

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.

מבוא

המונח סימטריה הוא מונח מוכר וידוע, ואף שאין לו הגדרה ברורה ואחידה¹, השימוש בו נעשה באופן תדיר בהקשרים רבים ובדיסציפלינות שונות. כך במתמטיקה הסימטריה היא יסוד בתורת החבורות והגאומטריה; כך בפיזיקה הסימטריה היא יסוד בתורות הטרנספורמציה והקריסטלוגרפיה וכך גם בכימיה ובביולוגיה לסימטריה תפקיד, למשל בענף הסטראוכימיה². ואולם, השימוש בסימטריה לא נעשה רק בתחום המדעים המדויקים. השימוש בסימטריה נפוץ גם

* ד"ר למשפטים, שופט בית המשפט המחוזי בבאר שבע ומרצה מן החוף בבית הספר למשפטים במכללת ספיר. ברצוני להודות לשופטת בית המשפט העליון פרופ' דפנה ברק-ארז, פרופ' עמרי ידלון, פרופ' ניר קידר והשופט 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 (מילון אבן שושן, מחודש ומעודכן לשנות האלפיים, כרך רביעי, 2010). הגדרה דומה ניתן 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, 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", (מילה במילה אוצר המילים הנרדפות ניגודים ושדות סמנטיים, 2000).

הסימטריה הידועה ב"ציבור" היא הסימטריה השיקופית מתחום הגיאומטריה, לפיה ישר המחלק צורה לשני חלקים שהם מראה אחד של השני.

² ענף העוסק במבנה המרחבי של האטומים בעיקר בתרכובות אורגניות.

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, ובהקשר זה נודע רישומו האלמותי של לאונרדו דה וינצ'י *The Vitruvian Man* משנת 1490.

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

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

במסגרת בחינת 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", ומכאן 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 ניתן למצוא גם במישור הדיוני, למשל בניסיון לאזן כוחו של נאשם אל מול המדינה בפלילים מבחינת היכולת לקבל חומר חקירה לפני תחילת משפט⁴ או בהפיכת נטל הראייה לטובתו של התובע במצבים בהם "הדבר מעיד על עצמו".⁵

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

בפרק השני של המאמר יוצג הבסיס המשפטי התיאורטי לאותן תחושות של סדר וצדק שהסימטריה יוצרת אצל המשפטן, ואשר בעטין 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, פיזוי עונשי בדיני הנזיקין, פטור מהשבה בדיני החיובים

³ על אודות הקשר שבין אומנות למשפט ראו למשל: Semiotics, Law and Art Between Theory Of Justice and Theory of Law, Eduardo C.B.Bittar 2021/

⁴ סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ").

⁵ סעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] או באמצעות הפן הראייתי של דוקטרינת הנזק הראייתי, ראו מאמרם של אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191 (תשנ"ח).

והעדפה מתקנת בדיני זכויות האדם. מצבים אלה מתקיימים בנסיבות חריגות שבהן המשפטן מבין שפעולה על בסיס רעיונות הסימטריה עשויה להוביל לתוצאה לא צודקת. במסגרת פרק זה אתייחס גם לשאלה האם 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 תיבחן הזיקה שבין המצבים הסימטריים והא-סימטריים שהוזכרו בפרקים הקודמים לעשיית הצדק במשפט.

ביטויים לרעיון הסימטריה במשפט הישראלי

דיני עונשין

עקרון ההלימה משמש עקרון יסוד בתורת הענישה הפלילית. הרעיון הבסיסי של עקרון זה הוא להטיל על מי שהורשע בדין עונש שיהלום את העבירה שהוא עבר. בישראל, עקרון זה מוכר כעקרון מוביל בתורת הענישה. תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין") שהתקבל בשנת 2012 עסק בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה. בהתאם לתיקון זה, נקבע בסעיף 40ב לחוק העונשין, שכותרתו היא "העיקרון המנחה בענישה- הלימה", כי: "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש שמוטל עליו". עקרון ההלימה הוא עקרון בסיס בתורת הענישה לא רק בישראל אלא גם בארצות הים.⁶

למעשה, עקרון ההלימה מבטא את רעיון הגמול שבתורו מבטא את רעיון ה"מידה כנגד מידה". הוזהר אומר, כמידת הפגיעה של העבריין בערכים החברתיים המוגנים כך תהא מידת הפגיעה של החברה באינטרסים האישיים (חירות, קניין) של העבריין. השופט א' רובינשטיין ציין בפסק-הדין בעניין **פלונית**⁷ כי עקרון ההלימה מבטא יותר מכל את עקרון הגמול בענישה, ובפסק-הדין בעניין **סעד**⁸ 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'".⁹

⁶ ראו סקירה משווה (בין היתר באנגליה, גרמניה, אוסטרליה, מועצת אירופה) של הבניית שיקול הדעת השיפוטי שהוגשה לוועדת חוק חוקה ומשפט בשנת 2006 שנערכה על-די ליאור בן-דוד, אורלי פישמן ודינה צדוק. ראו גם הפניות במאמרם של נתנאל דגן והדר דנציג-רוזנברג "גמול רך" **משפט וממשל** כ 101, 106 (תשע"ט). כן ראו למשל U.S code 3553 (a)(2)(A) Chapter 227 Part 2 Title 18 אשר קובע כי יש להטיל עונש מספק, אך לא מחמיר מדי כדי לעמוד במטרות הענישה ולשם כך יש לשקול בין היתר את הצורך שהעונש "... reflect the seriousness of the offence..."

⁷ ע"פ 1523/10 **פלונית נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 18.4.2012).

⁸ ע"פ 8641/12 **סעד נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.8.2013).

⁹ יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" **הפרקליט** נב 421, 413 (2013).

ביטוי לעקרון משפטי זה של 'מידה כנגד מידה' (LEX TALIONIS) הוכר גם בשיטות משפט עתיקות, ואף במשפט העברי. ביטוי מובהק ליישום עקרון זה ניתן לראות למשל בסיפור גן עדן בו הוטלו של שלושת המעורבים (אדם, חוה ונחש) עונשים שהלמו את מעשיהם¹⁰.

הרעיון של 'מידה כנגד מידה', היינו להשיב לעבריין כגמולו, מבטא באופן ברור את רעיון הסימטריה. הריבון מבקש לשמור על תאימות בין הפגיעה של העבריין בערכי החברה – העבירה – לפגיעה באינטרסים של האשם – העונש. התכלית היא ליצור שיקוף בין השניים. העונש מהווה תמונת ראי לעבירה. עונש חמור יהלום וישקף עבירה חמורה ולהיפך. עונש קל יהלום וישקף עבירה קלה. מקום בו המחוקק לא יקבע 'תג מחיר' הולם לעבירה או שבית המשפט לא יגזור עונש הולם לעבירה שבוצעה (בשני המקרים לקולה או לחומרה – עונש חמור לעבירה קלה או עונש קל לעבירה חמורה) ייווצר לכאורה חוסר סימטריה בין העבירה לעונש¹¹.

