

סימטריה במשפט

יובל ליבדרו*

- א. מבוא
- ב. ביטויים לרעיון הסימטריה במשפט הישראלי
1. עקרון ההלימה בדיני עונשין
 2. עקרון השבת המצב לקדמותו בדיני נזיקין
 3. עקרון ההשבה בדיני חוזים
 4. עקרון השוויון בדיני זכויות האדם
- ג. הבסיס העיוני לתאוריית הסימטריה במשפט
- ד. ביטויים למצבים א-סימטריים במשפט הישראלי
1. חריגה ממתחם העונש ההולם בדיני עונשין
 2. פיצוי עונשי בדיני נזיקין
 3. פטור מחובת השבה בדיני חוזים
 4. העדפה מתקנת בדיני זכויות האדם
- ה. סיכום – שתי דרכים לצדק: דרך הסימטריה ודרך הא-סימטריה.

א. מבוא

המונח סימטריה הוא מוכר וידוע, ואף שאין לו הגדרה ברורה ואחידה,¹ השימוש בו

* ד"ר למשפטים, שופט בית המשפט המחוזי בבאר שבע ומרצה מן החוג בבית הספר למשפטים במכללת ספיר. ברצוני להודות לשופטת בית המשפט העליון פרופ' דפנה ברק-ארו, לפרופ' עמרי ידלין, לפרופ' ניר קידר ולשופט יעקב דנינו על הערותיהם המועילות. האמור במאמר משקף את עמדותיי האישיות ולא עמדה מערכתית כלשהי.

¹ מילון אבן שושן מגדיר סימטריה כתאם, התאמה מדויקת במצבם של חלקים כלפי שלם, סדר הרמוני ומכוון (אברהם אבן-שושן מלון אבן-שושן מְחֵדֵשׁ וּמְעַדְכֵן לְשׁוֹנֵת הָאֲלֵפִים, כרך רביעי 1286 (פרופ' משה אזר עורך ראשי 2010)). הגדרה דומה אפשר למצוא בלקסיקון לועזי-עברי ולפיה סימטריה היא התאמה מדויקת של חלקים ביחס לשלם שהם מרכיבים, התאמה מדויקת מבחינת הצורה, הגודל והמצב של חלקים משני עבריו של קו או מישור חוצה (לקסיקון לועזי-עברי (מהדורה חדשה מורחבת ומעודכנת, פרופ' פאול וקסלר ואח' עורכים 2008)) ובספר מילה במילה מוגדרת הסימטריה כהקבלה, הרמוניה, התאמה, חצאים חופפים, שוויון, תאימות, כאשר המילה המקבילה שצוינה היא "שוויון" ומילת הניגוד שצוינה היא "אי סדר" (איתן אבניאון מילה במילה: אוצר המילים הנרדפות ניגודים ושדות סמנטיים 443 (פרופ' רפאל ניר ייעוץ מדעי 2000)). הסימטריה הידועה ב"ציבור" היא הסימטריה השיקופית מתחום הגיאומטריה, שלפיה ישר המחלק צורה לשני חלקים שהם

נעשה באופן תדיר בהקשרים רבים ובדיסציפלינות שונות. כך במתמטיקה הסימטריה היא יסוד בתורת החבורות והגאומטריה; בפיזיקה הסימטריה היא יסוד בתורות הטרנספורמציה והקריסטלוגרפיה וגם בכימיה ובביולוגיה לסימטריה תפקיד, למשל בענף הסטראוכימיה.² אולם, השימוש בסימטריה לא נעשה רק בתחום המדעים המדויקים. השימוש בסימטריה נפוץ גם בפילוסופיה למשל כחלק מרעיון האסתטיקה; באומנות למשל באמצעות מנגנון התקבולת בשירה; במוסיקה, בשרטוט ובארכיטקטורה.

למעשה, האדם, מטבע יצירתו ומיום היוולדו, נחשף ומזדהה עם הסימטריה. בכל בוקר עת אדם מביט על דמותו הנשקפת בראי, נחשף הוא, אולי על כורכו, לרעיון הסימטריה. בהקשר זה נודע רישומו האלמותי של לאונרדו דה וינצ'י The Vitruvian Man משנת 1490.

במאמר זה אבקש לבחון הטענה שלפיה הסימטריה משפיעה לא רק על ההבנה המדעית, תפיסת היופי האנושי והיצירה האומנותית של האדם, כי אם גם על תפיסתו ויצירתו המשפטית.³

אטען כי אכן קיימים במשפט ביטויים לרעיון הסימטריה, ולצורך הוכחת טענתי זו אפנה בפרק הראשון של המאמר לכמה עקרונות משפטיים המקובלים בשיטת המשפט הישראלית. זאת הגם שהם לא ייחודיים לשיטת משפט זו ומוכרים הם ומקובלים גם בשיטות משפט רבות אחרות. העקרונות, המצבים או הפתרונות שאליהם אפנה לקוחים מענפי משפט שונים: עקרון ההלימה ("מידה כנגד מידה") מדיני העונשין; עקרון השבת המצב לקדמותו מדיני הנוזיקין; עקרון ההשבה (לרבות השבה "בעין") מדיני החוזים ועקרון השוויון מדיני זכויות האדם.

כחלק מבחינת טענתי על אודות השפעת הסימטריה על המשפט אבקש להתייחס לטענה כי הסימטריה יוצרת אצל האדם תחושות של שיווי משקל, הרמוניה וסדר, ואלו בתורן מובילות לתחושת "צדק". מכאן שהמשפטן – המחוקק, השופט, החוקר, ועורך הדין – פועלים במודע, ולעיתים שלא במודע, להחיל את הסימטריה במשפט כדי להשיג צדק. החלה זו יכולה להיות במישור המהותי שבו אתמקד, אך ביטויים לה אפשר למצוא גם במישור הדיוני. כך, למשל, בניסיון לאזן את כוחו של נאשם אל מול המדינה בפלילים מבחינת היכולת לקבל חומר חקירה לפני תחילת משפט,⁴ או בהפיכת נטל הראייה לטובתו של התובע במצבים בהם "הדבר מעיד על עצמו".⁵

מראה אחד של השני.

- 2 ענף העוסק במבנה המרחבי של האטומים בעיקר בתרכובות אורגניות.
- 3 על אודות הקשר שבין אומנות למשפט ראו למשל: EDUARDO C.B. BITTAR, SEMIOTICS, LAW & ART: BETWEEN THEORY OF JUSTICE AND THEORY OF LAW (2021).
- 4 ס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ").
- 5 ס' 41 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]; באמצעות הפן הראייתי של דוקטרינת הנזק הראייתי,

להבדיל מדיסציפלינות שונות דוגמת ארכיטקטורה, לסימטריה המשפטית לא תמיד קיים ביטוי פיזי שאפשר לקלוט אותו בחושים. הביטוי לסימטריה המשפטית, לשיווי המשקל שהמשפטן מבקש ליצור, יכול ויהיה רעיוני וערכי. כך, למשל, אתיחס בהמשך לעונש מאסר העולם המוטל על נאשם שהמית את קורבנו או לסעד הפיזי בהתאם לרעיון של השבת המצב לקדמותו בדיני הנזיקין, גם במקרים שבהם המזיק הסב נזק גופני לניזוק.

בפרק השני של המאמר יוצג הבסיס המשפטי התיאורטי לאותן תחושות של סדר וצדק שהסימטריה יוצרת אצל המשפטן, ואשר בעטיין בוחר הוא פתרונות סימטריים במשפט. בסיס זה נשען על הזיקות שבין האדם לטבע ובין האדם לעצמו ולתבונתו. זיקות אלו שאובות מהמשפט הטבעי אליו נעשתה הפניה.

בפרק השלישי של המאמר אציג ביטויים למצבים א-סימטריים במשפט דוגמת ענישה תוך חריגה ממתחם העונש ההולם בדיני העונשין, פיזי עונשי בדיני הנזיקין, פטור מהשבה בדיני החיובים והעדפה מתקנת בדיני זכויות האדם. מצבים אלה מתקיימים בנסיבות חריגות שבהן המשפטן מבין שפעולה על בסיס רעיונות הסימטריה עשויה להוביל לתוצאה לא צודקת. בפרק זה אתיחס גם לשאלה אם אכן מדובר במצבים או בפתרונות א-סימטריים, או שמא במקרים אלו הסימטריה במשפט נשמרת במובנה הרחב להבדיל ממובנה הצר התחום למקרה הקונקרטי של הצדדים למשפט ובכך גם הסדר והצדק בתורם נשמרים.

בפרק הסיכום תבחן הזיקה שבין המצבים הסימטריים והא-סימטריים שהוזכרו בפרקים הקודמים לעשיית הצדק במשפט.

ב. ביטויים לרעיון הסימטריה במשפט הישראלי

1. דיני עונשין

עקרון ההלימה משמש עקרון יסוד בתורת הענישה הפלילית. הרעיון הבסיסי של עיקרון זה הוא להטיל על מי שהורשע בדין עונש שיהלום את העבירה שעבר. בישראל, עיקרון זה מוכר כעיקרון מוביל בתורת הענישה. תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין") שהתקבל בשנת 2012 עסק בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה.⁶ תיקון זה הוסיף לחוק העונשין את סעיף 240ב, שכותרתו "העיקרון המנחה בענישה – הלימה", הקובע כי: "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת

ראו אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי־ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191 (1997).

⁶ חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102.

אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש שמוטל עליו". עקרון ההלימה הוא עיקרון בסיס בתורת הענישה לא רק בישראל אלא גם בארצות הים.⁷ למעשה, עקרון ההלימה מבטא את רעיון הגמול, שבתורו מבטא את רעיון ה"מידה כנגד מידה". הווה אומר, כמידת הפגיעה של העבריין בערכים החברתיים המוגנים כך תהא מידת הפגיעה של החברה באינטרסים האישיים (חירות, קניין) של העבריין. השופט רובינשטיין ציין בפסק-הדין בעניין פלונית,⁸ כי עקרון ההלימה מבטא יותר מכל את עיקרון הגמול בענישה, ובפסק-הדין בעניין סעד⁹ הוסיף: "נזכור כי הגמול אינה מילה ריקה; הוא מסמל במשפט העברי – למשל – את התפיסה של 'מידה כנגד מידה'". אף המלומדים יניב ואקי ויורם רבין מתייחסים במאמרם לקשר שבין עקרון ההלימה לעקרון הגמול ורעיון המידה כנגד מידה: "מתוך עקרון הגמול נגזר גם עקרון ההלימה שמשמעותו דרישת יחס הולם בין מידת הרע שעשה העבריין לבין העונש שיושת עליו [...] עקרון ההלימה מציב מודל ענישה ברור – 'מידה כנגד מידה'".¹⁰

ביטוי לעיקרון משפטי זה של 'מידה כנגד מידה' (*lex talionis*) הוכר גם בשיטות משפט עתיקות, ואף במשפט העברי. ביטוי מובהק ליישום עיקרון זה אפשר לראות למשל בסיפור גן עדן שבו על שלושת המעורבים (אדם, חוה והנחש) הוטלו עונשים שהלמו את מעשיהם.¹¹

7 ראו ליאור בן-דוד, אורלי פישמן ודינה צדוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: סקירה משווה (הכנסת, מחלקת מידע ומחקר 2006), המבצעים סקירה, בין היתר, של הנעשה באנגליה, בגרמניה, באוסטרליה ובמועצת אירופה; ראו גם הפניות במאמרם של נתנאל דגן והדר דנציג-רוזנברג "גמול רך" משפט וממשל כ 101, 106 (2019). כן ראו, למשל, U.S code Title 18 Part 2 Chapter 227 Subchapter 3553 (a)(2)(A), אשר קובע כי יש להטיל עונש מספק, אך לא מחמיר מדי כדי לעמוד במטרות הענישה ולשם כך יש לשיקול בין היתר את הצורך שהעונש "[...] reflect the seriousness of the offence [...]".

8 ע"פ 1523/10 פלונית נ' מדינת ישראל (נבו 18.4.2012).

9 ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (נבו 5.8.2013).

10 יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 421 (2013).

