***דיני נזיקין בתא המשפחתי- פרופ' שמואלי
המחברת של נוי פלח***

# ***מבוא:***

# **מה קורה בישראל?** תביעות נזיקין בישראל מוגשות ל**בית משפט לענייני משפחה הם הסמכות בכל מה שקשור לדיני נזיקין בתא המשפחתי.** לפני שנת 95 היו עותרים למחוזי, משנת 95 הוקמו כמה בתי משפט מקצועיים למשל- למשפחה, מנהליים, כלכליים וכו'. במדינות שיש בהן הפרדה בין דת למדינה עולות 2 סוגיות: איפה ניתן לדון על סוגיות מעורבבות? שמקשרות בין דת למדינה, בין דין דתי לדין אזרחי? איפה דנים? שנית, עד כמה מדינה מתערבת שיש הפרדה בין דת למדינה?. יש מדינות בהן יש הפרדה חלקית, למשל אנגליה, ויש מדינות בהן החוק הוא דתי למשל מדינות מוסלמיות. **ישראל נמצאת יותר קרוב להפרדת דת ומדינה מבחינה כמותית**- מבחינת המשפט בישראל הוא המשיך דומה למשפט המנדט הבריטי . הדין שלא קשור בענייני משפחה נשאר דין אזרחי, ורק בענייני נישואין וגירושין בית הדין הוא דתי. כיום, בתי הדין הרבניים מגובים בדין המדינה – יש חוקים שבית הדין הרבני עובד דרכם, והחוקים האלה "קראו לתוכם" את ההלכה היהודית עם התאמות לזמננו, למשל, סנקציות נגד סרבני גט. עוד דוגמא- ניכור הורים- אם ילד מתנכר להורה וההורה לא מוכן להמשיך לשלם מזונות בגלל זה, אז יש סנקציה של קיצוץ מזונות של האב כלפי הילד. ***לסיכום-*** יש בישראל בענייני נישואין וגירושין בלבד דין דתי, חלקו לפי חוקי המדינה המכילים דינים מההלכה, חלקם הלכה נטו. בישראל גם הדין וגם בית הדין הוא לפי הדת של אותו הזוג בענייני משפחה. (מוסלמי, יהודי, נוצרי וכו'). בכל העניינים האחרים הדין הוא דין המדינה. יש 2 מדינות בעולם שהלכו בדרך דומה אבל שונה מהדין הישראלי- הודו ולבנון. בשתי המדינות האלו היה שלטון קולוניאליסטי (מנדטורי) , מה ששונה הוא שבהודו ולבנון דנים בדין דתי בתחום משפחה אך לא בבתי דין דתיים. כלומר, דין דתי בבית דין חילוני. ברוב מדינות העולם בתי הדין הדתיים הם בתי דין פרטיים (למשל בארה"ב). סוג של אוטונומיה דתית שהמדינה מעניקה לקבוצות באוכלוסייה כל עוד זה לא מתנגש עם חוקי המדינה. **יש עניינים שבתי הדין הדתיים צריכים לעסוק בהם למרות שהם לא עניינים שלא קשורים ישירות לנישואין\גירושין-** למשל מזונות. בית דין דתי יכול עדיין לדון בעניינים האלה. כאשר הוא דן בעניינים כאלו האם הוא צריך לדון לפי דין הדתי או החילוני? בא **בג"צ בבלי** ואמר בו נעשה סדר- שביהמ"ש דן בעניין שלא בסמכותו באופן עקרוני הוא צריך לדון בו לפי המקור. לכאורה, תביעות נזיקין במשפחה שייכות רק לביהמ"ש לענייני משפחה **הבעיה מתחילה שיש התנגשויות בין הפסיקה בין בית הדין הרבני לביהמ"ש לענייני משפחה.** הבעיה המרכזית היא מאבק סמכויות. תביעות נזיקין במשפחה קיימות כבר דורות, בישראל משנת 1995. עד 95 ענייני משפחה באופן עקרוני דנו בביהמ"ש מחוזי עם זכות ערעור לעליון. כיום, ביהמ"ש לענייני משפחה הוא ביהמ"ש שלום עם זכות ערעור למחוזי ורשות ערעור לעליון. ההורדה של ענייני משפחה מהמחוזי לשלום גרמה לזה שיש לנו הרבה פחות הלכות של ביהמ"ש העליון בענייני משפחה מאשר קודם. ההורדה לערכאת שלום, הופכת את ההליך ליותר נגיש ומאפשרת גלגול ערעור של 3 ערכאות. יש בעיה בשופטים בבתי משפט לענייני משפחה- הם אינם מומחים ברוב הנושאים במשפט הפרטי, זאת מפני שהם מגיעים מדיני המשפחה. בגלל שאין הרבה פסיקות של העליון, השופטים בערכאות הנמוכות מרגישים מחויבים אחד לשני כדי לא לשנות באופן דרסטי את מה שנפסק או מה שנהוג. בית הדין הרבני הוא לפי מחוזות ומתפקד כביהמ"ש שלום, וישנו גם בית הדין הגדול לערעורים בירושלים (בדין העברי אין כל כך מושג של ערעור + לפי הדין העברי אין גם תקדים מחייב). לא ניתן לערער אחרי ביה"ד הגדול, אך ניתן להגיש בג"צ על פסיקת ביה"ד הגדול (בעיקר בטענות של חריגה מסמכות).

# **הרב שלמה דייכובסקי** היה אב בית דין (ראש הרכב) בביה"ד הרבני הגדול בירושלים, הוא איננו משפטן והיה נחשב דיין ליברלי וסובלי, והוא אמר כמה אמירות בוטות כלפי הדיינים והמערכת- חלק גדול מדיינים לא ראויים לשבת בתפקידם, זאת מפני שהם אינם מסוגלים ללכת על פי התהום, כלומר, הם מפחדים לחצות גבולות מקובלים בהלכה. הדיין צריך לפעול בשם ציבור\מדינה ואסור לדיין להיות שמרן ולחשוב על עצמו (שמרנות יתר ופחד שאם לא ילכו ע"פ ההלכה יחטאו). ביקרות שנייה שלו הייתה כלפי ביהמ"ש לענייני משפחה- הוא אומר שביהמ"ש שלום לענייני משפחה פוסק הרבה פסיקות, ובגלל שאין כמעט ערעורים, יש פסיקה שלמה שמתהווה שם שהן הלכות- הלכה למעשה. יש לנו את ביהמ"ש לענייני משפחה שהופך להיות בג"צ קטן, שנותן הלכות למרות שהוא רק ביהמ"ש שלום, וקובע מסמרות גם בעניינים שנויי מחלוקת.

#

# ***א. תביעות נגד בן זוג: כללי***

***האם יש מקום להגיש תביעות נזיקין במשפחה?***
לפני נדון בשאלה מה לדיני הנזיקין להתעסק בכלל בדיני המשפחה? אולי זה לא ראוי? אנו נראה גם שיש מקומות בעולם, שיש בהם חסינויות – כלומר לא נין להגיש תביעות נזיקין במשפחה, לא נגד בן-זוג ולא נגד הורה.
 **מאיפה הגיעו אותן תביעות נזיקין במשפחה?** יש עניין שניתן לקרוא לו **פתרון מאוזן בין שתי קצוות**:

1. **גישה משפחתית- קולקטיביסטית** – מתמקדת בקולקטיב ומנסה לבדוק מה טוב עבורו כמכלול. גישה זו עוסקת בדינמיקה בתא המשפחתי ושואפת שיתנהל בטבעיות ובחופשיות ככל האפשר. היו תקופות בהיסטוריה, אפילו במשפטים מודרניים, למשל המשפט הרומי- שלא קיבלו תביעות נזיקין במשפחה. יש גישות כאלו גם היום. החשש הוא מהתערבות משפטית מזיקה בענייניה של משפחה, באוטונומיה של ובפרטיותה. גישה זו רואה בסיכוי להשבת ההרמוניה לתא המשפחתי וקדושתו ערך על. לפי גישה זו, מדובר באסקולה מיוחדת ונפרדת שיש להימנע ככל האפשר מלהתערב בענייניה. זכויותיו של הפרט הנפגע מעוולה צריכות לעיתים להידחק לטובת התחשבות באינטרסים של היחידה המשפחתית כמכלול. **מהם מקורות\שורשי הגישה המשפחתית?**

*הגישה האנגלית*- המשפחה היא יחידה אחת מבחינה משפטית. אנגליה מושפעת מהערכים הדתיים וביניהם הרעיון שהאדם והאישה הם אחד. הגישה האנגלית אומרת שיש להתערב רק בפלילי***,*** כלומר, רק כאשר מדובר במעשה פלילי בין הבעל לאישה כמו למשל אלימות במשפחה. למה רק בפלילי המדינה תתערב? כי זה לא טוב לסדר החברתי, בנוסף, במצב כזה המדינה היא זו שנגדו ולא האישה. אצל האנגלים לא הייתה חסינות בין ילדים להוריהם, **האנגלים התמקדו בחסינות בין בני זוג.**

*הגישה האמריקאית*- בסוף המאה ה19 תחילת המאה ה20, האמריקאים החלו לזהות תביעות נזיקין של ילדים נגד הוריהם ובני זוג אחד כלפי השני ובפרט 3 תביעות של ילדים נגד הוריהם שבהם היה מדובר על אלימות או הזנחה מאוד קשה. בא ביהמ"ש ולא קיבל את 3 התביעות החמורות הללו**. למה? חסינות. יש חסימה של תביעות בין ילדים להורים שלהם.** לא מקבלים תביעות נזיקין בין ילדים להורים אפילו במקרים הקשים, כמו הזנחה ואלימות. **הסיבה-** בשונה מהגישה האנגלית, הסיבה של האמריקאים היא שאסור להרוס את ההרמוניה של התא המשפחתי. **האמריקאים שמים דגש על חסינות בין ילדים והורים ולא בין בני זוג.** לדעת האמריקאים, בני זוג יכולים להיפרד, בעוד שילדים והורים קשורים יחד כל החיים.בין ילדים והורים תמיד יש סיכוי שיחזרו לקשר וישקמו את יחסיהם. תביעות בנזיקין בין הורים וילדים מרחיקים את הסיכוי לחזור ליחסים טובים.

**לגבי יחסים בין בני זוג-** בחלק מן המדינות מאמצים את הגישה של שמירת ההרמוניה גם בין בני זוג ונותנים חסינות מפני תביעות. עם הזמן, מתחיל כרסום במדינות השונות בארה"ב בגישה זו, יש חלוקה בין המדינות השמרניות למדינות הליברליות יותר, וניתן לראות שהדרום שומר יותר על חסינויות מול הצפון שיש התנערות מהגישה הזו. **הכרסום מתחיל בחריגים- מורידים את החסימה במקרים של פגיעה ברשלנות ומשאירים את החסינות בפגיעה בזדון.** הסיבה היא שבפגיעה ברשלנות בדר"כ מדובר על תביעות צג ג' (ביטוח למשל) ואז זה לא מפריע להרמוניה למרות שבאופן רשמי זו תביעה בין הילד לאבא. לגבי תביעות בין בני זוג- יש מדינות שהתירו תביעות בעיקר בין בני זוג פרודים ובעיקר תביעות לאחר הנישואים. מצד שני, ישנן מדינות שהשאירו חסינות של תביעות בין בני זוג בעיקר מחשש ל**"פנקסנות"**- למנוע מצב שבן הזוג יחשוש כל העת מהאפשרות של תביעה עתידית נגדו על נזק שגרם לאורך השנים. ידיעה זו עלולה להפוך את בני הזוג לחשדנים ולמתחשבנים באופן מוגזם כך שלא יהיו מסוגלים לסלוח על נזקים.

כיום, ב3\1 ממדינות ארה"ב קיימת חסינות מסוימת, בנושאים מסוימים לגבי תביעות נזיקין במשפחה. אך רוב המדינות מאפשרות תביעות נזיקין בתא המשפחתי.

1. **גישה אינדיבידואליסטית** – היחיד הוא אוטונומי ומופרד מן הקבוצה שאליה הוא משתייך ויש לו עצמאות וזהות ייחודית. אמנם היחיד יכול להשתייך לכמה קבוצות במקביל אך אף קבוצה אינה מגדירה את זהותו השלמה או התנהגותו. כל פרט בתא המשפחתי נתפס כאינדיבידואלי. גישה זו היא פועל יוצא של גישת זכויות הפרט ומטרתה לאפשר לפרט לממש את האוטונומיה שלו אם נפגע מעוולה. הביטוי לגישה זו הוא לאפשר לפרט להגיש תביעה נגד המעוול, גם אם מדובר בבן משפחה קרוב. חשיבות לטיעון לפיו אדם רשאי לממש את זכותו לתבוע כל אדם בגין נזקיו, לרבות בן זוגו, נודעת בייחוד בהינתן ש**זכות התביעה בנזיקין הוכרה כזכות קנייני-חוקתית.** לפיכך, אין להגביל זכות זו ולחסום אותה מכיוון שהיא עלולה להיות מנוגדת לטובתו האישית או לאינטרס התא המשפחתי. בנוסף, האם אנחנו רוצים לאפשר לאדם שפגע בבן זוגו חסינות? אם תביעות נזיקין בין בני-זוג ייחסמו זה עלול לעודד בפועל את המשך פעילות עוולתית ואת הנצחת פערי הכוחות.

**מה קורה בישראל?**

***בתביעות בין בני זוג:*** בעבר, סעיף 18 שהיה בפקודת הנזיקין קבע חסינות בתביעות בין בני זוג. בני זוג לא יכלו לתבוע אחד את השני כל עוד הם נשואים. החוק להסדר התדיינויות **ביטל את סעיף 18** ובכך שינה מציאות זו כך שככלל, בוטלה אותה חסינות שהוקנתה מכוח המשפט המקובל.

***בתביעות של ילדים נ' הוריהם:*** אין ולא הייתה חסינות בתביעות מסוג זה. הגישה היא אינדיווידואליסטית, ובכל זאת, יש מחסומים שבאים מכוח החוק או מכוח הפסיקה:

* *מכוח חוק-* חוק ביהמ"ש לענייני משפחה ( ס'3ד קטן) אומר שבכל עניין שהילד רוצה לפנות לביהמ"ש למשפחה שקשור לפגיעה בזכויותיו- הוא יכול לפנות, בעצמו, ללא עו"ד, לביהמ"ש למשפחה בכל עניין **בפגיעה של ממש.** כלומר, יש תנאי שהפגיעה תהיה פגיעה של ממש. החוק גם מתיר לילד להיעזר ב"ידיד קרוב" בתביעה.
* *מכוח פסיקה*- פס"ד אמין עוסק בהזנחה רגשית של ילדים, קובע **שרק במקרים חמורים** ניתן יהיה לתת סעד בגין הזנחה של ילד. כלומר, יש תנאי להתערבות רק במקרים חמורים.

**ההשלכות של פס"ד אמין** – תביעה של ילדים נגד אבא שלהם על הזנחה רגשית (שנת 88), היא הוגשה למחוזי וקבלו של מיליון ₪ רק לאחר 10 שנים מרגע ההגשה. **לפרשה כמה חידושים-**

1. **רשלנות לפי פס"ד הזה קיימת גם במעשה מכוון.**
2. **ניתן לתבוע בנזיקין על הזנחה רגשית כאשר הנזק חמור.**
3. האבא טען שאין חובה לאהוב את הילדים ולא צריך לשלם על כך פיצויים. **השופט אנגלרד פסק שיש חובה כלפי הילדים מכוח חוק גם במישור הרגשי.** החובות הן נגטיביות ואם אדם מפר אותן הוא חייב בפיצוי.
4. **להורה יש חובה כלפי הילדים במישור הרגשי גם שהם לא במשמורתו.**

**בישראל מאמצים יותר את הגישה האינדיווידואליסטית, עם זאת, יש שאריות של הגישה המשפחתית יותר בעניין פרוצדורה.** ייחוד ערכאה נפרדת לענייני משפחה מטרתו ליישב סכסוכים בדרכי שלום והדבר משתקף היטב גם בהכשרתם של אותם שופטים המכהנים בערכאות אלו. לצד ביהמ"ש לענייני משפחה, קיימות יחידות סיוע בהן מתפקדים אנשי מדעי החברה ומגשרים, כך שביהמ"ש יכולים (אם כי לא חייבים) להיעזר בשירותי אותם אנשי מקצוע ביחידות הסיוע כדי לפתור את אותו סכסוך שבא לפניהם (ולהקפיא בינתיים את התביעה).

***האם תביעות הנזיקין הן פתרון מאוזן?***

מצד אחד, המשפט יכול לא להתערב לפי הגישה הקולקטיבית, מצד שני, המשפט יכול להחליט שהוא מתערב לפי הגישה האינדיבידואלית. המדינה צריכה להחליט אם להתערב כן או לא. בדר"כ באלימות במשפחה מוסכם שיש צורך להפעיל את הדין הפלילי. **אך מה קורה בנושאים אחרים בסכסוכים במשפחה?** הגישה של שמואלי- בחברות רב תרבותיות יש הרבה קבוצות לאומיות שלכל קבוצה לאומית יש מנהגים שונים, ונורמות מקובלות שונות ביחסים בין בני זוג ומשפחה בכלל. דוגמא: תייר המכה את אשתו במדינה שבה זה אסור אך הוא בא ממדינה שבה זה מותר, והוא לא מבין מה פסול במעשיו.(זה תואם את המציאות אצלנו-חרדים, ערבים, עולים חדשים) . *יש צורך במקרים שבהם צריך לאפשר תביעות נזיקין במקום ל"רוץ" למשפט הפלילי.* **הגישה למשפט האזרחי יוצרת כמה בעיות**- ראשית, בעיה של נטל כלכלי על החלשים. בעיה שניה, מנסים לייצר הרתעה באמצעות קנסות אך בפועל מאפשרים לאנשים עשירים יותר ל"קנות" את העוולות שלהם בכסף. כלומר, המשפט הפרטי בנוי על סכומי פיצויים, בניגוד לתביעה הפלילית שמדברת על שלילת החירות, לכן אנשים עמידים יוכלו "להרשות לעצמם" להשתמש במשפט הפרטי ללא חשש וללא הרתעה.

***המעגלים השונים של תביעות הנזיקין במשפחה/ בנימין שמואלי***

ישנם **5 מעגלים** המגדירים את מידת האינטראקציה בין שתי מערכות הדינים- דיני הנזיקין לבין דיני המשפחה:

1. ***אין אינטראקציה (לכאורה)*** *–* תביעות נזיקין רבות בין חברי התא המשפחתי הקיים, המתפרק או זה שכבר אינו קיים עוד, לכאורה אינן רלוונטיות לדיני המשפחה, לדוגמא: אלימות במשפחה, לשון הרע והגנת הפרטיות. לכאורה, אין קשר בכלל לעניינים של התנגשות עם הדין הדתי. בהמשך נראה כי ישנם מקרים שכן יש התנגשויות בין הדינים.
2. ***אינטראקציה חיובית*** – אינטראקציה של השלמה. דיני הנזיקין באים להשלים את דיני המשפחה במקרים שהופרו חובות ואין מענה פיצויי מספק. לדוגמא: הפרת הסדרי ראיה, חטיפת ילדים.
3. ***אינטראקציה בעייתית בין דיני הנזיקין לבין דיני המשפחה הדתיים*** – לדוגמא: ביגמיה ופוליגמיה – ריבוי נשים (רלוונטי בארץ גם למוסלמים), גירוש אישה בעל כורחה. שתי הדוגמאות היו מותרות עד לחרם דרבנו גרשום ששם הועברו תקנות חדשות. האינטראקציה הזו נעה בין 2 ל-4 – בין השלמה להתנגשות. בין חיובית לשלילית.
4. ***אינטראקציה שלילית בין דיני הנזיקין לבין דיני המשפחה הדתיים*** – האינטראקציה שלילית מכיוון שדיני הנזיקין סותרים את דיני המשפחה הדתיים וגורמים אף לשינוי בדיני המשפחה הדתיים. לדוגמא: סרבנות גירושין (גט), הבחנה בין יהודים לבין הקתולים (למרות שלקתולים אין גירושין ולכן אין סרבנות גט).
5. ***אינטראקציה שלילית בין דיני הנזיקין לבין דיני המשפחה האזרחיים*** – התנגשות בין שתי מערכות ליברליות. לדוגמא: תביעת נזיקין בגין בגידה. לעיתים המרצה משלב בין מעגל זה לבין המעגל הראשון.

 ***מעגל 1:* *תביעות נזיקין במשפחה שבהן לכאורה אין אינטראקציה בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה***באילו מקרים, במעגל הראשון, בכל זאת תהיה התנגשות בין דיני המשפחה לדיני הנזיקין?

1. **חלוקת רכוש:** דיני המשפחה רלוונטיים גם במעגל זה, ולו בעקיפין ,וזאת בכל הקשור לבני-זוג בסכסוך או בני-זוג שכבר נפרדו. חלוקת הרכוש בין בני זוג פרודים בביה"ד למשפחה בדר"כ חצי-חצי. על הרבה נכסים יכולות להיות מחלוקות, בסוף מגיעים בדר"כ להסכמים כי זה עדיף כלכלית אבל הצדדים לא יצאו מרוצים. לכן, אחד הצדדים יכול לפנות לתביעת נזיקין- קבלת פיצוי בתביעת נזיקין במשפחה בין בני-זוג בסכסוך או בין בני-זוג שכבר נפרדו יכולה לשנות למעשה את חלוקת הרכוש בהתאם לדיני המשפחה שנדונו בבית-המשפט לענייני משפחה או בבית-הדין הדתי. **פיצוי בתביעת נזיקין נגד בן-זוג יכול אפוא לשנות בפועל את חלוקת הרכוש, ולכן גם יכול לשמש ככלי טקטי מעשי לשיפור בפועל של התוצאה שאליה הגיעו דרך דיני המשפחה**, אף אם באופן רשמי מדובר בתביעה חדשה שמטרתה פיצוי על עוולה.
2. **שינוי משמורות או הסדרי ראייה**: ייתכן שאפילו תביעה נזיקית, למשל בגין אלימות ותוקפנות*,* תוכל להשפיע לא רק על ההיבט הממוני כי אם גם על היבט המשמורת והסדרי הראייה, כפי שתלונה במשטרה על אלימות או בקשה לצו הגנה יכולים להשפיע על עניינים אלה.
3. **שיפור עמדות מיקוח בזוגיות והסדרת היחסים:** ישנם **סרבני גט כלכליסטיים** (ולא אידיאולוגיים) שמנסים לסחוט מבחינה כלכלית את הנשים שלהם ולהתנות את מתן הגט בוויתורים כלכליים על הרכוש שמגיע להן לטובת הבעל. כדי לשפר את מעמד המיקוח של האישה מול הבעל, היא מגישה תביעת נזיקין כנגד הבעל בשביל לקבל פיצוי עבור הנזק הנפשי הנגרם מהסרבנות**.** דוג**':** לאישה מתברר שהבעל עשה עבירות חמורות של אי-גילוי, הוא היה מתחזה ותוך ההתחזות גנב לה כספים דרך הקופת גמל. האישה רוצה להתגרש והוא לא מעוניין להתגרש. במקרים כאלה מה אפשר לעשות? עורכי הדין יכולים לאיים על הבעל בתביעת נזיקין בסכומים גדולים כדי לקבל גט.