השופט א' שטיין ביקש להדגיש באחד מפסקי הדין כי "ענישה פלילית היא אקט שלטוני אשר נועד, בין היתר, לכונן מחדש את שיווי המשקל המוסרי שהופר על ידי העבריין ולשקם את ערכו של הנפגע מן העבירה כאדם, לאחר שהעבריין שלל ערך זה ממנו, או הפחיתו על ידי מעשה כפייה פוגעני. תיקון זה לא ייעשה אם העבריין לא יבוא על עונשו ואם עונש זה לא יהא שקול כנגד מה שעולל לקורבנו"¹².

המלומדים דגן ודנציג-רוזנברג במאמרם הנ"ל מציגים את רעיון ה"גמול הרך", גמול אשר מבקש לקחת בחשבון בתוך שיקולי הגמול נתונים רחבים מאלה הקשורים בנסיבות ביצוע העברה ומידת האשם של הנאשם עובר ובעת ביצוע העברה כפי שנהוג. במסגרת זו, מוצע להגמיש את מושג האשם באופן שזה לא יתייחס כפונקציה של העברה בלבד, אלא של מכלול אישיותו המוסרית של העבריין. עוד נאמר בהקשר זה כי לפי גישה זו, על העונש להיות מידתי ל"רוע הפנימי" (inner wickedness) של הנאשם. גישה זו תומכת לדעת המחברים "ביצירת סימטריה בין היכולת לשקול נתונים מוקדמים לביצוע העבירה המלמדים על אשם (כגון תכנון מוקדם של העברה, המהווה נסיבה מחמירה) לבין נתונים מאוחרים לעברה, אשר יכולים אף הם ללמד על מידת האשם במסגרת תפיסה הוליסטית ורחבה יותר של האשם"¹³. (דגש לא במקור, 'י' ל'). אמנם המחברים מוצאים להידרש לרעיון הסימטריה אך בהקשר של בחינת האשם של הנאשם (לפני ולאחר מועד ביצוע העברה), ולא באופן רחב בהקשר של ההלימה בין מעשה העברה לעונש כפי שמוצע על-ידי, ואולם שימוש זה של

¹⁰ 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, ואולם ידוע כי עונש זה איננו מקובל עוד למעט במספר מדינות, לרבות בחלק ממדינות ארצות הברית. ברוב רובן של המדינות, הממית נשפט לעונשי מאסר ממושכים, ולא פעם לעונש מאסר עולם (תלוי בעיקר ברמת המחשבה הפלילית שלו), ועונש זה נתפס כעונש "רציני" ו"כבד", דיו כדי לבטא את שיקול הגמול. אכן, במישור הפיזי מאסר עולם לא שקול למוות, ואולם במישור הרעיוני-מהותי, אדם שניטלים ממנו החירות, הפרטיות, האוטונומיה, הכבוד והכל תוך הרחקתו מהחברה עד לסוף 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 הנזיקין, התפיסה שהייתה מקובלת בימי קדם, של פגיעה פיזית בנאשם או במעוול (באמצעות המתתו או כריתת איבריו וכיוצ"ב) הפכה פחות מקובלת בעולם הנאור.

¹¹ 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 על מנת לגזור העונש המתאים במקרה הפרטני.

¹² רע"פ 7052 מדינת ישראל נ' רותם (פורסם בנבו, 5.5.2020), פסי' 6 לחוות דעתו של השופט א' שטיין.

¹³ לעיל ה"ש 6, 114.

המחברים ברעיון הסימטריה מהווה דוגמא ל"אינסטינקט" המשפטי הרואה ברעיון הסימטריה ככלי להשגת תוצאה משפטית נכונה וצודקת.

דיני נזיקין

אחד העקרונות המובילים בדיני נזיקין, מאז ומעולם, הוא עקרון "השבת המצב לקדמותו" RESTITUTIO IN INTEGRUM.¹⁴ בישראל השבת המצב לקדמותו יכול שתעשה באמצעות הפסקת הפגיעה בניזוק, היינו תוך שימוש בסעד הציווי (עשה או לא תעשה) לפי סעיף 72 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין") 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 יהא סכום הפיצויים שהניזוק יקבל מהמזיק כדי להעמיד את הניזוק במצב שבו היה נתון אלמלא בוצע כלפיו מעשה הנזיקין"¹⁵, 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"¹⁶.

השבת המצב לקדמותו הוא כאמור עקרון מוביל בדיני הנזיקין אשר בתורו משרת את אחת התכליות העיקריות של דיני הנזיקין שהיא לדאוג לצדק מתקן. הווה אומר, לדאוג שיעשה 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 שזה היה קודם למעשה העוולה.

פרופ' ישראל גלעד בספרו "דיני נזיקין- גבולות אחריות"¹⁷ מתייחס להבחנה שראוי לעשות בין "צדק מתקן" ל"השבת המצב לקדמותו". בעוד שהראשון מהווה קריטריון להטלת אחריות המבחין בין נזק שהצדק מחייב את תיקונו לבין נזק שהצדק לא מחייב את תיקונו, הרי שהשני מהווה עקרון של דיני הפיצויים. היינו, הצדק המתקן מהווה מטרה בדיני הנזיקין ועקרון השבת המצב לקדמותו מהווה אמצעי של דיני הנזיקין למימוש מטרה זו¹⁸.

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

¹⁴ עמוס הרמן דיני נזיקין מהדורה שנייה 23 (2020).

¹⁵ ג' טדסקי (עורך), יצחק אנגלרד, אהרון ברק, מישאל חשין דיני הנזיקין תורת הנזיקין הכללית (1969) 571 (להלן: "דיני הנזיקין").

¹⁶ רע"א 4285/16 סולטאן ואח' נ' מקורות חברת מים בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 29.9.2016) פס' 19.

¹⁷ ישראל גלעד דיני נזיקין-גבולות אחריות (תשע"ב-2012).

¹⁸ שם, 313.

ואחריות המזיק לפצות **הם שני הפנים של מכלול אחד** שבסיסו האינטרקציה שבין הצדדים, ולכן על הצדקתם להיות זהה¹⁹ (דגש לא במקור, י"ל). לא למותר לציין, שהמחבר מבהיר כי אין זה נכון להגדיר תכלית מרכזית אחת לדיני הנזיקין, לרבות לא של צדק מתקן, ובהקשר זה מוסיף שראיית הצדק המתקן כתכלית המרכזית היחידה של דיני הנזיקין היא ראייה מצמצמת שלא לוקחת בחשבון תכליות אחרות דוגמת יעילות (המתכתבת יותר עם גישת הצדק המחלק), ואף מנתקת היא עצמה מהמשפט הנוהג הנותן משקל גם לעקרונות נוספים דוגמת שיקולי מדיניות משפטית (למשל בהגדרת אחריות מושגית של קבוצות מסוימות)²⁰.