11 יובל ליבדרו "על הנאשמים הראשונים בהיסטוריה – אדם חוה והנחש: ניתוח סיפור גן-עדן בראי המשפט הפלילי הישראלי" מאזני משפט יא 361, 391 (2016); גישת הגמול הרך אותה הזכירו דגן ודנציג-רוזנברג יכולה אולי להסביר את המצב הא-סימטרי המתרחש במרבית מדינות העולם בכל הקשור לעונשו של הממית. לכאורה, מי שהמית אדם אחר, ודאי מתוך כוונה, העונש ההולם אשר יצור סימטריה הוא עונש מוות. אולם ידוע כי עונש זה אינו מקובל עוד למעט בכמה מדינות, רבות בחלק ממדינות ארצות-הברית. ברוב רובן של המדינות, הממית נשפט לעונשי מאסר ממושכים, ולא פעם לעונש מאסר עולם (תלוי בעיקר ברמת המחשבה הפלילית שלו). עונש זה נתפס כעונש "רציני" ו"כבד" דיו כדי לבטא את שיקול הגמול. אכן, במישור הפיזי מאסר עולם לא שקול למוות. אולם במישור הרעיוני-מהותי, אדם שניטלים ממנו החירות, הפרטיות, האוטונומיה, הכבוד והכול תוך הרחקתו מהחברה עד סוף

הרעיון של 'מידה כנגד מידה', היינו להשיב לעברייני כגמולו, מבטא באופן ברור את רעיון הסימטריה. הריבון מבקש לשמור על תאימות בין הפגיעה של העברייני בערכי החברה – העבירה – לפגיעה באינטרסים של האשם – העונש. התכלית היא ליצור שיקוף בין השניים. העונש הוא תמונת ראי לעבירה. עונש חמור יהלום וישקף עבירה חמורה ולהיפך. עונש קל יהלום וישקף עבירה קלה. מקום שבו המחוקק לא יקבע 'תג מחיר' הולם לעבירה או שבית המשפט לא יגזור עונש הולם לעבירה שבוצעה – לקולה או לחומרה: עונש חמור לעבירה קלה או עונש קל לעבירה חמורה – ייווצר, לכאורה, חוסר סימטריה בין העבירה לעונש.¹² השופט שטיין הדגיש באחד מפסקי הדין כי:

"[...] ענישה פלילית היא אקט שלטוני אשר נועד, בין היתר, לכוון מחדש את שיווי המשקל המוסרי שהופר על ידי העברייני ולשקם את ערכו של הנפגע מן העבירה כאדם, לאחר שהעברייני שלל ערך זה ממנו, או הפחיתו על ידי מעשה כפייה פוגעני. תיקון זה לא ייעשה אם העברייני לא יבוא על עונשו ואם עונש זה לא יהא שקול כנגד מה שעולל לקורבנו [...]"¹³.

המלומדים דגן ודנציג-רוזנברג במאמרם הנזכר לעיל הציגו את רעיון ה"גמול הרך".¹⁴ גמול זה מבקש להביא בחשבון, בתוך שיקולי הגמול, נתונים רחבים מאלה הקשורים בנסיבות ביצוע העבירה ומידת האשם של הנאשם עובר ובעת ביצוע העבירה כפי שנהוג. במסגרת זו, מוצע להגמיש את מושג האשם באופן שזה לא יתייחס כפונקציה של העבירה בלבד, אלא של מכלול אישיותו המוסרית של העברייני. עוד נאמר בהקשר זה כי לפי גישה זו, על העונש להיות מידתי "לרוע הפנימי" ("inner wickedness") של הנאשם. לדעת המחברים גישה זו תומכת "ביצירת סימטריה בין היכולת לשקול נתונים מוקדמים לביצוע העבירה המלמדים על אשם (כגון תכנון מוקדם של העבירה, שהוא נסיבה מחמירה) לבין נתונים מאוחרים לעבירה, אשר יכולים אף הם ללמד על מידת האשם במסגרת תפיסה

ימיו מה תכלית חייו? מה ערך לחייו? נראה אם כן, שבמישור הרעיוני-מהותי שלילת זכויות יסוד לתקופה לא מוגבלת יוצרת סימטריה, אף אם לא מלאה, לתוצאה של שלילת הזכויות הנצחית מהקורבן באמצעות המתתו. מכל מקום, הן בדיני העונשין והן בדיני הנוזיקין, התפיסה שהייתה מקובלת בימי קדם, של פגיעה פיזית בנאשם או במעוול (באמצעות המתתו או כריתת איבריו וכיוצא באלה) הפכה מקובלת פחות בעולם הנאור.

ברי כי המחוקק דן באירוע כללי של עבירה ועונש ואילו בית המשפט דן במקרים פרטיים של העבירה על-פי נסיבות ביצועה ונדרש הוא להתייחס גם לנסיבותיו האישיות של מבצע העבירה כדי לגזור העונש המתאים במקרה הפרטני.

¹³ רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם, פס' 6 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 5.5.2020).

¹⁴ דגן ודנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 7.

הוליסטית ורחבה יותר של האשם".¹⁵ (ההדגשה הוספה – י' ל').
 אומנם המחברים מוצאים להידרש לרעיון הסימטריה אך בהקשר של בחינת האשם של הנאשם (לפני ולאחר מועד ביצוע העבירה), ולא באופן רחב בהקשר של ההלימה בין מעשה העבירה לעונש כפי שמוצע על-ידי. אולם שימוש זה של המחברים ברעיון הסימטריה הוא דוגמה ל"אינסטינקט" המשפטי הרואה ברעיון הסימטריה כלי להשגת תוצאה משפטית נכונה וצודקת.

2. דיני נזיקין

אחד העקרונות המובילים בדיני נזיקין, מאז ומעולם, הוא עקרון "השבת המצב לקדמותו" *restitutio in integrum*.¹⁶ בישראל השבת המצב לקדמותו יכולה להיעשות באמצעות הפסקת הפגיעה בניזוק, היינו תוך שימוש בסעד הציווי (עשה או לא תעשה) לפי סעיף 72 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], ובכך להחזיר את המצב של הניזוק למצבו קודם הפגיעה. אך במקרים שצו שכזה לא יהיה יעיל ורלוונטי החזרת המצב לקדמותו תעשה, בדרך כלל, באמצעות פיצוי הניזוק. על הזיקה שבין סעד הפיצוי לעקרון השבת המצב לקדמותו נאמר: "מטרת הפיצויים היא להשיב את המצב לקדמותו [...]". מטרה זו תושב אם היא סכום הפיצויים שהניזוק יקבל מהמזיק כדי להעמיד את הניזוק במצב שבו היה נתון אלמלא בוצע כלפיו מעשה הנזיקין",¹⁷ ואף בית המשפט העליון חזר ושנה כי: "כלל גדול הוא כי תכלית הפיצוי בדיני הנזיקין הוא השבת המצב לקדמותו. תכלית זו מושגת כאשר סכום הפיצוי שניתן לניזוק מעמידו במצב שבו היה עומד אלמלא בוצע כלפיו מעשה העוולה [...]".¹⁸

השבת המצב לקדמותו היא, כאמור, עיקרון מוביל בדיני הנזיקין, אשר בתורו משרת את אחת התכליות העיקריות של דיני הנזיקין, שהיא לדאוג לצדק מתקן. הווה אומר, לדאוג שייעשה צדק עם הניזוק באמצעות חיובו של המזיק לשפות את הניזוק בגין הנזק שגרם לו. זהו למעשה תיקון הנזק. תיקון שכזה ייעשה כאשר המזיק יחזיר את מצבו של הניזוק למצב כפי שהיה קודם למעשה העוולה. פרופ' ישראל גלעד בספרו "דיני נזיקין- גבולות אחריות"¹⁹ מתייחס להבחנה שראוי לעשות בין "צדק מתקן" ל"השבת המצב לקדמותו". בעוד הראשון הוא

15 דגן ודנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 7, שם.

16 עמוס הרמן דיני נזיקין (מהדורה שנייה 2020).

17 יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין תורת הנזיקין הכללית 517 (גד טדסקי עורך 1969).

18 רע"א 4285/16 סולטאן נ' מקורות חברת מים בע"מ, פס' 19 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו 29.9.2016).

19 ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות אחריות (2012).

קריטריון להטלת אחריות המבחין בין נזק שהצדק מחייב את תיקונו לבין נזק שהצדק לא מחייב את תיקונו, הרי שהשני הוא עיקרון של דיני הפיצויים. היינו, הצדק המתקן הוא מטרה בדיני הנזיקין ועיקרון השבת המצב לקדמותו הוא אמצעי של דיני הנזיקין למימוש מטרה זו.²⁰

קודם לכן מבהיר המחבר כי בהתאם לגישה הרואה בתכלית של הצדק המתקן כתכלית המרכזית של דיני הנזיקין, יש למקד הדיון במערכת היחסים הביילטרלית שבין המזיק לניזוק. בהינתן האינטראקציה גורמת הנזק ביניהם, גרימת הנזק היא בלתי צודקת ומחייבת הטלת אחריות על המזיק כדי לתקן את א-הצדק שנגרם לניזוק ולהשיב את המצב לקדמותו. המחבר מוסיף כי:

"את האחריות בנזיקין יש להתנות בקיומה של קורלציה מתאימה בין פעילות המזיק ואחריותו לבין נזקו של הניזוק וזכאותו. אין להפריד בין אלה ויש לבחנם כמכלול אחד. זכות הניזוק לפיצויים ואחריות המזיק לפצות הם שני הפנים של מכלול אחד שבסיסו האינטראקציה שבין הצדדים, ולכן על הצדקתם להיות זהה"²¹ (ההדגשה הוספה – י' ל').

המחבר מבהיר כי אין זה נכון להגדיר תכלית מרכזית אחת לדיני הנזיקין, לרבות לא של צדק מתקן. בהקשר זה הוא מוסיף שראיית הצדק המתקן כתכלית המרכזית היחידה של דיני הנזיקין היא ראייה מצמצמת שלא מביאה בחשבון תכליות אחרות דוגמת יעילות, המתכתבת יותר עם גישת הצדק המחלק. תכלית זו אף מנתקת עצמה מהמשפט הנוהג הנותן משקל גם לעקרונות נוספים דוגמת שיקולי מדיניות

משפטית – למשל בהגדרת אחריות מושגית של קבוצות מסוימות.²²

עמדתו זו של פרופ' גלעד, שלפיה זכות הניזוק לפיצוי ואחריות המזיק לפצות (בהתנהגות בת אשם ולא במסגרת של אחריות מוחלטת) הם שני הפנים של אותו מכלול. למעשה היא מבטאת טענה שלפיה עקרון הצדק המתקן מבקש ליצור סימטריה, תמונת ראי ("שני פנים") בין הזכות לפיצוי לבין האחריות לפצות. זאת, במישור האחריות, כאשר השימוש בעיקרון השבת המצב לקדמותו, יהיה הכלי היישומי של עיקרון זה (על דרך כלל באמצעות פיצוי).

באופן דומה התייחס השופט א' רובינשטיין לרעיון הסימטריה הנדרשת בין הנזק לפיצוי:

"מכל מקום, הכלל בדיני הנזיקין ב'רחוב הראשי' [המקרה הרגיל]

20 שם, בעמ' 313.

21 שם, בעמ' 61-62.

22 שם, בעמ' 65.

בנזיקין, שבו קיים צורך להוכיח את אחריות הנתבע קודם לשאלת הפיצוי, למשל בתביעת רשלנות רפואית, להבדיל מתביעה לפי הפלת"ד – המחבר') הוא הפיצוי 'אחד לאחד', קרי, פיצוי מול נזק"²³ (ההדגשה הוספה – י' ל').

הגשמת תכלית של צדק מתקן באמצעות יישום עקרון השבת המצב לקדמותו תוביל גם להגשמה של תכלית אחרת, היא שמירה על השוויון. חיוב המזיק להחזיר את מצבו של הניזוק למצב שבו היה קודם למעשה העוולה שיצר, יוביל לשוויון בשני מישורים. ראשית, במישור מצבו של הניזוק. היינו, השוואת מצבו הנוכחי אל מצבו קודם למעשה העוולה שפגע בו. שנית, במישור היחסים שבין הניזוק למזיק. חיוב המזיק לפעול להסרת הפגיעה או לפצות את הניזוק בשווי הנזק שגרם יוצר שוויון במערך הזכויות והחובות שבין שני אלה. המזיק לא ירוויח ממעשה העוולה שעשה אם יסיר העוולה או ישלם בגובה הרווח שהרוויח בעטייה של העוולה. הניזוק אף הוא לא יפסיד בשל הנזק שנגרם לו וישופה על-ידי המזיק. בד-בבד, הניזוק לא ירוויח יותר מהנזק שנגרם לו ולא יהיה במצב טוב יותר ממצבו קודם מעשה העוולה.²⁴ אכן, לעיתים, המזיק לא מרוויח מהנזק שהסב לניזוק. כך, למשל, במקרה של מי שברשלנותו גרם נזק לרגלו או לרכבו של אחר. אז, בדרך כלל, המזיק לא מרוויח דבר, וחיובו בתשלום הפיצוי לניזוק יצור, אומנם, שוויון במישור של הניזוק ובמישור היחסים שבין הניזוק למזיק, אך לא ייצור שוויון במישור מצבו של המזיק שלא הרוויח דבר מהנזק שהסב, אך ייאליץ לשלם בגין נזק זה. חרף האמור, סבורני כי נוכח תכליות דיני הניזוקין ונוכח המסגרת (שעל-פי רוב משתמשים בה) של חיוב על בסיס אשם בלבד אין מנוס מתוצאה זו. השבת המצב לקדמותו יוצרת אפוא סימטריה בין מצבו של הניזוק קודם לנזק שנגרם לו למצבו לאחר הנזק שנגרם לו, ויוצרת היא סימטריה במערך הזכויות והחובות שבין המזיק לניזוק. אם, לדוגמה, המזיק הסב לניזוק נזק בשיעור של מיליון ש"ח. אזי חיובו בפיצוי של מיליון ש"ח – במנותק מעלויות נלוות של ההליך – שכר טרחה, אגרות, ריביות וכדומה – תיצור סימטריה, תמונת ראי בין הנזק לסעד.

