנשים לנהוג באופן ראוי, בעיקר באמצעות הטלת חובת פיצוי על מי שנהוג אחרת כלפי מי שהתנהגות לא-ראויה הסבה לה נזק.
- 25 *Salmond & Heuston on the Law of Torts* 38-39 (21st ed., 1996).
- 26 ראו Fleming, הערה 24 לעיל, בעמ' 115.
- 27 דיני הנוזיקין, הערה 24 לעיל, בעמ' 26.

בעולת הרשלנות: האחד כדי לדחות הכרה בניסיון הנשי כמנבא צפיות סבירה לנזק, והאחר – כדי לקבלו. לשם כך אשווה בין שני פסקי הדין המייצגים אפשרויות הפוכות אלה, אחד אמריקני ואחד ישראלי.²⁸ השוואת פסקי הדין תאשש את טענתי, כי התייחסות לחוויות החיים הנשית במסגרת דיני הנוזיקין היא חיונית להפעלתם באופן ראוי, מגלה את הפוטנציאל האצור בהם לקריאה דוקטרינרית אלטרנטיבית, ובעלת השפעה רחבה על תפיסת הסובייקט הנשי במשפט.

בחלק הראשון של חיבורי יוצגו בקצרה הזרמים השונים בתיאוריה הפמיניסטית; יהא זה הבסיס להעלאת הבעייתיות באימוץ נקודת-המבט הגברית ובהעדרה של זו הנשית במשפט. בחלק השני יוצגו דוקטרינות הצפיות בעולת הרשלנות והפוטנציאל הניטרלי שלה להכיל ניסיון נשי וגברי כאחד, ויבחן השימוש שנעשה בה בשני פסקי דין שונים המדגימים את שתי האפשרויות. בחלק השלישי תוצג דוקטרינות הצפיות, על הבעייתיות הקיימת בה בהגדרת האדם הסביר. בחלק הרביעי תוצגנה ההשפעות שיש להפעלה השונה של דוקטרינות הצפיות על כינון הסובייקט הנשי במשפט. בחלק החמישי אעמוד על תפקידם החברתי של דיני הנוזיקין, על האספקט הרחב יותר של טענת ההבניה הפטריארכלית שלהם, ועל הפוטנציאל המגוון הגלום בהם להוביל שינוי חברתי שיהיה בו, למצער, כדי להפחית את מידת ההפליה ביחס לנשים. בחלק המסכם אטען שהשינוי בגישה המפלה כלפי נשים חייב להתחיל בהוספת נקודת-מבט נשית לתוכן של דוקטרינות נוזיקיות קיימות.

א. מעט על פמיניזם כגישה ביקורתית למשפט

התיאוריה הפמיניסטית למשפט מורכבת ממקבץ של תיאוריות שונות ומגוונות,²⁹ שמקובל לחלקן באופן גס לארבע קטיגוריות של גישות מוכרות: הפמיניזם הליברלי, הפמיניזם התרבותי, הפמיניזם הרדיקלי והפמיניזם הפוסט-מודרני.³⁰ גישות אלה נבדלות זו מזו בעיקר ביחסן לתמת השוויון המרכזית לרעיון הפמיניסטי, וביחסן לדמות

28 לצער, בין פסקי הדין המשווים, פסק הדין האמריקני בלבד הוא נוזיקי ואילו זה הישראלי הוא פלילי, אולם כפי שזוהר בהמשך, ניתן ללמוד מפסיקה זו על הפוטנציאל הגלום בה לשינוי בדין הנוזיקי דווקא.

29 לסקירה קצרה ויעילה של עיקרי התיאוריות ראו לבנת, הערה 9 לעיל, בעמ' 187-194.

30 חלוקה זו לגישות השונות היא יסוד מסד בלקטיקון הפמיניסטי. נוסף על הגישות שאסקור להלן יש גישות פוליטיות מוכרות ומובחנות נוספות בחשיבה הפמיניסטית. לא אציג אותן מפאת קוצר היריעה, אך אין בכך כדי להרציאן אל מחוץ למעגל החשיבה הפמיניסטית המוכרת והמוערכת. לגישות אלה ראו, למשל, Barnett, הערה 14 לעיל, בעמ' 135-141 (פמיניזם מרקסיסטי וסוציאליסטי); Patricia A. Cain, "Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories," 191 *Women's L. J.* 1989 (פמיניזם לסבי); Katherine Wing ed., 1997 (פמיניזם גזעי-אתני).

האשה במאבק הפמיניסטי. כדי לסבר את אוזן הקוראים לשימוש בגישות השונות במאמר זה, אעמוד בקצרה על טבען.

1. הגישות המרכזיות בתיאודיה הפמיניסטית

ראשונה לגישות הייתה גישת הפמיניזם הליברלי, שהושפע מהתפיסות הליברליות הכלליות ששררו במערב כבר במאה ה-19³¹ והובילו, ככלל, מאבקים חברתיים לשוויון בארצות-הברית. בהסתמכה על רעיון הליברליזם הכללי רואה גישה זו בנשים – כמו גברים – כאוטונומיות ובנות-זכויות, ולכן תולה את האשם בנחיתותן בכך שלא ניתן להן שוויון הזדמנויות.³² למרות המאבקים הקבוצתיים שהוביל הרעיון הליברלי, המסר העיקרי של גישה זו הוא אוטונומי: לכל אשה יש זכות ליהנות מהזכויות שמהן נהנה גבר, כל עוד אין ביניהם הבדל המצריך – לגופה של זכות זו – התייחסות שונה.³³ גישה זו עמלה על טשטוש ההבדלים בין גברים לנשים ועל הדגשת הדמיון הפורמלי והמהותי ביניהם, משום שככל שהאשה תדמה לגבר, כך תהפוך שוות-זכויות לו. טשטוש הבדלים זה הוא גם שהוליד את הביקורות הקשות שהוטחו בגישה זו.³⁴

מעולם הפסיכולוגיה עלתה גישת הפמיניזם התרבותי, שחשפה את ההבדל התרבותי בין נשים לגברים. הגישה מבוססת על מחקרה של הפסיכולוגית קרול גיליגן,³⁵ בו גילתה כי נשים וגברים מדברים "בקול שונה" במובן זה שהם נבדלים כתפיסתם את הרעיונות הבסיסיים של החיים והמוסר. הגברים מביטים על דינמיקות החיים מגקודת-מבט של צדק והכרעה בין זכויות שונות ("Ethics of Justice"), ואילו הנשים – מנקודת מבט של דאגה לזולת ("Ethics of care").³⁶ נקודת-מבט זו היא "הקול הנשי" שהושתק

31 עור על ההיסטוריה של גישה פמיניסטית זו ועיקריה ראו אצל שחר, הערה 9 לעיל, בעמ' 159-168.

32 מקור מונומנטלי בעיצוב גישה זו הוא הספר Friedan Betty, *The Feminine Mystique* (1963). בספר טענה פרידן כי לנשים ישנה "בעיה ללא שם" שעניינה תחושת חוסר המימוש העצמי הנובע מעיסוק בלעדי ורציף במשפחה, ללא קריירה "חיצונית". קריאתה הייתה למתן שוויון הזדמנויות בעבודה וכחינוך לנשים.

33 Maggie Humm, *Feminism – A Reader* 181 (1992).

34 זהו עיקר הביקורת של הפמיניסטית הרדיקלית קת'רין מק'ינון (Katherine MacKinnon) על הפמיניזם הליברלי. ראו MacKinnon – Unmodified, הערה 5 לעיל, בעמ' 32-33, שם טוענת מק'ינון כי השוויון בנוסחתו האריסטוטלית תמיד יתייחס לנשים כדומות לגברים או שונות מהם.

35 Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (1982). גיליגן ערכה את מחקרה בתחום הפסיכולוגיה ההתפתחותית. מחקרה המפורסם הכיל הצבת דיאלמה מוסרית וזה לילדים משני המינים וניתוח פסיכולוגי אלטרנטיבי-פמיניסטי של הפתרון שהציעו.

36 בהרבה מובנים, ביקורתה של גיליגן על אימוצם הבלעדי של ערכים אלה על ידי החברה תואמת את התקפתם של אנשי ה-CLS על ערכי הגישות הליברליות, המקדשות את תפיסת היחיד האוטונומי ומתעלמות מחייו כדינמיקה של חיים בחברה. ראו Mark Tushnet, "An Essay on Rights," 62

במשך שנים. השתקה זו הביאה להסתכלות על התרבות הנשית כנחותה ו"אחרת", לביסוס מעמדה הנמוך של האשה בחברה, ולאמוצה של התרבות הגברית כתרבות הראויה היחידה. לכן, עניינה של גישה זו הוא מתן מקום לקול הנשי בפרקטיקות החברתיות השונות,³⁷ כדי להבין את תוכנו האמיתי,³⁸ הגאה³⁹ והרלבנטי לחברה כולה.⁴⁰ במישור המשפטי חייבה גישה זו הכרה בחווייה הנשית והחדרתה אל מחוזותיו הגבריים ומבוצרים של המשפט – הנתפס כמשרת בעיקר אינטרסים גבריים בעודו מביט על העולם ב"עניינים גבריות" ולפי קוד אתיקה גברי.⁴¹

הפמיניזם הרדיקלי⁴² היה לגישה הראשונה שהציגה התייחסות ייחודית וחדשנית לשאלת השוויון בחשיבה הפמיניסטית. גישה זו רואה את החברה כמתאפיינת בחלוקה שיטתית של שליטה קבוצתית, ובה קבוצת הנשים מדוכאת על ידי קבוצת הגברים. שליטה זו, שהיא תוצר תרבותי-חברתי ולא מצב טבעי, היא תכלית ה"הבדל" בין המגדרים,⁴³ ולכן הפעלת עיקרון השוויון המוכר בחשיבה הפמיניסטית הוא שגוי.⁴⁴ על

Tex. L. Rev. 1363 (1984), בו מציג המחבר את אופיין היחסי של הזכויות במתכונתן הליברלית ואת הפוטנציאל ההרסני שבהן לפרט.

37 בורם חשיבה זה קיימת ספרות ענפה אודות מקומה החשוב של התרבות הנשית בהקשרים נוספים, כגון השפה והפסיכואנליזה. ראו Barnett, הערה 14 לעיל, בעמ' 146-159.

38 כך למשל, טענה גיליגן במחקרה האמור, כי התופעה שלפיה נשים מעוות פחות מגברים, הסטגיות בהחלטותיהן ופשרניות בפתרונותיהן, אינה נובעת מבלבול אישיותי-אינהרנטי המיוחס להן אלא מהכרעות מוסריות שעניינן תחושות האחריות לזולת והדאגה לו, היוצרות אצל נשים דפוסי חשיבה קונטקסטואלית ורלטבית. תחושות אלה מביאות לנשים להתלבטויות ולפתרונות שאינם חד-משמעיים.

39 לכן מכונה גישה פמיניסטית זו כ"פמיניזם תרבותי כמובן החזק". היא מדגישה את נבדלותן של נשים מגברים ומעורדת אותה. לעומתה, הפמיניזם התרבותי החלש הסתפק בקביעה שקיימים הבדלים בין גברים לנשים וכי הבדלים אלה מגדירים תרבות עדיפה יותר חברתית. ראו Judith Evans, *Feminist Theory Today – An Introduction to Second-Wave Feminism* 76-77, 91 (1995).

40 כך, למשל, ראוי לאימוץ לחברה כולה הממצא של גיליגן, שלפיו נשים דואגות יותר לסביבתן ואינן רואות את עצמן כאטומים החיים באופן עצמאי, מנותק ומנוכר בחברה – כדוגמת התפיסה הגברית.

41 השימוש שנעשה בתורתה של גיליגן בהקשרים המשפטיים הוא מגוון ומתפתח. ליישום במשפט החוקתי, למשל, ראו, Kenneth L. Karst, "Woman's Constitution," 1984 *Duke L. J.* 447, 480-508.

42 לביקורת רטוריקת שמה הנפוץ של הגישה ראו דונן שמיר, "על משפט ושינוי חברתי – הערות למאמרה של איילת שחר 'מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס'", עיוני משפט יח 631-632 (1994).

43 למעשה, מקיינון רואה במגדר עניין של הידרכיה ולא של הבדל, ולכן, לדידה, ההבדלים בין המגדרים הם תוצאה של יחסי-כוח. התנגדותה לדיכוטומיות של דמיון-שונות-שוויון נובעת מראייתה אותן כמסיחות את הדעת מהבעיה האמיתית של המינים – ה-Dominance. ראו MacKinnon – Unmodified, הערה 5 לעיל, בעמ' 32-34, 37.

44 מצעם מיקומו בנוסחת השוויון האריסטוטלית דורש עיקרון השוויון השואה בין המינים לצורך ויהי הדומה ביניהם, והענקת יחס דומה לשניהם, בהתאם. הבעיה היא שתמיד ימצא "הבדל" בין

פי יסודותיה הרעיוניים קוראת גישה זו לשינוי חברתי-פוליטי-חלוקתי, שעניינו הפסקת שליטתם של הגברים בנשים כדי שיווצר בסיס ראוי ביניהם להפעלת עיקרון השוויון המוכר.⁴⁵ הדרך להשגת בסיס שוויוני זה היא השבת הכוח שנגזל מהנשים לידיהן, באמצעות מיקוד המאבק הפמיניסטי בפרקטיקות של שליטה גברית על המיניות הנשית כגון פורנוגרפיה, הטרדה-מינית וזנות.⁴⁶ מכאן מקומו של המשפט ככלי מרכזי לניהול מאבק זה.⁴⁷

אחרונה להימנות היא הגישה הפמיניסטית שמקורה בפילוסופיה הפוסט-מודרנית,⁴⁸ ועיקרה בכיקורת הגישות הקיימות. גישה זו מתנגדת לשימוש האמור בדיכוטומיות וזהויות קבועות ו"טבעיות" כמו "אשה" ו"גבר", ובהליך של דה-קונסטרוקציה היא עומדת על טבען כתולדה של הבניה חברתית וכנעדרות תוכן "אמיתי" או "אובייקטיבי".⁴⁹ התנגדותה המרכזית הנוספת היא לאימוץ התיאוריה הפמיניסטית המודרנית המושתתת על אמונה בטרמיניזם ובפעולה סיסטמטית ומכוונת של מגדר

נשים לגברים כל עוד הגורם לכך – הכוח – מצוי בידי הגברים. מכאן שכל העמדה של נשים מול הגברים תוליד תוצאה של חוסר "רמיון" שיוכל להצדיק את המשך הפלייתן. ראו שם, בעמ' 34; MacKinnon – Toward, הערה 5 לעיל, בעמ' 223. מבחינת מקיינון, שוויון עניינו הענקת "יחס מיוחד" (ולא "העדפה מתקנת") לנשים – שמקורו בחוב שהחברה חבה להן – במסגרת הבניית השוויון מחדש. ראו MacKinnon-Unmodified, הערה 5 לעיל, בעמ' 45; MacKinnon – Toward, הערה 5 לעיל, בעמ' 233-234.

45 MacKinnon-Unmodified, הערה 5 לעיל, בעמ' 45. לכן יש הרואים גישה זו כמי שמאבקה כלל אינו מאבק לשוויון אלא להבניה מחדש של היחסים החברתיים בין נשים לגברים. ראו אוון מ' פיסט, "מהו פמיניזם?", עיוני משפט יח 5 (תרגמה ליאורה קפלן, 1993).

46 כוונתה של מקיינון אינה כי נשים ישלטו בגברים כמו שגברים שלטו בנשים, אלא שתיעשה חלוקה מחדש של הכוח החברתי כולו בין גברים לנשים. ראו MacKinnon-Unmodified, הערה 5 לעיל, בעמ' 23.

47 מקיינון רואה בחוק כלי להעצמת כוחן ושליטתן של נשים בעולות החברתיות המבוצעות כלפיהן. ראו שם, בעמ' 26.

48 דובריה העיקריים הם הפילוסופים הצרפתיים רידיה (Jaques Derrida), ליוטר (Jean-Francois Lyotard), בודריאר (Charles Baudelaire) ופוקו (Michel Foucault). התיאוריה הפוסט-מודרנית המשפטית נאמרה רק ב"רוחם" ולא כדבר, משום שתורתיהם של הוגים אלה נוצרו במסגרת חקר השפה, התרבות, האמנות וההיסטוריה (כהתאמה לכל כותב). שימוש בהם בהקשר פוליטי-חברתי-משפטי הוא סוג של אפליקציה. לתרומתם של כותבים אלה לניתוח הפמיניסטי ראו Barnett, הערה 14 לעיל, בעמ' 187-182. להצגת תמצית העמדה הפוסט-מודרנית בתחומים שונים של החיים ויישומם בישראל (כגון בספרות ובארכיטקטורה) ראו דוד גורביץ', המצב הפוסטמודרני (1999).

49 הפמיניזם הפוסט-מודרני קרא וזיגור על קיומם של יסודות בסיסיים בתפיסה הפמיניסטית המודרנית – "מגדר", "גבריות", "נשייות" ועוד. ראו Judith Butler, *Gender Troubles: Feminism and the Subversion of Identity* 6-25 (1990). בטלר רואה באלה תוצרים של מערכת ידע כוחנית, ולכן גם חסרי כל קיום "אמיתי".

אחד (גברי) כלפי משנהו (נשי).⁵⁰ הגישה הפמיניסטית הפוסט-מודרנית חורגת מעט מהסגנון הפוסט-מודרניסטי המקובל, המסתייג מהצגת "פתרון" לבעיה,⁵¹ ומציעה לחרוג מצורות המאבקים הקיימות ולהעמיד להן אלטרנטיבה שתדגיש פלורליזם של חוויות של נשים שונות (פלורליזם אפיסטמולוגי), כך מובנה-מתחדש מושג הנשיות, שעבר הליך של "השטחה" ואסימילציה בהצגתו כאחיד ויחיד, לכדי מושג עשיר.⁵²

2. כרוניקה של החרגה – הגשר בין הגישות השונות

במשך עשורים שלמים העסיקה קנאת הסופרות שבין ההוגות המרכזיות של התיאוריה הפמיניסטית את הכתיבה בתחום. עם הזמן החלה ניכרת מגמה של מציאת המכנה המשותף להן ולא ההבדלים ביניהן.⁵³ אחת הצורות החשובות ביותר של מכנה-משותף מעין זה⁵⁴ באה לידי ביטוי בהסכמה של רוב הזרמים המרכיבים את התיאוריה הפמיניסטית למשפט, לפיה במנותק משאלת הציוד בתיאוריה פמיניסטית בעלת אג'נדה זו או אחרת, קיימות כמה מתודות שכל מחקר פמיניסטי חייב לנקוט, והן שהופכות אותו למחקר פמיניסטי חשוב באשר הוא. אחת ממתודות אלה מגולמת בזיהויה של החוויה הנשית בתוך השדה המשפטי הנלמד – האם היא נכללת בשדה זה וכיצד היא משפיעה על משמעותו עבור נשים ועל השפעתו-הוא על חייהן.⁵⁵ שאלה זו עומדת במרכז חיבורי.

- 50 לטקירה קצרה ויעילה של עיקרי ביקורת הפמיניזם הפוסט-מודרני את המודרניזם ראו Evans, הערה 39 לעיל, בעמ' 125-140.
- 51 המחשת תפקידה של הפרודיה בהבנת הרפרזנטציה של מושג המגדר מצויה בניתוחה של באטלר את תופעת ה"דראג קווינס" בחברה, ואת תפקידה כמצביעה – דרך חיקוי מוגזם – על מלאכותיותו של המגדר כמוסד חברתי. Butler, הערה 49 לעיל, בעמ' 137.
- 52 Cain, הערה 30 לעיל, חוקפת את עבודתה של מקיינון מנקודת מבט לסבית, ומאשימה אותה באי-הכרה באחר שמעבר לאשה ההטרנסקסואלית. פלג בולט בחשיבה הפוסט-מודרנית הוא של פמיניסטיות המשתייכות לזרם החשיבה הכללי אודות ה-Critical Race Studies. ראו Humm, הערה 33 לעיל, בעמ' 122-162 (Asian, Black, and Women of Colour Lesbianism/Feminism), וכן בעמ' 163-180 ("Lesbian Feminism").
- 53 Patricia A. Cain, "Feminism and the Limits of Equality," *Feminist Legal Theory – Foundations* 237 (Kelly D. Weisberg ed., 1993) (להלן: *Feminist Legal Theory*). למרכזיותה של סוגיית ה"שוויון/שוני" בפמיניזם ראו Morgan, הערה 17 לעיל, בעמ' 744-749 (1988).
- 54 צורה חשובה נוספת היא זו המבקשת לבצע סינתזה בין מגוון הזרמים כדי להצביע על מטרותיהם המשותפות. ראו, למשל, הסינתזה שמציעה Cain (הערה 53 לעיל, בעמ' 244-245): קיין מחברת בין רעיון ההיפרדות הנשית והחברות הנשית, תוך הימנעות ממהותנות. כן ראו הצעתו של יובל לבנות, שאותה הוא מכנה "תקופת ביניים" עד לשינוי הסדר החברתי הפטריארכלי: לבנות, הערה 9 לעיל, בעמ' 193-194.
- 55 Cain, הערה 53 לעיל, בעמ' 244-245. הכותבת רואה בחובה לתת מקום לכל חוויה נשית חלק אינטגרלי מכל פריקט פמיניסטי. לדברים ברוח זו ראו Evans, הערה 39 לעיל, בעמ' 132-140.

ההבנה הפמיניסטית הבסיסית היא שהאישה הוחרגה (excluded) מתחומי החיים השונים והפכה כך ל"אחר" ביחס לגבר⁵⁶ ולבלתי-נראית מבחינה חברתית (invisible).⁵⁷ החרוגה זו מחייבת שלאשה תהיה נקודת-מבט שונה על החיים בכלל⁵⁸ ועל המשפט בפרט. נקודת-המבט שלה נובעת מעצם העובדה שדוכאה כל השנים, בין משום שלא הושוותה לגבר, בין משום שקולה הושחק, בין משום שנשלטה על ידי המין הגברי ודוכאה על-ידו ובין משום שנתפסה כהיפוך בינארי שלו. תהא הסיבה לכך אשר תהא, האשה בחברה היא ה"אחר" ביחס לגבר, וצרכיה, חוויותיה ותפיסותיה היו לבלתי-נראות-חברתית – ולכן נדרשת התייחסות מיוחדת לנקודת-המבט שלה. המשפט הוא אחד הביטויים הבולטים לאחרות הנשית: הוא אינו תוצר של עבודה נשית ולכן אינו מבטא חוויה נשית. הוא אינו יכול להיחשב לאובייקטיבי ונייטרלי עבור נשים משום שהוא עוצב, נחוזה, פורש ונבנה על פי סטנדרטים גבריים. סטנדרטים אלה, מטבעם כגבריים, אינם אובייקטיביים אלא באים לשרת את הגברים.⁵⁹ גם בהנחה שסטנדרטים אלה אינם פרי חשיבה קולקטיבית של המין הגברי שמטרתה דיכוי המין הנשי, הם עדיין תולדה פשוטה של מגבלות המין האנושי (הגברי), החווה את חייו לפי ניסיונו הפרטי (הגברי) ומבסס את יחסו לעולם על ניסיון זה.

כאן אבקש להבהיר כי שלא כעמדה המוכרת של הפמיניזם התרבותי והרדיקלי, השאלה הפמיניסטית במחקרי אינה נסמכת על תפיסה אסנציאליסטית כלשהי, לפיה הנשים כולן דומות וכך גם חוויותיהן, ולכן ניתן לקיים דיון בנקודת-המבט או בחוויות-החיים שלהן,⁶⁰ אלא אך שישנן חוויות שהן תולדה של ההבניה החברתית-

56 את מושג הנשיות כ"אחרות" ואת המטען החברתי השלילי שהוא נושא עמו טבעה, כאמור, סימון דה-בובראר בספרה המין השני, הערה 1 לעיל, בעמ' 13.

57 להגדרת מושג ההחרגה וההעדרות (invisibility) של נשים מתחומי/גופי הידע השונים ראו Rea Langton, "Feminism in Epistemology Exclusion and Objectification," in *Feminism in Philosophy* 127, 130-134 (Miranda Fricker & Jennifer Hornsby eds., 2000)

58 הייתה זו Sandra Harding, פילוסופית אמריקנית, שטבעה את המושג "Feminist standpoint theory", המבטא תפיסה מחקרית לפיה כל תיאוריה מושפעת מהפרספקטיבה של הטוען לה. לפיכך, כל תיאוריה "מדעית" קיימת – אפילו אם אינה מודה בכך ואפילו אם היא טוענת לאוניברסליזם ולאובייקטיביות מוחלטת – מושפעת מהמגדר של הוגה, כמו גם מגזע ומעמדו. ראו Humm, הערה 33 לעיל, בעמ' 318-322.

59 מקינן רואה בכך את הצורה הבולטת מכל להעדפת אינטרסים גבריים ולהתעלמות מאלה הנשיים (MacKinnon, הערה 7 לעיל, בעמ' 638-639):

Male dominance is perhaps the most pervasive and tenacious system of power in history... its point of view is the standard of point-of-viewless, its particularity, the meaning of universality.

60 אחת ההוגות הבולטות של ביקורת פוסט-סטרוקטורליסטית זו היא Judith Butler, *Bodies that Matter* (1993). בטלר מבססת את רעיונותיה על תורתו של פוקו, שראה בשדות-שיח של ידע אחדות המיניות כלים להשגת שליטה על הפרט. המהותנות המגדרית נתפסת בעיניה ככלי מרכזי כזה, ולכן היא קוראת להשתחרר ממנו באמצעות הכרה בתופעה החברתית שב-"performance"

הפטריארכלית והן ניתנות לזיהוי במאקרו כחוויות הקשורות יותר למהלך החיים הנוגע לנשים ולא לגברים.⁶¹ כמובן זה, העובדה שחוויה מסוימת המוגדרת "נשית" אינה נוגעת לכלל הנשים אינה גורעת מכוחה. כך, למשל, העובדה שלא כל הנשים הרות ויולדות אינה מונעת התייחסות לחוויות ההריון ולמשמעות החברתית הבעייתית הנלווית לה כחוויה נשית. דוגמא תלוית-ביולוגיה זו מייצגת אולי את הפן המובן מאליו של טיעון זה; פן פחות ברור שלו הוא זה המסתפק בייחוס המטאפורי-חברתי של חוויה כלשהי כנשית, כדי לאפשר דיון בה ככזו.⁶² כך, למשל, ניתן לדבר על חוויות הטיפול בילדים כחוויות-חיים נשית, לאור התפקיד החברתי של נשים כמטפלות המשפחתיות.⁶³ מן הצד האחר ניתן, למשל, להצביע על חוויות צבירת רכוש וניהולו כ"גברית".⁶⁴ כפי שנראה בהמשך, גם חוויות נעימות פחות יכולות להיות כאלה, כמו חוויות החרדה מאונס וחוויות ההכאה על ידי בן-הזוג. משמעותה המשפטית של ההתעלמות מחוויות החיים הנשית היא שנשים לא זוכות להתייחסות משפטית ראויה והן מופלות ביחס לגברים, שחוויות-החיים שלהם זוכות להתייחסות מלאה של הדין, וממילא גם ליתר הגנה עליהן – ביחס לחשיפת הנשים וחוויותיהן להעדרה של הגנה משפטית ראויה.

"of multiple gender representations" (שם, בעמ' 3). לביקורת דומה אודות הפמיניזם הרדיקלי ראו גם Cain, הערה 30 לעיל.

61 Evans, הערה 39 לעיל, בעמ' 78-80, 88. לדעת הכותבת, הצבעה על קיומן של תופעות דומות אצל נשים אינה חייבת לנבוע ממקור דטרמיניסטי-מהותני של נשים, אלא מהקשרים אחרים כמו סוציאליזציה.

62 רעיון הייחוס המטאפורי מכיר בכך שלמגדר יש תפקיד בייחוס ערכים שונים למינים השונים והערכה שלהם בהתאם, אולם הוא מותיר ייחוס זה ברמה המטאפורית בלבד ואינו קובע אם הוא נובע ממבנה ביולוגי או מהבניה חברתית. יתרון השימוש ברעיון זה טמון בפשטותו ובהוסר הדטרמיניזם שבו. להרחבה ראו כתיבתה של הוגת הרעיון Joanne Conaghan, "Tort Law and the Feminist Critique of Reason," *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law* 47, 56-58 (Anne Bottomely ed., 1996).

63 כעניין של הבניה חברתית ותפקידי מגדר, אין ספק כי זהו תפקידן של נשים בחברה, על אף שמחקרים בנושא הוכיחו כי גברים ונשים ניחנו באותן יכולות הוריות וכי "האינסטינקט האימהי" הוא ברובו יציר הבניה חברתית של קישור בין נשים לילדים. ראו Nancy Levit, *The Gender Line* 25-26 (1998). לויט אינה מתעלמת מקיומם של הבדלים ביולוגיים בין המינים בתחום המשפיעים על תפקיד זה, כמו הנקה, אולם היא סבורה שהמשמעות החברתית המגבילה שניתנה להם אינה מחויבת מציאות. שם, בעמ' 29-32.

64 Carol M. Rose, "Women and Property: Gaining and Losing Ground," 78 *Va. L. Rev.* 421, 422-423, notes 7-9 (1992). רוח מציעה ניתוח כלכלי – לפי תורת המשחקים – לנחיתותן של נשים בעולם של זכויות ורכוש, כמי שנוטות יותר לשיתוף.

בניתוח הפעלת מנגנון ההתרגה/הכללה של החוויה הנשית כדיני הנזיקין יתחייב אליבא דכל הגישות שימוש במתודת "השאלה הפמיניסטית", שעניינה סדרת שאלות המכוונות לזיהוי ההטייה הגברית במשפט:⁶⁵

- (1) מהי ההתנסות הנשית בתחום שבו עוסקת הסוגייה המשפטית?
- (2) אילו הנחות או תפיסות מייצג החוק בתחום הנדון?
- (3) מהי אי-ההתאמה בין הנחות החוק לבין ההתנסות הנשית בפועל?
- (4) איזה אינטרסים משרתת אי-התאמה זו?
- (5) כיצד ניתן לשנות המצב לטובתן של נשים?

שאלות אלה ילוו את סקירתי וינחו אותה. בפרק הבא יתחיל מסעי אל תוך דיני הנזיקין. תחילה אבחן בו מקרוב את אחד המנגנונים המרכזיים לעשייה נזיקית – עוולת הרשלנות – ואת יסוד הצפיות בו. הכרתם של אלה מהזווית הנזיקית המסורתית תאפשר בהמשך ניתוח ביקורתי-פמיניסטי של השימוש בהם בפסיקות השונות ושל משמעותן.

ב. עוולת הרשלנות ויסוד הצפיות

עוולת הרשלנות הכללית⁶⁶ מבוססת על הרעיון לפיו מי שגורם לחברתו נזק, תוך שאינו מתנהג כפי שאדם סביר היה מתנהג, צריך לפצותה בגין נזקה.⁶⁷ עוולה זו משמשת כיום כאחד הכלים המרכזיים להטלת אחריות נזיקית,⁶⁸ להרחבת תחולתם של דיני הנזיקין

65 Hether Ruth Wishik, "To Question Everything: The Inquiries of Feminist Jurisprudence," *Feminist Legal Theory* Martha Chamallas, "Importing Feminist Theories to Tort Law," 11 *Wis. Women's L. J.* 389 (1997). סדרה דומה של שאלות בעמ' 22. סדרה דומה של שאלות עיקריות לבחינה: (1) הכללה מגדרית בדין; (2) הטיה גברית בדוקטרינות ניטרליות על פניהן; (3) הדגשת הניסיון הנשי או התעלמות הדין מכינו.

66 המוסדרת במשפט הישראלי בסעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].
67 ע"א 653/97 חברת מרכז ברוך וצפורה נ' עירית תל-אביב-יפו, פ"ד נג(5) 817, 825. ליסודותיה של עוולת הרשלנות ראו ישראל גלעד, "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי", עיוני משפט יד 319 (תשמ"ט). ליסודות העוולה הדומים במשפט המקובל ראו Fleming, *Fleming & Jolowicz on Tort* 90 (15th ed., 1998); בעמ' 115-116; W.V.H.Rogers ed., 1998).

68 *Street on Torts* 171 (10th ed., Margaret Brazier & John Murphy eds., 1999). הסיבה הפרוזאית לכך היא שאנשים פשוט נזוקים בעיקר ממעשים לא-מכוונים של הזולת, אולם גם למבנה "הפתוח" הייחודי של העוולה יש כמובן משקל מרכזי בכך.