עמדנו זו של פרופ' גלעד, לפיה זכות הניזוק לפיצוי ואחריות המזיק לפצות (בהתנהגות בת אשם ולא במסגרת של אחריות מוחלטת) הם שני הפנים של אותו מכלול, מבטאת למעשה טענתי לפיה עקרון הצדק המתקן מבקש ליצור סימטריה, תמונת ראי ("שני פנים") בין הזכות לפיצוי לבין האחריות לפצות. זאת, במישור האחריות, כאשר השימוש בעקרון השבת המצב לקדמותו, יהיה הכלי היישומי של עקרון 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 בנזיקין, בו קיים צורך להוכיח את אחריות הנתבע קודם לשאלת הפיצוי, למשל בתביעת רשלנות רפואית, להבדיל מתביעה לפי הפלת"ד, י"ל) הוא הפיצוי 'אחד לאחד', קרי, פיצוי מול נזק"²¹ (דגש לא במקור, 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 בו הוא 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 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 כתוצאה מהנזק שנגרם לו וישופה הוא על-ידי המזיק. בד בבד, הניזוק לא ירוויח יותר מהנזק שנגרם לו ולא יהיה במצב טוב יותר ממצבו קודם מעשה העוולה²². אכן, לעיתים המזיק לא מרוויח מהנזק שהסב לניזוק. כך למשל, במקרה של מי אשר ברשלנותו גרם נזק לרגלו או לרכבו של אחר, שאז על-דרך כלל המזיק לא מרוויח דבר וחיובו בתשלום הפיצוי לניזוק יצור אמנם שוויון במישור של הניזוק ובמישור היחסים שבין הניזוק למזיק, אך לא ייצור שוויון **במישור מצבו של המזיק** שלא הרוויח דבר מהנזק שהסב אך ייאלץ לשלם בגין נזק זה. חרף האמור, סבורני כי לנוכח תכליות דיני הנזיקין ולנוכח המסננת (שעל-פי רוב משתמשים בה) של חיוב על בסיס אשם בלבד אין מנוס מתוצאה זו.

¹⁹ שם, 61-62.

²⁰ שם, 65.

²¹ "פיצויים עונשיים - מבט מכס המשפט" אליקים רובינשטיין, **ספר תאודור אור** 97, 99 (2013).

²² פרופ' גלעד סבור שקידום ערך השוויון מהווה את אחת המטרות של דיני הנזיקין. 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 הנזיקין באמצעות תרופת הפיצויים: משנפגע השוויון ממעשה הנזיקין באה תרופת הפיצויים ומתקנת בדיעבד את הפגיעה באמצעות העברות רווחה מהפוגע לנפגע". שם, 190.

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 המזיק הסב לניזוק נזק בשיעור של מיליון ₪ לדוגמא, אזי שחיובו בפיצוי של מיליון ₪ (במנותק מעלויות נלוות של ההליך – שכר טרחה, אגרות, ריביות וכו') תיצור סימטריה, תמונת ראי בין הנזק לסעד.

תפיסה זו של השבת מצב לקדמותו, להבדיל למשל ממתן פיצוי מוגדל ("עונשי" או "לדוגמא") קנתה לה שביטה בדיני הנזיקין מקדמת דנא, וזאת מתוך אותה תפיסה שהשוויון, הסימטריה הנזכרים הם שמובילים לצדק והם שיובילו גם לסדר.

ביטוי לכך במשפט העברי ניתן למצוא למשל בפרשת משפטים בפסוק "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."²³

דיני חוזים

נדמה כי רעיון הסימטריה בדיני החוזים הוא אינהרנטי לרעיון החוזה עצמו. הסימטריה הבסיסית במשטר דיני החוזים לא מתייחסת לתמורה שמקבל כל צד לחוזה²⁴, 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 בו אתמקד יתייחס לשלב שבו החוזה בוטל²⁵.

כך, בחוק החוזים נקבע בסעיף 21 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"): "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 שקיבל אם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך";

ובסעיף 18 (ב) לחוק התרופות: "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

²³ שמות כ"א, כ"ג-כ"ד. כאמור, בשיטות משפט מתקדמות הביטוי של הסימטריה בגין נזקים גופניים על-פי רוב כבר לא מתקיים במימד הפיזי-גופני.

²⁴ הגם שבהתאם לסעיף 46 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים") חייב לתשלום שלא הוסכם על שיעורו יהיה בסכום ראוי על-פי הנסיבות בעת כריתת החוזה, מה שמרמז על הדדיות והלימות בין התמורה שהצדדים מעבירים האחד לשני.

²⁵ 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 במסגרת זו לא מצאתי להרחיב בנדון.

החוזה או על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שווי, 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".

הנה כי כן, אנו רואים כי נקודת המוצא הבסיסית של דיני החוזים היא כי עם ביטול החוזה על הצדדים להשיב אחד לשני את מה שקיבלו על-פי החוזה.

למעשה, מדובר בביטוי אחר של רעיון "השבת המצב לקדמותו" בו דנו בפרק של דיני הנזיקין, רעיון אשר מבטא כאמור את רעיון הסימטריה. היינו ליצור תמונת ראי של מצב הצדדים לחוזה, בין המצב בו הם נמצאים לאחר ביטול החוזה למצב בו הם 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 הטרום-חוזי..."²⁶.

השבת המצב לקדמותו בדיני החוזים יכולה להיות בשני כיוונים על ציר הזמן. מחד, יכולה היא להיעשות באמצעות יצירת סימטריה בין מצב הצדדים לאחר הפרת החוזה למצבם קודם לחתימת החוזה - זאת באמצעות סעדי ביטול החוזה, השבה ופיצויי הסתמכות. מאידך, יכולה היא להיעשות באמצעות יצירת סימטריה בין מצב הצדדים לאחר הפרת החוזה למצבם לאחר החתימה על החוזה - זאת באמצעות סעדי אכיפת החוזה או פיצויי ציפיה (קיום)²⁷. עמדה ברוח זו הובאה על-ידי השופט אהרון ברק²⁸ הגם שזה הבהיר כי דיני הפיצוי, ההשבה החוזיים וההתעשרות שלא כדין לא נועדו כשלעצמם לצורך תכלית השבת המצב לקדמותו בדומה לתכלית הפיצוי בדיני הנזיקין, אף שלעיתים יכולים אלה להוביל לתוצאה זו²⁹.

טענתי זו מציפה במידה מסוימת קושי ביחס לתזה הנטענת. הכיצד 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.

הזיקה בין סעד ההשבה לעקרון השבת המצב לקדמותו נבחנת במישור כפול נוסף, מעבר למישור הכפול של ציר הזמן שנידון לעיל, והוא המישור הקשור בנקודת ההתייחסות של הצורך בהשבה - האם אנו בוחנים את הצורך בהשבה מנקודת מבט חוזית ביחסים הבילטרליים שבין הצדדים לחוזה, היינו חיוב המפר להשיב את שהרוויח רק מקום בו הצד שקיים החוזה הפסיד או ניזוק כתוצאה מהחוזה 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

²⁶ ד"ר 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה. (פורסם בנבו, 11.2.88) ס' 11 לפסק דינו של השופט שלמה לוי (להלן: "עניין אדרס"). תמיכה לעמדה זו ניתן למצוא בפסק דינו של השופט יעקב מלך בע"א 4012/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה (פורסם בנבו, 22.7.92) ס' 17 (להלן: "עניין מלון צוקים").

²⁷ עניין מלון צוקים ה"ש 27 עמדת השופט יעקב מלך, ס' 7, עמדת השופט מישאל חשין ס' 15.