תפיסה זו של השבת מצב לקדמותו, להבדיל למשל ממתן פיצוי מוגדל

²³ אליקים רובינשטיין "פיצויים עונשיים – מבט מכס המשפט" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תאודור אור 97, 99 (2013).

²⁴ פרופ' גלעד סבור שקידום ערך השוויון הוא אחת המטרות של דיני הניזוקין. בהקשר זה עורך הוא הבחנה בין קידום עתידי של ערך השוויון לבין קידום בדיעבד, שהוא מענייננו, ולפיו "קידום בדיעבד של השוויון נעשה על ידי דיני הניזוקין באמצעות תרופת הפיצויים: משנפגע השוויון ממעשה הניזוקין באה תרופת הפיצויים ומתקנת בדיעבד את הפגיעה באמצעות העברות רווחה מהפוגע לנפגע". גלעד, לעיל ה"ש 19, בעמ' 190.

(“עונשי” או “לדוגמה”), קנתה לה שביתה בדיני הנזיקין מקדמת דנא. זאת מתוך התפיסה שהשוויון, הסימטריה הנזכרים הם שמובילים לצדק והם שיובילו גם לסדר. ביטוי לכך במשפט העברי אפשר למצוא למשל בפרשת משפטים שם נאמר:

”ואם אסון יהיה ונתת נפש תחת נפש, עין תחת עין, שן תחת שן, יד תחת יד, רגל תחת רגל, כויה תחת כויה, פצע תחת פצע, חבורה תחת חבורה”²⁵.

3. דיני חוזים

נדמה כי רעיון הסימטריה בדיני החוזים הוא אינהרנטי לרעיון החוזה עצמו. הסימטריה הבסיסית במשטר דיני החוזים לא מתייחסת לתמורה שמקבל כל צד לחוזה,²⁶ כי אם ביחס לנפקות החוזה על הצדדים. החוזה שעליו חתמו הצדדים מחייב את פלוני באותו אופן שהוא מחייב את אלמוני. לצד זאת, יישום רעיון הסימטריה בדיני החוזים, שבו אתמקד, יתייחס לשלב שבו החוזה בוטל.²⁷ כך, בסעיף 21 לחוק החוזים נקבע כי:

”משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויו של מה שקיבל”.

ובסעיף 9(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל”א–1970 (להלן: “חוק התרופות”), נקבע כי:

”משבוטל חוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם הייתה ההשבה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך; והנפגע חייב להשיב למפר את מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה

²⁵ שמות כא, כג–כד. כאמור, בשיטות משפט מתקדמות הביטוי של הסימטריה בגין נזקים גופניים על-פי רוב כבר לא מתקיים במימד הפיזי-גופני.

²⁶ הגם שבהתאם לס’ 46 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל”ג–1973. חיוב לתשלום שלא הוסכם על שיעורו יהיה בסכום ראוי על-פי הנסיבות בעת כריתת החוזה, מה שמרמז על הדדיות והלימות בין התמורה שהצדדים מעבירים זה לזה.

²⁷ מכל סיבה שהיא, לרבות מחמת כך שהחוזה לא היה תקף מלכתחילה או בשל הטעיה, עושק, כפייה, טעות, חוסר תום לב או הפרה. ברי כי ישנן נפקויות לסיבת בטלות החוזה, לרבות בהקשר של ההשבה, ואולם לא מצאתי להרחיב בנדון.

שקיבל אם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך".

ובסעיף 18(ב) לחוק התרופות נקבע:

"במקרים האמורים בסעיף קטן (א) [הפרת חוזה בשל נסיבות שלא היו ידועות למפר בעת כריתת החוזה וקיום החוזה באותן נסיבות בלתי אפשרי או שונה באופן מהותי ממה שהוסכם עליו, כך שההפרה לא תהווה עילה לאכיפת החוזה או לפיצוי – י' ל'], רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות העניין ובמידה שנראה לו".

ואומנם, אנו רואים כי נקודת המוצא הבסיסית של דיני החוזים היא כי עם ביטול החוזה על הצדדים להשיב זה לזה את שקיבלו על-פי החוזה. למעשה, מדובר בביטוי אחר של רעיון "השבת המצב לקדמותו" שבו דנו בפרק של דיני הנזיקין, רעיון אשר מבטא, כאמור, את רעיון הסימטריה. היינו ליצור תמונת ראי של מצב הצדדים לחוזה, בין המצב שבו הם נמצאים לאחר ביטול החוזה למצב שבו היו קודם לחתימת החוזה. לעניין הזיקה שבין רעיון ההשבה בדיני החוזים לרעיון "השבת המצב לקדמותו" ראו דבריו של השופט שלמה לוי:

"[...] כבר ציינתי, שאין לערבב בין עילת ההשבה לפי סעיף 9 לחוק התרופות לבין עילת ההתעשרות שלא כדין של מפר חוזה שהתעשר כתוצאה מההפרה על חשבון המקיים. במקרה הראשון באה ההשבה להחזיר את המצב לקדמותו לשלב הטרם-חוזה [...]"²⁸.

השבת המצב לקדמותו בדיני החוזים יכולה להיות בשני כיוונים על ציר הזמן. מחד גיסא, יכולה היא להיעשות באמצעות יצירת סימטריה בין מצב הצדדים לאחר הפרת החוזה למצבם קודם לחתימת החוזה – זאת באמצעות סעדי ביטול החוזה,

²⁸ ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פס' 11 לפסק הדין של השופט לוי (נבו 11.2.1988); תמיכה לעמדה זו אפשר למצוא בע"א 4012/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פס' 17 לפסק הדין של השופט מלץ (נבו 22.7.1992).

השבה ופיצויי הסתמכות. מאידך גיסא, יכולה היא להיעשות באמצעות יצירת סימטריה בין מצב הצדדים לאחר הפרת החוזה למצבם לאחר החתימה על החוזה – וזאת באמצעות סעדי אכיפת החוזה או פיצויי ציפיה (קיום).²⁹ עמדה ברוח זו הביא השופט אהרן ברק,³⁰ הגם שזה הבהיר כי דיני הפיצוי, ההשבה החוזיים וההתעשרות שלא כדין לא נועדו כשלעצמם לצורך תכלית השבת המצב לקדמותו בדומה לתכלית הפיצויי בדיני הנזיקין, אף שלעיתים יכולים אלה להוביל לתוצאה

31. ז.

טענתי זו מציפה במידה מסוימת קושי ביחס לתזה הנטענת. הכיכוד שני פתרונות משפטיים שאינם חופפים – פיצויי השבה ופיצויי קיום – מובילים לתוצאה זהה של סימטריה? התשובה לקושי זה קשורה לבסיס התזה הנטענת, היינו לכך שהמשפטן שואף להגיע למצבים סימטריים במשפט, אשר בתורם יוצרים, כאמור, את אותו שיווי משקל, סדר וצדק. יכול ובמערך נסיבות מסוימות הדרך להגיע לאותה סימטריה תהיה באמצעות פיצויי השבה וביטול החוזה, ויכול ובמערך נסיבות אחר הדרך לסימטריה תהיה באמצעות קיום החוזה או בחיוב פיצויי קיום.

מעבר למישור הכפול של ציר הזמן, שנידון לעיל, הזיקה בין סעד ההשבה לעקרון השבת המצב לקדמותו נבחנת במישור כפול נוסף. מישור זה קשור בנקודת ההתייחסות של הצורך בהשבה. האם אנו בוחנים את הצורך בהשבה מנקודת מבט חזוית ביחסים הביולטריים שבין הצדדים לחוזה, היינו חיוב המפר להשיב את שהרוויח רק מקום שבו הצד שקיים החוזה הפסיד או ניזוק כתוצאה של החוזה? או שמא אנו בוחנים את רעיון ההשבה אך מנקודת מבטו של מפר החוזה שיצר את חוסר האיזון עם ההפרה ונחייב אותו בהשבה של רווחים, אף אם מקיים החוזה לא הפסיד או ניזוק כתוצאה של ההפרה. רמז לאפשרות הראשונה אפשר למצוא בהוראות ההשבה שהוזכרו בחוק החוזים ובחוק התרופות המלמדים על השבה הדדית. לעומת זאת, המלומדים פרידמן וכהן סבורים כי עקרון ההשבה בדיני החוזים לא חופף לעיקרון השבת המצב לקדמותו, עיקרון שלטעמם מקבל ביטוי דווקא בסעד פיצויי הסתמכות.³² אלה סבורים שסעד ההשבה בדיני החוזים תכליתו "לשלול מן המקבל התעשרות ללא עילה", תוך שמוצאים הם בדיני עשיית העושר שלא במשפט את הבסיס העיוני לסעד זה.³³

אינני מוצא להרחיב במסגרת זו על אודות המחלוקות הקיימות בכתיבה

²⁹ עניין מלון צוקים בע"מ, שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט מלץ, וכן בפס' 15 לפסק הדין של השופט חשין.

³⁰ עניין אדרס, לעיל ה"ש 28, בפס' 12 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ברק.

³¹ שם, בפס' 13.

³² דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 594 (מהדורה שנייה 2018).

³³ שם, בעמ' 587.

ובפסיקה ביחס לבסיס העיוני של ההשבה החוזית – האם בהוראות חוקי החוזים או האם בדיני עשיית העושר?³⁴ כך או אחרת, אנו רואים שרעיון ההשבה בדיני החוזים מבקש ליצור סימטריה. סימטריה בין הצדדים לחוזה – ההשבה ההדדית המוזכרת בחוק החוזים ובחוק התרופות; סימטריה בין מצב הצדדים עם ביטולו של החוזה למצבם טרום החוזה – ביטול והשבה יחד עם פיצויי ההסתמכות. או, לחלופין, סימטריה בין מצב הצדדים לאחר הפרתו של החוזה למצבם לאחר החתימה על החוזה – אכיפה או פיצויי קיום.

4. דיני זכויות אדם

ענף זכויות האדם במשפט, המוצא את ביטוייו במשפט הציבורי-חוקתי, אך לא רק,³⁵ עוסק במגוון זכויות אדם, דוגמת: הזכות לחיים, הזכות לחירות, הזכות למדור, הזכות לחינוך, הזכות לקניין, הזכות לכבוד, הזכות לפרטיות ועוד כהנה וכהנה זכויות וזכויות משנה. אולם נדמה כי אחת מהזכויות הבולטות והמובהקות הנכללות בו היא הזכות לשוויון. בדיני זכויות האדם מרבים לדון בזכות לשוויון, אשר עוסקת במחויבות המדינה לדאוג לשוויון זכויות וחובות בחברה – היינו במתן יחס שווה לאזרחיה כל עוד אין הבחנה רלוונטית ביניהם. למעשה, אחד מעקרונות היסוד של כל מדינה ליברלית הוא עקרון השוויון. עיקרון זה הוא בגדר עיקרון-על בשיטת המשפט הישראלית,³⁶ הגם שעיקרון זה לא עוגן עד עתה במישרין בחוק יסוד.³⁷ לענייננו אפשר לומר כי קיימת זיקה מובהקת בין עקרון השוויון לרעיון הסימטריה, היינו כשצד א' שווה לצד ב' נשמרת סימטריה ולהיפך.

אחד הביטויים המובהקים לעקרון השוויון הוא השוויון לפני החוק. זה מכונה גם "שוויון פורמלי" ולפיו חלוקה של משאבים על-פי חוק צריכה להיעשות תוך הקפדה על החלה אחידה של החוק כלפי כל הכפופים לו.³⁸ להבדיל מה"שוויון

³⁴ ראו למשל מיכל אגמון-גונן ההשבה בהקשרים חוזיים דיני חוזים או דיני עשיית עושר ולא במשפט (2001); ע"א 5393/03 פרג' גשורי נ' מיטל, פס' 4 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו 18.1.2005).