לכאורה תביעות נזיקין, בהקשר הזה, הן "מניפולטיביות". הן באות לתקן עיוותים שקרו בפסקי דין או הסכמים בדיני המשפחה. הרבה פעמים הגשת תביעות בנזיקין נותנות עמדת מיקוח טובה יותר לצד החלש (שכביכול הנכסים לא רשומים על שמו), וגורמת לצד השני לבוא יותר לקראתו מחשש להתמודדות עם תביעה נוספת (ההסדרים אחרי שינוי העמדות יכולים לקבוע, בחוזים, להתחייב שלא להגיש תביעות נזיקין אחר"כ). המטרה של תביעת הנזיקין היא להגיע לקו הגמר עם חלוקת רכוש אחרת, ודוק- **חלוקת רכוש צודקת יותר או לחלופין שיפור עמדות.** אפשר לראות את זה כצדק מתקן לגמרי, ואפשר מצד שני להגיד שזה דבר לא מוסרי לעשות ולכן ההפך מצדק מתקן. חשוב לזכור שהחוכמה לא נמצאת בצד אחד, הצד השני יכול תמיד להגיב בתביעת נזיקין נגדית! התביעה הנגדית מטרתה ל"הנחית" את תביעת הנזיקין הראשונה.

***האלימות הכלכלית: עילה נזיקית או עילה בדיני משפחה (מזונות)?***

**מהי אלימות כלכלית נגד בן זוג?** השתלטות מלאה על כספים, נכסים משותפים ומשאבים כלכליים ומניעת הזכות לשלוט על המקורות הכלכליים והפיננסיים שבן הזוג זכאי להם. מדובר בנישול של בן הזוג מכל גישה לאמצעים כלכליים ולעצמאות באמצעות הפעלת כוח ושליטה **במטרה ליצור אצל בן הזוג הקורבן תלות כלכלית.** מדובר בדפוס שליטה מתמשך. **מבחינה משפטית:** מדובר בפגיעה באוטונומיה, בפגיעה בזכויות הקניין ולעיתים גם בפגיעה בחופש העיסוק. **לאלימות כלכלית שלל צורות**: מניעת עבודה ולימודים (פגיעה ביכולת להתפרנס וליצור השכלה במטרה ליצור תלות כלכלית בו), מניעת שימוש במקורות כלכליים (כמו מניעה להשתמש בכרטיס אשראי); סירוב לשאת בנטל הוצאות ותחזוקת הבית; צבירת חובות על שם בן הזוג- מרמה בהרשאה לחשבון הבנק למשל, הוא יכול לפתוח חשבון סודי משלו ולהזרים לו כספים, או להכריח להחתים את האישה על הלוואות**. סוזן פולט** במאמרה סוברת כי אלימות כלכלית היא אלימות שקטה אשר אינה משאירה "סימנים" (היא לא מותירה סימנים על הגוף) , היא נלווית בדר"כ לסוגי אלימות אחרים, כך שלמעשה היא סמויה ולכן קשה יותר לטפל בה. כמו כן, מדובר בד"כ באלימות מגדרית שלרוב מתאפיינת במעשים של גברים כלפי נשים אך יכולה לחצות מעמדות ומגזרים. יתרה מכך, אלימות מעין זו יכולה לבוא לידי ביטוי בכל שלבי הקשר כשהיא נמדדת בספקטרום (החל מקמצנות ועד למעשים העולים כדי הרעבה של ממש). **מהן הסיבות לאלימות כלכלית**? היום התאוריה הרווחת היא שבן זוג שהוא אלים כלכלית הוא סובל מתסכול ותוקפנות/ העברה בין דורית של דפוסי אלימות- אדם שנחשף בילדותו לאלימות/ פערי שכר במשק בין גברים לנשים- ולכן אם יש פערי שכר זה גם משפיע בתוך הבית, ברגע שהוא המפרנס העיקרי הוא מרגיש שהוא "הבעלים".התפיסה הפמיניסטית גורסת כי קיימת עמדה פטריארכלית של הגמוניה גברית, המעודדת גברים לצאת לשוק העבודה בעוד שהאישה נשארת בבית כך שהגבר הוא המפרנס העיקרי. כך, התפיסות הדוגלות באי שוויון בין המינים יוצרות אלימות כלכלית כלפי נשים. יתרה מכך, התפיסה הקניינית הרואה את האישה כקניין של בעלה, וכן התפיסה הנמנעת מלהתערב בהרמוניה המשפחתית, ב"אידיאל המשפחתי", דוחפות גם הן לתופעת האלימות הכלכלית מתוך תפיסה שהמשפחה זה עניין פרטי ולא ציבורי.

**מהם הנזקים?** נזק כלכלי ישיר (ירידה ברווחת החיים), הגברת הסיכוי להיווצרות סוגי אלימות נוספים (כי ברגע שהיא תלותית בו זה יוצר חולשה של בן הזוג והתחזקות בן הזוג האלים), יצירת מעגל קסמים המונע מהאישה לצאת מתוך המערכת האלימה (שכן עו"ד עולה כסף שאין ביכולתה להשיג), השפעה על הבריאות הנפשית והפיזית של בן הזוג שמופעלת כלפיו אלימות, ירידה במסוגלות הורית (מתפקדים פחות טוב עם הילדים), הוצאות והפסדים לחברה בכללותה.

***דרכי התמודדות עם תופעת האלימות הכלכלית:***

1. ***דיני המשפחה: דיני מזונות***- יש מקרים בהם במקום ללכת לדיני הנזיקין נלך **לחובת המזונות**. הבעל מחויב לזון את אשתו ולפרנס אותה לפי צרכים ממוצעים.

הבעיות:

* **בעיה 1:** נראה כי המסלול יפתור את הבעיה רק במקרים קיצוניים וקשים של אלימות כלכלית למשל מצבים של הרעבה, ולא במקרים רבים אחרים כמו שליטה על משאבים שלא נחשבים מזונות.
* **בעיה 2:** ע"פ ההלכה נשים רבות אינן זכאיות למזונות - אישה בוגדת, מעשה כיעור, אישה שעוברת על דת יהודית, מכריחה את בעלה לאכול לא כשר, אישה מורדת שאינה חפצה לקיים יחסי אישות.
* **בעיה 3**: האישה לא יכולה לדרוש צרכי חיים בסיסיים (למשל אמצעי חימום) שלא היו קיימים לזוג לפני כן. מפני שמזונות נקבעים לפי רמת החיים של הזוג לפני שהיחסים שלהם עלו על שרטון (אלה מזונות אישה שהאישה מקבלת כל עוד בני הזוג פרודים אך לא גרושים).
* **בעיה 4:** הבעיה הרביעית דרך מסלול המזונות היא שזה **מוגבל בזמן** (כל עוד הם נשואים. כמו כן, סכום הפיצוי מוגבל בכך שלא ניתן לתבוע על העבר, **ואין לקבל בגין נזק שאינו ממוני.** לכן- מסלול המזונות הוא פתרון לא אידיאלי.
* **בעיה 5**: ניתן לפסוק מזונות **רק מעכשיו לעתיד**, או ממתן פס"ד או מהגשת התביעה. כלומר, אין מתן מזונות באופן רטרואקטיבי.
* **בעיה 6:** שיעור הנזק. בדר"כ סכום המזונות הוא נמוך ביחס לגובה האלימות הכלכלית שחוותה האישה.
* **בעיה 7**: מזונות זה רק לנשים. אלימות כלכלית יכולה להיות גם כלפי גברים. גבר שחווה אלילמות כלכלית מאשתו לא יכול לתבוע מזונות.

היתרונות: הטיפול דרך סעד המזונות פשוט יותר **מבחינה פרוצדוראלית**, סכום האגרה להגשת תביעת מזונות נמוך יותר בהשוואה לתביעה נזיקית, והזכות למזונות **אינה כרוכה בהוכחת נזק.**

1. ***המשפט הפרטי: דיני הנזיקין-*** דרכי תביעה בדיני הנזיקין במקרים של אלימות כלכלית במשפחה:
	* ניתן לקבוע שאלימות כלכלית תוגדר כ**עילה עצמאית** לתביעה (כמו שראינו בהצעות חוק). המצאת חקיקה חדשה.
	* **עוולת הרשלנות** (שכן ישנה חובת זהירות של הבעל כלפי אשתו- בנימין שמואלי וסיני דויטש קוראים להכיר באלימות נפשית כעוולה פרטיקולרית).
	* להכיר בה כעוולה **חוקתית** (לפי חוק יסוד כבוד האדם).
	* **פגיעה באוטונומיה** (הרחבת ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. שכן יש כאן פגיעה בחירות ועצמאות כלכלית)
	* **הפרת חובה** **חקוקה** (באמצעות אחד מהסעיפים הבאים: ס' 3(3) לחוק מניעת אלימות במשפחה, ס' 2 לחוק תיקון דיני משפחה(מזונות)- כי הגבר מחויב לתת לאישתו מזונות ואם הוא לא משלם הוא מפר את חובתו החקוקה, ס' 192 לחוק העונשין- איומים) .

ישנו חיסרון למסלול הנזיקי **כי צריך להוכיח נזק** אם האישה רוצה לתבוע את בעלה בגין אלימות כלכלית. פרמטרים אחרים עשויים להוות חיסרון אך גם יתרון, וביניהם ששיעור הפיצוי בנזיקין נקבע לפי **גובה הנזק**, ואילו שיעור המזונות נקבע לפי משאביו של הבעל ויכולתו הכלכלית.

***הפרת פרטיות בין בני זוג***

הגישה הקולקטיביסטית מעוניינת למנוע גישה לערכאות בכל הנוגע לפגיעת הפרטיות של אחד מבני הזוג. מצד שני, הגישה האינדיבידואליסטית מתמקדת בזכויות הפרט ובאוטונומיה שלו, לכן לפי גישה זו, אם יש פרט שנפגע מפרט אחר, גם אם הם באותה משפחה, יש לתת זכות תביעה לנפגע. הזכות לתביעה עולה גם מזכות הגישה לערכאות, בישראל הגישה לערכאות נתפסת כזכות חוקתית- עצם האפשרות שיהיה לאדם את "יומו" בביהמ"ש. אדם שרוצה לפגוע בהפרת הפרטיות זה כעקרון זכות יסוד שלו, מכיוון שהזכות לפרטיות מעוגנת בחו"י כבוד האדם וחירותו החל משנת 92. ברק בפס"ד עדאלה קבע שזכות התביעה גם בנזיקין על הזכות לפרטיות היא זכות חוקתית. לפי ברק זו זכותו הקניינית של אדם. **סיכום-** יש מלחמה בנושא של פרטיות בין שתי הגישות האלה- מצד אחד, נרצה לתת לבן\בת זוג לתבוע על הפרת פרטיות בנזיקין, הפגיעה בפרטיות היא פגיעה חוקתית, לכך נוספת הזכות לגישה לערכאות שהיא זכות חוקתית בעצמה, ולבסוף זכות התביעה בנזיקין, לפי ברק, היא זכות קניינית (שהיא גם זכות יסוד) מכיוון שהפנייה לתביעה נזיקית היא תמורה כספית שניתנת לאדם. מצד שני, אפשרות הגישה לערכאות על פגיעה בזכות לפרטיות יכולה לפגוע קשות בהרמוניה של התא המשפחתי ולהרוס כל סיכוי לפתור פתרון של הסכסוך בין בני הזוג. גם אם גישה זו נשמעת מיושנת, אי אפשר לבטל אותה ויש בה הגיון אמיתי של לא לשים שמן במדורת הסכסוך. לא ברור איזה צד גובר על כפות המאזניים. הגישה הכלכלית תסתכל על תועלת מול עלות ותביעת נזיקין היא דבר שבאופן טבעי לוקח משאבים וכסף לכן ככל הנראה לא תתמוך בתביעות נזיקין בין בני זוג על הפרת פרטיות.

בישראל אין חסינות לכן התביעות באופן עקרוני אמורות להתקבל. עולה השאלה התיאורטית האם יש גישה מוצקה בביהמ"ש לגבי תביעות על הפרת הפרטיות בין בני זוג? האם ביהמ"ש לוקח בחשבון היבטים מתוך הגישה המשפחתית או מאמץ גישה אחת בלבד אינדיווידואליסטית?

***בג"צ נתניה:***

***רקע:*** בעל ואשה חיים בפירוד. הבעל הגיש תביעת גירושין נגד האישה בבית דין רבני. האישה מתנגדת לגירושין. להוכחת עילתו, מציג הבעל תמונות בהן נראית אשתו מקיימת יחסי מין עם אחר. את התמונות הוא צילם שעה שהוא נכנס עם שני אחרים לדירה המשותפת בה התגוררה האישה בלבד, בלא ידיעתה והסכמתה. הבעל, שרצה בגירושין הגיש את התמונות בתביעתו לביה"ד הרבני. בית הדין הרבני האזורי קבע כי העותרת חייבת לקבל גט לאלתר. הוא סמך, בעניין זה, את פסק דינו על התמונות שהוצגו בפניו.**ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בביהמ"ש**. למרות זאת, נקבע כי התמונות קבילות, גם אם הושגו תוך פגיעה בפרטיות העותרת. זאת משום שלמשיב עומדות שתי הגנות הקבועות בחוק הגנת הפרטיות. *האחת,* כי הפגיעה בפרטיות נעשתה בנסיבות בהן הייתה מוטלת על המשיב חובה חוקית, מוסרית או חברתית- נקבע, בהקשר זה, כי על פי דין תורה, החל ביחסי הנישואין והגירושין שבין הצדדים, קיימת חובה לגרש אישה נואפת, ועל הבעל הנטל להוכיח טענתו זו. *שנית,* שכן הפגיעה בפרטיות נעשתה לשם הגנה על עניין אישי כשר של הפוגע. נקבע כי לבעל עניין אישי כשר בהוכחת בגידתה של אשתו. **הרב דייחובסקי בביה"ד הרבני טוען שכל עוד בני הזוג נשואים, גם אם הם פרודים, הם כאחד. הפרטיות שלהם הם כבני זוג. כלומר, אם פגע** **בפרטיות של אשתו, כל עוד הם נשואים לא הייתה פגיעה בגלל שהם נחשבים גוף אחד (הגישה הקולקטיביסטית).** על פסק דינו של בית הדין האזורי הגישה העותרת ערעור לבית הדין הרבני הגדול.בית הדין הרבני הגדול דחה את הערעור.פלונית ערערה לבג"צ.

***ברק:***

1. **האם חוק הגנת הפרטיות חל בבתי הדין הרבניים**? **תשובה:** **כן.** עם זאת, יש קושי: **ראשית,** ניתן לומר כי על פי ניסוחו חוק הגנת הפרטיות מופנה ל"בית המשפט", על פי קו מחשבה זה, הדיבור "בית משפט" אינו כולל בית דין רבני. גישה זו מתקשרת לתפיסה רחבה יותר, לפיה חקיקה של הכנסת חלה בבתי הדין הרבניים, רק אם החוק קובע זאת במפורש. **לפי ברק, ביהמ"ש= כל גוף המוסמך, מכוח דין, להכריע בסכסוך . ברק מחיל את המונח "בית משפט" גם על בית הדין הרבני**. בית הדין הרבני הוא חלק ממערכת בתי הדין במדינה. חוקי המדינה חלים עליו. הם מעניקים לו כוחות ומטילים עליו מגבלות. כלל הפסילה הקבוע בחוק הגנת הפרטיות הוא כלל של דיני הראיות. הוא משקף את מעמדה החוקתי של הזכות לפרטיות, הוא ביטוי לתקנת הציבור הישראלית, בית דין רבני חייב לפעול על-פיו. **הקושי השני הוא**, כי החלת חוק הגנת הפרטיות בהליכים בפני בית הדין הרבני פוגעת באפשרות הפעלת הדין בענייני המעמד האישי, שכן הראיות הפוגעות בפרטיות הן לעתים מרכזיות ויחידות. מניעתה של ראיה זו תפגע ביכולתם של בתי הדין הרבניים לבצע את תפקידם. ברק אומר לגבי קושי זה, ש**יש להעניק לבית הדין שיקול דעת באשר למקרים בהם יתאפשר השימוש בחומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות.**
2. **האם על פי הוראת החוק נפגעה פרטיותה של האישה שעה שבעלה צילם אותה בדירתם המשותפת**? **תשובה: כן.** המשיב טען בפנינו, כי הצילום לא נעשה "ברשות היחיד". זאת, שכן הצילום נעשה בבית המגורים של העותרת שהוא גם ביתו שלו. טענה זו אין לקבל. רשות היחיד הוא האוטונומיה שלו ולאו דווקא מקום מגוריו.
3. **האם עומדת לבעל אחת ההגנות שחוק הגנת הפרטיות מכיר בהן**? **תשובה: לא**. תנאי לתחולתן של ההגנות שבסעיף 18(2) לחוק הגנת הפרטיות הוא שהטוען להגנה "עשה את הפגיעה בתום לב". לדעת ברק , המשיב לא פעל בתום לב שעה שפגע בפרטיותה של המשיבה. הפגיעה בפרטיותה של העותרת במקרה שלפנינו היא חריפה וקיצונית. המשיב פגע בגרעין הקשה של הזכות לפרטיות. הוא חדר, כשהוא מצוייד במצלמה מלווה בשני חבריו שצפו בכל המתרחש, למיטתה של העותרת. אין לך פגיעה קשה מזו בפרטיות.
4. **האם על פי שיקול הדעת אשר סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות מעניק לבית הדין, מן הראוי שהוא יתיר להשתמש בתמונות שהושגו תוך הפרת הזכות לפרטיות? תשובה: לא.** בעקרון החוק מאפשר לערכאה השיפוטית שיקול הדעת להתיר את השימוש בחומר הפוגע. בבחינת שק"ד,  **הערך הראשון** שיש לקחתו בחשבון הינו הזכות לפרטיות**. הערך השני** שיש להתחשב בו, הוא הזכות או האינטרס אשר הפגיעה בפרטיות נועדה להגשים. **וערך שלישי** שהוא בעל חשיבות רבה, הינו הגינות ההליך השיפוטי, אשר מתבסס על חיפוש האמת ועל טוהר השיפוט. **מהן אמות המידה לשימוש בשיקול הדעת השיפוטי במסגרת כלל הפסילה היחסי הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות?** במצב דברים זה יש לשקול שני שיקולים עיקריים: ראשית, חומרת ההפרה- ככל שעוצמת ההפרה של הפרטיות היא גדולה יותר, כן גדל משקלו של השיקול המבקש להגן על זכות זו בהשוואה לשיקולים הנוגדים**.** שנית, ערכו הראייתי של החומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות. ככל שהראיה חיונית יותר להוכחת האמת כן יגבר משקלה לעומת משקלה של הפגיעה בפרטיות. **האיזון בין השיקולים שיש לקחתם בחשבון נוטה באופן ברור לפסילת התמונות כראיה במשפט.** במקרה דנן ההפרה היא חמורה ביותר, בנוסף, נקבע בבית הדין הרבני האזורי ובבית הדין הרבני הגדול, כי ניתן להכריע את הדין גם בלעדי הצילומים.

לסיכום, יש הרבה מקרים בהם בני זוג "גרושים ללא גירושים" הם אמנם חיים כפרודים ולא מנהלים מערכת זוגית אבל יש להם הרבה רכוש משותף, למשל עוד גרים באותו הבית. זו ביקורת על הגישה של הרב דייחובסקי לטענה שכל עוד הזוג נשוי הם כאחד. ברק מדבר גישה אינדיווידואליסטית טהורה- הוא אומר שחוק הגנת הפרטיות חל על בני זוג ומבטל את גישתו של הרב דייחובסקי. השוואה זו לא אומרת שבהכרח ביה"ד הרבני תמיד יאמץ את הגישה המשפחתית.

**למה הגישה האינדיווידואליסטית של ברק יכולה להיתפס כקיצונית?**

1. **יש הבדל בין בני זוג פרודים\נשואים לבין פרטים שאין בניהם קשר זוגי**- לבני זוג נשואים רכוש רב משותף שיכול לכלול בית, מייל משותף, חשבון בנק, תיבת דואר וכו'. לא הגיוני שנגיד שכל כניסה לרכוש משותף תחשב פגיעה בפרטיות. גם אם בני זוג פרודים, בבחינה ריאלית, נשאר להם רכוש משותף ולא ניתן להפריד את החשבונות המשותפים בכזו מהירות. עובדתית המצבים הם אחרים- יש משמעות אם האדם שפגע בפרטיות חי באותה דירה או לא.
2. **נימוק משפטי-** לפעמים אין ברירה להשיג ראיות אלה בהפרדת הפרטיות של בני הזוג. הדבר מתחזק שמדובר בקשר זוגי שהכל מאוד אינטימי ואישי ולא תמיד הכל מוצג בפני ביהמ"ש ועל מנת להשיג את הראיות יש צורך בפגיעה בפרטיות. הרציונאל של נימוק זה הוא גילוי האמת בהליך המשפטי. הטיעון הזה מתקשר להשגת הראיה כעניין אישי כשר.
3. **במעגל הראשון הרבה פעמים העניין הוא כסף**- התביעה מוגשת על מנת לקבל פיצוי וכסף כדי לשפר את המעמד במערכת הגירושין.
4. **הגישה של ברק לא מספיק רגישה** **למצב שמדובר בבני זוג** - שמואלי מציע שניתן לקחת את ההגנות ופרש אותם ברגישות והרחבה לסיטואציה שמדובר בבני זוג בעלי מטענים רגשיים אחד כלפי השני. הפגיעה צריכה להיתפס אחרת כשמדובר בבני זוג. אי אפשר להתייחס גם לבני זוג כאינדיבידואלים נפרדים באופן מוחלט.

לדעת שמואלי, יש להכיר בגישת ביינים שתוחל במקרים של הפרת פרטיות בין בני זוג. בגישה זו כדאי לבחון פרמטרים שונים באשר להפרת הפרטיות ובמידה והפרמטרים מתקיימים יש לקבל את התביעה בגין ההפרה.

***אי גילוי***

אי גילוי אפשר לתבוע גם בנזיקין (רשלנות ותרמית) וגם בחוזים (תום לב במו"מ, הטעייה). הסוגיות של אי גילוי נסובות סביב עבר פלילי, עבר רפואי, בעיות גנטיות, עבר מיני, עבר נפשי, עבר רכושי, סטטוס משפחתי קודם וכו'. דברים אלו הם בסיס לתביעת נזיקין. גם באי גילוי ניתן להרגיש את המתח בין הגישה האינדיווידואליסטית לגישה המשפחתית. מבחינה חוזית מה צריך לגלות ומה צריך לא לגלות? האם יש גישה אובייקטיבית לאי-גילוי או שהכל נבחן בבחינה סובייקטיבית של מי מן הצדדים? יש לבחון אם הנישואים נקשרים בחוזה. כשמדובר בנישואים אזרחיים- די פשוט כי הם נערכים בחוזה. נישואים דתיים או החיים כידועים בציבור לא כל כך ברור שהם נחשבים לחוזה. אם חובת האמון מוגברת בין בני הזוג יש להניח שהגילוי הוא מוגבר. החוזים בעצם המקלים על ביהמ"ש למצוא את חובת הזהירות המושגית בין בני הזוג.