²⁸ עניין אדרס ה"ש 27 ס' 12 לפסק דינו של השופט אהרון ברק.

²⁹ עניין אדרס ה"ש 27 ס' 13 לפסק דינו של השופט אהרון ברק.

ניזוק כתוצאה מההפרה. רמז לאפשרות הראשונה ניתן למצוא בהוראות ההשבה שהוזכרו בחוק החוזים ובחוק התרופות המלמדים על השבה הדדית. לעומת זאת, המלומדים פרופ' דניאל פרידמן ופרופ' נילי כהן סבורים כי עקרון ההשבה בדיני החוזים לא חופף לעקרון השבת המצב לקדמותו, עקרון שלטעמם מקבל ביטוי דווקא בסעד פיצויי הסתמכות³⁰. 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 זה³¹. אינני מוצא להרחיב במסגרת זו על אודות המחלוקות הקיימות בכתיבה ובפסיקה ביחס לבסיס העיוני של ההשבה החוזית – האם בהוראות חוקי החוזים או האם בדיני עשיית העושר³².

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).

דיני זכויות אדם

ענף זכויות האדם במשפט, המוצא את ביטוייו במשפט הציבורי-חוקתי, אך לא רק³³, נוגע במגוון זכויות אדם, דוגמת הזכות לחיים, הזכות לחירות, הזכות למדור, הזכות לחינוך, הזכות לקניין, הזכות לכבוד, הזכות לפרטיות ועוד כהנה וכהנה זכויות וזכויות משנה, ואולם 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. עקרון זה הוא בגדר עקרון על בשיטת המשפט הישראלית³⁴, הגם שעקרון זה לא עוגן עד עתה במישרין בחוק יסוד³⁵. לענייננו ניתן 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 לו³⁶. להבדיל מה"שוויון הפורמלי", "שוויון אריסטוטלי" לא רק דורש החלה של כללים

³⁰ דניאל פרידמן, נילי כהן "חוזים", מהדורה שנייה (2018) כרך א 594 (להלן: "פרידמן וכהן").

³¹ שם, 587.

³² ראו למשל ספרה של מיכל אגמון-גונן **ההשבה בהקשרים חוזיים דיני חוזים או דיני עשיית עושר ולא במשפט** (2001); ע"א 5393/03 פרג' גשורי ואח' נ' יעל מיטל ואח' (פורסם בנבו, 18.1.2005), סי' 4 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (להלן: "עניין פרג').

³³ ראו למשל ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.7.2002); מרים גור-אריה "זכויות אדם והמשפט הפלילי מהותי", **משפטים** נ (תשפ"א) 759; דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנוזיקין – המהפכה השקטה" **קרית המשפט** ח (תשס"ט) 11.

³⁴ ראו מיני רבים ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** (תשע"ז-2016) 275; בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 14.5.2006), פסקה 29 לחוות דעתו של השופט א' ברק וכל ההפניות שם.

³⁵ אם כי הוזכר במגילת העצמאות, בה נקבע כי "מדינת ישראל...תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין...".

³⁶ מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוזיאנסקי" **משפט ועסקים** טז (תשע"ד) 109, 118.

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"³⁷. 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 ששונות (רלוונטית) עשויה להצדיק הבחנה שאינה פסולה ביניהם.

את הביטוי הצורני המובהק לזיקה שבין השוויון לסימטריה בהקשר זה ניתן למצוא למשל בסמל המשפט והצדק, סמל המאזניים. כשהמאזניים נמצאים 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"³⁸. יצוין, כי במשפט העברי, מוזכרות המאזנים ככלי למדידה מדויקת: "לא תעשו עוול, במשפט, במידה, במשקל ובמשורה. מאזני צדק אבני צדק, איפת צדק והין צדק- יהיה לכם"³⁹.

נקודת מבט נוספת על הזיקה שבין השוויון לסימטריה ניתן 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"⁴⁰ במסגרתו נבחנה, בין היתר, השאלה האם הזכות (החיובית) להורות שווה או סימטרית לזכות (השלילית) שלא להיות הורה. במאמר זה ובמאמר המשך שלה ושל רון שפירא⁴¹ "The Delusion of Symmetric Rights" הובעה ביקורת על שימוש שלעיתים נעשה 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 לפיו 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 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"⁴² ממנה ניתן ללמוד לכאורה, בין היתר, על קיומה של סימטריה בין הזכות של צד א' לחובה של צד ב'.

מכל מקום, תקצר היריעה להתייחס אל עקרון השוויון וביטוייו במשפט במסגרת זו, ומכאן שמצאתי אך להאיר קלות על שלוש זיקות בין עקרון השוויון לסימטריה במשפט.

³⁷ שם, 119.

³⁸ סעיף 6 לחוק יסוד: השפיטה.

³⁹ ויקרא יט לה-לו.

⁴⁰ דפנה ברק-ארז על סימטריה וניטרליות בעקבות פרשת נחמני, עיוני משפט כ (תשנ"ו-תשנ"ז) 197.

⁴¹ Daphne Barak-Erez and Ron Shapira, The Delusion of Symmetric Rights, *oxford Journal of Legal Studies*, 19, 297, (1998)

⁴² Wesley Newcomb Hohfeld, fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning, 26 *Yale Law Journal*, 710 (1917).

הבסיס העיוני לתאוריית הסימטריה במשפט

בפרק הקודם ביקשתי להדגים את אופן היישום של רעיון הסימטריה במשפט בענפי משפט שונים. בפרק זה אבקש להציג את הבסיס העיוני של רעיון זה, היינו לנסות ולאתר מה הוביל המשפטן לחשוב באופן סימטרי בשדה המשפט. כפי שצוין בפרק המבוא, לסימטריה מעמד ומשקל בתחומי החיים השונים. על דרך כלל אנו רגילים לשייך הסימטריה לתחום האמנות על ענפיה השונים, ואולם לסימטריה כאמור ביטויים גם בתחומי המדעים המדויקים ומדעי הטבע.

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

"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) 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..."⁴³.

לוקה פאצ'ולי הצביע בספרו "על הפרופורציה האלוהית"⁴⁴ על "יחס הזהב"⁴⁵, 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 מבלי שהמתמטיקאים והאמנים תיאמו זאת. אף "סדרת פיבונאצ'י"⁴⁶ מלמדת אותנו כי היחס בין שני איברים עוקבים שואף 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 לשירה, ולא 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.⁴⁷

הנה כי כן, הסימטריה סובבת את האדם בכל אשר ילך.

הטענה שבבסיס מאמר זה היא, שיתכן והאדם ביקש ללמוד מהסימטריה של הטבע ואולי אף מהסימטריה של עצמו הוא, ובעיקר מתבוננתו, על דרך ההתנהגות הרצויה, דהיינו על הצורך במציאת שיטה חברתית, ובהמשך שיטת משפט, הבנויה על עקרונות הסימטריה, היינו של יציבות, 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 שניתן למצוא לו עיגון ברעיונות המשפט הטבעי.