ולהתאמתם לשינוי העתים והעמדות בחברה,⁶⁹ כשלצידה העוולה של הפרת חובה חקוקה.⁷⁰ עוולת הרשלנות מכילה מושגי שסתום משמעותיים וקובעת עיקרון משפטי רחב לשם הטלת אחריות נזיקית, ואינה מסתפקת בזיהויה של סיטואציה עובדתית מצומצמת לשם כך.⁷¹ בשל יתרון ברור זה הפכו דיני הנזיקין לדינים שעוולה זו עומדת במרכזם, והיא שאפשרה את פיתוחם המואץ, על אף הקיפאון בזמן שהותיר בהם המחוקק.⁷²

גם במשפט הישראלי ניכרת מגמה זו של חקיקה שיפוטית בדיני הנזיקין.⁷³ ניתוח ההיסטוריה של עוולת הרשלנות⁷⁴ ממחיש את השימוש הנרחב והמרחיב שעושה בה בית המשפט לפיתוח הרעיון הנזיקי הבסיסי בדבר זיהוי אינטרסים חברתיים והכרעה

69 Fleming, הערה 24 לעיל, בעמ' 114-113; דיני הנזיקין, הערה 24 לעיל, בעמ' 86. ראו גם ד"ר 6/66 שחאדה נ' חילו, פ"ד (4) 617 (דברי השופט לנדוי); ע"א 248/86 עזבון חנשווילי נ' רותם חברה לביטוח, פ"ד מה(2) 529, 559-560.

70 סעיף 63 לפקודת הנזיקין.

71 מסיבה זו יש המסתייגים מלראות בה עוולה במונח המסורתי, ומעדיפים לראותה כבסיס נרחב להטלת אחריות. ראו Fleming, הערה 24 לעיל, בעמ' 115. לעמידה על ייחודן של עוולות המסגרת וההבחנה בינן לבין העוולות הספציפיות ראו דיני הנזיקין, הערה 24 לעיל, בעמ' 85-86.

72 ככלל, דיני הנזיקין במשפט האנגלו-אמריקאי הם ותיקים מאוד. בארצות-הברית למשל, משמש את בתי המשפט ככלי מרכזי בפסיקותיו ה-Restatement (Second) of Torts משנת 1965. מהדורה שלישית ומעודכנת שלו יוצאת בימים אלה ממש, אחרי כמעט 40 שנה! גם במשפט הישראלי ניכרת מגמה דומה. פקודת הנזיקין משנת 1964 אינה אלא תרגום מקורב – ולכן, המשכה הישיר – של הפקודה ששררה כאן בעת הקמת המדינה בשנת 1948. פקודה זו התבססה אף היא על הפקודה הקפריסאית-בריטית שעוצבה בשנת 1932. ראו גד טרסקי ואברהם רוזנטל, פקודת הנזיקין לאור תולדות התהוותה ותיקניה V-IV (1963).

73 השופט ברק כינה את המסגרת הרחבה של עוולת הרשלנות ככזו המאפשרת "חקיקה שיפוטית בדרגתה הטהורה ביותר"; ע"א 145/80 ועקנין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד (1) 113, 123.

74 לבד מן השפה הכללית שאפשרה לבית המשפט חופש פעולה במסגרת עוולות אלה, הביאו גם התפתחויות נוספות לחיזוק מעמדן כחולשות על תחום עובדתי נרחב: ראשית, בית המשפט קבע כי אינו רואה עצמו כבול למשפט האנגלי ולהלכותיו בבואו לעצב את דיני הנזיקין הישראליים. משמעותה של קביעה זו במסגרת עוולות אלה הייתה שבית המשפט אינו מוגבל בפיתוחיו רק לאותם הקשרים עובדתיים בהם הוחלו העוולות באנגליה. ראו, למשל, המ' 106/54 ויינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית, פ"ד (3) 1317; ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85, 90; ולאחרונה, ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69. כן ראו דיני הנזיקין, הערה 24 לעיל, בעמ' 88-89 (לעניין עוולת הרשלנות) ובעמ' 104-105 (לעניין הפרת חובה חקוקה). שנית, הוכרה עוולת הרשלנות כרלבנטית גם כשהסיטואציה העובדתית שהיוותה בסיס לעוולה לא התאימה, משפטית, למסגרת עוולתית אחרת שתאמה אותה יותר. ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (שם עוצב רעיון "עצמאות העילות", המאפשר יתר חופש לבית המשפט להפעלת עוולת הרשלנות). כן ראו דיני הנזיקין, הערה 24 לעיל, בעמ' 100-102. לתחולת עיקרון דומה גם בעוולת הפרת חובה חקוקה ראו ע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 757.

נורמטיבית-מאזנת ביניהם.⁷⁵ בית המשפט עצמו עמד על שימוש בעוולה לצורך הרחבת תחומי האחריות הנוזיקית בטכניקת הגדרת מעגלי האחריות ברשלנות.⁷⁶ מסיבות אלה משמשת היום עוולת הרשלנות כלי מרכזי להפעלת האחריות הנוזיקית במשפט, ובהרבה מובנים נראה כי לא יהא זה מוגזם לומר שהיא-היא האחריות הנוזיקית במשמעותה הנפוצה ביותר כיום. מסיבה זו בחרתי לבחון את השימוש בעל האספקט המגדרי שעושה בית המשפט בדוקטרינה מרכזית בה – דוקטרינת הצפיות.

1. דרישת הצפיות כמוטיב חוזר בעוולת הרשלנות

עוולת הרשלנות מורכבת משני יסודות מרכזיים הייחודיים לה – התרשלות וחובה – ומשני יסודות כלליים יותר בעלי נופך רשלני מיוחד – נזק וקשר סיבתי לנוזק.⁷⁷ חיבור זה יתמקד בעיקר ביסוד ההתרשלות וכיסוד הקשר הסיבתי המשפטי לנוזק, כיסודות שבהם עשה בית המשפט שימוש שונה בדוקטרינה אחת שעניינה צפיות התרחשות הנוזק. דרישת הצפיות בעוולת הרשלנות היא דרישה מרכזית המעמידה את בסיס האחריות ברשלנות. קיומה של צפיות לגרימת הנוזק אצל המזיק היא הגורם המחבר בין אי-סבירותו הערטילאית של הסיכון הרלבנטי לבין יצירת הסיכון בפועל. הדרישה מבססת את יסוד האשם ברשלנות, שכן רק אפשרות צפיית התרחשות הנוזק ונטילת הסיכון למרות זאת מאפשרת לראות את המזיק כמי שכתר לנהוג בצורה שבה נהג, ולהטיל עליו את אות הקלון החברתי כמי שאשם אישית בהתרחשות הנוזק.⁷⁸ דרישת הצפיות רלבנטית להטלת אחריות בעוולת הרשלנות בשלושה הקשרים שונים ומגוונים.⁷⁹ יש שהיא פשוט חוזרת על עצמה בכל הקשר, על אף שינוי מיקומה

- 75 לסקירת השפעתו הרבה של בית המשפט בישראל בתחום ראו יצחק אנגלרד, "תרומת הפסיקה להתפתחויות דיני הנוזיקין – דימויה העצמי ומציאות", עיוני משפט יא 67 (תשמ"ה). למרות שאין הוא מבקר עמדה זו מפורשות, נראה כי אנגלרד רואה מגמה זו, כעניין של קבע, כבלתי ראויה. שם, בעמ' 88-92.
- 76 בהפעלת טכניקה זו משתמש בית המשפט בעיקר ביסוד חובת הזהירות שבעוולה כדי לקבוע את גבולותיה; ראו ע"א גורדון, הערה 74 לעיל, בעמ' 128; ע"א 324/82 עירית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102, 116-117. יסוד החובה נרחב ונוגע גם לשאלות של ריחוק נזק כמיכניזם להגדרת רחבה של החובה. ראו ע"א חנשווילי, הערה 69 לעיל, בעמ' 559-560.
- 77 להרחבה על היסודות השונים של עוולת הרשלנות לפי המודלים השונים לניתוחה ראו גלעד, הערה 67 לעיל. גלעד מציג בדבריו מודל ענייני-מושגי ושני מודלים פסיקטיים: צר ורחב.
- 78 ישראל גלעד, "על היחס בין ההיבט הפיסי להיבט הנורמטיבי של עוולת הרשלנות", משפטים טו 446, 448-449 (תשמ"ה).
- 79 גלעד, הערה 67 לעיל, בעמ' 330. גלעד מחלק את שלושת המופעים של יסוד הצפיות בצורה מעט שונה מזו שתוצג, משום שהוא מכוון בדבריו למודל הענייני של העוולה, אותו הוא מציג בתחילת מאמרו. בתרגום ל"מודל הצר" העדיף בעיניו – ואף בעיני, ומשמש אותי לניתוח עוולת הרשלנות בחיבור זה – המרכיב הראשון בו מופיעה הצפיות אצלו דומה ליסוד ההתרשלות, השני והרביעי, ליסוד החובה והשלישי ליסוד הקשר-הסיבתי. ראו שם, בעמ' 341. נוסף על שלושת ההקשרים

הגיאוטרי, ויש ששינוי מיקומה גורר שינוי בתוכנה.⁸⁰ בראש ובראשונה היא מוכרת בויהוי חובת הזהירות. עוד בפרשת *Donoghue*⁸¹ ביסס הלורד אטקיין (Atkin) את כינונה של חובת זהירות על מבחן צפיות הנזק על ידי המזיק: רק נזק שגרם המזיק שהיה צפוי בפועל על ידו או שהיה עליו לצפותו יכול היה לבסס אחריות שלו כלפי הניזוק.⁸² המשפט הישראלי אימץ גישה זו, ולפיה גדרה של חובת הצפיות ייקבע על פי אפשרות הצפייה הפיזית של הנזק – שממנה נגזר תחום חובת הצפיות הנורמטיבית,⁸³ בכפוף לקיומם של שיקולי מדיניות משפטית העלולים להצדיק צמצום של גדר החובה.^{84 85}

הייחודיים בעיקר לעולת הרשלנות מופיעה דרישת הצפיות גם בשלב הרביעי של הערכת מידת הפיצוי המגיעה לניזוק. בשלב זה כבר קיימת הכרה באחריות המזיק לנזקי הניזוק, והשאלה היא על איזה חלק מנזקים אלה ישתרע הפיצוי – והיא רלבנטית לכל סוגי האחריות בנויקין ולא תידון כאן בנפרד. להרחבה ראו *Salmond & Heuston*, הערה 25 לעיל, בעמ' 197; Fleming, הערה 24 לעיל, בעמ' 237-239.

80 ניתוח יסודות עולת הרשלנות כאן נעשה לפי "המודל הצר" של העולה. ראו גלעד, הערה 67 לעיל, בעמ' 342-338, 370.

81 *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562.

82 הצטיטה המפורסמת והנשנית מכל בהקשר זה היא זו של הלורד אטקיין, לפיה:

You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour...

שם, בעמ' 580. לקשר ההדוק בין ציטטה זו לבין דרישת הצפיות להגדרת חובה ראו *Salmond & Heuston*, הערה 25 לעיל, בעמ' 197-198.

83 הכלל המשפטי הוא שיש להבחין בין צפיות טכנית לצפיות נורמטיבית. הראשונה בוחנת את אפשרות צפיותו בפועל של הנזק, והיא שאלה הנוגעת לשיקולים טכניים בעיקרם; השנייה בוחנת את החובה לצפות את הנזק כעניין נורמטיבי, והיא נוגעת לשיקולים חברתיים-מוסריים ומוכרעת לפי איוון בין האינטרסים שהם מייצגים. ע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1, 15-16. להבחנה בין סוגי צפיות אלה ראו גלעד, הערה 78 לעיל. בע"א גורדון, הערה 74 לעיל, בעמ' 129 קבע השופט ברק חזקה חובה, לפיה יש לגזור מהצפיות הפיזית את הצפיות הנורמטיבית, אלא אם קיימים שיקולים השוללים קביעתה של חובה. בע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 65-66 התנגד הנשיא שמגר לגזירה זו. ראו גם ביקורתו של גלעד על היקש זה בין סוגי הצפיות שמבצע ברק, במאמרו לעיל.

84 ע"א גורדון, הערה 74 לעיל, בעמ' 129; רע"א 1565/95 סחר ושרותי ים נ' חברת שלום וינשטיין, פ"ד נד(5) 638, 649. בכך אומצה הגישה הרווחת במשפט המקובל, לפיה לא די רק בצפיות של הנזק כדי להטיל על הגורם לו חובת זהירות כלפי הניזוק ממנו. ראו *Street on Torts*, הערה 68 לעיל, בעמ' 178.

85 בשלב זה תלויה תדירות הופעת דרישת הצפיות כמודל ניתוח העולה שבו כתר בית המשפט: שימוש במודל הפסיקתי הרחב להטלת אחריות ברשלנות, שם נבחנת חובת הזהירות של המזיק לניזוק הן במישור המושגי והן במישור הקונקרטי, יחייבו להידרש פעמיים לשאלת החובה, וכך גם לשאלת הצפיות. להבדל בין שתי שאלות החובה ראו גלעד, הערה 67 לעיל, בעמ' 343-346. לביקורת מודל זה בשל הסרבול שהוא יוצר וחזרתו על אותן שאלות פעמיים, בלי לעמוד על הבדל אמיתי ביניהן, ראו אריאל פורת, "דיני נזיקין: עולת הרשלנות על-פי פסיקתו של בית המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 373, 397 (בעריכת

שלב נוסף שבו מופיעה דרישת הצפיות הוא באומדן התנהגות המזיק שגרמה לנוק כרשלנית או בלתי-זהירה, כלומר: שלב קביעת ההתרשלות.⁸⁶ בשלב זה יש להוכיח כי התנהגות המזיק הייתה כזו שאדם סביר ונבון לא היה נוהג בה באותן נסיבות,⁸⁷ משום הסיכון הבלתי-סביר הצפוי ממנה.⁸⁸ במידה שאדם סביר לא היה צופה כי הסיכון שנטל על עצמו המזיק יתממש, לא נפלה רשלנות במעשיו.⁸⁹

שלב שלישי שבו מופיעה דרישת הצפיות הוא שלב קביעת קיומו של קשר סיבתי בין המעשה הרשלני לנוק שאירע לתובע.⁹⁰ מבין מגוון המבחנים המשמשים לאומדן הקשר הסיבתי נבחר מבחן הצפיות כמתאים ביותר לקביעת קיומו של קשר סיבתי משפטי בין מעשה המזיק לנוק בעוללת הרשלנות.⁹¹ בשלב זה ייקבע כי קיים קשר סיבתי רק אם סוג נזקו של התובע ואופן התרחשותו, באופיים הכללי, היו צריכים להיות צפויים על ידי המזיק.⁹² נזק שאינו צפוי אינו נזק בר-פיצוי, משום שדרישת הצפיות מחברת כנדרש בין הנזק שאירע בפועל לבין הסיכון שיצר המזיק בהתנהגותו,⁹³ אם כי אופי הצפיות שונה מעט כאן מזו שהוצגה ביסודות הקודמים.⁹⁴ כאן, הדגישו בתי המשפט תזוור והרגש, אין

- 86 אריאל רוזן-צבי, (1997). במקרים שבהם השתמש בית המשפט במודל הצר, בו מופיעה שאלת החובה בהתייחסה לעובדות המקרה הספציפי, הוא נדרש לשאלת הצפיות רק פעם אחת. ראו ביטוי לגישה זו בדברי השופט שמגר בפרשת לוי, לפיהם: "בית המשפט אשר אליו מוגשת תביעה בגין רשלנות עוסק תמיד בקביעת חובה זהירות בגין אירוע ספציפי". ע"א לוי, הערה 83 לעיל, בעמ' 67. גלעד, הערה 67 לעיל, בעמ' 321-322.
- 87 כדבר סעיף 35 לפקודת הנוזיקין.
- 88 הצפיות הנדרשת היא סבירה גם במובן זה שאין די בצפיות כללית כדי להטיל אחריות, אלא יש להוכיח כי היה מקום לצפות את הסיכון כמחשיו. ראו Fleming, הערה 24 לעיל, בעמ' 134-135.
- 89 *Street on Torts*, הערה 68 לעיל, בעמ' 243-244.
- 90 ע"א 935/95 פלונית (קטינה) נ' קליפורד, פ"ד נב(4), 736, 754-755; יצחק אנגלרד, "על היקף האחריות והקשר הסיבתי בנוזיקין", מחקרי משפט לזכר אברהם רזנטל 55, 60-62 (תשכ"ד); ישראל גלעד, "הסיבתיות במשפט הנוזיקין הישראלי – בחינה מחודשת", משפטים יד 15, 28-29 (תשמ"ד); *Street on Torts*, הערה 68 לעיל, בעמ' 275-276.
- 91 מבחן אפשרי מרכזי נוסף להערכת קשר סיבתי בנוזיקין הוא מבחן הסיכון, שלרוב נלווה אליו מבחן השכל הישר. ראו ע"א קליפורד, הערה 90 לעיל, בעמ' 755-756; ע"א 2757/93 שרון נ' או.אר.אס. כוח אדם, פ"ד מט(2) 781.
- 92 ע"א 350/77 כיתן בע"מ נ' וייס, פ"ד לג(2) 785, 803. להרחבה ראו גלעד, הערה 90 לעיל; *Street on Torts*, הערה 68 לעיל, בעמ' 276-278.
- 93 גלעד, הערה 67 לעיל, בעמ' 334.
- 94 במסגרת שני ההקשרים הראשונים שהוצגו, הצפיות הנדרשת להערכת הסיכון בהם היא פרוספקטיבית, כלומר: בוחנת אם בנקודת הזמן של ביצוע ההתרשלות ניתן היה לצפות *ex ante* כי בהתנהגות המזיק היה סיכון בלתי-סביר לניזוק. ביסוד הקשר הסיבתי, הצפיות שיש להוכיח כדי להטיל אחריות על המזיק היא צפיות *ex post*, הבוחנת אם בדיעבד ניתן לקבוע שהסיכון שהתממש בפועל היה מימוש של הסכנה שיצרה התרשלות המזיק. להבחנה זו ראו שם, בעמ' 326-327, וכן גלעד, הערה 90 לעיל, בעמ' 28-31.

כל צורך שהמוזיק יצפה את אופן השתלשלות הנזק הספציפי שאירע ואת מרכיביו לפרטיהם, אלא די שיצפה את אפשרות התרחשותם הכללית.⁹⁵ הופעת יסוד הצפיות בכל אחד מיסודותיה של עוולת הרשלנות מעידה על מרכזיותו. עוולת הרשלנות סובבת סביב הציר המרכזי של צפיות, ומשום כך מכתוב יסוד זה את גבולותיה ואת גבולות השתרעותה על פעולות והתנהגויות אנושיות מגוונות. הגדרתה בקווים ניטרליים מחייבת את בחינת מילויה בתוכן כעניין בעל חשיבות פמיניסטית מרכזית. הפעלה פטריארכלית של קווי-הצפיות תשפיע על סיכויי הנאתן של נשים מעוולת הרשלנות ומההגנה שהיא מעניקה לפרט, ותערים עליהן קשיי שכנוע בכל שלושת שלבי הוכחת התקיימותה: שלב החובה, שלב ההתרשלות ושלב הקשר הסיבתי.⁹⁶

2. סיפורה של גלינה וסיפורה של פלונית – שתי מפסידות ותקווה אחת⁹⁷

לרוב מציגים נשים וגברים אותם מקרי פגיעה לפני בית המשפט בתביעה נזיקית. על אף מגדריהם השונים הם חשופים לכאורה באותה מידה לסיכוני החיים. הסכנה להיפגע ממכוננית נוסעת, מייעוץ רשלני של בעל מקצוע או מטיפול רפואי רשלני נראית שווה עבור שני המגדרים. למעט הסתייגות קלה,⁹⁸ ניתן להבחין בין סוג זה של סיכונים,

95 ע"א 576/81 בן שמעון נ' בודה, פ"ד לח(3) 1; ד"ג 12/63 ליאון נ' רינגר, פ"ד יח(4), 701, 712; *Street on Torts*, הערה 68 לעיל, בעמ' 275: "... the harm suffered must be of a kind, type or class foreseeable as a result of the defendant's negligence." לביקורת גבולותיה של קביעה זו ראו גלעד, הערה 67 לעיל, בעמ' 334-335.

96 למרות ההבדל בין סוגי הצפיות הנדרשים בכל שלב בעוולה, הבסיס העובדתי לזיהוי הצפיות דומה בכלום. לכן, אי-עמידה בהוכחת הצפיות בשלב אחד תנבא באחוזים גבוהים אי-עמידה בה בשלב אחר. ראו בעיקר את הדמיון בין דרישות הצפיות בשלב חובת הזהירות לבין דרישותיה בשלב ההתרשלות; פורת, הערה 85 לעיל, בעמ' 396-397.

97 הפסדה של פלונית הוא ברור; גם הפסדה של גלינה – המתה – הוא ברור. ועדיין, דמותה המשפטית של גלינה במשפטו של כן-זוגה שגרם למותה, היא תקווה לתחילת שינוי במעמדן המשפטי של נשים מוכות.

98 מחקרים פמיניסטיים גילו, למשל, שפגיעות של נשים ממוצרים פגומים הן רבות בהרבה מאלה של גברים, כעיקר בתחום השימוש בתרופות. ראו, למשל, Elizabeth L. Bowles, "The Disfranchisement of Fertile Women in Clinical Trials: The Legal Ramifications of and Solutions for Rectifying the Knowledge Gap," 45 *Vand. L. Rev.* 877, 878 (1992) במאמר טוענת המחברת שנשים צורכות יותר תרופות מגברים וסובלות באופן לא-פרופורציונלי ביחס לגברים מתגובות לוואי להן. תורמת להפיסה זו גם העובדה שקיימים מוצרים רבים המיועדים לשימוש נשי-בלעדי, החסרים מקבילה גברית – כמו, למשל, שתלי סיליקון, טמפונים ותרופות הכרוכות בהריון, שהסבו במשך השנים נזקים רבים לנשים. ראו Lucinda M. Finley, "Female Trouble: The Implications of Tort Reform for Women," 64 *Tenn. L. Rev.* 847 (1997). לדברי פינלי, נשים הן הנפגעות העיקריות מתרופות וממוצרי בריאות, ולכן הגבלת שיעור הפיצויים בנוק לא-כלכלי ועונשי לניזוק מן המוצר תשפיע עליהן לרעה. ראו גם את ערוחה בנושא לפני

הנעדר ייחוס מגדרי כלשהו, לבין סוג אחר של סיכונים, הנדמה כ"נשי" מובהק: אלה הם הסיכונים שההבניה החברתית מייעדת בעיקר לנשים ושהסטטיסטיקות מראות את התממשותם הטיפוסית אצלן. שני הסיכונים שנדונו בפסקי הדין שייסקרו להלן הם דוגמא מצוינת לכך: הסיכון להיאנס בביתך, כבגירה,⁹⁹ והסיכון לסבול מהכאה מצד בן-זוגך.¹⁰⁰ שני סיכונים אלה, שנוכל לכנותם על נקלה מיוחס-מגדר¹⁰¹ – בהיותם משקפים חויית-חיים מיוחסת-מגדר – מעמידים בפני בית המשפט אתגר גדול יותר מזה שמעמידים בפניו סיכונים נטולי-ייחוס מגדרי דוגמת אלה שהוצגו לעיל. אלה הם סיכונים שמערכת המשפט הנזיקית תופעל בגינם בעיקר לטובת נשים ולהגנתן, ובית המשפט יידרש להוכיח את נכונותו לכך. שני פסקי הדין שלפנינו מציגים התמודדות שונה של בתי המשפט עם אתגר שכזה, תוך שימוש באותה דוקטרינה נזיקית – והגעה לתוצאות הפוכות.

(א) סיפורה של פלונית: הסכנה להאנס – חויית-חיים נשית מפרספקטיבה גברית

את בחינת הפוטנציאל ההרסני של מילוי בתוכן אנדרוצנטרי של דוקטרינת הצפיות אבקש לפתוח בסיפורה של אשה שנאנסה, המובא כאן כדוגמא מובהקת לאימוץ סטנדרטים גבריים בהפעלת מנגנונים נזיקיים ניטראליים על חויית-חיים מיוחסת-מגדר. אבקש להבהיר: סיפור זה אינו מובא כמייצג הפסיקה בתחום דווקא, אלא כמדגים את בעייתיות השימוש המוטה-גברי בדוקטרינה נזיקית. במובן זה, ייתכן בהחלט שבמקרים דומים אחרים היה בית המשפט מגיע לתוצאה אחרת, אולם כאן הגיע לתוצאתו תוך שימוש "טריביאלי" ביסוד הצפיות באופן מוטה-מגדרי ובכך הפך את פסק-דינו, באופן קונקרטי, להולם ניתוח פמיניסטי.

הוועדה לרפורמה בהסדר האחריות האמריקני בגויקין למוצרים פגומים: Lucinda M. Finley, "Tort Reform: An Important Issue for Women," 2 *Bu. W. J. L. & Soc. Pol.* 10 (1993).
 99 לנשים קיימת סכנה להיאנס כבגירות וכקטניות; ראו Lynn Hecht-Schafran, "Writing and Reading about Rape: A Primer," 66 *St. John's L. Rev.* 979, 993-994 (1993). במאמר זה מפריכה המחברת את המיתוסים המוכרים בקשר לאונס נשים. אונס של ילדים נפוץ מאוד גם אצל בנים צעירים, אלא שאז הוא מיוחס יותר לתפיסה כוחנית כלפיהם כחסרי-ישע. ראו L. Henderson, "Without Narrative: Child Sexual Abuse," 4 *Va. J. Soc. Pol'y & L.* 479, 489-491 (1997).

100 ההערכה היא שכ-25% מהנשים בעולם סובלות מאלימות כלפיהן על ידי בני-זוגן בעבר ובהווה. לסטטיסטיקות אודות הכאת נשים ברחבי העולם ראו Carin Benninger-Budel & Anne-Laurence Lacroix, *Violence Against Women: A Report* 74-104 (1999). בישראל, הערכת המשטרה וארגוני-הנשים היא שיש כ-300,000 נשים מוכות. לסטטיסטיקה הישראלית ראו נתונים באתר נעמ"ת, www.naamat.org.il.

101 להצגת משמעות הרעיון של נזק מיוחס-מגדר זה שמקורו בסיכון שנשים צפויות יותר להיפגע ממנו מאשר גברים ראו Joanne Conaghan, "Gendered Harms and the Law of Tort: Remedying (Sexual) Harassment," 16 *Oxford J. Leg. Stud.* 407 (1996).

¹⁰² *Doe v. Linder Constr. Co.*

באישון לילה נאנסה פלונית על ידי שני גברים שנכנסו לדירתה באמצעות מפתח שהיה ברשותם. מעובדות פסק הדין¹⁰³ עולה כי פלונית רכשה דירה בקומפלקס מגורים במדיסון, טנסי, בין היתר בשל סידורי האבטחה הייחודיים במקום. בקומפלקס נכחו כל העת עובדי תחזוקה מטעם מנהלי המקום, שאמורים היו לבצע תיקונים בדירות לפי בקשת הדיירים ובתיאום עמם. לימים הסתבר כי עותק ממפתח דירתה של פלונית היה מצוי בידי מתווכת הדירות של הקומפלקס, שטיפלה עבור פלונית ברכישת הדירה. המפתח נשמר אצל המתווכת בקופסת פלסטיק לא-נעולה, והוצמד לו תג לזיהוי דירתה של פלונית. קופסת הפלסטיק הונחה בארון לא נעול בחדר השינה של ה"דירה לדוגמא" שבקומפלקס, ששימשה גם כמשרד המכירות שלו. לעובדי המקום הייתה דרך קבע גישה חופשית לדירה לדוגמא, כפי שידעה היטב החברה הקבלנית. לאחד העובדים במקום אף היה מפתח לדירה זו, שאותו השיג בחשאי. אביו, האחראי הבכיר על אחזקת הדירות מטעם החברה, ידע על כך שבנו מחזיק במפתח אך לא עשה דבר בנדון.

ביום האונס החליטו העובד שגנב את המפתח לדירה לדוגמא וחרבו לעבודה לקחת את המפתח לביתה של פלונית מהדירה לדוגמא, במטרה לאונסה. כך אכן עשו: הם חדרו ללא כל בעיה לדירתה של פלונית, בה ישנה עם בנה בן הארבע, אנסו אותה כזה אחר זה, התקינו להם ארוחה במטבח ונבנו מרכושה טרם צאתם.

פלונית תבעה גורמים שונים בקומפלקס על שהתרשלו בשמירה על הגישה למפתח דירתה ובכך סיכנו אותה בפריצה ובאונס.¹⁰⁴ תביעתה התבססה על אחריות ברשלנות של בעלי-הגישה לדירתה. בית המשפט העליון של מדינת טנסי דחה את בקשתה של פלונית להביא את תביעתה לפני חבר מושבעים.¹⁰⁵ מדעת הרוב, לה היו שותפים ארבעה שופטים גברים, עולה ריח חריף של שימוש בדפוס-חשיבה ובחוביות-חיים גברית,

102 845 S.W.2d 173 (Tenn., 1992). לפסק הדין הגעתי דרך מאמר העוסק באימוצם של סטנדרטים גבריים בדיני הנויקן, Leslie Bender & Perette Lawrence, "Is Tort Law Male?: Foreseeability Analysis and Property Managers' Liability for Third Party Rapers of Residents," 69 *Chi.-Kent. L. Rev.* 313 (1993).

103 כפי שהן מובאות בהרחבה על ידי שופטת המיעוט בפסק הדין *Doe*, הערה 102 לעיל, בעמ' 187-190.

104 לרשימת הנחבעים המפורטת, הכוללת – בין היתר – את החברה שהקימה את הקומפלקס, את האחראי עליו ואת מתווכת הדירות, ראו שם, בעמ' 175.

105 פסק הדין בערכאה הראשונה ניתן בהליך המוקדם של המשפט, שבשיטת המושבעים האמריקנית משמש להכרעת בית המשפט אם מתגלה בו עילה לכאורה המצדיקה את העברתו למשפט בפני חבר מושבעים. הערעור אישר הכרעה זו. במובן זה חמור פסק הדין שבעתים, שכן בית המשפט שלל בו מפני פלונית את האפשרות להעמיד בכלל לפני מושבעים את השאלות הקשות העולות ממנו. עוד קבע בית המשפט כי בעובדות הקשות המתארות לעיל אין גם כדי להקים עילה לכאורה לרשלנות כלפיה. על הקושי בייחוד זה של פסק הדין ראו Bender & Lawrence, הערה 102 לעיל, בעמ' 316, 318-319; ראו גם דברי שופטת המיעוט בעניין *Doe*, הערה 102 לעיל, בעמ' 186-187.

המונעת מבית המשפט מלהכיר באחריות לנוקיה של פלונית – בד בבד עם התעלמות מחוויית-החיים הנשית של תקיפה מינית. הכרעת בית המשפט נעשתה במסגרת הדוקטרינות הקיימות בדיני הנוזיקין ותוך שימוש בהן באופן הנחזה להיות אובייקטיבי. לעומת זאת, נוסחה דעת מיעוט הפוכה על ידי השופטת היחידה במוטב.¹⁰⁶ דעת הרוב ניגשה לבחון את הסוגייה לפי יסודות עוללת הרשלנות במשפט האמריקני, הדומים מאוד לאלה המצויים במשפטנו: חובה, הפרה של החובה וקשר סיבתי לנוק. את הקושי להטיל אחריות ברשלנות על המזיקים מיקד בית המשפט ביסוד חובת הזהירות והקשר הסיבתי.¹⁰⁷ בשניהם הצביע על היעדרה של צפיות של הנבצעים את הנוק. יסוד החובה מורכב מדרישה לכך שהמזיק יוכל לצפות את הסיכון הבלתי-סביר כלפי התובע, ובהעדר יכולת לצפות את הנוק לא קמה חובה כזו.¹⁰⁸ למרות טענת התובעת כי נקל היה לצפות שתתרחש תוצאה של פגיעה מינית בה עקב שמירה רשלנית על המפתח לדירתה, קבע בית המשפט כי האונס לא היה תוצאה צפויה של ההתרשלות. בנוגע לקשר הסיבתי קבע בית המשפט כי גם יסוד זה לא הוכח, שכן לא ניתן היה לצפות את השתלשלות הדברים שגרמה לנוק. הסיבה העיקרית לשתי קביעותיו זוהתה כמעורבותו המכריעה של גורם זר באופן התרחשות הנוק: גניבה של המפתח – פעמיים, קשירת קשר וביצוע של אונס. כל אלה, לדעת בית המשפט, היו בלתי-צפויים, ולכן התרחשותם לא גררה הטלת אחריות.