**השופטים לקחו את המשפט העברי והקישו למקרים של אי גילוי לפי מבחן שיקול הדעת- האם ההיקש נכו**ן? למה קשה להקיש מתחום המשפט העברי לתוך דיני הנזיקין בתא המשפחתי? המשפט העברי הוא משפט דתי. בדיני המשפחה הצדדים לא תמיד יהודים, יש גם מוסלמים, נוצרים דרוזים וכו'. בסוף, אנו מוצאים שזה לא משנה מהי דת האדם, אלא אנחנו פשוט בוחנים כיצד האדם יתנהג כלפי אי גילוי ולכן ניתן להקיש. בעיה נוספת היא שיכול להיות שהדין העברי מטרתו לשמר את התא המשפחתי, לעומת דיני הנזיקין שהרצון הוא להעניק סעד למי שנפגע מהאי גילוי. לכן ההשוואה הזו צריכה להיעשות בזהירות.

לפי מבחן שיקול הדעת מהמשפט העברי- בוחנים את ***חומרת הפגם שהוסתר* *באופן אובייקטיבי*** והאם מדובר במום או פרט מהותיים ביותר ***אשר האדם הסביר לא היה מוכן להתקשר בקשר נישואין לו היה יודע עליהם ואף היה מבקש להתיר את קשר הנישואין באם התגלה לו הדבר אחר נישואיו***. יכול להיות שהדין העברי מצמצם לגבי עילות גירושין, כי אולי הוא לא רוצה שיהיו הרבה זוגות גרושים, אלא לשמר את הנישואין. נקודת המוצא היא שמירה על התא המשפחתי בצורה המרבית ביותר. לעומת זאת בדיני הניקין לא מדברים על אם הקשר מפורק או לא, אלא לתת לבן זוג שנפגע לתבוע בנזיקין.

**האם המבחן צריך להיות יותר אובייקטיבי או יותר סובייקטיבי**? ביהמ"ש אימץ את המבחן האובייקטיבי. למרות זאת, יש גישה של הרב קנייבסקי שאומר שצריך לבדוק האם המום כה חמור שלא הייתי נכנס לנישואים אם הייתי יודע- סובייקטיבי (כמו מבחן האלמלא בקשר סיבתי העובדתי). אנו שואלים האם המבחן הוא סובייקטיבי ויש לבחון לפי כמה חמור העניין במגזר שלו, או שאין לשאול את כלל הציבור וביהמ"ש שיושב כאדם הסביר- יש לבדוק לפיו? כשאומרים אם הייתי יודע לא הייתי מתחתן זה נשמע סובייקטיבי! אך המבחן הוא מבחן אובייקטיבי על פי האדם הסביר. בנזיקין יש פרדוקס נזיקי- הנזק נמדד באופן סובייקטיבי. גם אם יש 2 אנשים שבאותו גיל ואותו המצב ושניהם ניזוקו באותה צורה, ואחד השתקם מהר יותר מהשני הרי שהשני יקבל יותר פיצוי. חומרת הנזק נמדדת באופן סובייקטיבי בדיני נזיקין. ההבדל הוא שבדיני משפחה המבחן האובייקטיבי בוחן את הוכחת הנזק עצמו ולא את החומרה (את קיום הנזק). גם דיני הנזיקין בוחנים את הכניסה לנוסחת האחריות באופן אובייקטיבי (הקמת חובה). שופטים בביהמ"ש לענייני משפחה עדיין דנים בדיני הנזיקין ולכן הם כפופים למבחנים הכלליים של דיני הנזיקין. לפי שמואלי, אולי יש מקום למבחן ביניים- אובייקטיבי מרוכך שלוקח בחשבון את תכונותיו הייחודיות ותחושותיו של הצד הנפגע, בא לידי ביטוי במיוחד במקרים של בני מיעוטים (חרדים, מוסלמים וכו').

העוולה המרכזית בסוגית אי-גילוי היא ***רשלנות***. פס"ד אמין (שנת 98) פיזר את המחלוקת מעל השאלה אם רשלנות תופסת גם כלפי מעשים של כוונה וזדון. רשלנות חלה גם כלפי מעשים מכוונים.

***נק' מבט על אי-גילוי בהקשר של פסיבי מול אקטיבי***: למשל בסרבנות גט - אם הורים נותנים לבן שלהם לישון אצלם ולברוח כך מאשתו, הם כן מסייעים לו מורלית אך האם יש להעמיד אותם לדין? הוא לא מספר להם חד משמעית שהוא סרבן גט אלא אומר דברים רעים על אשתו, לכן קשה להגיד שיש לתבוע אותם. גם אם זה קצת אקטיבי, השופט הכהן אומר שככל שזה פסיבי יותר לא נאפשר תביעה, וגם באשר לאקטיבי צריך להבחין: יש הבדל בין לשבת איתו ולצחוק על האישה לבין לסייע לו לברוח מהארץ. אולי יש להקיש את ההבחנה הזו גם באשר לחובת אי גילוי: יכולים הורים לבוא ולומר שהילד שלהם מושלם, או מנגד להגיד שהאישה לא שאלה אם יש לבן בעיה - אבל יש דברים שצריך להגיד!!

***מבחני אמות המידה הראויות באשר לסף הכניסה לביהמ"ש בתביעות של אי-גילוי בין בני זוג***:

אם נק' המוצא היא לתת פיצוי לאי-גילוי, השאלה היא מה הוא המבחן. האם הגישה לא מעוניינת לחסום לגמרי, אז היא לא קולקטיביסטית- קיצונית. ככל שהיא לא מעוניינת לחסום את התביעה, היא יותר אינדיבידואליסטית, כי היא לא שומרת על התא המשפחתי.

1. ***המודל הנזיקי הרגיל\מבחן הרשלנות***- לפי דיני הנזיקין הרגילים המודל שלאורו בוחנים הוא *מודל רגיל של אי סבירות*. רשלנות פועלת לפי מבחן אובייקטיבי של האדם הסביר שבוחן האם אי הגילוי היה סביר בנסיבות העניין. בוחנים אם האדם פעל כפי שהאדם הסביר היה פועל. יש לבחון נזק (ככל הנראה נפשי במקרים של אי-גילוי), קש"ס ועוולה. למה בכלל צריך מודלים נוספים? כשקוראים את פסקי הדין רואים שביהמ"ש מחפשים מתווה אחר ולא את המתווה הרגיל של רשלנות. מצד שני הם לא מסבירים למה. מה ההבדל בין המודל הרגיל למודל חומרת ההתנהגות? בהרבה מאוד מקרים אדם לא סביר לא אומר שהוא מתנהג באופן לא סביר (דהיינו מודל ההתנהגות החמורה)- אלו מודלים שונים. האם השופטים ערים להבחנה זו? השופטים שבוחנים את אי-הגילוי לפי רשלנות והם בוחנים את חומרת ההתנהגות -האם הם מבינים שהם יוצאים ממודל הרשלנות הרגיל? אין תשובה ברורה לכך. נראה שהשופטים מחמירים ומציבים סף גבוה יותר במקרים של אי גילוי ולכן עוברים למודלים הבאים. יכול להיות שהשופטים מנסים להחמיר מתוך איזושהי גישה משפחתית.
2. ***מבחן חומרת ההתנהגות*-** המבחן שאומץ מתוך הדין העברי ברוב פסקי הדין.זה מבחן אובייקטיבי שבוחן את חומרת ההתנהגות. הבעיה שהוא הוא *לא מאפיין את דיני הנזיקין* מפני שהמבחן מסתכל על חומרת ההתנהגות ולא על הנזק. דיני הנזיקין מחייבים נזק כדי לאפשר סף כניסה לתביעות ולאו דווקא מסתכלים על ההתנהגות כקריטריון כניסה (לעומת דיני העונשין). הבעיה השנייה במבחן זה היא שהוא *לא נותן לנו פתרון מלא מבחינת תרבות זמן ומקום*- מום או נזק או אי גילוי יכול להיחשב נורא בתקופה מסויימת (דהיינו מבחן החומרה יתקיים), ובתקופה אחרת לא. כך ההבחנה היא בהתאם לתרבות- החרדים לצורך העניין יותר שמרניים מאוכלוסיות אחרות ויש פרטים מהותיים עבורם לגילוי. דוג' למודל של חומרת ההתנהגות: **פס"ד פרידמן בביהמ"ש המחוזי בנושא חסינות שופט**- לשופט יש חסינות מתביעות נזיקין והשאלה הייתה אם אפשר לתבוע את המדינה באחריות שילוחית- השופטים קבעו שאפשר רק במקרים של רשלנות רבתי, דהיינו רשלנות חמורה. אם השופט התרשל בהתנהגותו בצורה חמורה נכיר באחריות שילוחית של המדינה.
3. ***מבחן חומרת הנזק (וקש"ס)***- מבחן סובייקטיבי. הכנסת דיני הנזיקין למרחב המשפחתי תהא אך ורק בקבלת תביעות שעניינן בעוולות הגורמות לנזק ישיר וברור לבן הזוג האחר. המבחן הזה בוחן את הנזק שנגרם- אם הנזק חמור התביעה תתקבל. חומרת הנזק, כאמור, נבחנת באופן סובייקטיבי. הבעיות עם המבחן הזה- חומרת הנזק אנחנו מכירים מדיני הנזיקין בשלב השני- אחרי שבדקנו שיש אחריות נזיקית בוחנים את חומרת הנזק כדי לבחון את גובה הפיצוי. בעוד שסף הכניסה לנזיקין המבחן הוא אובייקטיבי. יכול להיות שלא מתאים להכניס את המבחן הסובייקטיבי בסף הכניסה. עם זאת, אפשר להגיד שכן יש חריגים מדי פעם: **יש מקרים שדיני הנזיקין הולכים על חומרת הנזק כסף כניסה-** *פס"ד אמין*: הזנחה רגשית של ילד ע"י ההורה שלו, תביעה כזו תוכר רק במקרים של נזקים חמורים. דוג' שניה- הולדה בעוולה *בפס"ד זייצוב* – רק במום חמור תתקבל תביעה. *בפס"ד המר*- נולדה ילדה בלי חלק מהיד, לקחו את התקדים מזייצוב ונשאלת השאלה אם זה נזק חמור? הבעיה היא בקש"ס. איך נדע אם הורים היו מפילים את הילדה במידה והיו יודעים שיוולד בלי יד. קשה לדעת. ביהמ"ש אומר איפה נשים את קו הגבול? אם ילד יוולד בלי אצבע האם זה גם נזק חמור? כנראה שהאדם הסביר לא היה מפיל ילד על חוסר באצבע. הבעיה היא איפה שמים את קו הגבול בכל הנוגע לנזק חמור. יש חשש למדרון חלקלק. דוג' נוספת – *פס"ד אלסוחה*- ניזוק משני במעגל המשני. ביהמ"ש אומר שרק נזק פסיכיאטרי חמור ולא כל נזק נפשי יאפשרו כניסה לניזוק במעגל המשני. אפשר לקבל את המודל של חומרת הנזק אם השופטים יצליחו להוכיח התאמה במקרים של אי-גילוי למקרים חריגים כמו שהוצגו בפס"דים האלו.
4. ***מבחן הקש"ס כפול –*** המבחן של השופט ויצמן שמסתמך על הגישה של הרב קנייבסקי שהיא לא המיינסטרים במשפט העברי. *אם הייתי יודע לא הייתי מתחתן*- זו גישה של קש"ס. הרב קנייבסקי אומר שזה לא מספיק יש להוסיף מבחן נוסף של קש"ס- *כעת שאני יודע, האם עשיתי הכל\הרבה כדי להיפרד\להתגרש*. צירוף 2 שאלות אלו הוא מבחן הקש"ס הכפול. מבחן הקש"ס הכפול עוזר למנוע תביעות של שיפור עמדות בין בני זוג. מבחן הקש"ס השני מוצא ראייה לכך שהתביעה הוגשה בחוסר תום-לב, או לחלופין ההתנהגות של בן הזוג הנפגע מעידה שלא עשה הכל כדי להקטין נזק או שהנזק עצמו לא חמור (ראיה לכך שנשאר בזוגיות). השופט ויצמן לוקח את המבחן של הרב קנייבסקי ומאמץ אותו. יש בעיה במבחן הזה- הגישה הזו בעצם לא מתחשבת במשפחה. לאדם נגרם נזק כתוצאה מאי-גילוי ולא תמיד ניתן להתגרש. לפעמים לאנשים יש ילדים וקשה לפרק את התא המשפחתי. קשה גם לדרוש מאנשים להתגרש. למה שביהמ"ש יעודד גירושין ולא יעודד טיפול זוגי וניסיון להשכין שלום בית? דווקא ויצמן שהוא שופט שמרן ומתחשב בעניינים משפחתיים, לא עושה זאת כאן בגלל גישה אינדיווידואליסטית. השופט ויצמן בא ואומר בעקיפין שמי שהלך ודרש שלום בית לא באמת נגרם לו נזק. זו גישה לא נכונה שלא תואמת את המציאות. זה שבני זוג לא נפרדים לא אומר שהיה להם טוב. הרבה פעמים מי שמבקש שלום בית לא רוצה לחזור לבן הזוג שלו, ***אלא זו תביעה טקטית לגמרי***. אומרים לו להגיד דבר שהוא לא באמת חושב ככה, אלא זו פרקטיקה קיימת, לכן קשה להבין שהשופט קורא את המפה האמיתית כמו שצריך. הביקורת הנזיקית של שמואלי על השופט ויצמן- ויצמן בעצם "מקזז" את הטוב שאדם קיבל בנישואין מגובה הפיצוי. אבל הבעיה היא שאנחנו לא עובדים ככה בדיני הנזיקין. בדיני נזיקין בתביעות רשלנות בוחנים איך אדם התנהג כאדם לא סביר לעומת איזשהו מצב אידאלי. למה משווה השופט ויצמן? הוא משווה את האדם שניזוק מאי-גילוי למצב שהוא לא היה נישא בכלל ולכן גם לא ניזוק בכלל. **זו לא השוואה נכונה**! יש להשוות את האדם שניזוק מאי-גילוי לאדם נשוי שלא ניזוק מאי-גילוי. בסיס ההשוואה צריך להיות בין הניזוק לבין התרחיש ההגיוני והסביר – ככל הנראה התרחיש הוא שהניזוק היה מתחתן וב-20-30% גם היה מתגרש כנראה ( אולי לא כתוצאה מאי-גילוי). לכן, למשל, לא ניתן לומר שיש לתת לאותם אנשים פיצוי מופחת בגין ההנאה שהם נהנו בחיי הזוגיות\הנישואין, מהילדים המשותפים וכו'. כי הרי ברוב התרחישים, היו מתחתנים או נמצאים בזוגיות אם אדם אחר והיו גם כן מביאים ילדים.
5. ***מבחן הנזק הישיר והברור-*** המודל של השופט פלקס. זה מבחן אובייקטיבי. מדבר על נזק ישיר בלבד, לא עקיף. נזקים עקיפים יוצאים מחוץ לתמונה. מבחינת וודאות המודל הזה טוב. מצד שני, אין למבחן הזה תימוכין בדיני הנזיקין (לא בדין החילוני ולא בדין העברי). לא ניתן לקבל את המבחן הזה שאומר שנזקים שאינם ברורים וישירים אנחנו לא נקבל. אנחנו כל הזמן מתעכבים בביהמ"ש על העניין של קש"ס, והרי כאן אין הצדקה לקביעה של מבחן כזה.
6. ***המודל של שמואלי***- נק' המוצא שלו היא שלא הולכים על הקצה. לא אינדיווידואליסטים מדי ולא קולקטיביסטים מדי. הרעיון הוא למצוא גישת ביינים. כל חמשת המודלים הקודמים מנסים למצוא את מקומם על הסקלה בין 2 הגישות. מצד אחד, אנחנו לא רוצים שהילדים יפגעו, שלא תהיה הצפת ביהמ"ש או מדרון חלקלק, או שימוש של התביעות בחוסר תום לב כדי לשנות את מאזן הכוחות, אנחנו לא רוצים ליצור מצב של פנקסנות וכו'. מצד שני, אנחנו לא רוצים לצמצם מדי את הגישה לתביעות. כל המודלים מבינים שמודל הרשלנות הקלאסי לא תמיד מתאים ולכן קמו מודלים שונים. למה בכלל צריך למצוא מבחן חדש? המבחנים הקודמים לא מספיק טובים. *המודל המוצע*- המודל המוצע בה לשמור על המתח המובנה בין צדק מתקן ופיצוי לבין וודאות. מה ששמואלי עושה הוא לוקח מודלים (בשינויים המחויבים) מתחום משפטי אחר- המודל של עוולת לשון הרע. שמואלי מנסה לעשות היקש בין דיני הנזיקין מתחומים שונים (לשון הרע ותחום דיני המשפחה). המבחן של שמואלי הוא **מבחן מרוכך-** חומרת הנזק משחקת תפקיד משמעותי במבחן זה. שמואלי רוצה לשלב אלמנטים אובייקטיבים ולא אלמנטים סובייקטיבים בלבד (למשל במבחן הקש"ס הכפול- יש רק אלמנטים סובייקטיבים). קשה להוכיח באופן סובייקטיבי קש"ס. שמואלי מקיש את המבחן מהפסיקה בלשון הרע- כדי שהפרסום בלשון הרע ייחשב לפוגעני ככזה ששם אדם ללעג ולבוז, הוא צריך להיחשב לכזה "בעיני הבריות". לכאורה זה נשמע מבחן אובייקטיבי, אבל הפסיקה הכריע שמדובר **ב"עיניי הציבור שבו נכלל אותו אדם".** זה לא מבחן חלק מבעיות- אדם יכול להיות שייך לכל מיני ציבורים, גם המגזר שאיתו נמנה אדם נחלק לפסיפס של מגזרי ביניים (כמו הציבור ה"חרדי"). עדיין זה מבחן קיים שעובד יחסית בהצלחה. לפי שמואלי נוכל לקרוא לו ***"מבחן המגזר"***. **שמואלי טוען חזקה- אם אדם שייך למגזר מסוים יש הגיון לבחון מה קורה במגזר הזה מבחינת אי גילוי.** אם למשל במגזר החרדי חשוב לדעת טרם לנישואין אם לאדם יש מום פיזי חמור- אפשר להחשיב את הדבר כאי גילוי. המבחן יכול לשמש גם כטענה וגם ישנה אפשרות בידי הנתבע להפריך את החזקה, הנטל הוא על הנתבע. מה קורה אם אין ציבור מסוים רלוונטי שעליו נמנים בני הזוג? אם אין רלוונטיות למגזר מסוים, או קהל מסוים אז בוחנים את המקרה בעיניי כלל הציבור\רוב הציבור. שמואלי מכניס את מבחן חומרת הנזק כאלמנט שני לבחינה. זה לא יהיה מבחן סף הכניסה, הוא ישמש מבחן עזר. **מבחן המגזר יהיה מבחן סף הכניסה (+אפשרות להפרחת החזקה), ומבחן עזר רציני יהיה עניין חומרת הנזק**. אם הנזק לא חמור יהיה הרבה יותר קשה לקבל את התביעה אך ישנם מקרים בהם יהיה ניתן לקבל למרות שהנזק לא חמור (מכיוון שזה רק מבחן עזר). שמואלי רוצה לרכך את מבחן הנזק- חומרת הנזק תבחן לגבי אותו ציבור שנפגע מאי גילוי. החומרה תבחן ביחס לציבור שבו נמצאים הצדדים. חמור זה דבר שלא הייתי נישא בגללו. **היסוד השלישי הוא שכבת פיצוי מינ' של פגיעה באוטונומיה לאחר סף הכניסה**- הפגיעה באוטונומיה היא די המצאה ישראלית כבסיס לפיצוי עצמאי בנזיקין. באי גילוי אדם כועס כי לא סיפרו לו. במילים אחרות, נימנה ממנו מידע. בעקיפין, שללו מאדם זכות בחירה אמיתית כי לא העניקו לו את כל המידע על בסיסו היה לוקח החלטה מושכלת. לפיכך, אי גילוי שולל בחירה אמיתית של הנפגע. דוג' לכך סרבנות גט- "כופים" על צד אחד לא להתגרש למרות הרצון. **החידוש בפס"ד דעקה הוא שאין צורך להוכיח נזק בכל הנוגע לפגיעה באוטונומיה. עצם הפגיעה מזכה בנזק**. הפגיעה באוטונומיה מהווה יסוד שלישי במודל זה- אם נפגע אצליח להוכיח את "מבחן המגזר" ואת חומרת הנזק הוא יקבל שכבת פיצוי מיוחדת שתמיד תתקיים בכל מקרה של אי גילוי על פגיעה באוטונומיה. יש מחלוקת בביהמ"ש העליון מה קורה אם יש פגיעה באוטונומיה וגם הוכח נזק, האם זה מתקזז או שזה פיצויים נפרדים? יש ויכוח ואין הכרעה. המודל מתחשב, בבחינה קולקטיביסטית, בסיכויי שיקום הקשר (אם התביעה יכולה להרוס את הסיכוי לשקם את התא המשפחתי), אם לבני הזוג יש ילדים, האם אפשר לשלוח את הצדדים קודם לגישור כעניין שבחובה וכו'. **הקביעה של חזקה יוצרת וודאות ויציבות ומצד שני לא סוגרת דלת כניסה לתביעות.**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | **צדק מתקן + פיצוי** | **הרתעה** | **צדק חלוקתי** | **וודאות ויציבות** |
| **מבחן הרשלנות** | +? | +? | +? | **-?יש בעיה בוודאות ויציבות**. המבחן של הרשלנות יוצר עמימות. |
| **חומרת ההתנהגות** | **-יש בעיה.** הצדק המתקן ומטרת הפיצוי מחייבים פיצוי גם בהתנהגות לא חמורה. הפער הזה בין המקרים שלא סבירים וכן חמורים לבין המקרים שלא סבירים ולא חמורים (עליהם אין פיצוי) הוא פער שלא מסתדר עם מטרות הצדק המתקן והפיצוי | ?האם אנחנו רוצים שהחברה תרתיע רק במקרים רק שההתנהגות חמורה ? או שהיינו רוצים להרתיע במקרים חמורים פחות? אם כן- חומרת ההתנהגות לא מחסה על מטרת ההרתעה. | +\-צדק חלוקתי קשור לשליטה. במקרה של אי גילוי השליטה בא לידי ביטוי בשליטה במידע. מי שאוחז במידע הוא החזק בצדק החלוקתי. מצד שני, יכול להיות שהוא בכלל חלש ובגלל זה הוא מסתיר מידע – למשל אדם שפשט רגל ומפחד שאם בת זוגתו תדע לא תרצה להינשא לו. גם כן זה לא חד משמעי. גם אם אדם הוא החזק והמידע הוא אצלו עומדת השאלה מה נרצה כחברה שאנשים יגלו ומה נאפשר לאנשים לשמור אצלם? אם נבוא ונדרוש גילוי מוחלט נפגע בזוגית (אנשים "יבחרו" מהמערכת הזוגית). בגישה קולקטיביסטית השקיפות היא פחות טובה. היא פוגעת ביחסים הזוגיים. | **-יותר יציב** מהמודל הרגיל של נזיקין. המודל מקשה על התובע בכניסה ושם את הדגש על הוכחת ההתנהגות החמורה. |
| **חומרת הנזק** | -מבחינת צדק מתקן ופיצוי **יש בעיה**. פה הרף הוא רק נזק חמור לכן לא משתלב עם מטרות אלה ששואפות לפצות א הניזוק על כל נזק. | ?תלוי ממה אנחנו רוצים להרתיע- התשובה לא חד משמעית | +\-לא תמיד יש קורלציה בין ההתנהגות שלך לבין הנזק שאתה גורם. מבחינה חלוקתית אין תשובה חד משמעית. | **-יותר יציב** משני המבחנים הקודמים. המודל מקשה על התובע בכניסה ושם את הדגש על הוכחת חומרת הנזק. יותר קל היום להעריך נזק. |
| **קש"ס כפול** | +\-המבחן הזה לא מתפקד כמבחן נזיקי אמיתי. הדלתא שלו לא נכונה מכיוון שעושה השוואה לא נכונה לאדם שלא היה מלכתחילה מתחתן. **זה לא נזק מתקן ופיצוי** כי בקש"ס כפול חישוב הנזק לא בא לידי ביטוי כמו שצריך ואדם יכול לקבל יותר ממה שמגיע לו. | **-יש הרתעה חסר מבחינת המזיק**- אם הוא לא גילה, שהדבר יתגלה רוב הסיכויים שבן הזוג לא יעזוב אותך. גם אם הניזוק יתבע אחר"כ- הוא לא יעבור את רף הסף והמזיק לא יצטרך לפצות. | -מבחינה חלוקתית, מי שמסתיר ולא מגלה האם הוא צריך לחשב למעוול גם אם בן הזוג שלו היה "חלש" ולא קם והתגרש? מבחינה חלוקתית, צריך לבור לקראת החלש ולכן **הגישה הזו לא משתלבת מבחינה חלוקתית.** | **+\-נראה שהמבחן יציב יותר ממבחנים קודמים.** הוא מטיל נטל חמור על התובע- דורש קש"ס כפול. **יש פחות עלויות שיפוטיות בבירור המקרה.** |
| **מבחן הנזק הישיר** | -מתחייב פיצוי גם בנזק עקיף. | -הרתעת חסר: אי הפנמת נזקים עקיפים. | -מי שמסתיר למעשה שולט במידע ופוגע באוטונומיה של בן זוגו, ועליו להיחשב כמעוול גם אם הנזק עקיף | ++ |

***אי-גילוי : ההיבט החוזי***

הפנייה לחוזים צריכה להיות טבעית. חוזים הם משטר של אחריות מוחלטת- מספיק שהחוזה הופר. אם יש פיצויים מוסכמים המצב הוא בכלל טוב. נוסחת האחריות בחוזים היא הרבה יותר פשוטה. הדיון החוזי הוא לפעמים חלק מהיסוד של חובת הזהירות המושגית ברשלנות. כדי להוכיח חובת זהירות מושגית עוזר להראות שיש יחסים חוזיים. אם נראה שמדובר בהפרת חוזה, אפשר לשאול את עצמנו האם אותם מבחנים שהצענו, יש להם מקום גם בהיבט החוזי?

