**מבוא**

בעבר ביהמ"ש מחוזי דאג לענייני המשפחה. כיום ביהמ"ש שלום לענייני משפחה מטפל בעניינים אלו, החל משנת 1995, כי עלה הצורך לגוף שיטפל באופן הרבה יותר מקצועי ונגיש בדיני המשפחה. מרבית המקרים מתחילים בנגמרים בביהמ"ש שלום לענייני משפחה, ולא מגיעים לערכאות בערעורים לכן ההכרעות בבתי משפט אלו כבדות משקל.

גלגולי הערעור: הכלל הוא שתביעה מוגשת לביהמ"ש משפחה, ויש פס"ד סופי, אפשר לערער עליו בזכות למחוזי (ערעור בזכות= מי שרוצה יכול להגיש ערעור בזכות, הוא לא צריך אישור להגיש ערעור, לא חייב לקבל את הערעור אבל בית הדין חייב לדון). בהנחה ואחד הצדדים לא מרוצה ורוצה להגיש ערעור לעליון- ערעור ברשות. **בפעם השלישית אין חובה לשמוע את הערעור!** לעיתים, בתי המשפט לא נותנים הכרעות סופיות אלא הכרעות ביניים.

דוגמאות:

1. דוגמת בקשת רשות לעליון:

**פס"ד פלוני**-זוג מהמגזר של הכיפות הסרוגות התחתן. לאחר מכן הסתבר לאישה שלבעלה יש קשרים עם גברים במהלך הנישואים. האישה מגישה תביעת נזיקין לביהמ"ש משפחה כי בעלה בי-סקסואלי. את טענה זו הבעל לא מכחיש ולא מאשר. התביעה של האישה היא שהקשרים עם הגברים החלו עוד לפני הנישואין, והיה אי גילוי פסיבי. כאמור, הוא גם על כך לא מאשר ולא מכחיש. בעיקרון- תובעת אותו על תרמית.

הוא יכול לטעון כי התביעה צריכה ליפול, כי התביעה אודות החוסר גילוי לא רלוונטי , לא היו לו קשרים עם גברים מראש.

כאמור יש צורך להוכיח נזק- במקרה הזה נזק לא ממוני (צער) ונזק ממוני (הוצאות שהחותנת הוציאה על החתונה כי חשבה שהבעל לא הומו). כעת, יש צורך להוכיח קש"ס: לו האישה הייתה יודעת שיש לו קשר גם עם גברים לא הייתה מתחתנת עימו. (במשפט הפרטי יש צורך להוכיח מעל 50%). סגן ביהמ"ש למשפחה נותן החלטה: קיבל את בקשתו של הבעל לסלק על הסף את התביעה- אין עילה משפטית אפילו כשכל העובדות מוסכמות.

אחד הצדדים מערער על החלטה זו, המחוזי הופך את ההחלטה. כיום, העניין נמצא בביהמ"ש עליון.

1. ביהמ"ש לענייני משפחה בחיפה:

זוג נוצרי מרוני (ערבים נוצרים) קתולי. נישואים קתולים כידוע הם לנצח לא ניתן להתירם. בדת הקתולית יש אפשרויות להתרת הנישואים : המרת דת/ ביטול למפרע. לפי ביהמ"ש- האישה בוגדת בגבר עם השותף וחבר שלו, והיא הגישה תביעת שווא שהוא הכריח אותה לשכב עימם תמורת כסף. כאמור תביעת שווא לכן נקנסה בתשלום פיצוים. הבעל מגיש לבית הדין הכנסייתי (=רבני), בקשה להיפרד מאשתו כי היא בגדה בו. למה? כדי לא לשלם מזונות לעד, אלא רק לתקופה מסוימת. הבעל תובע את אשתו בנזיקין למה? הנישואים שבורים והוא רוצה להתגרש, הוא לא חייב לה מזונות, יש לו חברה אני רוצה להתחתן עימה, והוא לא רוצה לחיות בחטא. במקרה זה הוא רוצה להמיר את דתו והיא לא רוצה, הוא טוען כי הוא פנה לחכמים והם הסכימו אבל אין לכך הוכחה בנוסף, טוען כי האישה הסכימה להמיר דתה אבל בזמן האמת האישה חזרה בה. האישה טוענת שהדרישה של בעלה **מנוגדת לחופש הדת**- אי אפשר לכפות על אדם להמיר את דתו, ומעבר לכך- לא הוכח כי אני התחייבתי להמיר את דתי. ביהמ"ש אומר- ברגע שיש אפשרות להפריד כוחות והאישה עושה זאת היא סוג של מיתמרת בו, מעין השואה לסרבנית גט במגזר הרבני. ההכרעה: 50 אלף ₪ פיצוי, ועוד 25 אלף ₪ לכל שנה שהיא מסרבת לתת גט- בנוסף לפיצוי יש תמריץ לאישה שתמיר את הדת!

**בין השורות ניתן לומר כי השופטת לא "קונה" את הנימוק של חופש דת מצד האישה כי ניכר שהיא רוצה לנקום בו, והטיעון על חופש דת לא מתאים בעניין.**

**פס"ד בערעור-** אין הסכמה של האישה, אין המרת דת. פס"ד של השלום מ ת ב ט ל.

לא הייתה בקשת רשות לעליון. ולמה? ניכר בפס"ד שבהעדר ההסכמה על המרת דת אין עילה רלוונטית.

1. ***מפגשים ועימותים בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה הדתיים והאזרחיים: המעגלים השונים של תביעות הנזיקין במשפחה/ בנימין שמואלי***

תביעות נזיקין המוגשות כיום לבית-המשפט לענייני משפחה, אשר עילתן מקורה בסכסוך משפחתי, הולכות ומתגברות, בכמות ובנושאי התביעות, בעשרים השנה האחרונות. התביעות המסקרנות ביותר הן אלה שבהן מתרחש מפגש בין דיני המשפחה לדיני הנזיקין, ומפגש זה יוצר לעתים ניצוצות של ממש. הדברים מקבלים משנה תוקף בייחוד במשפט הישראלי, שבו בכל הקשור לענייני נישואין וגירושין, הערכאה המוסמכת היא בי"ד הדתי בעוד תביעות הנזיקין מתבררות בביהמ"ש לענייני משפחה בהתאם לדין האזרחי.

אין מדובר רק באינטראקציה כזו או אחרת בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה הדתיים-העבריים, הבאה לידי ביטוי בעיקר בתביעות בגין סרבנות גט, שאולי נמצאות בחזית בהקשר זה. קיימות גם אינטראקציות מעניינות בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה השרעיים, בסוגיות של גירוש אישה בעל כורחה וביגמיה ופוליגמיה, ובין דיני הנזיקין לדיני המשפחה האזרחיים, כגון במקרים של הפרת הסדרי ראייה או חטיפת ילדים, שם דיני הנזיקין מסתמכים על דיני המשפחה (האזרחיים או הדתיים) בבואם לבחון את הבסיס להפרת החובה והטלת האחריות. במקרים של בגידה, אם תתקבל תביעה נזיקית ,תהיה התנגשות למעשה בין דיני המשפחה האזרחיים שמגמתם העולמית היא גירושין ללא אשם, בעוד דיני הנזיקין שואפים דווקא לראות בבגידה משום אשם, שיבסס עוולה. לעיתים קיימת הרגשה שדיני הנזיקין הם פתרון ביניים נוח בין שני פתרונות קצה של מדינת ההתערבות המדינית בעניין פרקטיקות פוגעניות בתא המשפחתי**: מצד אחד**, ניתן לעמוד על אי התערבות אזרחית מקום בו אותן התנהגויות הן לגיטימיות מבחינה דתית. במקרים מסוג זה, אין אפשרות לפצות את בן-המשפחה הנפגע מהן בתוך מסגרת דיני המשפחה, אם מכיוון שדיני המשפחה אינם עוסקים בפיצוי על אותם מקרים, אלא בענייני סטאטוס בלבד, ואם מכיוון שלפי דיני המשפחה הדתיים מדובר בפרקטיקות לגיטימיות, גם אם לא רצויות. הקצה האחר הוא התערבות מקסימלית, פלילית, דהיינו הפיכת פרקטיקות מסוימות לפליליות, או אכיפה והגשת כתבי-אישום בעקבות פרקטיקות שהן כבר פליליות (כגון ריבוי נשים, גירוש אישה בעל כורחה או סרבנות גט אם מדובר בהפרת החלטה של בית הדין הרבני). למדינה אולי נוח יותר, מצד אחד, שלא להפעיל את ה"תותח" הפלילי הכבד ולהתעמת עם תרבויות ודתות, אך , **מצד אחר**, היא אינה שמה מקל בגלגלים של תביעה פרטית שהנטל להגישה הינו על כתפי הניזוק, (בדרך-כלל הניזוקה). לעתים הפעלה של דיני הנזיקין היא מחויבת המציאות במצב הקיים, ויש לברך על כך שהמדינה אינה חוסמת תביעות כאלה, בחקיקה, ובדרך-כלל גם השופטים אינם חוסמים זאת; אך הדבר מטריד לאור קיומם של כלים בתוך מערכת דיני המשפחה שלעתים אינם ננקטים או נאכפים כראוי, לצד כלים פליליים או רגולטוריים אחרים שגם הם יכולים לתמרץ מעוולים להפסיק את עוולותיהם. עם זאת, במצב הקיים יש לתמוך בתביעות הנזיקין ככלי חשוב במאבק בעוולות במשפחה, בין אם מטרתן השגת פיצוי כשלעצמו כדי להשיב מצב לקדמותו עד כמה שניתן, כמו ברוב תביעות הנזיקין, בין אם מטרתן השגת הרתעה, ובין אם מטרתן להשיג פיצויים כדי להמיר אותם בזכות שהיא באמת מבוקשת בדיני המשפחה (דרך עסקה לקניית הזכות באמצעות הפיצויים שהתקבלו מהמוכר העתידי) אך קשה להשיגה ללא אותה עסקת המרה.

**מעגל 1: תביעות נזיקין במשפחה שבהן לכאורה אין אינטראקציה בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה**

תביעות שונות נגד בן זוג, בן זוג לשעבר והורה  
תביעות רבות בין חברי התא המשפחתי הקיים, המתפרק או זה שכבר אינו קיים עוד, לכאורה אינן רלוונטיות לדיני המשפחה (תביעת של בן זוג נגד בן זוג השני בגין הסתרת מידע לפני הנישואין/ילדים תובעים את הוריהם בגין התעללות/הורים שתובעים את ילדיהם בגין התעללות/ לשון הרע/ הגנת הפרטיות ועוד). תביעות אלה בוחנות את מילוי יסודותיהן של עוולות נזיקיות בפקודת הנזיקין או מחוץ לה ובוחנות בהתאם גם הגנות אפשריות, כגון אשם תורם או מעשה של מה בכך, הגנה עצמית ועוד. **אולם דומה שאין כאן רלוונטיות לדיני המשפחה.** משכך, תביעות אלו עניינן דיני הנזיקין בלבד והחיבור שלהן לדיני המשפחה מקורו רק באכסנייה בה הן נידונות- ביהמ"ש לענייני משפחה. אין כאן השלכה על עניינים שבסטאטוס, כגון נישואין וגירושין, אימוץ או משמורת. משכך, **אין במעגל זה לכאורה כל פוטנציאל להתנגשות בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה בכלל, ולדיני המשפחה הדתיים בפרט.**

אולם, למען האמת, **דיני המשפחה רלוונטיים גם במעגל זה, ולו בעקיפין ,וזאת בכל הקשור לבני-זוג בסכסוך או בני-זוג שכבר נפרדו.** בין אם יש כוונה לכך בעת הגשת התביעה ובין אם לאו, **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.מכיוון ש"לכסף אין ריח", אין זה משנה לתובע אם קיבל כסף דרך חלוקת רכוש "מסודרת" בדיני המשפחה, שפעמים רבות גם מקורה בהסכם גירושין, או דרך זכייה בפיצוי בתביעת נזיקין שהוגשה בשלב כזה או אחר של הקשר או לאחר הפרידה, ואף לאחר חתימת הסכם, מה שלמעשה פותח דה-פקטו את ההסכם, מבלי לעשות כן באופן רשמי. **פיצוי בתביעת נזיקין נגד בן-זוג יכול אפוא לשנות דה-פקטו 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, לכאורה ללא קשר לחלוקת הרכוש. מכיוון שבישראל אין חסינות בין בני זוג, תביעת פיצויים תוכל לשנות חלוקת הרכוש כעניין של תכנון מראש ולא רק בדיעבד, ואותו צד גם יכול בפשטות לחכות לתוצאת חלוקת הרכוש ואז להחליט אם "לשלוף" את העילה הנזיקית ולתבוע, או לא. **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.

* אם כן, **אף שתביעות במעגל הראשון שהוצג כאן אינן קשורות במישרין לדיני המשפחה** (שכן לכאורה אנחנו מוכיחים אותם לפי דיני הנזיקין: עוולת הרשלנות וכן לפי חוקים אחרים)**, בן הזוג יכול להשתמש בהן בעקיפין (**ובאופן מכוון) **כדי להגדיר מחדש את חלוקת הרכוש והנכסים שנקבעו לפי דיני המשפחה, אף אם מבחינה רשמית נשמרת ההפרדה בין חלוקת רכוש לבין פיצוי בתביעת נזיקין. בדומה לכך, תביעה כזו עשויה להשפיע על הבקשות בדבר הסדרי ראייה ומשמורת על הילדים**.

התפתחות בסוגית האלימות הכלכלית: עילה נזיקית או עילה בדיני משפחה (מזונות)?  
האם יש להכיר גם באלימות כלכלית, קרי, טרור שמפעיל בן הזוג בכך שאינו מאפשר לבן-זוגו לרכוש צרכי חיים בסיסיים כגון ביגוד ומזון, ושולט עליו באופן קיצוני למשל בדמות איסור להחזיק אמצעי תשלום כגון כרטיסי אשראי או עוקב ומפקח באופן קיצוני על כל קנייה שביצע.

ראשית, יש מקום להבחין בין אלימות כלכלית לקמצנות (אמנם היא לא ראויה החברתית אך אינה אסורה משפטית) ולצורך כך יש להגדיר מושג זה בחקיקה. שנית, **יש לבחון והאם המקום למיצוי זכויות הינו הזירה הנזיקית , זירת המזונות או שתיהן יחד?** – שני מהלכים אלו טרם בוצעו במוצהר במשפט הישראלי.

אלימות כלכלית גורמת לנזק ממוני ישיר של ירידה ברווחה וברמת החיים. היא מעלה את הסיכוי להיווצרות סוגי אלימות נוספים ומשמשת כמעין מעגל קסמים, שכן לעתים אין אפשרות אמיתית לצאת ממעגל האלימות. האלימות הכלכלית משפיעה על הבריאות הפיסית, הנפשית והמנטאלית, כמו גם על התפקוד והמסוגלות ההורית.

במישור דיני הנזיקין, **ניתן לקרוא ליצירת עילה עצמאית נזיקית**, חדשה, של אלימות כלכלית, ו**ניתן להכניסה תחת כנפי האלימות הנפשית,** שהיא כבר עילה מוכרת, בדרך-כלל במסגרת עוולת הרשלנות, אם כי אין לשלול גם מסגרות אחרות. אלימות כלכלית היא גם **פגיעה באוטונומיה** הכלכלית של האישה, דהיינו בעצמאותה הכלכלית כיצור כלכלי אוטונומי. במישור דיני המשפחה, ניתן לטפל בתופעת האלימות הכלכלית **דרך דיני המזונות**. יש לבחון בעניין זה את מידת ההתאמה של קביעת שיעור המזונות לפי רמת החיים למקרי אלימות כלכלית, ואת קביעת שיעור המזונות מכלל מקורותיו של הבעל ומשאביו ומידת התאמתה של הלכה זו למקרי אלימות כלכלית. *כמו כן יש לבחון את "אבות המזון" הנכללים בגדר חובת המזונות והתאמתם למקרי אלימות כלכלית, וכן את הנסיבות שבהן נשללת הזכות למזונות והבעייתיות במקרים של אלימות כלכלית*. כמו כן רלוונטיים מקרים של איבוד הזכות למזונות בנסיבות סובייקטיביות, של פגמים בעצם קשר הנישואין שאינם מאפשרים קבלת מזונות ושל פטור ממזונות מסיבות אובייקטיביות.

מדוע נעדיף פיצוי נזיקי בגין אלימות כלכלית ולא פגיעה בבעל דרך דיני המזונות?

פסיעה דרך דיני המזונות **בעייתית,** בין היתר, **מכיוון שהמזונות נשללים בנסיבות מסוימות** שבהן דווקא דיני הנזיקין יכולים לפעול. כמו כן, ניתן לקבל מזונות לעתיד בלבד, בעוד שפיצוי נזיקי ניתן על **העבר** ואפשרי גם על נזקי עתיד. כמו כן, חובת תשלום מזונות חלה **רק כאשר בני-הזוג נשואים**, ורק על נזק ממוני, בעוד תביעת נזיקין יכולה להיות מוגשת גם לאחר הנישואין, גם בגין נזק לא ממוני, וכן לכלול גם רכיב של **פיצויים מוגברים או עונשיים**.  מנגד, נעדיף ללכת דרך מסלול המזונות שכן טיפול דרך סעד המזונות פשוט יותר מבחינה פרוצדוראלית, סכום האגרה להגשת תביעת מזונות נמוך יותר בהשוואה לתביעה נזיקית, והזכות למזונות אינה כרוכה בהוכחת נזק.

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. לפיכך ישנם יתרונות וחסרונות לכל דרך, ויש לבחון אם אפשר להשתמש בשתי הדרכים גם יחד.

**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**, לאמור: 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.

הפרת הסדרי ראייה: תביעה נגד ההורה המשמורן או הלא משמורן, תביעת הילד נגד ההורים ותביעת קרובי משפחה אחרים.  
בני-זוג שנפרדים 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). נוסף על כך, ההסכם מוגש לאישור ביהמ"ש או בי"ד ולאחר חתימתו ואישורו מקבל ההסכם תוקף של החלטה שיפוטית.

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:  
**הסוג האחד** של 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".)    
**הסוג האחר** של ההפרה הוא טענה של ההורה הלא משמורן שההורה המשמורן מונע ממנו לראות את הילדים בהתאם להסדרי הראייה. המשמורן יכול להכחיש זאת או להצדיק זאת ("היינו חייבים לנסוע מחוץ לעיר"; "נכון שמנעתי ממך מלראות את הילדים, אבל בכל פעם שהם חוזרים ממך ומבת-זוגתך הם נוטפים ארס וברור שאתם מסיתים אותם נגדי ונגד הוריי ולכן עדיף שלא תתראו) כן 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.

באחד הדיונים בביהמ"ש בכפ"ס השופט ויצמן קבע שעל אף שאין חסינות בישראל מפני תביעות נזיקין במשפחה, הרי שאין לאפשר להן מסלול אוטומטי ו"חלק" ועל בית-המשפט לדקדק ולבחון היטב, נוכח טיבו וטיבעו של התא המשפחתי, אם מתן הסעד הנזיקי הינו הדרך הראויה להתמודד עם המקרה. לטעמו, בתביעה נזיקית שעניינה נזק שנגרם כתוצאה מהפרת הסדרי ראיה נראה כי איזון נכון בין האינטרסים השונים יהא במתן **סעד מתוך דיני נזיקין רק אם עסקינן בהפרה משמעותית וגסה של הסדרי הראיה אשר נעשתה בזדון ותוך קיפוח מוחלט של טובת הקטין וזכויותיו של ההורה האחר.** סעד פיצויים יינתן, לדעתו, רק לאחר ווידוא כי אין בנמצא סעד חלופי אשר יהא בו, מחד, כדי לרפא את הנזק לנפגע, ומאידך, לא לפגוע פגיעה יתירה במרקם המשפחתי.    
הנה כי כן, קביעת האחריות הנזיקית נשענת על ממצאים מדיני המשפחה. הדבר נעשה על סמך הפרת החובה, בין אם זו הפרת חובת זהירות ברשלנות לבקר או לאפשר ביקור, ובין אם זו חובה חוזית-הסכמית. **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.**

בפסיקות שניתנו בעניין הפרת הסדרי ראייה בהקשר הנזיקי לא מצאנו התייחסות לשאלה הפילוסופית הראשונית והבסיסית של מי הזכות והחובה במקרים אלה. לבית המשפט ברור שההורה המשמורן הוא גם בעל זכות לכך שההורה הלא - משמורן ימלא את ההסדרים וגם בעל חובה לאפשר להורה הלא משמורן לבקר, ושלהורה הלא משמורן זכות שיקיימו כלפיו את הסדרי הראייה, ואולי יש לו גם חובה לעשות כן. בנוסף, נראה שהוזנח הדיון בשאלה מרכזית זו" האם הזכות להסדרי ראייה היא בכלל זכותו של הילד ולא של ההורה או קרובים אחרים? האם אין זו זכותו של הילד דווקא, גם שההורה הלא משמורן יבקר אותו בהתאם להסדרי הראייה, וגם שההורה המשמורן יאפשר את הביקורים? הרי הסדרים אלה נועדו לטובת הילד, שיגדל עם שני הוריו, אף שהם מסוכסכים ונפרדו.

תשובתו של שמואלי היא שהמבט 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. כל הפרת זכות מהזכויות שנמנו כאן מבססת תביעה נזיקית אפשרית נגד בעל החובה שהפר את חובתו לספק את אותה זכות. 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. לגבי קרובים אחרים, יש לדון בכל מקרה לגופו, וגם כאן אפשרות התביעה הנזיקית תלויה בקביעות בדיני המשפחה, למשל לעניין זכויות ביקור של סבים וסבתות.

חטיפת ילדים: תביעה נגד הורה חוטף ע"י ההורה האחר או הילד  
חטיפת הילד היא למעשה הפרה קיצונית של הסדרי הראייה, הפרה שנועדה להיות מתמשכת ואף קבועה. המשמורן יכול לחטוף את הילד לחוץ-לארץ או להיעלם עמו בארץ, וכך למנוע מההורה הלא משמורן מלהתראות עם הילד, לעתים במשך שנים. גם ההורה הלא משמורן יכול לחטוף את הילד ולא להשיבו למשמורת החוקית שלו אצל ההורה המשמורן. לפיכך, אם תביעה לפיצוי בגין הפרת הסדרי ראייה אפשרית, דומה שתביעה דומה בגין נזקי חטיפה אפשרית מקל וחומר. עם זאת לגבי חטיפה ישנו חיקוק מרכזי אחר במישור הבינלאומי והוא אמנת האג בעניין חטיפת ילדים. אולם, האמנה קובעת הסדרים בעיקר לגבי הפרמטרים שיילקחו בחשבון לעניין השבת הילד או השארתו במקום שאליו נחטף **חשוב להבין כי חטיפה מביאה עמה נזקים שיכולים להיות עצומים הן במישור הממוני והן בזה הלא ממוני ואין באמנה כלים ממשיים לפיצוי על כך.** כך או כך, התביעה הנזיקית אינה תלויה בתוצאה לפי אמנת האג. לפיכך, ייתכן מאוד שייקבע בסוף שהילד יישאר עם החוטף, לא מכיוון שהחוטף לא הפר חובה, אלא מכיוון שזו טובתו של הילד, ולא יהיה בכך כדי לפגום ביכולת להגיש תביעת נזיקין.

הנה כי כן, גם מקרה של חטיפת ילדים, שהוא למעשה הפרה קשה של הסדרי הראייה, יכול להוות בסיס לתביעת נזיקין, גם כאן הבסיס לאחריות הינו הפרת ההסדר או ההחלטה שנקבעו בדיני המשפחה, וגם כאן נשענים דיני הנזיקין למעשה על קביעות קודמות בדיני המשפחה.

כפיית אבהות (גניבת זרע): תביעה של ההורה או של הילד  
מקרה דומה לשני הקודמים, אך גם שונה, הוא תביעת נזיקין בגין **פגיעה בזכות שלא להיות הורה**. התביעה המוכרת יותר היא של מה שמכונה "גניבת זרע", דהיינו בת זוג שרוצה להיות אימא למרות רצונו של בן זוגה שלא להפוך לאב, או שהיא עושה כן ללא ידיעתו, למשל על ידי יצירת מצג שהיא נוטלת אמצעי מניעה כשבפועל היא אינה עושה כן (או שלמשל הגבר הקפיא זרע והיא משתמשת בו ללא ידיעתו).   
אולם, בתי המשפט לא יענישו את הילד שנוצר, ובמקרים מסוג זה בדר"כ ישיתו בכל זאת על האב חובת מזונות על אף העובדה שהילד "אינו רצוי". עם זאת, **אין מניעה שגבר יתבע בנזיקין אם הילד הגיע לגיל בו אין יותר חיוב במזונות ואחד מרכיבי התביעה יהיה שיפוי עבור אותו חיוב מזונות לא רצוני שאולם מגיע לילד אך ניתן לתבוע מהאם**. ייתכן שבשאלה של כפיית הורות תהיה עילה גם לילד לתבוע את ההורה שכפה את ההורות על ההורה האחר, אם יוכיח הילד קשר סיבתי לנזק נפשי שנגרם לו ולהיותו, למעשה, ילד בלתי רצוי. ייתכן שתהיה לו עילה גם נגד ההורה הניזוק, כביכול, בטענה שאף שלא רצה בו, בילד, משהיה הוא לעובדה מוכחת היה צריך לראות בו כרצוי ולהכיר בו, ומשלא עשה כן נגרמו לילד נזקים נפשיים. גם כאן אין להתעלם אפוא מזכותו של הילד.

ניתן היה לומר שתביעה זו שייכת למעגל הראשון, שכן אין כאן אינטראקציה עם דיני המשפחה. אולם יש כאן כניסה מסוימת לדיני המשפחה עניינים של הורות )אבהות, אמהות( ומזונות. אמת, התביעה הנזיקית אינה משפיעה על דיני – המשפחה על הסטאטוס ועל המזונות, אך יש כאן מקרה דווקא של השפעת דיני המשפחה על דיני הנזיקין, כל עוד תביעה – כזו אפשרית רק אחרי תקופת החיוב במזונות. כלומר, **אם התביעה הנזיקית אפשרית רק לאחר סיום חובת במזונות, הרי שדיני הנזיקין מושפעים מדיני המשפחה.**

**דיני הנזיקין נכנסים לתמונה בעיקר לצורך שיפוי על תשלום מזונות**, ולכן יש כאן השלמה בין מערכות הדינים, המשייכת את הסיטואציה למעגל השני דווקא. דיני המשפחה קבעו את החיוב במזונות, למרות המעשה הלכאורה לא הגון של ההורה, וזאת מכיוון שזוהי זכותו של הילד. אך המערכת המשפטית פתוחה לקבל באופן עקרוני תביעות נזיקין נגד ההורה שעשה את המעשה, אם כי לא תמיד תביעות כאלה מתקבלות.

**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.

גירוש אישה בעל כורחה ("טאלאק")  
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. **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 אפוא 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 הסטאטוס 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:   
**-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.   
**-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.**נכון שדיני הנזיקין לא 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.

ריבוי נשים (ביגמיה ופוליגמיה):  
המקרה של ריבוי נשים דומה מאוד לזה של גירוש אישה בעל כורחה. **אישה שבעלה לוקח אישה נוספת על פניה ניזוקה ממונית ונפשית** והדברים באים לידי ביטוי גם במתן פחות כספים (אולי ראוי שסוגיה זו תיבחן במסגרת המזונות). במקרים מסוימים לקיחת אישה נוספת מביאה לחיכוכים שסופם גירושין לעיתים בעל כורחה של האישה הראשונה. ריבוי נשים מהווה גם הוא עבירה פלילית בעודו פרקטיקה לגיטימית של הדין השרעי במקביל. **גם כאן הפתרון הנזיקי הוא נוח ומשמעות התביעה הנזיקית היא ביקורת על הדין הדתי-האישי או השלמה של אותה מערכת דינים דרך מתן סעד שאינו בסמכות אותה מערכת**. גם כאן ההשפעה יכולה להיות לעתיד, מכאן להבא, על מעוולים פוטנציאליים.