ברמה הרטורית נשענה הכרעת בית המשפט על אדנים נזיקיים מובהקים, תוך הרגשת העובדה שאין תקדים להטלת אחריות במצבים אלה;¹⁰⁹ אולם עמדת המיעוט הציגה

106 הכותבות מרמזות בדבריהן לכך שמגדרה של שופטת המיעוט הוא שהשפיע עליה להזדהות עם טענותיה של התובעת. Bender & Lawrence, הערה 102 לעיל, בעמ' 318.

107 כמובן זה ניתן היה למקם את התנגדות בית המשפט להטיל אחריות על המזיקים כשל העדר צפיות שלהם את הנוק בשלב ההתרשלות דווקא, בקביעה שהסיכון שנוצר כלפי התובעת היה כזה שלא ניתן לצפותו על ידי האדם הסביר – ולכן לא הייתה התרשלות במעשיהם. נראה, שבמיקום השאלה ביסוד החובה לא דק בית המשפט בניתוחו האנליטי. לדיון בתופעה הבעייתית של מיקום שאלת הסטנדרט הראוי להתנהגות דווקא בחובת הזהירות ולא ביסוד ההתרשלות, ולביקורת מצב זה, ראו גם *Salmond & Heuston*, הערה 25 לעיל, בעמ' 196-197; Fleming, הערה 24 לעיל, בעמ' 117-118. יתרה מזאת: בצפיית התנהגותו של אדם שלישי שגרם לנוק ראוי במיוחד שהיא תמוקם ביסוד ההתרשלות; ראו שם, בעמ' 135. שימושו של בית המשפט ביסוד החובה כאן תואם מבנה של חובה, הפרה שלה ונוק. ליכולת לראות את התנהגות המזיק כפוטרת מאחריות בשל אי-התרשלות, או כפוטרת מאחריות בשל העדר-חובה דווקא, ראו הוויכוח בין עמדותיהם של השופטים אגנט וזילברג כע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן, פ"ד ז 674. ניכר שבית המשפט בפרשת *Doe* התקשה אף הוא באבחון מדויק של מיקום הסוגייה, ומיקם בהמשך דבריו את סטנדרט הזהירות בדרישה לנקוט אמצעים סבירים נגד נוק צפוי. פסק דין *Doe*, הערה 102 לעיל, בעמ' 178.

108 שם.

109 שם, בעמ' 176-177, 180. בית המשפט מכנה את ההחלטה להעביר את המקרה למושבכעים "מהפכנית".

ניגוד מלומד לכך. כך, למשל, עמדה שופטת המיעוט על קלות זיהויה של צפיות לאונס כשקיימת אפשרות חדירה קלה לכיתה של אשה, והביאה צרור של תקדימים – ביניהם אחד שניתן על ידי אותו הרכב שופטים ממש, להוכחה כי התרשלות בשמירה על מפתח שגורה פגיעה באמצעות אחר עשויה להטיל אחריות ברשלנות על המזיק. באותו מקרה קבע בית המשפט כי יש להטיל אחריות על אדם שהתחיל בשמירה על מפתחות מכוניתו ובכך אפשר גניבה שלה, שהובילה למרדף פרוץ שבמסגרתו נהרגו אשה וכתה מפגיעת הרכב הגנוב.¹¹⁰

(ב) יסוד הצפיות בניטרלי וחוויות האונס מנקודת-מבט גברית

לולי בנדר (Leslie Bender) ופרט לורנס (Perrete Lawrence) עומדות על דפוס החשיבה הגברי שבבסיס הכרעתו של בית המשפט בפרשת *Doe*. בנוגע ליסוד הצפיות בשלב קביעת החובה, עמדת בית המשפט הייתה, כאמור, שלא ניתן לצפות התרחשות של אונס בכיתה של אשה בשל ניהול רשלני של השמירה על מפתח ביתה, משום שלא הייתה כל סיבה מיוחדת לחשוש שיתרחש אונס במקום.¹¹¹ השתיים טוענות כי עמדה כה בעייתית ומנוגדת למציאות – זו שהציג בית המשפט בדבריו – יכולה לנבוע רק מהעובדה שכותבי פסק הדין אינם נמנים בקבוצת האנשים באוכלוסייה שחרדה מאונס היא חוויה אינטגרלית לעולמה – הנשים.¹¹² לחיזוק טענתן מפנות השתיים לשורה מרשימה של מחקרים סטטיסטיים המוכיחים את הקשר ההדוק בין תופעת האונס לחוויה הנשית, ומעידים על כך שנשים חיות בפחד מתמיד מפני אונס או פגיעה מינית בהן, בעוד שגברים פטורים מחרדה קיומית זו.¹¹³ בנוגע ליסוד הצפיות בשלב קביעת קיומו של קשר סיבתי הסיק כאמור בית המשפט כי לא הייתה כל סיבה לחשוד בשניים שיבצעו אונס לאחר הליך ייחודי של גניבת מפתחות.¹¹⁴ שתי עובדות מרכזיות שתרמו למסקנתו היו, כנראה, העובדה שהאנסים לא היו "זרים מוחלטים",¹¹⁵ והעובדה שלא

110 *McClenahan v. Cooley* 806 S.W. 2d 767 (Tenn. 1991)

111 פסק דין *Doe*, הערה 102 לעיל, בעמ' 178.

112 *Bender & Lawrence*, הערה 102 לעיל, בעמ' 319.

113 לסטטיסטיקות השונות ולראיות הנוגעות לאספקטים מגוונים של תופעת האונס כתופעה חברתית, ולהנגדה שלה לתופעות עברייניות אחרות, ראו שם, בעמ' 321-323. את עיני צדה במיוחד דווקא דוגמא מניסיונה האישי של בנדר כמרצה. בנדר מספרת כי במסגרת קורס שהעבירה באוניברסיטה ביקשה מנשים לכתוב מהן, לדעתן, הפריבילגיות של גברים. הפריבילגיה שלא לחשוש מאונס עלתה כמעט אצל כולן. לעומתן, אצל הגברים, שנתבקשו גם הם לכתוב על פריבילגיות אלה, רק ספורים החשיבו העדר חשש זה כפריבילגיה. דוגמא זו ממחישה בצורה שלמה את הטענה לפיה החשש מפני אונס לא רק שהוא נחלת נשים, רובן ככולן, הוא גם אינו מוכר כמעט לגברים ככזה.

114 פסק דין *Doe*, הערה 102 לעיל, בעמ' 182.

115 בית המשפט הדגיש זאת פעמיים. שם, בעמ' 177, 182.

היו בעלי עבר פלילי עשיר שהיה בו כדי להעיד לכאורה על כוונתם.¹¹⁶ לדעת הכותבות, סיבות אלה מעידות על הפנמה של בית המשפט את התפיסות הפטריארכליות-סטריאוטיפיות בנוגע לתופעת האונס, שלפיהן "אונס אמיתי"¹¹⁷ מתבצע בנשים רק על ידי גברים זרים, שניתן גם לאפיינם כ"עבריינים", ובמקומות מבודדים. מסיבה זו התקשה בית המשפט לקבוע כי צפוי היה שפלוגית תיאנס בביתה על ידי שני פועלים שעבדו בקומפלקס הדירות שבו גרה, שהכירו את דיירי המקום ועובדיו, ושלא היו "אנשים מועדים".¹¹⁸ אולם, המציאות והחוויה הנשית מוררת אחרת: נשים נאנסות בכל מקום שבו הן נמצאות; אונס בבית נפוץ יותר מאונס בחוץ; אונס על ידי אדם מוכר תדיר בהרבה מאונס על ידי זר, ורוב האנשים הם אנשים נורמטיביים ולא סוטים הניתנים לכאורה לזיהוי ככאלה.¹¹⁹ משלא נתקיימו כל הסטריאוטיפים האלה במקרה שלפניו, כהבנתו,¹²⁰ קבע בית המשפט שלא היה מקום לצפות את האונס¹²¹ – ובעצם הפך את

116 בית המשפט הבהיר כי האנס Sam לא היה "dangerous character"; שם, בעמ' 179. דברים אלה נאמרו למרות שהוא היה בעל הרשעות קודמות של שימוש בסמים אולם, כדברי בית המשפט, מעבר לכך לא היו לו הרשעות אחרות המעידות על "bad character or criminal conduct". שם, בעמ' 175.

117 את ההבחנה בין "אונס אמיתי" – שעליו מענישה המערכת המשפטית – לבין "אונס סתם", הנתפס ככזה שאינו ראוי לגינוי אמיתי, טבעה סוזן אסטרך. ראו Susan Estrich, "Rape," 95 Yale L. J. 1087, 1105-1133 (1986), וראו שם את מאפייניו של "אונס אמיתי" והתאמתם לדפוטים שצוינו כאן.

118 הכותבות עומדות על כך שבית המשפט חזר כמה פעמים בפסק הדין על עובדת היות העובד שגנב את המפתח אדם מוכר, עובד. בכך אף הבדיל בית המשפט את המצב שלפניו ממצבי אונס ככלל, בהם האנשים הנם זרים מוחלטים. פסק דין Doe, הערה 102 לעיל, בעמ' 177, 179, 182. מעניין גלות שקביעות אלה היו נכונות רק לגבי אחד האנסים (Sam); האנס השני (Osborne), שחבר ל"אנס המוכר והנורמטיבי", היה אדם בעל עבר פלילי עשיר המסובך עם החוק, כפי שהיה ידוע למנהל האחזקה של הבניין. בית המשפט הסיט את תשומת הלב ממנו אל האנס האחר, כאילו חוות הכל הייתה בכך שהוא היה זה שהשיג את המפתח לדירתה של פלוגית. בניגוד לכך מוצגת באור הזרקורים דמותו העבריינית של האנס השני בפסק דינה של שופטת המיעוט. כדבריה: "Osborne... had 'been in trouble with the law'... and had spent eight or nine years in prison..." שם, בעמ' 189.

119 לרשימה עשירה של סטטיסטיקות בתחום ראו הפניותיהן של הכותבות Bender & Lawrence, הערה 102 לעיל, בעמ' 333-334, הערה 76. כן ראו באתר www.rainn.org/statisticsarcs.html (האתר מציע סטטיסטיקות מגוונות ועדכניות בנושא אונס וגילוי עריות בארצות-הברית).

120 ניתן היה, כמובן, להגיע למסקנה אחרת. כך, למשל, ניתן היה להתייחס להרשעות הקודמות של האנס Sam כרקע פלילי, ובוודאי שלעברו של Osborne, שידוע שהיה מסובך עם החוק. באשר לאלמנט הזרות, לכל הפחות ניתן היה לקבוע מהעובדות כי את האנס Osborne לא היה "אדם מוכר".

121 מובן שבית המשפט לא אמר דברים אלה בצורה ברורה, אולם הם עולים כסב-טקסט מדבריו, שבהם הדגיש את אי-זרותם של השניים ואת העדר העבר הפלילי שלהם. לדיון ברזבד הנסתר בטיעונים לעונש בעבירת אונס ראו יופי תירוש, "סיפור של אונס לא יותר" – על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי בע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי", משפטים לא 579, 598 (תשס"א).

שאלת הצפיות לשאלה בדבר מימוש סטריאוטיפים גבריים של אונס. התייחסות אל האונס שאירע לפלוגנית מנקודת-המבט הנשית – כלומר: באמצעות זיהוי המציאות המוכרת לנשים, לפיה צפיות נשים להיאנס בעיקר על ידי מכריהן,¹²² גם אם אלה נעדרו כל עבר פלילי – הייתה מובילה למסקנה המשפטית ההפוכה, והיא שניתן היה לצפות אונס זה ולכן יש לפצות את פלוגנית בגינו.

בנדר ולורנס מציגות אלטרנטיבה לפסק הדין, שעניינה יישום פשוט של הכללים הנזיקיים המוכרים בעולות הרשלנות כפי שהם עולים מהוראות ה-Restatement of Tort (Second),¹²³ תוך שימוש בניסיון של נשים לשם מילויים בתוכן עובדתי. כך, למשל, עומדות השתיים על קיומה של אחריות ברשלנות למעשיו של אחר, כשהדוגמא הבולטת לכך היא אי-נעילת הדלת בבית הניזוק שבסופו של דבר גרמה לו נזק.¹²⁴ בשלב השני הנות השתיים בהוראות הסיבתיות שב-Restatement (Second) of Torts, שלפיהן די בכך שהתנהגות המזיק תרמה מהותית לנזק, וכי הוא אינו נדרש לצפות את היקף הנזק שאירע ואח הליך הגרימה הספציפי שהוביל לנזק.¹²⁵ על כך נוסף הכלל שלפיו אם

122 הכותבות מפנות שוב למקורות המוכיחים את העדר הקשר למציאות של תפיסות סטריאוטיפיות אלה. Bender & Lawrence, הערה 102 לעיל, בעמ' 333-334, הערה 76. למיתוסים גבריים אודות אונס בפסיקה הישראלית ראו בוגוש ודון-יחיא, הערה 9 לעיל, בעמ' 237-239.

123 שימוש ב-Restatement אינו כדובר חקיקה מחייב, אולם הוא מהווה תחליף מצוין לו בהציגו את הרעיונות הבסיסיים המנחים את המשפט האמריקני בתחום, ובאגדו את כלל ההלכות בתחום כמדינות השונות.

124 בעיקר מתעמתות החוקרות עם שתי הבעיות העיקריות שהעמיד בית המשפט: ראשית הן מפנות לסעיף 302 ל-Restatement, הקובע כי ניתן להטיל אחריות למעשה שההתרשלות בו נובעת מיצירת סיכון בלתי-סביר לפעולה מזיקה וצפויה של אדם שלישי כלפי הניזוק. הסעיף קובע כך:

a negligent act or omission may be one which involves an unreasonable risk of harm to another through...

(b) the foreseeable action of ... a third person

יתר על כן: סעיף 302B קובע כי אפילו היה המעשה תולדה של כוונה פלילית של הצד השלישי, יש בו כדי להטיל אחריות על מי שהתרשל. בעיני נשים, ללא ספק צפוי הסיכון שכאשר בשל רשלנות של אדם אחד יגיע מפתח לדירה של אשה ליריו של אחר, ישתמש בו אותו אחר כדי לתקוף אותה מינית. ה-Restatement מפנה כאן לדוגמא שבה הרשלנות של המזיק הובילה לפגיעה בהגנה שהעמיד הניזוק לעצמו על גופו או רכושו. המקרה של פלוגנית מדגים זאת ממש, שכן הגנתה היא על דירתה וגופה ניטלה ממנה ברשלנותם של מנהלי הקומפלקס. Bender & Lawrence, הערה 102 לעיל, בעמ' 328-329.

125 כשהמרכזית בהן, בסעיף 435(1), קובעת כך:

If the actor's conduct is a substantial factor in bringing about harm to another, the fact that the actor neither foresaw nor should have foreseen the extent of the harm or the manner in which it occurred does not prevent him from being liable.

נוסף על כך קובעים סעיפים 448-449 כי גם כשמעשי המזיק רק הגדילו את אפשרות הפגיעה של הצד השלישי בניזוק די בכך כדי להטיל עליו אחריות.

הסיכון שהפך את התנהגות המזיק לרשלנית התממש, אין חשיבות לגרימתו על ידי צד שלישי, אפילו היו מעשיו פליליים, כל עוד מעשים אלה צפויים.¹²⁶ בעקבות ניתוחן הסיקו השתיים, כאמור, שלא הייתה כל מניעה עקרונית להטיל אחריות נזיקית על הנתבעים לנזקי האונס של פלונית, תוך שימוש בכללי האחריות הקיימים, אילו רק אימצו השופטים גם נקודת-מבט נשית על סוגיית האונס. אימוץ נקודת-מבט גברית על הסוגייה הוא שהוביל לתוצאה ההפוכה, תוך שהוא גורר בעקבותיה גם עיצוב של חלק מהדוקטרינה עצמה באופן דומה.¹²⁷ ברוח זו מסכמות בנדר ולורנס את מהלכו של בית המשפט בפסק הדין:¹²⁸

The... case is a perfect illustration of a male-biased understanding of foreseeability interpreted to mean what men give attention to and focus on or protect against for their own well-being. Then the men using this male-biased perspective generalize from their experience-based perceptions about who is owed a duty and whether actors are responsible for harms, implicitly believing that those same things are what are or should be foreseeable and important for everyone.

126 בהערה C לסעיף 449 ל-*Restatement* נאמר מפורשות שהתרשלות בשמירה על נעילת דלת למבנה היא דוגמא קלאסית לכך. לרוב, מיוערת השמירה עליו למנוע מעשים מכוונים של צד שלישי, כמו פריצה. הלכה זו ברורה גם במחוזותינו, ולפיה רק אשם בלתי-צפוי של צד שלישי לא יטיל אחריות על המזיק. גלעד, הערה 90 לעיל, בעמ' 24, 26.

127 בנדר ולורנס מראות שפרשת *Doe* מדגימה לא רק שניתן ליישם דוקטרינה נזיקית ניטרלית באופן מוסה ומפלה, אלא שגם עיצוב מאוחר של תתי-כללים בה עלול להיות כזה. במהלך דיונו בסוגיית הצפיות קבע בית המשפט כי תחליף לדרישת הצפיות יכול להיות סימן מוקדם כלשהו שהיה בו כדי להתריע על שעלול להתרחש כתוצאה מהתנהגות המזיקים (פרשת *Doe*, הערה 102 לעיל, בעמ' 178) – ולשם כך לא הסתפק בהתרעה שתעיד על סכנה לפעולה עבריינית כלפי הדיירים אלא דרש יכולת ידיעה של הנתבעים על קיומה בעבר של פעילות עבריינית בשל התרשלות בשמירה על המפתחות כדי להטיל עליהם חובה להגן על דיירות הקומפלקס (שם, בעמ' 180). כך, הביא בית המשפט כדוגמא פסק דין שבו הוטלה אחריות בשל אונס על בעל-בית שלא חיקן את מנועול דירת הדיירת שנאנסה, אולם הוא קבע כי האחריות הוטלה שם רק משום שהיה ידוע במקום על מקרי אונס קודמים. בפרשת *Doe* ביקשה התובעת להוכיח "כניסות לא-מורשות" לדיירות של הדיירים, אולם נדחתה בטענה שאין בכך די כדי להוכיח סכנה לאונס דווקא (שם, בעמ' 180). לעומת זאת קבעה שופטת המיעוט שבהחלט די בכך, שכן בכניסה לא-מורשית טמונות סכנות שונות ומגוונות לדיירים, שאחת מהן היא אונס (שם, בעמ' 194-195). בנדר ולורנס עומדות על ההטיה הגברית שהובילה להבניית תת-כלל זה בדוקטרינת הצפיות ומתריעות מפני אקראיותו של האונס ונפוצותו הרבה, ההופכות את הדרישה לסימן מוקדם לו למסוכנת לנשים, ולכזו העלולה להתיר "אונס ראשון חינם" לכל בעל בית או אחר שיש לו שליטה על ביטחונן הפיזי של נשים. *Bender & Lawrence*, הערה 102 לעיל, בעמ' 331-333.

128 שם, בעמ' 320.

מרחק שנים ואלפי מיילים מפלונית, כיוון בית המשפט העליון בישראל לדבריהן.

(ג) סיפורה של גלינה יעקובוב – התאבדות כמוצא של יאוש מהכאה: חוויה נשית^{130,129}

שמונה שנים היתה גלינה יעקובוב נשואה לבעלה, בוריס יעקובוב. שלוש בנות נולדו לבני הזוג, ואלו נוספו על בנה של גלינה מנישואי קודמים. שנים רעות לגלינה היו אותן שנים. בוריס היה מכה אותה, מתעלל בה ומשפיל אותה דרך קבע. פעם אחת אף נזקקה גלינה לאישפוז בשל חבלה שחבל בוריס באוזניה, ונאמר לה כי נצרכת היא לניתוח. ואולם גלינה לא התלוננה על ההתעללות בה ועל ביווייה, בשל יראתה מבוריס ומחשש שמא ידעו הכל שאשה מוכה היא.¹³¹

באחד הימים אורה גלינה אומץ והתלוננה לפני מנהלת לשכת הרווחה במקום מגוריה על התנהגותו האיומה של בן-זוגה כלפיה. בעקבות התלונה הגיעו עמה לביחס של בני-הזוג שני שוטרים, שביקשו מבוריס להתלוות אליהם למשטרה. בוריס, שקיבל את פניהם בחרפות וגידופים, תקף מילולית את גלינה על שהשיחה בפניהם את צרותיה ודרש ממנה לבטל את תלונתה נגדו – ולבסוף הצליח להכניע את גלינה ול"שכנעה" לחזור בה מתלונתה. השוטרים התרו בבוריס לבל ישוב על מעשיו פן ייעצר ועזבו את בני הזוג לבדם. מיד לאחר עזיבתם את המקום פרץ בוריס באיומים על גלינה, ובהתקף של אלימות והרס החל מכלה את זעמו בתכולת ביתם, כשהוא חותך בסכין גדולה את וילונות הסלון וכורסאותיו ומשליך חלק מהרהיטים מהתלון אל הרחוב, דרך חדר הילדים בו שהתה גלינה בפחדה, כשבנה עמה. "לפתע עלתה גלינה על אדן-החלון והטילה עצמה מן הקומה הרביעית אל החלל. כך מצאה גלינה את מותה והיא בת שלושים ואחת".¹³² לאחר דברים אלה הועמד בוריס יעקובוב לדין בבית המשפט המחוזי, בין היתר בגין עבירת הריגה על מות גלינה.¹³³ בית המשפט התקשה לקבוע כי נתקיים בו היסוד הנפשי הנדרש בעבירה זו, שעניינו מודעות לאפשרות מותה של גלינה, ולכן הוא הורשע לבסוף בעבירה של גרם מוות ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק העונשין. על הרשעה זו ערער בוריס לבית המשפט העליון, ומשנדחה ערעורו הוסיף והגיש בקשה לדיון נוסף בעניינו, בקשה שנדחתה אף היא.

129 ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 534.

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

131 מתוך דברי הפתיחה להחלטתו של השופט חשין, שם, בעמ' 388.

132 שם.

133 עבירה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, השל"ז-1977.

הערה על משפט פלילי וניתוח נזיקי

על אף שהרשעתו של בוריס הייתה במסגרת הליך פלילי תוך שימוש בדיני העונשין, הדיון בעבירת גרם מוות ברשלנות נעשה במקרה זה – כמו ביתר המקרים הדומים בפסיקה הישראלית – לפי יסודותיה של עוולת הרשלנות הנזיקית ותוך העתקה מלאה של עקרונותיה,¹³⁴ ומכאן העניין הנזיקי שלי בפסק הדין. מקורו של מהלך תוך-דיני זה נעוץ בחריגותה של עבירת הרשלנות בנוף המשפט הפלילי. הוויתור שיש בעבירה זו על יסוד נפשי של מחשבה פלילית, הנדרש כמעט תמיד במשפט הפלילי, העלה את קצפם של מלומדים עליה,¹³⁵ ואף החוק במתכונתו החדשה רואה אותה כחריגה לכללי האחריות בפלילים.¹³⁶ באופן קונקרטי התייחסו בתי המשפט בישראל לעבירת גרם המוות ברשלנות כיציר חקיקה ישראלי מקורי, שבאופן ייחודי קשור קשר הדוק ביסודותיה של עוולת הרשלנות האזרחית כדיני הנזיקין – כזר מחצבתה.¹³⁷ בשורה של פסקי דין פליליים עמד בית המשפט העליון על קשר זה,¹³⁸ תוך שקבע מפורשות כי "מידת הזהירות הנדרשת מאדם לענין אחריותו הפלילית לפי סעיף 218 לפקודת החוק הפלילי, 1936, נמדדת על-פי אותן אמות-מידה שהותוו – לענין האחריות הנזיקית – בסעיף 35 לפקודת הנזיקין".¹³⁹ מסיבה זו, ניתחתי את פסק הדין כאילו עיקרו בעקרונות

134 בית המשפט בע"פ יעקובוב, הערה 129 לעיל, אינו מפנה ישירות לעוולה הנזיקית, אלא בעיקר לפרשות שבהן נדון קשר זה. בדנ"פ כבר נעשית ההפניה לדיני הנזיקין בצורה מפורשת מפי השופט חשין, בנוגע לשאלת הצפיות. דנ"פ יעקובוב, הערה 130 לעיל, בעמ' 393, 397-398, 399. בכל מקרה, מהות הדברים היא נזיקית ברורה.

135 מרדכי קרמיניצ'ר, "על הרשלנות בפלילים – יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד", משפטים כד 71, 72-74 (תשנ"ד). לסקירה נרחבת של טיעונים אלה ראו עדי אור, אשמה, פזיות ורשלנות במשפט הפלילי 26-41 (1999).

136 סעיף 19 לחיקון חוק העונשין (חיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 קובע מפורשות את הכלל הדורש מחשבה פלילית ואת עבירת הרשלנות כחריג לכך: 19. אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם –

(1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה...

137 לקשר ייחודי זה ראו יובל לוי ואליעזר לדרמן, עיקרים באחריות פלילית 528-529 (תשמ"א).

138 ראו ע"פ 186/80 יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 769 (דיון בגרם מוות בדריסה); פרשת לורנס, הערה 83 לעיל, בעמ' 12-13: "כבואנו לבחון את עובדות המקרה דנן, עלינו לעמוד על ההלכה כפי שנקבעה בסוגיה זו בקשר לעוולת הרשלנות בנזיקין" (דיון בגרם מוות במשחק באקדח).

139 ע"פ 402/75 אלגביש נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 561, 569 (דיון בגרם מוות בטביעה). פסק הדין ניתן בטרם חוקק חוק העונשין, כמתכונתו הישראלית המוכרת כיום; אולם ההפניה המצוטטת בו היא לעבירת גרם המוות ברשלנות. לגישה הפוכה הטוענת להעדר קשר בין עבירות הרשלנות ועוולת הרשלנות ראו ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין א 635-639 (תשמ"ד). פלר טוען כי הרשלנות הפלילית היא רק סוג של יסוד נפשי העשוי להיות חלק מעבירה פלילית ולא עיקרון מלא להטלת אחריות כדיני הנזיקין. גישתו אינה מקובלת בשיטתנו. מנגד, ניתן לטעון כי הרשלנות הפלילית אינה מוגדרת כמצב נפשי ממשי, ועדיין היא קשורה לדרישת האשם הפלילית, ברמתו הפחותה. ראו לוי ולדרמן, הערה 137 לעיל, בעמ' 505-507.

נזיקים והוא נמצא רלבנטי וראוי לדיון אנליטי-נזיקי. יתרה מכך: חיבור זה מדגיש את השימוש בדוקטרינת הצפיות כמטילת אחריות לנזק מיוחס-מגדר-נשי, וענייני היחיד בפסק הדין הוא השימוש שנעשה בו בדוקטרינת הצפיות המרכזית כל כך לאחריות ברשלנות נזיקית, הלקוחה כאן כולה – כפי שהעיד בית המשפט עצמו – מהדין הנזיקי.¹⁴⁰

סיבה נוספת לפנייתי לפסק הדין היא היותו המקרה הראשון, למיטב ידיעתי, של טיפול בחובתו של בן זוג להימנע מאלימות כלפי בת-זוגו באמצעות האחריות ברשלנות. בית המשפט המחוזי עצמו עמד על כך:¹⁴¹

בניגוד לקטיגוריות שונות של מזיקים וניזוקים, הפסיקה הישראלית טרם דנה בחובת זהירות מושגית של בעל כלפי אשתו, בהקשר הנוגע להתרחשות נזק בגין התנהגות אלימה. ככל שידיעתי מגעת, גם אין עדיין הכרה בקיום 'יחסי שכנות' בזיקה לכל מערכת יחסים המבוססת על שותפות לחיים, אף שהיא מאופיינת בכך, שאחד מבין השניים חזק מרעהו.

והתרה-החזיק אחריו גם השופט חשין, בהחלטה בבקשה לדיון נוסף:¹⁴²

אכן, זוהי הפעם הראשונה לבית-המשפט העליון שמחיל הוא את עקרונות-היסוד של דין הרשלנות על אחריותו ועל חובתו של בעל מכה ועל אשה מוכה השולחת יד בנפשה...

מצב הדברים בשיטתנו הוא כזה שמערכת המשפט הישראלית אינה מפעילה כמעט את ענף הנזיקין העצמאי¹⁴³ לטיפול בנושאים של אלימות מגדרית, מינית או אחרת,

140 דנ"פ יעקובוב, הערה 133 לעיל, בעמ' 393. להבחנה בין רשלנות בנזיקין לרשלנות הפלילית ראו קרמניצר, הערה 135 לעיל, בעמ' 74-76. קרמניצר עומד על ההבדלים בין שתי המסגרות ככאלה שנוגעים בעיקר לאופי הסכסוך (פרטי בנזיקין וחברתי בפלילים), לקיומו או העדרו של יסוד הנזק בהן ולמשמעות הטלת האחריות על העושה.

141 ת"פ (חי') 160/96 מדינת ישראל נ' יעקובוב, (לא פורסם, 3.9.00), בפסקה 8(ג) לפסק הדין.

142 דנ"פ יעקובוב, הערה 130 לעיל, בעמ' 395.

143 דברים אלה נאמרים בהסתייגות קלה של השימוש המועט אך הקיים במערכת התביעה האזרחית לטיפול בנזקי אלימות מגדרית או כשהיא גלויה להליך הפלילי, מכוח הוראת סעיף 77(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. הבעיה היא שהתביעות הנלוות אינן מאפשרות דיון מהותי בדיני הנזיקין לעומקם, אלא מהר מאוד מעבירות את הדיון לפסים של שאלת שיעור הפיצוי, בשל ההסתמכות על הדין הפלילי המהותי בו כן ניתנה הכרעה לטובת הקורבן. דומים הם גם המקרים הספורים שבהם הטיל בית המשפט הון בתיק פלילי על המורשע לשלם פיצויים לטובת הקורבן, מכוח סעיף 77 לחוק העונשין. לרוב מדובר בפיצויים סמליים במיוחד, שאינם מתיימרים כלל לפצות על מלוא נזקי הקורבנות ואינם נשענים על אדני הדוקטרינות הנזיקיות לקביעת אחריות, אלא על עצם הפרת החוק הפלילי שנרמה לנזק. לדיון במהות פיצויים אלה ראו רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418. לדוגמאות לפיצויים ראו, למשל ת"פ (י-ם) 1075/01 מדינת

אפילו לא דרך המסגרות המתבקשות כמו, למשל, עוולת התקיפה.¹⁴⁴ למצב זה יכולות להיות סיבות מספר, והוא ללא ספק דורש דיון מעמיק וביקורתי כשלעצמו – שאינו מענייני בשלב זה.¹⁴⁵ לעת הזו, הצגת המצב כשלעצמו חשובה לי כדי להבהיר את פנייתו לפסק דין פלילי לשם ניתוח הפוטנציאל הנוזקי שבו. אין בכך כדי להעיד שאין בנמצא פסיקה נזיקית המוכיחה שימוש בדפוסים גבריים בנושאי אלימות מגדרית, אלא אך להעיד שנדירה היא פסיקה נזיקית העוסקת בשאלות מסוג זה.

למותר לציין שהמצב בשיטות משפט אחרות מעט טוב יותר בתחום.¹⁴⁶ כך, למשל, החל השימוש בריני הנוזקין לצורכי פיצוי בשל אלימות מגדרית באנגליה רק בשנות ה-80. ביחסים בין בני-זוג נשואים היה המצב חמור במיוחד, והתביעה האזרחית

ישראל נ' כהן (לא פורסם, 3.7.2002): פיצויים בסך 10,000 ש"ח לקטינה שנעשו בה מעשים מגונים; ח"פ (ת"א) 11965/00 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 12.6.2002): פיצויים בסך 5,000 ש"ח לקטינה שנעשו בה מעשים מגונים. הנאשם היה מנהל בנק; ח"פ (י-ם) 5968/97 מדינת ישראל נ' בן-שרשן (לא פורסם, 3.5.2000): פיצויים בסך 15,000 ש"ח לאשה שביצוע המעשים המגונים בה גרם לה לדיכאון שהצריך טיפול פסיכולוגי וגרר הסתגרות ועזיבה שלה את לימודיה, והותיר בה, כדברי בית המשפט, "צללקת לכל החיים"; ע"פ (נצ') 124/02 ברקוביץ' נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.6.2002): פיצויים בסך 2,000 ש"ח לאשה שהותקפה ואוימה על ידי בן-זוגה כנפרד; תפ"ח (י-ם) 4065/01 מדינת ישראל נ' אבו-סנינה (לא פורסם, 10.7.2002): פיצויים בסך 5,000 ש"ח לחסרת-ישע שנעשה בה מעשה מגונה; תפ"ח 1143/00 מדינת ישראל נ' א' ר' (לא פורסם, 12.12.2001): שני הנאשמים הורשעו באינוס שנעשה במסגרת עסקה של "אשה תמורת אביר לרכב". לשם כך שוכרה וסוממה האשה, שאינה בריאה בנפשה. חויבו לשלם לה 2,500 ש"ח כל אחד; פסק-דין חריג בתחום ניתן לאחרונה בת"פ 1116/01 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 15.5.2003). שם חוייב הנאשם לפצות את בתו ושלושת נכדיו בסכום הכולל של 310,000 ש"ח בשל סדרת התעללות מינית שלו בהם.