**מה הצינור שמכניס אותנו לדיני החוזים?** תו"ל במו"מ- ס' 12, והטעייה- ס' 15. עד כמה הנישואים נקראים חוזה? נראה שהנישואין האזרחיים נחשבים חוזה וכך גם הסכמים שנעשו טרם לנישואים (כמו הסכם ממון). מה קורה עם נישואים דתיים? על סמך מה ניתן לראותם כחוזה? יש ויכוח אם הכתובה יכולה להיחשב חוזה או לא. כך או אחרת, יש רגליים לטענה שאם הופר תו"ל אנו מגיעים **לחובת גילוי מוגברת** בנישואים מאשר למשל ביחסים מסחריים. אפר להגיד שתום הלב המוגבר מחייב את בן הזוג לגלות יותר לצד השני מאשר ביחסים חוזיים רגילים. מעבר לחוסר תו"ל יש צינור נוסף ס' 15 לחוק החוזים- הטעייה. הטעייה דורשת כמה דרישות: צריך חוזה, טעות, הטעייה, קש"ס כפול. הסעד המרכזי הוא ביטוח חוזה. הטעייה כוללת אי גילוי של פרט שהיה צריך לגלות מכוח חוזה, מכוח נוהג (אפשר לחשוב להכניס כאן את מבחן המגזר) או מכוח הנסיבות. אם הולכים על הטעייה צריך להביא בחשבון שהיא קשה יותר להוכחה. לכן אם מגיעים לדיני החוזים המסלול האידיאלי הוא דרך תום הלב. אפשר לייבא עקרונות מדיני החוזים לענפי משפט אחרים דרך ס' 61ב אבל קודם צריך להוכיח חוסר תום לב.

***תביעות של ילדים נגד הוריהם***

ילדים (קטינים או ילדים שבגרו) יכולים לתבוע את ההורים שלהם. אלו תביעות נדירות יותר. התביעות הן על אלימות, הזנחה, הפרת חובת דיווח (על הזנחה\התעללות). האם התביעה נגד ההורה שלא דיווח היא על בסיס אי- דיווח או שזה בעצם בגין התעללות במחדל? בנזיקין אפשר להגיע דרך 2 הצינורות. **פס"ד אמין הוא אבן דרך בכל הנוגע לתביעות נגד ההורים**. פס"ד אמין מוסיף סייג- התנהגות חמורה\נזק חמור. התביעה בפס"ד התקבלה ונתנה סייג בתביעות ילדים נגד הוריהם- רק **מעשים חמורים.** בחוק ביהמ"ש לענייני משפחה מאפשר לילד (תחת לגיל 18) להגיש תובענה בכל דבר שנוגע לפגיעה 'של ממש' בזכויותיו. נראה שגם פה מסייגים לפגיעה חמורה בכל הנוגע לתביעות נגד ההורים ואולי פס"ד אמין לא כל כך מחדש בקטע הזה. למרות זאת, ישנו חידוש בסופו של דבר כי אמין מדבר על ילדים גם בגירים. החידוש השני של פס"ד אמין- הילדים תבעו ברשלנות. החידוש בפס"ד הוא מלבד ההכרה באותה הזנחה הורית, **הקביעה כי ניתן להשתמש בעוולת הרשלנות גם במקרים של כוונה.** בעצם פס"ד אמין קבע שאין חובה לאהוב את הילד אבל כן קיימת חובה נגטיבית לדאוג לו ולהישמר מלא להזיק לו. חידוש נוסף של אנגלרד הוא ש**לאב יש חובה כלפי ילדיו גם שהנ"ל אינם בחזקתו יותר,** כך שיתקיימו חובות מסוימות שתמיד יעמדו להורה. אמנם הרטוריקה של פס"ד מכוונת לתביעות נזיקיות במשפחה אולם, בפסק דינו אנגלרד עומד על סייגים אשר החשוב בהם הוא "נזק רציני" אשר **מהווה מעין "הגנה" להורים** במובן מסוים. קביעה זו מתכתבת במובן מסוים עם ס' 3(ג) בחוק ביהמ"ש למשפחה המחייב "פגישה של ממש".

***תביעות הפוכות- תביעות של ההורים נגד הילדים:*** זה קיים בעיקר בסכסוכים מסחריים שקשורים לבין המשפחה- עסק משותף, ירושה וכו'. לפעמים מדובר בתביעות רגשיות- למשל, הורה שטוען שמתעללים בו שדורשים ממנו לכתוב צוואה כזו או אחרת תוך התעללות נפשית. דוג' לפס"ד כזה: הבן היה בנתק מהאבא במשך שנים, הבן עומד להתחתן והוא מתלבט אם להזמין את אביו לחתונה. הזוג מחליט לא להזמין את האבא. הבעיה שמדובר במגזר שמרן שעל ההזמנה מי שמזמין הוא גם ההורים, לכן הוא מכניס את שם האב להזמנה. האבא תובע על לשון הרע והגנת הפרטיות. השופט דן בפס"ד קובע שאין כאן לשון הרע אבל הפרת הפרטיות מתקיימת. הזוג השתמש בשם של האב ללא רצונו. מצד שני, הבן לא השיג רווח מהפרת הפרטיות ולכן התביעה נדחית. הערות של שמואלי- המקרה הזה קצת עצוב. אם חושבים על פס"ד הזה ומשווים לפס"ד אמין, בשני המקרים אפשר לשאול את עצמנו למה התביעה הזו הוגשה? נראה שהילדים רצו לגרום לאב להצטער, ליצור איזשהו דיאלוג עם האב. נראה שכך זה גם במקרה הזה. האב פה תובע על העלבון שלו הוא לא מחפש כסף מהבן שלו. שמואלי טוען שזו זעקה של האב. זה מקרה עצוב שהאב צריך לגשת לדיני הנזיקין כדי לגשר על יחסים עם הבן.

\* במעגלים ה-2 וה-3 יש להשלים לפי החומרי קריאה שניתנו.

***מעגל 2: אינטראקציה חיובית בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה האזרחיים והדתיים***

ישנן תביעות נזיקין במשפחה שמטרתן פיצוי על הפרת הסדר או החלטה שיפוטית שבדיני המשפחה האזרחיים או הדתיים. במקרים אלה ישנה השלמה בין מערכת הדינים על דרך של הישענות והסתמכות. **הפרות שונות של הסדרים או החלטות בדיני המשפחה מאפשרות קבלת סעדים מוגבלים בהיקפם ובטיבם בתוך מסגרת דיני המשפחה**. **אם הנפגע מאותן הפרות מעוניין בפיצוי, בדרך-כלל מערכת דיני המשפחה לא תאפשר סעד זה, והוא יצטרך לפנות לתביעת נזיקין בבית-המשפט לענייני משפחה לשם קבלת הפיצוי על אותן הפרות**. לשם קביעת האחריות הנזיקית בגין הפרת החובה, יהיה צורך, במסגרת הדיון הנזיקי, להוכיח את קיומה של אותה חובה שנקבעה בדיני המשפחה וכן להוכיח עובדתית שחובה זו הופרה. אם על-פי דיני הנזיקין הפרת אותה חובה מהווה עוולה, וקיים קשר סיבתי בין אותה הפרה לנזק הנטען, ניתן אכן יהיה לתבוע פיצוי. במעגל הזה האינטראקציה היא חיובית כיוון שלא תהיה התנגדות לסעד שנותן הדין הנזיקי במעגל זה.

***הפרת הסדרי ראייה***

***מהם הסדרי ראייה?*** כאשר בני זוג אשר להם ילדים קטנים מתגרשים/נפרדים(במידה ולא נשואים), המקרה הקלאסי הוא שהילד חי בדרך קבע אצל **"המשמורן"** (ההורה עליו הוחלט) וההורה השני **"מבקר"** ובעצם לוקח גם את הילד אליו מדי פעם. חשוב להדגיש כי מבחינת אפוטרופסות, אין נפקות לזהות המשמורן ושני ההורים אחראים על הילד באותה רמה. הסדרי הראייה נועדו על מנת להעניק להורה, אשר אינו ההורה המשמורן, אפשרות לגיטימית ונאותה לשמור על קשר יציב, רציף, חם ואוהב עם ילדיו הקטינים. מידת הקשר והאינטנסיביות של הסדרי שהות משתנים בהדרגה בהתאם לגיל של הילד הקטין, כמו גם הנסיבות הספציפיות של כל מקרה ומקרה. כשבני-זוג שנפרדים הם כפופים להסדרי ראייה. יש צורך לקבוע מיהו ההורה המשמורן ומיהו ההורה הלא משמורן , ומה אופי הסדרי הראייה (למשל, הילדים במשמורת אצל האם והאב אוסף אותם פעמיים בשבוע מהגן) הסכם קלאסי יכול לקבוע כי הילד נמצא אצל אימו שהיא ההורה המשמורן, ומס' פעמים בשבוע האב אחראי לאסוף את הילד מהמסגרות אליו ולהחזירו יום אח"כ לבית המשמורן. בנוסף מרבים לקבוע הסדר לסופי שבוע ולחגים כאשר לרוב החלוקה היא שווה. נוסף על כך, ההסכם מוגש לאישור ביהמ"ש או בי"ד ולאחר חתימתו ואישורו מקבל ההסכם תוקף של החלטה שיפוטית. **הסדרי הראייה הם בגדר הסכם ויש להם תוקף חוזי.** הזירה בה אנו עוסקים בתוך המשפחה היא **דיני חוזים.** כלומר, אם אחד הצדדים מפר את הסדרי הראיה הוא למעשה מפר חוזה והתרופות הרלוונטיות לענף דיני החוזים יוכלו לבוא לידי ביטוי. בפועל, הפרקטיקה אינה מסתפקת במתן תוקף חוזי להסדרי הראייה, ולרוב ההסכם מובא גם בפני ערכאה שתיתן לו תוקף משפטי של פסק דין (ביה"ד/ביהמ"ש). **פונקציה זו מגדילה את "ארגז הכלים" של הסעדים הפוטנציאלים**, שכן במקרה של הפרה לא רק הופר **"הסכם"** אלא גם הופר **"פסק דין".** יש מקרים שהזוג לא מצליח להגיע להסכמה ואז הם מגיעים לביהמ"ש והוא מחליט את הסדרי הראייה- במקרה הזה הסדרי הראייה הם בתוקף החלטה שיפוטית בלבד ולא חוזה. במקרה הזה, בידי בן הזוג קיימת רק אפשרות אחת- **סעד מכוח הפרת החלטה שיפוטית** (אפשר גם לבקש להפעיל פקודה פלילית של ביזיון ביהמ"ש). הכרעה כזו של ביהמ"ש (גושפנקא להסדר קיים או הכרעה לגבי הסדר) לעולם לא תחשב פס"ד אלא החלטה, והנפקות לקביעה זו היא שהחלטה היא גמישה ולא חלוטה ולכן ניתן לפתוח מחדש במקרה של שינוי נסיבות.

בעניין הסדרי ראיה קיימת אחריות כפולה- של ההורה שאינו משמורן לקיים את ההסדר, ושל המשמורן לאפשר אותו.
כפועל יוצא מכך, מתאפשרים שני סוגים של הפרות:

1. **הפרה הוא של הורה לא משמורן שאינו מקיים את ההסדרים ואינו מבקר כלל או שעושה כן רק באופן חלקי**. במקרה כזה, הוא גורם להורה המשמורן נזקים ממוניים, החל מהוצאות שוטפות לטיפול בילדים, שאמורים להיות כעת בהחזקת ההורה הלא משמורן, ועד הוצאות של שמרטף ועוד. יכולות להישמע גם טענות לנזקים עקיפים, שאת חלקם קשה לכמת או להוכיח קשר סיבתי בין ההפרה לנזק ("שלוש פעמים לא הגעת לקחת את הילדים, לא הודעת, איחרתי לעבודה, ספגתי שתי נזיפות, וכעת כבר איני מועמדת לקידום", או "פיטרו אותי מהעבודה עקב כל ההיעדרויות".)
2. **טענה של ההורה הלא משמורן שההורה המשמורן מונע ממנו לראות את הילדים בהתאם להסדרי הראייה.** המשמורן יכול להכחיש זאת או להצדיק זאת. הנזקים הם לא ממוניים ועיקרם הוא נפשי עקב הפגיעה במימוש ההורות.

**דיני המשפחה אינם מקנים פיצויים במקרי הפרה כאלה**. לכל היותר ניתן לפנות לבית-המשפט שנתן את ההחלטה בבקשה לשנות את המשמורת או הסדרי הראייה. בעוד שסעדים כמו ביזיון ביהמ"ש ושינוי הסדרי המשמורת יכולים אמנם ללחוץ על המפר ולשנות את המצב לטובת הניזוק, אין הם מקנים לו פיצויים. **תביעת נזיקין היא אם כן פתרון הולם במקרה כזה**. העוולה הרלוונטית היא **רשלנות** אם כי ניתן להשתמש גם בס' 287 לחוק העונשין **"הפרת הוראה חוקית"** בין אם יש הסכם ובין אם לא שכן מופרת הוראה של ביהמ"ש או בי"ד בעניין הסדרי הראייה. אם קיים הסכם ניתן לבסס גם עילה חוזית.

***פס"ד פלוני נ' פלונית- הפרת הסדרי ראייה***

ע"פ **טבלת הופלד**- מול כל זכות עומדת חובה ומול כל חובה עומדת זכות, ולכן אני לא יכול לקבוע זכות במשפט אין מישהו אחר שיש לו חובה לממש את הזכות הזו, אחרת לזכות הזו אין שום משמעות. וגם הפוך, אם קבעתי על מישהו זה אומר שמישהו אחר הוא בעל זכות. זה נשמע נורא טריוויאלי- אבל בהרבה מאוד מקרים זה לא. **האם באמת הסדרי הראייה היא זכות של ההורה?** מצד אחד אפשר להסתכל על כך כזכות של ההורה. מצד שני, אולי זו בכלל זכותו של הילד, ואם זו הזכות של הילד אז להורה אין בכלל אפשרות לתבוע. אם אנחנו בתביעת נזיקין אנחנו חייבים להראות שבעל החובה חייב לבעל הזכות. ואם ההורה הוא לא בעל הזכות אולי הוא בכלל לא יכול לתבוע. בפסיקות שניתנו בעניין הפרת הסדרי ראייה בהקשר הנזיקי לא מצאנו התייחסות לשאלה הפילוסופית הראשונית והבסיסית של מי הזכות והחובה במקרים אלה.

יש 2 כיוונים של חובות וזכויות בין המשמורן ל"מבקר" או המשמורן השני. שמואלי חושב שצריך להוסיף נתבך נוסף- **הזכות היא של הילד** ולא של אחד ההורים והילד הוא זה שצריך לתבוע את ההורה שלא ביקר (ומהצד השני יכול גם להיתבע). שמואלי סובר, שלמבקר עומדות חובה וגם זכות וזאת בכפוף לכך **שמערכת היחסים היא משולשת וכוללת גם את הילד, ולא ניתן להוציא את הילד מהמשוואה.** זו מערכת משולשת ולא דו צדדית. לפיכך, האם ההורה יכול לתבוע את הילד? יש סנקציה בדיני המשפחה כלפי ילד שלא רצה לראות את ההורה שלו- הפחתת מזונות או קיצוץ מלא. המבט הנכון על מכלול הזכויות והחובות בסוגיות אלה מצביע על כך **שלילד יש זכות להסדרי ראייה מההורה הלא משמורן, ולאחרון חובה להעניק לילד זכות זו בהתאם להסדרי הראייה שנקבעו, לצד זכות שיש גם לו עצמו לבקר**. לילד יש זכות שההורה המשמורן יאפשר להורה הלא משמורן לבקר בהתאם להסדרים, ולהורה המשמורן ישנה חובה למלא את הזכות הזו. האם גם הילד יכול לתבוע את ההורה? כל הפרת זכות מהזכויות שנמנו כאן מבססת תביעה נזיקית אפשרית נגד בעל החובה שהפר את חובתו לספק את אותה זכות. הילד יכול לפנות לביהמ"ש לעניין משפחה (ס' 3ד). ההפרה היא גם כלפי ההורה האחר אבל גם ובעיקר כלפי הילד. גם להורה הניזוק עצמו ישנה זכות לתבוע, אף אם הילד עצמו אינו מצטרף לתביעה.

***קנסות על הפרת הסדרי ראייה מבלי שמוגשת תביעת נזיקין:*** יש כמה שופטים, בניהם השופט ויצמן, שכאשר מובא אליהם תיק של הפרת הסדרי ראייה בדיני המשפחה ונניח שהאישה מבקשת שינוי הסדרי ראייה, השופטים לפעמים יכולים להחליט **לתת אזהרה**. הם לא נותנים עונש של פיצוי. הם נותנים אזהרה לעתיד- כל פעם שהבעל יפר הסדרי ראייה הוא ייקנס. הקנס מכוון לעתיד. זו פרקטיקה נוספת שביהמ"ש משתמש בה. במקום להגיש תביעת נזיקין ולחכות שהיא תידון וכו', בן הזוג יכול להגיע לביהמ"ש, אם בן הזוג השני מודה שהפר אפשר להטיל סנקציה עתידית ומכאן ואילך יוכל בן הזוג המפר לתקן את דרכיו. ביהמ"ש נותן תמריץ לצד המפר. הבעיה- לא בטוח שלשופטים\לדיינים יש סמכות לעשות את זה. בפרקטיקה זה דבר חכם וזה עובד אבל מצד שני אין סמכות. אתה נותן בעצם סעד לתביעה נזיקית שעוד לא הוגשה. השופט לא מבין שהוא נתן פסק דין על תביעה שלא הוגשה ובלי לתת אפשרות לערער על זה! **שמואלי אומר שבפועל לשופטים אין סמכות להטיל קנסות, מבחינתו של פס"ד שמדבר על פיצוי לעתיד מבלי שהוגשה תביעת נזיקין.**

***לסיכום***: ראינו כי דיני המשפחה אינם מקנים פיצויים במקרי הפרה של הסדרי ראיה. לכל היותר ניתן לפנות לבית-המשפט שנתן את ההחלטה בבקשה לשנות את המשמורת או הסדרי הראייה. בעוד סעדים אלה יכולים אמנם ללחוץ על המפר ולשנות את המצב לטובת הניזוק, אין הם מקנים לו פיצויים. **תביעת נזיקין היא אם כן פתרון הולם במקרה כזה.** או לפנות לבית המשפט בבקשה להפעיל הליכי בזיון בית משפט, למפר או למאסרו. בעוד סעדים אלה יכולים אמנם ללחוץ על המפר ולשנות את המצב לטובת הניזוק, אין הם מקנים לו פיצויים. העוולה הרלוונטית היא רשלנות אם כי ניתן להשתמש גם בס' 287 לחוק העונשין "הפרת הוראה חוקית" בין אם יש הסכם ובין אם לא שכן מופרת הוראה של ביהמ"ש או בי"ד בעניין הסדרי הראייה. אם קיים הסכם ניתן לבסס גם עילה חוזית. בנוסף, **דיני הנזיקין פועלים אפוא על בסיס מה שנקבע קודם לכן בדיני המשפחה, והם בוחנים אם הייתה הפרה של ההסדר או ההחלטה שנקבעו שם. זו פעולה משולבת ומתואמת של הדינים.**

***חטיפת ילדים***

*Between Tort Law, Contract Law, and Child Law*

חטיפה היא דוג' ספציפית וקיצונית של הפרת הסדרי ראייה. יש כאן הפרה של הסדרי ראייה לצמיתות או בכוונה לצמיתות. **בחטיפת ילד גם "המשמורן" וגם "המבקר" יכולים לחטוף את הילד.** ישנם **2 ראשי נזקים** בכל הנוגע חטיפת ילדים, והפיצויים יכולים להגיע להיקפים עצומים, ובוודאי אם החטיפה היא בינלאומית:

1. **פגיעה רגשית** (נזק רגשי) הילד נעלם- עצם הטראומה מהחטיפה; כמו כן, גם היעדר האפשרות להיות הורה.
2. **הוצאות** (נזק ממוני)- שכירת חוקר פרטי, שכירת עורך דין מומחה (זה יהיה יקר במיוחד אם הילד נחטף לחו"ל- צריך עורך דין עם רישיון לחו"ל), הוצאות טיסה לדיונים, עזיבת העבודה לטובת מציאת הילד וכל הדיונים.