³⁵ ראו, למשל: ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל (נבו 14.7.2002); מרים גור-אריה "זכויות אדם והמשפט הפלילי המהותי" משפטים נ 759 (2021); דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנויקין: המהפכה השקטה" קרית המשפט ח 11 (2009).

³⁶ ראו, מיני רבים, ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 275 (2016); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 29 לפסק הדין של השופט ברק (נבו 14.5.2006) וכל ההפניות שם.

³⁷ אם כי הוזכר בהכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1. בה נקבע כי "מדינת ישראל [...] תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".

³⁸ מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" משפט ועסקים טז 109,

הפורמלי", "שוויון אריסטוטלי" לא רק דורש החלה של כללים שנקבעו בחוק בצורה שווה על כולם אלא, "דורש הוא כי כלל החלוקה יקיים יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. [...] מה שחשוב הוא ששני פרטים בעלי אותה תכונה רלוונטית יקבלו חלק זהה מהטובים המחולקים".³⁹ במובן זה נראה כי ה"שוויון האריסטוטלי" מתכתב יותר עם עקרון הסימטריה במשפט באשר מבקש הוא לזהות דמיון בין הפרטים (תמונת ראי, סימטריה ביניהם), כדי להצדיק את דרישת השוויון ביניהם, בעוד שונות (רלוונטית) עשויה להצדיק הבחנה שאינה פסולה ביניהם.

את הביטוי הצורני המובהק לזיקה שבין השוויון לסימטריה בהקשר זה אפשר למצוא, למשל, בסמל המשפט והצדק – סמל המאזניים. כשהמאזניים במצבם ה"טבעי", היינו מעוינים, קיימת סימטריה. סימטריה זו מלמדת על שקילות וניטרליות, במובן של שוויון בפני הדין. אין העדפה של צד זה או אחר במשפט. לא בכדי שופט שנתמנה לכהונת שיפוט, כשמצהיר הוא אמונים, מתחייב: "[...] לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים".⁴⁰ יצוין, כי במשפט העברי, מוזכרות המאזניים ככלי למדידה מדויקת: "לא־תִשְׁנוּ עוֹל בְּמִשְׁפַּט בְּמִדָּה בְּמִשְׁקָל וּבְמִשׁוֹרָה: מִאֲזֵנֵי צֶדֶק אֲבִי־צֶדֶק אֵיפֹת צֶדֶק וְהֵן צֶדֶק יִהְיֶה לָכֶם [...]".⁴¹

נקודת מבט נוספת על הזיקה שבין השוויון לסימטריה אפשר למצוא בבחינה שנערכת במקרים מסוימים בין מעמדן של זכויות מתחרות. על כך ראו, למשל, מאמרה של דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות בעקבות פרשת נחמני"⁴² שבו נבחנה, בין היתר, השאלה אם הזכות (החיובית) להורות שווה או סימטרית לזכות (השלילית) שלא להיות הורה. במאמר זה ובמאמר המשך שלה ושל רון שפירא "The Delusion of Symmetric Rights"⁴³ הובעה ביקורת על כך שלעיתים משתמשים בסימטריה כאמצעי להשוואה בין זכויות. הטענה שהועלתה היא שהסימטריה המוצגת במקרים מסוימים (כמו הזכות להורות או הזכות שלא להיות הורה) היא "סימטריה כוזבת" שעלולה ליצור רושם מטעה שלפיו הזכויות הנבחנות הן בעלות מעמד ומשקל זהה.

לדידי, אף אם אכן הסימטריה המוצגת במקרה מסוים היא "כוזבת", היינו ששני המצבים הנבחנים או ששתי הזכויות הנבחנות הם לא באמת סימטריים, כמו הזכות להורות והזכות שלא להיות הורה, עדיין עצם השימוש בסימטריה שהמשפטן

118 (2013).

39 שם, בעמ' 119.

40 ס' 6 לחוק-יסוד: השפיטה.

41 ויקרא יט, לה-לו.

42 דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197 (1996).

43 Daphne Barak-Erez & Ron Shapira, *The delusion of symmetric rights*, *OXFORD JOUR.*

L. STUD., 19 297 (1999)

מבקש לעשות באותם מקרים, בין אם באופן אינסטינקטיבי ותמים כאמצעי לעשיית צדק, ובין אם בכוונת מכוון כדי לשכנע ולכבוש לבבות במטרה להשיג תוצאה משפטית מסוימת או להגן על ערך שעליו מבקשים להגן, הוא שמצביע על המשיכה של האדם והמשפטן לסימטריה.

בהקשר זה של שוויון בין זכויות או קיומה של סימטריה בין זכויות וחובות, קשה שלא להפנות אל, "טבלת הופלד",⁴⁴ שממנה אפשר ללמוד, לכאורה, גם על קיומה של סימטריה בין הזכות של צד א' לחובה של צד ב'.

מכל מקום, תקצר היריעה מלהתייחס אל עקרון השוויון וביטוייו במשפט במאמר זה, ומכאן שמצאתי אך להאיר קלות על שלוש זיקות בין עקרון השוויון לסימטריה במשפט.

ג. הבסיס העיוני לתאוריית הסימטריה במשפט

בפרק הקודם ביקשתי להדגים את אופן יישום רעיון הסימטריה בענפי המשפט השונים. בפרק זה אבקש להציג את הבסיס העיוני של רעיון זה. אנסה לאתר מה הוביל את המשפטן לחשוב באופן סימטרי בשדה המשפט. כפי שצוין בפרק המבוא, לסימטריה מעמד ומשקל בתחומי החיים השונים. בדרך כלל אנו רגילים לשייך את הסימטריה לתחום האומנות על ענפיה השונים, ואולם כאמור, לסימטריה ביטויים גם בתחומי המדעים המדויקים ומדעי הטבע.

פיתגורס דגל בתיאוריה הרואה בעולם סדר (cosmos ביוונית משמעותו מסודר או יפה). מתוך התבוננות ביקום פיתגורס מצא זיקה בין סדר, הרמוניה, פרופורציה, ליריקה וצדק. הוא גם מצא חשיבות בהבנת הקוסמוס לצורך הבנה עצמית של הסדר העולמי. על כך ציין David Fideler במאמרו "Pythagoreanism Number, Cosmos, And Harmony"⁴⁵:

"Pythagoras was the first person to call the universe a *kosmos*. The Greek term, which is the root of the word *cosmetic*, refers to an equal presence of order and beauty. The universe is a *cosmos* because the phenomena of nature embody geometrical form and proportion [...].

The Pythagoreans (among whom Plato must be counted)

Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 44 YALE L. J. 26, 710 (1917).

David Fideler, *Pythagoreanism Number, Cosmos, And Harmony*, 45 .SCIENCE.JARNK.ORG, <https://bit.ly/3vSqPz1>

perceived a fundamental relationship between proportion and the principle of justice, in which 'each part of the whole receives its proper due.' They believed that the essential nature of justice could be understood through the study of continuous geometrical proportion (*analogia*) and through the study of the mathematical ratios of the musical scale, in which the two extremes of the musical scale are bridged through various types of mathematical proportion [...]. The Pythagoreans likened a just and well-ordered society to a well-tuned lyre [...].

In Pythagorean thought, number gives rise to proportion, and proportion gives rise to harmony. The Greek word *harmonia* means 'fitting together' or 'joining together.' Harmony and justice is the result of good proportion made manifest, and the *kosmos* itself is a harmony in which all of the parts are proportionally bound together. While every organism—including the cosmos – is a unity, it is harmony that allows the parts to function together as an integrated whole [...]. Understanding the cosmos is essential for self-understanding, because humanity is a microcosm, a reflection of the entire world-order in miniature. To know the powers present in the greater cosmos—including the divine powers of order, beauty, and reason—allows humans to become aware of the divine, universal principles reflected within our own being [...]"

לוקה פאצ'ולי הצביע בספרו "על הפרופורציה האלוהית"⁴⁶ על "יחס הזהב"⁴⁷, שהוא קבוע מתמטי הנכון לא רק במתמטיקה אלא גם בציור, פיסול, אדריכלות ומוזיקה ואף בפרופורציות גוף האדם. פאצ'ולי גילה למעשה שיופי ומתמטיקה הולכים יד ביד משך שנים בלי שהמתמטיקאים והאמנים תיאמו זאת. אף "סדרת פיבונאצ'י"⁴⁸ מלמדת אותנו כי היחס בין שני איברים עוקבים שואף

46. LUCA PACIOLI, DE DIVINA PROPORZIONE (1509)

47 קבוע מתמטי של 1.618

48 סדרה במתמטיקה ששני איבריה הראשונים הם 1 ו-1 וכל איבר אחר בה שווה לסכום שני האיברים הקודמים. הסדרה קרויה על שמו של לאונרדו דה פיזה שתואר הסדרה בספרו "ספר החשבוניה" משנת 1202.

ל"יחס הזהב", כאשר מתברר שיחס זה נמצא תואם ליחס של חלוקת תאים ששוכפלו בטבע.

מתמטיקאים רבים מתייחסים אל המתמטיקה בדרך של הנאה אסתטית, באופן דומה לשיירה. לא בכדי יש המוצאים זיקה של המתמטיקה גם למדעי החברה. לא פעם היחס אל פתרון בעיה כפתרון יפה ואסתטי נשמע על-ידי מתמטיקאים. מבין העוסקים בפילוסופיה של המתמטיקה יש כאלו הסבורים שאין זה מקרה שהמתמטיקה והטבע מתאימים זה לזה, ואף חקר כוחות כדור הארץ והגלקסיות קשור בסימטריה.⁴⁹ ואכן, הסימטריה סובבת את האדם בכל אשר ילך.

הטענה שבבסיס מאמר זה היא, שייתכן והאדם ביקש ללמוד מהסימטריה של הטבע ואולי אף מהסימטריה של עצמו הוא, ובעיקר מתבוננתו, על דרך ההתנהגות הרצויה. היינו, על הצורך במציאת שיטה חברתית, ובהמשך שיטת משפט, הבנויה על עקרונות הסימטריה. כלומר, עקרונות של יציבות ושל שיווי משקל בין זכויות ותיקון חברתי במצב של הפרת שיווי משקל זה. רעיון זה של ביסוס התנהלות חברתית על התבוננות בטבע תוך שימוש בתבונה האנושית הוא רעיון שאפשר למצוא לו עיגון ברעיונות המשפט הטבעי.

הבסיס הראשוני של המשפט הטבעי נשען על התבוננות בטבע ועל בחינת החוקיות של הטבע. המלומד עומר שפירא התייחס בספרו: "תורת המשפט"⁵⁰ לתורת המשפט הטבעי, ובין היתר ציין כי:

"בהכללה, ניתן לומר שאסכולת המשפט הטבעי הקלאסי טוענת שיש סדר רציונלי בטבע, בעולם, ביקום, ושמתוך התבוננות בהם ניתן להסיק על קיומם של ציוויים ערכיים מוסריים, שהם נצחיים ואוניברסליים, היכולים לשמש כסטנדרט אובייקטיבי להערכת פעולתם של אנשים ושל גופים פוליטיים ומשפטיים"⁵¹.

בהמשך, הביא המחבר מדבריו של הנס קלזן (שדחה את התפיסה הטהורה של המשפט הטבעי), ולפיהם:

"דוקטרינת המשפט הטבעי מנסה לספק פתרון לבעיה הנצחית של הצדק [...]. מה נכון ומה אינו נכון במערכת היחסים ההדדית בין בני

⁴⁹ ראו, למשל, את "משפט נז'ר" שפורסם בשנת 1918 על-ידי אמי נז'ר. משפט זה מקשר בין סימטריות פיזיקליות וחוקי שימור הנובעים מהסימטריה, דוגמת חוק שימור האנרגיה הנובע מסימטריה להזזה בזמן. למשפט זה חשיבות גדולה בפיזיקה התיאורטית, בין היתר להבנה שחוקי הפיזיקה אינם תלויים בזמן ובמרחב ותקפותם היא נצחית.

⁵⁰ עומר שפירא תורת המשפט פרקי מבוא 157 (2007).

⁵¹ שם.