144 המעוגנת בסעיף 23(א) לפקודת הנוזקין והמוגדרת ככזו המיועדת למגוע שימוש מכוון בכוח נגד גופו של אדם, ללא הסכמתו. למקרים הבודדים בהם הופעלה העולה באופן בעייתי ביותר ראו תמ"ש (ת"א) 64901/96 פולק נ' פולק (לא פורסם, 23.9.2001) (אשה פוצתה בסכום של 20,000 ש"ח בגין הכאות חזרות על-ידי בן-זוגה); וכן תמ"ש (ת"א) 6113/97 א.י. נ' א.ש. (לא פורסם, 22.4.2002) (פוצתה בסכום של 40,000 ש"ח בנסיבות דומות).

145 הסיבה החשובה מכל היא לדעתי שדיני הנוזקין אינם כלי מתאים, במצבם כיום, לליבון סוגיות מעין אלה. מקובל גם לטעון להסברים חיצוניים לדיני הנוזקין, למשל טענת חוסר הסולבנטיות של המזיק או קיומם של מנגנונים חלופיים לקבלת פיצוי, ככתביעה אזרחית נגדרת. טענות אלה נראות לי חלשות כשלעצמן ומתקשות להסביר את העדרן המוחלט של תביעות אלה מנוף משפטני. להסברים נוספים ראו Douglas D. Scherer, "Tort Remedies for Victims of Domestic Abuse," 43 S.C. L. Rev. 543, 543 (1992) שדר סבור כי הסיבה להעדר תביעות כאמור היא אי-היכרות של עורכי-דין עם דיני נוזקין וחששם כי יש חסינויות המונעות תביעות אלה.

146 לסקירת אפשרויות התביעה האזרחית העומדות לאשה, למשל במקרה של אונס, ולפסיקה בתחום שעשתה שימוש בדיני הנוזקין, בעיקר בארצות-הברית, ראו Corinne Casarino, "Civil Remedies in Acquaintance Rape Cases," 6 B.U. Pub. Int'l L. J. 185 (1996) המחברת עומדת על מגוון העילות הנוזקיות האפשריות ועל כך שבמדינות מסוימות אומצו עילות תביעה ייחודיות לתקיפה מינית באחריות נזיקית.

הראשונה בגין אונס של בעל את אשתו התבססה רק בשנת 1996.¹⁴⁷ בארצות-הברית מצוי מנגנון פדרלי למיגור אורחי של חופעת הנשים המוכות דרך ה-Violence against Women Act משנת 1998, המאפשר פיצוי פדרלי עקב ראיית בעיית ההכאה של נשים מעשה של "שנאה" שמקורו בהפליה פסולה.¹⁴⁸ בשיטות אלה ניכרת גם העלאת מודעותן של הקורבנות למגוון הסעדים הנזיקיים ולמשמעותם הכספית עבורן.¹⁴⁹ כוונתי במאמר זה היא, בין היתר, להאיר את פסק הדין בענייננו כחלק מתפיסה של צורך בהעלאת מודעות לתביעה נזיקית ולסיכויי הצלחתה. בהמשך דבריי אעמוד עוד על הקשר ההדוק המצוי בין פסק הדין לבין אחריות נזיקית כלפי ניוזקות בנוזקים דומים, ואף אראה שבמובן מסוים יש יתרון לעובדה שפסק הדין ניתן בהליך פלילי דווקא.¹⁵⁰ בינתיים, נשוב אל פרשת יעקובוב.

(ד) יסוד הצפיות כניטרלי ואלימות נגד נשים כחוויה נשית

בין יתר טענות הנאשם בנוגע ליסודות העבירה עצמה דן בית המשפט בשאלת צפיות הנזק. טענת הנאשם הייתה שעם התאבדותה הרצונית של גלינה נותק הקשר בין מעשה הרשלנות שבאלימותו לתוצאת מותה, שכן קשר סיבתי ברשלנות אינו יכול להתקיים כאשר רשלנותו של אחר או מעשה מכוון שלו היו גדולים מאלה של המזיק העיקרי. בית המשפט דחה טענה זו, תוך שימוש בהלכה הנזיקית המוכרת שלפיה כאשר מעשהו המתערב של צד שלישי יכול היה להיות צפוי על ידי המזיק, אין בו כדי לנתק את הקשר הסיבתי בין מעשהו לנזק.¹⁵¹

147 לסקירה נרחבת של הפסיקה בתחום במשפט האנגלי והאמריקני, תוך שימוש בעיקר בעולות החקירה, כליאת שווא ועוד ראו Joann Conaghan & Wade Mansell, *The Wrongs of Tort* (2d ed., 1999) 163-184. המחברים מנסים בעיקר לבחון את הפוטנציאל של דיני הנזיקין המוכרים להחיל ניסיון נשי בעולותיהם, כשהבולט בהם הוא עניין ההטרדה המינית.

148 לסקירת חקיקות אלה והרעיון שמאחוריהן ראו Julie Goldscheid, "Gender-Motivated Violence: Developing a Meaningful Paradigm for Civil Rights Enforcement," 22 *Harv. Women's L. J.* 123 (1999). כלי זה הוגבל מאוד לאחרונה על-ידי בית המשפט העליון האמריקני אשר קבע כי הוראת הפיצוי האורחי בחוק מנוגדת לסעיף 5 לחוק ה-14 לחוקה האמריקנית, ולכן התיר יצירת הסדרים מעין אלה במישור המדינתי בלבד ולא הפדרלי. ראו *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

149 Conaghan & Mansell, הערה 147 לעיל, בעמ' 163.

150 ראו להלן, הטקסט שליד הערות 291-293.

151 ע"פ יעקובוב, הערה 129 לעיל, בעמ' 545 ודנ"פ יעקובוב, הערה 130 לעיל, בעמ' 391-392. באופן ספציפי חזר בית המשפט בדנ"פ למקרים שבהם הוטלה אחריות למוות של הניזוק, גם כשהיה זה הוא שנטל את חייו במעשה התאבדות. כך, למשל, נקבע בע"א 8109/95 קרנית, קין לפיצוי נפגעי תאונת דרכים נ"י גינת, פ"ד נב(5) 637, שכאשר אשה התאבדה בשל מצב נפשי קשה שנגרם כתוצאה מתאונת הדרכים שעברה, זכאי עיובנה לפיצוי בשל תזולת ההסדר הביטוחי בתאונת-דרכים גם על נזק זה, בהיותו צפוי. בע"א 6649/96 הסתדרות מרצינית הרסה נ"י גלעד, פ"ד

השופטת דליה דורנר, בהסכמת חבריה למוחב, ¹⁵² הדגישה כי שאלת צפיות השתלשלותו של הליך גרימת הנזק תלויה ביכולת הצפייה הטכנית של המזיק, כמו גם ביכולת הצפייה הנורמטיבית שלו, האמורה לשקף את ערכי החברה ומטרותיה בהקשר שבו היא נאמדת. ¹⁵³ בהתאם לכך, כמישור הצפיות הטכנית, היא מצביעה על כך שמציאות החיים מלמדת שנשים מוכות משתמשות באמצעים בלתי-שגרתיים כמו התאבדות כדי למלט את עצמן ממצבן הנורא, ולכן התאבדותה של גלינה, על אף שנעשתה על ידה במכוון, הייתה יכולה להיות צפויה, גם כעניין טכני, על ידי בעלה: ¹⁵⁴

תגובת המנוחה לא היתה חריגה או מיוחדת לה. היא אופיינית לאישה מוכה. מחקרים הראו כי אישה הסובלת מאלימות קשה ורצופה במשך שנים, באין עזרה מסביבתה הקרובה וללא התערבות תקיפה מצד הרשויות, נתקפת ביאוש עמוק, העשוי להובילה לשים קץ לחייה שלה או לחיי בן-זוגה האלים.

בדברים אלה הכיאה השופטת דורנר את חוויית-חייהן של הנשים המוכות אל לב דוקטרינת הצפיות. ¹⁵⁵ הסטטיסטיקות מצביעות על כך ש-25% מניסיונות ההתאבדות בארצות-הברית נעשים על ידי נשים מוכות בשל הכאחן, ¹⁵⁶ ושנשים מוכות ככלל סובלות מהערכה עצמית נמוכה, מדיכאון ומניסיונות התאבדות בשיעור גבוה מהמוצע אצל נשים שאינן מוכות. ¹⁵⁷ למרות העדרן של סטטיסטיקות שכאלה בארץ, ¹⁵⁸ התופעה

- נג(3) 529 הוכרה אחריותו של בית חולים למותו של חולה שהתאבד בין כתליו, לאחר שהפר את חובתו לשמור עליו מפני סכנה של נזק לעצמו בחולה עם רקע אובדני.
- 152 השופטים טובה שטרסברג-כהן ואדמונד לוי.
- 153 ע"פ יעקובוב, הערה 129 לעיל, בעמ' 546.
- 154 שם, בעמ' 545 ו-547.
- 155 ראו המחקרים שאליהם מפנה השופטת: Bo. Bergman & B. Brismar, "Suicide Attempts by Battered Wives," 83(5) *Acta-Psychiatrica-Scandinavica* 380 (1991); E. Stark, A. Flitcraft & W. Frazier, "Medicine and Patriarchal Violence: The Social Construction of a 'Private Event,'" 9(3) *Int'l J. of Health Services* 461 (1979).
- 156 Ann Jones, *Next Time She'll be Dead* 145-146 (1994). הנתונים לקוחים מתוך דו"ח אודות מצבן של נשים מוכות בארצות-הברית משנת 1992.
- 157 E. Hilberman, "Overview: The Wife Beater's Wife Reconsidered," 137 *Am. J. of Psychiatry* 1330 (1980); Elizabeth Shrader Cox, "Gender Violence and Women's Health in Central America," *Women and Violence* (Miranda Davied ed., 1994) 119, 123-124 (Miranda Davied ed., 1994), שם מצביעה המחברת על כך שמצבן הנפשי של נשים מוכות הוא לרוב מעורער וכולל יותר נטייה לשימוש בתרופות, לאלכוהוליזם, לעריכת סמים, ופנייה מוגברת לשירותי בריאות הנפש.
- 158 הסטטיסטיקות בארץ אינן עוסקות בנושא התאבדותן של נשים מוכות, אולם אין בעובדה זו כדי להעיד על העדרה של תופעה זו, אלא על כך שהמבנה המערכתי של הסטטיסטיקות הוא כזה שהן נערכות בין נשים המצויות במקלטים לנשים מוכות. נשים אלה נמצאות לרוב במצב טוב בהרבה

ניכרת גם כאן.¹⁵⁹ תובנות אלה באשר למצבן של נשים מוכות ככלל מחייבות התייחסות אל עולם "החוויות" הנשיות שלהן כאל גוף-ידע מגדרי. תופעת ההתאבדות אצל נשים מוכות, גם אם אינה חלק מן ההגדרה המוכרת של "סינדרום האשה המוכה",¹⁶⁰ היא אופיינית לנשים מוכות, משמע: שמירת הצפיות להתרחשותה היא עניין מגדרי קלאסי ואינה עניין לכהונה מקומית יחידה. בהגדרתה ככזו, התייחסות דיני הנזיקין אליה תיעשה נכונה יותר ותאפשר את ראייתה ככזו שאינה גורעת מאחריותו של בן-הזוג לנזק המוות שנגרם ממנה, כפי שיובהר להלן.

במישור הנורמטיבי העמידה השופטת דורנר את ההכרה ברעותיה החולות של תופעת האלימות נגד נשים כבסיס מוסרי הראוי לקביעה כי על המזיק היה לצפות את אפשרות מותה בהתאבדות של אשתו, בשל ייאושה.¹⁶¹

3. על התאבדות ואחריות ברשלנות

פעולת ההתאבדות היא מעשה מכוון של אדם כלפי עצמו, הגורם לו נזק (על פי רוב – מוות). מסיבה זו מתקשים בתי המשפט באופן מסורתי להטיל אחריות נזיקית ברשלנות על אחר כמי שגרם למותו של המתאבד.¹⁶² הטענות נגד הטלת אחריות זו הן מגוונות, והן נטענות הן במישור קביעת התקיימות העוולה והן במישור קיומן של ההגנות. במישור הראשון, הטענה המהותית מועלית לרוב בשלב זיהוי הקשר הסיבתי – בהצגת ההתאבדות כאשם מכריע ובלתי-צפוי של גורם מתערב זר שאינו המזיק, המנתק במעשהו המכוון את אחריות המזיק לנזק. במישור השני מועלית לרוב טענת ההגנה של

- מזה של גלינה, כמובן זה שהן מצאו אלטרנטיבה פחות מזעזעת לסיום האלימות נגדן, ולכן – למצער בשלב שהותן במקלט – הן בהחלט פחות צפויות לנקוט צעד של התאבדות.
- 159 במחקר הכלל-ארצי הראשון שנעשה בארץ אודות נשים מוכות שערכו מקסין אפשטיין ורג'י מרדו, שלום בית (תשמ"ו), מציינות השתיים כי בין הנשים שראינו במהלך מחקרן היו נשים שעבורן "המפלט האחרון מחיים בצל האלימות הוא ההתאבדות... מספר נשים סיפרו לנו מרצונן-הן כי אכן שקלו את התאבדות ואף ניסו להתאבד". לאחר דברים אלה מספרות שתי החוקרות כיצד יצאו במסגרת מחקרן לביתה של אחת המרואיינות – רבקה – וגילו לחרדתן כי זו התאבדה לאחר שמאסה בהתעללותו של בן-זוגה בה. שם, בעמ' 26-27.
- 160 כך כינתה הפסיכולוגית הפמיניסטית Lenore Walker את מכלול האפקטים הרגשיים שנתגלו אצל נשים מוכות ונבעו מטרומת ההכאה. לסקירה כללית ראו Lenore Walker, *The Battered Woman Syndrome* (1984) לסיכום קצר של החסמיים העיקריים ב"סינדרום האשה המוכה" ראו Heather Tonsing, "Battered Women Syndrome as a Tort Cause of Action," 12 *J. L. & Health* 407, 411-415 (1998).
- 161 ע"פ יעקובוב הערה 129 לעיל, בעמ' 548.
- 162 לרשימת פסקי הדין המובילים במשפט המקובל שבהם נקבע עיקרון זה עוד בתחילת המאה ה-20 ראו Francis R. Powell, "Tort Law – Rhode Island Adopts 'Uncontrollable Impulse' Rule in Negligence Actions Seeking Recovery for Suicide Causation – *Clift v. Naragansett TV L.P.* 688 A2d 802 (1996)," 31 *Suffolk U.L. Rev.* 789, 792 (1998)

הסתכנות-מרצון של הניזוק, בהתאבדותו, או דרישה להפחתת פיצוי בגין אשם תורם שלו.

סוגיית ההתאבדות ככלל ממוקמת בתוך שאלת האחריות במקרה של התערבות צד שלישי בהליך הגרימה, ובמובנים רבים היא המקרה המובהק ביותר שלה, בשל תוצאותיה הקשות והיותה תוצאה של מעשה מכוון, להבדיל למשל ממעשה רשלני של צד שלישי. בפסיקה הישראלית נעשו לאחרונה כמה דיונים מקיפים בנושא האחריות של מזיקים כלפי מתאבדים.¹⁶³ בע"א 7021/99 עזבון ויצמן נ' סלע,¹⁶⁴ בה דובר בסיטואציה קרובה לזו שלענייננו, הציג השופט טירקל את שתי צורות התייחסות המוכרות לסוגייה. האחת, זו האמריקנית, גורסת כי מעשה התאבדות צריך ככלל לפטור מזיק מאחריות לו, אלא אם מדובר במעשה צפוי;¹⁶⁵ צורת ההתייחסות האחרת היא האנגלית, לפיה פטור מאחריות חל רק על התאבדות "חופשית" – במובחן מזו המאולצת, שמקורה בדהף בלתי-נשלט להתאבד בשל ייאוש וסבל שגרמה התנהגות המזיק לניזוק.¹⁶⁶ השופט טירקל גרס כי במשפט הישראלי חלה הגישה האמריקנית לסוגייה ואילו הנשיא ברק בחר לא להכריע בנושא.¹⁶⁷ עדיין, אליבא דשניהם, אין ספק שאפשרות הצפיית של מעשה ההתאבדות היא הגורם המכריע בהחלטה אם קמה אחריות למזיק בגינה. מסיבה זו הופכת שאלת הצפיית של נזק ההתאבדות של נשים מוכות לקריטית. ייתכן בהחלט כי אילו הייתה נבחנת מנקודת-המבט המוכרת "הגברית", הייתה נתפסת

163 ראו פסקי הדין בפרשות גלעד וגינת, הערה 151 לעיל. דיון חשוב נוסף מצוי בע"א 1892/95 אבו-סעדה נ' משטרת ישראל, פ"ד נא(2) 704.

164 ע"א 7021/99 עזבון ויצמן נ' סלע, פ"ד נו(1) 822.

165 ראו 310-311 (Page W. Keeton ed., 5th ed.) *Prosser & Keeton on Torts*. כלל זה נובע לרוב מהבנת סעיף 455 ל-*Restatement (Second) of Torts (1965)*. הכלל נוגע להתאבדות שנגרמה כתוצאה מאי-שפיות של המתאבד, אולם הוחל במקרים של מתח נפשי רגעי כמספיק ולא דרש מחלת-נפש ממש. כן ראו הפסיקה הנשענת על כלל זה אצל *Restatement of Torts 2d* Appendix 460-461 (1995). גרסה מרוככת יותר לכלל זה יכולה להיות בסעיף 444 ל-*Restatement*, הקובע כי גם נזק שנגרם ממעשים הנעשים תחת אימפולס של הפרעה רגשית די בו כדי להטיל אחריות על המזיק שגרם איתו. כן ראו הפניותיו של השופט טירקל בעניין ויצמן, הערה 164 לעיל, בעמ' 831. למרות הניסיון של השופט טירקל להראות גישה אמריקנית אחידה לסוגייה, נראה שקיים כלפיה מגוון של כללים במדינות שונות. כך, למשל, ראו סקירתה של Powell, הערה 162 לעיל, לפיה בפסק הדין המנתח במאמרה נעשו ויתורים רבים של בית המשפט על הגישה הנוקשה המוכרת לאחריות לנזקי התאבדות.

166 ראו *Prosser & Keeton*, הערה 165 לעיל, בעמ' 311, והפסיקה המרובה שאליה מפנים הכותבים. כן ראו הפניותיו של השופט טירקל בעניין ויצמן, הערה 164 לעיל, בעמ' 832.

167 שם, בעמ' 833. כל מחלוקתו של הנשיא ברק עם השופט טירקל היא באשר למיקומה המושגי של הסוגייה: אליבא דטירקל היא מצויה במטגרת שאלת הקשר הסיבתי, ואילו הנשיא ברק ממקמה במתחם הצפיית בחובת הזהירות, בו יש כמובן יתר שיקול-דעת לבית המשפט להגדרת רוחב האחריות.

כמעשה התאבדות "רגיל" הקשה ככלל לצפייה אלא כמצבים של ליקוי נפשי.¹⁶⁸ ההתייחסות אליה כחלק מתופעה כללית, המאפיינת את מכלול חווייתן של נשים מוכות, מאפשרת את ראייתה כצפויה – כדרישת הפסיקה. מעבר לכך: ראייתה כצפויה מגלה מניה וביה את אופייה הכפוי-המוחלש, כהתאבדות שלא נעשתה "מרצון" אלא כאקט של תחושת אין-מוצא שאליה נדחפת הקורבן על ידי בן-זוגה המכה. בהחלטה בבקשה לדיון הנוסף הגדיל לעשות השופט מישאל חשין, כאשר אימץ תפיסה רדיקלית של ההתאבדות וקבע כי בעובדות המקרה לא מתעוררת כלל סוגיית התערבותו של "גורם זר" בתוצאת מותה של גלינה, שכן בוריס גרם למותה באופן ישיר בשל פגיעתו בה.¹⁶⁹ את עמדתו הלא-שגרתית מציג השופט כך:¹⁷⁰

התאבדותה של גלינה לא הייתה 'גורם מתערב זר' אלא תוצאה של מסכת הפגיעות הקשה שפגע בה בוריס. יש פגיעות שפוגע אדם בגופו של הזולת ויש פגיעות שפוגע אדם בנפשו של הזולת. אלו ואלו פגיעות הן העשויות לגרור אחריות במשפט... מעשה התאבדות זה לא היה בו כל גורם זר מתערב. מעשיו של בוריס הוליכו אל מעשה ההתאבדות...

ניתוחיו של בית המשפט בערעור ובדיון הנוסף בפרשת יעקובוב מוכיחים כיצד השימוש בחוויות-החיים הנשית מביא להכרעה צודקת ולהפעלה ראויה של דוקטרינות נזיקיות קיימות, במקרה זה – דוקטרינת הצפיות ברשלנות. יתרה מכך: שימוש בנקודת-המבט הנשית על סוגיית הנשים המוכות גורר אפקט נוסף. באופן לא מפתיע, ניתן לזהות בפסק הדין שימוש במתודולוגיות הנחפסות כפמיניסטיות, בד בבד עם דחייתן של כאלה הנחפסות כפטריארכליות (ולכן מרעות עם נשים). צירופם של אלה בשני הטקסטים המשפטיים מביא לכינון זהות חדשה במשפט לנשים, ובענייננו – לנשים המוכות. נבחן מקרוב פעולות אלה ואת משמעותן החשובה.

ג. דוקטרינת הצפיות ומלכות האדם הסביר

דרישת הצפיות, על מגוון מופעיה בעולות הרשלנות, מכוונת לצפיות סבירה, כלומר: המזיק נדרש לצפות את התרחשות הנזק רק אם אדם סביר במצבו היה אף הוא צופה

168 גם בפסיקה ישנה שבה מופיע עניין האחריות להתאבדות מוכרת בעיקר הדוגמא של צפיחה אצל חולי-נפש. ראו, למשל, דברי השופט שמגר, לפיהם צפויה התאבדות בהשאה רשלנית של נשק במקום בו שוהים חולי-נפש. ע"פ אלגביש, הערה 139 לעיל, בעמ' 576.

169 גישה דומה לזו מוכרת במשפט האמריקני רק במצבים שבהם נעשתה ההתאבדות כתוצאה מאי-שפיות של המתאכר שנגרמה מפעולת המזיק. ראו *Prosser & Keeton*, הערה 165 לעיל, בעמ' 311-310.

170 דנ"פ יעקובוב, הערה 130 לעיל, בעמ' 397.

אוחו.¹⁷¹ הסטנדרט לקביעת אחריותו של המזיק הספציפי אינו נמרד לפי יכולת הצפייה הספציפית שהייתה לו, אלא לפי יכולת הצפייה המיוחסת לאדם הסביר במצבים אלה.¹⁷² אותו אדם סביר אינו האדם הממוצע או האדם המושלם; הוא אינו אדם כלשהו באמת. מעבר לכל, נכון יהא להגדירו כאדם שהוא פרי המצאתו ועיצובו של בית המשפט:¹⁷³ בית המשפט יצרו בהבל-פיו, ובהתאמה, על פיו תישק שאלת צפיותו של המזיק.¹⁷⁴

1. האדם הסביר ותיאוריה פמיניסטית

דמותו של האדם הסביר במשפט העסיקה פמיניסטיות רבות. עיקר הביקורת הפמיניסטית כלפיה הופנתה אל מלבושו האובייקטיבי, כאשר בפועל ייצג דפוסי חשיבה והתנהגות של הגבר הסביר ולא של האשה הסבירה. אחת הסיבות לכך היא שבעת כינון דמות זו לא נחשבה האשה כלל ליצור סביר או רציונלי.¹⁷⁵ הביקורת הפמיניסטית הנוקבת הופנתה בעיקר כלפי ההפליה שביטא גיבוש דמותו של האדם הסביר לאורם של דפוסי זהות גבריים, שהובילו בהתאמה להנצחת תפיסות עולם וערכים גבריים דרך דמות זו, במסווה של אובייקטיביות אוניברסלית כלשהי.¹⁷⁶

ביקורת רבה הוטחה באדם הסביר גם במחוזותינו: יורם שחר טען לגביו שבלתי ניתן לגבש אדם סביר בן-דמות אחת בחברה מגוונת, וכורדאי שלא בחברה הישראלית הרב-תרבותית;¹⁷⁷ דפנה ברק-ארוז טענה כי מבחן האדם הסביר מכיל באופן מסורתי מאפיינים גבריים וכי על בית המשפט ליישם מבחן סבירות שתהיה בו התייחסות למכלול האנושי בחברה, כולל זה הנשי;¹⁷⁸ אורית קמיר טענה שהשימוש בדמות האדם

171 שם, בעמ' 393.

172 דרישה זו בולטת כמובן בעיקר באומדן ההתרשלות, שם היא גם נקבעת כהתנהגות שהאדם הסביר לא היה נוהג בה, בירצוה סיכון בלתי-סביר כלפי אחר. ראו Fleming, הערה 24 לעיל, בעמ' 117.

173 עש"מ 4123/95 אור נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 184; ע"א גורדון, הערה 74 לעיל, בעמ' 137. ייתכן ששופטים שונים ישפטו את אותה התנהגות בצורה אחרת.

174 ההליך הוא כזה שכית המשפט קובע את סטנדרט ההתנהגות הראוי לניקטה ומעמידו בדמות האדם הסביר כמודד משפטי להשוואה להתנהגות המזיק. ראו ע"א ועקנין, הערה 73 לעיל, בעמ' 131.

175 הנשים נחשבו בתקופה זו ליצורים אמרציונליים ואינטואיטיביים ולא ליצורים רציונליים. ראו R.K.L. Collins, "Language, History and the Legal Process: A Profile of the 'Reasonable Man,'" 8 Rut.-Cam. L. J. 311 (1976).

176 אורית קמיר, "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?", משפטים כט 317, 353 (תשנ"ח).

177 יורם שחר, "האדם הסביר והמשפט הפלילי", הפרקליט לט 78, 81-89 (תש"ן). שחר עוסק בבעיה דרך מקרה בו הוטלה אחריות בפלילים לרצח על גבר, עולה חרש מתימן, שרצח את שכנו בהמלצת "המכשן" המקומי. שחר גם טען שהגבחה סטנדרט ההתנהגות הנדרש מן האדם הסביר למול זה של האדם הממוצע נוטל את העוקץ ממשמעות הטלת האחריות הפלילית כבעלת בסיס של אשם. שם, בעמ' 104-107.

178 דפנה ברק-ארוז, "האשה הסבירה", פלילים ו 115 (תשנ"ח).

הסביר משמשת להצדקת התנהגויות גבריות פסולות במסגרת יסוד הקנטור בעבירת הרצח, וכי השימוש הנדיר והיחיד עד כה שנעשה בדמות דומה של "הישראלית המצויה" במשפט הישראלי היה בעייתי ומסוכן לנשים.¹⁷⁹ בשל מכלול בעיותיו נעשה לאחרונה ניסיון חדשני במשפט הישראלי למחות את דמות האדם הסביר כמדד להטלת אחריות נזיקית בחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. בחוק, המציג הסדר משולב עוגשי-נזיקי לבעיית ההטרדה המינית, נעשה שימוש במדד חדשני של פגיעה בכבוד האדם לשם זיהוי מעשה כהטרדה מינית.¹⁸⁰ נכון לעכשיו מתמודדים בתי המשפט עם ניסיון חדשני זה ונמנעים מאזכור דמותו של האדם הסביר בפסיקתם בנושא, אולם קשה עדיין לקבוע אם הדבר מעמיד להם כלי ברור אחר להטלת אחריות או שמא הוא משמש כסות פורמלית בלבד לשימוש מהותי באותו כלי ממש.¹⁸¹

2. האדם הסביר בדיני הנזיקין

מקורו ומקומו הטבעי של האדם הסביר כמשפט הוא בדיני הנזיקין, שם יועד להיות דמותו האליגורית המופשטת של הציבור לצורך הכרעת המושבעים.¹⁸² הופעתו בהם נעשתה כבר בשלהי המאה ה-19.¹⁸³ דרך דמותו נקבע סטנדרט ההתנהגות הראוי לפרט

179 אורית קמיר, "איך הרגה הסבירות את האשה", פלילים ו 137 (תשנ"ח). קמיר מתייחסת לאמרת האנב של הנשיא ברק אודות "הישראלית המצויה" בע"פ 3071/92 אזולאום נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 573.

180 ההגדרה להטרדה מינית במשפט האמריקני מובנית לפי זיהוי מעשי המטרוד לפי מדד האדם הסביר. ראו סקירת המבחנים האמריקניים אצל קמיר, הערה 176 לעיל, בעמ' 331-345; המאמר סוקר את התפתחות עוללת ההטרדה המינית בארצות-הברית ועומד על עיקרי החוק הישראלי בנושא. בחוק הישראלי מוגדרת ההטרדה המינית כלי כל שימוש בדמות שכזו. קמיר, ממנסחותיו העיקריות של החוק, מבהירה במאמרה שהרעיון היה להימנע משימוש בדמות הבעייתית. ראו שם, בעמ' 376. ראו גם דברי השופט זמיר בנושא בעש"מ 6713/96 מדינת ישראל נ' בן-אשר, פ"ד נב(1) 650, 687-688.

181 כך למשל, עולה מרבריו של השופט זמיר בפרשת בן-אשר, שם. השופט זמיר מודע לבעיית השימוש בדמות האדם הסביר ולרצון המחוקק להימנע ממנה בלשונו, אולם בסופו של המבחן לקביעת ההטרדה המינית במעשיו של העותר, הוא משתמש בפועל בדמות זו (שם). לביקורת על מהלך זה של זמיר ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון, "האיסור הפלילי על הטרדה מינית – קידוש האמצעי ומחירו", שער משפט ב 285, 302-303 (תשס"א).

182 כך מכנה אותו אורית קמיר בעומדה על מקורו כבן-דמותם של חברי המושבעים במשפט הנזיקי. קמיר, הערה 179 לעיל, בעמ' 144.

183 *Salmond & Heuston*, הערה 25 לעיל, בעמ' 222. לראשונה הופיעה דמות זו בפרשת *Vaughan v. Menlove* (1837) 3 Bing N.C. 468. לסקירה קצרה של ההיסטוריה של האדם הסביר במשפט ראו קמיר, הערה 179 לעיל, בעמ' 142-146.