הבסיס הראשוני של המשפט הטבעי נשען על התבוננות בטבע ועל בחינת החוקיות של הטבע. המלומד עומר שפירא מתייחס בספרו: "תורת המשפט"⁴⁸ לתורת המשפט הטבעי, ובין היתר מציין כי: "בהכללה, ניתן לומר שאסכולת המשפט הטבעי הקלאסי טוענת שיש סדר רציונלי בטבע, בעולם, ביקום, ושמותך 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"⁴⁹. בהמשך, מביא המחבר מדבריו של הנס קלזן (שדוחה את התפיסה הטהורה של המשפט הטבעי), ולפיהם: "דוקטרינת המשפט הטבעי מנסה לספק פתרון לבעיה הנצחית של

David Fideler "Pythagoreanism Number, Cosmos, And Harmony",⁴³ <https://science.jrank.org/>.

De divina proportione 1509⁴⁴

קבוע מתמטי של 1.618⁴⁵

⁴⁶ סדרה במתמטיקה בה שני איבריה הראשונים הם 1 ו-1 וכל איבר אחר בה שווה לסכום שני האיברים הקודמים. הסדרה קרויה על שמו של לאונרדו דה פיזה שתיאר הסדרה בספרו "ספר החשבוניה" משנת 1202

⁴⁷ ראו למשל את "משפט נתיר" שפורסם בשנת 1918 על-ידי אמי נתיר. 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.

⁴⁸ עומר שפירא **תורת המשפט פרקי מבוא** (תשס"ז-2007) 157.

⁴⁹ שם.

הצדק...מה נכון ומה אינו נכון במערכת היחסים ההדדית בין בני 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...⁵⁰.

בספרו "הפילוסופיה של המשפט עיון ישראלי" מתייחס המלומד חיים שיין לתורת המשפט הטבעי. בין היתר מציין הוא כי⁵¹: "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 אודות כך מציין המלומד שפירא בספרו הנ"ל 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"⁵², 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 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, המשווים לתבונה האנושית ולכוח ההיגיון"⁵³.

אף המלומד שיין בספרו הנ"ל, 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"⁵⁴.

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" הוא⁵⁵ "Aesthetic experience" וביחס אליו מציין פיניס כי: "Many forms of play,

⁵⁰ שם, 157-158.

⁵¹ חיים שיין הפילוסופיה של המשפט עיון ישראלי (תשס"ח) 188.

⁵² ראו ה"ש 38, 159.

⁵³ ראו ה"ש 38 182-181. על התפתחות המשפט הטבעי ראו גם יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט, מהדורה שנייה (התשע"ט-2019), עמ' 78-83.

⁵⁴ ראו ה"ש 42, 191.

⁵⁵ זאת לצד הטובין הנוספים שהם חיים, ידע, משחק, חברות, תבונה פרקטית ודת.

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 in the creation and/or active appreciation of some work of significant and satisfying form"⁵⁶.

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 אודות כך מציין יצחק אנגלרד⁵⁷: "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" המוכרים במדעים הנוכחים הם תיאור של המציאות. דבר זה נכון גם בנוגע למטמתיקה, שבה יש "חוקים" ו"משפטים"...במערכת המשפט, שהיא תחום עיוני 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 ב"רצוי" לעומת ה"מצוי"...הבחנה מהותית זו - בין חוקי טבע שהם ביטוי למציאות לבין חוקים משפטיים שהם דרישה להתנהגות רצויה – מושתתת על תפיסת עולם ועל מושג ה"מדעי" שלפיהם אין אפשרות להסיק מהמצוי מסקנה הגיונית על הרצוי"⁵⁸ (דגש במקור, י' לי). בהמשך מבסס המחבר את דבריו אלו על גישתו של קלזן, שהיה ממבקר ומתנגד הגדולים של תאוריית המשפט הטבעי, ולפיה לא ניתן 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 מהטבע⁵⁹.

בסקירה הקצרה שערכתי לא ביקשתי להציג את כלל התאוריות המשפטיות המקובלות בתורת המשפט, ואף לא לעמוד על הכתבים העיקריים של תאוריית המשפט הטבעי. ביקשתי להביא מקצת התייחסותם של תאורטיקנים של המשפט בישראל ביחס למקורות המשפט הטבעי והתפתחותו. זאת, מתוך ניסיון להציע בסיס תאורטי-משפטי לזיקה שבין הסימטריה למשפט בתאוריה. כידוע, המשפט הטבעי מהווה אך תאוריה אחת מבין מספר תאוריות של תורת המשפט, כאשר התפיסה המקובלת כיום היא כי קרנה של תאוריית המשפט הטבעי, וודאי בצורתה הבסיסית ירד. חרף האמור, סבורני כי לא ניתן לאיין תאוריה זו ולהתעלם ממנה גם בימינו אנו. סבורני כי לתבונת

⁵⁶ JOHN FINNIS NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS (1980) 87-88.

⁵⁷ בספרו הנ"ל בה"ש 44, 18.

⁵⁸ שם, 18-20.

⁵⁹ ראו ההפניה ל"היסודות הפילוסופיים של תורת המשפט הטבעי ושל הפוזיטיביזם המשפטי" **אלוהים, מדינה, טבע, אדם – הנס קלזן על תאולוגיה פוליטית ומשפט טבעי** 113 (יצחק אנגלרד עורך ומתרגם, 2010), שם בה"ש 177.

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 כעקרון טבעי לסדר וליציבות וכפועל יוצא של כך כעקרון שיכול לסייע להסדר חברתי ואף לצדק. או במובן אחר, רעיון הסימטריה כעקרון יסודי בטבע הוא גם עקרון יסודי בתבונה החברתית, זאת אם נראה בסימטריה כבסיס, למשל לעקרון השוויון או לעקרון של מניעת פגיעה באחר. זאת אומרת, השוויון כערך חברתי מקורו לא בהסדרים חברתיים-משפטיים (בדומה לעקרונות הפוזיטיביזם) תלויי זמן או מקום (או לא רק בהם) אלא בעקרון טבעי על זמני, בהתאם למשפט הטבעי⁶⁰.

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.

דיני עונשין

חריגה ממתחם העונש ההולם

כאמור, ההלימה מהווה עקרון מוביל בדיני הענישה ברחבי העולם, וזאת משחר ההיסטוריה. כפי שצינתי, ההלימה בין העונש לעבירה מהווה ביטוי פרטי במסגרת דיני העונשין לרעיון הסימטריה. עונש הולם שומר על סימטריה בין מידת הנזק שהסב הנאשם לחברה במסגרת העברה שעבר למידת הנזק שמסבה החברה לנאשם שהורשע במסגרת העונש שהוטל.