האדם. התשובה מבוססת על ההנחה שניתן ליצור הבחנה בין התנהגות אנושית טבעית, כלומר התנהגות התואמת את דרך הטבע היות שהיא נדרשת על ידי הטבע, לבין התנהגות אנושית שהיא בלתי טבעית, ולפיכך נוגדת את הטבע ואסורה על ידי הטבע. מהנחה זו משתמע שניתן להסיק מהטבע, כלומר מטבע האדם, מטבע החברה ואף מטבעם של דברים, כללים מסוימים המספקים מרשם להתנהגות אנושית [...]”⁵².

בספרו "הפילוסופיה של המשפט עיון ישראלי" התייחס המלומד חיים שיין לתורת המשפט הטבעי. בין היתר ציין כי:⁵³

”אבן הראשה של המשפט הטבעי הנו המימד האוניברסלי שלו. האוניברסליות משמעותה שלעקרונות המשפט הטבעי יש תוקף בכל מקום ובמובנים רבים הוא כפוי על התודעה האנושית כמו חוקי הלוגיקה”.

לצד הגישה הקלאסית של המשפט הטבעי שהתייחסה אל הטבע כאל המקור למשפט הטבעי, התפתחה גישה מודרנית יותר אשר ראתה בתבונת האדם את המקור למשפט הטבעי. על כך המלומד שפירא בספרו הנזכר לעיל כי:

”[...] תבונת האדם היא המכתיבה אותם כללי התנהגות טבעיים נכונים. תבונת האדם משמשת בהקשר זה בשני תפקידים [...]. ראשית, היא מאפשרת לזהות אותם כללי טבע, כלומר לבצע את תהליך ההיסק של ציוויים ערכיים מתוך סדר הדברים הטבעי [...], ושנית, היא מהווה בעצמה את מקור הסמכות המעניקה לכללים אלו תוקף, כלומר הטענה היא שכללים העומדים במבחן התבונה הם כללי משפט טבעי”⁵⁴.

וכן:

”הגישה המודרנית של המשפט הטבעי [...], מעלה ככלל טענה שאפתנית פחות מזו של האסכולה הקלאסית. אכן, המשפט הטבעי הוא סוג של משפט על, טוענים הדוגלים בגישה זו, אבל הוא אינו

52 שם, בעמ' 157-158.

53 חיים שיין הפילוסופיה של המשפט: עיון ישראלי 188 (2008).

54 שם, בעמ' 159.

מתמקד במציאת הגדרה למשפט פוזיטיבי תקף אלא בניסיון להציע כלי להערכה של המשפט הפוזיטיבי, כלומר האם המשפט התקף הוא משפט טוב ומשפט צודק [...]. הבדל נוסף בין הגישה הקלאסית לגישה המודרנית נעוץ בהתייחסותם השונה למקור התוקף של המשפט הטבעי. בעוד שהגישה הקלאסית מעניקה לו הסבר דתי, הגישה המודרנית מחפשת הסברים 'חילוניים' יותר לתוקף המקור של המשפט הטבעי, המשוך לתבונה האנושית ולכוח ההיגיון"⁵⁵.

אף המלומד שייך בספרו הנזכר לעיל, מבהיר, תוך התבססות על ספרו של אריסטו "האתיקה", כי אחד מיסודות המשפט הטבעי הוא יכולת זיהוי המשפט הטבעי באמצעות התבונה.

"בני האדם, מעצם הגדרתם נחוונו ביכולת להסיק מתוך טבע הדברים, סדירותם וחוקיותם את עקרונות האמת של המשפט הטבעי"⁵⁶.

להתבוננות בטבע וביופי הבריאה כאחד המקורות של המשפט הטבעי המודרני התייחס המלומד ג'ון פיניס. זה טען לקיומם של שבעה "טובין אנושיים בסיסיים" אשר להם השפעה על דרך החשיבה האנושית ודרך קבלת ההחלטות האנושית, ולמעשה מהווים מקור למשפט הטבעי. אחד מאותם "טובין" הוא "Aesthetic experience"⁵⁷, וביחס אליו ציין פיניס כי:

"Many forms of play, such as dance or song or foot-ball, are the matrix or occasion of aesthetic experience. But beauty is not an indispensable element of play. Moreover, Beautiful form can be found and enjoyed in nature. Aesthetic experience, unlike play 'need not involve an action of one's own; what is sought after and valued for its own sake may simply be the beautiful form 'outside' one, and the 'inner' experience of appreciation of its beauty. But often enough the valued experience is found un the creation and/or active appreciation of some work of significant and satisfying

⁵⁵ שם, בעמ' 181-182; על התפתחות המשפט הטבעי ראו גם יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט 78-83 (מהדורה שנייה 2019).

⁵⁶ שייך, שם בעמ' 191.

⁵⁷ זאת לצד הטובין הנוספים שהם חיים, ידע, משחק, חברות, תבונה פרקטית ודת.

form".⁵⁸

סוד גלוי הוא כי, בניגוד לרושם שיכול להתקבל מן המפורט עד כה ביחס לזיקה שבין הטבע למשפט, אין תמימות דעים בין תאורטיקנים של המשפט ביחס לזיקה זו או ביחס ל"טבעיות" זיקה זו. על כך ציין יצחק אנגלרד כי:⁵⁹

"לכאורה מדובר בשאלה תמוהה. מה למשפט ולמדעים? מה יתרום בירור זה להבנה של מהות המשפט? למעשה, שאלה בסיסית זו נוגעת ליחסים שבין המשפט לבין המציאות הטבעית – שאלה שהעסיקה את האדם משחר ימיו וממשיכה להטרידו עד עצם היום הזה [...] עם זאת, בין החוקים של מדעי הטבע לבין החוקים של מערכת המשפט יש הבדל מהותי. המטרה של מדעי הטבע הניסויים היא למצוא הסבר שיטתי לתופעות במציאות. הכוונה להסבר הנשען על רעיון הסיבתיות [...] מבחינתנו חשובה העובדה שה'חוקים' המזכרים במדעים הנזכרים הם תיאור של המציאות. דבר זה נכון גם בנוגע למתמטיקה, שבה יש 'חוקים' ו'משפטים' [...] במערכת המשפט, שהיא תחום עיוננו החוק שונה לחלוטין. אין הוא בא לתאר מציאות או להסבירה וכל מהותו היא דרישה המופנית כלפי בני אדם להתנהג בצורה מסוימת [...] בהיותה דרישה היא עוסקת במה שצריך להיות ברצונו לעומת הרצונו [...] הבחנה מהותית זו – בין חוקי טבע שהם ביטוי למציאות לבין חוקים משפטיים שהם דרישה להתנהגות רצויה – מושתתת על תפיסת עולם ועל מושג ה'מדע' שלפיהם אין אפשרות להסיק מהמציאות מסקנה הגיונית על הרצונו" (ההדגשה במקור – י' ל').

בהמשך ביסס המחבר את דבריו אלו על גישתו של קלזן, שהיה ממבקריו ומתנגדיו הגדולים של תאוריית המשפט הטבעי. לפי קלזן אי אפשר להסיק מהטבע, שהוא בבחינת מציאות, על מה שצריך להיות, לא כל שכן כאשר בציבור יכולה להיות מחלוקת מה נחזה בטבע, מה שמקשה על היכולת להסיק מסקנה מהטבע.⁶⁰

בסקירה הקצרה שערכתי לא ביקשתי להציג את כלל התאוריות המשפטיות

⁵⁸ JOHN FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS, 87–88 (1980).

⁵⁹ אנגלרד, לעיל ה"ש 55, בעמ' 18–20.

⁶⁰ ראו ההפניה שם, בהערה 177 אל "היסודות הפילוסופיים של תורת המשפט הטבעי ושל הפוזיטיביזם המשפטי" אלוהים, מדינה, טבע, אדם – הנס קלזן על תאולוגיה פוליטית ומשפט טבעי (יצחק אנגלרד עורך ומתרגם (2010).

המקובלות בתורת המשפט, ואף לא לעמוד על הכתבים העיקריים של תאוריית המשפט הטבעי. ביקשתי להביא מקצת התייחסותם של תאורטיקנים של המשפט בישראל באשר למקורות המשפט הטבעי והתפתחותו. זאת, מתוך ניסיון להציע בסיס תאורטי-משפטי לזיקה שבין הסימטריה למשפט בתאוריה. כידוע, המשפט הטבעי הוא אך תאוריה אחת מבין כמה תאוריות של תורת המשפט, כאשר התפיסה המקובלת כיום היא כי קרנה של תאוריית המשפט הטבעי, וודאי בצורתה הבסיסית ירד. חרף האמור, סבורני כי אי אפשר לאיין תאוריה זו ולהתעלם ממנה גם בימינו אנו. סבורני כי לתבונת האדם, הנלמדת, בין היתר, מהתבוננות בטבע ובעצמו, יש משקל מסוים, אולי לא מודע, בבחירותיו של האדם כיצד להתנהל בעולם במישור הפרטי ובמישור החברתי. כאמור, אדם מתבונן בטבע ורואה סימטריה. האדם בשכלו מבין שהסימטריה בטבע יוצרת איזון, שיווי משקל ומסגרת חיים נכונה ומשמשת אבן יסוד לחיים עצמם. מכאן, האדם רואה בעקרון הסימטריה כעיקרון טבעי לסדר וליציבות וכפועל יוצא של כך כעיקרון שיכול לסייע להסדר חברתי ואף לצדק. או במובן אחר, רעיון הסימטריה כעיקרון יסודי בטבע הוא גם עיקרון יסודי בתבונה החברתית. זאת, אם נראה בסימטריה כבסיס, למשל לעקרון השוויון או לעיקרון של מניעת פגיעה באחר. זאת אומרת, השוויון כערך חברתי מקורו לא בהסדרים חברתיים-משפטיים (בדומה לעקרונות הפוזיטיביזם) תלוי זמן או מקום (או לא רק בהם) אלא בעיקרון טבעי על-זמני, בהתאם למשפט הטבעי.⁶¹

ד. ביטויים למצבים א-סימטריים במשפט הישראלי

בפרקים עד כה הצגתי באופן כללי את הטענה בדבר תחולת עקרון הסימטריה במשפט, הצגתי ביטויים של תחולה זו בענפי המשפט השונים בישראל וניסיתי להציג בסיס עיוני-משפטי לרעיון זה של תחולת הסימטריה במשפט. בפרק זה אבקש לפרוץ המסגרת ששרטטתי עד כה ולהציג מצבים במשפט, באותם ענפי משפט שנבחנו קודם לכן, בהם המשפטן בוחר דווקא בפתרונות א-סימטריים במשפט.

1. דיני עונשין – חריגה ממתחם העונש ההולם

⁶¹ מובן שאפשר לתהות, אם הסימטריה היא בגדר עיקרון טבעי על-זמני ומקום, הכיצד שיטות משפט קדומות לא דגלו בעקרונות של שוויון ואיזון משאבים הנגזרים לכאורה מהסימטריה. על כך אפשר להשיב כי בעבר החוק ניצח, כפי שאפשר, למשל, להסיק מגישתו של תומאס הובס בספרו לויטן (1651). אולם הרגש הפנימי של האדם, התבונה הבסיסית הרגישה שמשוהו "לא נכון", וברבות השנים עם התפתחות התבונה האנושית-משפטית-מדינית יותר ויותר אנשים וחברות מגלים או שמא חוזרים לעקרונות הטבע הבסיסיים הללו.

כאמור, משחרר ההיסטוריה עיקרון ההלימה הוא עיקרון מוביל בדיני הענישה ברחבי העולם. כפי שציינתי, ההלימה בין העונש לעבירה היא ביטוי פרטי כחלק מדיני העונשין לרעיון הסימטריה. עונש הולם שומר על סימטריה בין מידת הנזק שהסב הנאשם לחברה, בעבירה שעבר, למידת הנזק שמסבה החברה לנאשם שהורשע בעונש שהוטל עליו.