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

תביעות נזיקין נגד בעל סרבן שניתן נגדו פס"ד רבני המחייב לתת גט  
בדר"כ בית-הדין הרבני קובע חיוב, כלומר שעל הבעל מוטלת מעתה חובה לגרש את אשתו, אך בפועל לא ניתן לאכוף ולהוציא לפועל את הקביעה הזו עד שהבעל בעצמו לא יגרש את אשתו. לרשות בית-הדין הרבני גם אפשרות להוציא פסקי-דין "רכים" יותר, בדמות "מצווה להתגרש" או "המלצה להתגרש" אשר בהכרח אינם מאפשרים אכיפה. לכאורה, תביעת נזיקין תעשה את המלאכה באופן משביע רצון עבור האישה ו"תחלץ את הפקק" בבית-הדין הרבני. אכן,  דיני הנזיקין נכנסים במקום שדיני המשפחה – לכאורה תהיה כאן אינטראקציה חיובית בין מערכות הדינים, כמו במעגל השני שהם אינם יכולים להועיל. הם לא משנים את הסטטוס המשפחתי אלא רק מקנים פיצויים, לכאורה כמו במעגל השלישי. אולם העניין מורכב יותר. במקרים רבים מטרתה של התביעה הנזיקית ליצור תמריץ לעסקה לאחר מתן פסק-הדין הנזיקי.    
בתי המשפט הכירו בסרבנות כעוולה: רשלנות (הפרת חובת זהירות בין בני זוג- לנהוג בבן הזוג בכבוד, ולא להתעלל בו) או הפרת חובה חקוקה של הוראה פלילית כללית בחוק העונשין שתכליתה הצורך בציות להוראת רשויות, ובכללן בית-דין רבני, אם זה פסק חיוב או כפייה.

אם בית-המשפט יפסוק פיצויים גבוהים, יקודם משמעותית כוח המיקוח של האישה. משא ומתן יתחיל (או ימשיך) כעת מעמדה שוויונית יותר, ואם הוא יצלח, הגט יינתן תמורת וויתור מוחלט של האישה על הפיצויים (בפרקטיקה במקרים רבים ייחתם כעת הסכם גירושין שבמסגרתו הבעל ידרוש בכל זאת סכום מסוים עבור הגט, אם כי צנוע הרבה יותר מאשר דרש מלכתחילה). על פניו, נראה כי מדובר במערכות משלימות והפיצויים נתפסים כמהלך לגיטימי, אולם **בפועל, בתי הדין הרבניים נוטים להתנגד למהלך זה נוכח החשש מגט מעושה בין היתר (וכן הגוף המעשה הוא ביהמ"ש האזרחי ולא בית הדין!)**.

בפועל, אין משמעות לרצון האמיתי ולמניע המקורי של האישה בבואה לתבוע את נזקה: גם אם רצונה הוא בהשגת כלי למיקוח כלכלי מול הבעל (או נטו בשביל לקבל פיצוי), בסופו של יום כל שעושה בית-המשפט הוא בוחן את טענותיה בהתאם לעילות הנזיקיות ומחליט בהתאם. אף אם הדין האישי מכשיר את הסטאטוס שבו האישה למעשה עגונה, בית-המשפט לענייני משפחה יכול לקבוע תג מחיר לסרבנות אם יש בכך משום עוולה. כל שנותר לבית-המשפט לענייני משפחה לבחון הוא אם סרבנות זו מהווה עוולה לפי דיני הנזיקין. על כל פנים, כל מה שקורה לאחר פסיקת הפיצויים, דהיינו העסקה הסיבובית, הוא עניין פרטי של הצדדים, וגם אם הוא יכול באמת להשפיע במישור כשרות הגט בבית-הדין הרבני, אין בו כדי לפגוע כהוא זה בלגיטימיות המהלך בבית-המשפט לענייני משפחה.

אף אם עצם התביעה מעוררת אנטגוניזם בחוגים מסוימים, לא ניתן לחסום אותה. כאמור, כיום לא קיימת דה-פקטו חסינות בתביעה נגד בן-זוג. כמו כן, **לא מצאנו בשום מקום שתביעה נזיקית נבחנת או נחסמת לפי המניע להגשתה**, אם על-פניו קיימת הוכחה כנדרש של נזק כתוצאה מעוולה, דהיינו שכל יסודות התביעה הוכחו כראוי, במאזן הסתברויות. דומה כי אין די בשיקולי מדיניות כלליים, כגון כיבוד הדדי בין ערכאות, כדי לחסום זכות תביעה כזו, ואף אם היה בכך כדי שיקול משמעותי יש לזכור לא פס"ד עושה את הגט מעושה אלא דווקא תוצאתו (PJB) .

**עם כל זאת, אין להתעלם מכך שהאינטראקציה במעגל זה בין מערכות הדינים משקפת למעשה התנגשות חזיתית וקשה. למעשה מטרתן של תביעות הנזיקין היא לשנות את הסטטוס המשפחתי בסופו של דבר.**

האם די בפס"ד רבניים "רכים" בדרגות פחותות מחיוב לגרש ואך במצב שאין כל פס"ד רבני לביסוס תביעות נזיקין? כלל מקבילית הכוחות ושאלת המגדלור  
פסקי-דין רבניים שדרגתם מתחת לחיוב ("המלצה" או "מצווה" לתת גט), פירושם למעשה שבית-הדין הרבני אינו מחייב את הבעל לתת גט ובוודאי שאינו כופה עליו לעשות כן. פסקי-הדין ברמה הנמוכה יותר נועדו ליצור לחץ מוסרי על הבעל לתת את הגט (זה הופך את הבעל לעבריין אם הוא לא מציית, אך בפן הדתי בלבד). אם הלחץ אינו מועיל, ניתן להגבירו ולהעלות את דרגת החומרה של פסק-הדין לדרגה של חיוב אם הנסיבות יהיו בשלות לכך. אולם, אף שאלה פסקי-דין שדרגתם נמוכה יותר, אין מדובר בפסקי-דין לגמרי "חלשים". (לעיון בפירוט אודות הסוגים השונים יש מאמר בעמ' 18). **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.

פסקי-דין רבניים "רכים" יכולים להוות בסיס לפחות לטענת התרשלות הסרבן. בית-המשפט לענייני משפחה פועל ברובד אחר, לא הלכתי, של מתן פיצויים. כל שהוא מבקש לקבוע הוא אם מעשי הבעל, שאינם מאפשרים לאישה לקבל גט במישור ההלכתי, מהווים עוולה מבחינת דיני הנזיקין. המעשה אינו כשר מבחינת דיני הנזיקין ומהווה עוולה, ואם נגרם לאישה נזק בעקבות אותו מעשה, יש כאן תביעה לגיטימית. מקרים חמורים יותר או פחות יכולים לבוא לידי ביטוי בשאלת פסיקת פיצויים עונשיים או מוגברים, וכאן השאלה היא שאלה עקרונית אם יש עוולה או לא, ואין מדובר בשאלה של חומרת המעשים בעוולה קיימת.   
לכן יש לתרגם מצב כזה להכבדה בנטל ההוכחה- בדמות של "**מקבילית כוחות"-** **ככל שיש פסק דין בדרגה גבוה יותר, יש בכך משום ראייה חזקה יותר להפרת החובה מטעם הבעל** ("המגדלור" מאיר חזק יותר)**. ככל שפסק הדין ברמה נמוכה יותר, נטל הראייה על התובעת יהיה כבד יותר אם כי לא בלתי אפשרי** ("המגדלור" מאיר חלש יותר)**.**

האם ניתן לפסוק פיצויים גם על התקופה ש**לפני** החיוב בגט?  
מכיוון שהפיצוי נפסק בגין נזק נפשי, ניתן, על-פי ראיות מתאימות שתביא התובעת, "ללכת אחורה" ולאתר את המועד לתחילת ההתעללות הנפשית והסרבנות בפועל, ולפסוק פיצוי מאותו מועד- פיצוי שיהיה בדר"כ גבוה יותר. כלומר, לפי שמואלי, **"המגדלור" (ביה"ד כשהוא נותן את הצו) יכול להאיר גם אחורנית, ובמקרים המתאימים ניתן לקבל פיצוי גם על מועד  לפני אותו –שלפני החיוב הרשמי בגט, כל עוד תוכיח התובעת שאכן בעלה התעמר בה נפשית עוד לפני מועד החיוב הרשמי.** אין בפסיקת פיצויים על התקופה שלפני החיוב בגט משום מתיחת ביקורת על בית-הדין הרבני או משום אמירה שהיה צריך להורות על צו חיוב כזה קודם לכן. ההיפך הוא הנכון בדרך-כלל: **נקודת הזמן שבה נפסק החיוב מצביעה בהכרח על כך שההתעללות הנפשית החלה קודם**. בית-הדין הרבני אינו יכול ללכת אחורה בזמן בנושא של סטאטוס, והוא חייב לפסוק חיוב בגט מכאן והלאה, אך **הוא עושה כן בהסתמך, עובדתית, על העבר**. אולם, דיני הנזיקין מביטים ברגיל דווקא על העבר לצורך קביעת אחריות ופסיקת פיצויים. לכן שתי המערכות אינן סותרות זו את זו גם במקרה של פסיקת פיצויים מן התקופה שלפני החיוב, אלא **דווקא משלימות.**

אין זה אומר שניתן לפסוק פיצויי עבר בכל מקרה שיש בו "חיוב" לתת גט, אך החיוב בגט מסייע מאוד לבית-המשפט לענייני משפחה להחליט שאכן מדובר כאן בעוולה, והנטל הוא על התובעת להוכיח שהעוולה החלה לפני מועד החיוב. לכן החיוב בגט נותר עדיין ה"מגדלור". **השאלה מתי החלה העוולה היא שאלה נפרדת** שאינה צריכה להפריע לשאלה הקודמת.

האם יש לקבל גם תביעות של בעלים מסורבי גט?  
מצב בו נשים מסרבות לקבל את הגט מבעליהן (לפי חרם דרבינו גרשום אסור לגרש אישה בעל כורחה, ונדרשת גם הסכמת האישה להתגרש).   
המצב של מסורבת ומסורב אינו דומה. ראשית, **אין חשש מגט מעושה במקרים של אונס בממון האישה, שכן מדין תורה כאמור יכול היה הבעל לגרש את אשתו ללא הסכמתה ובעל כורחה.** שנית, **לבעל מסורב גט עומדות דרכי מוצא** (יכול לבקש מבית-הדין הרבני היתר לשאת אישה נוספת/ לחיות כידוע בציבור מבלי שייחשב כנואף ומבלי שילדיו יחשבו כממזרים).   
שמואלי סבור כי על אף שיש לבעל דרכי מוצא, נראה כי **גם במקרה הזה צריך להינתן פיצוי** אם מדובר בעוולה (נזק נפשי/פגיעה באוטונומיה) כדי להעביר מסר חברתי חשוב שסרבנות היא סרבנות בכל מקרה, והיא פסולה מכל כיוון שהוא, ודיני הנזיקין יירתמו להילחם בה ולפתוח את הפתח לעסקת חליפין כמתואר לעיל, גם במקרים ה"הפוכים".   
באשר לשיעור הפיצויים, נזק נפשי ורובד מסוים של פגיעה באוטונומיה קיים בכל סרבנות שהיא. מעבר לכך, דיני הנזיקין בוחנים את הנזק בפועל וקובעים בהתאם את הפיצוי, כך **שאם בפועל בעל כזה אכן המשיך בחייו, נזקו אכן בשיעור פחות מזה של אישה שלא הצליחה להמשיך בחייה**. גם אם הדבר עלול לתמרץ שלילית בעלים להמשיך בחייהם, כך פועלים דיני הנזיקין בדרך-כלל: גם מי שנפגע בתאונה ומצליח להשתקם בצורה טובה יותר מחברו מסתכן בפיצויים פחותים.

ההשפעה של דרך חישוב הפיצויים על ענייני מגדר: מסורבת מול מסורב, דתיים מול חילונים, מבוגרים מול צעירים.  
כל שופט מחשב בדרך שלו. אם השופט יחשב את שיעור החיוב יחושב על-פי הנזק שארע בפועל, יש להניח **שאישה מסורבת גט חרדית או דתיה**, שלא תחיה לעולם עם ידוע בציבור בעודה נשואה, ולכן **הסרבנות "תוקעת" אותה לחלוטין בחייה, תקבל פיצוי בשיעור גבוה ביותר**. לעומת זאת, בעל מסורב גט שחי עם ידועה בציבור, יקבל פיצוי בשיעור פחות, שכן הצליח להמשיך בחייו ולו בצורה מסוימת, ולכן נזקו קטן יותר, אף אם מגיע לו פיצוי, ולו מסוים, בגין אי יכולתו להתגרש והפגיעה באוטונומיה שלו. בדומה לכך, מסורבת גט חילונית תקבל פיצוי בשיעור פחות.

לפי שמואלי, **פיצוי קבוע בגין פגיעה באוטונומיה נצטרך בכל אחד מהמקרים, ומעבר לכך יש לבדוק את הנזק בפועל ולא סקטוריאלית. כך לא תהיה סרבנות ללא פיצוי, ותמיד יתקבל פיצוי בשיעור נוסף על הרובד הבסיסי של הפגיעה באוטונומיה , וזאת בהתאם לנזק בפועל**.

האם ניתן לתבוע גם את קרוביו של הסרבן ומכריו בגין סיוע לסרבנות?  
פקודת הנזיקין מאפרת לתבוע אדם בגין סיוע ושידול לביצוע העבירה. אולם, לדעת שמואלי, לא כל סיוע לסרבנות יכול להקים עוולה ולאפשר תביעה אזרחית נגד המסייע. ראשית, ישנו רצון חברתי שאנשים יסייעו לחבריהם ולקרוביהם הנמצאים במצוקה. שנית, לא כל סיוע יכול להיחשב לעוולה, אלא, לטעמי**, רק סיוע פעיל כגון הברחת הסרבן לחוץ-לארץ בדרכים לא כשרות, למרות קיומו של צו עיכוב יציאה וחובת מזונות.** לעומת זאת, סיוע מסוג של מתן קורת גג לבן-זוג סרבן שעזב את ביתו, כמו גם עידודו המוראלי או תמיכה כלכלית בו, לא צריכים להיחשב לעוולה.   
אך שמואלי מציע כעניין של טקטיקה באי רצון להיכנס לבעיה של חשש מגט מעושה, תביעת נזיקין נגד קרובים ומכרים יכולה דווקא "לעשות את העבודה" ולקדם עסקה של גט תמורת ויתור על הפיצויים ללא חשש מאונס בממונו של הבעל.

תביעה נגד בתי הדין הרבניים בגין סיוע דה פקטו לסרבנות עקב משיכת הדיונים  
ניתן להגיש תביעות נגד בתי-הדין הרבניים בגין סיועם דה-פקטו לסרבנות הבא לידי ביטוי ב"משיכת" הדיונים. אולם **תביעות כאלה מעלות את שאלת חסינות המדינה בכלל והשופטים בפרט מפני תביעות נזיקין.** הן מוגשות לבית-משפט השלום או המחוזי, לפי הסכום.  אם נתבע באותו כתב-תביעה גם הסרבן, יש להניח שניתן להגיש את התביעה לבית-המשפט לענייני משפחה, מה שעלול בהחלט **להעצים את מאבק הסמכויות**: יש להניח שכל פסיקה שהיא של שופט בית-המשפט לענייני משפחה תוסיף לבעיה, תעורר הדים רבים ותזכה לביקורת נוקבת.

מדובר בשאלה רצינית של מדיניות משפטית המשולבת בשאלה כללית של תביעה נגד מוסדות המדינה בגין רשלנות באופן כללי וחסינות שופטים לפי ס' 8 לפקודת הנזיקין באופן פרטני ושאלת אחריות המדינה לפסיקותיהם. **תביעות כאלה כמעט שאינן מתקבלות**, בוודאי לא בגין עניינים שבשיקול-דעת, וגם לא במקרים של רשלנות רגילה אלא רק במקרים חריגים של רשלנות בוטה מאוד או אף זדון ומניע פסול בלבד.

תביעה אפשרית של ילד נגד הורה סרבן גט בעקבות נזק נפשי שנגרם לו מהסרבנות  
גם נזק נפשי של ילד שנגרם מסכסוך בין הוריו יכול להוות מקור לתביעת נזיקין נגד אחד ההורים, אך תביעות כאלה בעייתיות מכיוון שבמקביל לזכותו של הילד שלא להינזק נפשית מסכסוך בין הוריו, בכל זאת **יש להם אוטונומיה לריב ולהיפרד**, וככל הנראה עוד לא נולדה הפרידה הכה חלקה שאינה משפיעה על בני-המשפחה בצורה כזו או אחרת. ויותר מכך; לפעמים אי פרידה מזיקה לילד יותר מאשר פרידה, ובדרך לפרידה ישנו סכסוך המשפיע על הילד, בעוד שאם לא הייתה פרידה התוצאה מבחינת הילד יכולה הייתה להיות קשה יותר. לעומת זאת, אם בסכסוך יש צד אחד שהוא יותר אשם בצורה מובהקת, כגון סרבן גט שאין הצדקה לסרבנותו הכלכלית או האחרת משום בחינה שהיא, **ייתכן שיהיה מקום להכיר גם בעילה של הילדים נגד הסרבן ולא רק של בן-הזוג, ככל שניתן יהיה לקשור סיבתית בין התנהגותו לנזק נפשי שנגרם להם.**

**מעגל 5: התנגשות אפשרית בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה האזרחיים**

המעגל החמישי והאחרון מזמן סוג תביעות מסקרן במיוחד, שבו התנגשות אפשרית בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה האזרחיים. מדובר בשתי מערכות מודרניות וליברליות שמגמתן ותוצאתן עלולה להיות הפוכה בנסיבות.

תביעת נזיקין נגד בן הזוג הבוגד  
מגמתם של דיני המשפחה האזרחיים היא מעבר למערכת של גירושין ללא אשם.   
בגידה, שהיא עילת גירושין מובהקת לפי הדין הדתי, לא אמורה לשמש עוד כאשם לפירוק הקשר בראייה אזרחית מתוך הבנה שאך אם החברה אינה מעודדת בגידות, **המבט הליברלי מאפשר לאדם לבגוד בבן זוגו ולא לשלם על כך מחיר בדיני משפחה.** תביעה נזיקית בגין בגידה מגמתה הפוכה לגמרי. האשם שמאתרים דיני הנזיקין הינו הבגידה, והטענה הינה שהבגידה של בן-הזוג הנתבע קשורה, סיבתית, לנזקים נפשיים מפירוק הקשר, ולכן מהווה עילה ובסיס להפעלת דיני הנזיקין.

בדין הישראלי עד כה **לא הוכרה תביעת נזיקין בגין בגידה,** ואף נקבע כי עצם הבגידה אינה נחשבת לפגיעה באינטרס מוגן ובתקנת הציבור המאפשרת סעד. אולם, השופט אסף זגורי קובע כי בנסיבות מסוימות ניתן לקבל תביעה כזו, ובהם: 1. הפיצויים יהיו מוגבלים ל50,000 ₪ 2. התביעה תוגש רק אחר הגירושין 3. אם התובע נאף בעצמו אז נשלול ממנו את הזכות 4. האם התובע נפגע ממש מהבגידה 5. האם ניתן להשתמש בסעדים רגשיים כמו "חרטה" "התנצלות"..

תביעת נזיקין נגד המאהב בגין "תרומתו" לפירוק הקשר  
בישראל טרם נדונו לעומק תביעות נזיקין נגד המאהב, בגין סיועו לבגידת בן-הזוג שהובילה לפירוק הקשר, ואף יוזמתו ביצירת הקשר.    
אחד היתרונות בתביעה נגד המאהב על-פני תביעה נגד בן-זוג הוא אי הצורך להיכנס לבעייתיות של שיקולי מדיניות בתביעות נזיקין נגד בני-זוג. אמנם, כאמור, אין קיימת בישראל חסינות בתביעה נגד בן-זוג אולם שיקולי מדיניות הקשורים בתא המשפחתי נדונים בתביעות כאלו. הדילמות שהועלו לבי גירושין ללא אשם יכולות להיות רלוונטיות גם לתביעות אלה ולשמש גם כאן שיקול מדיניות.

1. ***פיצוי בגין הסתרת מידע העובר לנישואין- תמ"ש (י-ם) 23663-06-18 ד.ס נ' ט.ס-***

**השאלה הנשאלת היא האם יש לסלק על הסף תביעה חוזית ונזיקית של אישה ואמה כנגד בעלה לשעבר של האישה, בה נטען, כי הבעל לשעבר הסתיר מהן טרם הנישואין ובמהלכם, כי הוא הומוסקסואל?** בית המשפט לענייני משפחה דחה תביעתן של אישה ואמה כנגד בעלה לשעבר של האישה בטענה שהאחרון רימה אותן כאשר נישא לאישה תוך הסתרת היותו הומוסקסואל לכאורה.

עובדות המקרה: אישה ואמה הגישו תביעה כנגד בעלה לשעבר של האישה על סך חמישה מיליון שקלים בגין נזקים כלכליים ונפשיים שנגרמו להן, לדידן, כתוצאה מכך שהבעל לשעבר חי "חיים כפולים". התובעות טענו שבעוד שהבעל הציג עצמו כאדם דתי הטרוסקסואל, בפועל, מאחורי גבה של האישה, הוא לכאורה ניהל אורח חיים חילוני הומוסקסואלי, אשר כלל קשר עם מאהב, לו הוא הציע להינשא בעודו נשוי לאישה. התובעות הוסיפו שעקב מעשי המרמה הנטענים של הבעל לשעבר, נשללה מהאישה חירותה להחליט שלא להינשא להומוסקסואל ולא לקיים יחסי מין עם הומוסקסואל, בפרט לאור חינוכה בבית דתי אורתודוכסי.

הכרעת הדין: **השופט פלקס פסק כי דין שתי התביעות להיות מסולקות על הסף מחמת היעדר עילה**. השופט ציין שכבר נקבע ע"י בית המשפט העליון כי טעמים חזקים שבמדיניות משפטית שוללים הכרה בניאוף כעילה נזיקית או חוזית. השופט קבע שמעשי המרמה אשר מיוחסים לבעל ע"י התובעות, בוצעו כלפי האישה ולא כלפי החמות, ומכאן שבכל מקרה לא קמה לאחרונה עילת תביעה. השופט הוסיף שטרם הוכרעה במשפט הישראלי השאלה האם קיימת חובה משפטית על בן זוג אחד לגלות לבן הזוג השני כל עובדה חשובה או כזו שיכולה להיחשב כביטוי של חוסר נאמנות. השופט קבע כי במקרים שבהם המידע שהוסתר עולה כדי עבירה פלילית, "פגם" או "מום" פיזי או נפשי שבן הזוג לוקה בו, יקל יותר לסבור כי מדובר במידע שאי גילויו או הסתרתו יקים עילת תביעה חוזית או נזיקית. בנוסף, ייתכן שכך אף הדין ביחס לפגמים או מידע שיש בהם כדי להשליך על ליבה של המערכת הזוגית המשפחתית, כלומר – קיום יחסי אישות והבאת ילדים לעולם. אולם, לפי השופט "הומוסקסואליות" אינה מעשה פלילי, ובוודאי שאינה בגדר "פגם" או "מום". כמו כן, במקרה דנן, לא היה בטענת התובעות כדי להשליך או לגרוע מלב ליבה של המערכת הזוגית והמשפחתית, שכן ניתן ללמוד מטענות האישה על קיום יחסי אישות בין הצדדים והבאת ילדים.  
**עוד נפסק, שלא עלה בידי האישה להצביע על נזק ישיר וברור שנגרם לה, אלא לכל היותר על שברון ליבה עקב אכזבתה מחיי הזוגיות**. השופט ציין כי במסגרת זכותה של האישה לאוטונומיה, נתונה לה זכות בסיסית לקבל החלטות מתוך בחירה חופשית, על בסיס מידע מלא הניתן לה עובר לקבלת ההחלטה. אולם, לפי השופט, יש להבחין בין זכות האישה לעצב את חייה כרצונה לבין חובת הגילוי המוטלת על האיש נוכח זכות זו של האישה, שהרי אל מול זכותה של האישה עומדת חירותו האישית של האיש, המובילה לתפיסה כי אדם לא ייענש על מחשבותיו, אמונתו, לרבות נטיותיו המיניות, וזאת כל עוד אלה לא גרמו לנזק ישיר וברור לבן הזוג.

***עמ"ש (י-ם) 69027-03-19 ר. נ' ס'***- הערעור התקבל והוחלט כי יש לבטל את החלטת המחיקה על הסף ולהחזיר לביהמ"ש את ההליך כדי יתדיין בו שוב.

**סרבנות גט- מבוא:**

סרבנות גט במגזר היהודי

**התזה של שמואלי: הגט נתפס כבעיה יהודית.**

האותיות **גט** נבחרו כסימבולי לפעולה שהן יוצרות כי הן לא מתחברות בשום אופן.

תביעות משפטיות כיום נדונות בבתי משפט למשפחה, בעבר בתי משפט מחוזי ושלום רגיל. בית משפט שלום לענייני משפחה לקח על עצמו לדון בכל המקרים במשפחה (לא כולל ענייני גירושים ונישואים- בית דין רבני). מכאן יוצא שיש שתי מערכות משפט שמרחפות מעל העניינים (יש מקרים שנדונים בבית דין/ בית משפט. אולם בין שתי מערכות המשפט יש יחסים דואליים ויוצא שהן פועלות בשיתוף פעולה).

שתי ערכאות אלו הן מדינתיות כאמור, וכשיש התנגשות ביניהם- בעיה.

יש מושג שנקרא **פלורליזם משפטי**- עוסק בשאלה איך המשפט דן בפועל במקרים בהם יותר ממערכת דינים אחת צריכה לפעול במקרה? אולם, הפלורליזם המשפטי מסתפק בהצגת המצב ולא בפתרון.

בית דין לא יכול לתת פסק דין לגירושים, אם הבעל לא רוצה לתת גט

האם סרבנות גט יכולה להיות לגיטימית בישראל?

לפי המערכת הרבנית- אדם יכול לסרב לתת גט, סרבנות תקפה, אומנם היא יכולה אולי להוות עוולה. הדיינים לא יאשרו את זה (מבחינת דיני משפחה).

סרבנות גט= עוולה נגד עילה מסוימת אבל יש עליה פיצוים מסוימים.

האם מותר לגרש אישה בעל כורחה?

תלוי. לפי בית הדין הרבני כן אבל מבחינת עונשין לפי ס' 181 יש עונש על כך.

לפי הדין הדתי- תשלום מזונות מהפירוד עד הגירוש.

עלתה שאלה לאוביטר: האם אישה שלא רוצה להתגרש כי היא מקבלת מזונות יכולה להיחשב סרבנית גט?