שיטות משפט שונות, ביניהן ישראל, מצאו לקבוע מנגנון לפיו 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 תהלוס את חומרת העברה שנעברה (לרבות את מידת האשם של הנאשם), כך שכל עונש שיוטל בתוך טווח זה יהיה הולם וישמור על עקרון ההלימה. בישראל, בהתאם למנגנון ענישה זה, תחילה משרטט בית המשפט את גבולות מתחם העונש ההולם (התחתון והעליון) וזאת בהתבסס על אופי הערכים החברתיים שנפגעו כתוצאה מהעברה שעבר הנאשם, מידת הפגיעה בהם, הענישה הנוהגת והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה ובכללן התכנון שקדם לביצוע העבירה, חלקו

⁶⁰ כמובן שניתן לתהות, אם הסימטריה היא בגדר עקרון טבעי על זמני ומקום, הכיצד שיטות משפט קדומות לא דגלו בעקרונות של שוויון ואיזוני משאבים הנגזרים לכאורה מהסימטריה. על כך ניתן להשיב כי בעבר החזק ניצח (כפי שניתן למשל להסיק מגישתו של תומאס הובס בספרו **לויטן** (1651), ואולם הרגש הפנימי של האדם, התבונה הבסיסית הרגישה שמשוה "לא נכון", וברבות השנים עם התפתחות התבונה האנושית-משפטית-מדינית יותר ויותר אנשים וחברות מגלים או שמא חוזרים לעקרונות הטבע הבסיסיים הני"ל.

היחסי של הנאשם בביצוע העבירה, הנזק שנגרם מביצוע העבירה והנזק שעלול היה להיגרם, הסיבות שהביאו הנאשם לעבור העבירה ועוד, ורק בשלב שלאחר מכן על בית המשפט לקבוע את העונש המדויק של הנאשם בתוך מתחם העונש ההולם שנקבע⁶¹. בהתאם למנגנון זה, שיקולים הקשורים בנאשם, דוגמת נסיבותיו האישיות אשר להן זיקה לביצוע העברה, לקיחת אחריות ועבר פלילי ככלל יקבלו ביטוי אך בשלב השני של גזירת הדין, היינו בשלב של מיקום עונשו של הנאשם בתוך מתחם העונש ההולם⁶².

לצד הכלל לפיו על העונש שמוטל להלום את העברה, 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..."⁶³.

חריגה ממתחם העונש ההולם לכוון ההפוך, היינו לחומרה, אפשרית אף היא לפי חוק העונשין הישראלי, אף שזו מוגבלת ומותנית במספר 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"⁶⁴.

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 בספרות⁶⁵ 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"⁶⁶.

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"⁶⁷. 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 רשיוות אכיפת החוק עמדה בסתירה

⁶¹ סעיפים 40 ו-44 לחוק העונשין.

⁶² סעיף 40א לחוק העונשין.

⁶³ סעיף 40א(א) לחוק העונשין. לצד סעיף זה התייחס המחוקק בסעיף 40ב(ב) לא פשרות החריגה כאמור במקרים בהם מעשה העברה ומידת אשמו של הנאשם היו בעלי חומרה יתרה.

⁶⁴ סעיף 40 לחוק העונשין.

⁶⁵ ראו למשל יובל ליבדרו "חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק" **הסיניגור** 197-198, 4 (2013); רות קנאי "לקראת יישום ראוי של תיקון 113 – הערות ראשוניות" **הסיניגור** 196, 4 (2013).

⁶⁶ ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל פס' 216 לפסק דינו השל השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 29.12.2015) (להלן: "ענין קלנר").

⁶⁷ 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.

הנה כי כן, השיטה הישראלית, ולא רק היא⁶⁸, הכירה בכך שקיימים מקרים שבהם נכון יהיה להטיל על נאשם עונש שלא יהלום את העברה שעבר.

חוסר הלימה זה משמעותו א-סימטריה בין הנזק לסנקציה (או לנזק שגורמים לנאשם). מרבית המצבים שהוכרו בישראל מתייחסים לחוסר 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 ולא ניתן למצוא לה ביטוי בפסיקה, וזאת להבדיל מהחריגה לקולה שנעשה בה שימוש לא מועט בפסיקה.

כאמור, האפשרות לחרוג לקולה מבוססת היום בעיקר על שיקולי שיקומו של הנאשם, מה שמעלה את השאלה האם 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 בכללותה⁶⁹.

הכרה בכך ששיקומו של הנאשם היא בגדר תכלית עונשית מוכרת ומגשימה גם את האינטרס הציבורי 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 כתוצאה מהעברה שעבר לבין התועלת החברתית שתצמח לחברה מהעונש שהוטל על דרך שיקומו של הנאשם. ענישת העברין נועדה להגשים תכליות חברתיות. על-פי רוב 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 גמוליים והרתעתיים דוגמת עונש מאסר לתקופה ממושכת. אך יכול ובמקרה אחר החברה תבקש להגשים דווקא תכלית ענישה אחרת של שיקום, למשל גמילה מוצלחת של נרקומן שגנב מעת לעת לצורך מימון הסם.

כפי שצוין, לא רק מטעמי שיקום ניתן להגיע לתוצאה א-סימטרית במשפט כי אם גם מטעמי צדק. זאת, באותם מקרים בהם 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 הנ"ל שסובבים כולם סביב תחושת הצדק שתפגע לו יוטל על הנאשם עונש בתוך מתחם העונש ההולם.

⁶⁸ ראו הסקירה שנערכה בפסקאות 201-211 בעניין קלנר ממנה עולה כי הן בארצות הברית (במישור הפדראלי), הן באנגליה ובוויילס, הן בניו זילאנד, הן באיטליה והן בפינלנד קיימת האפשרות לחרוג מהנחיות הענישה הפרטניות בשל מצבו האישי -רפואי של הנאשם או משיקולי צדק ואינטרס ציבורי.

⁶⁹ ראו מיני רבים ע"פ 9090/00 בעז שניידרמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.2.2021), פסקה 8.

דיני נזיקין**פיצוי עונשי**

פיצוי עונשי הוא מופע נוסף של מצב א-סימטרי במשפט.

כאמור לעיל, עקרון יסוד בדיני הנזיקין הוא להשיב את מצבו של הניזוק למצבו קודם לנזק שנגרם לו. השבת המצב לקדמותו תעשה על דרך כלל 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 ניכר⁷⁰. על פיצויים אלה נאמר גם כי: "פיצויים לדוגמא (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 לקדמותו⁷¹.

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

אי-סימטריה זו גורם לכאורה לחוסר סדר וכפועל יוצא גורם הוא לכאורה לחוסר 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 אנומלי⁷². אנומליה זו היא היא חוסר הסימטריה.

חוסר סימטריה זו, על שני רבדיה, הוא זה שנמצא בבסיס הביקורות היוצאות כנגד מנגנון זה. אחת הטענות העולות כנגד מנגנון הפיצוי העונשי הוא שמנגנון זה, אשר מבקשים להחיל אותו במקרים של היקף נזק חריג או של פגיעה בזכויות חוקתיות או במקרים בהם למזיק הייתה רמת אשם גבוהה, הוא למעשה מנגנון המיובא מדיני העונשין אל תוך דיני הנזיקין, וזאת מבלי שניתנו למזיק הכלים הראויים להתמודד עם סנקציות עונשיות, כלים דוגמת דרישת רף הוכחה של "מעבר לספק סביר" המקובל בדיני העונשין. בהמשך לכך, נשמעת טענה לפיה אם מדובר ב"כלי עונשי" שבה לקדם

⁷⁰ ע"א 71/18 וערעור שכנגד הרשות הפלסטינית נ' יורשי המנוחה שרון בן שלום ז"ל (פורסם בנבו, 10.3.2021) פס' 74-75 (להלן: "ענין הרשות הפלסטינית").