כדי לא להיחשב כמתרשל,¹⁸⁴ תוך שימוש במעגל שוטה של אבחון על ידי בית המשפט כמי שהסטנדרטים שלו אינם אלה הממוצעים או הנוהגים, אלא אלה המחויבים לפי מידה של אנושיות ראויה – שבאופן לא מפתיע נקבעה על ידי בית המשפט עצמו. למרות זאת, בדיני הנזיקין נחשב האדם הסביר מודר אוביקטיבי ליכולת אנושית ומחובר אליה בצורה מהותית.¹⁸⁵

מובן, שכחלק מהביקורת הפמיניסטית בדיני הנזיקין משך אליו האדם הסביר ביקורת רבה. לזלי בנדר, למשל, עמדה על כך שהשימוש בדמות האדם הסביר בעולת הרשלנות גרם ליצירת עוולה המשקפת דפוסי-חשיבה גבריים. לטענתה, מתן שם (naming) גברי לדמות (reasonable man) משפיע על תוכנה המהותי כמפעילת נורמות "גבריות", שמקורן ב"אתיקה גברית",¹⁸⁶ כנורמות ראויות.¹⁸⁷ הדרישה שהאדם הסביר ינהג בזהירות דווקא ולא באחריות, למשל, מציבה אותו בעמדה אוטונומיסטית של עמידה על זכויותיו באופן אבסטרקטי ואובייקטיבי, במטרה להגן על עצמו מפני אחריות נזיקית.¹⁸⁸ אחת ההצעות¹⁸⁹ של בנדר לשינוי דפוס זה היא לאמץ את סטנדרט "השכן האחראי" תחת "האדם הסביר" לשם זיהוי התרשלות: כך תיפטר בעיית הזיהוי המגדרי, וכן יתבצע המעבר מזיהוי רשלנות עם מדדים אינדיבידואליסטים של סבירות וזהירות לזיהוי עם ערכים קונטקסטואליים וקהילתיים יותר כמו אחריות לזולת ונקיטת אמצעים להגנה עליו.¹⁹⁰ בהקשר מעט שונה טענה חוקרת אחרת, כי למרות הרטוריקה הא-מגדרית שעמדה מאחרי הפעלת דמות האדם הסביר, בפועל הפעילו בתי המשפט סטנדרטים שונים של התנהגות סבירה על גברים ונשים, באופן שהוביל בעיקר להסרת אחריות מנזקים שנגרמו לנשים.¹⁹¹

- 184 *Salmond & Heuston*, הערה 25 לעיל, בעמ' 222-225; Fleming, הערה 24 לעיל, בעמ' 118-119. בפקודת הנזיקין ישראלית מופיע האדם הסביר בצורה ברורה בסעיף 35.
- 185 גלעד, הערה 67 לעיל, בעמ' 331-332.
- 186 אתיקה זו זוהתה בכתיבתה של קרול גיליגן, והיא מבוססת על חפיסה שלפיה גברים מובלים בהכרעותיהם המוסריות לפי דפוסים של הפרדות, אגואיזם ועמידה על מערך זכויות, בעוד שנשים מובלות לפי דפוסים של חברות ודאגה לאחר. Gilligan, הערה 35 לעיל, בעמ' 18.
- 187 Leslie Bender, "A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort," 38 *J. Leg. Educ.* 187 (1988), 20-27, 3. בנדר מצביעה על עקבות פטריארכליים בעולת הרשלנות: בדמות האדם הסביר, בקביעת סטנדרט ההתנהגות ובעיצובן של חובות-זהירות.
- 188 שם, בעמ' 23-25, 28-30.
- 189 בנדר מציעה כמה אפשרויות לשינוי הסטנדרט הנוהג כיום. שם, בעמ' 25.
- 190 בנדר מנסה לשנות את הדפוס המוסרי העולה מניסוח עולת הרשלנות כיום לכיוון ברוח גיליגיאנית יותר, המושתת על רעיונות של מוסר-נשי – מוסר של דאגה לזולת ואכפתיות כלפיה, תוך שימוש בקונטקסט של הדילמה המוסרית לשם מציאת פתרון לה. לחפיסה זו של תרבות נשית שהובילה ליצירת זרם "הפמיניזם התרבותי" ראו משנתה הסדורה של גיליגן, Gilligan, הערה 35 לעיל.
- 191 Barbara Y. Welke, "Unreasonable Women: Gender and the Law of Accidental Injury, 1870-1920," 19 *L. & Soc. Inquiries* 369 (1994)

דמות האדם הסביר עוררה התנגדות קשה בדיני הנוזיקין לא רק מצידן של כוחות פמיניסטיות. מלומדים עמדו על רף הזהירות המעורפל והנתון לפרשנויות שונות שהיא מעמידה,¹⁹² שהוא גבוה מהאפשרי עבור אדם ממוצע. האדם הסביר תואר כמושלם מדי ובלתי-אנושי, בהעמידו סטנדרט התנהגות אידאלי למדי שבו אין מקום לטעות אנוש, אי-זהירות קלה או קלות-דעת.¹⁹³ מאפיינים אלה עומדים בניגוד לרעיון האשמה שבבסיס האחריות ברשלנות ומובילים להטלת אחריות חמורה או מוחלטת באמצעותו,¹⁹⁴ תוך פגיעה בתפיסות צדק בסיסיות.¹⁹⁵ עוד נטען כי בשימוש בו מרחיק בית המשפט את יסוד ההתרשלות ממקורו העובדתי אל עבר זה הנורמטיבי.¹⁹⁶ עקב מורכבותו והבעיות שיצר מנסים כיום בתי המשפט במשפט המקובל להימנע משימוש פשטני בדמות האדם הסביר לקביעת אחריות ברשלנות, ובמקומו להשתמש במדדים מתאימים אחרים;¹⁹⁷ בארצות-הברית, למשל, נעשה ניסיון בטיטה ל-*Restatement on Tort (3rd)* להשמיטו כליל.¹⁹⁸ למרות שלל ביקורות אלה, האדם הסביר נוכח עדיין בדיני הנוזיקין ובעיקר בעוללת הרשלנות, והפעלתו מחייבת זהירות ורגישות לבעייתיותו.

- הפסיקה האמריקנית בתחום בתפר שבין שתי המאות הקודמות מגלה כי בית המשפט הרבה להשתמש בסטנדרטים שונים לגברים ולנשים, בעיקר כדי לפטור מאחריות לנזקים שנגרמו להן על ידי מזיקים גברים או מתוך התייחסות אל נשים כנחותות. למחקר דומה, שנבעה ממנו מסקנה אחרת, ראו Margo Schlanger, "Injured Women before Common Law Courts, 1860-1930," 21 *Harv. Women's L. J.* 81 (1998) ליחס השונה של בית המשפט הייתה הכרתו בשוני האובייקטיבי שהיה קיים אז בין נשים לגברים.
- 192 *Salmond & Heuston*, הערה 25 לעיל, בעמ' 224-225, הכותבים מדגימים את הבעייתיות שבערטילאיות הסטנדרט דרך פסיקה שונה שניתנה בנוגע לאותו אירוע עובדתי.
- 193 קמיר, הערה 176 לעיל, בעמ' 353 (ראו גם ההפניות אצלה). *Salmond & Heuston*, הערה 25 לעיל, בעמ' 223 – אין הכרה במצבי חידום כמצדדיקים הקלה בדרישת סטנדרט ההתנהגות.
- 194 התפיסה היא שהשימוש בדמות זו נועד להטיל אחריות על בסיס אשם על המזיק. ראו דברי השופט ברק בע"פ יערי, הערה 138 לעיל, בעמ' 782, וכן קרמניצר, הערה 135 לעיל, בעמ' 89-90.
- 195 שעניין הטלת אחריות על הניזוק רק כשקיימת התאמה בין יכולותיו האמיתיות ליכולותיו של האדם הסביר. פורת, הערה 85 לעיל, בעמ' 377-378.
- 196 גלעד, הערה 67 לעיל, בעמ' 331-332, שם מעלה גלעד טענה זו ומנסה להפריכה.
- 197 לרוב, הרעיון הוא לקבוע כי סיכון הוא צפוי ובלתי סביר על ידי הפעלת שלושה מדדים: מדר תוחלת הסיכון, מדר החשיבות החברתית שכגטילת הסיכון (התועלת החברתית בהתנהגות שהובילה לסיכון) ומדר נטל האמצעי הנדרש להפחתת או העלמת הסיכון שנוצר בפרעל. *Salmond & Heuston*, הערה 25 לעיל, בעמ' 224-230.
- 198 הרעיון הוא להשתמש, תחת זאת, בנוסחה המוכרת של השופט Hand לזיהוי התרשלות. לשינוי המוצע ולמשמעותו ראו Stephen G. Gilles, "On Determining Negligence: Hand Formula Balancing, the Reasonable Person Standard, and the Jury," 54 *Vand. L. Rev.* 813 (2001). המחבר בוחן את נקודות ההיבדלות וההשקפה בין נוסחת Hand לסטנדרט האדם הסביר ברשלנות, ואת הקשר בין אלה להנחיית משבעים ולתוכנם המהותי של דיני הרשלנות.

3. האדם הסביר בפרשות Doe ויעקובוב

בפרשת Doe עשה בית המשפט שימוש בדמות ה-Reasonable person¹⁹⁹ – דמות הנטולה לכאורה ייחוס גברי מובהק ומכוונת לשקף סולם ערכים ההולם את שני המגדרים – להערכת התנהגותם של הנתבעים כרשלנית. מסקנתו הייתה כי גם אצל דמות זו לא היה זה צפוי שיתרחש אונס עקב אי-שמירה על המפתח, תוך התערבות עבריינית מכוונת של צדדים שלישיים. אלא, שלמרות השימוש בביטוי הניטראלי, מדגים פסק הדין כיצד תוכנו המהותי ולא הלשוני של הביטוי הוא זה שחשוב.²⁰⁰ מבחינת תוכנו המהותי של הביטוי, דפוסי חשיבה של גבר סביר הם שהופעלו לקביעת הצפיות, ובכך נמנעה ההגנה על אינטרסים פגיעים-“נשיים” שעליהם העמידה פלונית את תביעתה. במובן זה נקט בית המשפט בפסק דינו פעולת שיפוט פטריארכלית קלאסית, בעלת אפקט כפול: הוא הלביש היררכיית אינטרסים “גברית” במלבוש “אוניברסלי” של סבירות אובייקטיבית, ובכך גם הפך את תביעתה של פלונית לבלתי-ראויה מנקודת-שיפוט נייטרלית.²⁰¹

בפרשת יעקובוב הופיע האדם הסביר בשלב קביעת הקשר הסיבתי בין מעשהו של בוריס לתוצאת מותה של גלינה.²⁰² סטנדרט האדם הסביר נדרש לצורך הקביעה שהייתה צפויה סבירה לכך שמעשיו של בוריס יביאו להתאבדותה של גלינה. לכאורה לא נדרש בית המשפט לשלל הבעיות שמעלה דמות זו, שכן סבירות התנהגותו של המזיק היא

199 Doe, הערה 102 לעיל, בעמ' 178.

200 לטיעון דומה ברוח זו, באופן המבקר דווקא את הדרישה הפמיניסטית לשינוי דמות האדם הסביר, ראו Gary T. Schwartz, “Feminist Approaches to Tort Law,” 2 *Theoretical Inq. in L.* (2001) 175, 179-193. לחולשת ביקורת זו ראו Assaf Jacob, “Feminist Approaches to Tort Law Revisited – A Reply to Professor Schwartz,” 2 *Theoretical Inq. In L.* 211 (2001).

201 Bender & Lawrence, הערה 102 לעיל, בעמ' 320.

202 הדמות הנדונה בעבירת גרם מוות ברשלנות אינה ממש של “האדם הסביר” אלא של “אדם מן הישוב”. דמות זו הוכנסה לעבירה בחיקון מס' 39 לחוק העונשין. כיום, סעיף 21(א) לחוק העונשין, מגדיר רשלנות כך:

רשלנות – אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן הישוב יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע לאותו פרט...

בניגוד להערכות המוקדמות – שייחכן שיש בדמות האדם מן הישוב שוני מרמות האדם הסביר – בהחיר בית המשפט בפרשת יעקובוב כי חת-הן. ראו דברי השופטת דורנר בערעור, ע"פ יעקובוב הערה 129 לעיל, בעמ' 544-545. וכן, “אותו אדם מן הישוב, ידענו כולנו, הוא חלף-דיבור לאדם הסביר, ידידנו הווירטואלי המלווה אותנו משכבר הימים במשפט הנויקין”. דברי השופט חשין בדנ"פ יעקובוב, הערה 130 לעיל, בעמ' 393. להערכות כי יהיה שוני בין דמויות אלה ראו קרמניצר, הערה 135 לעיל, בעמ' 94. קרמניצר העריך שייחכן שדמות ה“אדם מן הישוב” תידרש לאיכות נורמטיבית נמוכה יותר מזו של האדם הסביר, בהיזתה מעידה על אדם בעל ייחוס “ארצי” ולא רק נורמטיבי.

שעמדה על הפרק, ובוריס, כגבר מכה, לא עורר כל בעיה מיוחדת. אולם, כדי לקבוע את אפשרות צפיית התוצאה על ידי בוריס, היה על בית המשפט לבחון אם התאבדותה של גלינה היא כזו שאדם סביר היה צופה אותה. בהצגת השאלה כך עלול היה בית המשפט למצוא את עצמו מפנה את שאלת הסבירות כלפי מעשיה של גלינה, למרות שמבחינה מושגית היא מופנית כלפי בוריס: קל מאוד לראות כיצד סבירות צפיותו של בוריס תיגזר מסבירות פעולתה של גלינה. משום כך נזרר בית המשפט מאוד בהצגתו את גלינה דווקא.

בית המשפט לא שאל באופן ישיר אם מעשיה של גלינה היו סבירים, וכך מנע דיון בסבירותה או בפתולוגיה שלה, אלא הקפיד להותיר דיון זה לפתחו של בוריס בלבד. בכך גם מנע בית המשפט את הסיכון הלא-מבוטל שהתשובה לשאלה תהיה שלילית, שהרי אדם סביר לא מתאבד כמוצא מפני בעיותיו.²⁰³ אפשרות אחרת לניסוח השאלה הייתה סובייקטיביזציה של הדמות, על ידי בחינה אם "אשה מוכה סבירה" הייתה מתאבדת במצב כזה. כאן, סביר שבהתבוננו בשאלה מנקודת-מבט של אשה מוכה, היה בית המשפט מגיע לתוצאה שאליה הגיע בפועל; אולם המשמעות של ניסוח כזה של שאלת הצפיות הן בעייתיות. במישור האשם, רעיון הרשלנות אינו מאפשר סובייקטיביזציה של דמות האדם הסביר. החשש הוא שבכך יטיל בית המשפט נטל כבד על החברה – לשאת בנטל הנזקים שמסביב לפרטיה אנשים מסוימים, המטילים סיכון-עודף בהתנהגותם הנוטה-להזיק.²⁰⁴ נוסף על כך קיים החשש מפני אובדן קשר ליסוד האשמה החברתית שבבסיס הטלת האחריות ברשלנות.²⁰⁵ החרת בחינת תכונותיו של כל ניזוק לשם הטלת אחריות לנזקיו על המזיק הייתה שוללת מהמזיק את האפשרות לצפות מראש את הסכנות הצפונות לניזוק בהתנהגותו, וממילא גם את האפשרות לטעון לאשמו.²⁰⁶ משטר אחריות מעין זה הולם יותר תפיסת אחריות חמורה ולא אחריות ברשלנות. קושי אחרון שיעמיד ויתור זה על יכולת הצפייה הוא איבוד אלמנט ההרתעה והמניעה, הנתפסים כעומדים גם הם בבסיס הטלת האחריות ברשלנות.²⁰⁷ לניסוח

203 בהקשר זה עמדה לרועץ לנשים המוכות דרישת הסבירות כשטענו להגנה עצמית במקרים של תקיפת מכהן או הריגתם. למשמעותה הבעייתית של דרישת הרציונליות והכלים הבעייתיים להוכחתה ראו ליאורה בילסקי, "נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמית", סלילים 1, 36-39 (תשנ"ה).

204 בעיקר, כמובן, יוטל הנטל על אותם ניזוקים תמימים שניזוקו על לא עוול בכפם ולא יפוצו. Fleming, הערה 24 לעיל, בעמ' 119.

205 ס. לגישה שגם המבחן האובייקטיבי משמר את רעיון האשם ראו Tony Honoré, "Responsibility and Luck," 104 L.Q.R. 530 (1988). הונורה פותר קושי זה באמצעות ביטוס האשם החברתי על עצם התרחשותה של התוצאה המזיקה, גם אם היא תוצאה של חוסר מזל או סיפשות רגעית.

206 ראו הטקסט הסמוך להערה 78 לעיל.

207 פורת, הערה 85 לעיל, בעמ' 381-383. תפיסה זו קיימת גם בדיני הנויקין הישראליים – לפחות בפועל, גם אם לא בחאוריה. ראו הוגמות לקיזמה אצל גלעד, הערה 67 לעיל, בעמ' 324-325. לגישה הגורסת כי הן לטנדורט אובייקטיבי הן לטנדורט סובייקטיבי יש פוטנציאל להגשים את

השאלה לפי מדר הסובייקטיביזציה של האשה המוכה היו עלולות להיות גם משמעותיות רחבות יותר, הנוגעות למעמדן של נשים מוכות ככלל. התייחסות אליהן כמקשה אחת מייצגת תפיסה מהותנית-רדוקטיבית שלהן, שמלבד היותה בעייתית כשלעצמה,²⁰⁸ המרכיב הנורמטיבי של יסוד הצפיות עלול היה לעורר בה קונפליקט ממשי עם הרגישות המוסרית של פעולתה הקשה של גלינה. העמדת גלינה כ"אשה מוכה סבירה" הייתה מדגישה את הפן הקורבני, האומלל והפסיכי של הנשים המוכות, מקטלג אותן כנשים בעייתיות ומקשה עליהן את הפריצה מתוך מסגרת הקורבנות-החברתיים,²⁰⁹ שכבר עמדה להן לרועץ בהקשרים משפטיים אחרים.²¹⁰

בית המשפט, בחוכמתו, לא נפל ולו לאחת ממלכודות אלה. דרכו הפשוטה לעשות כן הייתה לא להסיט את מבטו המאשים מבוריס: הוא מוצג כנאשם היחיד בפסק הדין, וכזה הוא נותר לכל אורכו. מיקוד העיסוק בו בלבד כאדם הסביר אפשר לבית המשפט לבחון מרחוק את מעשיה של גלינה – לא כ"מעשים סבירים" המזמינים שיפוט מוסרי, אלא כמעשים העלולים להתרחש במציאות. הסתפקות בית המשפט בקביעה כי ההתאבדות היא תופעה מוכרת אצל נשים מוכות ולכן צפויה, אפשרה מיון חיוני של חוויה זו לצורך הטלת האחריות מחד גיסא, תוך שמירה על הימנעות מסטריאוטיפיזציה של נשים מוכות מאידך גיסא. בקובעו כי התאבדותה של אשה מוכה היא תופעה מוכרת

המטרה הכלכלית של דיני הניזקק ראו Warren F. Schwartz, "Objective and Subjective Standards of Negligence: Defining the Reasonable Person to Induce Optimal Care and Optimal Populations of Injurers and Victims," 78 *Geo. L. J.* 241 (1989). שוורץ בוחן את השפעתם של הסטנדרט האובייקטיבי, הסטנדרט הסובייקטיבי והסדר של אחריות ללא סטנדרט על היעילות הכלכלית בדיני הניזקק, על פי הגישה הכלכלית להם.

208 בעיית האסנציאליזם (מהותנות) מופיעה בתיאוריות הפמיניסטיות כביקורת מרכזית על גישת הפמיניזם התרבותי. הפמיניזם הפוסט-מודרני האשים גישה זו במהותנות ובאוניברסליות, הכופות על נשים זהות פשטנית כסובייקט בעל "קול אחד" שאינו מותיר מקום לקולות שונים ומגוונים, כמתחייב רב-תרבותיות. מהותנות גם מעורדת חשיבה סטריאוטיפית-מקפחת על אודות נשים כישויות חד-גוניות וטיפיקליות. ראו Evans, הערה 39 לעיל, בעמ' 78, 125-140.

209 במונח זה ניתן להשוות את החשש לזה העולה מתפיסתן של נשים, למשל בורם הפמיניזם הרדיקלי, כקורבנות החברתיות. לביקורת ברוח זו ראו, Drucilla Cornell, "Sexual Difference, The Feminine, and Equivalency: A Critique of McKinnon's Toward a Feminist Theory of the State (Book Review)," 100 *Yale L. J.* 2247, 2250 (1991). במאמר זה טוענת קומל כי McKinnon מפגימה בתיאוריה הפמיניסטית שלה את רעיון "הנדפקות" הנשית על ידי גברים, ולכן משמשת דווקא ככלי מסוכן להעצמת הבנייתן החברתית של נשים לפי מודל קורבני כזה. לחפיסה זו בניתוח מצבן של נשים מוכות ראו גם בילסקי, הערה 203 לעיל, בעמ' 25-27.

210 בתביעות פליליות של הריגת מכיהן שימש מדר הפחד שכקורבנותן כסיס להצדקת חוסר סבירותן של נשים מוכות, ורק הוא אפשר להן הכרה בוכות להגנה עצמית מפני אחריות פלילית. זהו הנרטיב הליברלי של נשים מוכות במשפט. לנרטיב זה ולאחיה בו בע"פ 6353/94 בוחבוט ג' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 647, ראו בילסקי, שם, בעמ' 12-17 – הנרטיב שבפסיקת השופטים בך וקדמי; ובעמ' 32-35 – למשמעות הפחד אצל נשים מוכות.

בחברה והיא חלק ממצואות החיים, העמיד בית המשפט מציאות זו כרלבנטית לכולנו ולא רק לגלינה, כאשה מוכה. בכך צירף את חוויית חייה הקשה "והפרטית" למכלול חווייתיה של חברה מגוונת והפך אותה לנחלת הכלל, לידע המצוי אצל כל אדם סביר, ולענייננו – גם אצל בוריס.

ד. דמויות הנשים העולות מפסקי הדין: הקונקרטי והכללית

השופטים בפסקי הדין משמשים כמספרי-סיפורים (narrators) וכמכונני-זהויות.²¹¹ שפתם מכוננת את זהויות שתי הנשים – פלונית וגלינה – כסובייקטים שונים.²¹² שימושם ההפוך בדוקטרינת הצפיות משקף נרטיבים הפוכים של ייצוג האשה העומדת במרכז פסק הדין ונשים מסוגה בכלל: הנרטיב הגברי והנרטיב הנשי.²¹³

1. גלינה, פלונית ונשים הסובלות מאלימות מגדרית – השפעות נרטיביות

בית משפט הנדרש לשאלת הצפיות ברשלנות נדרש בעצם לשאלת מידת ההגנה על הניזוק שלפניו. בפרשת יעקובוב בחר בית המשפט להגן על נשים מפני הכאתן על ידי בני-זוגן, למרות שהגנתו הייתה מצומצמת להגנה בדיעבד, שלגלינה לא הייתה בה כל נחמה. בהחלטתו הפך בית המשפט את הנשים המוכות לחלק אינטגרלי מהאוכלוסיה הסבירה, ואת תגובותיהן הנפוצות להכאתן הפך להתנהגות סבירה. לשם מתן גושפנקא רחבה זו לא הסתפק בדיון באופציית ההתאבדות כצפויה: הוא הוסיף ובחן התנהגויות אחרות האופייניות לסינדרום האשה המוכה, וקבע כי גם "פעולת-ייאוש" אחרת של נשים מוכות – כמו הריגת הגבר המכה – היא צפויה ואינה יכולה להיות נדונה באותם מאזניים בהם נדונה "הריגה סתם".²¹⁴ דברי השופטת דורנר בהקשר זה נראים

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

212 לרעיון כינונו של הפרט כסובייקט כתוצאה מתהליכים חברתיים ראו תמצית משנתו של מישל פוקו (Foucault) אצל Wickham & Hunt, הערה 8 לעיל, בעמ' 27-28.

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

214 ע"פ יעקובוב, הערה 129 לעיל, בעמ' 547-548. להוכחת טענה מפנה השופטת גם לחיקון הנוכחי לחוק העונשין, לפיו ישנה הפחתה בחומרת עבירת הרצח במצבים מעין אלה על פי סעיף 300א(ג) לחוק זה.

כ"התכתבות" שלה עם דברים שאמרה בפרשת בוחבוט,²¹⁵ שאף בה עסקה בסבירות תגובתה של אשה מוכה. השופטת דורנר קבעה שם כי יש להתייחס לפעולתה של כרמלה בוחבוט, שהרגה את בעלה המכה, כפעולה המתייבת יחס ייחודי ומקל מזה הניתן לפעולת הריגה או רצח רגילים.²¹⁶

גם גלינה עצמה מוצגת בפסק הדין כדמות סבירה וראויה. היא אינה נשפטת על שסבלה את התעללויותיו של בעלה. בית המשפט אינו מעמתה עם השאלה הנפוצה מכל בנוגע לנשים מוכות – "מדוע לא עזבה?" – שאלה המעבירה את מרכז הדיון מן הפתולוגיה שבהתנהגות הגבר לפתולוגיה שבהישארות האשה.²¹⁷ שתיקתה של גלינה אל מול הרשויות מובנת לבית המשפט, והוא מפגין אמפתיה כלפיה: גלינה לא התלוננה מפאת חששה מבעלה ומפאת הבושה שבגילוי כי היא אשה מוכה.²¹⁸ לכן, כאשר לבסוף, לאחר שמונה שנים של התעללות, העזה להתלונן נגד בעלה, מוצג המעשה שעשתה כמעשה של גבורה, של אזירת-עוז, ולא כמעשה המתבקש מאשה במצבה.²¹⁹

גבורתה ניכרת שבעתיים בהתחשב באלמותו הקשה של בעלה, המתאששת ביתר-שאת בהתנהגותו המאיימת גם ליד השוטרים שבאו עמה לביתה כדי "לסייע" לה. גם בשלב התאבדותה לא נטש בית המשפט את גלינה והוא מלווה אותה אל מותה הנורא, המוצג כמוות בלתי-נמנע, כזה שהיווה מוצא אחרון עבור מי שאיכרה כל תקווה וידעה כי היא לכודה לעד; מוות שמקורו היה בריסוק נפשה ונשמתה ובריקונה מיצר הקיום וההשרדות האנושי.²²⁰

- 215 ע"פ בוחבוט, הערה 210 לעיל. לניתוח הנרטיבים השונים העולים מפסק דין זה ראו בילסקי, הערה 203 לעיל.
- 216 יתרה מכך: השופטת דורנר מציגה כבר בפרשה זו את הקשר הקל והעדין בין פעולת ההתאבדות לפעולת הרג הבעל המכה, בתארה את כרמלה בוחבוט, כמי שרגע לפני שירתה בבעלה, "...נסוגה לחדר השינה וביקשה נפשה למות". ע"פ בוחבוט, הערה 210 לעיל, בעמ' 654, ממש כמו גלינה לפנינו. בהסמכת הדברים אלה לאלה היא מגלה את עמדתה כי הם נובעים ממקור אחד של ייאוש האשה המוכה ואין כל דרך להתייחס אליהם אחרת, כמקובל.
- 217 Martha R. Mahoney, "Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation," 90 *Mich. L. Rev.* 1, 5-6 (1991); Elizabeth M. Schneider, *Battered Women & Feminist Lawmaking* 23 (2000).
- 218 בית המשפט ציין כי גלינה חששה לחשוף את היותה אשה מוכה. ע"פ יעקובוב, הערה 129 לעיל, בעמ' 538. בריון הנוסף מפרט השופט חשין את חששותיה: הראשון הוא החשש מפני הכעס של בעלה על הגילוי והשני הוא בושה מהחברה בגין קלון היותה אשה מוכה. דנ"פ יעקובוב, הערה 130 לעיל, בעמ' 388.
- 219 ראו חיאורז של השופט חשין, בדנ"פ יעקובוב, הערה 130 לעיל, את מעשיה של גלינה: פעם כאזירת כוחות-נפש (בפסקה 1 לפסק דינו), פעם כאזירת עוז (בפסקה 17 לפסק דינו) ופעם כהעזה (בפסקה 21 לפסק דינו).
- 220 שם, בעמ' 397:

במשך השנים פגע בוריס בגופה ובנפשה של גלינה עד שריסק את הנפש וחיייה של גלינה לא היו עוד חיים... ידעה גלינה כי כלו כל הקיצין: כי אין לה עוד

גישתו האוהדת של בית המשפט כלפי הנשים המוכות וכלפי גלינה, כמייצגת אקראית שלהן, פרצה גדרות נוספים של ניכור חברתי כלפיהן. הצגתו את התאבדותה של גלינה כסבירה לא רק שהפכה את הבעל המכה לאדם הלא-סביר שגרם למותה, אלא אף שימשה את בית המשפט קרדום לחפור בו באשמתה הברורה של החברה האדישה כולה לסבלן של נשים אלה:

המנוחה שמה קץ לחייה מתוך ייאוש ותחושת אין-מוצא. שמונה שנים התעלל בה המערער והיא שתקה... אך מעשי האלימות וההתעללות של המערער לא היו סוד. עובדי לשכת הרווחה בעירת מגורי בני-הזוג ידעו עליהם היטב. אך הם לא עשו דבר, עד אשר מלאה סאת סבלה של המנוחה והיא העזה, לראשונה בחיי נישואיה, לבקש עזרה. לרגע לא נרתעה מן הנאצות שהטיח בה המערער בנוכחות השוטרים, ובמעמדו ולאוזניו מסרה הודעה על אשר עשה לה. או אז, הצליח המערער להכניעה ולהביאה לכיטול התלונה. די היה בהודעת המנוחה כדי לפתוח בחקירה נגד המערער, ובביטולה לא היה כדי למנוע חקירה. אך השוטרים, לאחר שהזהירו את המערער שלא לפגוע במנוחה, עזבו את הדירה בהשאים בדירה את המנוחה בחברת המערער. התפרצות המערער לאחר המאמץ האדיר שהשקיעה המנוחה לימדה אותה, כי אין כפניה כל דרך לשים קץ לסבלה, והיא בתרה להתאבד.

ניצחון ההכרה בסבירות המעשה של גלינה הוא ניצחון ההכרה בסבירותה כאשה ובגורל שהתאכזר אליה על לא עוול בכפה, והוא בעיקר מניפסט לחולשתה של החברה ולחוליייה, שגרמו לה להפוך אדישה לסבלן של הנשים המוכות בתוכה והביאו להכרה בהתאבדותן כמוצא סביר אחרון מתוך הייאוש שאליהן נקלעו מבלי מושיע. בפסק הדין זוכות אותן נשים מוכות לבטוף לסוג של הגנה חוקית ולהכרה בהן כסבירות. גם אם הגנה זו מעטה מדי ומאוחרת מדי עבור גלינה, היא חשובה עבור נשים אחרות במצבה. יחס שונה ניכר בגישתו של בית המשפט בפרשת *Doe*. כאן ניכר הנרטיב הגברי כפריזמה שדרכה הובנת דמותן של פלוגית ושל דומותיה. בית המשפט דחה את טענתה של פלוגית כי סביר היה לצפות את התרחשות נזקה והפך אותה, במובן מסוים, לאשה לא-סבירה, החושבת מחשבות לא-סבירות. הוא גם מעביר מסר לכל אותן נשים החוששות ללכת לבד בחושך, החוששות להישאר לבד בביתן והנועלות אחריהן

תקוה, כי נסתמו כל נתיבי המוצא, כי לכודה היא לעד. ומשידעה כך הטילה עצמה אל מותה.

ושם, בעמ' 400 :

...בוריס ריסק את נפשה ואת נשמתה של גלינה ורוקן אותה מרצונה להמשיך ולחיות. במעשיו הרעים הביא בוריס את גלינה לידי כך שאבד לה יצר הקיום וההישרדות. ומשאבד לה רצון החיים החליטה גלינה לברוח מבוריס, לברוח מכנה ומשלוש בנותיה, לברוח מן העולם, לברוח מעצמה...

בקפדנות כל דלת כמעונן, כי התנהגותן אינה סבירה. כל זאת, בניגוד מוחלט לסטטיסטיקות המעידות אחרת.²²¹ לקביעתו של בית המשפט בנוגע לפלונית עצמה יש גם משמעות משפטית נרחבת עבור נשים, שהן החשופות העיקריות לאונס: כל אשה שתלונן כי אינה חשה בטוחה לבדה וכי היא חשופה לתקיפה מינית לא תזכה להגנה מוקדמת של החוק או של רשויות האכיפה, משום שחששה המוקדם יתפס כבלתי-סביר ודמיוני, או למצער כבלתי-צפוי. מסקנה זו מתיישבת עם דברי בית המשפט בהמשך, שמהם עולה כי גם אילו התלוננה פלונית לפני הנחבעים על כניסה לא מורשית לדירתה לא היה בכך לשנות מאחריותם כלפיה, שכן תלונתה הייתה נתפסת כלא-סבירה.²²² בדברים אלה בחר בית המשפט לא להגן על נשים מפני תופעת התקיפה המינית בביתן, הייחודית בעיקר להן.

2. מתודה של מתן קול

התיאוריה הפמיניסטית הטרידה את עצמה רבות בעניין השתקת קולן של נשים אל מול זה של גברים ובעניין השתקת הקולות השונים, "האחרים", בתוך הקהילייה הנשית, ועמדה על חשיבות השמעתם וההקשבה להם כתיקון לעוול הנמשך שבהשתקתם.²²³ בהכרעתו בפרשת יעקובוב אִפשר בית המשפט הצצה לתוויית-חיים נשית ולמתן קול לנשים במקום שבו השתקתן היא החמורה ביותר – השתקתן של נשים מוכות, המצויות בשוליים החברתיים, גם אלה הנשיים.²²⁴ ניכר באופן כתיבת פסק הדין כי בית המשפט מספר את הסיפור המשפטי תוך שימוש בנקודת-מבטה של גלינה, ולמרות שלעולם

221 ראו הטקסט ליד הערות 118-122 לעיל.

222 זאת משום שבית המשפט הבהיר, כאמור, כי אין די בדיעה על כניסות מוקדמות כדי לבסס צפיות לאונס. פרשת *Doe*, הערה 102 לעיל, בעמ' 180.