**מהם הנזקים אפשריים?**

1. **אובדן הכנסה**- נגרם מהצורך להקדיש זמן לחפש את הילד וליזום ולהשתתף בהליכים של האמנה. כותבי המאמר חושבים שכמו בפעולות נזיקין אחרות, אין סיבה למנוע פיצוי בגין הפסד הכנסה לתקופת החיפוש אחר הילד ואולי אפילו לתקופת ההליכים תחת האמנה.
2. **סבל-** כותבי המאמר חושבים כי גם אם הילד הוחזר, זה אינו שולל את הצורך לפצות את ההורה השני על הייסורים שעבר לפני כן. בנוסף, לעיתים השפעת המצוקה הרגשית עשויה להתעכב, גם לאחר שהסיבה למצוקה הזו נעלמת. על אף שפיצוי כזה נדרש על ידי מטרות דיני הנזיקין, במקרה של חטיפת הילד לא ניתן פיצוי, בשונה ממצבים אחרים בהם נזקים רגשיים הוכרו: התעללות רגשית והזנחה, הפרה של זכויות הביקור, גירוש אישה מוסלמית בעל כורחה, סירוב לגט.
3. **החזר הוצאות-** להורה יש את הזכות לקבל החזר על ההוצאות הכספיות שנגרמו לו בגלל החטיפה. מדובר על הוצאות כמו על חוקר פרטי למשל. כך הוא יכול גם לנסות לשפר את מצבו, למשל, באמצעות מימון פסיכותרפיה.

***א. מודל אמנת האג:***

* תנאי מוקדם: הפיצויים יפסקו רק כשנקבע להחזיר את הילד וההכרה בהוצאות תהיה מצומצמת ביותר. המנגנון הכספי נחשב משני למטרה העיקרית של האמנה.*המטרה של אמנת האג היא לזרז את ההליך לטובת הילד.*
* חסרונות: האמנה מגבילה את הפיצויים וההגבלה יכולה להביא לפיצוי חסר. **אין פיצוי על נזק ריגשי רק על נזקי הוצאות** וגם אלו מאוד דלים יחסית.
* יתרונות: השבת הילד, צדק מתקן- יש הכרעה למעשה פסול, החוטף נותן את הדין. שק"ד בעניין הפיצוי (עדיין לא כולל נזק רגשי), אין פגיעה נוספת בתא המשפחתי כיוון שאין צורך לפתוח בקשה\תביעה נוספת, מדובר על הליך משותף ואחיד גם להחזרת הילד וגם לפיצוי.

כשמדובר בחטיפה לחו"ל נכנסת **אמנת האג**. האמנה מאפשרת לנו קשת מסוימת של סעדים שטובת הילד נמצאת במרכז שלהם. לא כל החטיפות הן לחו"ל ולכן לא ניתן לומר שאמנת האג מכסה את כל המקרים. אמנת האג מדברת על חטיפה ממדינה למדינה. חלק גדול מהחטיפות אינן לחו"ל אלא דווקא בגבולות הארץ. בשנת 1980 התפרסמה אמנת האג בנושא ההיבטים האזרחיים של חטיפת ילדים בינלאומית על מנת לאפשר את פתרונו של משבר חטיפת הילדים ולהחזיר את הילד במהרה למדינתו. למרות זאת **האמנה אינה משיבה את ההורה הננטש למצב שהיה בו לפני התקרית, ולעיתים אף מאלצת את אותו לשאת בעלויות גבוהות לשם כך** (לדוג' נסיעה לארץ החטיפה, הוצאות משפט). לכל זאת **מתווספת המצוקה הרגשית שבה מצוי ההורה הננטש, עניין שלא נידון בספרות.** עניין הפיצויים אינו מוסדר באמנה למרות שיכול להיות רלוונטי ביותר לעניין.

ביהמ"ש שבו יש דיון לפי אמנת האג- דן לפי טובת הילד ולא לטובת ההורה שנחטף. דהיינו, אפשר בהחלט להגיע למצב שבו ביהמ"ש בחו"ל יחליט שילד נשאר באותה מדינה (ניתן להפעיל הליך פלילי כנגד החוטף, ובהליך הפלילי אנחנו נמצא ספיחים של פיצוי. זה אולם לא שווה לפיצוי נזיקי). זה מעלה את השאלות שהעלו לעיל- אם טובת הילד במרכז (בוודאי לפי אמנת האג) אז השאלה שהעלנו בעניין טבלת הופלד- **יוצא שאם טובת הילד במרכז, אז האם יש מקום לזכויות של ההורים? מצד שני, בשונה מהפרת הסדרי ראיה, אמנת האג מאפשרת לקבל פיצוי של החזר הוצאות (לא פיצויים נזיקיים). הזכות המרכזית היא של הילד וקודם חושבים על הילד גם על חשבון ההורה הנחטף.**

\*במאמר הכותבים מציגים **4 מודלים** קיימים ומודל מוצע (לא לבחינה), **4 המודלים הקיימים נדרשים להכרות.**

***גניבת זרע***

באופן כללי מקרים של גניבת זרע\כפיית אבהות קשור לדיני משפחה. מדובר על מקרה של כפיית הילד על האבא תוך גניבת זרה. המקרים הקלסיים הם שהאבא לא יודע על זה- האישה מציגה מצג שווא של שימוש באמצעי מניעה. מקרה שני יכול להיות שהאישה נכנסת להריון והשניים כבר נפרדו והאישה לא מוכנה להפיל את הילד. יש מקרים שבהם האמא חותמת חוזה, או מבטיחה בע"פ לאבא שהיא לא תתבע מזונות והיא לא תדרוש תשלום. זה בעייתי מאוד- היא שוכרת את ההסכמה מהאבא על זכות לילד. **כשהילד גדל אחר"כ הוא יכול לתבוע מזונות**! גם אם החוזה הוא חוקי לא ניתן לעשות חוזה לרעת צד ג'. שוב חוזר העניין שהזכות המרכזית היא של הילד והאמא לא יכולה לוותר על הזכות של הילד בשמו. היא אמורה לקבל מזונות כדי לקבל כסף לטובת הילד. **מה עושים אבות? האבא יכול לתבוע על זה שנולד ילד והוא אינו רצוי (כמו הריון בעוולה) דרך עוולת הרשלנות.** האם אפשר להגיד שילד הוא נזק? זה בעייתי. הפתרון שנתנו בהריון בעוולה הוא פתרון שהפיצוי יהיה על ההוצאות של גידול הילד עד גיל 18. דהיינו, הפיצוי לא יהיה על הילד עצמו אלא על הוצאות הגידול. הבעיה היא שבהריון בעוולה מורידים על האושר שמפיק הילד וכאן בכלל האב לא רוצה את הילד ולא תמיד רוצה קשר איתו. **מה נשאר?** **האבא משלם לאימא מזונות לילד והוא בעצם תובע בנזיקין על סכום המזונות האלה.** בעצם האב משלם מזונות דרך דיני המשפחה ולוקח לה את הסכום דרך דיני הנזיקין. מראש לא ניתן לקזז כי זה לא הגיוני לכן באים בדלת האחורית. אם התביעה של האב תתקבל הוא יקבל חזרה את הכסף על המזונות.

***מעגל 3: אינטראקציה בעייתית בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה הדתיים- בין ביקורת להשלמה.***

המעגל השלישי של תביעות נזיקין במשפחה מזמן אינטראקציה מורכבת יותר בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה, **בדמות מפגש טעון בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה הדתיים-השרעיים.** תביעות נזיקין מוגשות במשך שנים עקב פרקטיקות שהן לגיטימיות לפי דיני המשפחה הדתיים-השרעיים, אף אם אינן רצויות, אך נתפסות כעוולות לפי הדין האזרחי, ואף כעבירות לפי הדין הפלילי. בישראל הדילמה גדולה עוד יותר מאשר במקומות אחרים, שכן כאן, בהתאם לסטטוס-קוו המפורסם, ענייני נישואין וגירושין נדונים לפי הדין הדתי והם מהווים את דין המדינה. לפיכך **אם פרקטיקות אלה לגיטימיות לפי דיני המשפחה הישראליים, שהם דתיים לעניין זה, כיצד הן יכולות להיות פסולות לפי זרועות אחרות של אותו דין עצמו?** אם כן, במעגל זה של תביעות ישנו דיסוננס, ולו מסוים, בין הלגיטימיות של פרקטיקות במערכת דינים אחת מול אי הלגיטימיות של אותן פרקטיקות ממש במערכות דינים אחרות. בנוסף, התביעה הנזיקית יוצרת תמריץ שלילי שמשפיע באופן עקיף על המקרים הבאים.

***גירוש אישה בעל כורחה ("טאלאק")***

**מצד אחד הדין האישי (הדתי), מאפשר גירוש אישה בעל כורחה, ולפי הדין המדיני זה אסור.** התערבות על ידי החוק הפלילי או צמצום ריבונותם של חוקים ובתי משפט דתיים הם פתרונות קיצוניים העלולים לפגוע ברב-תרבותיות ובאיזון העדין בין פרקטיקות תרבותיות לחוק. **ניתן להשיג פיתרון פשרה המאזן בין אינדיבידואליזם לרב תרבותיות על ידי יצירת תמריצים כספיים להתנהלות הלא רצויה באמצעות המשפט האזרחי הפרטי- קרי, דרך דיני הנזיקין**. ההרתעה דרך דיני הנזיקין היא בעייתי עבור הדין האישי (הדתי). מבחינת הדין הדתי ההרתעה הזו בעצם שוללת מהבעל את הזכות מתוך הדין האישי שלו לגרש את האישה בעל כורחה. אם אנחנו נותנים "תג מחיר" לגירוש זה יכול ליצור בעיה חלוקתית- מי שיש לו כסף יגרש אישה בעל כורחה ומי שאין לו לא יוכל.

בעל יכול לגרש את אשתו ללא הסכמתה וללא עילת גירושין מחוץ לבי"ד השרעי. אף שבתי-הדין השרעיים מעדיפים שייפתח תיק מסודר לגירושין, תוך דיון על עצם הגירושין ועל התנאים הממוניים, אין להם אלא להסכים שפרקטיקה זו לגיטימית לפי הדין השרעי ושהאישה אכן מגורשת. מהו הנזק הנגרם לאישה מגירושין חד-צדדיים? בראש ובראשונה **נגרם נזק לא ממוני מסוג של בושה והשפלה**. האישה מגורשת באופן חד-צדדי, ללא יכולת אפילו להעלות את טענותיה, ואפילו לא להסכים לגירושין אם היא דווקא מסכימה להם, ויש לה פגיעה עד כדי אובדן היכולת להינשא. **בהקשר הממוני המצב מורכב יותר**; בחברה המוסלמית מקובל שזוג נישא וחותם על *מאהר,* שהוא הסכם שבין היתר קובע שבמקרה של גירושין הבעל ייתן לאשתו מתנה כספית, בדרך-כלל בשווי כמה אלפי דולרים, ובכך ימוצו הזכויות הממוניות של האישה. הסכם זה רלוונטי לכל סוגי הגירושין, גם אלה הנעשים בעל כורחה של האישה. בדרך-כלל מדובר בהסכם חד-צדדי, אף שיש מקרים שלאישה ישנה זכות מקבילה להתגרש ולשלם עבור זאת מדובר בהסכם חברתי שדה-פקטו במקרים רבים לא ניתן כלל להינשא בנישואין מוסלמיים בלעדיו. ידוע לנו כי ברוב העולם המערבי-חילוני, בעת פירוק התא המשפחתי הרכוש מתחלק באופן שווה בין שני בני הזוג, ולכן הפונקציה הזו בדין המוסלמי יוצרת חריג לנוהל. **לפיכך, תביעה נזיקית שמגישה אישה שגורשה בעל כורחה יכולה להוות "מקצה שיפורים" לקבלת פיצוי גם בהיבט הממונ**י, שכן אישה כזו בדרך-כלל מפסידה רבות בהשוואה לאפשרות הדיון בחלוקת הרכוש דרך דיני המשפחה המודרניים. תוצאה כזו לא הייתה אפשרית לו היה מדובר בהסכם קדם-נישואין אמיתי, שכן דיני הנזיקין עוקפים במקרה כזה הסכם מפורש.

האישה תובעת את בעלה לאחר הגירושין לקבלת פיצוי בגין נזקי הגירושין החד-צדדיים. הדין האזרחי-המדינתי מניח שאף שמדובר בפעולה לגיטימית לפי הדין הדתי, שבישראל גם הוא דין מדינתי, **התביעה לפיצויים אפשרית**, שכן מדובר כאן בשני מישורים שונים. **הפיצוי אינו משפיע על הסטטוס ולהפך**. האישה מגורשת, ושום פיצוי לא יחזיר אותה להיות נשואה. הדין השרעי אף לא מקנה לאישה פיצוי, ואם היא חתומה על מאהר, לרשותה רק אותו פיצוי מוסכם כביכול, בדרך-כלל קטן במיוחד.
התמיהה לגבי דיבור החוק ב"שני קולות" מתעצמות ומתחדדת לאור העובדה שגירוש אישה בעל כורחה מהווה עבירה פלילית. נשאלת השאלה אם כן, כיצד הפרקטיקה לגיטימית במישור דיני המשפחה הדתיים-המדינתיים, אך מהווה עוולה ועבירה? ניתן לומר שמדובר בביקורת או בהשלמה:

1. **ביקורת:** דיני הנזיקין מבקרים את התוצאה שאליה מגיעים דיני המשפחה הדתיים, ומשתמשים בסעדים שבסמכותם כדי להילחם בתופעה, מבלי לפגוע בסטטוס המשפחתי שנקבע למעשה על-ידי הסטאטוס קוו. נק' המבט הזו אומר בעקיפין 'הלוואי שהיה ניתן לשנות את הנוהל הזה' אך מכיוון שאי אפשר נעמיד את הבעל על מעשיו. ברגע שבעל יודע שהוא יכול לחטוף תביעת נזיקין הדבר מהווה תמריץ שלילי לגירוש אישה בעל כורחה.
2. **השלמה:** מצד אחד הסטטוס המשפחתי נקבע לפי הדין הדתי כחלק מפשרה היסטורית, והמדינה אינה מנסה לשנות זאת, בוודאי שלא באופן ישיר; ומצד אחר, מכיוון שמדובר בפעולות שהן בכל זאת פוגעניות בעין ליברלית, ישנם סעדים נגד הנוקט אותן, אם כי לא במישור הסטטוס. מכיוון שהדין הפלילי אינו נאכף בפועל, מסיבות שונות, נותרנו עם דיני הנזיקין. **ההשלמה משקפת דיבור הגיוני של המדינה ב"שני קולות" כחלק מהסטטוס-קוו, לאמור: הפרקטיקות אמנם לגיטימיות בדיני המשפחה הדתיים, אך מכיוון שהן פוגעניות ניתן לתת סעד של פיצוי בגינן.** אמנם דיני הנזיקין אינם יכולים לשנות את דיני המשפחה במעגל זה אבל הם יכולים להשפיע עליהם בעקיפין על-ידי מתן תמריץ שלילי מכאן ולהבא לבעלים המעוניינים פוטנציאלית לנקוט בפרקטיקה כזו ,אף שהיא מותרת לפי הדין הדתי, לאמור: הפרקטיקה מותרת ו"תתפוס" לפי הדין הדתי-האישי, אך הנוקט אותה יצטרך לשלם מעין מס.

**בדרך זו מקיימים שני הערכים**: אישור של טאלק והמאהר, אך עקיפה של התוצאות הכספיות הגרועות של יישום המאהר. כך, בפועל, טלק מוכר, אך העוקץ מוסר מהמאהר והאישה המוסלמית כולה לקבל פיצוי בגין הגירושין בצורה שונה, ממקור משפטי אחר. פעולת נזיקין לפיצוי יכולה לשנות את התמונה ולשמש כפתרון רך, משלים ומתווך. (הפיצוי הנזיקי בא עבור הבושה ואובדן הסיכויים להינשא בשנית בחברה השמרנית ביותר בה האישה המוסלמית גרה).

***מה קורה שתביעת הנזיקין בעצם משפרת עמדות***? שמואלי אומר שזה מצוין. כאשר לא יכול להיות שינוי ישיר במצב המשפחתי בעקבות הפעולה האזרחית, כמו במקרה של טאלק, המדינה יכולה לעזור לנשים מדוכאות מבלי לפגוע באורח קשה במנהג הדתי. זכות זו קיימת בשריעה, אך היא נושאת תג מחיר, המאפשר פשרה פלורליסטית מוצלחת בין ערכים מתנגשים, גם אם הזכות הדתית אינה שלמה בפועל. **מכיוון שלא צפוי כי דיני נזיקין ישפיעו על מצב משפחתי, הפרדת הזכות לשני היבטים מציעה פיתרון חדש וליברלי: פנייה לחוק נזיקין אזרחי, מתוך הבנה שרק דיני משפחה דתיים יכולים לשנות מעמד אישי (כלכלי).** מנגד, ניתן לומר כי אין כאן הרמוניה וכן יש השפעה על הסטטוס ולכן יש ניגוד בין הדין הדתי לדיני הנזיקין. למשל: בעל מוסלמי עשוי להתנהג אחרת אם הוא יודע שהגירושין בין אשתו לרצון האישה טומן בחובו תג מחיר, או אזרחי (נזק) או פלילי (קנס או מאסר). חוק הנזיקין עשוי, אפוא, להרתיע בעלים מסוימים ולכוון את התנהגותם, ובכך דיני הנזיקין גורמים לשינוי הסטטוס. למרות החסרונות, שמואלי אומר כי נראה שזו הפשרה הטובה ביותר שניתן להשיג (וזאת לעומת המישור הפלילי שיוצר ניגוד בין חוק המדינה לחוק הדתי). יתכן כי כל פתרון אחר אינו יעיל ועלול להזיק בדרך אחרת.

***מעגל 4: התנגשות חזיתית בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה הדתיים: תביעות נזיקין בגין סרבנות גט***

***הדין השרעי מול הדין היהודי הדתי***

המקרה הקלאסי הוא שהבעל לא רוצה לגרש את אישתו על אף שביה"ד אומר לו שהוא חייב לגרש את אישתו (כי יש עילת גירושין, כי הוא בגד וכו'). ביה"ד הרבני לא מצליח להוציא את הגט בהסכמה מהבעל, והאישה רואה כי הבעל לא נשמע להוראות ביה"ד והיא מרגישה במבוי סתום. כדי להיחלץ מהמצב האישה מגישה תביעת נזיקין בביהמ"ש לענייני משפחה שהוא בית משפט אזרחי. ביהמ"ש הזה לא יכול לדון בגט, אבל הוא יכול לדון בעניינים אזרחיים כמו דיני נזיקין. המטרה של האישה כמו במקרה של ביה"ד השרעי בגירוש אישה בעל כורחה הוא לקבל פיצויים. אבל יש שוני בין המקרים. למשל, אישה מוסלמית שגורשה בעל כורחה וקיבלה פיצויים של 100 אלף ₪, האם היא יכולה לחזור להיות נשואה לבעלה הראשון? לא! זה לא רלוונטי, אולי זה יגרום לבעל הבא לא לגרש אישה בעל כורחה. אם כן, **הגירושין הם סופיים וקבלת הפיצויים מהתביעה הנזיקית אינה משפיעה על הסטטוס.** ואולם, במקרה היהודי הדברים שונים. אם אנחנו נשארים בשלב בו המסורבת גט קיבלה פיצויים נזיקיים מביהמ"ש לענייני משפחה בעבור הסרבנות של בעלה, לכאורה אנחנו באותו מצב של פלורליזם משפטי כמו שראינו לעיל של 2 מערכות משפטיות שמתפקדות בהרמוניה. אבל, בדין היהודי המצב מסובך יותר. האישה נשארת נשואה לאותו בעל סרבן ולא בגלל שהיא רוצה אלא בגלל שהוא מפר את ההחלטה של ביה"ד הדין הרבני, ולמרות שהוא מפר את ההחלטה ביה"ד עדיין מבחינת הסטטוס אנחנו רואים אותם כנשואים כי חייבים את ההסכמה שלו. לכאורה, כמו המקרה של גירוש אישה בעל כורחה, דיני הנזיקין לא יכולים לשנות סטטוס אלא רק להביא פיצוי (בדין השרעי היא לא יכולה להיות נשואה לאותו בעל ובדין היהודי היא לא יכולה להיות מגורשת). אז לכאורה אם אנחנו עוצרים פה יש לנו פלורליזם משפטי, והסטטוס אינו משתנה גם כאן מכוח התביעה הנזיקית, אלא הפיצוי הנזיקי הוא "סעד של נחמה". אולם, בדין היהודי הדתי משמש המשפט הפרטי לשינוי מאזן הכוחות וע"י הפיצוי האישה בעצם סוחרת את הגט שלה ובצורה זו משנה את הסטטוס שלה. המקרה היהודי שונה מהמקרה של הדין השרעי. הפלורליזם המשפטי לא פועל בדין היהודי בצורה דומה כפי שהוא פועל בדין השרעי, כיוון שיש שתביעת הנזיקין בדין היהודי משפיעה באופן אחר. **במקרה השרעי התביעה הנזיקית משמשת הרתעה למקרה הבא, היא כבר לא תעזור במקרה הזה**. אם הבעל המוסלמי יחטוף 100 אלף ₪ הוא לא יכול להחזיר את אשתו. תביעת הנזיקין במקרה של הדין השרעי עובדת רק למקרים הבאים. **ואולם,** **בשונה מהדין השרעי, מה שעושות תביעות הנזיקין בגין סרבנות גט בדין היהודי – מטרתן המרכזית היא להביא את הגט.** היא נראית כמו תביעה כספית אך מטרתה היא **לשנות את הסטטוס**. המטרה היא להתערב במקרה **הנוכחי** (ולא במקרה הבא כמו בדין השרעי) ולגרום לבעל בעזרת "מכה בכיס" להביא גט. זה בעצם לקנות את הגט. **המטרה בתביעת הנזיקין** – זה **לעשות עסקה.** לעסקה הזו קוראים PJB- Post-Judgment Bargaining. עסקה שאחרי פסק הדין. כלומר, יהיה פס"ד שבו יחוייב הבעל בפיצוי בגין סרבנות הגט, ומשתמשים בזה כמנוף למו"מ. אם אתה לא רוצה לשלם את הפיצויים – אין בעיה, תביא את הגט ותוותר על הדרישות הסחטניות. **הבעיה היא שביה"ד הרבניים קוראים לזה – גט מעושה.** כלומר**,** את הוצאת ממנו את הגט בכוח, באונס ממון. על אף שהבעל לא שילם את התביעה הזו- האישה עדיין איימה על הבעל בכסף (בממון) ויש חשש שהגט הזה לא יהיה כשר כי הוא לא ניתן בהסכמה.