⁷¹ דיני הנזיקין ה"ש 12 343.

⁷² ע"א 140/00 עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי (פורסם בנבו, 15.3.2004) פס' 75 (להלן: "עניין אטינגר").

תכליות חברתיות דוגמת גמול והרתעה, אזי שראוי שהציבור בכללותו ייהנה מפירותיו בדיוק כמו הקנס הפלילי המועבר לקופת המדינה, ולא הניזוק עצמו, שאין כל סיבה להיטיב את מצבו מעבר לנזק שנגרם לו.

ייתכן והתשובות 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 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 מסוימת גם לסימטריה שבין הנזק שגרם המזיק לחברה כולה ולפיצוי שזה נותן לחברה כולה בגין הנזק שגרם⁷³.

אכן, תשלום הפיצוי העודף לניזוק הספציפי לא שומר על סימטריה מנקודת המבט של היחסים הביולטרליים 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, בו התובע הייצוגי מייצג החברה ונהנה ממרבית פירות התביעה בשל הטרחה שלקח על עצמו⁷⁴. לא למותר לציין בהקשר זה, כי היו מקרים בהם בשלב זה הוחלט להעביר חלק מהפיצוי העונשי שהוטל לטובת קרן חברתית⁷⁵.

באופן דומה, ייתכן ויש מקום לפיצוי עונשי גם במקרים בהם 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. מידת האשם הגבוהה היא שנמצאת בסימטריה במקרה שכזה עם הפיצוי הגבוה. הדבר מזכיר במקצת את ההסדר שנקבע בסעיף 34ד לחוק העונשין ולפיו ככלל העונש המוטל על העבירה המושלמת חל גם על מי שרק ניסה לבצע את העבירה האמורה אף שזו לא התממשה. הינו, חרף כך שאין נזק ממשי בגין הניסיון שלא הושלם, הסנקציה תהיה ככלל 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 חוסר 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 א-סימטריה ביחסים הביולטרליים שבין המזיק לניזוק, ואף ביחס למצבו של הניזוק לפני מעשה העוולה למצבו לאחריו, ואולם נראה כי נכון לאפשר מצב שכזה במקרים חריגים בהם הוכחה פגיעה רחבה של המזיק באינטרסים חברתיים משמעותיים, שאז חיוב המזיק בפיצוי העולה על נזקו של הניזוק עשוי להוביל לסימטריה ביחס למצבו של המזיק (בין

⁷³ עניין הרשות הפלסטית, פס' 79; עניין אטינגר, פס' 76.

⁷⁴ ראו התייחסות דומה בעניין אטינגר, פס' 75.

⁷⁵ מאמרו הנ"ל של אליקים רובינשטיין, ה"ש 21, 104, 117.

התועלת שהפיק ממעשה העוולה למחיר שמשלם בגינה), ואף ביחס ליחסים שבין המזיק לחברה בכללותה.

דיני חוזים

פטור מחובת השבה

כמתואר בפרק השני, נקודת המוצא בדיני החיובים השונים היא השבה. השבת המצב לקדמותו בנוזיקין, השבה של 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 (להלן: "חוק עשיית עושר") 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"⁷⁶.

ההשבה מהווה אפוא נקודת מוצא במצבים המצדיקים השבה, אך לאו דווקא את נקודת הסיום בכל מקרה ומקרה. הדין מכיר בחריגים בהם 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 בו דן סעיף 2 לחוק עשיית עושר מתייחס אך למצבים בהם חובת ההשבה היא מכח חוק זה, ואולם התפיסה המקובלת היא זו הרואה בסעיף 2 לחוק עשיית עושר כהוראה כללית שלה תחולה אף ביחס לחוקים ספציפיים בהם 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..."⁷⁷. ראוי לציין כי בעניין זה הייתה מחלוקת בפסיקה אך בסופו של דבר אומצה העמדה 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 ניתן למנות את סעיף 9 לחוק התרופות וסעיף 21(א) לחוק החוזים (חלק כללי), המורות על השבה הדדית 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..."⁷⁸.

⁷⁶ כאמור בפרקים הקודמים וכפי שעוד יצוין, תכליות ההשבה, תנאי ההשבה והיקפם משתנים במסגרות הדינים השונים, ולא מצאתי במסגרת זו להרחיב בעניין זה.

⁷⁷ דניאל פרידמן, אלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (2015) 65.

⁷⁸ ע"א 2702/92 אהרון גינזברג נ' יוסף בן יוסף (פורסם בנבו, 15.3.1993 ס' 9. כן ראו דני"א 10901/08

סעיף 2 לחוק עשיית עושר מתייחס לשתי עילות פטור מהשבה. הראשונה, מתייחסת למצב בו הזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה, והשניה מתייחסת למצב בו קיימות נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת.

עילת הפטור מהשבה הקשור במקרה הראשון פחות רלוונטית לענייננו שכן במקרה זה הזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה, ומכאן שהפטור מההשבה לא יוביל למצב א-סימטרי ביחסים הבילטרליים. נוכח האמור מתייחס בעיקר לעילת הפטור השנייה, זו הקשורה לנסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת. ביחס 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 פרוקציה 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 נועדה לתת בידי בית-המשפט כלים לעשות צדק יחסי בין הצדדים מקום שחיובו 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 בצדד 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...התנהגות עוולתית של נתבע אינם שוללים בהכרח, ובכל מקרה, את תחולת הגנת הפטור או הפחתת ההשבה לגביו. שיקולי צדק יחסי בהשבה עשויים לעיתים, גם אם במקרים נדירים, להצדיק מתן הגנה לנתבע שכזה...התנהגות התובע עשויה אף היא להיות בעלת חשיבות..."⁷⁹.

הנה כי כן, נמצאה לנו מעין עילת סל לביטול השבה או להפחתתה, עילה הקשורה בטעמי צדק ויושר ואשר קשורה בטבורה להתנהלות הצדדים עובר לכריתת החוזה, במהלך כריתת החוזה ולאחר כריתת החוזה. ודוק, על אף שמדובר בעילת סל שאל תוכה ניתן להכניס מקרים רבים, הודגש כי השימוש בהגנה זו צריך להישמר למקרים חריגים בלבד נוכח עקרון ההדדיות, לרבות בהקשר של השבה, המאפיין את היחסים החוזיים⁸⁰.

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. העדר הסימטריה הוא בין הצדדים לעניין היקף ההשבה בניגוד לעקרון ההדדיות בחוזים; ובין מצבו של מקבל הפטור לאחר ביטול החוזה ביחס למצבו קודם לכריתת החוזה, ואולם 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.

ביזמן השקעות בע"מ נ' משכן (פורסם בנבו, 17.7.2011) ס' 30.

⁷⁹ עניין פרגי, ה"ש 31 לעיל, ס' 11 לפסק דינה של השופטת פרוקציה וההפניות שם.