שיטות משפט שונות, ביניהן השיטה הישראלית, מצאו לקבוע מנגנון שלפיו מונחה בית המשפט לקבוע בגזר הדין "מתחם עונש הולם". מנגנון זה מקפל בתוכו ההכרה בכך כי ביחס לכל מקרה ומקרה קיים טווח של ענישה אפשרית אשר תהלוך את חומרת העבירה שנעברה, לרבות את מידת האשם של הנאשם. כך, כל עונש שיוטל בתוך טווח זה יהיה הולם וישמור על עקרון ההלימה. בישראל, לפי מנגנון ענישה זה, תחילה משרטט בית המשפט את גבולות מתחם העונש ההולם (התחתון והעליון) וזאת על בסיס אופי הערכים החברתיים שנפגעו בשל העבירה שעבר הנאשם, מידת הפגיעה בהם, הענישה הנוהגת והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. בכלל זה בוחן בית המשפט גם את התכנון שקדם לביצוע העבירה, חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה, הנזק שנגרם מביצוע העבירה והנזק שעלול היה להיגרם, הסיבות שהביאו הנאשם לעבור העבירה ועוד. רק בשלב שלאחר מכן על בית המשפט לקבוע את העונש המדויק של הנאשם בתוך מתחם העונש ההולם שנקבע.⁶² לפי מנגנון זה, שיקולים הקשורים בנאשם כדוגמת נסיבותיו האישיות, שלהן זיקה לביצוע העבירה, קבלת אחריות ועבר פלילי, ככלל יקבלו ביטוי אך בשלב השני של גזירת הדין, היינו בשלב של מיקום עונשו של הנאשם בתוך מתחם העונש ההולם.⁶³

לצד הכלל שלפיו על העונש שמוטל להלוך את העבירה, בתי המשפט מוצאים לא פעם להטיל על נאשמים עונש שחורג ממתחם העונש ההולם. בישראל, המחוקק הכיר באפשרות שכזו עת קבע כי:

"קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם ולקבוע את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקומו, וכן להורות על נקיטת אמצעי שיקומי כלפי הנאשם [...]"⁶⁴.

⁶² ס' 40 ו-40ט לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

⁶³ ס' 40א לחוק העונשין.

⁶⁴ ס' 40ד(א) לחוק העונשין. לצד סעיף זה התייחס המחוקק בס' 40ד(ב) לחוק העונשין לאפשרות החריגה כאמור במקרים שבהם מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם היו בעלי

חריגה ממתחם העונש ההולם לכיוון ההפוך, היינו לחומרה, אפשרית אף היא לפי חוק העונשין הישראלי, אך זו מוגבלת ומותנית בכמה תנאים:

"קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא שיש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, וכי החמרה בעונשו והרחקתו מהציבור נדרשות כדי להגן על שלום הציבור, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם, ובלבד שלא יהיה בעונש משום החמרה ניכרת מעבר למתחם העונש ההולם; בית המשפט לא יקבע כאמור אלא אם כן מצא שלנאשם עבר פלילי משמעותי או אם הוצגה לו חוות דעת מקצועית".⁶⁵

לצד העילות הסטטוטוריות לחריגה ממתחם העונש ההולם הוכרה במשפט הישראלי גם עילה נוספת לחריגה ממתחם העונש ההולם, היא החריגה מטעמי צדק. תחילה הוצעה עילה זו בספרות,⁶⁶ ובהמשך הוכרה גם בפסיקה של בית המשפט העליון אשר קבע כי:

"להשקפתי, עקרון המידתיות בענישה, שעקבותיו ניכרים לא אחת באופן שבו הותווה שיקול הדעת השיפוטי בקביעת העונש במסגרת התיקון, על השלבים הקבועים בו, צריך להנחותינו גם באותם מקרים חריגים וקיצוניים שבהם ראוי יהיה – בגדר הדין הקיים וכל עוד לא שונה – לחרוג ממתחם העונש ההולם נוכח שיקולי צדק".⁶⁷

לשם השלמת התמונה ראוי להזכיר בהקשר זה את הצעת החוק שנוסחה לאחר פסיקה זו, אשר ביקשה לעגן בחוק את האפשרות לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם בהתקיים "נסיבה מיוחדת ויוצאת דופן שאינה קשורה בביצוע העבירה".⁶⁸ בהצעה הוזכרו נסיבות של "הפגיעה של העונש בנאשם עלולה להיות קשה במיוחד בשל מצבו הבריאותי החריג"; "כתוצאה מביצוע העבירה נגרמה לנאשם או לקרוב משפחתו פגיעה גופנית חמורה"; "התנהגות רשויות אכיפת החוק עמדה בסתירה

חומרה יתרה.

⁶⁵ ס' 40 לחוק העונשין.

⁶⁶ ראו, למשל, יובל ליבדרו "חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק" הסניגור 4, 197–198 (2013); רות קנאי "לקראת יישום ראוי של תיקון 113 – הערות ראשוניות" הסניגור 4, 196 (2013).

⁶⁷ ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פס' 216 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו) 29.12.2015.

⁶⁸ הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשע"ו–2016, ה"ח הממשלה 1078.

מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"; "חלף פרק זמן ארוך במיוחד מעת ביצוע העבירה" כנסיבות שמצדיקות במקרה המתאים חריגה לקולה ממתחם העונש ההולם.

ואומנם, השיטה הישראלית, ולא רק היא,⁶⁹ הכירה בכך שקיימים מקרים שבהם נכון יהיה להטיל על נאשם עונש שלא יהלום את העבירה שעבר. חוסר הלימה זה משמעו א-סימטריה בין הנזק לסנקציה, או לנזק שגורמים לנאשם. מרבית המצבים שהוכרו בישראל מתייחסים לא-סימטריה לטובתו של הנאשם, היינו לחריגה לקולה ממתחם העונש ההולם. ואולם כזכור, הוכרה גם אפשרות של א-סימטריה לרעת הנאשם אך זו הוגבלה לכך שהחריגה לא תהיה ניכרת והותנתה בכך שלנאשם עבר פלילי משמעותי או שהוצגה בעניינו חוות דעת מקצועית (למשל הערכת מסוכנות מינית) שתצדיק חריגה זו. למיטב ידיעתי, החריגה לחומרה ממתחם העונש ההולם עודנה בגדר חריג שבחריגים וכמעט אי אפשר למצוא לה ביטוי בפסיקה, וזאת להבדיל מהחריגה לקולה שנעשה בה שימוש לא מועט בפסיקה.

כאמור, כיום, האפשרות לחרוג לקולה מבוססת בעיקר על שיקולי שיקומו של הנאשם, מה שמעלה את השאלה אם מתן יד לשיקומו של הנאשם אכן מוביל למצב א-סימטרי במשפט. לטעמי ראוי לבחון את הענישה השיקומית במשקפיים רחבים ולזכור כי שיקומו של הנאשם הוא לא רק אינטרס של הנאשם כי אם גם של החברה בכללותה.⁷⁰

הכרה בכך ששיקומו של הנאשם היא בגדר תכלית עונשית מוכרת ומגשימה גם את האינטרס הציבורי. זאת לצד הכרה בכך שהמשפט הפלילי מתנהל בין המדינה לפרט ולא בין פרט לפרט, בשל הפגיעה בערכים החברתיים המוגנים בחברה, תוביל למסקנה שבמבט הרחב ענישה שיקומית יכולה לשמר את עקרון הסימטריה. הסימטריה בהקשר תהיה בין הנזק החברתי שהסב הנאשם בשל העבירה שעבר לבין התועלת החברתית שתצמח לחברה מהעונש שהוטל על דרך שיקומו של הנאשם. ענישת העברין נועדה להגשים תכליות חברתיות. לרוב וככלל התכליות החברתיות אותה מבקשת החברה להגשים תהיה של גמול והרתעה באמצעות השתת עונש הולם. כך, מי שאנס בהכרח יש להטיל עליו עונש בעל מאפיינים גמולים והרתעתיים דוגמת עונש מאסר לתקופה ממושכת. אך יכול ובמקרה אחר החברה תבקש להגשים דווקא תכלית ענישה אחרת של שיקום,

⁶⁹ עניין קלנר, לעיל ה"ש 67, בפס' 201–211 לפסק הדין של השופט פוגלמן. מפסקה זו עולה כי הן בארצות-הברית (במישור הפדראלי), הן באנגליה ובווילס, הן בניו-זילנד, הן באיטליה והן בפינלנד קיימת האפשרות לחרוג מהנחיות הענישה הפרטניות בשל מצבו האישי-רפואי של הנאשם או משיקולי צדק ואינטרס ציבורי.

⁷⁰ ראו, מיני רבים, ע"פ 9090/00 שניידרמן נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן (נבו 22.2.2021).

למשל גמילה מוצלחת של נרקומן שגנב מעת לעת לצורך מימון הסם. כפי שצוין, לא רק מטעמי שיקום אפשר להגיע לתוצאה א-סימטרית במשפט כי אם גם מטעמי צדק. זאת, במקרים שבהם כל עונש שיוטל על הנאשם בתוך מתחם העונש ההולם לא יהיה "צודק". טעמי צדק אלו יכולים להיות קשורים במצבו הרפואי החריג והקשה של הנאשם כפי שהיה בעניינו של הנאשם לופליאנסקי בעניין קלנר ויכולים להיות קשורים במצבים האחרים שהוזכרו בהצעת החוק הנזכר לעיל, שסובבים כולם סביב תחושת הצדק שתפגע לו יוטל על הנאשם עונש בתוך מתחם העונש ההולם.

2. דיני נזיקין – פיצוי עונשי

פיצוי עונשי הוא מופע נוסף של מצב א-סימטרי במשפט. כאמור לעיל, עיקרון יסוד בדיני הנזיקין הוא להשיב את מצבו של הניזוק למצבו לפני הנזק שנגרם לו. בדרך כלל השבת המצב לקדמותו תיעשה באמצעות סעד הפיצוי. והנה, מתברר כי קיים מנגנון חריג המכונה "פיצוי עונשי", שמשמעותו פיצוי הניזוק מעבר לנזק שנגרם לו.

על כך ציין בית המשפט העליון כי:

"על פני הדברים, דיני הנזיקין הקלאסיים מקנים לניזוק פיצויים אשר תכליתם העיקרית היא השבת המצב לקדמותו – כלומר, ריפוי הנזקים שנגרמו לניזוק עקב מעשה העוולה ותיקונם, באמצעות פיצוי כספי שיבואו עד כמה שאפשר למצב דומה או שווה ערך למצב שבו היה אלמלא בוצעה העוולה [...]."

הנה כי כן [...] נדמה כי אין מקום בדיני הנזיקין הישראליים לפיצויים אשר חורגים מגדרי הנזק אשר נגרם בפועל עקב מעשה העוולה, ואולם עוד בשנות ה-50 של המאה הקודמת הכיר בית משפט זה בסמכות לפסוק פיצויים 'חורגים' מעין אלה, והם פיצויים עונשיים בגין עוולות קשות אשר בוצעו מתוך זדון או הסבו לניזוק נזק ניכר.⁷¹

על פיצויים אלה נאמר גם כי:

⁷¹ ע"א 71/18 הרשות הפלסטינית נ' יורשי המנוחה בן שלום ז"ל, פס' 74-75 לפסק הדין של השופטת וילנר (נבו 10.3.2021).

"פיצויים לדוגמה נ'פיצויים עונשיים' – י' ל', הם פיצויים שעל המזיק לשלם לניזוק בסכום שאינו משקף הערכה של הנזק שגרם המזיק לניזוק על ידי עוולה, אלא בא להעניש את המזיק על התנהגותו המזיקה ובכך לבטא סלידה ממנה. פיצויים אלה ניתנים, על כן, לאחר שכבר הוערכו הנזקים הרגילים, ואין מטרתם להשיב את המצב לקדמותו".⁷²

פיצוי שכזה מפר את הסימטריה בשני רבדים: ראשית, ביחסים שבין המזיק לניזוק. המזיק במקרה שכזה נאלץ לשלם פיצוי לניזוק בשיעור העולה על הנזק שהסב לו. שנית, במצבו של הניזוק לפני הנזק שנגרם לו ולאחריו.

לכאורה, אי-סימטריה זו גורמת לאי-סדר וכפועל יוצא גורם, לכאורה, לאי-צדק. נשאלות השאלות: מדוע אפוא על המזיק לפצות בשיעור העולה על הנזק שגרם? ומדוע על הניזוק לקבל פיצוי מעבר לנזק שנגרם לו? לא בכדי הגדיר בית המשפט העליון מצב זה כמצב אנומלי.⁷³ אנומליה זו היא-היא אי-הסימטריה. אי-סימטריה זו, על שני רבדיה, נמצאת בבסיס הביקורות היוצאות כנגד מנגנון זה. אחת הטענות העולות נגד מנגנון הפיצוי העונשי הוא שמנגנון זה, אשר מבקשים להחיל אותו במקרים של היקף נזק חריג או של פגיעה בזכויות חוקתיות או במקרים שבהם למזיק היית רמת אשם גבוהה, הוא למעשה מנגנון המיובא מדיני העונשין אל תוך דיני הניזוקין. זאת בלי שניתנו למזיק הכלים הראויים להתמודד עם סנקציות עונשיות, כלים דוגמת דרישת רף הוכחה של "מעבר לספק סביר" המקובל בדיני העונשין. בהמשך לכך, נשמעת טענה שלפיה אם מדובר ב"כלי עונשי" שבא לקדם תכליות חברתיות דוגמת גמול והרתעה, אזי ראוי שהציבור בכללותו יינה מפירותיו. זאת בדיוק כמו הקנס הפלילי המועבר לקופת המדינה, ולא לניזוק עצמו, שאין כל סיבה להיטיב את מצבו מעבר לנזק שנגרם לו.