סיבות לסרבנות גט

1. **רקע אידאולוגי-** מסרב לתת גט כי אני רוצה לנקום באשתי במסיבה כל שהיא. "על גופתי". דוגמה לכך היא סרבן הגט שישב 33 שנים בכלא על סרבנות גט (יחיא אברהם)- קלאסי סיבה אידאולוגית, המטרה של הבעל היא לכבול את האישה לכל חייה.
2. **רקע כלכלי-** יותר קל להילחם בו באותם האמצעים, כסף מול כסף. למשל אם יקבל פיצוי: ישפר את כוח המיקוח של האישה כנגד הגבר סרבן הגט. נקרא גם "סחטנות גט"

* במידה ואישה לא נכנעת גם מסרבנות כלכלית, נדונה לשנים או לתקופה ארוכה של דיונים בבתי משפט, ויש לה עילה לתביעה נזיקית.
* הפלורליזם המשפטי מתבטא פה בשיאו- שילוב של דיני נזיקין בבית הדין הרבני.
* אונס ממון= כאשר הבעל יעדיף לתת גט לאשתו במקום לשלם. לפי הדת- כופים על הבעל בממונו לתת גט. במקרה כזה הגט ייחשב כמעושה. לפי הדין העברי אם יש אונס ממון הגט לא תקף, מבוטל. יש שאלה האם דיני הנזיקין מתמרצת אונס ממון?
* הפלטפורמה היהודית שהורחבה לעיל נותנת את הבסיס לעניין הנוצרי
* הרמב"ם הזכיר את החזקה של "כופין אותו עד שיאמר רוצה אני". הבסיס להרחקות של רבנו תם, דהיינו לרשימת אמצעי הכפייה המותרים (על ידי אנשי הלכה), הוא האפשרות לכפות באופן עקרוני מבלי שהגט יהיה מעושה שלא כדין. אפשרות זו מתבססת על מצב שבו אנשים רוצים לקיים את ההלכה ואת דברי הדיינים המחייבים אותם לתת גט לנשותיהם ואינם רוצים לסרב. יש משהו שגורם להם לחזק את לבם ולסרב, וזה יכול להיות רצון לנקמה או רצון לסחוט כסף. אמצעי הכפייה המותרים שנוקטים כלפיהם חכמי ההלכה נועדו להסיר את עורלת לבם, דהיינו להחזיר אותם למחשבה הטהורה המקורית שלהם, מעין ניתוח קטרקט שמסיר את המניעה לראייה. **לכן כופין אותו ולא שאז הגט כפוי, אלא שאז יוצאת כוונתו המקורית - "רוצה אני".** יכול להיות שיש לדייק בלשון - לא כופין אותו בכוח כזה גדול ובלחץ כזה גדול עד שהוא יתרצה וייתן בלי הסכמה, אלא כופין אותו עד שיגלה את רצונו האמיתי, עד שהוא באמת יאמר שהוא רוצה. אם הכפייה כה חזקה, עומדים להרוג אותו והוא צועק ברגע האחרון כדי להינצל שהוא רוצה לגרש, גם לפי הרמב"ם כנראה הגט מעושה שלא כדין.

**סרבנות/ חוסר הסכמה להמיר דת במגדר הקתולי:**

בשנים האחרונות- **סרבנות גט במגזר הקתולי** מאוד מפורסם ונפוץ בין היתר פסק הדין שקראנו. **תמ"ש 14177-03-09 נ.ע נ' ע.ע** והערעור שבעקבותיו **עמ"ש 45532-02-13 פלונית נ' אלמוני.**

נישואים קתולים כמעט ואינם ניתנים להתרה, לכן בקושי יש מקרים של סרבנות. יש זיקה לסרבנות בסירוב המרת הדת הזמנית, שאומרת שניתן להמיר את הדת בחזרה- עולה השאלה האם צד אחד יכול להמיר דתו ובכך בעצם להתגרש כדין, או שמא הנישואים מלכתחילה לא היו חוקיים. לא מוזכר בפסקי הדין מקרה כזה, ולכן אין תשובה חד משמעית.

בפס"ד, **השופטת מירז** אומרת שסרבנות היא סרבנות. בית הדין הכנסייתי פסק שהם צריכים לחיות בנפרד בגלל הבגידה. ביהמ"ש אומר שאם בן הזוג לא מתאמץ, עליו לעזור להפרדת הנשואים, ואם אחד הצדדים מסרבים להמיר דתו הוא עשוי להיחשב כסרבן גט. ביהמ"ש השלום קיבל את הטענה שהאישה אמרה שתמיר דתה. ביהמ"ש מחוזי לא מקבל את הטענה הזו- לא הוצגו הראיות הרלוונטיות. ביהמ"ש מחוזי קובע שאם הערכאה אומרת סרבנות= סרבנות. הערכאה השנייה אומרת הסכמה= הסכמה. ברגע שחוזרת בה מההסכמה משמע היא לא מסכימה. הבעל טוען בשלום לענייני משפחה לפיצוים. הפיצויים לעתיד סוג של "מכריחים" את האישה להמיר דתה ולהתגרש. העניין של אונס ממון לא קיים בדת הקתולית כי אין עניין של סרבנות גט, ולכן הפיצוי ניתן כתמריץ תשלומי.

הפסיקה משווה בין סרבנות הגט היהודי לנוצרי, ובמיוחד בין הדתי והחילוני. ההשוואה בעייתית כי סרבנות גט נתפסת ביהדות כמשהו שלילי מבחינה חברתית, וכדי לא לסרב מה שצריך לעשות זה לתת את הגט. תביעת הנזיקין יכולה להיות בעייתית, במגזר הקתולי יש בעיה כי צריך לכפות המרת דת ופיצוים- יש התערבות בחופש דת, אפילו אם הערכאה הראשונה לא חושבת כך.

ניתן לומר כי הרצון להתגרש הוא ביטוי לחירותו של אדם. ומכאן שיש התנגשות ערכים.

אם יש הסכמה על המרת הדת זה מתקבל והכל בסדר. הבעיה כמובן מתעוררת כאשר אין הסכמה/ הייתה חזרה מההסכמה. עולות השאלות שקשורות לבעייתיות של החזרה מההסכמה, מתח נזיקי/חוזי/ חברתי.

ביהמ"ש בערכאה חדשה שם דגש על המניע לחזרה מההסכמה, שהמניע לא מספק. השופטת אומרת שההנחה שלה שהחזרה בה מההסכמה לא נובעת מאידאולוגיה דתית אלא מרצון לנקום בבעל. השופטת באמת אומרת את זה כי יש דם רע ביין בני הזוג. מה שעומד בהנחה- האם עמידה על הבטחה להמיר דת, הבטחה שמזכירה חוזה, אך לא ברור כי יש יחסים חוזיים.

למה לא ברור? לא מספיק הבטחה בע"פ ממס' טעמים:

1. דיבור בין בני זוג עם יחסים אינטימיים לא תמיד מהווים כוונה ליצירת יחסים משפטיים. לא הייתה הבטחה- לא בטוח שנוצר חוזה, כדי לתבוע בחוזה= חייב חוזה. כדי לתבוע בנזיקין לא חייב חוזה.
2. שינוי סטטוס בשילוב הבטחה הוא קשה וחמור יותר ולא מובנים מאליהם (במקרה הזה- המרת דת לטובת גירוש).

משני טעמים אלו- לא ניתן לראות בדיבור בין בני זוג כרצון ליצור יחסים משפטיים.

1. מקרים נוספים בהם ביהמ"ש לא יתערב- הפרת חוזה, דיני נזיקין: המחוקק בעצמו קבע **בס' 62 לפק' הנזיקין- נישואים לא יחשבו חוזה לצורך תביעת נזיקין!**--- לא רלוונטית אבל מהווה ביטוי לכך שהמחוקק לא ממהר לראות נישואים בין בני זוג כחוזה.

תביעות נזיקין שקשורות בנישואים וגירושים לא מתקבלים בדר"כ.

לסיכום העניין, **דעתו של שמואלי היא כי למרות שביהמ"ש לא מסתכל על עניין המניע באופן בהיר ומודגש, הוא כן היה צריך לעשות כן כי המניע משנה: - נקמנות/ חופש דת**. המרה זמנית היא אפשרית מבחינה 2 טיעונים ליברלים: **אוטונומיה שלה לקיים את חופש הדת, ומנגד אוטונומיה שלו להשתחרר מנישואים**. כאשר המרה זמנית מתקבלת חברתית ודתית (הסכמה של חכמי העדה)- **אפשר לראות בכך עילה לקבלת פיצוי.**

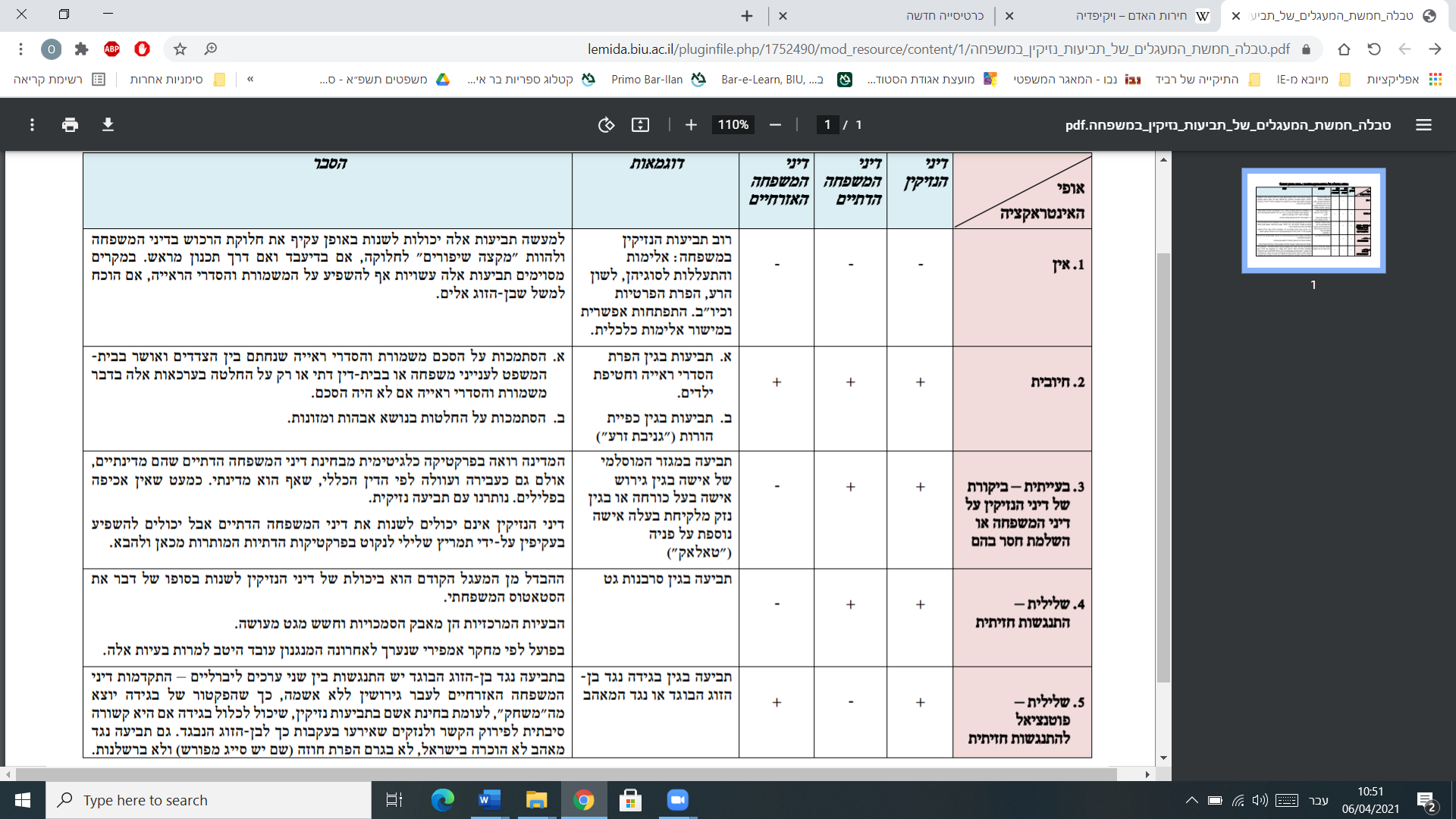
אם המניע נקמני- לא יקנה סעד אכיפה אלא פיצוי. דווקא בהמרה זמנית יש מקום למתן פיצוי. נוסף לכך יש לזכור כי חופש הדת לא מקודש ברמה גבוהה- יש סיוגים שעלו עליו.

אחת התשובות ביחס לטענה שלא היה רצון ליצור יחסים משפטים, אם המניע נקמני- גם כאן יש מקום למתן פיצוי.

* נוסף לכך- ניתן לראות בעניין את ההבדל בין ס' 12 לס' 39 לחוה"ח הכללי- לעניינו לא קריטי כי הסעד הניתן הוא בכל מקרה פיצויים. [תו"ל במו"מ ובמהלך מו"מ]
* בביהמ"ש יש זכות בכורה עולמית לבית המשפט למשפחה- מקרים שנדונים בבתי המשפט משפחה כגון זה ייחודים לישראל.

**5 המעגלים של תביעות נזיקין במשפחה**

החלוקה של פר' שמואלי לשאלת האינטראקציה בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה:

החל מאין אינטראקציה ועד לאינטראקציה חזקה, שיכולה להוות סתירה בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה. יש חלוקה חדה בין המעגלים אך מדובר בדרך הצגת הנושא והצגתו, לא מעגלים מחייבים.

**בג"צ הכריע כי באשר לענייני נזיקין בתא המשפחתי הסמכות היא בידי ביהמ"ש שלום לענייני משפחה.**

**המעגלים**

מעגל 1: אין אינטראקציה בין דיני נזיקין לדיני משפחה

מעגל 3: ביקורת של דיני הנזיקין על דיני המשפחה

מעגל 4: אינטראקציה שלילית, התנגשות חזיתית

מעגל 5: פוטנציאל להתנגשות חזיתית (שלילית)

מעגל 2: אינטראקציה חיובית בין דיני משפחה ודיני נזיקין

**מעגל 1- אין אינטראקציה בין דיני הנזיקין לבין דיני המשפחה**

לפחות לכאורה

דוגמאות:

* אלימות והתעללות לסוגיהן-פיזית, נפשית, מינית...(כלכלית?)- **שאלה שעלתה בשנים האחרונות היא סביב האלימות הכלכלית**- כיצד יש להתייחס אל הטענה אודות אלימות כלכלית. אלימות נפשית היא סוג אלימות שקשה להוכיח ופחות נדונה בבתי המשפט, אומנם עם התפתחות הפסיכולוגיה יש יותר מקום להערכה ולהתחשבות נזיקית לאלימות הכלילית (עדיין פחות מקובל). בחזרה לשאלה על אלימות כלכלית- מבחינת המינוח מדובר במושג חדש בעולם המשפט. השאלה היא האם יש דבר כזה בכלל? אולי בכלל שווה לקמצנות, שהיא מידה לא יפה, אך לא בלתי חוקית. (בתביעה שנדונה אודות אלימות כלכלית של הבעל כלפי האישה, העניין נשאר באוביטר- הסיבה לכך היא כי היו עוד אפשרויות תביעה לכן השופטת לא קבעה בעניין זה). הצעות החוק שהוגשו עד כה לא עברו בנושא אלימות כלכלית. **מכאן- אין הכרעה ברורה בחוק בישראל האם אלימות כלכלית יכולה לעמוד כתביעה בפני עצמה, או שהיא חייבת להיות בנוסף לתביעה נוספת (אלימות פיזית למשל).**
* לשון הרע- בוודאי לא קשור לדיני משפחה. אם בעל אומר שאשתו אמרה עליו לשון הרע ודאי שאין אינטראקציה בין לשון הרע לבין דיני המשפחה- **אפילו שמדובר בסכסוך בתוך המשפחה, אך אין צורך לפנות לדיני המשפחה, ניתן לפתור את העניין דרך דיני הנזיקין (ובעזרת לשון הרע)**- דיני המשפחה עצמם באופן ישיר לא נמצאים במקרה.
* הפרת הפרטיות
* אי דיווח- קשור למשפחה אך לא קשור לדיני המשפחה. למשל- בחוק העונשין יש ס' 368ד' (רבתי)- חובת דיווח: בעיקרון מחייב דיווח לרשויות על התעללות בילדים. יש חובה לדווח על התעללות בילדים, מכל סוג שהוא- ע"י האחראים עליהם! המקרה הקלאסי הוא אלימות בין האב לילד והאם לא מדווחת- **מקרה בעייתי כי לפי הס' יש חובת דיווח של האם, אבל המציאות היא מציאות בעייתית.** [יש מקרים בהם הילד שהתעללו בו- הילד תובע את האבא על ההתעללות ואת האימא על אי דיווח- רשלנות במחדל]. ושוב, למרות שהנושא המשפחתי מאוד נוכח כאן, אין משתמשים בדיני המשפחה! משתמשים בדיני העונשין למשל.
* אי גילוי עבר (מיני/כלכלי/רפואי וכו')- קשור למשפחה אבל לא לדיני המשפחה! יש מצב שבו פלוני לא יגלה על עבר כשיש לו בהיכנסו לקשר מחייב, אך לא ניתן להתייחס לכך בדיני המשפחה. דיני הנזיקין נכנסים כאן לפועלה- אולי רשלנות, אולי תרמית..

סיכום המעגל הראשון- אין אינטראקציה:

**בעצם מדובר על תביעות נזיקין בתוך המשפחה, בין גורמים שונים בתוך המשפחה (בין בני זוג, בין הורים לילדיהם וכו'), והתביעות האלו אינן קשורות, לפחות לא בהכרח, לדיני המשפחה ולפרוצדורה המיוחדת שדיני המשפחה נעזרים בהם.** באופן עקרוני, אותו שופט משפחה עוסק בכל העניינים של בני הזוג! כל התביעות המשפחתיות ידון בפני אותו השופט **one family one judge**. לכך כמובן יש יתרונות אומנם יכול שיבוא לרעת הצדדים "אליה וקוץ בה"- סטיגמות שיש לשופט כלפי בני הזוג למשל.

"לכאורה" אין אינטראקציה- מה זה אומר לכאורה "אין אינטראקציה". למה בכל זאת, למרות שבאופן רשמי אין קשר לדיני המשפחה, בפועל התביעות האלו כן קשור בשימוש דיני המשפחה?

**למעשה תביעות אלה יכולות לשנות באופן עקיף את חלוקת הרכוש בדיני המשפחה**. תביעות יכולות להוות "מקצה שיפורים" לחלוקה, בדיעבד או דרך תכנון מראש. "לכסף אין ריח"-הכוונה היא שלא משנה מאיפה הגיע הכסף- לא משנה מאיזה כיוון "תוקפים את התביעה". נניח וזוג מחלק רכוש ביניהם, ונניח ואחד מבני הזוג חושב שהחלוקה לא הוגנת- יש סיכוי שבן זוג יצא לא מרוצה מחלוקת הרכוש ואז הוא יכול ללכת בדרך של דיני המשפחה ולא רק דרך המקומות הנזיקיים למשל. בנוסף, יש מקרים מסוימים (כמו שהוזכרת כאמור) בהם תביעות אלו יכולות להשפיע על המשמרות והסדרי הראיה בין בני הזוג, במקרים שהוכח שבן הזוג אלים למשל- ישפיע גם על דעתו של השופט (היחיד, כאמור) בבית המשפט משפחה.

**אומנם, למרות שאין אינטראקציה במקרים מסוימים בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה- יש השפעה של דיני המשפחה על דיני הנזיקין. דיני המשפחה כל הזמן נמצאים ברקע!**

**תביעת הנזיקין יכולה להגשים מספר רצונות:**

1. "מטרת קנטור"- לא כמו בפלילים. הכוונה היא לעצבן את הצד השני, ולהציג איזה שהיא תביעה במטרה שתייאש/ תלחיץ את הצד השני ותגרום לו הוצאות נוספות בתביעת נזיקין וכו'. יש מצב גדול בו מי שמגיש את התביעה לא מתכוון להגיע עימה ל"קו הגמר" אלא נטו לגרום לצד השני להתייאש, להוציא הוצאות נוספת על תביעת נזיקין ובסופו של דבר לוותר.

* יש תביעות שילד תובע את הוריו. נניח בעסקים משפחתיים משותפים- סכסוך מתוך דיני החברות. עולה שאלה האם יש מקום לדיני המשפחה? זו דוגמה לסיפור פחות דרמטי כי הרקע הוא עסקי. לא קשור לדיני המשפחה באופן חד משמעי והמקרים האלה ידונו ככה"נ בבית משפט רגיל/עבודה, לא משפחה.
* דוגמה מעניינת היא ש"א (ת"א) 132254/98: מדובר על מקרה בו הורה תבע את הילד שלו הבגיר ואת כלתו ואת הוריה בלשון הרע והפרת הפרטיות. הרקע הוא: האבא והבן לא מדברים מספר רב של שנים, והבן והחברה מתחתנים- הבן נמצא בדילמה: האם להזמין את האב או לא? הרי הוא לא מדבר עימו שנים. במקרים רבים, מי שחתום על הזמנות לחתונה הם ההורים של הצדדים. ככה"נ מחליט שלא להזמין את האבא. הבעיה מעוררת כאשר צריך להחליט מי חתום על ההזמנה? הם מחליטים לכתוב את האבא כמזמין. האב מגלה את כל המיידעים האלו (על החתונה+ שהוא חתום על ההזמנה לחתונה). האבא כועס עצבני וכו' ומגיש תביעה נזיקית בעזרת עו"ד, ותובע את בנו, כלתו ואת הורי כלתו (החתומים על ההזמנה) בלשון הרע והגנת הפרטיות. יש שאלה מה האבא רצה להשיג בתביעה הזו? כסף? לחדש את הקשר? להשלים? הכרה וחרטה? יכול להיות שמאמין שהשופט יעזור לו לעשות סדר בין הצדדים. יכול להיות שהפיצוי שיצטרכו לתת יהווה עבורם תמריץ לחזור לקשר עם האב. הרבה אפשרויות יכולות להוות את הבסיס לתביעה, על אף שהיא נשמעת תמוהה מאוד. השופט בדוק את לשון הרע (לא תביעה רלוונטית בכלל- לא גורם להשפלה/ לביזוי וכך תובע את התביעה בהקשר הזה) והגנת הפרטיות (גם אם הפרו את הפרטיות של האבא ע"י שימוש בשם שלו על ההזמנה, זו לא עילה מספקת). – בכל מקרה אין קשר לדיני המשפחה!!!!!
* לפי המקרה הזה ניתן לראות כי בהרבה מאוד מקרים בתי המשפט לענייני משפחה לא נותנים "פתרון קסם" למקרים בתוך המשפחה, למרות שמטרת העל של בית המשפט היא ליישב סכסוכים, לא תמיד עובד לו והמטרה הזו לא מתגשמת, ולעיתים ניתן לראות כי בתביעות כאלו שמגיעות לבתי משפט (נזיקיות למשל) דווקא ריבוי ההתדיינות יכולה להוות את תחילת הסוף ולהביא למטרה ההפוכה.

**מעגל 2-אינטרקאציה חיובית**

**אפשר להתייחס לכך כ"דיני הנזיקין כסוכן של דיני המשפחה"**- דיני הנזיקין מסתמכים על החלטות בדיני המשפחה!- דיני המשפחה "ישמחו" מאוד על ההתערבות הזו- הופרה זכות שלא ניתן להתייחס להפרתה במסגרת הכלים בדיני המשפחה- ודיני הנזיקין עוזרים להתמודד עם ההפרה דרך פיצוי/הרתעה.

1. **סנקציות אזרחיות שלא קיימות בדיני המשפחה**- כמו פיצוי (קים בנזיקין ולא במשפחה) ואז שיש הפרות של נורמות בדיני המשפחה, ואין הן יכולות להתמודד עם אותן הפרות- דיני הנזיקין מפצות על עוולות העבר בתוך מה שנקרא הפרות בדיני המשפחה.
2. **מטרת פיצוי על עוולות עבר וגם מניעה והרתעה לעתיד**- מבחינת הניזוק עליו להראות שהייתה לו זכות בדיני המשפחה שיכולה לקבל על הפרתה פיצוי מדיני הנזיקין. התובע צריך להראות את הזכות בדיני המשפחה (עניין משפטי), עניין עובדתי: להראות שהזכות הופרה, ולהראות שהעוולה נכנסת לאחד העוולות הרלוונטיות מדיני הנזיקין. חלק מהעוולות בתא המשפחתי היא שיש להן השפעה על הטווח הארוך. כאמור, במקרים מסוימים הפיצוי הוא על מקרי עבר, ובמקרים מסוימים מהווה תמריץ למעוול/ למזיק להפסיק את העוולה במקרה של עוולה נמשכת.

דוגמאות:

* **תביעות בגין כפיית הורות- "גניבת זרע**": בדר"כ כפיית אבהות. מצב שבו אדם הופך להיות אבא בעל כורחו והוא לא יכול מכל מיני סיבות (רומן אסור/ צעיר מדי וכו')- יש פה נזק ממוני (גידול הילד עולה הרבה כסף) בהנחה שבני הזוג לא ביחד- יש תשלום מזונות לכן הנזק הוא ממוני. הסוגייה בעניין מוזכרת הרבה פעמים כ"הולדה/חיים בעוולה". **לדעת פרופ' שמואלי הסוגייה צריכה להיות מוזכרת ל"הריון בעוולה"- מצב בו נולד ילד בריא לגמרי אבל לא רצה שיוולד. ההשוואה מעניינת כי גם בסוגיית "גניבת זרע" וגם בסוגיית "הריון בעוולה" עומד במרכז הסוגייה ילד בריא! זה יכול להיות נזק ממוני (תשלום מזונות) וגם לא ממוני (סבל, צעיר מידי ולא מכון להיות אב, יהרוס תוכניות עתידיות)- התביעה היא תהיה בנזיקין**.

בהריון בעוולה- הנתבע הקלאסי הוא הרופא, זה שהיה אמור למנוע את ההיריון ולא מנע, הם רוצים שיפוי מהרופא- מה שהם ישלמו על גידולו הם יתבעו מהרופא. באשר לבעיה זכויות הילד- לא בעייתי כי למרות שלא רצו עדיין דואגים לו ומגדלים אותו כמו שצריך. תביעת הריון בעוולה כן מתקבלת ברחבי העולם. בעצם התביעה של גניבת זרע- יש בעיתיות כי האבא תובע את האימא- הילד הוא נזק ממוני עבורי והוא המזונות, לא רצה את הילד. המעגל שנמצאים הוא שהאינטראקציה חיובית- תביעה נזיקית להחזר מעשי של המזונות לאחר שהילד בגר- בביהמ"ש תביעה בגין נזק ממוני תתקבל. הבעיה: **זכויות הילד- אם האימא תחזיר את תשלומי המזונות לאב כתוצאה מהפיצוי של תביעת נזיקית- יש פה עניין כלכלי, בפועל האימא לא תקבל מזונות, כי תיאלץ להחזיר אותם.** מה שיפגע בסופו של דבר הם הזכויות של הילד.

הנושא לא נדון בעליון אך בפתרון שהוצע בערכאות הנמוכות יש פסקי דין שמכירים במנגנון תביעת הנזיקין- לקבל החזר דה- פקטו בבגרותו של הילד כדי שלא יפגעו זכויות הילד ותשלומי המזונות! לתת לאישה את החובה להחזיר את הכסף בתביעת נזיקין נדחית.

ביקורת פמיניסטית על הסוגייה- "ייזהר השוכב"- אדם שסמך על האישה שהיא משתמשת באמצעי המניעה- הם לא 100% הגנה. לכן- אפשר לטעון- הוא הסתמך על כך ולא שם בעצמו אמצעי מניעה (קונדום, קוטלי זרע וכו')- יש גם לגבר אפשרות להיזהר! לא רק להסתמך על האישה! קארין יפת לא מסכימה עם מגמת הפסיקה המוזכרת לעיל- הכלל צריך להיות שלא צריך לקבל טענה של "אבהות כפויה"/"גניבת זרע". ונכיר בחריג מוגדר ומצומצם- מתי שעצם ההסכמה על קיום המגע המיני שנויה במחלוקת, דבר שעשוי להיות פגיעה פלילית.