⁸⁰ שם, ס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

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 בו המשפט פועל שלא בשוויון, במובנו הבסיסי, היינו שלא בסימטריה ועדיין מבקש להשיג הוא צדק? לטעמי התשובה לכך חיובית, ואבקש להפנות בעניין זה לעקרון 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)⁸¹.

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 מערכתית". דינים אלה מתייחסים לכוחן ול"מיקומן" של הקבוצות בחברה, ופחות לפרטים בתוך אותה קבוצה, הגם שהם אלה שייחנה בסופו של יום מדינים אלה. בהקשר זה נטען בין היתר דווקא לחולשתו של עקרון השוויון ככלי למיגור ההפליה בחברה, ותימוכין לטענה זו ניתן למצוא בהמשך קיומם של יחסי היררכיה חברתיים בין אותן קבוצות דוגמת גברים ונשים ולבנים ואלה שאינם לבנים⁸². 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 הערבי⁸³ אך יכול לבוא גם לידי ביטוי במעין מתן "פטור" משוויון לפרט הנמנה על קבוצה מוחלטת⁸⁴. 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 מכח שיוכו של הפרט לקבוצה.

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

העדפה מתקנת או הכרה בזכויות של פרט בשל השתייכותו לקבוצה מוחלטת, למשל דרך מתן "פטור" מדרישת ה"שוויון האריסטוטלי", זה המאפשר הבחנה בין שונים, מגנה באופן א-סימטרי על קבוצה מוחלטת ולא על קבוצה "חזקה" (דוגמת קבוצת הגברים או קבוצת הלבנים), ואולם

⁸¹ ראו ספרו הנ"ל של מדינה בה"ש 4 עמ' 331; פרנסס רדאי "תאוריה משפטית, חקיקה והתדיינות פמיניסטית בישראל: רטרוספקטיבה", **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם** בעריכת דפנה ברק-ארו, שלומית ינסקי, יפעת ביטון ודנה פוגץ' (תשס"ז-2007), משה כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל", **עבודה חברה ומשפט** (תשס"ו) 195, והיטיבה להגדיר זאת דליה דורנר בכותרת מאמרה "הבחנה משווה ומעמד האשה" **עיוני משפט** כ 541 (תשנ"ו-1997). כן ראו

⁸² יפעת ביטון "על שלושה דברים העולם (הליברלי) עומד, והשוויון צולע" **עבודה, חברה ומשפט** (2018) טו 92, 100.

⁸³ ראו למשל בג"ץ 3856/11 **פלוגית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים** (פורסם בנבו, 27.6.2013) בו התקבלה עתירה כנגד החלטת בית הדין השרעי שלא למנות בוררת אשה במסגרת הליך גירושין שהתנהל בפני בית הדין.

⁸⁴ עידו פורת "זכויות קבוצתיות בישראל – שלושה מבחנים מנחים", **מחקרי משפט** (תשע"ו-2016) ל, 387, 394.

למעשה מבקשת היא להשיג בפועל שיווי משקל, סימטריה, בהיבט הרחב ואלו בתורם יובילו לצדק ולשוויון בחברה החורג מעניינם הפרטני של הצדדים.

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

עיון בדוגמאות שהובאו בפרק השני על אודות 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, הווה אומר לא להחמיר אתו ביתר מטעמי הרתעה ומאידיך לא להקל עימו ביתר מטעמים הקשורים למשל בנסיבותיו האישיות. הצדק בענישה בא לידי ביטוי בהשתת עונש שטומן בחובו גמול הולם לנאשם בגין הפגיעה החברתית שהסב;

כך, עקרון השבת המצב לקדמותו קשור בטבורו לתכלית הצדק המתקן המוכרת בדיני הנזיקין; כך, לרעיון ההשבה המקובל בדיני החוזים קשר לשיקולי צדק וראו למשל את 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"⁸⁵;

וכך כמובן ההכרה בעקרון השוויון בדיני זכויות האדם כעקרון על שמביא לתחושת צדק פרטני וחברתי כאחד.

בחינת הדוגמאות שהובאו מלמדת כי יצירת הסימטריה בין מצב הצדדים לאחר מעשה העברה או העוולה או ההפרה או ההפליה למצבם קודם לכן, בדרך של איזון הזכויות והחובות מקום בו פלוני פגע בזכות של אלמוני (גופנית או קניינית למשל) בדיני הנזיקין או בדיני החוזים, או בדרך של השתת עונש הולם מקום בו 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, מובילה לעשיית צדק במשפט.

הנה כי 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 בהם הפתרון המשפטי שנבחר לא מוביל 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.

⁸⁵ לענין ביסוס המשפט הפרטי – ביחסים שבין אדם לחברו – על עקרונות של צדק ראו מאמרם של חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" עיוני משפט מא (תש"ף-2019), 307.

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 בהם דווקא בחירת פתרונות א-סימטריים הם אלו שיובילו 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 שלמשל השתתפה קשות בחקירה או בהגשת כתב האישום) היא שעשויה להוביל לתוצאה צודקת;

כך, השתתפות פיצוי בניזקין החורג מד' אמות השבת המצב לקדמותו עשויה להיות צודקת אל מול הנתבע המזיק עקב התנהלותו העוולתית שלא פגעה אך בתובע;

כך, מתן פטור מלא או חלקי מהשבה כלפי צד שהתנהגותו "בעייתית" בדיני החיובים עשוי להוביל לתוצאה צודקת;

וכך יכול דווקא הפליה או חוסר שוויון נקודתי הוא שיוביל לצדק חברתי.

מהסקירה שנערכה עולה אפוא כי ניתן להגיע לצדק במשפט בשתי דרכים. הדרך הראשונה, שהיא גם דרך המלך, היא דרך הסימטריה. זוהי דרך המלך מכוון שהאינסטינקט הראשוני של האדם והמשפטן הוא לפעול בדרך סימטרית, וכך גם על-פי רוב פועל המשפטן. הצדק, תחושת הצדק במשפט, תושג מקום בו 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 היא שתוביל אותנו אל הצדק. בדרך זו, השמורה למקרים חריגים, בוחר המשפטן בפתרונות א-סימטריים כדי להשיג צדק במשפט.

בשולי הדברים אבקש לחזור אל השאלה האם המצבים או הפתרונות הא-סימטריים שהוצגו אכן באמת מהווים מצבים או פתרונות א-סימטריים, או שמא ניתן להתייחס אליהם כמצבים או פתרונות א-סימטריים מדומים. ניתן לטעון שבאותם מצבים או פתרונות דווקא כן נשמרת הסימטריה אלא שזו קשורה במערך יחסים רחב החורג מעניינם הקונקרטי של הצדדים למשפט או החורג ממערך הזכויות והחובות הישיר הקשור בעברה או בעוולה. כך, שאלת החריגה מהעונש ההולם מטעמי צדק יכולה להיות קשורה בהתנהלות הרשות אל מול הנאשם, במובן זה שמהעונש ההולם יקוזז 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, השתתפות פיצוי עונשי אמנם 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 ניתן להתייחס כאמור כאל מצבים א-סימטריים מדומים, מאמתת את הטענה שבבסיס מאמר זה ולפיה הסימטריה משפיעה על תפיסתו ויצירתו המשפטית של האדם.