**אם כן, דיני הנזיקין באים לשנות את דיני המשפחה**. יש כאן מצב של פלורליזם משפטי כי יש כאן 2 מערכות דינים שחלות, שכן לפי הדין הדתי היא נשואה. באים דיני הנזיקין ונותנים פיצוי- אז יש כאן פלורליזם משפטי. אבל, כפי שראינו, דיני הנזיקין לא רק נותנים פיצוי, אלא מטרתו של הפיצוי זה לנסות ולחלץ את הגט – **זה כבר מצב שבו מערכת דינים אחת מתערבת במערכת דינים אחרת. ולכן יש בעיה והתנגחות עם הדין הדתי.**

***תמריצים במשפט הפרטי בשירות התא המשפחתי המתפרק: המקרה של סרבנות גט***

***מבוא***
סרבנות גט פוגעת בזכות אדם בסיסית של המסורבת לפרק את יחסי הזוגיות ולא להיות נשואה בעל כורחה. החלק הזה עוסק בתמריצים רצויים ומצויים שמספק המשפט הפרטי למאבק בסרבנות הגט. חלק מהתמריצים הם מסוג של "**מקל"- עונש**, וחלק מסוג של "**גזר"- פרס** וחלק משולבים. המטרה היא להוציא את הגט מידיו של הסרבן. כשהמשפט הפרטי נכנס הוא בדר"כ פונה לאנשים שרוצים פיצוי\כסף, שמדובר בסרבנות גט זה לא תמיד המצב. יש סרבי גט **אידאולוגים**- לא נותנים גט ממניעים אידאולוגיים. כאשר הסרבנות היא **מטעמים אידאולוגים** גרידא, דהיינו, הסרבן מעוניין לנקום במסורבת ואינו מסכים להתגרש- גם אם ייאלץ לשלם כל מחיר שהוא, כספי או שלילת חירותו- **האפשרות שיש לדין האזרחי לסיוע היא פחותה**.במקרים של סרבנות על רקע **סחיטה כלכלית** הדבר שונהויש השפעה לדיני המשפחה.המשפט הפרטי בא להגן על הזכות להתגרש שהיא זכות אישית שזקוקה להגנה משפטית, זאת מפני שדיני המשפחה האזרחיים והדתיים לא מסייעים דיים.בתי הדין הרבניים, המדינתיים בישראל והפרטיים בחוץ-לארץ, הפועלים מכוח בוררות, כבולים במובן זה שאין בכוחם להתיר את הנישואין בפועל באמצעות החלטה שיפוטית. למעשה, דין כל פסק רבני, גם כזה המחייב צד אחד, או את שני הצדדים, להתגרש, איננו קונסטיטוטיבי- אינו יוצר גירושין ואינו משנה סטטוס. גם אכיפתן של החלטות שיפוטיות של בתי הדין היא מוגבלת. לבתי הדין הרבניים המדינתיים בישראל אמנם עומד כוח אכיפה (אם כי לא בלתי מוגבל), אולם הם משתמשים בו בצורה מצומצמת באופן יחסי. תופעה זו נעוצה בחשש שמא פה אמצעי האכיפה יהפכו את הגט למעושה שלא כדין ולכן לפסול ובטל, שכן ההנחה היא, כאמור, שהגט אמור להינתן מתוך הסכמה ורצון חופשי.גם דיני המשפחה והמשפט הפלילי לא מצליחים לתת מענה מספיק כדי למנוע את התופעה של סרבנות גט.

***האם המשפט האזרחי יכול להועיל במקום שבו נכשלו ענפי המשפט האחרים?***

מהלך הבחינה המרכזי שנעשה כולל 5 שלבים:

1. האם הגט עביר או סחיר? תחילה בוחנים, ברוח מאמרם של קלברזי ומלמד וספרות מאוחרת יותר הבוחנת עבירות, ***אם ההגנה הראויה על הזכות להתגרש היא מסוג של אי-עבירות.*** (אם ההגנה הראויה היא מסוג של אי עבירות אז המהלך שנועד לטובתם של נשים הוא בלתי אפשרי). **המסקנה תהיה שהגט עביר וסחיר דווקא מתוך רצון להגן על מסורבי גט.** מהדיון ייגזרו מסקנות רחבות יותר, אודות העבירות של זכויות אישיות ופרטיות.
2. איזו עסקה ניתן לעשות? לאור המסקנה שהגט עביר וסחיר, תוצג פרקטיקה רווחת במקרים של סרבנות גט שלפיה ע"מ להוציא את הגט מידיו של הסרבן הכלכלי, ניתן להשתמש במשפט הפרטי- **תביעות נזיקין או חוזים**- שמטרתן קבלת פיצויים גבוהים בגין הסרבנות וזאת במטרה **להמיר את הפיצויים שייפסקו במתן הגט**. למהלך הזה קוראים: **Post judgment bargaining**. בעוד שמלומדים במשפט ההתנהגותי (וורד פרנסוורת') סבורים שמהלך של מו"מ לאחר פס"ד אינו צפוי בכלל, ולו במקרים של מטרדים בין שכנים, אנו נראה כי המציאות לגבי סחירות בגט מוכיחה אחרת. נוסף על כך, נצא גם מהפרט אל הכלל במטרה לשרטט מודל שיסביר באילו מקרים צפויה התדיינות לאחר מתן פס"ד ובאילו מקרים צפויה התדיינות כזו.
3. בחינת ביסוס על כלל של קלברזי ומלמד- נעבור לבחון אם ניתן לבסס את המהלך על הגנה מסוג אחר על זכות- ברוח תורת כללי הקניין וכללי האחריות של קלברזי ומלמד. **המסקנה תהיה שניתן לזהות כלל או כללים המתאימים להגנה על הזכות במהלך המתואר.** גם כאן תהיה יציאה מהפרט אל הכלל, דיון כללי בהשגת סעד קנייני בדרך של יישום כלל אחריות דווקא (השגת פיצוי כדי להשיג גט).
4. דרך נוספת לפתרון הבעיה: לאור המסקנות עד כה- הגט עביר וסחיר, אפשר לעשות מו"מ אחרי פס"ד, אפשר להתבסס על כללים של קלברזי ומלמד- נבקש לבחון אם הדרך שהוצגה מבוססת על שימוש ב"מקל" בדמות תביעות נזיקיות וחוזיות לצורך השגת הגט היא באמת הדרך הכי יעילה? הדרך הזו אמנם מצליחה להילחם בסרבנות הגט אבל היא לא מיגרה אותה. בין היתר בגלל החשש לגט מעושה. **דומה שיש הכרח לחשוב על פתרונות יצירתיים נוספים.** פתרונות אלה לא יחליפו את התביעות האחריות אך יוכלו להצטרף אליהן ולחזק את המאבק בצורה משמעותית. נבחן האם שימוש דווקא ב"גזר" או שילוב בין "גזר" ל-"מקל" יוכלו להוות פתרון ראוי ויעיל יותר לבעיית סרבנות הגט. אפילו אם המנגנון המוצע לא יפתור את הבעיה הוא יוכל להוסיף מימד חשוב נוסף וכלי חשוב בארגז הכלים למאבק בתופעה. הרעיון יבוסס על כמה קונסטרוקציות מתחום משפט וכלכלה. **גם כאן תהיה יציאה מהפרט אל הכלל-** נבחן אם מקרה הבוחן של שימוש בתמריצים מהמשפט הפרטי למאבק בסרבנות גט כדוג' לקונסטרוקציה שמשלבת באופן היברידי בין גזרים למקלות (דהיינו האם נוכל להגיע למסקנה כללית שהמשפט צריך לשלב בין גזרים למקלות כדי למגר תופעות שליליות?). השילוב הרווח של תמריצים הוא אופקי סימולטני – שני התמריצים ניתנים במקביל לחלקים שונים של האוכלוסייה או באופן חלקי לאותה אוכלוסייה (גישה של או או). **נציע שילוב נדיר וחדשני- שילוב אנכי (גם וגם, שני שלבים).** השילוב האנכי שיוצע יהיה מסוג של גזר ואחריו מקל: איום לשימוש במקל לאחר ניסיון למתן גזר, אם האחרון לא צלח. המעוול ידע מראש על הסנקציה והיא תתמרץ אותו לקבל את הגזר בשלב הראשון כדי שמצבו לא יורע לכדי מקל בשלב השני. המנגנון יכיל סנקציה חברתית מסוג של ביוש (רשימת סרבנים פתוחה לעיון) בשלב הראשון של הגזר, כדי לנסות לתמרץ מעוולים כלל לא להיכנס למסגרת המנגנון ולהימנע ממצב בו חוטא יוצא נשכר ויהיה תמריץ לעוולה כדי לקבל גזר.
5. בחינת המנגנון המוצע- לבסוף נבחן את **המנגנון המשולב שיוצע אל מול תורה שנקראת פרסונליזציה של החוק** (**=**התאמה של החוק אל הפרט). תורה זו מחליפה כללים אובייקטיבים לגמרי (האדם הסביר) או אובייקטיבים למחצה, דהיינו קטגוריים (התייחסות קבוצתית לפי הקבוצה שעליה נמנע הנתבע). היות שמנגנון המוצע מבוסס על התאמה אישית למקרים קונקרטיים של סרבנות, הוא ייבחן אל מול גזרים ומקלות קיימים, כמקרה מבחן של פרסונליזציה של החוק. לא ניישם בלבד, ננסה לתרום גם לספרות המתפתחת.

***היבטים כלכליים (נזיקיים וחוזיים) של סרבנות גט***

גט ניתן לרצונה של האישה וגם לרצונו של האיש. בגלל התנאי להסכמה של הבעל, יש בעלים שמנצלים את המצב וסוחטים את הנשים שמבקשות להתגרש מהם. סרבני הגט הם ברובם אנשים "אידאולוגיים" שלא מעניין אותם גם לשבת בכלא ולחטוף שיימינג בגלל הסירוב. אל סרבני גט כאלה אנחנו לא מתייחסים שכן כל מטרתם של אלו היא נקמה, אלא **אנחנו מתייחסים לסרבני גט "רציונליים" שסוחטים כלכלית ומנצלים את כוחם לרעה**, שניתן לדבר אליהם בתמריצים כלכליים, בעסקאות ובמקלות וגזרים (שכן גישת משפט וכלכלה מדברת אל האדם "המחושב"). **סרבני גט "כלכליים" מעלים את המחיר עבור מתן הגט ומבקשים סכומי כסף גדולים ואף דורשים וויתורים על מזונות ורכוש.** רוב רובם של הסרבנים אינם מצהירים על סרבנותם, אלא מציגים את המצב באופן כזה שהם מוכנים להעניק את הגט בכפוף לתנאים. אין כאן מו"מ בין שווים אלא סחיטה חד צדדית בידי בעל הכוח (שזהו הבעל שנדרש את הרצון שלו בשביל להתגרש), האישה לא יכולה/לא רוצה לשלם סכומים מופקעים בשביל לקנות את חירותה- וזהו המצב הקלאסי של סרבנות גט.

**שובר השוויון שלנו הוא** **תביעות אזרחיות- לקבל פיצוי ולהמיר אותו בגט.** יש להדגיש כי סרבנות הגט הינה בעיה אוניברסלית, והפתרון הזה של תביעות נזיקין קיים כבר ברחבי העולם מדי שנים ורק לישראל הוא הגיע מאוחר. שוברי השיוויון הן: תביעות אזרחיות- נזיקיות וחוזיות, המוגשות על ידי מסורבות גט נגד בעליהן בגין **נזקים נפשיים-לא ממוניים** בעיקר (כמו במקרה של המוסלמי-השרעי), שנגרמים מסרבנות גט**,** כאשר **מטרת רוב התביעות לקבל פיצויים בסכום גבוהה ככל הניתן כדי להשוות את כוח המיקוח של האישה הנסחטת** (אם הפיצויים יהיו נמוכים זה לא כוח מיקוח, אם הסכום הוא סכום גבוהה זה מאפשר לאישה להשוות את כוח המיקוח למה שהבעל סוחט)**.**

למעשה, המטרה היא **לסחור בגט** וכך זה מתמרץ את הבעל להגיע לעסקת חליפין שבמסגרתה יוותר על דרישותיו הכספיות וייתן לאשתו גט בעוד שהאישה תוותר על הפיצוי שקיבלה בביהמ"ש לענייני משפחה. זה נקרא פתרון בדרך של "מעקף"- אנחנו עוקפים את העניין דרך משא ומתן בתביעה נזיקית.

***האם ישנם פתרונות הלכתיים מבלי להיזקק ל"מעקפים"? –* לא צריך להכיר לעומק רק לדעת שקיימים**ישנם פתרונות הלכתיים כגון הפקעות קידושין מסוגים שונים אשר מייתרים את אותה הזדקקות לתביעה הנזיקית:

1. הפקעת קידושין רטרואקטיבית- על בסיס הרעיון שהכתובה מותנית בכך שהבעל לא יסרב לתת גט או בהתבסס על הרעיון שהקידושין היו בבחינת "מקח טעות" ולכן לא תפסו מלכתחילה, שכן סביר כי אילו נשאלה האישה אם היא מסכימה להינשא לבעל שמתעלל בה, שמפר את חובותיו ושמסרב לתת לה גט, היא לא הייתה מסכימה לכך.
2. הפקעת קידושין מיידית- מטעם של "כל המקדש אדעתא דרבנן (=על דעת חכמים) הוא מקדש, ואפקעינהו רבנן לקידושין (=והפקיעו חכמים את הקידושין)- כך שלחכמים סמכות וכוח לבטל ולהפקיע את הקידושין הללו.
3. ביטול הקידושין עקב בעיה בכשרותם (למשל- העדים היו מחללי שבת בפרהסיא ולכן הם אינם כשרים והקידושין בטלים).
4. מתן קידושין על תנאי וגט על תנאי- אפשר מלכתחילה להתנות את הכל.
5. שימוש בתקנת הגאונים המאפשרת להכריח את הבעל לתת גט בנסיבות מסוימות.
6. גט זיכוי- שלפיו בית הדין יכולים לזכות את הבעל בגט בהתקיים תנאים מסוימים מכוון שמדובר בזיכויו במצווה.
7. עריכת הסכם קדם נישואין- בסיס לתביעות חוזיות לתשלום שבו יחויב הבעל אם יסרב בעתיד לקבל על עצמו את פסיקת בית הדין בעניין הגירושין. זה ממש כמו חתימה על חוזה שאומר שאם אתה לא מגרש- אתה מפר חוזה.

אם כן ישנם כלים בהלכה אך לדעת המרצה לא משתמשים בהם, בין היתר, בשל הקושי לייצר שיתוף פעולה עם הרבנים.

***שאלת חישוב הפיצוי הנזיקי ושיעורו***

תביעות נזיקין :

* גובה הפיצוי: בתי המשפט האזרחיים לענייני משפחה פוסקים **פיצויים גבוהים** יחסים בגין נזק נפשי לא ממוני שנגרם ע"י סרבנות. חישוב הפיצוי הוא לא רק שאלה טכנית אלא הוא גם שאלה מהותית כיוון שהעסקה תצא לפועל אך ורק אם הפיצויים יהיו **גבוהים**. אם הפיצוי הוא גבוה יש בכך כדי להביא לתמרוץ של הבעל להגיע לעסקת חליפין, דהיינו לוותר על הדרישות הכספיות הגבוהות ולתת את הגט בתמורה לוויתור של האישה התובעת על הפיצויים.
* שיטת חישוב הפיצוי: במאמרו "סרבנות גט- עילה נשית גברית או עצמאית", דן המרצה בשיטת חישוב הפיצויים שם הוא בוחן האם הפיצוי ניתן לפי פרמטרים שונים: "*שיעור הנזק*" (חומרת הנזק שיש עכשיו ללא קשר לזמן הסרבנות) או לפי *"אורך זמן הסרבנות"-* ככל שתקופת הסירוב ארוכה כך הפיצוי גדל? *האם הפיצוי שווה למסורבים ומסורבות שהם צעירים לעומת מבוגרים, או לדתיים ולחילונים*? יש משמעות של סרבנות כלפי מי שהיא דתייה שאסור לה לחיות לפי ההלכה עם בן זוג אחר לעומת בחורה חילונית. דיני הנזיקין בודקים את חומרת הנזק לכן לפי דיני הנזיקין הקלאסיים תהיה משמעות גם למבוגרות מול צעירות- למבוגרת אין אפשרות להביא ילדים כמו שלצעירה יש ולכן הצעירה נפגעת יותר כי אינה יכולה להביא ילדים שכן הם יהיו ממזרים כל עוד היא נשואה. *האם צריך להיות פיצוי שונה לדתיים ולחילוניים?* דיני הנזיקין עיוורים לכך שזה נשמע לא הוגן ולכן יעשו את ההבחנה בין הקבוצות השונות בין הסרבניות.

***שאלת התלות בין ההוראה על מתן הפיצוי לבין דרגת פס"ד הרבני***

**"הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ו'כלל האחריות של קלברזי ומלמד"\ בנימין שמואלי**

השאלה היא האם תמיד אני יכול לתבוע בנזיקין או בחוזים על סרבנות גט ולא משנה מה יחליט בית הדין הרבני או שזה תלוי בדרגת פסק הדין של בית הדין הרבני? יש **3 סוגי פס"ד של ביה"ד הרבני: חיוב\כפייה, מצווה, המלצה.** הגיוני לחשוב שככל שפס"ד של ביה"ד הרבני ברמה גבוהה יותר ניתן יותר פיצוי. שמואלי אומר שזה לא נכון. צריך להסתכל על זה **ברמה של חובת ההוכחה**. ככל שפס"ד ברמה נמוכה יותר חובת ההוכחה על האישה מסורבת הגט היא גדולה יותר.(מקבילית הכוח)

במאמרו של שמואלי הוא מראה כמה דורות של תביעות :

* **הדור הראשון** **של התביעות:** **רק שיש פסק דין ברמה של "חיוב" או "כפייה" והחישוב נעשה מהמועד של הפסיקה הרבנית.** לכאורה, הדור הראשון מזכיר את מעגל מס' 2- אינטראקציה חיובית בין ביה"ד הרבני לדיני הנזיקין. בפס"ד ברמה של כפייה לכאורה אין לביה"ד הרבני בעיה של פיצוי נזיקי על סרבנות גט. הם לא מחשיבים זאת כגט מעושה. מבחינת פס"ד של חיוב ומעטה- יש עדיין חשש של גט מעושה לכן לא בטוח שזו אינטראקציה חיובית. פס"ד של ביה"ד הרבני הוא קונסטורקטיבי. פס"ד לא יוצר סטטוס או מציאות חדשה והוא גם לא יכול לכפות על המסרב לתת את הגט. הבעל צריך לעשות מעשה מסוים של גירושין שהוא ממש הליך טכני. ועד שהוא לא מבצע זאת היא לא מגורשת. **יש כמה דרכים לאכוף פס"ד ברמה של חיוב: יש אפשרות 'להעלות' את פס"ד לרמה של כפייה.** כפייה= חיוב עם אמצעי כפייה. יש אמצעי כפייה של ביה"ד כמו החרמה של רישיון נהיגה, רישיון עו"ד, קנסות, מאסר וכו'. ביה"ד הרבני יכול לנסות לכפות את הגט אבל מכל מיני סיבות הם נמנעים מלכפות. אחת הסיבות היא **חשש מגט מעושה.** אם כן, ע"פ הדור הראשון, כדי שביהמ"ש לענייני משפחה יקבע שהבעל עיוול הוא חייב לברר את קביעתו של בי"ד ולראות מתי הוא קבע "חיוב" לתת גט והבעל הפר. הבעייתיות: מבחינה נזיקית יש כאן מורכבות שכן ייתכן והנזק הנפשי מסרבנות הגט החל כבר **לפני** אותה "חותמת" של בי"ד.
* **הדור השני של התביעות:** **תתקבל תביעה רק שתהיה הוראה של ביה"ד "חיוב בגט" או "כפייה", אך החישוב יכול להיעשות ממועד מוקדם יותר שבו החלה העוולה הנזיקית**- מהמועד בו החלה ההתעללות הנפשית, כאשר **הנטל הוא על התובעת להוכיח מתי התחילה ההתעללות**. כלי טוב בו יכולה להשתמש האישה להשתמש כדי הוכיח את ההתעללות הוא פס"ד של בי"ד הרבני שם מתוארת השתלשלות העניינים. אם כן, פס"ד של ביה"ד הרבני מהווה כאן רק מגדלור והוא מאיר גם אחורה.
* **הדור השלישי של התביעות:** **קובע כי גם כאשר אין "חיוב בגט" או "כפייה" אלא גם פס"ד של ביה"ד בדרגה נמוכה יותר של "המלצה" או "מצווה" וזה מספיק כדי להגדיר את הבעל כסרבן.** מצווה או המלצה משמעה שלפי הדין העברי כדאי לבעל לגרש את אשתו. הוא פס"ד ברמה יותר נמוכה מחיוב אבל מדובר פה בכוח הלכתי. כאן המגדלור של ביה"ד חלש יותר. ההחלטה בשימוש פס"ד בדרגה של 'מצוה' או 'המלצה' הכעיסה את בי"ד בטענה כי ביהמ"ש לענייני משפחה משתמש שימוש ציני בהכרעות הרכות של בי"ד. היו שהציעו שבמקרה כזה יינתן פחות פיצוי, זה לא קורה כיום בפועל. ***"מקבילית כוחות"=*** *הצעה של פרופ' שמואלי.* מבחינת הפיצוי, ככל שאורו של המגדלור חזק יותר (פסק דין של "חיוב בגט" או "כפייה") כך האישה תצטרך פחות ראיות כדי להוכיח את הנזקים כדי לקבוע פיצוי. יחד עם זאת, ככל שאורו של המגדלור חלש יותר- "המלצה" או "מצווה"- נטל ההוכחה שמוטל על האישה הוא כבד יותר והיא תצטרך להוכיח יותר את הנזק הנפשי שנגרם לה מההתעללות בכדי לקבל פיצוי.
* **הדור הרביעי של התביעות:** **מוכן להכיר בתביעות נזיקין גם כאשר אין פס"ד רבני בכלל (אין מגדלור).** אך במצב נטל ההוכחה הוא כבד מאוד (כיוון שאין כלל מגדלור- פס"ד רבני) אך הוא בכ"ז אפשרי והיא יכולה להוכיח שלבעל הייתה חובת זהירות שלא לגרש את האישה והוא הפר את החובה הזו. דור 4 הוא מהפכה אדירה. הדור הזה כבר ממש קומם את ביה"ד הרבניים. במקרה הזה, המרצה נוטה להסכים עם יפעת ביטון שסוברת כי דיני הנזיקין הם עצמאיים וכך גם דיני המשפחה והם לא תלויים אחד בשני (ובמקרה שלנו, דיני הנזיקין אינם תלויים בפסק הדין של ביה"ד הרבני). סרבנות גט גם ללא פסק דין רבני מהווה **פגיעה באוטונומיה!**

***"הדור הרביעי" של התביעות כאשר אין פס"ד רבני בכלל***

סוגי המקרים האפשריים שיכולים למלא את יסוד 'ההתרשלות' בתביעה בעוולת הרשלנות:

1. **"הגיעו מים עד נפש**"- לכאורה אין עוולה של 'סרבנות גט' העוולה היא רשלנות. איפה דלת הכניסה שלנו לרשלנות? עילה של **התעללות נפשית**. כלומר, אנו לא זקוקים לעילה של סרבנות גט כדי לבקש פיצוי, שכן עוולה כזו תצריך מאיתנו פס"ד של "חיוב" או "כפייה" מבית הדין לתת גט. מגישים תביעה בגין התעללות נפשית ואז לא צריך בכלל פס"ד של ביה"ד הרבני. אם אפשר להוכיח שהבעל התעלל נפשית באישתו אין בעיה. המסלולים יכולים להיות: תביעת נזיקין בגין הפרת פרטיות, הפצת לשון הרע על האישה וכו'. הרציונל במסלול זה הוא ש"לכסף אין ריח" והמסלול לקבלת הפיצוי לא באמת משנה אלא תוצאתו האופרטיבית שמקנה לאישה יתרון בכוח המיקוח באמצעותו היא יכולה לקנות את הגט.
2. **"עושה ממנה צחוק"-** מקרה ראשון בישראל, 'כ.ש. נ כ.פ' ב2004, על סרבנות גט- שם ההתעללות הנפשית זעקה. היו בני זוג חרדים, אחרי שביה"ד הרבני פסק חיוב. הבעל משך את אשתו וניסה לשכנע אותה שילכו לגורמים שיסדירו בניהם את היחסים והוא בעצם משך אותה בין רבניים במשך תקופה ולא נתן לה גט. הוא הפר את הבטחותיו פעם אחר פעם. במסלול זה, טענה להתעללות נפשית הסובבת את אי מתן הגט אך אינה נובעת מעצם אי מתן הגט. **העילה היא עדיין התעללות נפשית אך הפעם בגין ההתשה שעוברת האישה סביב הגט ולא בגין סרבנות הגט עצמה.** גם כאן אין צורך בפס"ד של ביה"ד הרבני.
3. **"הוא יושב ומחכה לה" –** המקרה הכי קיצוני. **פיצוי על אי שחרור בת הזוג מהנישואין מתוך תקווה לחזור לחיי הזוגיות** (הבעל הוא לא אשם במובן הנזיקי הרגיל. האישה והבעל חיו כמו זוג יונים, והאישה רוצה להתגרש פתאום והבעל מסרב כי הוא רוצה להישאר באמת בזוגיות). במצב כזה, אם האישה מגישה תביעת נזיקין נגד הבעל ואומרת שהוא לא משחרר אותה- יכול להיות שלמרות שאין שום פס"ד של בי"ד רבני ואין "מגדלור" יכול להיות שבעיניים נזיקיות הוא צריך לשחרר אותה. וזה לא משנה מה בית הדין הרבני פסק. במסגרת "מקבילית הכוחות" אולם יהיה קשה לאישה להוכיח שכן אין לה "מגדלור" של ביה"ד, אבל זה עדיין אפשרי. לדעת שמואלי, קיימת **נקודת זמן בה ראוי שהאסימון של הבעל ייפול** והוא יבין כי היא לא מעוניינת לחזור - האסימון של הבעל לא נפל? האישה יכולה לתבוע.