יש הסתמכות על החלטות במשפחה- ברגע שהאבא צריך לשלם זה אומר שהוא האב המשפטי שחייב במזונות. לא תמיד אבא ביולוגי הוא אב ביולוגי. **זכויות הילד נמצאות על הכף.**

* **תביעות בגין הפרת הסדרי ראייה וחטיפת ילדים:** שניהם עולים מאותו השורש.

ראשית- מה היא הסיטואציה של הפרת הסדרי ראיה?

**הסדרי ראייה= מצב שבו ביהמ"ש עוסק בשאלה חלוקת משמרות בין הורים**- הורה "משמורן"-ההורה שהילד בחסותו, והורה השני "המבקר"- בדר"כ יהיה הסידור כך שהאם היא ההורה המשמורן והאב הוא ההורה המבקר. (דוגמה לכך יכולה להיות הסדרי ראיה של פעמיים בשבוע, סופ"ש שני וכו'....). יש שתי חלופות:

1. הסתמכות על הסכם משמורת והסדרי ראיה שנחתם בין הצדדים בביהמ"ש לענייני משפחה/ בבית דין דתי: ההורים מסכימים על הסדרי הראייה, חלוקה מוסכמת וכו'. במקרה ויש הפרה- גם חוזית וגם החלטה שיפוטית.
2. במידה ולא מגיעים להחלטה יש הסתמכות רק על החלטה בערכאות אלה בדבר משמורת והסדרי ראייה.

אילו הפרות יכולות להיות?

1. **המבקר לא מבקר, ולכן גורם נזקים ממוניים למשמורן**- כל מיני מקרים קטנים שיכולים לגרום לנזקים כספיים. לטווח קצר ולטווח ארוך. נניח שאבא של פעם לא מרגיע לאסוף את הילד באופן עקבי. יכול להיות נזק ממוני בגלל בייביסיטר, הפסד שעות בעבודה וכו',. יכול גם להיות נזק יותר קיצוני- פיטורי האם מהעבודה.
2. **המשמורן לא מאפשר למבקר לבקר, וגורם לו נזקים לא ממוניים**- בעצם כך לא מאפשר לו לממש את הורותו. במקרים קיצונים יכול להיות ניכור הורי. המשמורן חוסם את המבקר מלבוא/ חוסר מהילדים לבוא למבקר. החסימה יכולה לגרום לנזק לא ממוני, רגשי. בהרבה מאוד מקרים יש "תירוצים"-למשל מקרה בו האימא לא מאפשרת לראות את הילדים מסיבות כאלה ואחרות.

ניכור הורי- ניכור של הילדים נגד ההורה. הטענה היא כי המצב לא היה כך אלא הילדים עברו סוג של "שטיפת מוח" נגד ההורה.

**הסנקציות שקיימות נגד הפרה לא מאפשרות פיצוי במסגרת דיני המשפחה, אלא רק: שינוי הסדרי ראייה/ החזרת הילד החטוף/ ביזיון ביהמ"ש (הפרת החלטה של ביהמ"ש, אפשר להילחם בו בסנקציה זו-פלילית [קנס(=פלילי) לטובת הרשות/ צו כנגד המפר]. אולם, בגלל שקנס אינו נגד הניזוק, הניזוק צריך להגיש פסק דין נזיקי.**

**3*.תמ"ש (ת"א) 58523-05-19 א.ה נ' נ.ג*-** זוג הכיר באינטרנט. התובע רווק בן 32 והנתבעת גרושה בת 35. השניים ניהלו קשר קצר בן מספר שבועות במהלכו הרתה הנתבעת ולצדדים נולד בן משותף (כיום כבן 4.5). הנתבעת הגישה תביעת אבהות ותביעת מזונות במסגרתם, כי הוכח שהילד הוא של התובע. כן ניתן תוקף של פסק דין להסכמות הצדדים במסגרתם חויב האב במזונות הקטין. מאז הולדת הקטין מסרב האב להיות בקשר עם בנו הקטין. תמ"ש זה עוסק בשתי תובענות: הראשונה תביעת האב, לחייב את האם, בסך 250,000 ₪ בגין עוולת התרמית, הפרת חובת תום הלב בכך שהציגה האם בפניו מצג כוזב – הן ביחס לגילה האמיתי והן ביחס לכך שהיא נוטלת אמצעי מניעה ובכך שהנתבעת גרמה לו להיות אב "בעל כורחו". השנייה תביעה להליכי ביצוע לפי [סעיף 7](http://www.nevo.co.il.eu1.proxy.openathens.net/law/98460/7) ל[חוק ביהמ"ש לענייני משפחה](http://www.nevo.co.il.eu1.proxy.openathens.net/law/98460), בה עתרה האם לחייב את האב בקנס בסך 1,500 ₪, בגין כל יום בו לא מקיים האב זמני שהות עם הקטין, כפי שנקבע בפסק דין. ביהמ"ש דחה תביעה ע"ס 250,000 ₪ שהגיש אב בגין "גניבת זרע". כן דחה ביהמ"ש את תביעת האם לחייב את האב לקיים קשר עם הקטין ולקבוע זמני שהות עימו, תוך הטלת סנקציות לשם הבטחת קיומם . התובענות נדחות מהטעמים הבאים:

תביעת האב: ראשית עולה **שאלה ערכית** האם תרמית שתוצאותיה הענקת חיים לילד בריא מהוה עילת תביעה ראויה. בישראל מרבית המקרים של "גניבת זרע" לא התקבלו, כי גם בשימוש באמצעי מניעה עדיין יש להביא זאת בחשבון. לפיכך נזק ממוני (כפועל יוצא מהחיוב במזונות) לא מתקבל. **בדבר התרמית**- יש להוכיח 5 יסודות מצטברים: 1. היצג כוזב של עובדה; 2. העדר אמונה באמיתות המצג מצד המציג, גם אם ההיצג נעשה מתוך קלות ראש; 3. כוונה שהתובע יוטעה ע"י המצג ויפעל בהסתמך עליו; 4. התובע הוטעה ופעל על סמך המצג; 5. התובע סבל נזק ממון עקב פעולתו על סמך המצג. לא עלה בידי התובע להוכיח הנדרש ברמת ההוכחה המוגברת.

**מצג שווא**- בהתייחס לשימוש הנתבעת באמצעי המניעה ביהמ"ש מציין כי עד היום טרם הוכרעה בביהמ"ש העליון השאלה העקרונית האם ראוי לחייב אישה בתשלום פיצויים בגין מצג שווא כלפי גבר בנוגע לשימוש באמצעי מניעה או בנוגע להעדר יכולת להרות. עוד נקבע בפסיקה בישראל כי גבר המקיים יחסי מין צריך להיות ער לכך כי בעשותו כן הוא נוטל על עצמו אחריות לכל התפתחות היכולה לנבוע בדרך הטבע מקיום היחסים, ורצונו או אי רצונו בהולדת ילד אינם רלוונטיים, כיוון שאין לאדם שליטה אבסולוטית באפשרויות הביולוגיות היכולות לנבוע מקיום היחסים. אולם בכמה פסקי דין של הערכאות הדיוניות נקבע כי אי שימוש הגבר באמצעי מניעה בבחינת "יזהר השוכב" הוא לכל היותר בגדר אשם תורם, ואין בו כדי לפטור את האישה כשמועלית נגדה טענה של מצג כוזב, אולם מנגד, במקרים אחרים שופטים הביעו את דעתם כי אין כל מקום להכיר בטענה של גניבת זרע. מכל מקום, במקרה דנא לא עלה בידי התובע להוכיח כי הנתבעת הציגה היצג כוזב של עובדה לעניין נטילת הגלולות במועד הרלוונטי. בנוסף לא הוכח כי התובע הוטעה ופעל בהתאם להסתמך על גילה של הנתבעת. בכל הנוגע לטענה בדבר הפרת חוזה, טיב הקשר בין הצדדים עומד בבסיס הסיווג, אם נקשר חוזה אם לאו. כאשר מדובר ביחסים אקראיים ומזדמנים, כבענייננו, אין בהם כדי להעיד על יצירת קשר ו"חוזה" בין הצדדים ומשכך אין ציפייה כי תתקיים ביניהם חובת גילוי רחבה, פתיחות מלאה ומסירת מידע מורחבת כאילו היו בני זוג תקופה ארוכה וממושכת; העובדה שהתובע ביקש לבצע הפלה (שלא בוצעה בסופו של דבר) וכי הוא מסרב מאז הולדת הקטין ועד היום לפגוש בו או להכיר אותו, גם היא מעידה על חוסר הנכונות לקשר מחייב. באשר לנזקים הלא ממוניים להן טען התובע, אין ספק שנזק נפשי ובושה הוכרו בפסיקה כנזק לא ממוני בר פיצוי. ברם, במקרה דנא, התובע אשר טען למצב נפשי קשה עד לכדי נטייה אובדנית, לא מצא "זמן ללכת לטיפול" לכן אין הצדקה למתן פיצוי בגין אלו במקרה זה.

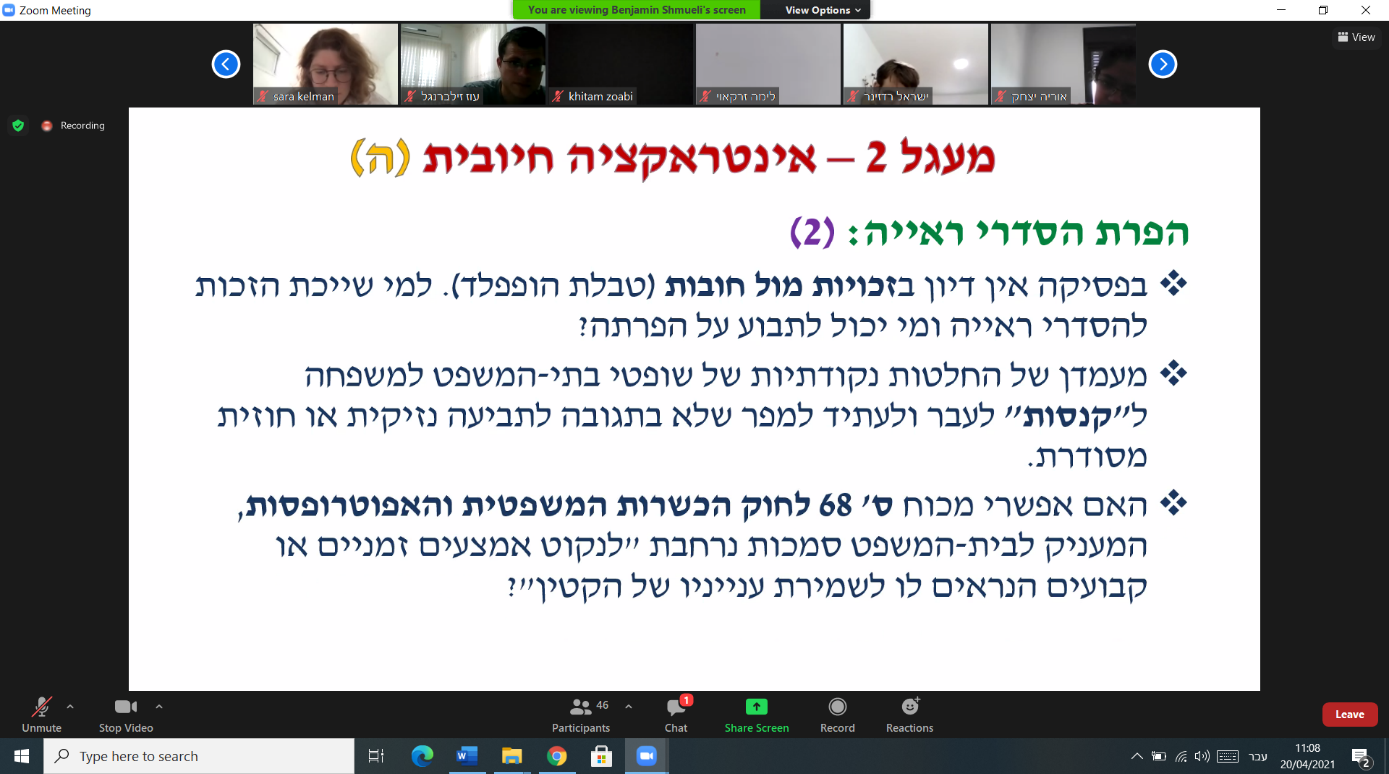
תביעת האם- האב מסרב לקשר עם בנם והיא מבקשת כסף על כל יום כזה/ תשלומי בייביסיטר עבר ועתידים. תביעתה נדחית כי ביהמ"ש לא רואה תועלת בכך, זאת לאור העובדה שבדיון שהתקיים  20.6.18 הסכים האב לקביעת הסדרי שהיה בינו ובין בנו מלמדת , כי הייתה לו כוונה ונכונות לנסות וליצור קשר עם הבן אולם נוכח המורכבות  הרגשית והטלטלות שהוא חווה נוכח שלילת רצונו לעניין הבאת ילדו לעולם ללא שהוא חפץ בכך – לא הצליח הוא לעשות כן בשלב זה. משכך נראה כי חיובו בסנקציה כספית בגין אי קיום זמני שהות אך ירחיק את האב מהאפשרות של חידוש הקשר עם בנו.

**הפרת הסדרי ראייה:**

**בפסיקה אין דיון בזכויות מול חובות. טבלת הופפלד.**

**למה דווקא בישראל עלתה תביעה נזיקית על הפרת הסדרי ראיה?** זה לא מקרה נפוץ בכלל ואולי אפילו לא קרה ברמה עולמית בחיים. הפעם הראשונה שנדונה השאלה הייתה בפס"ד שלום. כך שההכרעה אינה תקדים מחייב. אולם, גם מאז 2007, מתן פסק הדין- אין שטף של תביעות נזיקין בגין הפרת הסדרי ראייה- איך זה יכול להיות?!

1. בפסיקה אין דיון בזכויות מול חובות. מדובר על פסק הדין הראשון בעולם, לכן הוא צריך לתת איזה שהוא דיון בסיסי ראשונה- של מי הזכות? **דיני הנזיקין לא נכנסים לפעולה, כל עוד דיני הנזיקין לא מבררים של מי הזכות.** יש צורך לבדוק למי שייכת הזכות ומי יכול לתבוע על הפרתה. אחרי הדיון על למי שייכת הזכות, אפשר לדון על קש"ס. **אם הזכות להסדרי ראייה היא מצד הילד (אם הילד הוא בעל הזכות)- לא יכול לבוא ההורה שטוען שנפגעו לו הסדרי הראיה- אין אפשרות לתבוע בנזיקין. אבל, לא בטוח זה רק האינטרסים של הילד, אלא גם של הצד השני- כי הנזק הלא ממוני, שלא נותנים להורה לממש את ההורות שלו- הוא הנזק הקשה. אפשר שרק האבא יתבע/ גם הילד וגם האבא.**
2. **ילד שלא רוצה לראות את ההורה- סרבן קשר, אפשר להפחית לו מזונות. גם לילד יש חובות לצד הזכויות.**
3. **למה אין פסיקה כזו נוספת בישראל?**
4. **יש החלטות של "קנסות"-** לא מעט החלטות של שופטי בתי המשפט למשפחה, שבהן אחד מבני הזוג אומרת שגרושה פועל בניגוד להחלטת בית המשפט והיא מבקשת סנקציות מכוח דיני המשפחה (פיצוי היא לא אחת מהם)- ואז הם "קונסים" את הצד שמפר.מבחינת סמנטיקה הקנס מתקבל, אבל בפועל זה פיצוי לכך דבר. מה נותן לבתי משפט את הסמכות להטיל קנסות? מצד אחד מוריד עומס כי לא פותחים מלא תיקים. מצד שני- הרחבה של הסמכות של ביהמ"ש..**- התשובה היא שזה במשך שנים זו פרקטיקה טובה בבתי המשפט. מה שנקרא- פסיקת הוצאות. מרבית השופטים לא מתייחסים למקור הסמכות, אך ניתן לראות את מקור הסמכות מכוח חוק הכשרות המשפטית:**



**זה עונה על השאלה איך אין תביעות נזיקיות בדיני משפחה על המקרים האלה- לא צריך!**

**חטיפת ילד= הפרת הסדר ראייה מהותי- לוקח את הילד באופן לא חוקי ובורח איתו. כל הסנקציות הנ"ל יכולות להיות מיושמות גם במקרים של חטיפה. זה יותר מסובך במקרים של בריחה לחו"ל כי מעורב משפט בינ"ל.**

**מודלים שונים לפיצוי בגין חטיפת ילד:**

1. דיני נזיקין ודיונים בצמצום ההוצאות הממוניות. ההורה שממנו חטפו את הילד צריך לפעול מהר, אבל למען טובת הילד אם עבר זמן רב מאז החטיפה- הילד יישאר שם. זה גם בעייתי כי זה מצריך מההורה המון השקעה והוצאות כספיות רבות- כאשר התביעה הנזיקית הם על כל הדברים האלו מרבית הנזק הוא ממוני. גם יש עניין של הקטנת נזק. מה ששונה מהסדרי ראיה ובין חטיפה למדינה אחרת- כאשר זה לחו"ל יש התערבות של אמנת האג ושם טובת הילד במרכז, כאשר יש הפרת הסדרי ראיה בארץ ותביעות נזיקין, הניזוק הוא באמצע וטובתו עדיפות.
2. דיני החוזים
3. פיצוי במסגרת ההליך הפלילי

***6. תמ"ש (י-ם) 13993/02 פלוני נ' פלונית***

תביעת נזיקין בטענה של מניעת קשר בין האב לבתו (בת שנולדה ללא נישואים). נקבע כי הזיקה בין הורים יוצרת חובת זהירות בנוגע לכל מה שנוגע לילדיהם. האם קבעה לאב תנאים ספציפיים ביותר לניהול הקשר (כשלוש שעות בהן הוא רשאי לקחת אותה לבילוי במקום מוסכם ותו לא). משלא עמד בתנאים אלו, מנעה ממנו כל קשר אל בתו. האב טען לנזק, שכן האמא גרמה למניעת קשר בינו לבין הקטינה ועוגמת נפש.

השופט אלבז: **כאשר האם מונעת מן האב לקיים קשר עם בתו היא מפרה את חובת הזהירות כלפי האב**. מתקיימת דרישת הצפיות, שכן אין ספק שבמקרה בו נמנעים מפגשים בין הורה לבין בנו או בתו הקטינים, עלול הדבר לפגוע בקשר ההורי ובמקרים חמורים יותר, אף להוביל לניתוק הקשר הטבעי ביניהם. במקרים אלה, הנזק לקשר הורה – ילד, עלול אף להיות בלתי הפיך, דבר המונע מההורה למלא את תפקידו הטבעי כלפי יוצא חלציו. כאשר מניעת הקשר הינה זדונית ונעשית במכוון על ידי ההורה השני, קל וחומר שיש לצפות את התרחשות הנזק. מי שמתכוון לגרום נזק ופועל לשם מימוש כוונתו, צופה בוודאי שהנזק המתוכנן יגרם. **קיימת גם חובת זהירות קונקרטית**. התובע והנתבעת הביאו לעולם את הקטינה ובהעדר סיבה מוצדקת, על הנתבעת לאפשר לתובע להיפגש עם הקטינה ולהביא לקשר נורמטיבי ביניהם. הואיל וקבעתי שהנתבעת מנעה מהתובע קשר עם הקטינה והואיל והוכח שמעשיה הביאו לניתוק הקשר ביניהם, דבר שהסב לתובע עוגמת נפש, הרי שנקבע בזה שלתובע נגרם נזק. במסגרת עוולת הרשלנות מוכרת חובת זהירות מושגית לעניין נזק לא רכושי. משהוכח שמעשיה של האם הביאו לניתוק הקשר בין האב לבתו (קש"ס) וכי נגרם לו נזק **קמה לו עילה נזיקית לתביעה.**

לאור האמור לעיל, **הנתבעת תפצה את התובע בגין צער ועוגמת הנפש, בסך 10,000 ₪ ובגין הוצאות מיוחדות בסך 250 ₪.**

**מעגל 3-אינטרקאציה בעייתית**

**עימותים והתנגשויות בין דיני הנזיקין (החילוני) לדיני המשפחה (הדין הדתי) שהוא המשפט הנוהג בדיני המשפחה ובענייני נישואין וגירושים**. כאמור, המטרה במיפוי המעגלים מסייע לבחון את תפקיד דיני הנזיקין בדיני המשפחה. לעיתים הם ימלאו תפקיד של סוכן שתפקידו להורות על הענקת פיצויים מאי גילוי של נורמות של דיני המשפחה כלפיו (מעגלים 1-2)

במעגלים 3-5:נבחן איך דיני הנזיקין מתמודדים עם דיני המשפחה (להתנגש/להתמודד), נורמות מדיני הנזיקין אל מול נורמות דתיות (דיני משפחה).

*מה לדיני המשפחה ודיני הנזיקין? לכאורה לא נראה שדיני משפחה צריכים התערבות חיצונית.*

*בישראל (בגלל הקביעה הראשונית של נישואים וגירושים לפי הדין הדתי)- הופך להיות משפט המדינה, ולכן הנושאים מצויים בהתנגשויות רבות, ערכים דתיים מול ליברלים, יש קונפליקט תמידי.* ***המטרה****: לנסות להבין את נק' המבט ואת הערכים של המערכת הנזיקית בתוך הזירה המשפחתית. דיני המשפחה "מבקשים" מדיני הנזיקין להציל אותם- לתת סנקציות שלא נמצאות בדיני המשפחה (כגון פיצויים).* במעגלים הבאים (3-5), ניתן לראות כי בחלק רב מהמקרים שמים את הערכים של דיני הנזיקין על העליונה- כן מעניקים פיצוי למרות שדיני המשפחה "מסרבים" לקבל את הערכים. לצד אלו נראה מקרים שדיני המשפחה "גוברים" על דיני הנזיקין- לא מקבלים סעדים מהמשפט הפרטי ויתרה מכך- התביעה לא מתקבלת בכלל- מקרים בולטים: בגידה.

אם כן נק' המוצא של המעגל ה3 היא כי יש פעמים שדיני נזיקין גוברים על דיני המשפחה, ולהפך, וזו הבעייתיות.

**המעגל ה3 הוא נק' תפר בשימוש בנזיקין בזירה המשפחתית.** מעלה הרבה שאלות: מתי להשתמש בדיני הנזיקין? רק במקרים חמורים במיוחד? שופך אור על השאלה שהיא בבסיסה שאלה נזיקית, שמשליכה על דיני המשפחה בפרט אבל באופן כללי מעלה שאלה רחבה יותר- מה מקומם של דיני הנזיקין? דרך השאלה הזו אפשר להבין מה דיני המשפחה "אומרים" על התערבותם של דיני הנזיקין בהם? באופן כללי ניתן להגיד כי כאשר אין התנגשות של נורמות נזיקיות אל מול הנורמות המשפחתיות אין בעיה, הבעייתיות כאמור מתחילה כאשר יש התנגשות בין הערכים של דיני המשפחה לדיני הנזיקין.

מעגל 1- מקבלים את דיני הנזיקין בידיים פתוחות

מעגל 2- אדישים להתערבות (כאשר לא מתנגשים בנורמות)

מעגל 3- לא מסרבים בתוקף אך לא מברכים את ההתערבות

מעגל 4- מסרבים בתוקף להתערבות דיני הנזיקין בתא המשפחתי

**ניתוח של שמואלי: יכול להיות שידם של דיני המשפחה על העליונה ברוב המקרים בהם יש התנגשות כי הזירה המשפחתית היא עיקר ההתעסקות, ודיני הנזיקין תפקידם לעזור ותו לא.**

במעגל זה- העניין הוא עימות: יש ביקורת של דיני הנזיקין על דיני משפחה או השלמת החסר בהם.

* תביעה במגזר המוסלמי של אישה בגין גירוש אישה בעל כורחה או בגין נזק מלקיחת בעלה אישה נוספת על פנייה (פוליגמיה, ביגמיה)- תביעת האישה היא דרך עילת עוולת הרשלנות (חלה גם במעשה מכוון) וגם דרך עוולת הפרת חובה חקוקה. **בפס"ד סולטן נ' סולטן**- פסיקה תקדימית שאדם שגירש אישה בעל כורחה זה מפר את הפרת חובה חקוקה של דיני הנזיקין. במעגל הזה העוולות הרלוונטיות הין עוולות מסגרת: רשלנות והפרת חובה חקוקה.

השופט מנתח את שתי העוולות ומגיע לתוצאה כי למרות שהאישה מבקשת פיצוי כלשהו השופט פוסק לטובתה סכום מופחת מהפיצוי. השופט מאשים את הבעל בשני הסעיפים.

יש אינטראקציה בעייתית בסוג של ביקורת או השלמה: המדינה רואה בפרקטיקה הזו (ביגמיה, פוליגמיה) כמשהו לגיטימי מבחינת דיני המשפחה הדתיים (גם אם לא רצוי), אבל גם רואה בזה כעבירה ועוולה לפי הדין הכללי. מבחינת המוסלמים- גירוש אישה בעל כורחה אינה רצויה והעדיפות היא לגירושים מוסריים יותר. מצד אחד- המדינה נתנה לדין השערי את הכלים האלו (כלים לא רצויים אבל אין מנוס ואין מה להתווכח, הביגמיה והפוליגמיה תקפות בישראל). מצד שני, הדין הליברלי והחילוני מתייחס לעניינים האלו כעבירה! מבחינת הדין השערי, התייחסות למקרים אלו היא מעוטה מאוד, אין מה לעשות מבחינת מערכת הדין המוסלמית. דיני הנזיקין אינם יכולים לשנות את דיני המשפחה הדתיים, אבל יכולים להשפיע בעקיפין על ידי תמריץ שלילי לנקוט בפרקטיקות הדתיות המותרות מכאן ולהבא. התמריץ השלילי הוא מבחינה פלילית- תמריץ ע"י תשלום להשגת המטרות. בפועל אין אכיפה כמעט על העניין הזה מבחינה פלילית. כיוון שאין אכיפה פלילית החלופה היא נזיקית- מרבית התביעות מתקבלות. יש התערבות עדינה יחסית בין התערבות פלילית (בה אין אכיפה) ובין אי התערבות בתוצאה הדתית הדינה בדילמה : מצד אחד, הכלי הכי חזק של המדינה הוא המשפט הפלילי והמדינה לא משתמש בו, ומצד שני אין המדינה יכולה להתערב בדין הדתי. לכן האופציה שנבחרה היא התערבות ע"י שימוש בדיני הנזיקין.

מכאן עולה השאלה האם ההתערבות מוצלחת?

**מצד אחד, לא מוצלחת.** יש עבירה פלילית וצריך ללכת עד הסוף! המדינה צריכה לפעול בכלים הכי "כבדים" שיש בידיה- המשפט הפלילי. **מצד שני** אפשר להבין את חוסר ההתערבות, כי המדינה בוחרת במסלול ביניים נוח (ואולי אפילו קצת נוח מידי לדעתו של שמואלי)- המדינה כן נותנת פלטפורמה להגיש תביעה בגין עוולות אלו (במסגרת דיני הנזיקין והמשפט הפרטי)-בהן האישה היא הניזוקה והיא גם זו שמנהלת את כל ההליך כנגד הבעל המגרש/ הביגמיסט- כלומר לא פלילי אבל יפגע בכיס.