223 לכתיבה על קולות נשיים אל מול אלה הגבריים, אם כי מנקודות התייחסות שונות, ראו Catherine MacKinnon, *Only Words* (1993) (עוסקת בקול הנשי כקול הדיכוי) Gilligan, הערה 35 לעיל, (עוסקת בקול הנשי כקול ייחודי, הנובע מאחיקה "נשית"). סוגיית הקול הנשי והשתקתו בתוך הקהילה הפמיניסטית נדון בעיקר על ידי פמיניסטיות שחורות ולסביות, שטענו להשתקת קולן הייחודי בקול ההגמוני הלבן-הטרוסקסואלי. ראו, למשל, Angela P. Harris, "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory," 42 *Stan. L. Rev.* 581 (1990) תוקפת במאמר זה את חד-הקוליות ההגמונית בכתיבתן של קת'רין מקינזון ורובין ווסט. כן ראו המקורות בהערה 52 לעיל.

224 להשתקתן של נשים מוכות כחלק מהשתקת סבלן של נשים מעונות – מאונס, מהחללות כילדות ומפורנוגרפיה – ראו דברי ההקדמה של אנדריאה דבורקין בספר *In Harm's Way – The Pornography Civil Rights Hearings* 31-36 (Catherine MacKinnon & Andrea Dworkin eds., 1997).

לא יוכל לספר את סיפורה היא,²²⁵ עדיין הוא משמש פה לנשים המוכות, המודרות הן מן הספרה הפרטית (על ידי מכיהן) והן מן הספרה הציבורית (בהשתקת סבלן ואי-התייחסות אמיתית אליו ברשויות המתאימות). בכך מתחיל בית המשפט את מלאכת החדרת החוויה הנשית למשפט במקום שבו היא החשובה ביותר. במקרה של חוויות-חיים-מיוחסת-מגדר שכל עניינה דיכוי נשים – כמו אונס והכאה – מתן קול לנשים, שהן מושאותיה של האלימות, מתחייב גם כחוויה מתקנת להשתקתה שסבלו בתוך החוויה הקשה עצמה, בה גזלו מהן אישיותן, ייחודן, קולן. מתן הקול הופך את חוויות החיים שלהן לנוכחת כמו כל חוויות חיים גברית בעלת ייצוג במשפט דרך קבע, והוא משפיע לא רק בהשמעת קולו של מי שהשתק, אלא אף בהעניקו לו מעמד כסובייקט ראוי, שההתייחסות לסבלו היא טבעית למשפט. טבעיות זו אינה מחייבת עוד הטיה "נשית" למשפט, הגוררת התייחסות עוינת כל אימת שעניינן מובא לדיון, אלא היא מוצדקת מעצם ההכרה בחוויה ככזו שאירעה לחברה שווה באוכלוסייה האנושית.²²⁶

בפרשת יעקובוב שימש בית המשפט מעין אלטר-אגו של גלינה. תיאור אסונה מובא מנקודת מבטה. על אף קוצרו, תכלית פסק הדין ברורה:²²⁷ הסיפור נפתח בה, נגמר בה והיא מרכזו. בדברו "מגרונה" של גלינה נקט בית המשפט מתודה פמיניסטית של Consciousness-raising (העלאת מודעות),²²⁸ הנתפסת כמרכזית במתן קול לנשים. במסגרת המתודה נעשית חשיפה של החוויה הפרטית של האשה-המספרת ושיתופה עם אחרות, כדי להכליל ממנה לסיפורים דומים אחרים ולהעריכה כתופעה חברתית-פטריארכלית ולא כעניין אישי. במסגרת המתודה נשמר החיבור למקור האינדיבידואלי של החוויה – האשה הספציפית המעלה אותה, לשם מגיעת תחושת ניכור שלה והותרתה לבד כקורבן. בד בכך מאפשרת המתודה כינון של סיפורים אישיים כתופעות

225 למגבלות האפשרות של מתן קול אמיתי לפרט בבית המשפט ראו בילסקי, הערה 203 לעיל, בעמ' 424-425, שם עומדת המחברת בעיקר על מגבלות אלמנט התיווך וייחוד המסגרת המשפטית.

226 לחשיבה "ניטרלית" ולניסוחים "אובייקטיביים" ונטולי הטיה יש כמובן השפעות רבות ומגוונות מעבר לעצם השתקתם את קולו של "האחר" בדיון. להשפעות אלה ראו Finley, הערה 6 לעיל, בעמ' 897-899, שם מראה המחברת כיצד חשיבה מסוג זה יוצרת תחושת נחיתות אצל "האחר" ומצביעה עליה כיוצרת שיח בעל משמעות ערכית מעבר לזו המשפטית, שבו הגברי הוא הנורמלי והניטרלי – מה שמבטיח שכל שימוש במרדנים שאינם כאלה ייחשב מוטא ולכן, חסר ערך ממשי.

227 לרוב, מעיד קוצר דברים על רצון המספר להפחית אמפטיה כלפי הקורבן וניתוק קשר "אישי" אליו. שולמית אלמוג, "עיני המערער חשכו" – בין הגרטיבי לנורמטיבי", מחקר משפט טו 295, 300 ו-303 (תש"ס). יופי תירוש עומדת על כך שקוצר הדברים מאפשר להפחית מ"נפח" הסיפור האמיתי, להופכו ל"רזה" וטכני, ובכך לשלול את אופיו האנושי. תירוש, הערה 121 לעיל, בעמ' 586-589. בענייננו, נראה כי הקיצור שימש למטרה הפוכה, להבהיר כי אין טעם בדיון מפרך במה שברור מאליו: אשמת בוריס כגבר המכה, ללא כחל וסרק.

228 על מתודה זו כבסיס לביקורת הפמיניסטית ראו Humm, הערה 33 לעיל, בעמ' 46-47.

חברתיות ופוליטיות, ואת אלה האחרונות כסיבה להן.²²⁹ הבנת סיפור הגדמה פרטני כפרקטיקה של דיכוי חברתי יותר מחייבת כמובן טיפול במישור החברתי, נוסף על טיפול בו אצל כל אשה ואשה.²³⁰ המתודה של העלאת מודעות חיונית בעיקר אצל נשים מוכות, שם תופעת הניכור והבידוד האישי מוכרת ביתר-שאת והיא אחת הסיבות לפעולות הייאוש של נשים אלה.²³¹ גלינה המתה לא יכלה עוד להשמיע את קולה ולספר את סיפורה כסיפור אישי של מחדל חברתי; בית המשפט עשה זאת עבורה.

בעניין *Doe* נראים הדברים אחרת. שופט הרוב פתח את פסק דינו בתיאור קצר של העובדות היבשות, שבמרכזן עומדים כולם מלבד התובעת: האנסים והנתבעים. אל אירוע האונס שבו נוכחת איכשהו התובעת – אותו הוא בוחר לכנות בעיקר בביטוי הניטרלי והנעדר קונוטציה מינית, "תקיפה"²³² – הוא מגיע רק בסוף הצגת העובדות הקצרה. לעומתו, פותחת שופטת המיעוט בתיאור האונס הנורא שעברה פלונית, כשבנה בן הארבע בחדרו. אונס על ידי האנס הראשון ולאחר מכן על ידי חברו, כשהאנס הראשון מתקין לעצמו בינתיים ארוחה ממוצרים שבמטבח ביתה. רק בהמשך, אחרי שבגתה אמפתיה כלפי התובעת אצל הקוראים בתיאור האונס שעברה בפירוט מזועזע, והדגישה את מקומו המרכזי בתביעה שלפניה, היא חוזרת אחורה בזמן, לתיאור יתר העובדות הרלבנטיות. בכך מציגים השניים בסיס-תוכני שישרת את הנרטיבים ההפוכים שלהם: השופט מכין את הקרקע להצגת האונס של פלונית כמוזר ובלתי-צפוי בסוף דבריו, סיפור שפלונית לעולם לא הייתה מספרת על חווייתה – ואילו השופטת מכינה קרקע פורייה לקביעה כי שלל הפרטים מעידים על "חשד" באשר לכשרות התנהלות העובדים בקומפלקס – סיפור המבטא את חששה הכבד והולך של פלונית אודות הסכנה העלולה לארוב לה בביתה.²³³

- 229 בהקשר זה מוכרת האמירה הפמיניסטית כי "The personal is political". במקור נתכונה אימרה זו לבטא את הרעיון שלפיו כל חוויה אישית היא תולדה של פוליטיקה חברתית, אולם היא מוכרת גם כמבטאת את הרעיון שחוויה אישית של האשה כפרט היא חלק ממכלול חברתי של דיכוי.
- 230 MacKinnon-Toward, הערה 5 לעיל, בעמ' 120. אחד היישומים הבולטים ביותר של מתודה זו אצל מקיגון הוא חשיפת ההטרדה המינית כתופעה חברתית של דיכוי נשים ולא כחוויה פרטית בין גבר (מטריד) לאשה.
- 231 Schneider, הערה 217 לעיל, בעמ' 36.
- 232 *Doe*, הערה 102 לעיל, בעמ' 175-176. רק בהצגת מקרה התביעה ובתיאור המעשה עצמו ציין השופט כי השניים אנסו ("raped") את התובעת. לעומתו, משתמשת שופטת המיעוט מיד ותמיד במילה המפורשת אונס (rape) לתיאור הדבר שאירע לפלונית באותו לילה. למשמעותן של בחירות רטוריות ראו תירוש, הערה 121 לעיל.
- 233 לטכניקות רטוריות אלה ראו אלמוג, הערה 227 לעיל, בעמ' 299-302. הראשונים לעסוק במרחב הבחירה הנתון לשופטים בייצוג עובדות המקרה שלפניהם ומשמעותה הפוליטית היו הריאליסטים. ראו בעיקר אצל Karl L. Llewellyn, *The Common Law Tradition* (1960).

3. טשטוש ההבחנה בין הפרטי לציבורי

הריכוטומיה פרטי-ציבורי מזוהה בחיאוריה הפמיניסטית ככלי לשימור מעמדן הנחות של נשים בחברה הפטריארכלית.²³⁴ יש לה שני פנים וכל אחד מהם הקשה על נשים. הפן הראשון הוא זה שבו עיקר התערבותו של החוק בחיי הפרט הייתה בספירה הציבורית והעסקית, ממנה הודרו נשים בכלים משפטיים ובכלים חברתיים.²³⁵ הפן השני הוא זה שבו נמנע החוק מהתערבות ביחסים זוגיים וב"ענייני הבית", בטענה כי בעניינים אינטימיים ורגשיים מעין אלה אין מקום להחלתו, בין משום שהוא אינו מתאים מושגית להתערבות בעניינים רגשיים מורכבים, ובין מן הטעם הליברלי שלפיו יש לשאוף למיעוט התערבות מדינתית בענייניו הפרטיים של הפרט. מסיבה זו לא הוכרו פגיעותיהן של נשים בביתן ולא ניתנה להן כל הגנה מפניהן, על אף שבאופן מובהק הייתה זו ספירה בה הן סבלו מנחיתות ומקשיים ייחודיים.²³⁶

בהיסטוריה של המאבק לקידום מצבן של נשים מוכות מוכרת העמידה על ההכרה בסבלן כעניין פוליטי-ציבורי, הנובע מהבניה חברתית פטריארכלית,²³⁷ והעברתו מהספירה הפרטית וה"ביתית" שבה הוצב, כעניין אישי בין בני-זוג, לספירה הציבורית

234 לפקירה כללית של תחומי השימוש בריכוטומיה ושל ההשפעות הקשות שלה על נשים ראו *Feminism: The Public & the Private* (Joan B. Landes ed., 1998) לשימוש בריכוטומיה ככלי להסוואת הכרעות פוליטיות בהבניה חברתית כ"נסיות חברתיות טבעיות" ראו Ruth Gavison, "Feminism and the Public/Private Distinction," 45 *Stan. L. Rev.* 1 (1992).

235 כך, למשל, לא הייתה זכות הצבעה לנשים, גיוסן לצבא היה אסור, וכי"ב עולות היסטוריות. בספירה העסקית נאסר על נשים להיות בעלות קניין, נאסר עליהן לתבוע ולהיתבע כאישיות משפטית מספקת ועוד. לפירוט ראו Nadin Taub & Elizabeth M. Schneider, "Women's Subordination and the Role of Law," *The Politics of Law* 154-152, הערה 5 לעיל, בעמ' 151.

236 בעיקר מוכר השימוש בריכוטומיה כדי להכשיר פגיעה בנשים שסבלו מאלימות של בני זוגן בטענה הליברלית שמדובר בעניינים המצויים בספירה הפרטית שבין בני-הזוג והמשפחה, ואין מקום להתערבות המדינה בספירה זו. לקריאה כללית וביקורת מצב זה ראו Martha Minow, "Words and the Door to the Land of Change: Law Language and Family Violence," 43 *Vand. L. Rev.* 1665 (1990). מינו טוענת כי בספירה הציבורית, ההרשאה החברתית להכאת נשים והכישלון למנוע התנהגות אלימה של גברים הן חלק מהאלימות נגד נשים. ראו גם Frances Olsen, "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform," 96 *Harv. L. Rev.* 1497 (1983), הטענת כי ההכרה בספירה הביתית כפרטית היא הכרעה ציבורית בעלת משמעות ציבורית.

237 להסברים המוכרים לאלימותם של גברים נגד נשים בכלל וכמסגרת חיי הזוגיות בפרט ראו Del Martin, "What Keeps a Woman Captive in a Violent Relationship?," *Battered Women* 33, 40-47 (Donna M. Moore ed., 1979). מרטין מדגישה את ההבניה החברתית של גברים כ"חזקים" למול הנשים כ"רגישות" ואת מוסד הנישואין כיוצרי שילוב של כעס גברי כלפי נשים ותפיסה רכושנית עליהן, אל מול הבניה של כניעות ותלות נשית. גורם מרכזי בהבניה זו היה החוק עצמו. עוד על הכאת נשים כסטרוקטורלית ראו Larry L. Tiff, *Battering of Women* 9-37 (1993), המכליל הן גורמים חיצוניים והן גורמים ביתיים כמבניים.

של חולי חברתי.²³⁸ אחת הדרכים העיקריות להמשך דיכויין של נשים מוכות ולהחנערות מאחריות לסבלן ולהפסקתן נעשתה באמצעות הקביעה כי סכלן נוגע לעניינים הפרטיים שבין גבר לאשתו, וכי אין לגיטימציה להתערבות בהם דרך המרחב הציבורי של שימוש בחוק. הגברים המכים עצמם תרמו גם הם לתפיסה זו, כאשר דאגו לבודד פיזית את נשותיהם מהספירה הציבורית ולכולאן בביתן.²³⁹ מטרת התנועה הפמיניסטית הייתה להראות את הקשר ההדוק שבין כל הכאה של אשה לבין דיכויין החברתי של נשים. ההכאה ה"ביתית" נחשפה כחלק ממנגנון הדיכוי החברתי של נשים בביתן ומחוצה לו,²⁴⁰ ובהתאם – חייבה התמודדות שונה לגמרי עמה, שעיקרה בטיפול חקיקתי חודרני ומקיף.²⁴¹ אולם, עם הזמן נוצרה דינמיקה כזו שסיפוריהן של נשים פרטיות הפכו שוב להיות המוקד לעניין המשפטי, והקשר שלהן למכלול רחב יותר, שעליו עמלו כל כך בעבר, החל מתרופף. מכאן הודגש לאחרונה שוב הצורך בכל דיון בעניינה של אשה מוכה, להשיג איוון בין כאבה הפרטי לכאבן הקולקטיבי של נשים כמדוכאות חברתית. הדרך לכך הייתה בהטיית אוזן לסיפורה האישי, בד בבד עם אזכור מיקומה החברתי.²⁴² בפרשת יעקובוב ברורה נוכחותן זו לצד זו של הספירה הפרטית והספירה הציבורית. סיפורה של גלינה מובנה כך שכאבה האישי העצום חודר ובורר. במקביל, ממצב בית המשפט את גלינה כאחת מני נשים מוכות אחרות בישראל; הוא קובע כי תגובתה "...לא הייתה חריגה או מיוחדת לה. היא אופיינית לאשה מוכה"²⁴³ ולכן אינה עניין "אישי" שלה לבדה; הוא מציג את כאבה, אך אינו עוזבה עמו לבדה, כמו היה פרטי לה, אלא מוכיח את החברה כולה על התכחשותה לו; הוא מטיל אחריות על בעלה של גלינה למות אשתו, אך גם מאותת לגברים מכים כי ישאו באחריות לנשים שהתנהגותם הפוגענית מביאה אותן להתאבד לאחר שמאסו בחייהן. בדברים אלה מצליח בית המשפט לתת תחושה כי גם אצל גלינה "הפרטי הוא הציבורי", מבלי שיישכחו בכליל הספירה הציבורית שמה, כאבה וסיפורה האישיים.

238 בין הגורמים לתפיסה זו היו החוק, שהחשיב את הבית לספירה פרטית ומקודשת שלמשפט אין כלים להתמודד עם מורכבותיה האישיות-רגשיות, והפסיכולוגיה, שניסתה להסביר את תופעת ההכאה בדרך של עמידה על הפתולוגיה האישית וההפרעה הפסיכולוגית של הגבר-המכה הספציפי; ראו Schneider, הערה 217 לעיל, בעמ' 23. להצגת תופעת הכאת נשים כחולי חברתי בהקשר של הפעלת עולת הרשלנות בנויקין ראו Tonsing, הערה 160 לעיל, בעמ' 446-447.

239 בילסקי, הערה 203 לעיל, בעמ' 58-59.

240 Schneider, הערה 217 לעיל, בעמ' 27-28. שניידר סוקרת את פועלן של תנועות פמיניסטיות במאבק למיגור תופעת הנשים המוכות והכרה בה כחלק מדיכויין של נשים.

241 לביסוס חובת ההתערבות הציבורית – פוליטית ומשפטית – במה שנחשב "אלימות ביתית" והצעות למימושה ראו Jane Maslow Cohen, "Private Violence and Public Obligation: The Fulcrum of Reason," *The Public Nature of Private Violence* 349 (Martha Albertson & Roxanne Mykitiuk eds., 1994). במאמר מציעה המחברת ארבעה בסיסים רעיוניים המייצגים אינטרס ציבורי לטיפול בתופעה של הכאת נשים.

242 Schneider, הערה 217 לעיל, בעמ' 35-36.

243 ע"פ יעקובוב, הערה 129 לעיל, בעמ' 547.

המגמה הפמיניסטית של טשטוש ההבחנה בין פרטי לציבורי בדוקטרינת הצפיות הנזיקית מתיישבת היטב עם הגישה הביקורתית, הרואה את דיני הנזיקין כבעלי משמעות חברתית עליונה. לדיני הנזיקין מסורת של ראייתם כדינים "פרטיים", הנחווים כעניינם הפרטי של הנוגעים להם בלבד.²⁴⁴ למדינה, כך נדמה, אין, כשלוחת החברה, עניין אמיתי בהם. תפיסת דיני הנזיקין ככאלה עורערה ובוקרה: כותבים כמו ריצ'רד אייבל (Abel) וליאון גרין (Green) הפריכו את התפיסה הנפוצה אודות תפקידם המצומצם של דיני הנזיקין כמי שמיועדים להשיב מצב לקדמותו, ועמדו על אופיים האינסטרומנטלי לביצוע אלוקציה של משאבים בחברה, בייחוד דרך עולת הרשלנות,²⁴⁵ ועל השפעתם הכלל-חברתית.²⁴⁶ לזלי בנדר עמדה אף היא על ההטעיה שבהתייחסות לדיני הנזיקין כנוגעים לספרה הפרטית בלבד, בעיקר בכל הנוגע לאחריות בגין עוולות המוניות ולהסדרי הפיצויים הנזיקיים המסורתיים.²⁴⁷ חשיפת אופיים ה"ציבורי" של דיני הנזיקין מחייבת רפורמה בהתייחסות המסורתית אליהם, היכולה להתבטא, בין היתר, בשימוש בדוקטרינות נזיקיות לשם מתן ביטוי לקונטקסט החברתי הרחב של המקרה הקונקרטי שלפני בית המשפט.²⁴⁸

השימוש בדוקטרינת הצפיות בפרשת יעקובוב מדגים כיצד בתוויה האישית שעוברת על אשה יש כדי להעיד על קיומו של ממד פוליטי-חברתי רחב בהרבה – "הממד הציבורי". מלבד המשמעות המוראלית החשובה שבמסר זה, יש לו גם משמעות אופרטיבית. השופטת דורנר שולחת בדבריה רמז עבה לעבר רשויות המדינה בנוגע לחלקן באחריות להתאבדותה של גלינה. דבריה, לפיהם רשויות הרווחה ידעו היטב על הכאת גלינה ולא עשו דבר, והשוטרים נמנעו שלא כראוי מהמשך חקירת תלונתה למרות

244 Bender, הערה 23 לעיל, בעמ' 576. לייצוג המובהק ביותר לתפיסה זו של דיני הנזיקין ראו Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995).

245 Richard L. Abel, "A Critique of Torts," 2 *Tort L. Rev.* 99 (1994): "Negligent behavior is a public as well as a private wrong since it endangers many people besides the chance victim".

246 Leon Green, "Tort Law Public Law in Disguise (part I)," 38 *Tex. L. Rev.* 1 (1959); Leon Green, "Tort Law Public Law in Disguise (part II)," 38 *Tex. L. Rev.* 257 (1960). במאמר זה עומד גרין על השיקולים החברתיים-פוליטיים שבבסיס דיני הנזיקין בפסיקה.

247 Leslie Bender, "Feminist (Re) Torts: Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power and Responsibilities," 1990 *Duke L. J.* 848, 864-872. כאן מציעה בנדר לשנות את התייחסות דיני הנזיקין לצדדים לסכסוך באופן שיסיר הקלון מפני הנזוק, ויחייב בעיקר התייחסות שונה אל חברות גדולות כמוזיקות, למשל בהסדרים הנוגעים לנטלי-הוכחה.

248 פעולה זו בתחום ההגנה על נשים אינה זרה לפועלו של בית המשפט בתחום הנזיקי. כך, למשל, ראה בית המשפט את הצורך בשוויון בגירוש נשים כמטרה חשובה להפעלה ייחודית של עולת הפרת חובה חקוקה. ראו ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169.

"ביטולה"²⁴⁹ יכולים לשמש מנוף במקרה קונקרטי זה לתביעה של עיובונה, בשמה, את הרשויות המתאימות על מותה היא.²⁵⁰ תביעה נזיקית אפשרית אחרת נגד המדינה היא תביעת ילדיה התלויים בה בגין הנזק הכלכלי שנגרם להם במותה,²⁵¹ ותביעתם על הנזק שנגרם להם בשל גדילתם ללא אם, תוך מגיעת אהבתה וטיפוליה מהם.²⁵²

מרתה מהוני (Mahoney) עמדה על כך שכין נשים, חוק ותרבות מתקיימים יחסי גומלין לא לינאריים. הנחות תרבותיות משפיעות על עיצובה של חקיקה בתחום הכאת נשים, המשפיעה על עיצוב זהותן של נשים אלה בעיני החברה. שני אלה משפיעים קשות על תפיסת נשים אלה את עצמן ואת אופציות הפעולה העומדות לפניהן. חיי הנשים המוכות ממוקמים בתוך התרבות, המשפיעה כמובן על פרשנות משפטית ועיצוב החקיקה. לשימוש בחוק אצל נשים מוכות יש חשיבות מיוחדת,²⁵³ אולם בית המשפט הוא מקום בולט להצגה חברתית של דרמת האשה המוכה ולהבניית זהותן של נשים מוכות.²⁵⁴ עד כה, עיקר ההבניה הועילה לחשיפה ציבורית לבעיה, אולם הביאה ליצירת תפיסה מעוותת של נשים מוכות את עצמן ושל החברה אותן. בפרשת יעקובוב הדגים בית המשפט את חשיבות מלאכתו שעניינה במינימום של שינוי מחשבתי ורטורי של שופטים בשימוש בהסדרי אחריות קיימים.

ליאורה בילסקי עמדה על כך שבפסק דינה בפרשת בוחבוט שינתה השופטת דורנר את הנרטיב המשפטי הליברלי המנוכר אודות אלימות במשפחה.²⁵⁵ בפרשת יעקובוב כבר הפעילה השופטת את אותו נרטיב, והצמיחה מתוכו הסדר אחריות חשוב בהתאמה. למרות המשוואה שקשה להתעלם ממנה, לפיה כרמלה חיה ונענשה ואילו גלינה מתה ו"זוכתה" מאשם מותה, מפתחת השופטת דורנר עוד את נרטיב האשה המוכה במשפט

249 ע"פ יעקובוב, הערה 129 לעיל, בעמ' 547. מקריאת עובדות פסק הדין בבית המשפט המחוזי עולה כי ביטול התלונה נעשה בכלל על-סמך "שיחה" בשפה הרוסית בין גלינה לבוריס, שלא הייתה מובנת לשוטרים. למרות זאת לא היסטו השניים לבטל את התלונה, תוך שאחד מהם אומר לפרוטוקול בית המשפט כי בשל הזהרתו את בוריס (שלא הועילה כמובן במאום) היא (גלינה, י.ב.) קיבלה רושם שיש דין ויש דין, שיש משטרה והיא עומדת לימינה". ת"פ יעקובוב, הערה 141 לעיל, בפסקה 4(ד). קריאה כה מוטעית של המציאות על ידי השוטרים מחייבת פסיקה שתוכיחם אחרת ותיצור אצלם תמריץ להתייחס לבעיה שלפניהם כעניין ציבורי הדורש מהם טיפול זהיר בהרבה.

250 תביעה מכוח סעיף 19 לפקודת הנזיקין.

251 תביעה מכוח סעיף 78 לפקודת הנזיקין. שהרי גלינה הייתה המפרגטת היחידה של משפחתה.

252 תביעה זו נחשבת לבעייתית יותר אולם היא אפשרית. ראו קביעת בית המשפט כי ההלכה בתחום אינה ברורה: ת"א (י-ם) 1272/99 פילבר נ' מגדל חברה לביטוח (לא פורסם, 3.10.2002).

253 החוק שימש למיגור התופעה ברפורמה משפטית מקפת, בכך גרם לטרנספורמציה שלה ולהתייחסות אליה כבעלת אספקטים חברתיים כוללים. זה היה עיקר פועלה של התנועה המשפטית למען נשים מוכות – לשנות באמצעות המשפט את ההתייחסות החברתית לתופעה של הכאת נשים. Schneider, הערה 217 לעיל, בעמ' 35. ראו שם את סקירת השינויים בחוק.

254 ראו Mahoney, הערה 217 לעיל, בעמ' 2.

255 בילסקי, הערה 203 לעיל, בעמ' 19.

ומדגישה בו את האשמה הכוללת של הגבר ואשמת החברה, דרך שימושה בדוקטרינת הצפיות ברשלנות.

4. מגמים בפסיקת בית המשפט

על אף מגמת הקילוס שבדבריי, שני קלקולים מצויים בכל זאת בהכרעה המשפטית בעניינם של בני-הזוג יעקובוב. הראשון, המשמעותי, מקורו כבר בפסק הדין בבית המשפט המחוזי, שבו בחר בית המשפט העליון בשתי הכרעותיו שלא להתערב; בשני, המשמעותי פחות, כשל בית המשפט בהבניית דמות האשה המוכה כסובייקט.

(א) הפגם המהותי – בין הריגה לגרם מוות ברשלנות

כאמור לעיל, האישום המקורי נגד בוריס היה בגין עבירת ההריגה, והרשעתו בעבירת גרם מוות ברשלנות הייתה בגדר חלופה שמצא בית המשפט המחוזי עצמו לקושי שבו נתקל, לטענתו, בהרשעה באישום המקורי. ברצוני לעמוד בקצרה בלבד על החלטה זו, שעם כל הכבוד נראית לי שגויה ובעייתית, רק כדי לעשות צדק עם המכלול המשפטי, על-אף שאין לה קשר ישיר לניתוח השימוש בהסדר הרשלנות.

החלטתו של בית המשפט המחוזי שלא להרשיע את בוריס באישום ההריגה נבעה מן הספק שעמד לו בהוכחת המחשבה הפלילית הנדרשת. בעניין היסוד העובדתי הנדרש להרשעה בהריגה, הדגיש בית המשפט כי מעשיו של בוריס היוו משום מעשה אסור הסוטה מרמת התנהגות סבירה של בן-אנוש. בוריס, במהלך התפרעותו ליד גלינה, הסתובב בבית כשסכין גדולה בידו כל העת והשליך את ריהוט הבית דרך חלון החדר שבו הצטנפה היא מבועתת, תוך שהוא מטיל עליה אימה ופחד.²⁵⁶ "הבעיה" התעוררה בנוגע ליסוד הנפשי הדורש מודעות בפועל לסכנת המוות של הקורבן. כאן הדגיש בית המשפט כי בחירת בוריס להשליך חפצים דווקא מחלון החדר שבו הייתה גלינה העידה על כוונה ברורה שלו להפחידה, אולם העובדה ש"נפגע" "באמת" ובאופן סובייקטיבי מפנייתה לרשויות מעמידה ספק באשר להיותו מודע לסכנת התאבדותה המתקרבת, בשל היותו עסוק בכעסו "הכן", וכדברי בית המשפט עצמו:

במצב דברים זה... ובעת שהנאשם היה גם כה עסוק בעלבוננו וככעסו, קיים בליבי ספק סביר, אם הוא היה מודע בפועל לכך שיש בהתנהגותו הרעה, כדי לסכן את חיי המנוחה...

הדברים קשים ביותר בעיני: הם נראים כמכוונים לרעיון העמדת האחריות הפלילית על בסיס קוגניטיבי, שלפיו אם ברגע הפעולה נדרה מחשבתו של העושה לא ניתן לייחס לו מודעות פלילית למעשהו.²⁵⁷ אולם, ברי כי בגישה זו, שנמתחה עליה ביקורת

256 ת"פ יעקובוב, הערה 141 לעיל, בפסקה 7(א).

257 לגישה זו ראו סקירתו של אזר, הערה 135 לעיל, בעמ' 362-367.

כמסוכנת לשלום הציבור ונעדרת יסוד נורמטיבי,²⁵⁸ ואפילו היא זו השלטת, יש עדיין מקום לגמישות. גמישות דוגמת זו ננקטת במקרים הרבים שבהם משמשת עבירת ההריגה להטלת אחריות על נהגים שגרמו לתאונה קטלנית, אפילו שמעולם לא פגעו באדם והם אנשים נורמטיביים לגמרי ללא כל נטייה לאלימות. בתי המשפט מטילים אחריות על אנשים אלה מתוך תפיסה כי התנהגות פרועה, גם אם היא חד-פעמית, מחייבת הבנה של תוצאותיה המסוכנות, במסגרת קיומה של חזקה עובדתית לגבי עבירת ההריגה, שלפיה ניתן להסיק מתוך נסיבות המקרה ועל סמך ניסיון החיים, על קיומה של מודעות מצד העושה כי התנהגותו תגרום לתוצאה הקטלנית של גרימת המוות.²⁵⁹ גם כאן ניתן היה לקבוע בהחלט כי בוריס נהג על בסיס קבוע באופן פרוע שסיכן את חייה של גלינה. כישלוננו להעניק תשומת-לב לסיכון שיצר כלפיה באותו יום נורא הוא רצוני ובר-אשם לצורך עבירת ההריגה, שכן מקורו ברשעותו ולא באי-רגישות או בטעות כלשהי שלו ביחס למצב הדברים.²⁶⁰

נוסף על כך מדאיג בעיניי שימושו של בית המשפט ב"סערת רגשותיו" של בוריס כנוטלת את יכולת החשיבה הפשוטה ממנו וכממלאה את כל ישותו, מבלי שייזוחר בה מקום להבנת טיבם הבסיסי של מעשיו, כדרישת היסוד הנפשי בעבירת ההריגה. בכך העמיד בית המשפט מעין-הגנה לרוב הגברים המכים, העושים זאת בדרך כלל מתוך חמה שפוכה, ויש בדבריו משום גיבוי לרובם, המתרצים פעולותיהם כחוסר שליטה, כדי לא ליטול אחריות עליהן אף לא ברמה האישית.

לסיום, מוקשית בעיני בחירת בית המשפט דווקא בחלופת העבירה של גרם מוות ברשלנות הנחשבת "קלה" – לפחות מבחינת העונש שלצידה, עד שלוש שנות מאסר – לאחר שהתקשה בהטלת אחריות בעבירת ההריגה. עבירות אחרות, שתוצאתן קשה בהרבה, היו הולמות יותר את הענישה הראויה להתנהגות מעין זו. כך, למשל, עבירה נוספת שהוכחה כדין לפני בית המשפט היא זו של סחיטה באיומים של גלינה על ידי בוריס לקבלת כסף ממנה.²⁶¹ עבירה זו, שלא נסתרה כנראה מעיניו של בית המשפט,²⁶²

258 לביקורת ראו שם, בע' 365-367.

259 דוגמא למהלך מעין זה ראו בע"פ 6131/01 מדינת ישראל נ' פרבשטיין פ"ד נו(2) 24, 35: "בנסיעה בירידה, במהירות מופרזת, תוך עקיפת כלי רכב במורד כביש מפותל, מתקיים היסוד העובדתי של ההריגה". לגבולותיה של חזקה זו ראו לוי ולדרכין, הערה 137 לעיל, בעמ' 468-471.