**מקרים בהם שמואלי ממליץ לפסוק פיצוי נזיקי על בסיס 'יושב ומחכה לה' ופקטורים לבחינת העילה:**

* חלוף הזמן הוא פקטור מרכזי להתרשלות.
* אי שחרור בת הזוג לאחר פירוק הנישואין דה פקטו- יכול לעלות כדי חוסר תום לב.
* ניתן להשוות עילה זו לאותן אסכולות הלכתיות שלפיהן בקשה שלא תום לב לשלום בית במקרי פירוד ממושך יכולה להביא לידי חיוב ואף כפיית גט. למשל- רבינו ירוחם והרב פלאג'י שניהם אומרים שאם בני זוג חיים שלא ביחד תקופת זמן מסויימת (שנה-שנה וחצי) הם בעצם בני זוג פרודים. במקרה כזה ביה"ד הרבני חייב לתת פס"ד של חיוב גט ואף כפייה. אפשר לקחת אסכולה הלכתית זו כפקטור בקביעה אם אדם צריך לשחרר את אישתו או לא.
* פירוד אזרחי-ממוני דה פקטו: ניתן להשוות גם לתיקון לחוק יחסי ממון 2008 שקבע כי פרידה אזרחית (ולא מתן גט גרידא) יכולים להביא לחלוקת רכוש- המרצה לוקח את אותו תיקון לחוק יחסי ממון ומקיש אותו גם לנזיקין (שכן כאשר הבעל מסרב יש כאן פירוד אזרחי דה פקטו ואנו רוצים לתת לזה משמעות ממונית לא רק של חלוקת רכוש, אלא גם משמעות ממונית נזיקית).
* סרבנות גט גם ללא פס"ד רבני מהווה פגיעה באוטונומיה.

**לכאורה, פסקי-דין "רכים" יותר של "המלצה" או "מצווה" לא יספיקו לקביעה נורמטיבית שהופרה חובה בנזיקין** (חובת זהירות ברשלנות או חובה חקוקה), שכן פסקי-דין כאלה למעשה אינם מטילים חובה על הבעל לגרש. **אולם עם הזמן יותר ויותר שופטים היו מוכנים להכיר, דרך עוולת הרשלנות, גם בפסק-דין רבני "רך" כבסיס לתביעה אם העובדות הצביעו שההתעללות גורמת לנזק נפשי.** בעיניים אזרחיות דומה שאין להבדיל (לפחות לא באופן דרמטי) בין הדרגות השונות, שכן גם "מצווה" היא הוראה של בית הדין הרבני ויש לקיימה. למדיניות בתי-הדין הרבני באשר לאכיפת הוראותיהם מבחינת התוצאה הדתית של אותה אכיפה **לא צריכה להיות רלוונטיות לשאלת קיומה של עוולת הפרת חובה חקוקה בדין האזרחי**, מה עוד שכל פסק-דין רבני, גם לחיוב לגירושין, איננו קונסטיטוטיבי, דהיינו אינו יוצר את הגירושין ואינו משנה את הסטאטוס ומסיים את הנישואין לכן לא צריך להיות הבדל מכריע הין דרגות פסקי הדין הרבניים.

***בתי הדין הרבניים משיבים מלחמה***

ומהי תגובתם של בתי הדין הרבניים? בתי הדין הרבניים רואים זאת כמלחמה ומשיבים אש. ישנן **2 בעיות** במתן פיצוי נזיקי עבור הפגיעה מסרבנות הגט:

1. **גט מעושה ש"לא כדין"-** בתי הדין רואים את **התביעה הנזיקית כאונס ממון** (היא אונסת את הבעל בממונו בכך שהוא נדרש לשלם פיצוי נזיקי גבוה) ומשכך עולה חשש ממשי לגט מעושה. ביחס לסוגיית הגט המעושה יש להבין בין גט מעושה "שלא כדין" שעליו אנחנו מדברים והוא בעייתי, לעומת גט מעושה "כדין" שעליו אומר הרמב"ם: "כופין אותו עד שאומר רוצה אני"- קרי, מציאות בה לביה"ד יש כוח לכפות את הבעל עד שהבעל יאמר רוצה אני, זו פיקציה משפטית. הגט הוא אכן מעושה, אבל הוא ניתן כדין והוא בדיעבד כשר. לכאן נכנסים מקרים של פס"ד ברמה של כפייה. **כדי שגט יהיה מעושה כדין צריך גם שהכפייה תהיה לפי החוק וגם הגוף המעשה יהיה ביה"ד רבני או מורה הוראה (רב עיר למשל).**
2. **הגוף המעשה-** הבעייתיות בתביעות הנזיקין היא לא רק הגט המעושה, אלא גם הגוף המעשה שהוא ביהמ"ש האזרחי ולא בית הדין! (וכפי שראינו לעיל, כדי שגט יהיה מעושה "כדין" יש צורך שהגוף הכופה יהיה ביה"ד הרבני).

***השבת המלחמה של ביה"ד הרבני:***

* התגובות האופרטיביות של בית הדין בעקבות תביעות נזיקיות בגין סרבנות גט: חלק מבתי הדין מקפיאים את הטיפול בגט לאישה שהגישה תביעת נזיקין, והם דורשים להעביר לידיהם את הסמכות לדון בתביעות הנזיקיות. הרציונל בהתנהלות זו הוא שבי"ד מרגיש כי ביהמ"ש יוצר דריסת רגל בענייני נישואין וגירושין (סטטוס) שהם בחזקת בי"ד בלבד (שכן מתן פיצוי של ביהמ"ש האזרחי בעקבות התביעה הנזיקית בסופו של יום משפיעה על הסטטוס). יש כאן מאבק מוסדי.
* ביה"ד דרשו במישור הפוליטי להעביר לידי ביה"ד הרבניים את הסמכות לדון בתביעות הנזיקין על סרבנות הגט.

**פרופ' עמיחי רדזינר** במאמרו "לא המדרש עיקר אלא המעשה" מוכיח כי בתי הדין הרבניים מבחינים בין רטוריקה למהות, כך שברוב המקרים הם מאמצים רטוריקה קשה ולוחמנית (כי הם צריכים להילחם מול ביהמ"ש האזרחי על המוסדיות שלהם והם לא רוצים שיוגשו תביעות כאלה שכן יש כאן התערבות ב"בסטטוס") בעוד שבפועל הם לא באמת עומדים מאחורי האיומים שלהם והם לא מקפיאים תיקי גירושין של נשים שהגישו תביעות נזיקין.

***תביעות חוזיות בגין סרבנות גט\בני שמואלי ומשה פוקס***- לא דיברנו בכיתה

ישנם גם **מסלולים חוזיים** אשר חלקם עדיפים וקלים יותר מאשר המסלולים הנזיקיים (להכיר באופן כללי למבחן ולא להתעמק):

1. הפרת סעיף בהסכם קדם נישואין המחייב תשלום של מעין מזונות מוגברים בפירוד- אם בני הזוג חתמו על הסכם כזה שאומר שאם אתם פרודים (ולא משנה מי אשם) יש חובת מזונות יומית וזה מחליף את הפיצוי הנזיקי שמאפשר עמדת מיקוח.
2. עצם סרבנות גט כחוסר תום לב- הנישואין הם מערכת חובות וזכויות שיש לה חובת תום לב מכוח ס' 39 לחוק החוזים, ואז לומר שסרבנות גט היא חוסר תום לב.
3. הפרת הבטחה בע"פ או הסכם מפורש להתגרש- מדובר במקרים די ספציפיים אך הם קיימים. בתביעה שהוגשה בקנדה על ידי האישה היא טענה שבעלה הבטיח לה להתגרש ולא קיים את ההבטחה וביהמ"ש אישר את זה.
4. כפייה לשלם עבור הגט במסגרת הסכם גירושין כבסיס לבטלות ההסכם- למשל, כאשר האישה חותמת הסכם גירושין עם בעלה ויש שם סעיף שמקפח את האישה שהיא צריכה לשלם סכום מסוים בעבור הגט, ואז כששואלים את האישה לפשר הסעיף היא אומרת שהיא לא רצתה והיא חתמה בכפייה, אז ניתן לומר שהיה כאן כפייה ועושק, אבל אז יש חשש מקריסת ההסכם כולו, שכן לא ניתן לבטל רק את הסעיף הספציפי.
5. חתירת הסרבן להגעה להסכם של מתן גט תמורת תשלום כחוסר תום לב במו"מ (עקב הסחיטה)- הסרבן בא ואומר (בשלב שאנחנו דווקא רוצים אותו) את רוצה שאני אתן לך גט? תביאי לי את הדירה ואת המכונית- זה חוסר תום לב במשא ומתן! וכשצד מנסה לסחוט ניתן לטעון לס' 12 לחוזק החוזים העוסק בדרישה לניהול מו"מ בתום לב.

**השוואה בין תביעות דרך דיני הנזיקין לבין תביעות דרך דיני החוזים:**

* בחלק מהמסלולים בתביעות חוזיות אין צורך להוכיח אשם- זה יתרון גדול לחוזים.
* ברוב המסלולים החוזיים ניתן לחמוק משאלת דרגת פסק הדין הרבני ולתבוע גם כשאין חיוב לגט- כל הבעיה שהייתה לנו לעיל בתביעות הנזיקיות והצורך ב"מגדלור" של בית הדין-> אינו רלוונטי בחוזים. פיצוי זה סעד לגיטימי בחוזים ואנחנו בכלל לא מתעסקים בשאלת הגט והאשם.
* חלק מהמסלולים החוזיים מאפשרים/מחייבים פעולה אקס אנטה- כמו הסכם קדם נישואין, ולכן לרוב תביעות חוזיות לא יהיו רלוונטיות ואנחנו נשארים רק עם התביעה הנזיקית.
* בחלק מהמסלולים החוזיים חישוב הפיצוי פשוט יותר מחישוב נזק לא ממוני בתביעת נזיקין, כגון בהסכמי קדם נישואין שבהם קיימים פיצויים מוסכמים מראש.
* במסלולים אחרים אין שוני עקרוני מחויב בצורת ניהול ההליך ובאורכו לעומת תביעת הנזיקין.
* לא ברור אם יש הבדל לעניין פסיקה על נזק עתידי (מול החשש מגט מעושה).

אז למה ללכת גם למסלול החוזי ולא רק להסתפק בנזיקי? כדי לחזק את התביעה, שכן כאשר שולחים כתב תביעה שיש בו גם תביעה חוזית וגם נזיקית זה מחזק את התביעה ושובר מוראלית את הצד הנתבע.

ביהמ"ש העליון מתחמק פעם אחד פעם מלפסוק אם העילה של 'סרבנות גט' קיימת או לא. בפועל מוגשות תביעות רבות כאלה. זה שביהמ"ש העליון מתחמק בנתיים מלהכריע זה מאפשר למציאות הזו להתקיים- מציאות הגשת התביעות הללו בנזיקין. כדי לקבל פיצוי צריך להראות שיש לנו עוולה – בדר"כ רשלנות. איך אפשר לבסס את התביעות האלה? צריך לבדוק אם יש בסיס תאורטי שהוא גם מעשי לתביעות האלה. תביעה של רשלנות נתונה לשיקולים של מדיניות משפטית לכן חייבים למצוא בסיס לקבלת התביעות האלה. כאן תביעת הנזיקין מנסה לגרום להפיכת הסטטוס, זו ממש התערבות בוטה בסמכות ביה"ד הרבני. זה שיקול מדיניות שצריך לחשוב עליו. איך מכניסים שיקולי מדיניות שכן יבססו את התביעות האלה? המהלך הוא כזה:

1. **האם הגט עביר\סחיר? כן.**
2. **בחינת 4 הכללים של קלברזי ומלמד ודרכם ביסוס תביעות בגין סרבנות גט.**

 ***כיצד מגן הדין על הזכות להתגרש? / דיון בכללי אחריות וקניין של קלברזי ומלמד***

במצב בו הזכות להתגרש היא עבירה וסחירה ואין הגיון להגן עליה באמצעות אי עבירות, יש לבחון כיצד ניתן להגן על הזכות הזו. קלברזי ומלמד הציגו מגוון דרכים כאשר הבולטות הן **כלל קנייני וכלל אחריות**.

**הדילמה בענייננו נוגעת לסיווג הזכות-** האם מדובר בזכות דתית-קניינית של **הבעל** להיות נשוי ולסרב (האם יש לבעל זכות להמשיך להיות נשוי) או לחלופין האם הזכות היא של **האישה** להתגרש מקום בו הבעל מסרב? אם כן, השאלה היא: **על איזו זכות מגן המשפט בסוגייתנו – האם מדובר בזכות דתית-קניינית של הבעל להישאר להיות נשוי ולכן הוא יכול לסרב לתת גט?**

בדין הדתי: גם אם חכמי ההלכה ודייני בית-הדין הרבני אינם מרוצים מהתנהגותו של הבעל, ניתן לכאורה לומר שכל עוד אינו נותן את הגט מרצונו- אי אפשר להכריח אותו. **המפתח לסיום הנישואין בידיו בלבד**! שכן בית-הדין אינו יכול להכריז על הזוג כגרוש (שכן צריך את רצון הבעל בשביל לגרש), בשונה מבית-משפט אזרחי בחוץ-לארץ שיכול לסיים כך נישואין אזרחיים. לכל היותר בית הדין יכול לתת פסק-דין המחייב את הבעל לגרש את אשתו, ואף לכפות אותו באמצעים שהחוק מעמיד לבית-הדין, אך עדיין הזכות היא של הבעל לסרב, ומבחינה הלכתית הזוג עדיין נשוי. אם כן, לכל היותר, **לבעל יש זכות לסרב וזהו למעשה יישום זכותו של הבעל להמשיך להיות נשוי**.

השאלה היא האם באמת קיימת זכות כזו לבעל להמשיך ולהישאר נשוי, בהתחשב בכך שבי"ד הרבני יכול לחייב ואף לכפות בעל לתת גט לאשתו? האם התוצאה צריכה להיות שונה אם ביה"ד פסק פסיקות רכות יותר כמו 'מצווה' או 'המלצה'? ואולי בכלל מדובר בזכות הקניינית של האישה להתגרש כיוון שהנישואין תמו דה-פקטו? **יכול להיות שמאותו הרגע תמה זכותו של הבעל להיות נשוי ומרגע זה לאשה קמה זכות קניינית לקבל גט?** האם גם כאן צריך להפריד בין פסקי דין ברמה של כפייה ומעלה לפס"דים רכים יותר? מה בדבר הדין האזרחי? האם בעיניים אזרחיות הזכות הקניינית להישאר נשוי היא של הבעל? והאם התוצאה צריכה להשתנות מקום בו פסיקות בי"ד לא עולות כדי חיוב (דוגמת מצווה/המלצה) אשר אין בהן חיוב משפטי. במקביל, מדוע לצאת מנקודת הנחה שהזכות היא של הבעל? אולי הזכות היא של האישה להתגרש. האם כאשר הנישואין נגמרו הזכות עוברת לאישה? האם פסיקת ביהמ"ש יש בה כדי להשפיע על העברת הזכות (חובה לגרש מעבירה את הזכות בעוד המלצה לא?). יתרה מכך, כיצד נכנס לעניין מישור הפיצויים? ובמילים אחרות, הייתכן יישום של כלל אחריות מבלי שלבעל הזכות עומדת גם זכות קניינית? אם כן, ייתכן שלאישה אין זכות להתגרש אך עדיין תעמוד לה זכות פיצוי?

התשובה לדילמה זו אכן נעוצה בדרגת פסקי-הדין הרבניים, ואציג אותה בחלוקה לשני סוגי מקרים, ולצורך הצגת כל-אחד מהם איעזר בשתי פלטפורמות קיימות ומוכרות בספרות. **נבחין בין שני מצבים :**

1. **כאשר יש פס"ד לחיוב/כפיה**- **לבעל אין זכות קניינית לסרב אלא חובה לגרש, ולאישה זכות קניינית להתגרש אולם מאחר והוא לא מעניק לה את הזכות הזו, הפרתה מזכה את האישה בפיצוי**. בחלק ממקרי הסרבנות מתאימה הבחנתה של סוזן רוז-אקרמן בין חובה לזכות. ברגע שיש פס"ד ברמה של חיוב ומעלה זו כבר חובה ולכן אין יותר זכות קניינית לבעל להיות נשוי אלא חובה לגרש. מדינות אחדות קונסות מי שלא ממלא את חובתו. **למה זו חובה? כיוון שביה"ד אמר את דברו בצורה נחרצת.** ברגע שבי"ד הקצה את הזכויות מחדש לבעל 2 חובות (מתן גט ומתן פיצוי) ולאישה 2 זכויות (זכות לגט וזכות לפיצוי). האישה למעשה מעוניינת בסעד הראשון ולכן היא ממירה את הפיצוי בגט. ההבחנה בין זכות לחובה מסייעת להבין שבפס"ד ברגע של כפייה או חיוב, הוא כבר אינו בעל הזכות הקניינית אלא הוא הופך להיות בעל חובה להתגרש!  **הבעיה- עקב מחסומים הלכתיים (גט מעושה) לא ניתן להוציא את הזכות הקניינית של האישה להתגרש מהכוח אל הפועל** עקב סרבנות הבעל ואמצעי הכפייה המועטים שבידי בית-הדין הרבני, הבעל "נקנס" או "ממוסה" עקב הפרתו את החובה, בדמות פיצויים אם ייתבע אזרחית. **לכאורה, מגיעה לאישה כלל 1 של קלברזי ומלמד אך בפועל האישה מקבלת פיצוי מכוח כלל 2 וחוזרת דרך עסקה לכלל 1.** האישה עושה PJB דרך הפיצוי להגעה לכלל 1- שינוי הסטטוס.
2. **פס"ד הרבני הוא של מצווה או המלצה (או שאין פס"ד רבני בכלל)-** **לבעל יש זכות קניינית לסרב אולם זכות זו כפופה לפיצויים משום שזכות זו שלו פוגעת באחר**. מדובר, אם כן, בכלל אחריות לטובת הניזוק- **כלל 2 של קלברזי ומלמד**. גם כאן האישה מעוניינת בגט ולכן היא תובעת פיצויים במטרה לסחור בו. נראה כי כאשר יש חיוב לגט, הזכות מועברת לאישה ומזכה אותה בפיצוי. ז"א, זכותו של הבעל היא על העליונה- הזכות הקניינית- אבל הוא חייב בפיצוי כיוון שהוא פוגע באישה. זה יכול להיות מעט בייתי כיוון שלכאורה בשלב הזה אין לאישה זכות קניינית לקבלת הגט והיא בכל זאת מקבלת את הגט בPJB. מבחינת דיני הנישואין והגירושין בישראל בעל שלא חויב לתת גט לא מקימה חובה לאישה לקבל את הגט. כאן החידוש יותר גדול בראייה אזרחית- כאן 'המגדלור' של ביה"ד הרבני יותר חלש ועדיין אנחנו מעניקים לאישה זכות לפיצוי. גם פה האישה תעשה PJB כדי לקבל את שינוי הסטטוס לכן המצב הזה חמור יותר מבחינת ביה"ד הרבני. במצב זה ה'גט המעושה' חמור יותר מבחינת ביה"ד הרבני.

 ***החלת 4 הכללים על מקרה של סרבנות גט- איך מגן הדין על הזכות להתגרש? דרך כלל קנייני או דרך כלל אחריות:***כעת ניקח את כל מה שלמדנו וננסה לשייך את זה ל-2 המצבים שראינו, כאשר יש חיוב לתת גט וכאשר אין חיוב לתת גט- ולראות האם יש תביעת נזיקין והאם אין תביעת נזיקין. תביעת נזיקין היא כלל אחריות, שכן אנו מקבלים בסופו של דבר פיצוי בגין סרבנות הגט.

* **אם הבעל כבר חויב לתת גט על ידי ביה"ד הרבני והוא לא נותן את הגט -** הכלל הוא כלל קנייני, כי אם יש לו חובה ע"י ביה"ד לתת את הגט- בעצם ביה"ד אומר לבעל שהזכות שלו כבר לא שלו והוא לא יכול להיות יותר נשוי ויש לו חובה לגרש, והזכות כעת עברה לאישה ויש לה זכות להתגרש, ומנגד לבעל יש לו חובה לגרש, והוא מפר אותה. זה אומר שכרגע לאישה מגיע כלל קנייני, **כלל 1**- כלל קנייני לטובת הניזוק.