**המסקנה היא שזו התערבות לא מוצלחת במיוחד- מצד אחד לפחות יש פלטפורמה להגשת תביעות במקרים האלו ויש הכרה בהן כעוולות, ומנגד כל עול התביעה ונטל ההוכחה מונח על כתפי הניזוקה, האישה. באופן כללי- שמואלי די בעד הפתרון של שימוש בדיני הנזיקין להשגת מטרות אלו (כך לפי המאמר שלו), אבל חושב שזה לא הוגן כלפי האישה.**

***9. המאמר של שמואלי באנגלית: Tax, Don’t Ban: A Comparative Look at Harmful but Legitimate Islamic Family Practices Actionable under Tort Law***

מבוא:

הגירה מסיבית של מוסלמים למערב בשנים האחרונות העלתה את השאלה אם השריעה צריכה לחול על זוגות מוסלמים החיים במדינות אלה. הנושא חמור במיוחד כשמדובר בחיי משפחה **ובאפשרות להשתמש בחוקי הנזיקין במקרים של מנהגים דתיים מזיקים המותרים על פי החוק המוסלמי, אך מנוגדים לערכים ליברליים**. השימוש בחוקי הנזיקין כפתרון רך, כלומר, **מיסוי בפועל** במקום איסור על ידי סנקציות פליליות עשוי להיות פתרון מאוזן ויעיל, לפחות בחלק מהמקרים.

המאמר מראה את השקפה זו במקרה של פיצוי נזיקין על הטלאק (דחייה, גירושין חד צדדיים נגד רצון האישה) במדינות שונות. פתרון מאוזן ויעיל יחסית זה, המשמש רק במדינות מסוימות, יכול לשמש כמעט בכל מקום בעולם כדי לסייע בהתאמת הנורמות הדתיות בחברה שבשם הרב-תרבותיות מבקשת לא לכלול קבוצות מיעוט ועולים בדחיית מנהגיהם והנורמות שבהם .

שימוש בחוקי הנזיקין כפתרון עשוי **לאפשר לחברה המחזיקה בערכים מערביים להתמודד עם חוקים דתיים שאינם עולים בקנה אחד עם ערכים אלה.** טאלק הוא רק מקרה מבחן. פתרון ה"נזיקין", המעודד תמריצים להתנהגויות המזיקות אך הלגיטימיות של משפחות האסלאם במדינה המערבית, יכול להיות מותאם למצבים אחרים, כגון ביגמיה, סירוב לתת גירושין בקהילה היהודית ועוד.

טאלק: גירושין בינלאומיים נגד רצון האישה והמכניזם של המוהר:

**טאלק זה גירושין באופן חד צדדי**. הבעל יכול לגרש את האישה בעל כורחה. טאלק הוא נוהג לא שוויוני ומפלה מכיוון שזו זכותו הבלעדית של הבעל; לנשים אין זכות דומה.

המאמר מתאר מצב שבו בעל מוסלמי מממש את איומיו ומגרש את אשתו בעל כורחה. האישה נותרת רק עם המאהר, שמסתכם רק בכמה אלפי דולרים. במדינה שפועלת לפי משפט אזרחי, תהיה האישה זכאית לקבל סכום גדול בהרבה בחלוקת הרכוש על פי דיני המשפחה האזרחיים-ליברליים, ונוצר ניגוד בין הדין הדתי שמעניק לה רק מאהר, לדיני המשפחה האזרחיים.

**מנהגים דתיים, כגון טאלק, תקפים על פי חוקי המשפחה הדתיים, אבל באותו הזמן פוגעים קשות באינדיווידואליזם ובזכויות האישה ולמעשה הדבר מעוות וממקם את האישה במצב של נחיתות.**

**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 פתרון פשרה, המאזן בין אינדיבידואליזם לרב תרבותיות על ידי יצירת תמריצים כספיים להתנהלות הלא רצויה באמצעות המשפט האזרחי הפרטי- דרך דיני הנזיקין**; במילים אחרות, שימוש בפעולות אזרחיות כדי לתבוע פיצויים בגין הנזקים שנגרמו כתוצאה ממיסוי דתי על ידי מיסוי אזרחי ולא על ידי איסור על הנוהג התרבותי. בדרך זו מקיימים שני הערכים: אישור של טאלק והמאהר, אך עקיפה של התוצאות הכספיות הגרועות של יישום המהר. כך, בפועל, טאלק מוכר, אך העוקץ מוסר מהמאהר, והאישה המוסלמית יכולה 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).**

המאמר מחלק את המדינות ל-3, ומדבר על האפשרות לקבלת פיצוי נזיקי במדינות אלה.

**פלורליזם משפטי, וההרמוניה שנוצרת בין דיני המשפחה הדתיים לנזיקיים:**

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.

יתכן שניתן לטעון כי הפרדה כזו איננה רק שיקוף של פלורליזם משפטי, אלא גם יוצרת הרמוניה בין דיני המשפחה הדתית, העוסקים בפן הסטטוס, לבין דיני הנזיקין, אשר נותנים מענה לנזקים. נראה כי ההפרדה מבטלת את הקונפליקט בין שני המימדים, ויוצרת חברה ליברלית ודמוקרטית יותר על ידי הרמוניה של שתי תחומי משפט. מכיוון שלא צפוי כי דיני נזיקין ישפיעו על מצב משפחתי, הפרדת הזכות לשני היבטים מציעה פתרון חדש וליברלי: פנייה לחוק נזיקין אזרחי, מתוך הבנה שרק דיני משפחה דתיים יכולים לשנות מעמד אישי.

(מנגד, ניתן לומר כי אין כאן הרמוניה וכן יש השפעה על הסטטוס ולכן יש ניגוד עם דיני 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. גירוש של אישה בעל כורחה היא עוולה ועשויה להיות מנוגדת לתקנת הציבור, אולם בתי המשפט האזרחיים המערביים לא צריכים להכריז על טאלק כפסולים, כפי שהם עושים לפעמים, או לאסור באופן כללי על בתי משפט להכיר בשריעה בכלל, וגם לא צריכים להעניק הכרה גורפת לטלק, ללא שום תרופה אפשרית לאישה הפגועה. במקום זאת, עליהם לפסוק פיצויים, מבלי לשנות את המצב המשפחתי, גם אם הרכוש חולק על פי ערכי משפחה ליברלים, מכיוון שהאישה נפגעת רגשית. כל פתרון אחר עלול לפגוע באיזון העדין בין חוקים ותרבויות, זכויות אדם וחופש הדת. השימוש במנגנון הנזיקין אינו יוצר הרמוניה בין השריעה לחוק הנזיקין, אלא רק פשרה. גם אם פשרה זו פוגעת בחלקה בחוק הדתי, היא נראית מאוזנת, והפגיעה עשויה להיות בלתי נמנעת בעידן של זכויות אדם.

עולה כי דיני הנזיקין מעבירים את המסר **שכאשר תוצאת הדין הדתי-משפחתי אינה תואמת אינדיבידואליזם וזכויות אדם ליברליות בכל הנוגע למעמד, הוא מבקש לבטל פרקטיקות מזיקות על ידי מתן פיצויים, אפילו במחיר של עימות מסוים עם חוקי המשפחה הדתית.** ובתי משפט, בגבולות מסוימים; עם זאת, מדובר בעימות עדין יחסית מכיוון שהמדינה אינה מבטלת את הנוהגים הדתיים, אלא רק משתמשת באמצעים אזרחיים כדי לגרום לחברים חזקים במגזר המיעוטים לא לפעול בדרכים המזיקות לבני זוגם. לדעת שמואלי, כדאי גם להכליל את הניתוח לעיל, ולהסתכל עליו מנקודת מבט רחבה יותר (לא רק למקרה של גירוש אישה בעל כורחה ומאהר). הוא מציע להשתמש בכלים משפטיים אזרחיים, פרטיים וחילוניים -  לטיפול בתיקים פנים-משפחתיים, **על מנת לעצב בעדינות נורמות דתיות בחברות ליברליות מערביות.**

**החסרונות במודל הנזיקי מתוך המאמר:**

צדק חלוקתי: אפשר לטעון שאם הסנקציה היא כספית ולא פלילית (נניח כליאה), בעלי עשירים עשויים להיות מסוגלים לשלם את המס ולא להירתע מביצוע מעשים אלה, בעוד שלעניים אין ברירה ועליהם לוותר עליהם או להיות כלואים.

השפעה על חלוקת הרכוש- התנגשות עם דיני המשפחה:

**פיצויים נזיקיים- תרופה עבור הפגיעה באוטונומיה של האישה:**

ערך חשוב מאוד שתביעות נזיקין מפצות עליו הוא פגיעה באוטונומיה. בניגוד לדיני משפחה אזרחיים, המחלקים את הרכוש באופן שוויוני, דיני הנזיקין מפצים על ההשפלה וההשפלה שנגרמו כתוצאה מפגיעה באוטונומיה של האישה: לא רק שהיא הודחה באופן חד צדדי באופן מבזה ומשפיל, אלא שלא היו לה שום אמצעים אפילו להביע את דעתה בעניין; אף שופט לא שמע את דעתה או פסק בעניינה. הצורה הלא מוסדית של טאלק פוגעת אנושות באוטונומיה של האישה, המספיקה כדי להורות על בעלה לשלם פיצוי בגין כך.

סיכום:

דיני הנזיקין לא מהווים פתרון מלא; לפעמים המדינה צריכה להתערב יותר תוך שימוש בכלים וסנקציות אחרים. אבל יש זמנים שבהם מיסוי  על ידי תמריץ שלילי של הפרקטיקה הדתית המזיקה במקום לאסור עליה הוא הכי הרבה מאוזן ויעיל. אסטרטגיה זו של אמצע הדרך יכולה להתאים לא רק לנסיבות של טלאק ומאהר, אלא גם מקרים אחרים, כגון ביגמיה ופוליגמיה בין מוסלמים לבין סירוב להתגרש בין יהודים.

**פתרון ברוח הפלורליזם המשפטי, שאינו מתמודד באופן ישיר עם פרקטיקות דתיות מדכאות , מאפשרת לחוקי הנזיקין לפעול בזירה הפרטית ולהרתיע בעקיפין את חברי הקהילות הרלוונטיות במשחק.** בחברות מערביות חייבים לצייר קווים אדומים ולקבוע ובמקרים אלה פיצוי כספי בהליך הנזיקין, ובמקרים אחרים שאינן מוכנות להתפשר להטיל אחריות פלילית.

**מעגל 4-אינטרקאציה שלילית: התנגשות חזיתית**

**במעגל זה בעיקר ידובר על מצבים קשים של סרבנות גט**- התנגשות בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה. מדובר על תביעות בהקשר של סרבנות גט. הפנייה לדיני הנזיקין מתוך דיני המשפחה הן מרצון לשנות משהו- למשל הטלת סנקציה על גבר כדי להשתחרר מהסרבנות.

מדובר על מקרים שיש מצב בו הבעל הוא סרבן על רקע כלכלי, טעמים אידאולוגיים, טעמים נקמניים וכו'. בית הדין הרבני לא יכול לתת פס"ד חוקתי. פסק הדין הרבני אומר לבעל לגרש את האישה, וגירושים יכולים להתבצע ככה. מול סרבן אידאולוגי קשה "להילחם" אבל מול סרבן כלכלי יש יותר פרצות. במאמרי הקריאה הועלו הניסיונות לתבוע סרבנות גט תחת "הפרת חובה חקוקה" או "עוולת הרשלנות", יש את האלו שתומכים לתמוך בעוולת סרבנות גט- לדעת שמואלי זה לא רעיון טוב.

**תביעות נזיקין נגד בעל סרבן גט שניתן נגדו פס"ד רבני המחייב לתת גט לאשתו:**

יש מצב שבו מסורבת הגט רוצה לקבל כסף, האישה תקבל פיצוי במסגרת תביעת נזיקין והיא תעשה בכסף כרצונה. בפועל התביעות האלו נועדו לתמרץ את הבעל לא לסרב גט. לכאורה נראה כמו המעגל השלישי אבל בפועל לא- יש פה שינוי סטטוס

בשנת 2007, בית הדין הרבני אמר שאישה שתגיש תביעת נזיקין- סוג של "מענישים" אותה, בית הדין הרבני יחליט כי אין דיונים עד שהאישה לא תמשוך את התביעה הנזיקית.- אך אם היא תמשוך את התביעה הנזיקית אין זה מבטיח שהאישה תקבל גט אבל עדיין הדיון יחזור.

יש פה עניין של גט מעושה שיכול לצאת כתוצאה מהתמריץ הכספי למתן הכסף תמורת ויתור על סרבנות הגט. יש סוג של התנגדות בין המשפחה לנזיקין ואין הכרעה קונקרטית, יש פה עניין שצריך לתת את הפסק דין על העניין. מעגל זה הוא השיא של המאבק בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה ולכן הגיוני שהוא סובב סביב ההתנגשות החזיתית שיש ובשאלה איזה משקל יש לתת לכל צד במאבק.

פסקי דין בדין הרבני (בהקשר של גירושים) מתחלקים לכמה סוגים-

1. המלצה לגט- פסק דין רך, המלצה לתת גט, בל חיוב ובלי כפייה.
2. חיוב לגט- בית הדין הרבני רואה מה האישה מבקשת ומה הגבר רוצה לתת. בית הדין מסביר כי מבחינה הלכתית הגבר חייב לתת גט לאישה והוא הופך להיות עבריין. פס"ד זה יכול להפוך לפס"ד כפייה
3. כפייה לגט- המטרה היא להוציא מהבעל את הדרישות לגט. אין הרבה מקרים כאלה כי יש חשש של הדיינים לגט מעושה, אין חשש לסמכות שלהם אבל הם חוששים שהם ילכו יותר מידי על פי התהום והבעל לא ירצה לתת גט מרצונו אלא ייתן גט בגלל הסנקציות [הרמב"ם אומר שיש סוג של פיקציה כי הגבר צריך לתת את הגט מרצונו, אבל יש אמצעי כפייה שיגמרו לבעל המסרב "רוצה אני"]. מתמודדים עם הדיסוננס הזה ע"י כך שאומרים שהכפייה גורמת לסרבן הגט להוציא את שעל ליבו.

**לפי המחקר האמפירי שנערך, ברדזינר משפטים 15, ניתן לראות כי המנגנון די עובד: העובדות הן כי לא רק שבחלק מהמקרים תביעות נזיקין האיצו את מתן הגט בצורה ברורה, אלא בחלק מהמקרים האישה המסורבת נותרה עם פיצויים וגט ביד- יצר מצב של צדק מתקן, בראיה הוליסטית/הרמונית- אישה נשארת עם שני הסעדים שהיא רצתה**. גם סעד של דיני נזיקין וגם סעד של דיני משפחה. אולם כאמור זה לא המקרה ברוב הפעמים

**האם די בפסקי דין רכים לביסוס תביעות נזיקין? כלל מקבילית הכוחות ושאלת המגדלור-**

הפסיקה ראשונה בעניין ניתנה בשנת 2004 (ניתוח מתוך המאמר של שמואלי: מקרה ירושלים- פס"ד ברמת חיוב, ומקרה כפ"ס- מקרה שמדובר באישה שבעלה נפטר וברגע שהוא נפטר הנישואים פוקעים. הבעל הוריש את כספו לעיזבון והאישה מחליטה לתבוע את העיזבון- לא קיימת כמובן בעיה של גט מעושה כי הבעל מת). בגלל שמדובר בפסק דין חשוב בעל אחריות והחלטת השופטים בערכאה זו כן יש לה סוג של השפעה...לא תקדים- מה שמחליט השופט בעניין זה הוא די קשור למקרה של ירושלים, והא מחליט לפסוק פיצויים נמוכים בהרבה ממה שנפסק בפס"ד ירושלים- מקביל את זה לשכר המינימום. פס"ד שני כפ"ס= רבני ברמת מצווה. **שמואלי מגדיר פס"ד רבני ברמת חיוב כ"מגדלור**"- מאיר את הדרך להכרעות הבאות- סרבן ישלם כי זה ברמת החיוב!

פס"ד כפ"ס בעייתי כי נשען על פס"ד ברמה רבנית נמוכה יותר, רך יותר, מצווה. ואז מפה עולה השאלה האם פסק דין שהוא ברמה נמוכה יותר יכול להוות בסיס לתביעות נזיקין? לדעת שמואלי כן, **יש גם אפקט של מגדלור הוא יותר חלש אך עדיין ניתן להישען בו. ההבדל בין רמת הראיות.**

יש 2 אסכולות בעזרתן ניתן לענות על השאלה:

1. **האסכולה שמתפתחת על אפו וחמתו של בתי הדין הרבני-** היא טוענת שכן אפשר לראות בפס"ד רכים לביסוס תביעות נזיקין. מדובר בבחינה של דיני הנזיקין בעניין עוולות של הבעל כלפי אשתו. פס"ד ברמת חיוב יהיה מגדלור שמאיר ממש, רכיב ראייתי ממש מספק. פס"ד ברמת מצווה/המלצה יהווה מגדלור ברמה שמאירה פחות- האישה תצטרך לעבוד קשה יותר כדי להראות את העוולה שנגרמה לה. הרבה פסקי דין מתקבלים בלי הרבה בעיות כי מכירים גם בפסקי דין רכים כראייה קבילה.
2. **האסכולה שרואה ב"מגדלור מאיר חזק" כראייה חזקה**- מדובר באסכולה שמאמינה שדיני הרשלנות צריכים להתבסס על פס"ד של חיוב/כפייה כי מבחינה דתית הבעל הוא סרבן גט. אבל, כשבית הדין בעצמו קבע פס"ד רך יותר, מי אנחנו שנגיד שאפשר לראות בזה כעוולה? **שמואלי מציע כי גם פס"ד ברמה רכה המלצה/מצווה- זה מתאים מבחינה הלכתית שעצם היותם פרודים זה כבר מספיק כדי לכפות אותם בגט כדי שלא ינאפו**. אם בני הזוג פרודים זה מספיק כדי להוות עילה ממשית לגט, אפילו אם מדובר על דבר המלצה.

**מה קורה אם אין פס"ד רבני**? כאמור, במידה ו**כן** יש פס"ד רבני, 2 האסכולות הנ"ל בוחנות את השאלה.

הבעיה עולה כשאין בכלל החלטה של בית דין רבני- ברור שהאסכולות מתחדדות:

1. האסכולה השנייה- כשאין חיוב בכלל מבית דין רבני על אחת כמה וכמה לא תומכים בהחלת דיני הנזיקין במקרה הזה. אין "קש" בכלל. אין גושפנקא הלכתית מבית הדין הרבני לכן על אחת כמה וכמה לא יהיה עילה נזיקית.
2. האסכולה הראשונה- כאן מתפצלת:

כאמור, לא מסתכלים על הבדל הלכתי מבחינת חיוב/המלצה. בית הדין הרבני קבע שמגיע גט, הסרבן לא עמד בחיוב המשפטי. כאשר בית הדין בכלל לא דן בעניין הזה מתעוררת השאלה איך אפשר לפסוק פיצוי נזיקין?

מצד אחד- אי אפשר.

מצד שני- דיני הנזיקין פועלים באופן עצמאי, צריך להסתמך על ראיות. אם הראיות הן בדמות "מגדלור חזק" האישה מכוסה. אם יש ראיות חלשות בדמות פס"ד רך "מגדלור חלש"- יש לה "קש" אבל לא ממש חזק, הרי אם בית הדין רבני לא דן בכלל בסוגייה שלה- היא לא יכולה להעיד על עצמה כמסורבת גט. **את התשובה לכך ניתן לראות אצל השופט מנחם הכהן- ממשיך לעשות את ההתקדמות בפס"ד אחר, אחרי כמה שנים (בעל מסורב גט, אין בעיה של גט מעושה מכיוון שהבעל מסורב גט לא נמצא במצב שהגט שלו יכול להיות מעושה). כאשר גבר מסורב גט הוא יכול לבקש מבית הדין הרבני לשאת אישה נוספת. (באופן כללי העליון בורח מהחלטות של הרעות). השופט פוסק- גם אם אין שוב חיוב קודם הבעל יקבל פיצוי.** [כאמור מדובר במקרה של בעל שהוא המקרה הקל יותר כי אין מצב של גט מעושה]. לדעת שמואלי ברור שהמצב הראייתי של התובע הוא מאוד בעייתי אך עדיין אפשרי.

* כידוע אין עוולה של סרבנות גט. היו כאלו שקראו ליצור אותה. **מנגד יש טענה שלהכיר בסרבנות גט כעוולה נזיקית הן טעות. למה?**

1. כל עוד העוולות האלו "עובדות" בערכאות הנמוכות, ביהמ"ש העליון מסרב להתערב, "מה שעובד לא נוגעים"- בתי המשפט בערכאות הנמוכות מצליחות להתמודד מעולה עם המצבים של סרבנות גט גם בלא חוק המגדיר את סרבנותה גט כעוולה/עבירה.
2. הסתכלות ליברלית מסתכלת על כך שאם יעבור חוק כזה "עוולה של סרבנות גט" יעשו חוק נפרד שנוגע בסרבנות גט כעוולה/עבירה. יצטרכו להגדיר את העוולה/ עבירה- וההגדרה תהיה מאוד קשה: סרבנות גט= מצב בו בית הדין רבני קבע שאדם צריך לתת גט והאדם הזה סירב לתת גט! בית הדין הרבני יגדיר שסרבנות גט יהיה מחיוב ומעלה (חיוב/כפייה)- מאלו יוצא כי מצווה והמלצה לא יחשבו כסרבנות גט. **שמואלי מאמין שאם יהיה חוק כזה אז לא יכירו בסרבנות גט כפסקי דין רכים**. אם יהיה חוק כזה יכול להיות שנהיה עדים למצב בו בתי הדין רבנים לא יתנו פס"ד רכים, אלא ישר חיוב/ כפייה. בתי הדין הרבנים לא ירצו לתת פס"ד יותר כי הם יהיה ישר "מגדלור חזק" בבתי הדין האזרחים ויהיה עילה מספקת למתן פיצויים.

אין עוולה פרטיקולרית של רשלנות גט! ההיגיון הוא מה אנו רוצים להשיג בהגשת התביעה?

* פס"ד משנת 2015 ב**ע"מ 3151/14** שם עלתה שאלה מכיוון אחר- אישה סירבה לקבל גט, ולא היה חיוב מבית דין רבני. ביהמ"ש מעריך שהסירוב שלה נובע מסיבה כלכלית; כל עוד אישה פרודה אבל לא גרושה מגיעה לה מזונות, ברגע שהיא מתגרשת דמי המזונות נפסקים. [לא קשור למזונות ילדים!!!]- יש מזונות אזרחיים, משקמים (פותח ע"י השופט ברק בסקי הדין, אחרי הגירושין הבעל חייב לתת לאישה כספים אם יוצר שאחרי הגירושים ידה על התחתונה). יש מציאות שאישה רוצה להתגרש ובכל זאת מסרבת לתת גט- למה? היא רוצה להמשיך לקבל את הכסף. עדיף לה מבחינה כלכלית לקבל כסף מזונות מבעלה ולא לקבל גט. עולה שאלה האם מדובר בנבל ברשות התורה? מעשה לא מוסרי בגבולות המותר.

**השאלה הזו משליכה על נושא סרבנות הגט-**

1. מה קורה בנזיקין כאישה לא מחויבת לקבל גט? האם אשר לקרוא לה סרבנית?
2. פס"ד דן בשאלה האם אישה שמסרבת לקבל גט היא כמו גבר שמסרב לקבל גט, או ששונה? אישה שמסרבת לקבל גט מפן כלכלי- היא סוחטת כספים מהבעל. או שיש לה הצדקה. סוג של אוביטר דן בשאלה המגדרית- האם אישה היא סרבנית גט בדיוק כמו גבר, או שיש הקלות כלפיה. באותו מקרה השופטים חלוקים:
3. השופטת ברק ארז- יש כיבוד הדדי בין הערכאות. עיקרון של כיבוד הדדי בין הערכאות והדין מחייב שנקשיב לבית הדין הרבני, אם לא הייתה הכרעה מבית הדין הרבני אי אפשר לקרוא לה סרבנית לכן לא נשלול לה את המזונות.
4. השופט רובינשטיין- חולק על העמדה הזו. בתי המשפט האזרחיים רשאים לשלול מאישה את המזונות שלה אם הם התרשמו שהנישואים הסתיימו בפועל והיא מסרבת לקבל את הגט רק בשביל להמשיך לקבל את המזונות. צריך "מגדלור" לכך שהנישואים נגמרו באמת. השופט מתמודד עם אי הכרעת בית הדין הרבני- פשוט רוצה להכריע בעניינים נזיקים רכושיים (כמו דמי מזונות), אין פה עניין הלכתי- אפשר לשלול מאישה את המזונות שלה גם אם בית הדין הרבני לא חייב. מסלולים נפרדים.
5. השופט זילברטל- עקרונית מסכים עם רובינשטיין אבל התוצאה העקרונית מקבילה להכרעה של ברק ארז. לא רצה להכריע. ככה"נ תומך בגישה של רובינשטיין אבל לא רצו לקבוע מסמרות.

דיני הנזיקין מחפשים אשם. בעל סרבן גט הפר חובת זהירות והפר ככה"נ גם חובה חקוקה. אפשר לטעון כי הוא גם מתעלל נפשי. יש בעייתיות כאשר לבני הזוג יש נישואים מעולים והכל היה טוב בתא המשפחתי- אין שום אשם בכלום .והאישה פתאום משום מקום רוצה להתגרש פתאום מבקשת גט מהבעל! בעל כזה שלא רוצה לתת גט במקרה כזה, אפשר לתבוע אותו בנזיקין על סרבנות גט?! המחשבה הראשונה היא שלא! כי דיני הנזיקין מחפשים אשם והוא לא אשם בכלום. **שמואלי מאמין כי שצריך להיות גבול של זמן "האסימון צריך ליפול**"- נק' זמן מסוימת שהבעל הופך להיות רשלן וסרבן. מנק' הזמן הזו, אחרי כל כך הרבה זמן שהוא מחכה שהיא תשנה את דעתה ולא תרצה גט- אם הוא עדיין מסרב לתת לה גט הוא יהפוך להיות סרבן.

יש לכך שתי מקורות של תזות אפשריות:

1. הרב פלאג'י ורבינו ירוחם- מאמינים שבני זוג שחיים בנפרד הם חייבים להתגרש! צריך לכפות עליהם להתגרש. אם האישה רוצה גט והבעל כאמור מושלם ונהדר וגם אחרי תק' ארוכה הבעל לא משחרר ועדיין לא נותן לה גט הוא סרבן והוא רשלן אשם!
2. תיקון 4 לחוק יחסי ממון- חלוקת רכוש לא מותנה בגירושים- אם יש הוכחה שבני הזוג חיים בנפרד במשך 12 חודשים אחרונים אז יש אפשר לעשות חלוקת רכוש ביניהם (מבדילים את חלוקת הרכוש האזרחים מהגרושים הדתיים)- לצורכי נזיקין, אם מראים שבני הזוג פרודים במשך תקופה ארוכה ואין סיכוי שהקרע יאוחה, אפשר להצביע על מי שלא רוצה להתגרש. ניתן לראות כי למרות שהוא לא התכוון להקיש על גירושים, זה מסייע לראייה שדיני הנזיקין יכולים לחול גם בהיעדר הכרה מבית הדין הרבני.

**האם ניתן לפסוק פיצויים גם לתקופה שקדמה למתן הגט?**

"מגדלור מאיר אחורה" מבחינה נזיקית חישוב הפיצויים יהיה לפי שנים, לא רק מרגע פתיחת התיק- יש על האישה את הנטל להוכיח את תקופת הסבל שנגרמה לה. **בפס"ד ירושלים** השופט הכהן לקח בחשבון את כל הנזק הנפשי שנגרם לאישה לפני מתן הגט ובגלל זה נתן המון כסף כפיצוי.