260 מיקוד המקור לאי-המודעות ברשעות העושה מאפשרת להתגבר על מכשולי הגישה הקוגניטיבית. אור, הערה 135 לעיל, בעמ' 143-145, 367. לביקורת גישה זו ראו שם, בעמ' 146-152.

261 עבירה לפי סעיף 427(א) לחוק העונשין, הקובעת:

המשתמש שלא כדין בכוח כדי להגיע אדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה שהוא רשאי לעשותו, דינו – מאסר שבע שנים; הביא השימוש בכוח לירי עשיית המעשה או המחדל, דינו – מאסר תשע שנים.

262 בית המשפט קובע בת"פ יעקובוב, הערה 141 לעיל, בפסקה 4(א) לפסק דינו כי גלינה סיפרה למנהלת לשכת הרווחה כי בוריס סטר לה על פניה זמן קצר קודם לכן משום שסירבה לתת לו את כספי משכורתה. עדות זו התקבלה כקבילה ואף אושרה ככזו בערעור בבית המשפט העליון. גם מפסקה 5 לפסק הדין (שם) עולה כי בוריס עצמו הודה כי הרביץ לגלינה בבקשו ממנה כסף.

מאפשרת הטלת מאסר של עד תשע שנים ויכולה הייתה להוות עונש הולם ומרתיע בהרבה לגברים מכים. גם העבירה של חבלה חמורה היתה משיגה תוצאה טובה בהרבה. קשיים אלה שנפלו בפסק דינו של בית המשפט המתוזי נתקבלו בשתיקה על ידי בית המשפט העליון בשתי ישיבותיו בתיק. יתרה מכך: בשתי ההזדמנויות שבהן תיאר בית המשפט העליון את אירועי יום ההתאבדות, הושמטו מסיפוריו שני פרטים חשובים מאירועי היום: האחד הוא שכוריס הסתובב עם סכין גדולה בידו בבית – לא רק כדי להשתמש בו להשתתת הריהוט אלא "מתוך מגמה להפחיד את המנוחה",²⁶³ והאחר – שכוריס השליך את החפצים מחלון החדר שבו הייתה גלינה, עובדה המפריכה את התחושה העולה מפסקי הדין כאילו היא הייתה מסוגרת בחדר אחר מזה שבו התרחשה השתוללותו חסרת המעצורים של בוריס, ו"מנותקת" באופן יחסי מסביבתה.²⁶⁴ עוברות אלה, מלבד היותן מספיקות בעיניי להרשעה בהריגה, היו רלבנטיות גם לביטוס צפיות אפשרות ההתאבדות והיוו חלק מסיפור הזוועה של אותו יום.

(ב) המגם בהבניית הסובייקט

קלקול בהבניית האשה המוכה כסובייקט ניכר בפסק הדין בתיאור הקצר של גלינה כערעור כמפרנסת יחידה, העובדת בעבודות ניקיון באור-עקיבא.²⁶⁵ תיאור זה מעביר לקוראים מסר של "אחרות" – גלינה כאשה קשת-יום, המגיעה לבית המשפט מעיירה המוכרת בחברה הישראלית כבעלת קוגנוטציות של שוליים חברתיים.²⁶⁶ קישורה המרומז של גלינה לרקע סוציו-אקונומי זה עלול לגרום תחושת ניכור או זרות כלפיה ומסייעת לחיזוק המיתוס כאילו אשה מוכה אינה יכולה להיות, כעדות הסטטיסטיקות בנושא, מכל רקע חברתי, אלא רק מכוה הנחשב "נמוך".²⁶⁷

בהמשך מבהיר בית המשפט לגבי בוריס כי הוא מוצא ש"עובר לאירוע הקטלני, הוא גם ביצע מעשים המהווים, כשלעצמם, עבירות פליליות". שם, בפסקה 10.

263 שם.

264 כך, למשל, מתוארים הדברים אצל השופט חשין כאילו ש"בעת שכוריס השתולל... הסתגרה גלינה", דנ"פ יעקובוב, הערה 130 לעיל, בעמ' 388. לתיאור דומה ראו דברי השופטת דותר בע"פ יעקובוב, הערה 129 לעיל, בעמ' 539.

265 ע"פ יעקובוב, הערה 129 לעיל, בעמ' 538. בעיה נוספת הנובעת כנראה מהכרח הדין היא הנקיבה כשמותיהם הפרטיים של בני-הזוג. משמותיהם עולה ריח ברור של היותם עולים, וממילא נוצרת תחושה כי בעיית הנשים המוכות שמורה לאותם "אחרים-עולים". כך נעשית פגיעה בנשים-מוכות אחרות, בשל אי-ההכרה בנפרדות הבעיה אצל כלל האוכלוסייה, ונעשית כמובן סטיגמטיזציה פוגעת באוכלוסיית העולים. לאפקט דומה ראו הדגשת האחרות אצל אשה מוכה שהיא גם עולה חדשה בפרשה הנדונה אצל ליאורה בילסקי, "אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה לקול", עיוני משפט כג 421, 468-470 (2000).

266 מאוחר יותר, בדיון הנוסף, מתקן מעט השופט חשין קלקול זה בהותירו מפרטים אלה רק את עובדת היותה תושבת אור-עקיבא ומפרנסת יחידה. דנ"פ יעקובוב, הערה 130 לעיל, בעמ' 388.

267 מחקרים מראים כי התופעה של הכאת נשים נפוצה בכל שכבות האוכלוסייה, וכי פגעה הרע רלבנטי לכל אשה באשר היא ולא רק לנשות המעמד הנמוך, כפי שגורסת הסטיגמה החברתית.

ה. דיני הנזיקין ותפקידם החברתי

1. כללי

תפקידם המסורתי של דיני הנזיקין מכיל כמה פונקציות חשובות. בראש ובראשונה עליהם לספק פיצוי לניזוק, ולהעמידו ככל האפשר במקום שבו היה קודם שבוצעה העוולה כלפיו.²⁶⁸ אולם, יש הגורסים גם שהם מיועדים לענוש בגין מעשה לא ראוי, מתוך מטרה למנוע התנהגות מזיקה עתידית, מכוונים ליצור התנהגות שיש בה אחריות חברתית של הפרט כלפי רעהו, ולהעניק כלי בידיו להגן על עצמו מפני פגיעה בו. בסופו של דבר, דיני הנזיקין מהווים כלי לחינוכו של הציבור ולנקיטת פעולה פוליטית כלפיו.²⁶⁹

2. משמעות מיקומו של דיון באחריות לנזק-מיוחד מגדר בעולת הרשלנות

עניין מיוחד מצוי בעיני במיקום הסירוב או החיוב להכיר בהשתלשלות של נזק בעל ייחוס-מגדרי בעולת הרשלנות. ייחורה של עוולה זו הוא בגמישותה, בהתחדשותה ובהתפתחותה בד בבד עם ההתפתחות החברתית שלצידה. מסיבה זו, החלטה שלא להחיל במסגרתה – לפחות לא באופן המפרגן והגורף בו מתקבלות השתלשלויות של נזקים אחרים – נזק שהתרחשותו שלו נוגעת בעיקר לנשים, היא החלטה בעלת משמעויות רחבות יותר מהכרעתו המקומית בין הצדדים לסכסוך הנזיקי. ברמה העקרונית, יש בכך משום אמירה פוליטית של בית המשפט לנמענותו העיקריות של נזק

Martin, הערה 237 לעיל, בעמ' 33, 38; Tonsing, הערה 160 לעיל, בעמ' 427-428. את תיאור המיפוי האנושי של נשים מוכות בישראל מצאתי אצל אפשטיין ומודר, הערה 159 לעיל, בעמ' 19-17. עולה ממנו לכאורה בולטות ניכרת של נוכחותן של נשים ממעמד חברתי-כלכלי נמוך, אולם השתיים עצמן מבהירות כי הסיבה לכך היא שמחקרן נעשה במקלטים לנשים מוכות, ולכן סביר שייחקלו בנשים שאין להן כל אמצעי "לממן" את בריחתן מן הבעל. ככלל, בתי המשפט תורמים אף הם לתפיסת הנשים המוכות כ"אחר" חברתי, בהציגם אותן כיוצאות-דופן בנוף האנושי. Mahoney, הערה 217 לעיל, בעמ' 3.

268 זוהי מטרתם העיקרית של הפיצויים הנזיקיים והיא מהווה את הבסיס לחישוב שיעור הפיצויים. ראו דיני הנזיקין, הערה 24 לעיל, בעמ' 571-584; אהרן ברק, "הערכת הפיצויים בנזקי גוף", עיוני משפט ט 243, 249-252 (תשמ"ג); Fleming, הערה 24 לעיל, בעמ' 757. בפסיקה ראו ע"א 5610/93 זלסקי נ' ועדה המקומית לתכנון ובניה, פ"ד נא(1) 68, טעיפים 5-9 ו-14-15 לפסק דינו של השופט אור; ע"א 2934/93 הבאבו נ' סורוקה, פ"ד נ(1) 675.

269 Tonsing, הערה 160 לעיל, בעמ' 408-409. הפעולה הפוליטית באה לידי ביטוי בשימוש בחקיקה לשם הכתבת "כללי המשחק החברתי", כפי שהם באים לידי ביטוי בדיני הנזיקין, המהווים מדרוך חברתי להתנהגות ראויה ולהתנהגות פסולה. להרחבה על תפקידם החברתי של דיני הנזיקין ראו תמצית אידאולוגית אצל (Gerald J. Postema ed., *Philosophy and the Law of Torts* 1-4 (2001)).

זה: "יכולנו לפצות, אך בחרנו שלא".²⁷⁰ במובן הרחב יותר ניתן לטעון כי עוולת הרשלנות מכתיבה את העמדה החברתית כשאלה מהו "אדם סביר", מהם האינטרסים החשובים לו, מהן הפגיעות בגינן יש לפצותו ומהם הסטנדרטים החברתיים שהמשפט יפעיל למענם את הגנתו עליו.²⁷¹ טיעון-המקרה של קביעה זו הוא שעוולת הרשלנות מגדירה את אותם "אחרים" חברתיים שלא יזכו להגנה על האינטרסים שלהם.²⁷² מיקום שאלת הצפיות על ידי בית המשפט בפרשת *Doe* בחובת הזהירות שבעוולת הרשלנות²⁷³ יוצר עניין מיוחד בה, בשל מנגנון ההבניה הנויקי-ייחודי, לפיו חובת הזהירות מתפקדת על תקן של "מסננת" לכל אותם מעשים הנחשבים כרשלניים כשלעצמם, אולם הטלת אחריות בגינם תהא מנוגדת למטרות דיני הנויקין, או לכל הפחות לא תשרתן כראות.²⁷⁴ החובה היא כלי מרכזי בידי בית המשפט לקביעת גבולות האחריות הנויקית,²⁷⁵ ולכן חקר היווצרותן של חובות זהירות יש בו יותר מכל כדי להבהיר את נטיות הפרוטקציוניזם של דיני הנויקין.²⁷⁶ החלטת בית המשפט שם שלא לקבוע חובת זהירות כלפי דיירת, אפילו הייתה התרשלות בשמירה על הגישה לדירתה, מסמלת כאן נטישה של נשים לאחד מסבלותיהן הקשים והייחודיים – האונס.

3. תפקיד חברתי של שיתוף באחריות לנזקי האחר

בנדר ולורנס עומדות במאמרו על חשיבות ההכרה באחריותם של המזיקים לנזקיה של פלונית. הן מרגישות את התפיסה החברתית שלפיה בעיית האונס היא בעיה

- 270 למשמעותה הפוליטית של ההחלטה לפצות ברני הנויקין ראו Abel, הערה 245 לעיל, בעמ' 104-105.
- 271 לרעיון נרחב זה של משמעות עוולת הרשלנות ראו Nancy Levit, "Ethereal Torts," 61 *Geo. Wash. L. Rev.* 136, 140 (1992).
- 272 שם. בעמ' 191. למושג ה"אחרות" ראו Kimberle Williams Crenshaw, "Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law," 101 *Harv. L. Rev.* 1331, 1372 (1988). במאמר זה דנה המחברת בהבניה של "subordinated 'other' group".
- 273 בע"פ יעקובוב, הערה 129 לעיל, לא נעשה דיון בשאלת החובה, מן הטעם שלבית המשפט היה כנראה ברור שיחסי הקרבה בין גבר לאשתו מחייבים שזה יימנע מלנהוג כלפיה באלימות, העלולה להוביל למותה.
- 274 גלעד, הערה 67 לעיל, בעמ' 328, 338; פורת, הערה 85 לעיל, בעמ' 386.
- 275 Israel Gilead, "Tort Liability in Negligence for Pure Economic Loss," *Israel Reports to the XV International Congress of Comparative Law* 79, 86 (Alfrado M. Rabello ed., 1999). גלעד מכנה את חובת הזהירות "monitoring mechanism" במסגרת חקר הבנייתו בגרמת נזק-כלכלי. ראו גם Winfield & Jolowicz, הערה 67 לעיל, בעמ' 91 ("Duty is the primary control device").
- 276 כך נאמר לגבי שאלת החובה בנוק כלכלי טהור שהיא: "...Highlights the question of the common law's protectionism." Jane Stapleton, "Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda," 107 *L. Q. Rev.* 249, 249 (1991).

חברתית-נשית. נשים נתפסות בהרבה מובנים כאחריות, אם לא אשמות, לאונס שנכפה עליהן. החברה מטילה על כתפי הנשים את נטל האחריות להימנע מאונס: ²⁷⁷ הן מצופות לא להסתובב לבד במקומות חשוכים, לזכור לנעול אחריהן את דלתות בתיהן ועוד. ²⁷⁸ הטלת אחריות על המזיקים בפרשת *Doe* יכולה הייתה לשנות מגישה זו. דיני הנוזיקין יכולים לשנות את תפיסת העול החברתי של האונס כמגדרי, דרך דוקטרינת הצפיות המאפשרת הטלת אחריות על המזיק למעשיו של אדם שלישי, שנגרמו בשל יצירת סיכון בלתי-סביר על ידי המזיק. הם יכלו להפחית מעט מן הנטל המוטל על כתפיהן של נשים ולהעבירו לאחרים לשאת בו במשותף, בהטילם אחריות עליהם לנוזיק האונס ²⁷⁹ – כמו כאן, כשכל שנדרש מהנתבעים היה לנעול את קופסת המפתחות במקום סגור ומוגן מפני גישה לזרים. ²⁸⁰ בעיניי, פעולתם של דיני הנוזיקין כאן יכולה הייתה להיות כפולה: הם יכלו להוות כלי לרתימת שותפים נוספים לנטל החברתי שבתופעת האונס, ובמקביל ליצור נקודת אחיזה במ עצמם להגנה נוספת על נשים.

לתפקיד זה של דיני הנוזיקין משמעות רבה דווקא במקרים של אונס והכאת-נשים – חוליים חברתיים שמערכת המשפט הפלילי מוכיחה מזה זמן רב כי אינה יכולה להם בצורה אפקטיבית. ²⁸¹ הירחמותם של דיני הנוזיקין למיגור התופעה חיונית לכן שבחתיים כגדר שניונית מפני אותן פרצות המאיימות על הגנת נשים אלה בגדר הראשונית. ²⁸² חשיבות נוספת לשימוש בדיני הנוזיקין כרוכה גם בשוני שלהם מהמשפט הפלילי. קת'רין מקיננון (McKinnon) עמדה על הכוח הקיים דווקא במשפט האזרחי להעצמה של נשים ולהעברת השליטה בחייהן לידיהן – יכולתן להיות התובעות ומי שמנהלות אותו

277 בוגוש ודון-יחיא, הערה 9 לעיל, בעמ' 245-247, 254-256: מוטיב האשמה של נשים באונס הוא מרכיב חשוב בהבניית חלק מהסטריאוטיפים בנוגע לאונס.

278 Bender & Lawrence, הערה 102 לעיל, בעמ' 325.

279 שם, בעמ' 325-326. הכוחות טוענות כי במקרה של אונס, המציאות שונה בתכלית מאין שהיא נתפסת: גברים הם האנסים העיקריים בחברה, ולכן האחריות צריכה כולה ליפול עליהם. תפקיד דיני הנוזיקין כאן הוא להפוך את בעיית האונס מ"בעיה נשית" לבעיה כלל-חברתית, למצער. להעברת נטל חברתי זה יוצב כמובן הגבול החיוני של חיוב אחרים לנקיטת אמצעים סבירים בלבד כדי להגן על נשים. שם, בעמ' 334-335.

280 בית המשפט עצמו רמז שזהו מאמץ סביר כשאמר ששמירת המפתח בקופסא היא מעשה יעיל ריו. *Doe*, הערה 102 לעיל, בעמ' 182.

281 ראו "דו"ח הוועדה בנושא אלימות בין בני-זוג, בראשות עו"ד יהודית קרפ", מעמד האשה בחברה ובמשפט 286, 285-287 (בעריכת פרנסס רדאי ועוד), העומד על המגרעות והמגבלות של השימוש בדיני העונשין לשם טיפול בתופעת הכאת נשים. ראו גם ביסלקי, המצביעה על נתון זה בשורה של מקורות; בילסקי, הערה 203 לעיל, בעמ' 14 (הערה 27).

282 לרעיון השימוש בדיני הנוזיקין מקום בו כשל הדין הפלילי ראו Izhak Englard, "The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory," 9 *J. Leg. Stud.* 27 (1980). אנגלרד הן כאתריות לתאונות דרכים וקובע כי על דיני הנוזיקין "לקחת פיקוד" ככלי ענישה בעולות שעניינן במעשים מכוונים, המיועדות להגן מפני פגיעה באינטרסים פרטיים, במקום בו כשלו רשויות התביעה מלהגן על הפרט.

מעניקה להן כוח שאין להן בהליך הפלילי.²⁸³ גם היתרונות הדיוניים של דיני הנזיקין ברורים: הם מציבים נטל הוכחה קל יותר מזה הפלילי על התובעת; הם מחייבים את הגבר להעיד במשפטו והם מעניקים סעדים מגוונים שביכולתם לסייע בשיקום האשה המוכה, כשבראשם הפיצוי הכספי – סעד בעל משמעות מרכזית במציאות.²⁸⁴ מסיבות אלה יש טעם בשימוש במסלולי תביעות אלה במקביל. עם זאת, ראוי לזכור שכלי התביעה הנזיקי מוגבל גם הוא, בעיקר במקרה של נשים מוכות משככות הנעדרות נגישות למערכת המשפטית, וכאלה שמכיהן חדל-פירעון. ועדיין, יש רבות שיש ביכולתן לתבוע ומגיע להן פיצוי שיהווה קרש קפיצה חיוני להן לחייהן החדשים. נוסף על כך, תביעות נזיקיות תסייענה בהעלאת הנושא לתודעה הציבורית, ויכול שהדבר אף ימריץ את המערכת לפתח מנגנוני סיוע לתביעות מעין אלה.²⁸⁵

המקרה של גלינה יעקובוב אינו דוגמא מובהקת לרתימת המערכת הנזיקית, אולם הוא בהחלט מסמן תלם שכזה, בשל שימוש החשוב בדוקטרינת הצפיות ברשלנות ששורשיה נעוצים עמוק בשדות דיני הנזיקין.²⁸⁶ בעלה של גלינה והרשויות ניסו כולם להתנער מאחריותם לה. היא הייתה זו שציפו ממנה להתלונן, לקום ולעזוב או לעמוד על שלה בדרך אחרת כלשהי. בפסיביות הלכאורית שלה²⁸⁷ שילמה גלינה לבדה, במותה, את מחיר החיים לצד בעל מכה. בית המשפט השתמש בדוקטרינת הצפיות כדי להסיר את נטל האחריות לנזק מותה של גלינה מכתפיה לבדה. הוא קובע בראש ובראשונה כי האחראי לנזק זה הוא בעלה בוריס. בכך הציג את בעיית "הנשים המוכות" כבעיית "נשים מוכות ובעלים מכים", ואפשר להפעיל בהמשך את נוסחת ההרתעה שבדיני הנזיקין: גברים שידעו כי הנזק המתמשך שהם גורמים לנשותיהם בהכותם אותן עלול להיות מוסב עליהם, ירחעו יותר ממעשיהם הם ואולי אף יהיו מוכנים ליטול חלק במיגור התופעה (למשל באמצעות קורס לטיפול באלימותם).²⁸⁸ עד כאן קרובה פעולתו

283 לרעיון ה-empowerment שפיתחה מקיינון בנוגע לדיני הנזיקין, בעיקר בהקשר של תביעות בגין הטורדה מינית וחיקיקת אנטי-פורנוגרפיה אזרחית, ראו דברי ההקדמה לספרה *In Harm's Way* הערה 224 לעיל, בעמ' 24-3. כן ראו את ההסבר שלה לפגיעה בנשים הכרוכה בפורנוגרפיה ולרצינוול שבשימוש בתרופה אזרחית על-ידן MacKinnon – Toward, הערה 5 לעיל, בעמ' 195-214.

284 ליתרונם של מנגנונים אלה ראו Tonsing, הערה 160 לעיל, בעמ' 455.

285 להרחבה על השפעה חשובה זו ראו שם, בעמ' 428. מנגנוני סיוע יכולים, כמוכך, להתפתח גם במסגרות פרטיות של ארגוני זכויות-אדם.

286 ראו הערה 134 לעיל.

287 גלינה לא הייתה פסיבית מרצון, אלא כפויה שלא לפעול בשל הפחד והבושה המשתקים.

288 מובן שהרתעה זו אינה חזות הכל, שכן ישנו העונש הפלילי המאיים אף הוא על גברים מכים. אולם, בהתחשב באזלת-היד של המערכת הפלילית בנושא, יכולים דיני הנזיקין להוות כאן בסיס לאיום נוסף, כספי, על הגבר המכה.

של בית המשפט לפעולתם המוכרת של דיני העונשין, המותירים עדיין את הסכסוך ממוקד ומצומצם.

אחריות שנייה לנזק מוטלת על החברה כולה, בעיקר באמצעות גורמי הרווחה והחביעה המיועדים לטפל במקרים מעין אלה. בפנותה אליהם, כפי שראינו לעיל, הפכה השופטת דורנר אף אותם לאחראים לנשיאה בנטל החברתי שמטילה התופעה של הכאת נשים, ובכך השרישה דפוס של אחריות קולקטיבית לתופעה הנדמית "נשית-אישית". דבריה אמנם מוגבלים לכך שבדיון לפני הנאשם הפורמלי היחיד היה בוריס, אולם יש בהם משום איתות לכך שאילו נעשה הדיון במסגרת אזרחית, היה בכך כדי לפתוח פתח להטלת אחריות על רשויות אלה ברשלנותן.²⁸⁹ זהו מותר דיני הנוזיקין הבולט על פני הדין הפלילי. סביר שרשויות הרווחה לא יועמדו לדין פלילי בשל פגיעה בנשים מוכות אלא במצבים קיצוניים. לעומת זאת, הפעלת דיני הנוזיקין כלפיהן – המטילים בעיקר אשמה חברתית ולא פגם מוסרי – תשמש כלי מרוכך להעברת אותו מסר של חובת אחריות כלל-חברתית כלפי נשים מוכות.²⁹⁰

כאן נגלה היחרון שבמיקום הדיון בדוקטרינת הצפיות דווקא בפסק דין פלילי ולא אזרחי, כבפרשת יעקובוב. הקשר הראייתי האנכי בין שתי המערכות ברור: פסק דין פלילי ישמש ראיה לכאורה בהליך אזרחי,²⁹¹ ויאפשר – במקרה של גלינה, למשל – לנהל חביעה נזיקית מוצלחת נגד בוריס על ידי ילדיה.²⁹² ברמה העקרונית, הטלת אחריות במקרים בעייתיים דווקא בהליך הפלילי, שמשמעותו החברתית היא, כאמור, קשה, תאפשר "מעבר פתוח" לפעולה רומה במישור האזרחי. ההכרה העקרונית של בית המשפט באחריותו של גבר מכה גם לנזקים שלא הוא ביצעם ישירות תסייע בכינון

289 הטלת אחריות ברשלנות על גופי החביעה והאכיפה בישראל ראו עניין גורדון, הערה 74 לעיל; וכן, ע"א 429/82 סיהאן נ' משטרת ישראל, פ"ד מב(3) 733 וע"א 337/81 בוסקילה נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 337. לפוטנציאל של הטלת אחריות נזיקית בעקבות פסיקה זו ראו ישראל גלעד, "אחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור", משפט וממשל ב 339, 394-395 (תשנ"ה).

290 לרעיון זה ראו קרמניצר ולבנון, הערה 181 לעיל, בעמ' 305, הטוענים בעיקר שעינון האיסור על הטרדה מינית כעבירה פלילית הוא בעייתי ואף מסוכן, וקוראים להגבילו לתחום העוולות האזרחיות בלבד. כן ראו שחר, הערה 177 לעיל, וקרמניצר, הערה 135 לעיל, בעמ' 89-94. רעיון השימוש בדיני הנוזיקין מובא על-ידי כאן לחינוך הפן החיובי שלו ולא לחינוך ההתנגדות לשימוש בהליך הפלילי במקרים אלה. לדברים ברוח זו ראו תשובה למאמרם של קרמניצר ולבנון אצל אורית קמיר, "תגובה: בחזרה אל 'כשאת אומרת לא' – למה את מתכוונת?"; שערי משפט ב 307 (תשס"א).

291 ראו סעיף 42 לפקודת הראיות [נוסח חדש] תשל"א-1971, על מגבלותיו השונות.

292 במקרה זה, אחד מילדיה של גלינה אינו ילדו של בוריס, ולכן חשובה לו תביעה זו במיוחד. ע"פ יעקובוב, הערה 129 לעיל, בעמ' 538.

תביעות אזרחיות של נשים הניזוקות בעקיפין מאלימות של בעליהן.²⁹³ תביעות כאלה תענקנה משמעות רחבה יותר למה שנחשב "נזק" כתוצאה מהכאה. לא יהא זה עוד אך נזקה של האשה ממכה זו או אחרת, אלא הנזק המצטבר מהיותה אשה מוכה, כחווית-חיים.²⁹⁴ כך, למשל, דברי השופט חשין, אודות ריסוק נפשה ונשמתה של גלינה מעבר ל"ריסוקה" הפיזי, הם פתח מצוין לכך.²⁹⁵

4. ההבניה הפטריארכלית של דיני הנזיקין – הפרוייקט הפמיניסטי

מקרה *Doe* אינו מייצג טיפוסי אולי לשימוש "גברי" בדיני הנזיקין, אולם הוא גם אינו דוגמא בודדת להשפעה הקשה על נשים שיש לאימוץ חוויות-חיים גברית בהם. כחלק מהטענה הכוללת נגד המשפט ככזה שעוצב על ידי גברים – שופטים, עורכי-דין, בעלי-דין ומומחים – הועלתה טענה זו אף כלפי דיני הנזיקין. החוקרות הפמיניסטיות המובילות של דיני הנזיקין חשפו חלק מהמסכת הקוהרנטית של הבניית עקרונותיהם הבסיסיים והדוקטרינות המובילות בהם לפי סטנדרטים גבריים מובהקים, והסקירה שלהלן תבקש להציג חלק מהבניה זו בקצרה, כדי לתת תמונה מעט רחבה יותר על אופיים של דיני הנזיקין ככאלה.

הבניה כללית של דיני הנזיקין מנקודת-מבט גברית

מרתה צ'מאלאס (Chamallas) טוענת שכל הבניית דיני הנזיקין מייצגת ארכיטקטורה של קיפוח כלפי נשים וכלפי קבוצות חלשות אחרות.²⁹⁶ טענתה נוגעת לשני השלבים הנזיקיים המרכזיים – קביעת האחריות והפיצוי. לטענתה, בשלב הראשון – קביעת האחריות – ניכר יחס של חוסר-הערכה כלפי אינטרסים המזוהים כנשיים כגון אינטרס השלמות הנפשית. בשלב השני – הפיצוי – מובנה עיקרון הפיצוי על רעיון השבת

293 דוגמא מצוינת למצב מעין זה העלתה לפני ער"ד קלריס הרבון, העוסקת בעריכת-דין קהילתית. היא סיפרה על לקוחה שלה, שבשל אלימות של בן-זוגה כלפיה נמלטה מביחה למשך חצי שנה למעון לנשים מוכות. בהמשך שוכנה בסיוע משרדי השיכון והרווחה בדיור מוגן כלשהו למשך שנה וחצי נוספות, בשל אימתה מאלימות בעלה. לימים, כשביקשה לרכוש את זירתם המשותפת במסגרת הסדרי הדיור הציבורי, סירב אותו משרד השיכון להכיר בזכאותה לרכישה בשל העדרה מן הדירה למשך שנתיים ימים. לאחר התערבות משפטית הוחלט לאפשר לה לרכוש את הדירה, אולם מזכאותה הופחת סכום כסף כקיצוץ בגין אותן שנתיים. סכום כסף זה יכול להיות מקור לתביעה נזיקית על נזק כלכלי שגרם הבעל לאשתו בשל היותו גבר מכה.

294 כזו היא, למשל, ההצעה להכיר בגרימה לסידורם האשה המוכה אצל נשים מוכות כנוק המחייב בפיצוי. ראו Tonsing, הערה 160 לעיל.

295 ראו הציטוט בהערה 220 לעיל.

296 Martha Chamallas, "The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law," 146 U. Penn. L. Rev. 463 (1998) במאמר זה נדטת המחברת שגם כאשר מנוסחים כללים נזיקיים באופן שוויוני, השוויון בהם הוא פורמלי בלבד ומאפשר המשך קיפוחן של קבוצות שוליים.

המצב לקדמותו, המאפשר את הותרתם של מי שסובלים ממילא מנחיתות חברתית במקומם המפלה-לרעה והמקפח. דרך עיקרון זה משמשים דיני הנוזיקין כלי להנצחתה ולהעמקתה של האפליה המאוסה על רקע מגדרי, גזעי²⁹⁷ וכלכלי.²⁹⁸ נבחן דוגמאות ספורות להבניה זו.

הבניה מנקודת-מבט גברית של האחריות לנוזיקי חרדה

באחד ממחקריה המרכזיים עומדת צ'מאלאס על ההבניה של הסדר האחריות ברשלנות לנוזיקי חרדה, תוך התעלמות מחוויית-החיים הנשית של דאגה לזולת וטיפול בילדים.²⁹⁹ מחקרה ההיסטורי והמשפטי גילה באופן אמפירי כי תחום זה נשלט באופן כמעט אקסלוסיבי על ידי ניוזקות שהיו נשים הרות וסבלו זעזוע עצבים כלשהו שנבע מהתרשלות המזיק וגרם להן נזקים "נשיים-הידיוניים", כמו הפלות או לידות מוקדמות.³⁰⁰ מהממצא המקביל, המשפטי, עלה כי יחסם של בתי המשפט במשפט המקובל לנוק זה היה בלתי-אוהד, חסר היגיון פנימי, בלתי-קוהרנטי ונסמך על הטענה

297 James F. Blumstein et al., "Beyond Tort Reform: Developing Better Tools for Assessing Damages for Personal Injury," 8 *Yale J. on Reg.* 171, 176 (1991) שם מוצע לבצע רפורמה בפיצוי שתוביל לפיצויים קונסיסטנטיים יותר.

298 Abel, הערה 245 לעיל, אייבל מציג את עיקרון הפיצוי הנוזיקי בדבר "השבת המצב לקדמותו" ככלי לשימור פערים חברתיים כלכליים. מאמרו אמנם לא נכתב מתוך התייחסות פמיניסטית, אך ברי כי בהיות הנשים עיקר החברה הענייה (עם ילדים), יש לו משמעות ישירה להן.

299 מחקרה המוערך ביותר של צ'מאלאס, שביצעה יחד עם חוקרת-היסטוריונית נוספת, נוגע חלקית לטענה זו. לפי המחקר, בהבניית יחסם הבעייתי של דיני הנוזיקין לנוק הרגשי והנפשי-העקיף התעלמו בתי המשפט מניסיוןן של נשים, שהיו העיקריות לסבול ממנו. Martha Chamallas & Linda K. Kerber, "Women, Mothers and the Law of Fright: A History," 88 *Mich. L. Rev.* 814, 863 (1990).