אבל, ישנה בעיה. מדוע? כי עקב מחסומים הלכתיים לא ניתן להוציא את הזכות הקניינית של האישה להתגרש מהבעל (הגט) כי הגט יהיה מעושה (על אף שמבחינה קניינית הזכות עברה לאישה). לכן, לפנינו מקרה שבו יש כלל קנייני אבל אי אפשר / אין רצון חברתי-דתי להוציא אותו לפועל. לכאורה אי אפשר לקבל את הסעד הראשי וגם לא את הסעד המשני כי זה לא רלוונטי. אז מה אני עושה במקרה כזה?

* **כלל 1.5:** האפשרות הראשונה היא שיש לאישה היא לבוא ולהגיד שנשתמש ב**כלל 2** דרך תביעה נזיקית לפיצוי, כלומר, הבעל "נקנס" או "ממוסה" עקב הפרתו את החובה. אבל הבעיה היא שכלל 2 הוא כלל אחריות (פיצוי) ואילו במקרה שלנו יש לנו כלל קנייני (צו לתת גט)! אז המרצה אומר שמכיוון שלא ניתן לממש את הכלל הקנייני, ניתן לאישה לפחות "סעד של נחמה", את כלל האחריות (פיצוי), שכן היא לא יכולה כעת לממש את הכלל הקנייני (צו לתת גט). לעיתים הפעלת כלל 2 במקום כלל 1 תהיה סוף הסיפור ולעיתים הפיצויים הללו יסייעו לניזוק לקנות את הזכות הקניינית שונו ולקבל בסוף את הגט. מובן שאם המניעה הייתה **טכנית** הוא לא יוכל לעשות את המהלך ולקבלת הפיצויים תסיים את המהלך, והוא יוותר על סעד פחות טוב מזה שציפה לו, אך "זה מה שיש".

**דוג' לסיבות טכניות-**

1. גירוש אישה בעל כורחה במגזר המוסלמי. האישה אינה יכולה לחזור להיות נשואה ולקבל את הכלל הקנייני אז היא מבקשת סעד של נחמה בדמות כלל 2, פיצויים, על נזקה הנפשי שבגירושין המבישים החד צדדיים.
2. מקרה הכליה שנקצרה- נקצרה מאדם כליה נגד רצונו. עושיי המעשה נתפסו. הוא לא יוכל להשיב לעצמו את הכליה, טכנית, משום שנעלמה או הושתלה באחר ובכל מקרה כבר לא ניתן להשתיל לו את הכליה בחזרה. למרות שאיברים הם אי עבירים, **יהיה להם מחיר דה פקטו**, בדיעבד, במקרה שצו עשה קנייני להשבה אינו רלוונטי. אם כן, הבקשה היא לסעד של פיצויים (מקרה יותר קלאסי לבעיה מסיבות טכניות).
3. דיני הנזיקין הקלסיים בנזקי גוף- כשלא באמת ניתן להשיב את המצב לקדמותו התשובה לכך היא פיצוי כספי.
4. מקרה הביציות – פרשת נחמני: פרשה שבה היו בני זוג, לאישה הייתה בעיה להרות. היא עברה הרבה הפריות ואז הם התחילו הליכי גירושין. הבעל החליט שהוא לא רוצה פתאום להביא איתה ילד. היא רצתה על סמך ההסכמה בניהם. הוא ידע שהוא יצטרך לשלם מזונות (כי זו זכות של הילד והאישה לא יכולה לוותר בשמו) ולכן סירב להביא איתה ילד. האישה במקרה של נחמני רוצה סעד קנייני- את הילד. במקרה אחר- האישה לא יכלה מבחינה טכני להשתמש בביציות אבל היא דורשת מבעלה לשעבר, שהתחיל את ההליך איתה ורש לקראת הסוף, שלפחות ישלם לה על סיבובי ההפריות שהמדינה לא מימנה. היא רוצה סעד משני של פיצויים. האישה טוענת שכביכול מגיע לה סעד קנייני מכוח ההסכם בניהם, **אך מכיוון שהתברר במהלך הדרך שטכנית הדבר לא יסתייע (מסיבות של פריון וגיל) לכן היא תובעת כלל אחריות במקום כלל קנייני.** השאלה כאן גם חוזית- האם יש חוזה בניהם או לא (בפרשת נחמני ביהמ"ש אמר שיש חוזה 'רופף'). פה האישה פונה לנחמה של פיצוי במקום הילד.
5. אי גילוי עבר – בהנחה שהנישואין הם חוזה וחלה עילת הטעייה באי גילוי על עבר מיני, פלילי, כלכלי, משפחתי וכו', ישנה עילה לביטול חוזה. הטעייה היא כביכול רק עילה לביטול חוזה, אבל הצד הנפגע רוצה פיצויים. (השאלה רלוונטית גם למקרים אחרים בחוזים שבהם יש פגם בכריתה). אפשר, כמו בנזיקין, לבקש סעד או סעד חלופי (למשל צו או לחילופין פיצוי) החלופי- ס' 12 לחוק החוזים, חוסר תו"ל במו"מ.

**דוג' לסיבות פוליטיות = מדיניות משפטית:**

1. מקרה הביציות, פרשת נחמני- הזדמנות אחרונה לבצע הפרייה **ואין רצון חברתי לתת צו.** במקרה כזה נשאר רק סעד של פיצויים. הסיבה היא של מדיניות משפטית.
2. סרבנות גט*-* יש בעיה של מדיניות משפטית: כיבוד הדדי בין ערכאות שונות שבכל אחת מהן נדון סעד אחר. לכאורה יש בעיה שביהמ"ש האזרחי יוציא צו מכוח כלל 1 וייפגע בסמכות של ביה"ד הרבני. ביה"ד הרבני לא מעוניין בסיוע הזה בין היתר מחשש לגט מעושה. נכנס כאן עניין פוליטי של כיבוד הדדי בין ערכאות. הוא לא מוציא צו אבל פוסק פיצויים – פנייה לכלל 2. בניגוד לגירוש אישה בעל כורחה, כלל 2 בסרבנות גט מנסה להשיג לאישה את כלל 1 שהוא הסעד הקנייני – גט. במקרה סרבנות הגט ניתן להגיד שלאישה מגיע 2 סעדים – גט ופיצוי. היא מוותרת על הפיצוי ומקבלת רק את הסעד הקנייני. מצב שני ניתן לומר שאין כאן כלל 1.5 אלא גם כלל 1 וגם כלל 2, לפי הניתוח שעשינו- למסורבת הגט מגיע שניהם! גם הגט וגם הפיצויים על ההתעללות הנפשית. בפועל משתמשים בכלל 2 כי משיקולי מדיניות לא ניתן להשיג את כלל 1. **בגט אולי זה לא בדיוק כלל 1.5 כי מגיע לה שני הכללים.** אם ההגדרה של 1.5= מגיע כלל 1 אבל לא ניתן לקבל אותו לכן תקבל כלל 2. האישה לא מקבלת 2 במקום 1 היא אמורה לקבל 1+2 ומקבלת רק 2. אין כאן כלל 1.5, לפחות לא כמו במקרים הקודמים המתוארים כאן.מה נפקא מינא? עצם המיון הוא חשוב אבל גם מבחינה נורמטיבית.
3. דיון האם בבג"ץ אפשריים גם פיצויים ולא רק צו, שכן אי הגיון שיחול הסעד "הכבד" יותר, הקנייני, מבלי אפשרות לתת את הסעד הקל יותר, של פיצויים. זו החלטה נורמטיבית שאפשר לשנותה. כהשוואה אפשר לראות את האפשרות לקבל פיצוי בהליך הפלילי- הקורבן מקבל קניין מוקנה או כעניין של שק"ד של ביהמ"ש, פיצוי מאת הנאשם בהליך הפלילי, מבלי צורך לנהל תביעות נזיקין נפרדת. (הוא יוכל לעשות כן, ואף בהקלות ראייתיות משמעותיות). ההליך לקבלת הפיצוי הוא הליך מקוצר ללא הוכחה מיוחדת (ברור שההוכחה בפלילים, מעל ספק זביר, מאוד מסייעת כאן שכן הרף בנזיקין נמוך בהרבה- מאזן הסתברויות). אין מניעה לקחת את העיקרון הזה גם לפיצויי בבג"צ- למשל, **בג"ץ עמנואל** המפורסם לעניין הפליה על רקע עדתי בביה"ס חרדי. המוגדים בקשו צו עשה להפסקה\מניעת ההפליה (היה קיר באמצע הביה"ס). הצו ניתן אך הוא לא כובד. בג"ץ החליט לאסור את ההורים המפירים (אפשר היה גם לקנוס אותם). למה לא היה רלוונטי למשל להורות על פיצוי? למה היה צורך ללכת ישר על מאסר? ביהמ"ש ניסה להרתיע את המפירים כדי שיכבדו את הצו. אבל יש הרתעה גם בדיני נזיקין! הפיצוי הוא כן גם אמצעי הרתעה. הרעיון שבג"צ עצמו ייתן פיצוי ולא ינהל בנפרד תביעת נזיקין. בלי שיצטרכו לנהל תביעת נזיקין שהדבר ייקח שנים, שאת אותן מטרות אפשר להשיג בבג"צ עצמו, אפילו עם תקרת פיצוי כמו בפיצוי במסגרת ההליך הפלילי. – זה מה שעושים בפלילי למה שלא יעשו את זה גם במנהלי? גם כאן זה לצורך **מטרה הרתעתית.** \*בעבודה- להשתמש בפס"ד בית סוריק.

לכאורה אין מסגרת נורמטיבית לקבלת פיצויים במקרים האלו. לניזוק מגיע כלל 1- סעד קנייני. מאיפה בעצם קמה לו הזכות לכלל 2? ההסבר הוא שהשופטים מתכוונים שצדדים יש זכות וחובה. אם ניתן למשל את הסדרי הראייה- לבן הזוג יש חובה כלפי בן הזוג השני ולבן הזוג השני יש זכות. לכאורה, כל פעם שקיימת זכות או שהופרה חובה **יש זכאות גם לפיצוי!** זה ההסבר הנורמטיבי לתופעה פוזיטיבית. לכאורה יכול להיות שבין כל המקרים הפוזיטיבים יש את כלל 1.5 שהוא המעבר מכלל 1 לכלל 2.

***כלל 1.5 – מצב פוזיטיבי מול נורמטיבי***

**מצב פוזיטיבי= מה שקיים בפועל. מצב נורמטיבי= מה שראוי משפטית שיהיה.**

לפעמים המצב הפוזיטיבי והנורמטיבי מתלכדים ולפעמים יש בניהם פעם- מה שראוי שיהיה לא קיים במציאות.

הפנייה לסעד הפיצויים כשסעד קנייני מגיע נראית טבעית למדי. **האם זהו המצב מבחינה פוזיטיבית ונורמטיבית?** לא בטוח.
יש כאן הבדל בין **הספרות הקלאסית** המדברת על 4 הכללים מאז קלברזי ומלמד, לבין **ספרות דוקטרינרית על הסעדים**- המצביעה על כך שבמקרים רבים ישנו עירוב בפועל בין הכללים ולא הפרדה מוחלטת כפי שהוצגה במסגרת ארבעת הכללים (או סעד קנייני או פיצוי). במקרים רבים ניזוקים וצדדים לחוזה עותרים לקבלת צו ובתור סעד משני לפיצויים. מדובר בשני מסלולים שונים האפשריים במקביל, לעיתים באותו כתב תביעה. כך למשל, אפשר לבקש צו להפסקת המטרד, שהוא כמובן צו לעתיד, יחד עם פיצוי על נזקי המטרד בעבר אך גם פיצוי בעתיד על כל יום שלא הוסר המטרד.

במקרים אחרים אין אפשרות טכנית להשיג כלל קנייני ואז פונים לפיצויים. הפיצוי מחליף בעצם את הסעד הקנייני**.
האם בראייה של 4 הכללים יש כאן הסבר נורמטיבי למצב פוזיטיבי?**

* **מטרה אחת של הדיון תהיה ליצור מטרה נורמטיבית לפנייה שכבר קיימת במשפט הפוזיטיבי לכלל 2**
* **\*\* להשלים מהמצגת**
* **יש כלל 1.5 הפוך-** אנו מכירים, במיוחד בארה"ב, נטייה שלא לתת סעד קנייני אלא דווקא פיצוי. למשל בדיני חוזים, ורק אם מוכחת פגיעה קניינית קשה שפיצויים לא מספיקים לכסות אותה תהיה פניה לסעד קנייני. **בארה"ב יש לנו את כלל 2, שהוא ברירת המחדל לכלל 1.** הטענה היא כאן שראויה ולו במקרים מסוימים גם הזליגה ההפוכה לזו המוכרת – מעבר מכלל 1 לכלל 2 כאשר לא ניתן, טכנית או מעניין שבמדיניות, לקבל את הסעד הקנייני.
* רוצים לנסות ולטעון נורמטיבית שישנם מקרים שבהם אין כיום פוזיטיבית, בהכרח פנייה לכלל 2 כאשר אין אפשרות להשיג סעד קנייני לפי כלל 1, ויש לעשות כן. רווח המהלך יהיה כפול כמו הסעד של הפיצויים בבג"צ.
* **הבעיה- החשש לגט מעושה מתגבר שנותנים פיצוי לעתיד (על כל יום של סירוב גט).**
* **יכול להיות שיש מקרים שהיינו רוצים להחריג אותם- אם לא מגיע קנייני אז גם לא מגיע פיצוי. כלומר, לא יכול כלל 1.5-** דוגמת המשכיר דירה והשוכר.סייגים לאכיפה- בחוזים, מקרים שהתובע לא בא בידיים נקיות- למשל עדות שקר.
* יש לבחון מקרים שבהם תובע ניסה את שני המסלולים- הקנייני והפיצויים. הסעד הקנייני לא בהישג יד, הוא ניסה בתביעת לפיצוים והיא לא צלחה. האם יהיו מקרים שלמרות שהמסלול הנזיקי כבר נוסה ונכשל נרצה בכל זאת לתת פיצוי כסעד של נחמה במקום הסעד הקנייני המגיע לפונה אך לא בהישג ידו, למרות שתביעת נזיקין לא צלחה?

**צעד נוסף קדימה- כלל 1.5 לרעת התובע ולא לטובתו**

הוראה על מתן פיצויים במקום צו קנייני אף שהתובע מעוניין בסעד קנייני דווקא ולא בפיצויים. זאת מתוך התחשבות גם באינטרסים של הנתבע וגם באינטרס הציבורי. **מקרה דוג': שניים רשומים חצי חצי בטאבו.**

1. תביעה 1: אחד השותפים תובע את חצי הדירה של הנתבע, למרות הרישום בטאבו; זה יכול לקרות למשל במקרים שהתובעים הם ההורים של אחד מבני הזוג, הם העניקו מתנה לנתבע ועכשיו הם רוצים את הדירה חזרה.
2. תביעה 2: הנתבע בתביעה 1, מעוניין לפרק את השיתוף ולקבל את החצי דירה ששייכת לו. לכן הוא מגיש תביעה לפירוש שיתוף לפי דיני המקרקעין.

ביהמ"ש- תביעה 1 מונעת פירוק שיתוף. אם מדובר בדירת בני זוג- תביעה 1 מונעת חיים חדשים וקניית דירה אחרת מטעם הנתבע, וגם מונעת גירושין אם כל בן זוג מתבצר בדירה (מסיבות הלכתיות של ביה"ד הרבני). **הדילמה:** האם בנסיבות כאלה יהיה נכון, מכוח כלל 1.5, ממבטח אחר מזה שהוצג עד כה- לאפשר לשופט שק"ד לאפשר את פירוק השיתוף ולקבל את תביעה 2 למרות קיומה של תביעה 1, כדי שהנתבע יוכל להמשיך בחייו העסקיים או האישיים?

ביהמ"ש יוכל להורות על המרת התביעה הקניינית בתביעה כספית, ולומר שאם תביעה 1 תתקבל, הנתבע יצטרך לשלם לתובע בתביעה 1 (כלל אחריות) במקום לתת לו את חלקו בדירה (כלל קנייני)- **המרנו את כלל 1 בכלל 2.** כלומר סעד כספי מכוח כלל אחריות במקום סעד קנייני, מטעמי מדיניות לאפשר להמשיך בחיים העסקיים וקל וחומר האישיים. הלכנו כביכול עם כלל 1.5 לרעת התובע בתביעה 2.

משמעות הדברים- כלל 2 לרעת התובע: אם מחייבים זאת, או לפחות מאפשרים שק"ד שכה, למעשה מאפשרים החלת כלל 2 בפועל במקום כלל 1 לפי קלברזי ומלמד. אבל זה לא בגלל התובע**- אלא עקב אינטרס ציבורי המגולם באינטרסים של הנתבע.**

**אם לא תהיה אפשרות כזו בחוק- פוזיטיבית- אם השופט יעשה זאת בפועל ישר יערערו מן הטעם שהסעד לא נתבקש ויטענו כלפיו שאו שיש לקבל את התביעה במלואה ולתת סעד קנייני או לדחות אותה במלואה. הטענה-** זה הוא פתרון ביניים ראוי עקב התחשבות אינטרס הנתבע והאינטרס הציבורי.

* **אם הבעל טרם חויב לתת גט-** כאשר ניתן נגד הבעל פסק-דין רבני "רך" יותר ברמה של "מצווה" או "המלצה" להתגרש, ניתן להשתמש באחד מארבעת הכללים של קלברזי ומלמד. כאן המקרה קשה יותר בראייה אזרחית, ולכן החידוש עשוי להיות גדול יותר מאשר במקרים שבהם הבעל כבר חויב לתת גט. ניתן לומר שיש לבעל זכות קניינית להישאר נשוי, והיא עדיין שלו, אם הוא טרם חויב לתת גט (שכן יש הבדל בין "מצווה/המלצה" ל"חיוב" לתת גט). כאן אנחנו נמצאים בבירור ב**כלל 2**- שכן ביה"ד אומרים שהיינו צריכים לחייב אותך לתת גט אך אנחנו בוחרים שלא לחייב אותך לתת גט כי אנו רואים "יעילות" בהחזקה בזכות שלך, אז זה אומר שהמזיק עדיין ממשיך להזיק אבל אומרים לו שהוא לא מחויב להפסיק להזיק (כלומר הזכות עוד של הבעל)-> זה כלל 2. הבעל מחזיק בזכות הקניינית שלו והוא גורם נזק לאישה- אז שישלם. אך לכאורה עולה השאלה- כיצד ניתן לראות בסירוב גט כדבר "יעיל"? ניתן לומר כי סירובו של הבעל נובע מהסיבה שהוא רוצה להישאר נשוי והוא לא רוצה לפרק את המשפחה. אם יחייבו אותו- זה סיפור אחר, אבל כל עוד שלא חייבו אותו- הוא מחזיק אותו ולכן הזכות הקניינית היא שלו. נקודת המבט כאן היא כלכלית, אנחנו כחברה לא מתערבים בזה כל עוד ביה"ד הרבני בעצמו לא הביא את פסק הדין לדרגה של חיוב שכן הוא רואה בזכות הקניינית כזכותו של הבעל. אז מה שנותר לאישה הוא כלל אחריות- כלל 2. הפעלת כלל 2 במקרה הזה אומרת שמבחינה פוליטית- אנחנו כביהמ"ש האזרחי לא נתערב בהחלטה של ביה"ד הרבני להשאיר את הזכות הקניינית בידי הבעל גם אם זה לא מוצא חן בעינינו; אך יש להחזקה באותה זכות קניינית מחיר בדמות כלל אחריות לטובת הניזוק, שפירושו פיצויים עקב קיומו של נזק שארע מההחזקה בזכות גם כאן למעשה האישה מעוניינת בסעד של הגט, ולא בפיצויים, שזהו סעד משני שנועד במקורו לפיצוי על הנזק הנפשי מאין היכולת לקבל את הזכות הקניינית. **אם אכן האישה משתמשת בכלל האחריות כדי לקנות את הזכות הקניינית – הגט, והעסקה יעילה ומקובלת על שני הצדדים, הרי שהפתרון מוצלח וגט יינתן בכפוף להסכמה הלכתית, וזו במקרים רבים מתקבלת דה-פקטו, כאמור לעיל**. כלל 2 הוא אפוא כלל מאוזן במקרה שהמדינה אינה מעניקה ישירות את הסעד הקנייני לנפגע, אלא מאפשרת לו לפנות בתביעה להשגת פיצויים כתוצאה מהחלת כלל אחריות. המדינה עושה כן מחוסר רצון להתערב בנעשה בדין האישי-הלכתי שלפי פשרה פוליטית נמצא בסמכותם הבלעדית של בתי הדין הדתיים. פיצויים בנזיקין או חוזים כבר אינם בסמכותם של ביה"ד הרבניים ולכן באיזון זה הפרט עצמו מנהל תביעה ועושה בפיצוי ככל העולה על רוחו. **זו נראית פשרה מאוזנת בין התערבות גסה וישירה למתן הגט והשפעה ישירה על סטטוס משפחתי במישור המשפט הציבורי** (במקום להשתמש בכללים של משפט פלילי או חוקתי). כלל 2 של קלברזי ומלמד כבסיס לתביעות האזרחיות בגין סרבנות הגט יכול להוות חידוש גדול, שכן הוא מבסס גישה שניתן לפסוק פיצויים בגין פרקטיקה שעדיין נחשבת ללגיטימית לפי הדין הדתי הנוהג בעניין נישואין וגירושין, אף אם כבר לא רצויה.
	+ - * האם אפשר לראות כאן בכלל **כלל 4?** לכאורה יש כאן שימוש בכלל 4 – כלל אחריות לטובת המזיק- כן בפועל הניזוקה קונה מהמזיק את הזכות שכבר קיימת לה אבל אי אפשר להוציאה לפועל. אבל זה לא שימוש בכלל 4! שכן זו זכות שקיימת לה ולא לבעל! היא רק לא יכולה להוציא אותה לפועל. התשלום שהיא משלמת למזיק, למעשה המרת הפיצוי בסעד קנייני, פירושו עסקה להשגת כלל 1. למעשה יש כאן שימוש בכלל אחריות מחוסר ברירה במקום שימוש בכלל קנייני, כדי להגיע בכל זאת לכלל הקנייני ולקנות זכות שכבר מגיעה ממילא.
* ישנה אפשרות להסתכל על הדברים בראייה מתקדמת. למעשה האישה מעוניינת בסעד הראשי – הגט, דהיינו בזכות הקניינית שלה, ולא בהכרח בפיצויים, שזהו סעד משני שנועד במקורו לפיצוי על הנזק הנפשי מאי היכולת לקבל את הזכות הקניינית. ולכן, כאשר ביהמ"ש פוסק לאישה פיצוי זה לא נשאר ככה, האישה קונה את הקניין שלה בעזרת הפיצויים- אז בעצם האישה עושה את **כלל 4**- שכדי להפסיק להינזק הניזוק משלם כדי להפסיק את הנזק. כיצד האישה משלמת? בזה היא לא גובה את הפיצויים שמגיעים לה ומוותרת עליהם. אם כן, במצב בו ביה"ד מחייב לתת גט ואי אפשר בפועל להשתמש בכלל 1, אז הלכנו לכלל 2 מחוסר ברירה ובשלב השני (בראייה מתקדמת) אנחנו מפעילים את כלל 4, ואז **השימוש בכלל 2+4 בסופו של דבר מביא אותנו לכלל 1 והאישה בסוף תקבל את הגט אם יתקיים ה-PJB.**