**חידוד הנקודה: האם יש השפעה על דרך חישוב הפיצויים על ענייני מגדר?**

בישראל בכל הקשור לפיצוי בגין סרבנות הולכים לפי "שנות סרבנות" ככל ששנות הסרבנות יותר ארוכות הגיוני שהסבל ארוך יותר לכן הפיצוי יהיה גדול יותר, הגיוני. מה שיש פחות הגיוון זה התעריף הדומה. אומנם הדברים הם יותר מורכבים בכל הקשור לגורמים השונים (מסורב מול מסורבת, דתיה מול חילונית, צעיר מול מבוגר וכו). אפשר אולי להסביר זאת בכלים נזיקיים (כמו שעשינו במעגל זה), אומנם יש קושי בליישם את ההסברים הנזיקיים הלכה למעשה ולכן מרבית בתי המשפט והשופטים יעדיפו לתת את אותו הפיצוי בלי התייחסות לגורמים המבדילים.

**האם ניתן לתבוע גם קרוביו ומכריו של הסרבן בגין סרבנות הגט?**

פס"ד של מנחם הכהן מעלה את האפשרות שניתן לתבוע בגין סיוע לסרבנות בצורה טובה ע"י כך שתהיה חלוקה לשני סוגי סיוע- אקטיבי ופאסיבי:

1. סיוע אקטיבי- סיוע עברייני. למשל עודד גז הסרבן המוכר שברח לחו"ל- היה פה סיוע של גורם חיצוני, זהו סוג של סיוע עברייני שניתן לתבוע בגינו גם בנזיקין! במקרה זה גם נרצה שתהיה תביעה כי תהיה התגשמות של מטרות דיני הנזיקין.
2. סיוע פאסיבי- לא עברייני או אקטיבי, יותר סיוע שקורה באופן שתורם לסרבן מבחינה מורלית ואנושית. לדוגמה אם יש סרבן גט, ונניח יש הפרדת מגורים והסרבן גר אצל הוריו- הם נותנים לו מקום להיות בו אולי הם יחשבו כמסייעים פסיביים (מבינים למה הוא מסרב גט והם גם דואגים לומר לו זאת). זה סיוע שלא נרצה לתבוע בגינו, בגלל שהוא הגיוני מידי, הגיוני שיקבל תמיכה מקרוביו של הסרבן במקרים מסוימים. קו הגבול הוא במקרה בו למשל יש עידוד שהוא מעבר לסיוע הומני ופיזי שהוא בגדר ההיגיון.

**תביעה נגד בתי דין רבניים על סיוע דה פקטו לסרבנות עקב "משיכת" הדיונים-**

במקרה זה, הסרבנים שמחים כי לא עושים להם שום דבר, ולא נותנים להם סנקציות לכן זה לא מרתיע את אותם סרבנים מלסרב- בתי הדין הרבנים "מושכים דיונים". לאור זאת, יש טענות כלפי בתי הדין הרבניים שהם "מתקפלים". הרבה תביעות הוגשו נגד בתי הדין הרבניים אולם אף אחד לא "הגיעה לקו הגמר". יש פס"ד משנת 2017 שהוגש, ובה דעת המיעוט של השופטת וילנר (נזיקיסטית) היא שיש להתייחס לתביעות אם יש רשלנות של שופט.

* **יש מקרים בהם התביעות מפוצלות ותביעה מוגשת נגד הסרבן ונגד בית הדין הרבני**- לדעתו של שמואלי, הכוונה של אותן נשים בתביעות כאלו זה "לסנדל" את השופטים של בתי המשפט למשפחה. תביעה נגד בית הדין הרבני בגין זה שהם משכו את התביעה- נמצא בגדר "סיכול ממוקד", כי מה שלא יפסוק יגרור ביקורת נגדו.

מצד אחד- זה שיקול הדעת של בית הדין הרבני, לא בסדר מצד שופטי בית המשפט למשפחה להתערב בהלכה.

מצד שני- אם הוא לא ישפוט לטובת המסורבת יקראו לביהמ"ש למשפחה פחדן שלא מתערב. זו בעיה שאין לבתי משפט שלום באופן כללי לעומת בית משפט למשפחה.

לכן ביהמ"ש עליון קבע שבדר"כ תביעות מפוצלות כאלו לא יתקבלו. לכן הדיון שהיה ממשי עד פסק הדין של העליון הופך להיות מאוד תיאורטי לאחריו.

**תביעה אפשרית של ילד נגד הורה סרבן גט בעקבות נזק נפשי שנגרם לו מהסרבנות**

נכון להיום אין כאלו אבל זה מצב שיכול להיות, ואז לא תהיה סיבה להחריג את התביעות האלו. יכול להיות שבתביעה בגין סרבנות (לעומת תביעות בגין התעללויות למשל) כן תהיה הגנה לסרבן.

יש אינטרסים של הסרבן (למשל תק' זמן מסוימת שמקשה על הסרבן...).

באותו אופן קשה לקבל תביעות של הילד בגין ההורה "שפירק" את הקשר. גם כאן הגנות רבות עומדות בפני אותו הורה. אפשר לבסס תביעה כזו אבל הגנה חזקה שהוכרה בפסיקה, הנזקפת לטובת אותו סרבן/ מפרק קשר היא **פגיעה באוטונומיה**.

אלו שאלות שעוד לא עמדו בפסיקה, שאלות מעניינות מאוד.

* **סרבנות גט במגזר הקתולי** (דובר בהרחבה באופן נרחב בפרק המבוא)- אפשר למקם במעגל זה כי מדובר כי מדובר בסרבנות גט, אולם יש התנגשות בין שני ערכים ליברלים (חופש הדת והרצון לשחרר בן זוג מנישואין דתיים), ולא בהכרח בין דתי לליברלי.

***12. פיצוי נזיקי למסורבות גט/ בנימין שמואלי***

נקודת המוצא: כולם מסכימים שגם פסק דין נזיקי, שעליו יבקש הבעל לוותר תמורת  מתן הגט המיוחל, עלול לגרום לכך שביה"ד הרבני יכריז על הגט כעל גט מעושה שלא כדין, בבחינת כפייה אסורה.

המחלוקת:

**קפלן ופרי:** לגישתם, על דיני הנזיקין להיות מושפעים מדיני המשפחה ויש ליצור הסדר מיוחד לתביעה הנזיקית עקב חשש מגט מעושה. הסדר של סייג התביעה הנזיקית ב2 אמצעים:

1. הטלת מגבלה על סכום התביעה (להקטינו, על אף שלא תקבל פיצוי שמתאים לנזק שנגרם לה).
2. התנאת הגשת התביעה בכך שבית הדין הרבני כבר פסק גירושין בדרגה מסויימת של חיוב לפחות. (לא תינתן אפשרות להגיש אם קבעו ש"מצווה" או "המלצה" לתת גט)

**ביטון:** נקודת מבט פמיניסטית. לדעתה, אין להגביל את התביעה הנזיקית עקב דיני המשפחה, ולכן יש לקבל את התביעה הנזיקית במלואה ואין להתנות תנאים על התביעה.

לדבריה, גישתם של קפלן ופרי פוגעת בזכות האישה לבחור אם למצות את זכויותיה הנזיקיות והיא מציעה אינטראקציה אחרת בין מערכות הדינים. כזו שתוביל לשינוי דיני המשפחה באמצעות לחץ שיופעל מכיוון הנזיקין. היא רואה את דיני הנזיקין מעין חרב המשמשת ללוחמה בדיני המשפחה.

**גישה שלישית (שמואלי):** חולק על קפלן ופרי וסובר שהתביעה אינה צריכה להיות מסויגת באמצעות מחסומים ותנאים. יש לקבל את התביעה במלואה באופן עקרוני ולא להצר את צעדי התובעת. הגישה אינה נובעת ממניע פמיניסטי. סוגי הפיצוי למסורבות גט צריכה להיבחן אך ורק דרך מטרות דיני הנזיקין (ולא דיני המשפחה). בחינת התביעה דרך מטרות דיני הנזיקין תעלה כי פיצוי מלא של מסורבת הגט עולה בקנה אחד עם כלל מטרות דיני הנזיקין הקלאסיות, ומתיישב גם עם המטרה של יישוב סכסוכים שבבסיס הקמתו של ביהמ"ש לענייני משפחה, ביהמ"ש שאצלו מתבררת התביעה.

שני פסקי דין בעניין פיצויים למסורבות גט:

עניין ירושלים (השופט מנחם הכהן):

**העובדות:** בית הדין הרבני חייב את הבעל לתת גט, הוא סירב ובית הדין לא אכף את החיוב. שנתיים לאחר מכן פונה האישה לביהמ"ש לענייני משפחה בתביעת נזיקין על נזקיה הרגשיים (נזק לא ממוני), וכן פיצויים מוגברים בגלל רשעותו של הבעל.

**טענות התובעת:** רשלנות +הפרת חובה סעיף 278 לחוק העונשין "הפרת הוראה חוקית" (לא ציית לביה"ד הרבני) והן על הטענה כי "עיגון", כשלעצמו , הינו עוולה נזיקית. (הבעל טען כי אין במעשיו עוולה כיוון שהוא מייחל ליום שיחזרו לקיים חיי משפחה.)

**קביעות השופט מנחם הכהן:**

1. בקשר להפרת חובת חקוקה השופט לא הכריע בעניין
2. . רשלנות- ניתן להחיל גם על מעשה זדוני, ובכלל על סרבנות הגט.  הבעל חב בחובת זהירות לגבי אישתו והפר אותה.( במיוחד במערכת יחסים של בעל לאישה , שם מצופה זהירות מיוחדת כלפי רגשות בן הזוג ורווחתו, יותר מזו המצופה כלפי אדם זר.) הוא סירב זמן רב ולקח אותה לכל מיני רבנים וכולם אמרו לו לגרש אותה. זה נוטה מסטנדרט התנהגות של אדם סביר + ניתן לצפות לגרימת נזק נפשי לאישה ופגיעה בכבודה.  בנוסף, קבע השופט כי העוולה התבצעה מיום חיובו של בית הדין הרבני בגט.

**ראשי נזק:** ראש נזק ממוני: הפיצוי על התמשכות ההליך המשפטי ובגין ההכנסה האבודה אמור להינתן בבית הדין הרבני.ראש נזק לא ממוני: פיצוי בגין סבל, אבדן רווחה, אבדן נוחות, פגיעה באוטונומיה של האישה וזכותה לממש את עצמה. היתל באישתו אין ספור פעמים – כל פעם אמר שזה רב אחרון ושייתן לה גט ולא נתן.

**פסיקה:** 325,000 בתוספת 100,000 פיצויים מוגברים.

לגישתו של השופט:  לא עניינו של בית המשפט לענייני משפחה אם בעקבות קבלת התביעה ירצה הבעל להגיע להסדר של השמטת התביעה תמורת מתן הגט, דבר שעלול ליצור אולי גט מעושה שלא כדין. בית המשפט כך קבע בבואו לפסוק בתביעה הנזיקית לגופה.

פס"ד  כפ"ס, כ' השופט צבי וויצמן

**העובדות**: תבעה את בעלה המנוח על סירוב גט במשך 20 שנה + אלימות פיזית ומילולית.

**השופט:**

1. הפרת חובת הזהירות כלפי אשתו- לא נהג בכבוד ולא אפשר אורח חיים תקין.
2. נזק רגשי, פגיעה בזכויותיה לחופש ועצמאות ולפרטיות.
3. ראש נזק של פגיעה באוטונומיה
4. לדעתו גם מתקיימת הפרת חובה חקוקה ס' 287 לחוק העונשין (בשונה ממנחם הכהן שלא הכריע).

- הוא לא מסכים עם קפלן ופרי בעניין דרגת פסק הדין הרבני שעלול ליצור חשש לגט מעושה. **לדעתו גם אם ביה"ד לא חייב בגט, לסרבן עדין עומדת עילת תביעה נזיקית** (אך זאת רק במקרים של סרבנות גט עיקשת לתקופה ארוכה ללא טעם סביר והגיוני). לדעתו ראוי לאמץ אומדן סביר ואחיד כפיצוי בגין עוגמת נפש הנגרמת למסורבות גט בשיעור של 3000 שח לכל חודש של סירוב. לדעתו, זה לא יביא לגט מעושה.  (מאחר שהסכום אינו חורג מעלות צרכיו המינימליים וממזונותיו של אדם מן היישוב ואינו עולה על שכר המינימום במשק . לכן , פסיקת הפיצוי על-פי אמדן זה היא, לדידו, מתונה וסבירה , ולא תביא לפסילת הגט כגט מעושה)

- הוא לא פסק פיצויים מוגברים מחשש לגט מעושה (בעתיד, כי זה לא רלוונטי למקרה הספציפי כי הבעל מת) הוא ציין כי פסיקת סכום מוגזם ומופרז של פיצויים עלולה לגרום למצב של גט מעושה מהטעם שמדובר, למעשה, ב"אונס ממון" בהלכה, כלומר, בגט המושג באמצעות לחץ כספי כבד .

**האם קבלת תביעה נזיקית של מסורבות גט ומתן פיצוי מלא לתובעת אכן עולים בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין? ומהן העוולות שהתובעת יכולה לתבוע בגינן בעניין דנן?**

**מהי עילת התביעה הראויה במקרה של סרבנות גט?**

תביעה נזיקית בגין סרבנות גט צריכה להיות מוגדרת בתור עוולה, שכן היא עלולה לגרום לנזק רגשי שנגרם למסורבת עקב התעללות נפשית מצד הבעל. נזק נפשי ורגשי מוכר בדיני הנזיקין (ראש נזק לא ממוני).

בפסקי הדין שראינו היה דיון באפשרות לקבל תביעה נזיקית של מסורבת גט בגין 2 עוולות מסגרת:   
1. עוולת הרשלנות- על הבעל יש חובת זהירות כלפי אשתו וחובה להעניק כבוד בסיסי. הנזק הוא נזק נפשי (יש לנו כבר עוולה+ נזק)  
2. עוולת הפרת חובה החקוקה בס' 287 לחוק העונשין "הפרת הוראה חוקית".  שמואלי סבור כי יש לחייב בגין עוולה זו, שכן יש לה שני תנאים שמתקיימים:  **1**.  כי החיקוק נועד "לטובתו והגנתו" של התובע. במקרה דנן חיוב הגט הינו לטובת האישה המעוניינת לתבוע בנזיקין. **2.**  החיקוק לא התכוון שיהיו פיצויים- לא ברור שהחיקוק במקרה שלנו התכוון לשלול פיצויים.

**האם הפיצוי עולה בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין?**

על אף שהדיון בפיצוי נמצא בביהמ"ש לענייני משפחה, הרי שהמטרה היא נזיקית, ומשכך קיימת חשיבות עליונה לשאלה אם הכרה בעילת תביעה זו עולה בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין:

פיצוי והשבת המצב לקדמותו- מכיוון שלא ניתן להשיב את המצב לקדמותו בצורה מלואה, הפיצוי הכספי עשוי להיטיב את מצב הנפגעת ולהקל על הקשיים בהתמודדותה עם המציאות (טיפול נפשי, פתיחת דף חדש). לעיתים, המטרה של התובעת במקרה של סרבנות גט אינה פיצוי אלא חרטה, התנצלות ואולי נקמה. והדין האזרחי לא מאפשר לקבל את הסעדים האלה. לפיכך, כאשר מוצעת פשרה לוותר על חלק מהפיצוי לצורך יישוב הסכסוך עדיין נראה שאין פגיעה במטרה של השבת המצב לקדמותו, שכן דווקא הפשרה עוזרת לניזוקה לסגור את הפרק הזה בחיים ולהשיב את המצב לקדמותו ככך הניתן ע"י מתן גט ואולי סעדים נוספים.

הרתעה- הרתעת יחיד- הרתעת הבעל הנתבע בגלל הפיצויים. והרתעת רבים- הרתעת סרבנים פוטנציאלים.

צדק חלוקתי- קושר את הצדדים לחלוקת העושר, מכשיר לקידום מטרות חברתיות. הצדק המחלק דן בצד חזק מול צד חלש, ובמקרה שלנו האישה חלשה לעומת הגבר. התביעה הנזיקית מקדמת את מעמדה מול הגבר.

הצדק המתקן- על המזיק לפצות את הניזוק בגובה הנזק שנגרם לו כדי לתקן את הנזק הנגרם מהעוולה.

דעות שונות לגבי הצדק המתקן: לפי *אריסטו*- יש להעניק פיצוי מלא ולא חלקי, להחזירו למצב שבו היה לפני העוולה. כך גם *ווינריב*, שסובר שאין להתחשב בשיקולים אחרים מלבד קבלת פיצוי מלא לניזוק (גם לא בנשים אחרות מסורבות גט בעתיד). לפי *פלטשר* (תורת הסיכונים)- הסיכונים פה בלתי הדדים (שכן רק הבעל יכול לסכן את האישה בסירובו לתת גט והאישה לא מהווה סכנה לבעל). לפיכך, לפי גישה זו יש לתמוך בפיצוי מלא למסורבות גט עקב הסיכון הבלתי הדדי שבעלה יוצר כלפיה.

ישנן גישות פלורליסטיות שסוברות שיש לתת מקום נכבד לצדק המתקן, אולם אין לראות בו חזות הכל (גישה פלורליסטית). למשל, לפי אנגלרד צדק מתקן אינו חזות הכל ויש לתת במה גם למטרות אחרות של דיני הנזיקין. פרופ' אריאל פורת סובר שלעיתים אין להתחשב בכלל בצדק מתקן כאשר ישנן מטרות חיצוניות גדולות יותר.  
שמואלי אומר שהצדק המתקן יכול לחול בענייננו ולא סותר את המטרות האחרות. ועולה כי פיצוי למסורבות גט עולה בקנה אחד עם כל מטרות דיני הנזיקין בנוגע לגט המעושה, סובר שמואלי שהאכסנייה שבה נידונה תביעת הנזיקין היא ביהמ"ש לענייני משפחה, ויש לכבד אכסניה זו. לכן, השופטים בביהמ"ש לענייני משפחה צריכים לדון בתביעה כתביעה טהורה בדיני הנזיקין, ולבחון אותה לאור מטרות דיני הנזיקין. ההשלכות שיהיו לתביעת הנזיקין במישור כשרות הגט הן באחריות ביה"ד הרבני בלבד.  **לפיכך, יש לקבל את התביעה הנזיקית אף אם יש חשש לגט מעושה** (ובמיוחד יש לקבל את התביעה במלואה בעניין של תביעה נגד עיזבון ששם אין חשש לגט מעושה- כמו בעניין כפר סבא). עם זאת, אין לראות בדיני הנזיקין מעין חרב המשמשת ללוחמה בדיני המשפחה כמו שביטון סוברת.

המועד הקובע לחישוב הפיצוי : מהו יום תחילת ביצוע העוולה?

בעניין ירושלים נקבע שהמועד הרשמי לתחילת ביצוע העוולה הוא מהרגע בו קבע ביה"ד הרבני שעל הבעל לתת גט, ומשם יתחילו לחשב.  **לעומת זאת, שמואלי סובר כי אם מקור הנזק שנגרם לתובעת הוא נזק רגשי, לא תמיד תהיה נפקות למועד שבו חייב ביה"ד הרבני את הבעל ליתן גט לאשתו, ולכן אין לחסום מהתובעת אפשרות לטעון ולהוכיח כי הנזק הרגשי החל לפני המועד הרשמי שבו הוכר הבעל כסרבן,** שכן קיימים מקרים בהם הנזק הנפשי החל לפני קביעת ביה"ד: לדוגמא, בעניין ירושלים הבעל "משך" את אשתו מרב לרב, ללא רצון כן לתת לה את הגט, הרי ברור הוא שהסבל הנפשי שהסב לאשתו החל זמן רב טרם מועד החיוב במתן הגט.

שמואלי מציין שלא בכל עניין יש לפסוק פיצוי בגין תקופה שלפני החיוב בגט . יש לבחון כל עניין לנסיבותיו, ומובן שיש להיזהר מתביעות סרק לפיצוי בגין תקופה זו, שכן בהחלט ניתן לחשוב על מקרים שבהם אמנם היה סכסוך בין בני הזוג קודם למועד החיוב בגט , אך פעולות הבעל לא עלו כדי התרשלות.

**מהי הדרגה שצריך להיות לפסק הדין הרבני כדי שנוכל לקבוע את תחילת ביצוע העוולה?**

קפלן ופרי- רק "חיוב" או "כפייה" לתת גט יכולים להכשיר את התביעה הנזיקית.

השופט וויצמן- מספיק שביה"ד יגידו ש"מצווה" לגרש על מנת לאשר פיצויי נזיקין ללא חשש לגט מעושה.

שמואלי- מציע התפתחות נוספת. אין למנוע עקרונית מן התובעת לנסות להוכיח כי ההתעמרות הנפשית, שגרמה לה לנזק הרגשי החלה גם לפני מועד החיוב בגט.

גישתו של שמואלי ניתנת להצדקה בהתבסס על מטרות דיני הנזיקין:

הרתעה: בהיעדר פיצוי על התקופה בטרם ניתן פסק הדין על ידי בית הדין הרבני אין מה שימנע מהבעל (ומבעלים פוטנציאלים) להתעמר נפשית באשתו כל עוד לא חויב רשמית בביה"ד לתת לה גט, וגם לא יהיה להם תמריץ לתת גט לפני אותו מועד.

הצדק החלוקתי- שמטרתו להעמיד את החלש על רגליו מול החזק. חלוקה צודקת של העושר מחייבת פסיקת פיצוי בגין כל תקופת ההתעמרות. מסקנה זו עולה גם מבחינת מטרות

הצדק המתקן ומעקרון הפיצוי והשבת המצב לקדמותו- אם נפסוק פיצויים רק מרגע החיוב בגט, אנחנו לא נותנים פיצוי ראוי לנזק שהיה לפני מועד החיוב. על כן, יש לאפשר לתת גם פיצוי עבור התקופה שלפני החיוב.

יש שיטענו מנגד, כי אם ניתן לתבוע על התקופה שלפני החיוב בגט לא תהיה כאן ודאות משפטית ויהיו תביעות סרק. אך שמואלי מנגד אומר כי השאיפה ליצור ודאות משפטית ולמנוע תביעות סרק עומדת בניגוד לעקרון הצדק המתקן ולשאר מטרות דיני הנזיקין, ולכן אין להפריז בחשש לחוסר וודאות.

לכן, שמואלי מבקר את שני פסקי הדין שציינו לעיל: 1. עניין ירושלים: הקביעה הגורפת שיש לפסוק את הפיצוי רק ממועד החיוב בגט מנותקת ממטרות דיני הנזיקין כפי שראינו לעיל 2. עניין כפר סבא: הטלת מגבלה על פיצוי הנזיקי וקביעת "תקרה" לפיצוי, מנוגדת גם למטרות דיני הנזיקין ולאפשרות לקבל פיצוי מלא וצודק עבור הנזק.

האם קבלת התביעה יוצרת חשש למדרון חלקלק ולהצפת בתי המשפט בתביעות ?- **לדעת שמואלי יש לקבל גישה פלורליסטית יותר מווינריב לצדק מתקן ולא לראות בו חזות הכל, ואין לפסול מטרות אינסטרומנטליות נוספות (שאולי לא יגבו את הדעה לאפשר פיצוי מלא בכל מצב).** שמואלי סובר כי יש להעלות את סוגיית מסורבות גט על סדר היום המשפטי והציבורי ולא מנק' מבט פמיניסטית. מדובר על אוכלוסייה במצב נפשי קשה, אשר במקרים רבים אין לה מרפא. בתי המשפט לא חששו מהצפות גם במקרים אחרים , ואין טעם לחסום תביעות אלו.

ביקורת על הגישה הפטרנליסטית (של קפלן ופרי)

הם מציעים לקבוע סייגים ותנאים לתביעה הנזיקית מחשש לגט מעושה. הסייג הראשון- שהפיצוי שיינתן יהיה לכל היותר בסך של "תוספת מזונות", הסייג השני- אפשרות לתבוע רק אחרי פסיקת ביה"ד לחובה או כפיה למתן גט (ואז זה לא יפגע בתוקף הגט). קפלן ופרי נחלקו בדעותיהם: **קפלן-**הסייגים צריכים להיקבע בחקיקה לעומתו פרי סבור כי מספיק שבתי המשפט יפנימו את הסייגים במאמר. **פרי** סבור כי אין להגיש תביעות אלו על סרבן עבר-אחר שנתן את הגט, ואילו קפלן סובר שיש להחילם. פרי סבור כי אין להחיל סייגים אלו על אישה שהתייאשה מקבלת גט ורוצה רק פיצוי נזיקי(למשל רוצה לחיות עם גבר ועבר את גיל הפוריות-אין חשש לממזרות), קפלן גורס שגם במצב זה יש מקום להחלת הסייגים מאחר והאישה יכולה לשנות דעתה בהמשך.

הצעתם של קפלן ופרי בעייתית בכמה אופנים:

1. **הגבלת הסכום**- ברגע שהאישה תקבל פיצוי נמוך היא לא תוכל לסחור עם הבעל שיתן את הגט. בנוסף, לנשים שבכלל לא משנה מעמד הגט ולא רוצות לסחור בו, אין כל סיבה שלא ייהנו מפיצוי מלא. ק"ו כאשר מדובר בתביעות עיזבון אין חשש בכלל לגט מעושה- לכן במקרים כאלה אין סיבה להגבלת הפיצויים. לדעת שמואלי, הגישה של קפלן ופרי היא פטרנליסטית ומנסות להגן על האישה מבלי לשאול את דעתה. מבחינתו כדי לפתור את בעיית הגט המעושה- די שעורכי דין יהיו מודעים לבעיה האפשרית של הגט המעושה, ואולי גם שופטים יסבו את תשומת לבן של תובעות לבעיה זו - ובכך דיינו. אין הדבר מצדיק בשום אופן את הגבלת סכומי הפיצוי בגלל החשש הזה. בנוסף, מזכיר שמואליי את הגישה האינדיבידואליסטית שמגמתה היא מתן חופש בחירה ובאוטונומיה בסיסית של תובע פוטנציאלי (שהיא זכות חוקתית), כיום אין לחסום תביעה נזיקית בין בני זוג ואין גם להצר את צעדיה ולהגבילה, כפי שקפלן ופרי מציעים.
2. **גישתם אינה עולה בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין**- מנוגד למטרת הפיצוי והשבת המצב לקדמותו- הם מגבילים את הפיצוי, ולא מאפשרים פיצוי מלא והחזרת המצב לקדמותו.  אינה עולה בקנה אחד עם הצדק המתקן- הם מתחשבים בגט המעושה שזו התחשבות במערכת יחסים לא נזיקית, ואילו הצדק המתקן מתחשב רק בצדדים ובנזק. הצדק המחלק- גישתם נועדה לסייע לנשים מסורבות גט- קבוצה חלשה, מול הבעלים- קבוצה חזקה. אך פיצוי נמוך לא מגדיל את מעמדה של האישה מול הבעל. גישתם אינה מתיישבת עם מטרת ההרתעה- בעצם גישתם היא הרתעת חסר.

ביקורת על הגישה הפמיניסטית של ביטון

ביטון מתרעמת על קפלן ופרי בכך שהם מציבים תנאים לתביעה הנזיקית ומכפיפים את דיני הנזיקין לדיני המשפחה. היא סוברת כי על תביעות הנזיקין להתקבל במלואן ויהיה בהן כדי להוות מנוף לשינוי יחסם של דיני המשפחה לנשים. תביעת הנזיקין היא תביעה עצמאית ויש לה מטרות משלה, ובראש ובראשונה, פיצוי הניזוקה בגין נזק שסבלה מהמזיק. לכן, יש מקום לקבל את התביעה הנזיקית, מתוך רצון פמיניסטי לראות בדיני הנזיקין מכשיר לשינוי דיני המשפחה בבית הדין הרבני.