ייתכן שהתשובות לטענות אלו קשורות בנקודת המבט שבאמצעותה בוחנים את מנגנון הפיצוי העונשי. אם נקודת המבט תתייחס למזיק ולפועלו, נגלה כי, לעיתים, המזיק גורם נזק גבוה מזה שנחשף במקרה הקונקרטי של הניזוק. אחת מקבוצות המקרים השכיחות לשימוש במנגנון הפיצוי העונשי מתייחסת למקרים של נזקים מפוזרים ואכיפת חסר. כך, למשל, במקרה של מפעל מסרטן שרק בודדים מעובדיו או מסביבתו תובעים את המפעל בשל הנזק שהוא גורם. במקרה שכזה, פיצוי עונשי לא יגשים רק תכליות הרתעתיות של המשפט כי אם גם תכליות הקשורות בצדק המתקן, מנקודת מבט הקשורה במזיק. הטלת פיצוי עונשי מעבר לנזק שנגרם לניזוק הקונקרטי שתבע תוביל לתיקון, ולצדק, ובמידה

⁷² גלעד, לעיל ה"ש 19, בעמ' 343.

⁷³ ע"א 140/00 עזבון המנוח אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פס' 75 לפסק הדין של השופט ריבלין (נבו 15.3.2004).

מסוימת גם לסימטריה שבין הנזק שגרם המזיק לחברה כולה ולפיצוי שזה נותן לחברה כולה בגין הנזק שגרם.⁷⁴

אכן, תשלום הפיצוי העודף לניזוק הספציפי לא שומר על סימטריה מנקודת המבט של היחסים הביולטריים שבין המזיק לניזוק ואף מנקודת מבטו של הניזוק (בין מצבו לפני הנזק למצבו לאחר הנזק). אך אפשר להסתכל על כך כיישום מסוים של רעיון התביעה הייצוגית, שבו התובע הייצוגי מייצג חברה ונהנה ממרבית פירות התביעה בשל שכר הטרחה שלקח על עצמו.⁷⁵ בהקשר זה יצוין כי היו מקרים שבהם בשלב זה הוחלט להעביר חלק מהפיצוי העונשי שהוטל לטובת קרן חברתית.⁷⁶

באופן דומה, ייתכן שיש מקום לפיצוי עונשי גם במקרים שבהם הפיצוי העונשי מקורו ברמת אשם גבוהה במיוחד של המזיק מתוך הכרה שהמזיק ביקש לגרום לנזק או היה נכון לגרום לנזק בהיקף גדול מזה אשר נגרם בפועל. במקרה שכזה מידת האשם הגבוהה היא שנמצאת בסימטריה עם הפיצוי הגבוה. הדבר מזכיר במקצת את ההסדר שנקבע בסעיף 34(ד) לחוק העונשין ולפיו ככלל העונש המוטל על העבירה המושלמת חל גם על מי שרק ניסה לבצע את העבירה האמורה אף שזו לא התממשה. זאת, חרף כך שאין נזק ממשי בגין הניסיון שלא הושלם. ככלל, הסנקציה תהיה זהה לסנקציה שהייתה מוטלת לו העבירה התממשה. גם בהקשר של הניסיון הפלילי, המשקל שניתן הוא לחומרת המחשבה הפלילית של הנאשם ולשיקולי הרתעה.

מכל מקום, נראה כי חרף אי-ההתאמה הבסיסית של מנגנון הפיצוי העונשי במשפטי נזיקין, אין עוד מחלוקת כי משיקולי הרתעה, יעילות, הגינות חברתית ואף משיקולי צדק, קיימת תחולה למנגנון זה במקרים החריגים המתאימים. כאמור, החלת מנגנון זה אכן תיצור אי-סימטריה ביחסים הביולטריים שבין המזיק לניזוק, ואף ביחס למצבו של הניזוק לפני מעשה העוולה למצבו לאחריו. אולם נראה כי נכון לאפשר מצב שכזה במקרים חריגים שבהם הוכחה פגיעה רחבה של המזיק באינטרסים חברתיים משמעותיים. אזי חיוב המזיק בפיצוי העולה על נזקו של הניזוק עשוי להוביל לסימטריה ביחס למצבו של המזיק – בין התועלת שהפיק ממעשה העוולה למחיר שמשלם בגינה – ואף באשר ליחסים שבין המזיק לחברה בכללותה.

3. דיני חוזים – פטור מחובת ההשבה

⁷⁴ עניין הרשות הפלסטינית, לעיל ה"ש 71, בפס' 79 לפסק הדין של השופט וילנר; עניין אטינגר, שם, בפס' 76 לפסק הדין של השופט ריבלין.

⁷⁵ ראו עניין אטינגר, שם, בפס' 75 לפסק הדין של השופט ריבלין.

⁷⁶ רובינשטיין "פיצויים עונשיים – מבט מכס המשפט", לעיל ה"ש 23, בעמ' 104, 117.

כמתואר בפרק השני, נקודת המוצא בדיני החיובים השונים היא השבה. השבת המצב לקדמותו בנוזיקין; השבה תמורה שנתקבלה במסגרת חוזה שבוטל; ומעבר לאלה קיימת חובת השבה במקרה של התעשרות שלא כדין, בהתאם לסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 הקובע כי:

"מי שקיבל שלא על פי זכות נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה".⁷⁷

ההשבה היא אפוא נקודת מוצא במצבים המצדיקים השבה, אך לאו דווקא את נקודת הסיום בכל מקרה ומקרה. הדין מכיר בחריגים שבהם לא תהיה השבה חרף קיומו של מצב עובדתי המעמיד לכאורה חובת השבה.

סעיף 2 לחוק עשיית עושר, שכותרתו "פטור מהשבה", קובע כי:

"בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזוכה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת".

לכאורה, הפטור מהשבה שבו דן סעיף 2 לחוק עשיית עושר, מתייחס אך למצבים שבהם חובת ההשבה היא מכוח חוק זה. אולם התפיסה המקובלת היא זו הרואה בסעיף 2 לחוק עשיית עושר הוראה כללית שלה תחולה אף ביחס לחוקים ספציפיים שבהם לא נכללו הוראות דומות, דוגמת חוק החוזים וחוק התרופות. המלומדים דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור מציינים בעניין זה כי:

"אנו סבורים כי הגנות אלו [המנויות בסעיפים 2 ו-3 לחוק עשיית עושר – י' ל' יפות, בדרך כלל, גם להוראות בדבר השבה שבחוקים הספציפיים, שבהן לא נכללה הגנה מקבילה. הטעם לכך הוא שההגנה הכללית, אשר בסעיף 2 לחוק עשיית עושר, נקבעה כהגנה בפני העקרון הכללי [...]".⁷⁸

ראוי לציין כי בעניין זה הייתה מחלוקת בפסיקה אך בסופו של דבר אומצה העמדה

⁷⁷ כאמור בפרקים הקודמים וכפי שעוד יצוין, תכלית ההשבה, תנאי ההשבה והיקפם משתנים במסגרות הדינים השונים, ולא מצאתי להרחיב בעניין זה.

⁷⁸ דניאל פרידמן ואלירן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט 65 (2015).

התומכת בגישת המחברים. כך למשל הבהיר השופט מאיר שמגר כי:

"מקובלת עלי העמדה אשר קיבלה ביטוי באותן פרשות, ולפיה מהווים דיני עשיית עושר ולא במשפט מערכת דינים הכוללת לא רק את ההסדר הקבוע בחוק עשיית עושר ולא במשפט, אלא גם הוראות המצויות מחוץ לחוק זה ואשר מטרתן למנוע התעשרות שלא כדין. בין אותן הוראות אפשר למנות את סעיף 9 לחוק התרופות וסעיף 21(א) לחוק החוזים (חלק כללי), המורות על השבה הדרתית כאשר מתבטל חוזה [...]. יישומה העקבי של גישה זו מוביל למסקנה, כי יש להחיל את ההגנה הקבועה בסעיף 2 לחוק עשיית עושר גם על תביעות השבה המבוססות על ההוראות הנ"ל בחוקי החוזים [...]"⁷⁹.

סעיף 2 לחוק עשיית עושר מתייחס לשתי עילות פטור מהשבה: הראשונה, מתייחסת למצב שבו הזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה, והשנייה מתייחסת למצב שבו קיימות נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת. עילת הפטור מהשבה הקשור במקרה הראשון רלוונטית פחות לענייננו, שכן במקרה זה הזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה, ומכאן שהפטור מההשבה לא יוביל למצב א-סימטרי ביחסים הביטורליים. נוכח האמור אתי יחסי בעיקר לעילת הפטור השנייה, זו הקשורה לנסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת. באשר לעילת פטור זו נאמר כי זו מבססת הגנה כללית מטעמי צדק ויושר הקשורה בתרומת הצדדים להיקף הנזק שנגרם, למידת האשם של הצדדים ובאופן כללי להתנהגותם. בעניין זה קבעה השופטת איילה פרוקצ'יה כי:

"הגנה כללית של טעמי צדק ויושר מציבה אפוא, בעצם טיבה, את התנהגות הצדדים במוקד שיקול-הדעת השיפוטי. היא בוחנת את שאלת האשם של מבקש ההקלה או פטור מהשבה; היא משווה את תרומתם של הצדדים להיווצרות הצורך בהשבה, להיקף הנזק שנגרם ולהיווצרות הנסיבות שבגינן מתבקשת הגנה שבצדק וביושר; היא מאפשרת התחשבות בעקרונות של צדק חלוקתי, החותר לעשיית צדק בין הצדדים לחוזה על-פי מצבם האובייקטיבי [...]. תכליתה של הוראת הפטור או ההפחתה מהשבה בחוק עשיית עושר

⁷⁹ ע"א 2702/92 גינזברג נ' בן יוסף, פ"ס' 9 לפסק הדין של השופט שמגר (נבו 15.3.1993); דנ"א 10901/08 בייזמן השקעות בע"מ נ' משכן, פ"ס' 30 לפסק הדין של השופטת נאור (נבו 17.7.2011).

נועדה לתת בידי בית-המשפט כלים לעשות צדק יחסי בין הצדדים מקום שחויבו של הנתבע בהשבה (מלאה או חלקית) עלול לגרום לו עוול גדול מזה שייגרם לתובע אם יופטר מהשבה מלאה או חלקית. מטרתה להביא לתוצאה צודקת במישור היחסים בין הצדדים בצד הסתכלות חברתית כוללת המבקשת ליישם נורמה מוסרית שעל-פיה לא ייצא חוטא נשכר. על פני הדברים את מושג ה'צדק' שבסעיף 2 לחוק יש להשאיר פתוח וגמיש, ואין ליצור הבחנות נוקשות בקשר לכך [...]. היעדר תום לב או התנהגות עוולתית של נתבע אינם שוללים בהכרח, ובכל מקרה, את תחולת הגנת הפטור או הפחתת ההשבה לגביו. שיקולי צדק יחסי בהשבה עשויים לעתים, גם אם במקרים נדירים, להצדיק מתן הגנה לנתבע שכזה [...]. התנהגות התובע עשויה אף היא להיות בעלת חשיבות בין הצדדים, [...]"⁸⁰.

ואומנם, נמצאה לנו מעין עילת-סל לביטול השבה או להפחתתה. עילה זו קשורה בטעמי צדק ויושר וקשורה בטבורה להתנהלות הצדדים עובר לכריתת החוזה, במהלך כריתת החוזה ולאחריה. ודוק, אף על פי שמדובר בעילת סל שאל תוכה אפשר להכניס מקרים רבים, הודגש כי השימוש בהגנה זו צריך להישמר למקרים חריגים בלבד. זאת נוכח עקרון ההדדיות, לרבות בהקשר של השבה, המאפיין את היחסים החוזיים.⁸¹

מתן פטור או הגנה לצד לחוזה מלהשיב את שקיבל בהתאם לחוזה, או אף מתן "הנחה" בדמות השבה חלקית יוצר מצב א-סימטרי מקום בו הצד השני לחוזה השיב את כל מה שקיבל בהתאם לחוזה. היעדר הסימטריה הוא בין הצדדים לעניין היקף ההשבה בניגוד לעקרון ההדדיות בחוזים; ובין מצבו של מקבל הפטור לאחר ביטול החוזה ביחס למצבו קודם לכריתת החוזה. אולם במבט רחב יותר ביחסים שבין שני הצדדים דווקא פטור זה מחובת ההשבה, או פטור מחובת השבה מלאה, הוא זה שעשוי להוביל לסימטריה במצבם הכללי של הצדדים.