300 שם, בעמ' 815. נוסף על העובדה שרובן המוחלט של תביעות החרדה המוכרות עד תחילת המאה ה-20 הוגשו על ידי נשים, השתיים מבססות זאת בעיקר על שני מקורות. ראשון הוא מחקר של Leon Green "Fright Cases," 27 *U. Ill. L. Rev.* 761 (1933), בו גילה גרין שמבין 40 תביעות חרדה אקראיות שבחן, 35 הוגשו על ידי נשים ורק 5 על ידי גברים, וכינה עילת תביעה זו "woman – dominated claim". שני הוא מחקר של Hubert Winston Smith, "Relation of Emotions to Injury and Disease: Legal Liability to Psychic Stimuli," 30 *Va. L. Rev.* 193 (1944). סמית' התייחס לאפיון המגדרי-מספרי של העילה, וטוען שמחקרו אודות 301 תביעות בגין נזק נפשי מגלה יחס של 1:5 בתביעות נשים למול אלה של גברים. צ'מאלאס וקרבר טוענות כי ממחקרן את 301 התיקים שבחן לעומק התגלה יחס מעט שונה, של 1:4. Chamallas & Kerber, הערה 299 לעיל, בעמ' 849. תובנה אמפירית זו עולה גם מהצצה חטופה בפרשות העובדות ששמדו בבסיס תביעות אלה במשפט המקובל. כך, למשל, בהקדמה לספרם J. Mullany & Peter R. Handford, *Tort Liability for Psychiatric Damage* 136-152 (1993), מציגים המחברים מקרים רבים של תביעות מסוג זה, שכולן (!) הוגשו על ידי נשים.

כי נזקיהן של נשים הריוניות אינו צפוי,³⁰¹ אינו סביר ומוגזם.³⁰² בתי המשפט סירבו להטיל אחריות לנזקיהן של נשים אלה והתעלמו מהריון כעובדה הרלבנטית לתגובתן החרדתית. בשלב מאוחר יותר החלה הכרה בהריון של נשים אלה, אך זו הופעלה לרעתן משום שההריון נתפס כיוצר רגישות מיוחדת אצל נשים³⁰³ – ולכן מהווה גורם בלתי-צפוי לנזקן, למרות המציאות שהוכיחה אחרת.³⁰⁴ רק בשנים מאוחרות החלו בתי המשפט לקבל את הריון של נשים כגורם שאינו פוטר מאחריות נזיקית, אולם עשו זאת תחת החריג של "כלל הגולגולת הדקה",³⁰⁵ שאפשר להטיל אחריות לנזקי גוף גם במצבים שבהם סבל הניזוק מרגישות מיוחדת ונדירה שהובילה להחמרת נזקו.³⁰⁶ גם הצגת חוויית ההריון כך בפסיקה נזיקית זו מעלה מן הסתם תיוך עקום על שפתותיהן של נשים: כלום יש דבר טריביאלי בעיניהן מהריון? נשים רבות חוות את חוויית ההריון בחייהן, וסביר כי אילו נשאלו על כך לא היה עולה על דעתן להגדיר הריון כחוויה נדירה, אלא כאחת החוויות התדירות והטריביאליות בחייהן. התיזה של צ'מאלאס במאמרה היא שהסבר להתפתחות זו, ממנה סבלו נשים כנמענותיו של נזק בלתי-

301 הורחו של רעיון שלילה זה בפסק הדין המפורסם בעניין *Victorian Rys. Comm'r v. Coultas* 13 App Cas 222 [1888], שם קבע בית הלורדים כי הפלה שנגרמה לאשה בשל חרדתה מעגלה שדהרה לעבר העגלה שבה נסעה אינה נזק "קרוב". קרבת הנזק נאמדה במונחים של צפיות, וכדובר בית המשפט שם, בעמ' 225:

Damages arising from mere sudden terror unaccompanied by any actual physical injury, but occasioning a nervous or mental shock, cannot under such circumstances... be considered a consequence which, in the ordinary course of things, would flow from the negligence of the gatekeeper.

302 ראו, למשל, דברי בית המשפט בפרשת *Spade v. Lynn & Boston* 47 N.E. 88, 98 (1897) (Mass.).

303 באופן לא מפתיע, חיזוק לעמדה זו נמצאה גם אצל מלומדים גברים. כך, למשל, טען Smith כי הנזק הנפשי הנגרם לנשים הרות הוא תוצאה של הזיזתן במצב של "temporary idiosyncrasy". Winston Smith, הערה 300 לעיל, בעמ' 296. תיאור זה הולם כנראה את ההתייחסות הגברית לאשה, שכן כפי שהכותב עצמו מעיד: "הריון אינו מצב ביולוגי נורמלי לאשה צעירה" (שם).

304 כבר בתחילת המאה הקודמת היה מוכר לבתי המשפט מאמר מרכזי בתחום, שעמד על נפוצות חוויית ההריון ועל הטריביאליות החברתית שלה Francis Bohlen, "Right to Recover for Injury Resulting from Negligence without Impact," 50 Am. L. Reg. 141, 154 (1902).

305 שם אמר שיש להתייחס לנשים בהריון לפחות כמו לבעלי רגישות מיוחדת. ראו גם *Dulieu v. White & Sons* [1901] 2 KB 669, 679 (Per Lord Kennedy) שם המשפט *Jaensch v.* *Coffey* 55 C.L.R. 549 (Austl. 1984); *Page v. Smith* [1995] 2 All ER 736.

306 להרחבה אחדות הלכה זו בדיני הנזיקין ראו Fleming, הערה 24 לעיל, בעמ' 234-236. לסיבות השונות לחריג ראו פידוטס הדעות השונות של השופטים בפרשת רינגר, הערה 95 לעיל. כדי לסבר את האוזן, יובהר רק כי באחד המצבים הנדירים שבו הופעל הכלל במשפט הישראלי, בפרשת רינגר הנ"ל, דובר בביוק שרגישותו הביאורית הייתה כזו המצדיקה אצל אחד לכמיליון (!) איש.

לגיטימי זה, הוא ריחוקו המגדרי (הפיזי והערכי) של בית המשפט מבעיות אלה ושימושן בהיגיון "גברי" לפתרונן.³⁰⁷ במחקר אחר שנעשה אודות תביעות אלה נטען כי הכללים המשפטיים שקבע בית המשפט לקבלת תביעות מעין אלה היו חסרי היגיון פנימי משלהם, והעידו על דפוסי-חשיבה גבריים שהביאו לעיצובם.³⁰⁸ כזהו, למשל, הכלל שדרש כי תנאי להגשת תביעה בגין נזק חרדה הוא שהניזוק יסבול נזק פיזי, ולו גם המגוחך ביותר, במסגרת האירוע המזיק.³⁰⁹

הבניית הפטור מחובת הצלה מנקודת-מבט גברית

לזלי בנדר, מהבולטות שבחוקרות הפמיניסטיות של דיני הנזיקין, עסקה אף היא בעיקר בהבניות של דוקטרינות נזיקיות לפי דפוסי-חשיבה גבריים. בין היתר הצביעה בנדר על הבנייתה של דוקטרינת הפטור מחובת הצלה³¹⁰ כדיני הנזיקין, הקיימת גם במשפט הישראלי,³¹¹ כמבוססת על חוויית-חיים גברית. בנדר נשענה לשם כך על התפיסה של הפמיניזם התרבותי את האתיקה הנשית כאתיקה של דאגה לאחר ואת האתיקה הגברית כאתיקה של עמידה על זכויות. הפטור מחובת הצלה כדיני הנזיקין מבוסס בעיניה על הנחיית הפרט לנהוג בצורה אוטונומיסטית וחופשית, תוך עמידה על גבולות מערך זכויותיו וחובותיו כמבטיחים חיים נטולי חובה משפטית לפעול כאשר לא הם יצרו את הסיכון לניזוק.³¹² תחת בסיס זה היא מציעה להעמיד את "האתיקה הנשית" שעניינה דאגה לאחר, אחריות לו וחברות (interconnectedness) עמו, ולדרוש מהפרט לנהוג תוך גילוי אחריות מצפונית למצוקת האחר, כפי שהיה עושה אילו דובר ב"שכנו" המשפטי

- 307 ראו Chamallas & Kerber, הערה 299 לעיל, בעמ' 832-833.
 308 לעמידה על דפוסי החשיבה הפטריארכליים שהובילו להבניה זו ראו Elizabeth Handsley, "Mental Injury Occasioned by Harm to Another: A Feminist Critique," 14 *Law & Ineq. J.* 391 (1996).
 309 ראו, למשל, פסקי הדין אליהם מפנה המחברת אצל Handsley, שם, בעמ' 399-400, שבהם מה שנחשב לפגיעה היה נפילה אל הרצפה, כניסת אבק לעין ושאיפת עשן קלה. מאידך גיסא, לא ניתן פיצוי גם במצבים שבהם לחרדה היה ביטוי של פגיעה פיזית. ראו, למשל, *Cote v. Litawa* [1950] 96 N.H. 174. במקרה זה דובר על אשה בהריון, ששמעה על פגיעת בתה הקטנה בתאונה ליד ביתן ונגרמה לה לידה מוקדמת ואשפוז של 30 יום. פסק הדין מופיע אצל Francis L. Bohlen, *Cases on the Law of Torts* (5th ed., 1953).
 310 ראו *Street on Torts*, הערה 69 לעיל, בעמ' 182; *Winfield & Jolowicz*, הערה 67 לעיל, בעמ' 117-120.
 311 לקביעה זו ראו עניין לורנס, הערה 83 לעיל, בעמ' 30-31: "אמת נכון הדבר – חובה כללית של הצלה אין בשיטתנו". הדברים מסויגים בכך שישנה חובת הצלה על המציל הפוטנציאלי במצב שבו הוא זה שיצר את הסיכון שאליו נקלע הניזוק (פסקה 31), וכן חובה ספציפית המצויה בחוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998. לביקורת חובה זו בחוק החדש ראו אסף יעקב, "אפקטיביות החובה להציל – ניתוח פסיכולוגי", עיוני משפט כד 605 (2001).
 312 *Bender*, הערה 187 לעיל, בעמ' 33.

או באדם קרוב לו.³¹³ בדרך זו יהפוך הפטור מחובת הצלה קרוב יותר לחוויית-החיים הנשית ויעיל יותר לחברה כולה.

ההטיה הגברית הטבועה של דיני הנזיקין בשלב הפיצוי

חוקרות חשפו את מתן ההעדפה בנוזיקין לפיצוי הכספי, המסמל מדרים "גבריים" לפיצוי על פני הפיצוי הרגשי, שממנו מפיקות תועלת בעיקר נשים.³¹⁴ חלק הארי מהפיצוי בגין נזק פיזי, למשל, הוא פיצוי כספי שאומדנו העיקרי הוא שכר העבודה ששולם למי שניזוק והפער הכספי שנוצר בינו לבין השכר שיקבל לאחר הפגיעה.³¹⁵ באופן זה ממשכות מי שניזוקו במעשה העוולה להינזק עוד ועוד גם בהליך הפיצוי: ראשית, יש העדפה ברורה בשלב זהו הנזק לעמידה על טיבו הפיזי של הנזק, להבדיל מזה הרגשי או הנפשי. בכך מועדף ההון הכספי והרכושי המצוי בעיקר בידיהם של גברים על פני ההון הרגשי-אנושי, המשותף אמנם לשני המגדרים אולם מעמיד נשים רבות שאינן עובדות עירומות מ"נכסים" בני-פיצוי.³¹⁶ שנית, עקב השימוש בעבודה כמדד עיקרי, אומדן גודל נזקן נעשה על בסיס "עבודה משולמת", כלומר: עבודה שעליה ניתן תשלום "שוקי". כאן נאלצות נשים להסתפק בפיצוי נמוך שמקורו בהערכה שלה "זוכה" עבודתן בשוק העבודה הגברי, שבו היא נתפסת לרוב כנמוכה יותר מערכה האמיתי;³¹⁷ במקרים אחרים נשים כלל לא יפוצו, למשל, כאשר עבודתן נתפסת כמחוסרת ערך כלכלי מכל וכל, כבמקרה של עקרות בית.³¹⁸

313 שם, בעמ' 34-35.

314 Bender, הערה 247 לעיל, בעמ' 896-901. בנדר רואה בשיטת הפיצוי הנוזיקית – המאפשרת למוזיק "לקנות" את אחריותו בתשלום פיצוי לניזוק ולהתנתק ממנו מיד לאחר מכן – ככעיייתית. שיטה זו אינה מקדמת אצל המוזיק ערכים של נטילת אחריות לשלום האחר ודאגה לו, כמסורת האתיקה הנשית הגיליגניאנית, אלא מעודדת נשיאה באחריות במובן המצומצם של פיצוי בגין פגיעה בזכויות של אחר, תחת גישה זאת מציעה בנדר לאמץ סעדים נוזיקיים החורגים מחובת הפיצוי הכספית לבדה ומעניקים ממד אמיתי "דואג" למושג האחריות הנוזיקית. לרשימת הסעדים האלטרנטיביים ראו שם, בעמ' 901-908. כמו כן ראו Jane Goodman et al, "Money, Sex, and Death: Gender Bias in Wrongful Death Damage Awards," 25 *L. & Soc'y Rev.* 263 (1991). גודמן בוחנת את קיפוחן המסורתי של נשים כפי שהוא בא לידי ביטוי בסכומי הפיצויים הנוזיקיים בארצות-הברית בשל הערכת נזיקיהן כנמוכים בהרבה משל גברים, ללא בסיס רציונלי.

315 Finley, הערה 99 לעיל, בעמ' 12.

316 במובן זה משמעותו של מדד זה קשה גם עבור מגזרים לא עובדים אחרים, כילדים וקנים, ומגזרים שבהם משולם שכר נמוך ללא הצדקה – אולם אז הבסיס להפליה הוא אקראי יותר (כולם מזדקנים) ולא מגדרי.

317 Sandra Fredman, *Women and the Law* 241 (1997), מכנה עבודה זו "עבודת נשים".

318 עבודות הבית מובנות כ"עבודות בלתי-יצרניות", ולכן אינן זכאיות לכאורה להכרה כ"עסקיות" וראויות לגמול כספי. ראו אסף לחובסקי, "קטיגוריות של דין ומעמד בידי מס הכנסה", עיוני משפט כד 205 (תש"ס). לסקירה היסטורית של מעמד עקרת הבית ראו, N. Folbre, "The Unproductive Housewife: Her Evolution in Nineteenth Century Economic

דפוס מוכר נוסף להבניה של דוקטרינה נזיקית מנקודת-מבט גברית הוא זה של הבניית דמות האדם הסביר, המרכזית כל כך בעוללת הרשלנות, כדמות גברית. עניין זה נדון בקצרה לעיל.³¹⁹

1. סיכום:

הפרספקטיבה הנשית, דוקטרינת הצפיות וחובת בית המשפט

דפוסי-חשיבה גבריים עמדו בבסיס ההבניה של דוקטרינות נזיקיות המפעילות סטנדרטים גבריים מובהקים כמו בדוקטרינות המובנות באופן "ניטרלי", ללא שניתן לזהות בהן סטנדרטיזציה לכאורה של ערכים בעלי ייחוס חברתי-גברי. באלה האחרונות, המדדים המשפטיים המרכיבים אותן הם שסתומיים³²⁰ ומאפשרים לבית המשפט למלאם בתוכן עשיר ומגוון, הלקוח מחוויות עולמן של קבוצות שונות בחברה ולתת ביטוי לעולם זה, ככל שהכלל המשפטי מאפשר זאת כמובן, וככל שהדבר נדרש לבירור העילה המשפטית. מסיבה זו חשוב במיוחד לחקור בפריזמה פמיניסטית את התוכן הקונקרטי שיוצק בית המשפט לדוקטרינות אלה, כדי לבחון אם השימוש בהן הוא כזה שאינו הופך אותן, הלכה למעשה, כלי נוסף לשימורם של דפוסי-חשיבה גבריים והשתקתם של אלה הנשיים. דוקטרינת הצפיות בעוללת הרשלנות היא דוקטרינה כזו: ביכולתה להכיל תוכן של חוויית חיים נשית או גברית כדי להטיל אחריות נזיקית, וחיבור זה הדגים את השימושים השונים האפשריים בה ככזו.

Regina Thought," 16 *Signs* 463 (1991). לכתיבה ספציפית בתחום הפיזיו הנויקי ראו Regina Graycar, "Women's Work: Who Cares?," 14 *Sydney L. Rev.* 86 (1992).
 319 ראו, הערות השוליים והטקסט הסמוך להערות שוליים 182-191 לעיל.
 320 הכוונה היא למושגים רחבים הנדרשים למילוי תוכן קונקרטי, שלכאורה אינם נראים כמכילים תוכן בעל הטיה גברית כלשהי. השימוש במושגי סתום עדיף בעיני על השימוש בביטוי "מושגים ניטרליים", המכיל אמירה ערכית בעייתית לפיה אין אלמנט של כוח בכל ביטוי – עמדה המנוגדת לתפיסתי כי המשפט מכיל כוח באשר הוא. ראו גם Wickham & Hunt, הערה 8 לעיל, בעמ' 13. המציגים את הפרויקט הפוקיאני בחוק כמבקש לחושפו כמערכת של שיח כוחני. לתפיסה זו יש כמובן בסיס כבר בגישתם של הריאליסטים למשפט; ראו בקצרה סקירת מורשתו של הריאליזם המשפטי, תוך השוואתו לביקורת-ההמשך שלו, ה-CLS, "Round and Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship," 95 *Harv. L. Rev.* 1669, 1670-1686 (1982). גיצנים ראשונים לחשיבה ריאליסטית בזיני הנויקן צצו כבר בסוף המאה ה-19, בכתיבתם של חברי "המועדון המטפיסי", שהבולט בהם היה הולמס (Oliver Wendell Holmes). לזהותם של חברי מועדון זה ראו Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960: the Crisis of Legal Orthodoxy* 52-54 (1992).

על בית המשפט מוטלת חובה פרשנית-משפטית ומוסרית לפרש את החוק לפי ריבוי של פרספקטיבות.³²¹ החובה הפרשנית-משפטית נובעת מכך שריבוי הפרספקטיבות מחבר בין כוונת החוק והמחוקק למציאות החיים. כוונת החוק במקרה של דרישת הצפיות היא להגיע לסטנדרט צפיות שיהא כמובן קרוב למציאות,³²² וישקף את הצפיות אצל נתח רחב ככל האפשר של האוכלוסייה, שדיני הנזיקין מופעלים להגנת פרטיה. קבוצה זו אינה הומוגנית והיא מכילה כמה דפוסים של צפיות, הנובעים מקיומן של פרספקטיבות שונות על החיים של קבוצות שונות באוכלוסייה. ניסיון להחיל כמה שיותר מהן יוביל להעשרת יסוד הצפיות ככל האפשר למידת העושר המציאותית שלו. בכך גם יוגשם הדגש הפמיניסטי המושם על חיבור בין החוק בחיאוריה למציאות היומיומית.³²³ החובה המוסרית לפרשנות רב-פרספקטיבית מצויה בהכנה שרק מילוי דרישת הצפיות בתוכן כזה תאפשר הגנה שווה של עוולת הרשלנות על כל קבוצות האוכלוסייה. שימוש בסטנדרט צפיות אחד שמקורו בפרספקטיבה אחת על החיים ייתן הגנה עדיפה לקבוצת האנשים החולקים פרספקטיבה זו ויפלה לרעה את מי שהפרספקטיבה שלהם שונה. בית המשפט בפרשת *Doe* העדיף פרספקטיבה גברית בנוגע למידת הצפיות של אונס על פני זו הנשית. מסיבה זו הופקרה פלוגנית לא רק לנזקה הפיזי – בהתרשלות על שמירה על מפתחות ביתה, אלא גם לנזקה המשפטי – במניעת זכותה הפרלימנרית לשכנע חבר מושבעים בזכאותה לפיצוי. מקור נוסף ממנו נובעת חובת הצפיות המגוונת הוא הסולידריות החברתית. בקובעו צפיות רב-פרספקטיבית יחייב בית המשפט את המזיק, כ"אדם סביר", להתעניין לא רק בהגנה על אינטרסים הטורדים את מנוחתו-הוא, אלא גם על אינטרסים הנתפסים בחברה כשייכים לקבוצה "אחרת" ולכן נוגעים רק לה.³²⁴ באופן זה תוגדל תחושת האחריות הקולקטיבית והרצון להימנע מהתנהגויות היוצרות סיכונים למגוון קבוצות של אנשים.

1. המסקנה: שני שימושים אפשריים וצדק אחד

השימוש של בתי המשפט בדוקטרינות נזיקיות ניטרליות כמקדמות אינטרסים בעלי משמעות פוליטית מוכר בדיני הנזיקין, והביקורת עליו נמתחה כבר במשנתם של

321 Bender & Lawrence, הערה 102 לעיל, בעמ' 319.

322 למרות דברי בית המשפט כי האדם הסביר הוא יציר המשפט, ברי כי נקודת המוצא של ההתייחסות לתכונותיו היא המציאות שעליה מולבשים כחישוקים נורמטיביים שיקולי-המדיניות של החנהגות ראיה. ראו עניין ועקנין, הערה 73 לעיל, בעמ' 127, 131; וכן ראו גלעד, הערה 67 לעיל, בעמ' 331-332.

323 ההבחנה הפמיניסטית המוכרת היא בין החוק הכתוב (formal law) לבין משמעותו בחיי היומיום (living law) וקריאה למחיקת הפער שנוצר בין השניים. להבחנה זו ראו Agnete Weis Bentzon et al, *Pursuing Grounded Theory in Law – South-North Experiences in Developing Women's Law* 70 (1998).

324 Bender & Lawrence, הערה 102 לעיל, בעמ' 319.

הריאליסטים הנוזיקיים המוקדמים כמו הולמס (Holmes) וגרין (Green). בעיקר הדגישו השניים את השימוש הנפוץ ברטוריקה של אובייקטיביות ביסוד הצפיות שבסיבתיות הנוזיקית כדי להצדיק החלטות שהיו בעלות בסיס פוליטי מובהק.³²⁵ הביקורת הפמיניסטית המשיכה מסורת השיבתית זו תוך הדגשת מקומם של האינטרסים הפטריארכליים המקדמים את מעמדם של הקבוצה הגברית, כמי שעטו כסות אובייקטיבית וניטרלית בדינים אלה. הפרשות שלפנינו הן דוגמאות מובהקות לכך.³²⁶

2. חלק משם המשחק: מודעות שיפוטית

לולי בנדר עמדה על שני אופנים להבניה גברית של דיני הנוזיקין – הבניה של הדוקטרינות גופן באופן פטריארכלי ומילוי דוקטרינות בעלות מבנה ניטרלי בתוכן פטריארכלי. שני אופנים אלה פוגעניים לנשים, אולם יש הבדל חשוב ביניהם: כשהדוקטרינה עצמה מובנית לפי מדדים פתוחים, רחבים וניטרליים, ורק היישום שלה מפלה, ייקל יותר לשנות את ההשפעה המפלה שלה על נשים במסגרת רפורמה פמיניסטית. שינוי כזה ידרוש רק את הפניית תשומת-לבו של בית המשפט לקיומה של אלטרנטיבה למילוי המסורתי בתוכן של אותה דוקטרינה לשם אימוץ של בית המשפט את אותו תוכן חדש "נשי". לעומת זאת, כשהדוקטרינה עצמה מובנית ומעוצבת לפי דפוסי-חשיבה גבריים, רפורמה פמיניסטית תחבצ סילוק שלה מן הדין והעמדה של דוקטרינה חדשה ושוויונית תחתיה. דרישה שכזו יהיה קשה יותר להעמיד במשפט בכלל ובדיני הנוזיקין – המוכרים כמסורתיים ונוקשים – בפרט.

פסקי הדין שהובאו אינם מפחיתים מחשיבות השימוש בדרך הקשה של שינוי דוקטרינות שהובנו בהטיה גברית, אולם הם מדגימים כמה פשוט לעשות חלק מהשינוי החיוני באמצעות כלים נוזיקיים קיימים. שתי הפרשות מדגימות כיצד מודעות שיפוטית – מודעות של השופטים עצמם – יכולה להוביל לתוצאות שונות כל כך במיקום מצבן של נשים דרך דיני הנוזיקין הקיימים. גלגולה של פרשת יעקובוב נתן לבית המשפט העליון הזדמנות להוכיח זאת. בעקבות הוצאת הערעור בבית המשפט העליון, הגיש בוריס כאמור בקשה לדיון נוסף בעניינינו. בין היתר טען כי בערעור נקבעה "נורמה חדשה לפיה לאדם יש יכולת לצפות התאבדות של בת זוגו עקב התנהגות אלימה".³²⁷ בית המשפט, מפי השופט חשין, רחה טענה זו, והבחין בין הרחבת תחומי השתרעותה של הלכה לבין חידושה על ידי שינוי הדוקטרינות שעליה היא נשענת, בקובעו:³²⁸

325 Horwitz, הערה 320 לעיל, בעמ' 360-363.

326 לקשר קרוב זה בין התיאוריות ראו Gary Minda, "The Jurisprudential Movements of the 1980's," 50 *Ohio St. L. J.* 599, 623-624 (1989). מניחה סוקר באופן מקיף את שלוש התיאוריות המרכזיות למשפט בשנות ה-80 ואת הקשרי ההיבדלות והדמיון ביניהן.

327 דני"פ יעקובוב, הערה 130 לעיל, בעמ' 395.

328 ש.מ.

אכן, זוהי הפעם הראשונה לבית המשפט העליון שמחיל הוא את עקרוני-היסוד של דין הרשלנות על אחריותו וחובותיו של בעל מכה ושל אשה מוכה השולחת יד בנפשה, ואולם בכך אין די לקיומו של דיון נוסף... ההלכה שקבע בית-המשפט בענייננו מהווה, אמנם, חוליה חדשה בשרשרת ארוכה, ארוכה מאד, של חובות אשר נקבעו בסוגיות הרשלנות; ואולם אין באותה הלכה, לגופה, אלא התפתחות טבעית של הדוקטרינה אשר נתקבלה מכבר, והרי זו דרכה של ההלכה הצועדת קדימה ומפתחת עצמה ממקרה למקרה ומעניין לעניין...

בית המשפט הבהיר כי ניתן לעשות בדוקטרינות נזיקיות קיימות שימוש רגיל והמשכי לזה שנעשה בהן עד כה, ובכל זאת לשנות את מצבן של נשים בחברה באמצעות מילוי של אותן דוקטרינות בתוכן שעניינן חויית-החיים הנשית. כך נחשף חלק מהפוטנציאל האדיר לשינוי חברתי, הוא החלק המצוי בתוך דוקטרינות נזיקיות מסורתיות ונוטע תקווה לשימוש דומה בהן בעתיד.

לאחרונה ניכרת גם דרך שלישית, בעיקר במשפט הישראלי, להתייחסות לחויית-החיים הנשית בדיני הנזיקין. דרך זו מדגישה במובן מסוים את האינסטרומנטליזם הנזיקי ה"ציבורי", על ידי הוספה לדיני הנזיקין המסורתיים את "דיני הנזיקין החדשים". הכוונה היא להסדרי-חקיקה חדשים וחדשניים, המיועדים לטפל בהסדר מקיף וייחודי בכעיה חברתית בולטת בעלת ייחוס מגדרי-נשי. דוגמאות בולטות לכך הם החוק למניעת הטרדה מינית³²⁹ וחוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2001.³³⁰ למרות ניסוחה הא-מגדרי, חקיקה זו מעמידה הגנה לחוויות המוכרות בעיקר לנשים כמו הטרדה מינית והטרדה מאיימת,³³¹ ומיעוט הגברים הסובלים מהן יכולים ליהנות גם הם מהגנה זו. חקיקה זו ושכמותה מסמלת אפשרויות חדשות ובלתי-מוגבלות להרחבת ההגנה הנזיקית לקבוצות מיעוט.³³² פתרון דומה יכול להינתן גם בעיצוב עילת תביעה

329 ס"ח 166.

330 ס"ח 6.

331 הצעת חוק למניעת הטרדה מינית התשנ"ז-1997, ה"ח 2641, 484 ("הטרדה מינית כלפי נשים גורמת להשפלתן..."); הצעת חוק מניעת הטרדה מאיימת התשס"א-2001, ה"ח 3028, 770 ("מרבית הקורבנות להטרדה מאיימת הן נשים הנודפות על רקע מערכת יחסים..."). בקיומן של תופעות המטווגות כ"נשיות" גם אצל גברים אין כדי להפריך את טענת ייחוסן המגדרי, הן משום הסטטיסטיקת הנוטות באופן ברור כלפי זיהוי כזה והן משום שיש בכך כדי לאשש דווקא את התופעה כמניפולציה חברתית של כוח וכפייה, שגורמים אחרים מזהים את הפוטנציאל ההרסני שבה ומפעילים אותה באשר הם.

332 חקיקה מעין זו נותנת מקום גם ל"קולות אחרים" נוספים שאינם נשמעים בחברה, כמו קולותיהם של מי שמענקה להם הגנה נזיקית מפני הפליה בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תש"ס-2000 (ס"ח 58). לסקירת החוק ויתרונותיו מנקודת-מבט פמיניסטית ראו הלה קרן, "שוויון בדיני תזנים – קריאה פמיניסטית", משפטים לא 269, 313-309 (תשס"א).

ייחודית לנשים מוכות, כתוך עוולת הרשלנות או במסגרת עוולה נפרדת;³³³ אולם, כאמור, דרך זו דורשת חדשנות נזיקית ממשית ואילו זו הקיימת היום נראית פשוטה ונגישה יותר.³³⁴

3. סיום

בדיני הנזיקין הקיימים מצויה כבר היום תשתית לנתינת ביטוי לחוויית החיים הנשית לצורך הטלת אחריות. בפרשת יעקובוב השתמש בית המשפט בתשתית זו להטלת אחריות פלילית, תוך שימוש בכלים נזיקיים מובהקים. לבד מחשיבותה האוטוריטיבית של פסיקה זו, חשובה ההשפעה שלה על כינון של נשים כסובייקט במשפט ובחברה. הקשר הברור שניכר בין שימוש בחוויה הנשית לבין כינון הסובייקט הנשי הוא של הפרייה והשבחה. שימוש בחוויה הנשית דרך הנרטיב הנשי מאפשר להציג את האשה כרמות מורכבת בעלת צרכים ייחודיים ולהתאים את הסדרי המשפט הקיים לצרכים אלה. השאלה הפמיניסטית שהעמדתי בתחילת דבריי נענית כאן מאליה: במקרים של חוויית-חיים-נשית הרסנית ודכאנית כגון הכאת נשים או אונס שלהן, מאפשר השימוש בחוויית-חיים-נשית דרך דוקטרינת הצפיות התייחסות אמפטית והוגנת לצורכיהן של נשים, מבנה אותן כסבירות ומאפשר הבנה טובה יותר של מציאות חייהן, וממילא של ההתמודדות החברתית הנדרשת עם התופעה. שימוש בנרטיב הגברי לתיאור חוויית-חיים נשית מייצג אי-הבנה של המציאות ושל מצוקתן של נשים, והוא חוטא לנשים בהצגתן כבלתי-סבירות, בד-בבד עם חוסר נכונות להעניק להן הגנה משפטית, בניגוד לעקרונות נזיקיים-כסיסיים. השימוש בחוויה הנשית הוא דרך אחת, ראשונית ובסיסית להפעלה ראויה של דיני הנזיקין, שבכוחה להביא להפסקת פגיעות אופייניות לנשים – בין היתר באמצעות הטלת אחריות להן על אחרים. זוהי מהפכה מבית, שיהד עם הסדרי חקיקה חדשניים, כהסדרים מחוץ, תוכל להביא לשינוי אמיתי ביחס החברה והמשפט לסבלן של נשים ובהקלה עליו. במובן זה, מחקרי זה מצביע רק על תחילתה של ירידות מופלאה העשויה להירקם בין דיני הנזיקין לבין הנשים בחברה, ויש בו כדי להותיר טעם של שאיפה לעוד קריאות בדיני הנזיקין ולדיני הנזיקין, לשנות מהרגלם המקובל וליטול חלק בשינוי חברתי מרכזי מעין זה.

333 דרך זו מאפשרת להתגבר על המכשולים שבהגשת תביעה במסגרת המוכרת של עוולת הרשלנות. למכשולים אלה וליתרון העילה העצמאית למולם ראו Tonsing, הערה 160 לעיל, שם בוחנת המחברת את המסגרות הנזיקיות המוכרות היום להביעה כמו רשלנות, תקיפה, איום וכד' כבלתי-מתאימות. בפרשת *Cusseaux v. Pickett*, 652 A.2d 789 (N.J., 1994) הכיר בית המשפט בעילה עצמאית של גרימה לסינדרום האשה המוכה כמספיקה להגשת תביעה נזיקית.

334 אין בכך, חלילה, כדי לרפות ידיים מן המסלול הקשה לשינוי או ללמד על חשיבותו כפחותה, אלא אך להעמידו על קיומו של מסלול ראשוני קיים לפרצת הדרך הארוכה לשינוי בדיני הנזיקין.