שמואלי סובר שהגישה של ביטון בעייתי מהסיבות הבאות:

1. **אין לאפשר לדיני הנזיקין אפשרות "לנגח" את דיני המשפחה**, אלא לתת לדיני הנזיקין את המרחב שלהם. היא "חוטאת" בחטא דומה לזה של קפלן ופרי, שביקשו לשנות את דיני הנזיקין כדי למנוע פגיעה אפשרית בדיני המעמד האישי, ואילו היא לוקחת את דיני הנזיקין ומבקשת לשנות את דיני המשפחה.  דיני הנזיקין עומדים כשלעצמם, וניתן להגיע לתוצאה שאליה מכוונת ביטון גם ללא המטרה הפמיניסטית. יתירה מכך, נקודת המבט הפמיניסטית היא צרה יחסית וגוררת גם אנטגוניזם מצד חוגים שונים , כגון דיינים או מחוקקים.
2. **אין מקום לשיקולים "פוליטיים" שמטרתם הבסת מערכת בתי הדין הרבניים בתביעה נזיקית** - שמואלי טוען שטענתה של ביטון (גם אם היא נכונה) היא "פוליטית" לחלוטין בעוד קפלן ופרי נשארים במסגרת מקצועית.

לדעת שמואלי, הניסיון להפנות מערכת אחת כלפי חברתה לא יביא לשינוי, ואל לנו לנצל תביעה פרטית של ניזוקה לצרכים כלליים מגדריים. בנוסף, בשונה מקפלן ופרי שקוראים לאינטראקציה בין המערכות, ביטון מנסה רק להפריד ביניהן.

שמואלי מדגיש שבפתיחת חזית פמיניסטית תיצור "הכרזת מלחמה" וזה יצור אנטגוניזם כלפי ביה"ד והם יקבעו שפסק הדין הנזיקי יוצר גט מעושה,

1. **הגישה של ביטון מנוגדת לחלק ממטרות דיני הנזיקין**- פיצוי- נשים עלולות להפסיד את הפיצוי שמגיע להן בגלל שלביה"ד יהיה אנטגוניזם כלפי תביעות כאלה ולא ייתן גט. צדק מתקן-הצדק המתקן מתמקד במזיק ובניזוק, אך ביטון לוקחת את מערכת היחסים הזו ומנסה לרתום אותם למלחמה בבתי הדין הרבניים בעוד שהצדק מתקן מתמקד רק בניזוק והמזיק הספציפיים. הרתעה- ביטון מנסה "להרוויח" הרתעה לא רק כלפי המזיק אלא גם כלפי ביה"ד הרבני.

ואולם, ניתן לומר כי גישתה של ביטון עולה בקנה אחד עם הצדק המחלק- הקושר את כל הצדדים הפוטנציאלים לחלוקת העושר בחברה ולא רק את המזיק והניזוק הספציפיים, ועושה שימוש במשפט כמכשיר לקידום מטרות חברתיות, כמו ביטון שמטרתה היא לסייע למסורבות הגט (שהן המגזר החלש מול הבעלים הסרבנים. וכן גישתה תופסת את ביה"ד הרבני כצד החזק המגביל את האישה-הצד החלש.

1. גישתה של ביטון עלולה **לסכל גם את המטרה של יישוב סכסוכים** , העומדת כנר לרגלי בית המשפט לענייני משפחה. כי גישתה היא מאבק בדין ההלכתי-הרבני. וזה עלול ליצור יחסי גומלין עוינים מצד הדיינים, מה שעלול לפתוח חזית נוספת במירוץ הסמכויות. בנוסף, השיטה עלולה לעודד שופטים (גם אם באופן בלתי מודע) לקבל תביעות בנזיקין של מסורבות דווקא מתוך רצון לשנות את ביה"ד הרבני ולא מתוך רצון לפתור את הסכסוך הנזיקי -מה שעלול להשפיע גם על תוצאות הפסיקה וגם על גובה הפיצוי. בנוסף עלולה להיות פגיעה בסיכוי ליישב סכסוכים ע"י השגת פשרות או הפניית ההליך לגישור, שהן מטרות חשובות ביותר בביהמ"ש לענייני משפחה (כי ינסו לקבל את התביעה המשפטית בלי גישור כדי להציף את הבעיה ככל הניתן).

תביעה נזיקית כמעקף לבעיה העיקרית : פתרון הלכתי מוסכם לבעיית מסורבות הגט

אפילו שיש להתחשב בעצמאותם של דיני הנזיקין, עדיין צריך לזכור שהבעיה העיקרית היא הבעיה ההלכתית של מסורבת גט. **שמואלי גורס כי יש למצוא לבעיה קודם כל פתרון הלכתי הוצעו הצעות ופתרונות רבים לאותה בעיה, בין אותן הצעות של רבנים, פוסקים ואנשי אקדמיה היא: הפקעת קידושין רטרואקטיבית** , הפתרון התבסס על הרעיון שהכתובה מותנית בכך שהבעל לא יסרב לתת גט או בהתבסס על הרעיון שהקידושין היו בבחינת "מקח טעות" ולכן לא תפסו מלכתחילה. עוד הצעה כמו ביטול קידושין עקב כשרות ועוד...)

**סיכום:**

גישתו אמנם נראית כקרובה יותר לביטון אך רק מבינת התוצאה, שכן נקודת המבט הינה שונה לחלוטין. **המבט ששמואלי מסתכל הוא דרך מטרות דיני הנזיקין ולא רק דרך עיני הזרם הפמיניסטי שיוצר אנטגוניזם כלפי בקרב ביה"ד הרבני. על דיני המשפחה להיות מחוץ לתמונה ולא להכפיף אותם לדיני הנזיקין וגם לא לכפוף אותם על דיני הנזיקין.**אין חשש כי בית הדין יורה למשוך את התביעה כתנאי לסידור הגט כיוון שכך ההסדר יהיה תחת בית דין ולא יהיה חשש לגט מעושה, ואז פתרנו את דילמת היסוד. הנשים שלא מעוניינות בגט אלא בפיצוי לא יגיעו לכדי הסדר זה, כיוון שאין להם ממילא חשיבות לגט.

***13. מי רוצה לקנות את הגט שלי? היבטים משפטיים וכלכליים של סחירות- הזכות להתגרש/ בנימין שמואלי***  
כאשר הבעל סרבן גט, תביעות הנזיקין נגדו מהוות תביעות אלה הן בגדר "שובר שוויון" – אם הפיצויים הנפסקים גבוהים דיים, יש לבעל תמריץ לחתום על עסקת חליפין שבמסגרתה תוותר האישה על הפיצויים שבהם זכתה זה עתה, והוא ייתן לה את הגט ויוותר על דרישותיו הכספיות, כולן או רובן.

מאמר זה עניינו השאלה **אם בכלל ניתן לסחור בגט ולסֵחר בו**, **או** שמא מדובר **בזכות אישית- משפחתית שלא ראוי להעביר אותה תהליך של קומודיפיקציה (סחירות)?** לצורך כך ייבחנו נימוקים (משפטיים ,חברתיים וכלכליים) ,שנדונו בספרות לאיסור על סחירות בזכות במטרה להגן עליה ועל מי שמוכר אותה שלא מרצונו האמיתי, במטרה לבחון אם הגט אכן סחיר לצורך אותה עסקת חליפין .  
למסקנה שהגט סחיר יש **חשיבות רבה:** שחרור מסורבת הגט מכבלי עגינותה על ידי השוואת כוח המיקוח שלה ,תוך שלילת סטנדרט כפול שהגט לכאורה אינו סחיר במסגרת האזרחית, בעוד אותו גט נסחר כדבר של יום ביומו באופן מסורתי בבית הדין הרבני, כחלק מסחיטה כספית של הבעל כלפי אשתו.   
המסקנה תהיה שאף לא אחד מאותם נימוקים של סחירות ועבירות יכול לשמש כנימוק מובהק וממשי לאיסור על סחירות הגט. חלק מהנימוקים לא זו בלבד שלא יבססו איסור על סחירות בגט, אלא אפילו יבססו צורך בסחירות כזו, מאותם טעמים שבבסיס הנימוקים ,וביניהם צדק חלוקתי ומתקן אוטונומיה ,יעילות כלכלית ומניעת החצנות שליליות . יובהר כי מסורבת הגט קונה את חירותה דרך קניית הגט ,בשונה ממקרים קלסיים בספרות ששם מועלה ספק בנוגע לסחירות במקרים של מכירת זכויות שדווקא פוגעת בחופש ובאוטונומיה של המוכר. **לבסוף, אם הגט אכן סחיר, נבחן מהו הכלל (כלל קנייני או כלל אחריות, בהתאם להבחנתם המפורסמת של קלברזי ומלמד) שבעזרתו ניתן להגן על הזכות.**

ייחודה של התביעה הנזיקית הוא בשיפור כוח המיקוח של האישה ,שהיה עד כה נחות כדי לאפשר לה בחלק מהמקרים, להשיג את הגט המיוחל. גם חשש מגט מעושה עקב אונס הממון שבתביעות אלה לא הביא עד כה להיעלמות התופעה.   
נראה כי יש אפוא חשיבות רבה שלא לחסום תביעות אזרחיות בגין סרבנות גט , הפותרות בצורה עקיפה אך מחוכמת חלק מבעיות סרבנות הגט בארץ ובעולם. עם זאת, נשמעו התנגדויות שונות לתביעות אלה; אחת מההתנגדויות המרכזיות מתבססת על החשש ההלכתי לגט מעושה עקב אונס ממון. התנגדות נוספת מתבססת על החשש מהחרפת מאבק הסמכויות, כאשר בית משפט אזרחי מתערב בסמכות בלעדית של בית הדין הרבני בנושאי גירושין ,אף אם הדבר נעשה בעקיפין ובמסגרת תביעת נזיקין שהיא בסמכות בלעדי של ביהמ"ש האזרחי. התנגדות אחרת **מקורה בתפיסה שיש דברים (זכויות/חפצים) שהחברה מעדיפה שלא לאפשר לאזרחים להעביר ולמסחר. מנקודת מבט זו, זכויות אישיות ומשפחתיות ובניהן הזכות להתגרש הן זכויות קלאסיות שאין לסחור בהן.** אם כן, במאמר זה נעסוק בשאלה האם הגט הוא סחיר וניתן לקנות את הגט בתביעה הנזיקית? כמובן ששאלת הסחירות יכולה לעלות בשלב מוקדם יותר, בו הצדדים סוחרים בגט תחת כנפי בית הדין הרבני, במסגרת הדיונים שם. אך אנו נברר את סחירות הגט בהתאם לתביעות הנזיקין.

1. **סחירות בגט: תביעות אזרחיות בגין סרבנות גט במטרה להמיר את הפיצויים במתן הגט**

קבלת הגט הנה מימוש זכות אישית של האישה לגירושין מבעלה. בדיני הגירושין אין שוויון בין גברים לנשים שכן הגט ניתן לרצונו של האיש ולבי"ד יכולת כפייה מוגבלת. מאחר ולא ניתן לסחור בגט בשוק החופשי דהיינו אין קונה לגט פרט לאישה ואין מי שיכול להתחרות בבעל במכירת הגט, **ניתן לצפות שיהיו בעלים שינצלו את המצב לרעה ויסחטו כלכלית את נשותיהם**. יש מקום לביקורת על דייני בית הדין הרבני, שבמקרים רבים משתפים פעולה דה-פקטו עם בעלים סרבני גט ודוחקים באישה להיענות לדרישות הכספיות של הבעל. הדיינים מצדם ,יכולים להשיב שמכיוון שמבחינה הלכתית עלולה אישה שלא תיענה לדרישות הבעל להיוותר עגונה במשך שנים רבות, שכן קשה יהיה לכפות על הבעל לתת גט מבלי שזה ייחשב מעושה שלא כדין ולכן פסול, מוטב לה לנהל למשא ומתן בבית הדין הרבני ולהיענות ולו לחלק מדרישותיו הכספיות ,אף אם הן מופרזות ,וכך להשתחרר מהנישואין. ואולם ,אין כאן משא ומתן בין שווים ,אלא סחיטה כספית חד-צדדית על ידי בעל הכוח.

לאחרונה ניתן לעמוד על מעין **שובר שוויון** ליחסי הכוחות הללו והוא **התביעה הנזיקית** אשר מבקשת לראות בסרבנות הגט משום עוולה נזיקית או הפרת חוזה המזכות את מסורבת הגט בפיצויים.

אם הפיצויים שפוסק ביהמ"ש **גבוהים** מספיק, יש בכך משום **תמריץ לבעלים להגיע לעסקת חליפין ולתת את הגט בבי"ד הרבני בתמורה לוויתור של התובעות על הפיצויים.** דינמיקה זו מתרחשת על אף שהמציאות השוקית לא השתנתה; עדיין מדובר בשוק מצומצם שבו אין תחרות ואין קונה או מוכר אחרים פרט לצדדים. ואולם עצם ההכרה בסרבנות גט שינתה את מאזן הכוחות והציגה בכל זאת תנאי שוק חדשים ערב כניסת הגורם החדש למשחק- פיצויים מכוח הדין האזרחי. בכך מביעה החברה את מורת הרוח מההתנהגות הפוגענית של סרבנות. הדברים נעשים בצורה מתוחכמת ,מבלי לתקוף במישרין את הפרקטיקה הדתית שאמנם אינה רצויה אך לעתים היא לגיטימית מבחינת הדין הדתי ובלי לשבת בחיבוק ידיים בטענה שאין מתערבים בדין הדתי שהוא דין המדינה.

במאמר זה נתמקד בשאלת הסחירות בגט דהיינו בשאלה האם קומודיפיקציה של הזכות להתגרש היא לגיטימית?

1. **אי עבירות כבסיס להגנה על הזכות :גישות שונות**

אי העבירות היא רק אחת מהדרכים להגן על זכויות, פירושה היא **הטלת איסור על עבירות** (למשל, סחר באיברים, מכירת תינוקות לאימוץ. מכירה של הצבעה לפרלמנט וכו')**.**   
קלברזי ומלמד הציגו במאמרם המפורסם דרכים נוספות באמצעותן ניתן להגן על זכויות: כללים קניינים- המגנים על זכות בצורה חזקה, למשל לקיים מטרד כחלק ממימוש זכות קניינית או הוצאת צווי מניעה; והגנה חלשה יותר- כלל אחריות- שמכוחם הנפגע מקבל פיצוי על הפגיעה בזכויותיו.   
(סוזן רוז-אקרמן: אי-עבירות אינה רק הטלת איסור מוחלט על עבירות הזכות, אלא גם **השמת מגבלות על העבירות**)

בענייננו, אין מדובר בעבירות קלאסית שכן אין שוק והזוג לא באמת מעביר את זכותם אלא סוחר בה. כאשר אנו אוסרים על עבירות פירוש הדבר הוא שהזכות אינה יכולה לעבור גם אם הצדדים מסכימים לעשות כן ואף ללא תמורה; לענייננו, הדיון הוא בסחירות בגט בתמורה, אך גם כאן **יש לבחון אם החברה מתירה את הסחירות או שמא היא אוסרת עליה** אף אם הצדדים מסכימים ביניהם מתוך אינטרסים אישיים -כלכליים לעשות כן.   
ודוק: מתן גט בדין העברי שהוא גם הדין האישי בישראל ,מבוסס על הסכמה של הבעל. הבעל אינו מסכים בפועל ,אך תביעת הנזיקין גורמת לו להסכים לתת את הגט. השאלה אם מדובר בהסכמה או למעשה באילוץ ובכפיית הבעל תידון להלן .עם זאת יש לדייק ולומר שאף אם מדובר בהסכמה מלאה של שני הצדדים למהלך זה של העסקה של גט תמורת פיצויים, אין פירוש הדבר שהחברה בהכרח תאפשר מהלך כזה . (לדיון בגישות השונות של אי העבירות ראו עמ' 120-122 במאמר).

לכאורה היה ניתן להניח שאילו המחוקק היה רוצה לאסור על עבירות וסחירות, הוא היה מחוקק זאת במפורש. ואולם, כלל לא ברור שניתן ללמוד מקיומו של הסדר שלילי שבכל מקום שהמחוקק לא אסר במפורש על העברת זכות וסחירות בה, כפי שהדבר לא נאסר בנוגע לגט, אזי באמת אין בעיה לסחור באותה זכות . במילים אחרות ,אותו הסדר שלילי לא יפטור אותנו מהצורך לבחון נורמטיבית אם הזכות ובעניינו הזכות הקניינית של גט אכן יכולה להיות עבירה וסחירה.

1. **האם סחירות של הגט לאחר פס"ד לפיצויים הנה לגיטימית**?

בפרק זה יועלו טיעונים שונים שהוזכרו בספרות לבחינת השאלה אם זכות הנה סחירה ויכולה לעבור תהליך של קומודיפיקציה, במטרה לבחון אם הגט סחיר לצורך עסקת החליפין לאחר תביעה אזרחית בגין סרבנות גט שתוצאתה פיצויים. נזכיר כי למסקנה שהגט סחיר חשיבות רבה: **לשחרר את מסורבת הגט מכבלי עגינותה על ידי השוואת כוח המיקוח שלה תוך שלילת סטנדרט כפול שהגט לכאורה אינו סחיר במסגרת האזרחית, בעוד אותו גט נסחר כדבר יום ביומו בבית הדין הרבני כחלק מסחיטה כספית של הבעל כלפי אשתו.** חלק מהנימוקים לא יהיו רלוונטיים לסוגייתנו ואחרים יהיו רלוונטיים אך בצורה שונה מהמקובל דהיינו ,נימוקים שהועלו בספרות לתמיכה בתוצאה שהזכות אינה סחירה, יצדיקו באופן מובהק דווקא תוצאה של סחירות אפשרית ולגיטימית בגט.

1. האם ניתן לסחור בזכויות משפחתיות?

האם זכויות שמטבען הן אישיות-משפחתיות ובתוכן הגט יכולות בכלל להיסחר? לגישותיהן של ראדין וזליזר התשובה לכאורה ברורה והיא שלילית, שכן אם נסחור בערכים כמו אהבה, רעות או מיניות הערכים הללו יפגעו. עם זאת, ייתכן מאוד שכאשר דנים במשפחה מפורקת דה-פקטו ובבני זוג בהליכי גירושין ,המציאות מכתיבה תשובה אחרת: מדובר בתא מפורק בפועל ,שבו ממילא אין יחסים אינטימיים , והשאלה היא רק אם הצד החפץ בפירוקו הרשמי של התא יצליח במלאכתו- לא נראה שערך הגט ייפגע עקב כך. ניתן גם לראות בני זוג גרושים שנושאים ונותנים בנושאים עדיני כמו הסדרי ראיה ומזונות.

האם הגט כזכות אישית ראוי מבחינה ערכית שיהיה עביר?   
למרות ההבדלים הקיימים בין המקרים ,כאן וגם כאן מדובר בזכויות קנייניות שהן אישיות ,קיומיות ממש ,שהמציאות מכתיבה את הסחירות בהן ,גם אם באופן עקרוני ומראש לא הייתה החברה מעוניינת לסחור בהן. **לא כל זכות אישית ומשפחתית הנסחרת פוגעת בזהות האישית**. כבילה לנישואין שתמו היא **מצב בלתי נסבל** ,ותוצאתו אינה צריכה להיות אי -סחירות ,בעיקר במצב שבו הגט נסחר כדבר יום ביומו בבית הדין ובמחיר לא הוגן עקב כך שכוח המיקוח של הבעל גדול שם. **נראה כי לא מדובר כאן בסחר באהבה או רגשות אלא:  
1.  בחיזוק כוח מיקוח בתוך משחק קיים   
2. שהוא כבר ממוסחר ע"י ביה"ד הרבני   
3. חד צדדי  
4. מדובר במשחק של כוח וכסף שבו אין כבר אהבה ואמון.   
5. לא זו בלבד שאין סיבה שלא לאפשר סחירות; זוהי חובה חברתית, חלוקתית ואף כלכלית לאפשר זאת**.   
מסקנה זו תיבנה כעת מניתוח הנימוקים שהועלו בספרות לאי-עבירות:

1. שיקולים חלוקתיים וההשפעה של הסחירות בגט על מצבן של מסורבות גט

בדר"כ איסור על סחירות נועד כדי להגן על חלשים ולמנוע את ניצולם (למשל, אם נתיר סחר באיברים עניים ימכרו את איבריהם בזול)  אך עם זאת, לעיתים **דווקא סחירות תגן על זכות מטעמים חלוקתיים**.   
כזה הוא המקרה שלפנינו: התביעות האזרחיות ממלאות תפקיד חשוב בשינוי חברתי ובחיזוק מגזר נחות וחלש במשא ומתן לא שוויוני בבית הדין הרבני. הנימוק החלוקתי לא זו בלבד שלא ישלול במקרה כזה איסור על סחירות בעקבות הקצאת הזכויות לאחר התביעה האזרחית לפיצויים, אלא **יתמוך בכך תמיכה של ממש בהיבט האזרחי, כדי להגיע לחיזוק כוח המיקוח של החלש**. כמו כן, שלא כמו צדק מתקן, המתרכז בשני הצדדים לסכסוך ותו לא, צדק חלוקתי הוא שיקול אינסטרומנטלי שמטרתו טיפוח מטרות חברתיות שמעבר לשני הצדדים ולכן הוא מתחשב גם בהשפעת התוצאה המשפטית על צדדים אחרים. עידוד תביעה לפיצויים שתוכל לגרום למשא ומתן שוויוני יותר ולסיום מצב הסרבנות תיטיב לא רק עם האישה אלא **גם עם הילדים** שחיים בצל סרבנות הגט,מתוך הנחה שהתביעה כבר מצביעה ממילא על מצב בלתי הפיך של תא מפורק ושבור שלא ניתן להחזיר אליו הרמוניה. השיקול החלוקתי רלוונטי במיוחד לתביעות של נשים מסורבות גט נגד בעליהן .הוא שייך פחות במקרים ה"הפוכים" של בעלים מסורבי גט התובעים את נשותיהם ,שאף אם הם עצמם נמצאים נקודתית במצב נחות לא פחות ממסורבת גט ,הם שייכים למגזר שבדרך כלל ידו על העליונה.

**על כל פנים ,ייתכן שעצם התמיכה בסחירות, העולה משרשרת של נימוקים ,לא תאבד רבות מתוקפה ומחוזקה גם ללא השיקול החלוקתי.**

1. טיעון האיסור, אפקט ההשחתה ודרישה שהטוב יתקיים גם לאחר הקומודיפיקציה

נימוק מרכזי אחר נגד עבירות וסחירות הוא חשש **מהאפקט המשחית של עסקאות מסוימות** שכן פעמים סחירות של משאב עלולה להימצא בקונפליקט עם ההמשגה החברתית שלו ולפגוע בזהות ובשגשוג האישי.

קיימים 2 סוגים של השחתה;

1. **שינוי לרעה של הזכות הממוסחרת עקב חשיפה ללוגיקה שוקית** -בהקשר זה עולים שני טיעונים ; האחד הוא שהנחת קריטריונים אובייקטיביים לזכויות אישיות דרך מכניזם של תמחור הזכות בשוק משנה את הפנומנולוגיה של אותן זכויות ,שכן דרך מסחורן והלוגיקה השוקית הן הופכות לסחורה או ל"דבר". הטיעון האחר הינו שתפיסה של מי שמוכר את הסחורה עלולה להיות מזוהה עם החפץ הנסחר בשוק, סחירות מפחיתה לעתים מערך האדם הסוחר בזכות "מנמיכה" אותו ומתייחסת אליו כאילו הוא עצמו סחורה, כלי או רווח (תגובה לטיעון זה ראו בעמ' 130)
2. **אינטראקציה בין הצדדים לעסקה-** מסחור פעולות מסוימות יכול שישחית מערכות יחסים ויהפוך אותם לאגואיסטיים (לדוגמא במובן זה שמחבל באלטרואיסטיות של מעשים).

במקרה דנן ,דומה שאפקט ההשחתה על מכלול טיעוניו ,אינו צריך להביא לתוצאה לפיה הגט אינו סחיר.

* ראשית הגט כבר סחיר בפועל בדיונים בבי"ד הרבני ולכן אין כל היגיון לחסום את הסחירות בגט לאחר ההליך האזרחי המקנה לאישה פיצויים ומחזק את כוח המיקוח שלה, ובד בבד עם זאת לאפשר סחירות בבית הדין הרבני מתוך עמדה מנצלת וכוחנית. לגיטימיות הסחירות לאחר ההליך האזרחי היא אפוא פתרון מאוזן ,שכן בלעדיה האפקט המשחית ,אם אכן קיים כזה ,ייוותר בדיונים בבית הדין הרבני, מתוך נקודת חוזק של הבעל בלבד ובצורה קיצונית. **חיזוק כוח המיקוח של האישה אינו יכול להיחשב משחית יותר**, אלא להיפך, הוא מאפשר לאישה להגיע לעמדת מיקוח במצב בו הבעל בעמדת מיקוח חד צדדית.
* בנוסף, גם הביקורת של **מניעת הבחירה** (שלכאורה לא ניתנת אפשרות בחירה ולא לא נרצה שהדבר יהיה סחיר- כשאין טווח אפקטיבי של בחירה בשוק ולא ניתן להבטיח מאגר מספק של אפשרויות בחירה, לא ניתן להשיג חופש או אוטונומיה) לא צריכה להביא לאיסור על סחירות בגט. לבעל אפשרות בחירה, והוא אינו חייב להסכים לעסקת החליפין. הוא שהחל בתהליך הסחיטה הכספית בבית הדין הרבני. **יש לו בחירה לנהל משא ומתן מעמדה שוויונית על הזכויות הכלכליות ,מבלי לסחוט ולהתנות זאת במתן הגט**. המהלך רק מחזק את כוחה של אשתו באותו תהליך, הגם שעדיין אינו משווה ביניהם. למעשה ,לבעל יש כמה אפשרויות פעולה המצביעות על כך שנתונה לו בחירה: לסחור בגט תוך סחיטה כספית ,לסחור בגט מנקודת מיקוח שוויונית יותר או לא לסחור בגט כלל ולנתק את מתן הגט מהדיונים על חלוקת הרכוש , ולתת את הגט כאשר בית הדין הרבני מחייב אותו לעשות כן ואף קודם.
* כמו כן, לאחר הקומודיפיקציה **תראה החברה את סרבן הגט באור חיובי יותר מאשר לפניה** .לפני הקומודיפיקציה הופנו אליו החיצים כ"נבל ברשות התורה" שמנצל לרעה את הסיטואציה, כובל את אשתו בכוח לנישואין שנגמרו דה-פקטו ומאמלל אותה ואת המשפחה כולה. לאחר שישחרר אותה כבר לא יצביעו עליו כעל מי שמאמלל את אשתו וכובל אותה לנישואין שבהם אינה חפצה ולמעשה כבר אינם קיימים. הסיטואציה שונה אפוא מהותית ממכירת חופש , גוף או ילד.
* גם הנימוק של **האינטראקציה בין הצדדים** (שזה עלול להפוך אותם לאגואיסטיים) רלוונטי פחות בענייננו שכן עסקת חליפין לא תהפוך את הצדדים לאגואיסטיים יותר בהליך בו ממילא ההיבט הכספי וחלוקת הרכוש נמצאים בראש מעייניהם של הצדדים. הקומודיפיקציה רק תסנן את הגורם הבעייתי של הסרבנות המשפיע לרעה על כל ההליך בכך שאינו מאפשר היפרדות כלכלית ונפשית ולמעשה תביא את הבעל להיות פחות אנוכי שכן עד לגט הוא שמר על הנישואין בקנאות וזאת אע"פ שהתקיימו בצורה רשמית בלבד.
* לבסוף, באשר לטיעון האיסור, נראה שיש "טוב "בגרסה הממוסחרת של הגט. האישה עשויה להשתחרר מהנישואין הלא-רצויים והלא-קיימים ,לטובת כל הצדדים הקרובים והרחוקים: המשפחה המורחבת, החברה ולעתים אף הבעל עצמו שכן הלה מפסיד מסרבנותו ואין מי שיפקח את עיניו ויעמידו על תוצאות מעשיו, קודם כול כלפי עצמו וכלפי ילדיו. יש שיטענו שמדובר בנימוק פטרנליסטי המכתיב לבעל מה טוב עבורו אך נראה כי מדובר בטיעון לגיטימי.