4. דיני זכויות אדם – העדפה מתקנת וזכויות קבוצתיות

כפי שצוין בפרק השני, עקרון השוויון הוא ביטוי של הסימטריה במשפט. אין צורך להכביר מילים מדוע השוויון, למשל בין אזרחים לפני החוק, נשען על יסודות מובהקים של צדק. אך, האם יש לנו דוגמה בה המשפט פועל שלא בשוויון, במובנו

⁸⁰ עניין פרג', לעיל ה"ש 34, בפס' 11 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה וההפניות שם.

⁸¹ שם, בפס' 12.

הבסיסי, היינו שלא בסימטריה ועדיין מבקש להשיג הוא צדק? לטעמי התשובה לכך חיובית. אבקש להפנות בעניין זה לעיקרון ה"העדפה המתקנת" שמבקש לתת עדיפות לפרטים המשתייכים לקבוצה מסוימת על פני פרטים שאינם משתייכים לאותה קבוצה. העדפה זו, לכאורה, פוגעת בשוויון בין פרטים שונים או בין קבוצות שונות, מבחינת חובת השלטון לנהוג בניטרליות ("עוורון צבעים"), ואולם לא היא. למעשה אנו יודעים כי העדפה מתקנת באה לצמצם תופעות חברתיות של חוסר שוויון בין קבוצות בחברה – נשים או מיעוטים למשל.⁸²

יש המזהים את ניסיון המשפט להתמודד עם ההבחנות הקיימות בחברה בין קבוצות שונות כחלק מ"דיני ההפליה", דינים שתכליתם להשיג שוויון מהותי וכפועל יוצא "צדק מערכתני". דינים אלה מתייחסים לכוח ול"מיקומן" של הקבוצות בחברה, ופחות לפרטים בתוך אותה קבוצה, הגם שהם אלה שיהנו בסופו של יום מדינים אלה. בהקשר זה נטען בין היתר דווקא לחולשתו של עקרון השוויון ככלי למיגור ההפליה בחברה. תימוכין לטענה זו אפשר למצוא בהמשך קיומם של יחסי היררכיה חברתיים בין אותן קבוצות דוגמת גברים ונשים ולבנים ואלה שאינם לבנים.⁸³ פתרון בהקשר של "קבוצות" בחברה, יכול לבוא לידי ביטוי בהכרה ב"זכויות קבוצתיות", לרבות של תתי-קבוצות למשל קבוצת הנשים במגזר החרדי או קבוצת הנשים במגזר הערבי.⁸⁴ אך יכול לבוא גם לידי ביטוי במעין מתן "פטור" משוויון לפרט הנמנה על קבוצה מוחלשת.⁸⁵ מתן "פטור" משוויון משמעותו היא יצירת מצב א-סימטרי בין הפרט המבקש פטור זה לבין פרט אחר שלא נמנה על אותה קבוצה. ודוק, הזכות ניתנת לפרט השייך לאותה קבוצה ואולם ההכרה בזכות היא מכוח שיוכו של הפרט לקבוצה.

לסיכום עניין זה, הכרה בזכויות קבוצתיות אלה נשענת על ההנחה שלפיה לא קיימת סימטריה בין קבוצות הרוב לבין קבוצות המיעוט בכל מה שנוגע לכוח ולמעמדן הציבורי.

העדפה מתקנת או הכרה בזכויות של הפרט, בשל השתייכותו לקבוצה

⁸² ראו ספרו של מדינה, לעיל ה"ש 36, בעמ' 331; פרנסס רדאי "תאוריה משפטית, חקיקה והתדיינות פמיניסטית בישראל: רטרוספקטיבה" עיונים במשפט מגדר ופמיניזם (2007); משה כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" עבודה חברה ומשפט יא 195 (2005); והיטיבה להגדיר זאת דליה דורנר בכותרת מאמרה, דליה דורנר "הבחנה משווה ומעמד האשה" עיוני משפט כ 541 (1997).

⁸³ יפעת ביטון "על שלושה דברים העולם (הליברלי) עומד, והשוויון צולע" עבודה, חברה ומשפט טו 92, 100 (2018).

⁸⁴ ראו, למשל, בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים (נבו 27.6.2013). במקרה זה התקבלה עתירה נגד החלטת בית הדין השרעי שלא למנות בוררת אישה במסגרת הליך גירושין שהתנהל בפני בית הדין.

⁸⁵ עידו פורת "זכויות קבוצתיות בישראל – שלושה מבחנים מנחים" מחקרי משפט ל 387, 394 (2016).

מוחלשת, למשל דרך מתן "פטור" מדרישת ה"שוויון האריסטוטלי", מאפשרת הבחנה בין שונים. היא מגינה באופן א-סימטרי על קבוצה מוחלשת ולא על קבוצה "חזקה" (דוגמת קבוצת הגברים או קבוצת הלבנים). אולם, למעשה, מבקשת היא להשיג בפועל שיווי משקל, סימטריה, בהיבט הרחב ואלו בתורם יובילו לצדק ולשוויון בחברה החורג מעניינם הפרטני של הצדדים.

ה. סיכום – שני פנים לצדק: הצדק כבסיס לסימטריה במשפט והצדק כבסיס לא-סימטריה במשפט

עיון בדוגמאות שהובאו בפרק השני על נוכחותה של הסימטריה בענפי המשפט השונים של המשפט הישראלי מלמד כי המכנה המשותף לכל הדוגמאות הוא קיומה של זיקה בין הסימטריה לצדק.

כך, עקרון ההלימה בענישה בדיני העונשין מבקש להשיב לנאשם כגמולו. קרי, לא להחמיר איתו ביתר מטעמי הרתעה ומאידיך גיסא לא להקל עימו ביתר מטעמים הקשורים למשל בנסיבותיו האישיות. הצדק בענישה בא לידי ביטוי בהשתתפות עונש שטומן בחובו גמול הולם לנאשם בגין הפגיעה החברתית שהסב; כך, עיקרון השבת המצב לקדמותו קשור בטבורו לתכלית הצדק המתקן המוכרת בדיני הנזיקין; כך, רעיון ההשבה המקובל בדיני החוזים שלו קשר לשיקולי צדק. וראו, למשל, סעיף 18(ב) לחוק התרופות אשר מאפשר לבית המשפט להורות, בין היתר, על השבה "[...] והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראית לו"⁸⁶ וכך, כמובן, ההכרה בעקרון השוויון בדיני זכויות האדם כעיקרון-על הביא לתחושת צדק פרטני וחברתי כאחד.

בחינת הדוגמאות שהובאו מלמדת כי יצירת הסימטריה בין מצב הצדדים לאחר מעשה העבירה, העוולה, ההפרה או ההפליה לבין מצבם קודם לכן מובילה לעשיית צדק במשפט. זאת בדרך של איזון הזכויות והחובות מקום שבו פלוני פגע בזכות של אלמוני (גופנית או קניינית למשל) בדיני הנזיקין או בדיני החוזים. או בדרך של השתתפות עונש הולם מקום שבו פלוני פגע בערך מוגן של החברה (שאף הוא יכול להיות קשור בהגנה על שלמות גופו של האדם, חייו או קניינו) או בדרך של שלילת הפליה אסורה.

אם כן, יצירת סימטריה במשפט מובילה לעשיית צדק במשפט, ולהיפך עשיית צדק בענפי המשפט השונים מובילה, הלכה למעשה, לסימטריה במשפט. ואולם, כפי שהוצג בפרק הרביעי, המשפט מכיר גם במצבים שכונו במאמר זה מצבים א-סימטריים. היינו מצבים שבהם הפתרון המשפטי שנבחר לא מוביל

⁸⁶ לעניין ביסוס המשפט הפרטי – ביחסים שבין אדם לחברו – על עקרונות של צדק ראו חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" עיוני משפט מא 307 (2019).

לאיזון היחסים שבין פלוני לאלמוני או בין פלוני למדינה. בעניין זה הוזכרו המצבים של חריגה ממתחם עונש הולם מטעמי צדק בדיני העונשין, פיצוי עונשי בדיני הנזיקין, פטור מחובת ההשבה בדיני החוזים ורעיון ההעדפה המתקנת בדיני זכויות האדם.

נוכח הזיקה שנמצאה בין הסימטריה להגשמת הצדק במשפט היינו מצפים להיווכח שבחירת פתרונות א-סימטריים במשפט יובילו בהכרח לאי-צדק, ולא היא. מהסקירה שנערכה עולה כי קיימים מצבים חריגים שבהם דווקא בחירת פתרונות א-סימטריים תוביל לעשיית צדק במשפט.

כך, חריגה לקולה ממתחם העונש ההולם בנסיבות חריגות – למשל במצב רפואי קשה וחריג של הנאשם או בהתנהלות חריגה ופוגענית של הצד השני – המדינה שלדוגמה השתתה קשות בחקירה או בהגשת כתב האישום – היא שעשויה להוביל לתוצאה צודקת; כך, השתת פיצוי בנזיקין החורג מד' אמות השבת המצב לקדמותו עשויה להיות צודקת אל מול נתבע המזיק בהתנהלותו העוולתית שלא פגעה אך בתובע; כך, מתן פטור מלא או חלקי מהשבה כלפי צד שהתנהגותו "בעייתית" בדיני החיובים עשויה להוביל לתוצאה צודקת; וכך יכול דווקא הפליה או חוסר שוויון נקודתי הוא שיוביל לצדק חברתי.

מהסקירה שנערכה עולה אפוא כי אפשר להגיע לצדק במשפט בשתי דרכים: הדרך הראשונה, שהיא גם דרך המלך, היא דרך הסימטריה. זוהי דרך המלך מכיוון שהאינסטינקט הראשוני של האדם והמשפטן הוא לפעול בדרך סימטרית, וכך גם על-פי רוב פועל המשפטן. תחושת הצדק במשפט, תושג מקום שבו בוחר המשפטן בפתרון סימטרי של מערך הזכויות והחובות שבין שני צדדים. ואולם, מתברר כי קיימת דרך נוספת, היא דרך הא-סימטריה, אשר במקרים מסוימים דווקא תהיה זו שתוביל אותנו אל הצדק. בדרך זו, השמורה למקרים חריגים, בוחר המשפטן בפתרונות א-סימטריים כדי להשיג צדק במשפט.

בשולי הדברים אבקש לחזור אל השאלה אם המצבים או הפתרונות הא-סימטריים שהוצגו אכן הם באמת מצבים או פתרונות א-סימטריים, או שמא אפשר להתייחס אליהם כמצבים או פתרונות א-סימטריים מדומים. אפשר לטעון שבאותם מצבים או פתרונות דווקא נשמרת הסימטריה, אלא שזו קשורה במערך יחסים רחב החורג מעניינם הקונקרטי של הצדדים למשפט או החורג ממערך הזכויות והחובות הישיר הקשור בעבירה או בעוולה.

כך, שאלת החריגה מהעונש ההולם מטעמי צדק יכולה להיות קשורה בהתנהלות הרשות אל מול הנאשם. זאת במובן שמהעונש ההולם יקוּזו ה"מחיר" ששילם הנאשם בגין הפגיעה בזכויותיו הוא על-ידי הרשות, בדומה להגנה מן הצדק כאמור בסעיף 149(10) לחסד"פ, ובכך למעשה במובן הרחב נשמרת הסימטריה.

כך, אומנם, השתת פיצוי עונשי חורגת מהשבת המצב לקדמותו אל מול התובע הניזוק אך יכולה היא להביא לאיזון הפגיעה שהסב הנתבע גם לנפגעים אחרים

שלא תבעו. כזכור, הפיצוי העונשי הוזכר ככזה שיכול לבטא באופן מסוים סוג של פיצוי ב"תביעה ייצוגית".

כך, מניעת השבה יכולה להיות קשורה בהתנהלות הצד שלא יקבל ההשבה המנותקת משאלת העילה הספציפית שהביאה לביטול החוזה, מה שמוביל לאיזון. וכך גם העדפה מתקנת או הכרה מיוחדת בזכויות של פרטים הנמנים על קבוצות מוחלשות בחברה תורמת דווקא לאיזון ולשוויון בחברה בהיבט הרחב. כך או אחרת, סבורני כי הסקירה של המצבים הסימטריים במשפט כמו גם אלו של המצבים הא-סימטריים במשפט, אליהם אפשר להתייחס כאמור כאל מצבים א-סימטריים מדומים, מאמתת את הטענה שבבסיס מאמר זה ולפיה הסימטריה משפיעה על תפיסתו ויצירתו המשפטית של האדם.