**לאור האמור ,גם בטיעון האיסור אין כדי לאסור על הסחירות בגט**.

. אוטונומיה אישית4

לעיתים אנו נאסור על עבירות של דבר מסויים בגלל שהוא פוגע באוטונומיה. ואולם, בסוגיה דנן , נראה כי **האוטונומיה דווקא מסייעת באופן מובהק למסקנה שהגט דווקא סחיר**, **שכן בעזרת הסחירות, האישה מחזירה את השליטה על חייה** ומפסיקה מצב של חוסר אונים הוא היא תלויה באופן מוחלט בבעלה, המנצל לרעה את הכוח המשחית שבידיו (האישה לא יכולה לבחור בן זוג חדש, לא יכולה להינשא, לא יכולה להביא ילדים שכן ייחשבו לממזרים).

יש לשים לב לכך הבעל הוא זה שסוחט כספית את אשתו ומבקש לסחור בחירותה שלא כמו במקרים של מי שמוכרים את גופם ,איבריהם ,ילדיהם או החופש שלהם. האישה כאן בעצם **קונה ו**לא **מוכרת** את החופש שלה**. התביעה האזרחית היא במקרים רבים המוצא האחרון של מסורבת גט ויהא זה אבסורד אם דווקא האוטונומיה תחסום אותה מלהשיג את החופש שלה.**

גם טיעון (בעייתי מאוד) שהאישה נכנסת לנישואין כדת משה וישראל בידיעה שסרבנות גט היא אפשרות קיימת, ושהבעל עלול להחזיק את המפתח לשחרורה מהנישואין ולא לשחרר אותה ,עדיין לא יאיין את הטיעון של פגיעה באוטונומיה של האישה. למותר לציין שטיעון זה מעלה בעיות קשות. **בעת הכניסה לנישואין כל אישה מאמינה שלא תגיע למצב של סרבנות גט כלפיה ,בעיקר כשמדובר בתופעה שאינה רווחת עד מאוד** .לכן גם טענות הגנה להסתכנות מרצון או אשם תורם אין להן על מה לסמוך ,לפי נימוק האוטונומיה.

עוד קשה לומר שהאוטונומיה של הבעל נפגעת מהסחירות. ראינו כי לבעל יכולות בחירה, הוא השולט בהליך עד אותה נקודה, הוא יכול שלא לסחוט ויכול גם לנהל משא ומתן על הזכויות הרכושיות מעמדה שאינה של סרבנות. **לכל היותר יש כאן השוואת המצב של שני בני הזוג ,שגם בו עדיין יש לבעל יכולת בחירה בין חלופות שונות**. נוסף על כך, הרי הבעל עצמו סוחר בגט בבית הדין הרבני, ולכן נראה שהוא צריך להיות מנוע ומושתק מלטעון טענה דומה נגד אשתו, העושה שימוש משלה בסחירות. נראה כי מתרחשת פגיעה באוטונומיה של המסורב או המסורבת בלי קשר הכרחי לנזק נפשי או אחר הנגרם מאי יכולתו להמשיך בחיים תקינים; מדובר בראש נזק עצמאי ונפרד שאין הכרח לקושרו לנזק מסורתי מסוג אחר.

**אם כן, נימוק האוטונומיה אינו יכול לבסס איסור על סחירות בגט, אלא להפך- האוטונומיה מעודדת לאפשר את הסחירות ואף מחייבת זאת. הדבר מסייע לאישה לזכות באוטונומיה ,שהיא זכות שנשללה ממנה ,וכן מגדיל את הרווחה המצרפית ומפחית דיכוי וניצול.**

1. יעילות, החצנות והשפעת הסחירות על צדדים שלישיים ובהם ילדיהם של בני הזוג והמשפחה המורחבת

ההצדקה הכלכלית הבולטת ביותר לאי-עבירות ,לגישת קלברזי ומלמד ,קשורה להחצנות אפשריות העולות מהעברת הזכויות- למשל, החצנות על צדדים שלישיים (למשל, למכור שטח אדם למפעל שידוע שהוא מזהם וישפיע על הסובבים, או למשל איסור מכירת משקאות לקטינים שכן ידוע שהם לא ישלטו בעצמם ויגרמו נזק לסביבה). **לענייננו ,הסחירות בגט לא תשפיע לרעה על צדדים שלישיים, אלא להפך.**  
לשאלת הסחירות והעבירות יש כאמור השפעה על אחרים גם בסוגייתנו, אך כיוונה הפוך במובהק. מדובר בתהליך שהוא לטובת צדדים שלישיים והחברה בכללותה וללא ספק אין מדובר בהחצנה שלילית ובאי -יעילות. דווקא הותרת מצב הסרבנות על כנו יוצרת החצנות שליליות ופוגעת בצדדים שלישיים ולא רק במסורבת הגט. מתן הגט כתוצאה של עסקה **שבמרכזה סחירות הגט יוציא לחופשי לא רק את האישה אלא גם את הילדים**. הדבר נכון גם בנוגע לקרובי משפחה אחרים. לדוגמה, במשפחות דתיות וחרדיות יכול מצב של סרבנות גט להטיל כתם על המשפחה כולה.

גם החברה בכללותה תרוויח ממצב של סחירות הגט ,שתפחית מהסטטיסטיקה העגומה של סרבנות גט. האישה תוכל לחזור למעגל העבודה אם נפלטה ממנו ,והמדינה תפסיק לשלם לה קצבה אם קיבלה כזו. המדינה גם "תרוויח "אדם שאינו ממורמר ומדוכא עוד, ולכך יתרונות רבים כגון מניעת בעיות האופייניות לילדים שנחשפו לגירושין מכוערים הכוללים סרבנות.

אם כן, הסחירות בגט אינה רק מטרה חברתית-חלוקתית חשובה ,אלא גם **מטרה יעילה המפסיקה החצנות שליליות ופגיעה בצדדים שלישיים.**

1. צדק תהליכי במציאות בה גט נסחר בפועל בבי"ד הרבני

בעניינו, נדמה כי בתי הדין הרבניים נפגעים מהתערבות ביהמ"ש בענייני גירושין שנמצאים בסמכותם הייחודית. אף אם ההתערבות עקיפה, היא משנה את הסטטוס המשפחתי לאחר חתימה על עסקת החליפין. לכאורה, מהלך זה לבדו יכול לגרום לגט להיות בלתי עביר, כנגזרת של צדק תהליכי.

אף אם נתייחס לתסכולם של בתי הדין הרבניים מתוצאות הפסיקה האזרחית ברצינות רבה ביותר, אין לאסור על סחירות הגט מסיבה של צדק תהליכי. **בל נשכח כי הגט סחיר בבית הדין הרבני ,ומקרה של סחיטה כספית הוא מעשה דבר יום ביומו בערכאה זו כמו גם מו"מ כספיים שבבסיסם מכירת זכויות אישיות נוספות ,כגון משמורת**, **מזונות אישה ועוד.**

העובדה שניתן להמיר את הגט בכסף בבי"ד הרבני מצביעה על כך שהגט סחיר באופן עקרוני ואין מדובר בזכות שמעצם טבעה אינה יכולה לעבור קומודיפיקציה. לפיכך, **אם הגט כבר נסחר איפשהו, יש לכך משמעות לצורך הקביעה אם הזכות עבירה או לא.**

1. האם שיקולי סחירות המכתיבים פיצוי גבוה במיוחד לצורך השוואת כוח מיקוח עומדים בסטנדרטים של צדק מתקן?

בעיה אחרת בהקשר של צדק מתקן: ניתן לומר שמטרת התביעה האזרחית אינה השגת פיצויים, אף שזו המטרה הרשמית, אלא השגת גט לאחר מו"מ.  מכאן, **שהמטרה של פיצוי והשבת המצב לקדמותו אינה מושגת בהליך זה, אלא הגברת כוח מיקוח עבור הליך אחר, עתידי.**   
אלא שלאמיתו של דבר, מטרת התביעה היא בכל זאת **השגת פיצויים** שלאחריה יכולה התובעת לעשות בהם ככל העולה על רוחה. ברצותה תשתמש בהם, ברצותה תתרום אותם, וברצותה תמיר אותם בזכות אחרת, שהיא חשובה עבורה במקום לגייס את הכסף לאותה עסקה ממקור אחר. האישה למעשה משתמשת במצוי, דהיינו במה שהדין מאפשר לה כדי להשיג באמצעותו את הרצוי דהיינו את מה שהיא רוצה להשיג בהליך מאוחר יותר של עסקה פרטית עם בעלה. אם כן, **תיקון העוול שגורמת סרבנות הגט הוא אכן התיקון האמיתי ואם פיצויים בתביעה אזרחית יכולים לשמש להשגת מטרה זו, הדבר עולה בקנה אחד עם צדק מתקן שכן יש בתביעה משום הסרת עוולות והשבץ המצב לקדמותו**.

ואדרבה, אין במקרה סרבנות הגט אפילו תיקון שלם של ממש. כשהאישה ממירה את הפיצויים בגט ,היא נותרת עם גט ובלי פיצויים ,בעוד הייתה אמורה להיוותר הן עם גט והן עם פיצויים על נזקים נפשיים שנגרמו עקב הסרבנות. אין להתעלם מהעובדה שהיא שהחליטה להמיר את הפיצויים בגט , ולכן יש כאן לכאורה תיקון ולא פחות מכך.

ניתן לומר שכאשר ביהמ"ש פוסק פיצויים הוא פוסק סכום גבוה יותר מזה שהיה נפסק כרגיל כתוצאה מהתעללות נפשית. ניתן לטעון כי פסיקת פיצויים זו שלא במטרה לפצות על נזק אלא כדי לאפשר כוח מיקוח אינה עומדת בעקרונות צדק מתקן אך כך רק לכאורה. למעשה לאישה שתי זכויות מוקנות; בזכות לגירושין והזכות לקבל פיצוי עבור הנזק הנפשי. התביעה האזרחית יכולה לכלול את שניהם יחד. **אישה שעומדת לה הזכות להתגרש והבעל אינו מספק לה זכות זו, האוטונומיה שלה נפגעת ומגיע לה פיצוי גם בלי צורך להוכיח נזק ממשי נפשי ממוני או אחר. לכן יש הצדקה לפיצויים גבוהים בגין סרבנות גט שיש להם מרכיב גם של פיצוי עבור הנזק הנפשי וגם של פגיעה באוטונומיה**. (בראייה הוליסטית (משפחה + נזיקין) יש להביןכי לאישה שתי זכויות מוקנות, האחת הזכות לגירושין, ועל זכות זו היא אינה אמורה לשלם, והזכות האחרת היא זכות לקבל פיצויים עבור הנזק הנפשי, ואם לא היה צורך בעסקת החליפין, לאישה הייתה זכות מוקנית גם לגט וגם לפיצויים- ולכן הפיצויים הגבוהים).

1. הטיעון המניעתי והלגיטימיות של אילוץ הבעל למכור את הגט תמורת ויתור על פיצויים

מרגרט ראדין העלתה את הטיעון הפרופילקטי ,שלפיו אם נמכרת זכות קניינית אישית במהותה ,ייתכן שתיווצר חזקה שהמכירה הייתה כפויה ולא מרצון חופשי. **במקרה של סרבנות הגט, המכירה לכאורה נכפית על הבעל: לאור פסיקת הפיצויים נגדו, אין לו ברירה אלא להסכים להמרת הגט בפיצויים ולכאורה, יש בכך כדי לאסור על העסקה.** (למשל, אדם המוכר את עצמו לעבדות).

תשובה אחת אפשרית היא שאכן יש כאן כפייה, אך היא **באה בתגובה לכפייה קודמת וקשה מסוג אחר**. הבעל כופה על אשתו בבית הדין הרבני לשלם סכומים גבוהים עבור שחרורה מהנישואין ויהא זה אך **מוצדק לאפשר את העבירות גם אם היא גורמת מצב אחר של כפייה**. פסילת העבירות שלאחר ההליך האזרחי תהיה צדקנית ,שכן היא תותיר את המצב הקיים שלפיו כפייה לא מוצדקת וקשה מתקיימת באופן חד-צדדי. לדעת כותב המאמר, אין כאן כפייה שכן לבעל **יש בחירה** בין מספר חלופות שהן:

1. לא לסחוט מלכתחילה, ולא להשתמש לרעה בכוח שהדין הדתי מקנה לו.
2. לשלם את הסכום שנפסק בתביעה האזרחית ולהמשיך ולנסות לסחוט כסף בבי"ד.
3. לנסות לגרום לבי"ד להקפיא את הליכי סידור הגט עד שאשתו לא תמשוך את התביעה מחשש לגט מעושה.
4. להסכים לעסקת החליפין ולתת את הגט תוך נסיגה מדרישותיו הכספיות בבי"ד.
5. להסכים לעסקת החליפין, לתת את הגט תמורת ויתור על גביית הפיצוי אך להתנות זאת בכך שתשלם לו תמורת הגט סכום מסוים סביר יותר.

**אם כן, אין כאן כל הכרח להגיע לעסקה אלא רק כדאיות, ובוודאי שאין הכרח שהבעל עצמו יזום עסקה ולכן במצב זה אין מדובר בכפייה. לפיכך, הטיעון הפרופילקטי, שרלוונטי מאוד במקרים כגון פונדקאות או צבא מתנדבים, אינו רלוונטי במקרה של סרבנות הגט.**

1. תאוריית הדומינו והשאלה האם commodification for some means commodification for all?

לפי תאוריית הדומינו של ראדין, אם לדוגמא ימוסחרו כמה אינטראקציות מיניות עד שיחסי מין יהפכו להיות ממוסחרים באופן כללי, על מסחור זה להיאסר כליל. האם זה המקרה בעניין סרבנות גט?

זה לא המקרה בסרבנות גט. בענייננו השוק כה צר (מוכר אחד וקונה אחת) שנראה שאי אפשר ליצור תאוריית דומינו. במקרה זה קומודיפיקציה לאחד אין פירושה קומודיפיקציה לכל. מדובר בפתרון רלוונטי רק כאשר הבעל מסרב לתת גט לאשתו ודווקא על רקע סחיטה כספית מוקדמת בבי"ד כך שהאישה מגישה תביעה לפיצויים, ומי מהם יוזם עסקת חליפין. **אין בכך כדי להפוך את הגט לממוסחר בכל המקרים האחרים וכאמור, סרבנות גט מתרחשת לשמחתנו רק בחלק קטן ממקרי הנישואין.**

1. מסקנה: **אין נימוק ממשי לאסור על הסחירות בגט**

אם כן, חלק נכבד מאותם נימוקים נגד סחירות פועלים במקרה זה דווקא בעדה ובצורה מובהקת. תוצאה זו מתרחשת בין היתר משום שמסורבת הגט קונה את חירותה דרך קניית הגט בכספי הפיצויים שבהם זכתה, בשונה ממקרים קלסיים בספרות ששם מועלה ספק בנוגע ללגיטימיות הסחירות במקרים של מכירת זכויות שדווקא פוגעת בחופש ובאוטונומיה של המוכר.

**לסיכום:** גט יכול להיות עביר וסחיר. אם היינו מגיעים למסקנה שהגט אינו עביר וסחיר הייתה מוציאה את העוקץ מתביעות אלה ומותירה את מסורבת הגט בעגינותה. הכרה בכך שהגט עביר וסחיר מאפשרת לאישה לתבוע בנזיקין ומהווה בסיס לעסקת החליפין בין בני הזוג.

1. **בהנחה שהגט סחיר- כיצד מגן הדין על הזכות להתגרש?**

במצב שבו הזכות להתגרש היא סחירה, יש לבחון כיצד המשפט מגן על זכות זו, איזו זכות מסוחרת כאן – זכות האישה או זכות הבעל, וכן מה אופייה. כזכור, קלברזי ומלמד הציגו כמה דרכים להגנה על זכויות: כלל קנייני, כלל אחריות ואי-עבירות. מכיוון **שבמקרה דנן המסקנה שהגט סחיר, נותר לבחון כיצד הדין מגן על הזכות המסוחרת, אם זו אכן זכות קניינית,** למי היא שייכת **והיכן נכנס לתמונה גם כלל האחריות – הפיצויים**. אציג את הדילמה וכן פתרון מפוצל לשני סוגים של מקרים.

1. הדילמה: זכות דתית-קניינית של הבעל להיות נשוי ולסרב או זכות האישה להתגרש שהבעל מסרב?

**האם מדובר בזכות דתית קניינית של הבעל להיות נשוי ולסרב לתת גט, או שמא עומדת לאישה זכות להתגרש ולקבל גט מקום בו הנישואין נגמרו?** גם אם חכמי ההלכה ודייני בית הדין הרבני אינם מרוצים מהתנהגותו של הבעל ,ניתן לומר שכל עוד הוא אינו נותן את הגט מרצונו ,המפתח לסיום הנישואין נתון לכאורה בידיו בלבד, שכן בית הדין אינו יכול להכריז על גירושי הזוג. לכל היותר ביכולתו לתת פסק דין המחייב את הבעל לגרש את אשתו ואף לכפות אותו באמצעים שהחוק מעמיד לבית הדין, אך לבעל עדיין עומדת הזכות לסרב ומבחינה הלכתית כל עוד הוא מסרב, הזוג עדיין נשוי. אם כן ,סרבנות הגט היא לכאורה יישום של זכותו של הבעל להמשיך ולהיות נשוי.

נשאלת השאלה- היש ליישם במקרה זה כלל אחריות, כלל קנייני או כלל חדש, מעורב? התשובה לאשכול שאלות זה נעוצה בחלוקה בין מקרים **בהתאם לדרגתם של פסקי הדין הרבניים.**

1. כשיש פס"ד רבני לחיוב או כפיה להתגרש: לבעל אין זכות קניינית לסרב אלא חובה לגרש ולאישה זכות קניינית להתרגש ברוח כלל 1 של קלברזי ומלמד

כאשר יש פס"ד רבני **לחיוב** הבעל בגט, וביה"ד הרבני אמר כביכול את דברו בצורה נחרצת בדמות פסק דין לחיוב או לכפייה, **הזכות הקניינית של הבעל להיוותר נשוי ולסרב להתגרש בוטלה**. כעת עומדת לו חובה **לממש את זכותה הקניינית של אשתו** להתגרש ,שהחלה עם מתן פסק הדין. עם זאת, מכיוון שעקב סרבנות הבעל ואמצעי הכפייה המועטים שבידי בית הדין הרבני לא ניתן להוציא את הזכות הקניינית של האישה להתגרש מהכוח אל הפועל, **הבעל "נקנס "או "ממוסה" עקב הפרת החובה בכך שישלם פיצויים אם ייתבע אזרחית.** לא ייתכן לומר שלאחר חיוב הבעל לתת גט לאשתו בצו של ביה"ד הזכות הקניינית להישאר נשוי ולא להתגרש נותרת אצל הבעל, אלא מרגע צו החיוב חלה עליו חובה לתת לאשתו גט וכעת יש לה זכות קניינית להתגרש.

**לאחר הקצאת הזכות הקניינית לאישה בבי"ד הרבני (**הקצאה ראשונה**) ולאחר פס"ד של ביהמ"ש שהקצה את הזכויות והחובות בפעם השנייה** (הקצאה שנייה)**, לבעל שתי חובות ולאישה שתי זכויות**. לאישה גם: 1. זכות קניינית לקבל את הגט 2. וגם זכות לפיצויים מכוח הפעלתו של כלל אחריות בגין סירוב הבעל לקיים את חובתו במישור הזכויות שלה, ובכך הוא גורם לה נזק באי-היכולת לקבל בפועל את זכותה הקניינית. אם האישה מצליחה להשיג את הגט שהוא הסעד הראשי העדיף עליה באמצעות מיקוח הפיצויים הרי שהפתרון מוצלח וגט יינתן.

האם ניתן להכפיף פיצוי במקרה שיש פסק דין רבני קודם לחיוב או לכפייה לאחד מן הכללים של קלברזי ומלמד או לבססו על כלל כזה? לכאורה לא, שכן במקרים שבהם האישה מחליטה לתבוע בנזיקין, הכלל אינו מופעל בשלמותו עקב כך שהמערכת הרבנית אינה מצליחה לממש את הצו שהיא עצמה נתנה. האם יש כאן בכ"ז יישום של כלל 1 של קלברזי ומלמד? יש שתי דרכים לאפיין את מצב הדברים במקרה של פס"ד חיוב/כפייה:

1. **כלל 1 עם כוכבית-** תביעה אזרחית עקב סרבנות גט מייצרת מצב בו מדובר בשתי ערכאות נפרדות ובשתי מערכות דינים נפרדות הנדרשות לניהול העניין. במקרה של פס"ד לחיוב בגט, מה שהיה אמור להיות מופעל הוא אותו כלל 1 (קנייני) אך הדבר אינו מתאפשר בפועל. בעלת הזכות אינה צריכה להפסיד מכך ועל המשפט הפרטי להשתמש במעין חלופה לכלל 1 ולאפשר פיצויים דרך הדין האזרחי במקום בו לא ניתן ליישם את הצו. מדובר בשימוש מיוחד בכלל 1 שתוצאתו פיצויים ולא צו, כסעד של נחמה. מכיוון שאין אפשרות דה-פקטו לקבל צו ולחייב את הבעל להתגרש, המשפט הפרטי אינו זונח את האישה התובעת לנפשה ,בבחינת "הכול או כלום", אלא מאפשר לה מסלול "עדין" יותר בדמות פיצויים. המסלול "עדין" גם בכך שהוא מקנה סעד קל יותר משהיה מדובר בהפעלת כלל אחריות ולא כלל קנייני, וגם בכך שהוא אינו מתעמת במישרין עם בית הדין הרבני. קלברזי ומלמד לא חשבו על מצב זה שכן פעלו במציאות שבה בית משפט אזרחי שנותן את הצו גם עומדים לרשותו כלים לאוכפו.
2. **יישום מלא של כלל 1-** כאן היישום אמנם מתבצע בכמה שלבים אך אין בכך כדי להחסיר מאום מעצם יישומו המלא של כלל 1. המשפט הפרטי אינו יכול להשיג במישרין את מטרתו של כלל 1 קרי לאפשר סעד קנייני. הוא גם אינו יכול, או אינו מעוניין, להתעמת עם הדין האישי ועם מערכת בתי הדין הרבניים. משכך, בית המשפט האזרחי מקנה לאישה "נשק" שעשוי להאדיר את כוח המיקוח שלה (הפיצוי הוא למעשה כלל 2 או כלל 1 עם כוכבית). אם הרקע לסרבנות היה אכן כספי והבעל ניסה לסחוט כספים מאשתו, כעת אחרי שתפוצה במסגרת ההליך הנזיקי ואם שיעור הפיצוי יהיה גבוה דיו, כוח המיקוח יושווה או כמעט יושווה. בכך עשו דיני הנזיקין את שלהם. בשלב זה יחזרו הצדדים לבית הדין הרבני, והבעל יסכים ולו בחלק מהמקרים ,לתת לאשתו גט תמורת ויתור על הפיצויים שבהם זכתה זה עתה ,שכן אין לו תועלת כספית מהמשך הסרבנות (בעצם זה כלל 4). כך יוגשם כלל 1 במלואו בבי"ד. אילולא היה זה מצב של מאבק סמכויות ואלמלא החשש מגט מעושה שלא כדין, ניתן היה להצביע על מהלך הרמוני בו בי"ד הנזיקי מסייע להגשמת החלטה (צו) שניתנה במסגרת הדין האישי. נמצא אפוא אכלל 1 מוגשם במלואו בארבעה שלבים; צו בבי"ד הרבני🡨 תביעה בביהמ"ש וקבלת פיצוי 🡨 עסקת המרת הגט בפיצויים 🡨 מתן הגט בבי"ד (

**אם כן, הצדקת המהלך של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט במקרים שנפסק פס"ד רבני לחיוב או לכפייה עולה מניתוח חובות מול זכויות ויכולה להתבסס על הפעלת כלל 1 של קלברזי ומלמד בצורה המתאימה למקרה המיוחד והמפותל של שתי מערכות דינים שונות הנדונות בשתי ערכאות שונות**.

1. כאשר (עדיין) אין פס"ד רבני לחיוב להתגרש: לבעל זכות קניינית לסרב הכפופה לתשלום פיצויים, ברוח כלל 2 של קלברזי ומלמד

מקרים אחרים של סרבנות הגט הם אלה שבהם מזהה הדין האזרחי סרבנות להתגרש כעוולה, אף **שהבעל עדיין לא חויב להתגרש בבית הדין הרבני,** אלא ניתן נגדו פסק דין רבני "רך "יותר ברמה של "מצווה" או "המלצה" להתגרש. במקרים אלו ניתן להשתמש בכלל 2 (אחריות לטובת הניזוק) המקנה פיצויים בדין האזרחי בגין נזק שגורמת החזקה (לגיטימית גם אם לא רצויה חברתית) בזכות הקניינית להיות נשוי.

שופטים לא מעטים של בתי המשפט לענייני משפחה אכן זיהו עוולה נזיקית גם על סמך אותם פסקי דין רבניים "רכים" מסוג "מצווה" או "המלצה" בראותם את הבעל כמעוול באופן מהותי עקב סרבנותו להביא לידי סיום נישואין שנגמרו דה-פקטו. באותם פסקי דין נקבע כי אמנם אין מדובר ב"גירושין אזרחיים" אך **לצורך פסיקת פיצויים והכרזה על הבעל כמעוול בנזיקין, בהחלט מספיקים גם פס"ד רבניים רכים**. במקרה זה הזכות הקניינית לסרב להתגרש ולהמשיך להיות נשוי, שהיא זכות שבסטטוס ,עדיין שייכת לבעל והמשפט האזרחי אינו מתערב בתוצאה שבדיני המשפחה הדתיים שקבע בית הדין הרבני אלא **שלהחזקה באותה זכות קניינית יש מחיר**- > **המחיר הנו כלל אחריות לטובת הניזוק** (כלל 2) **,שפירושו פיצויים שעל המחזיק בזכות הקניינית לשלם לניזוק עקב קיומו של נזק שאירע מעצם ההחזקה בזכות**. במצב זה החברה רואה בהחזקה כיעילה (ולו רק למען הסטטוס קוו לפיו הדין הדתי הוא הקובע בענייני נישואין וגירושין) אך בד בבד, מכירה בזכותו של מי שניזוק מהחזקה זו לקבל פיצויים על נזקו. במצב כזה, אם למחזיק בזכות לא כדאי מבחינה כלכלית להמשיך להחזיק בה וגם לשלם פיצויים ואכן לניזוק כדאי מבחינה זו לקנות את הזכות, תיחתם עסקה והמזיק ימכור את הזכות לניזוק. פירושם של דברים הוא שהבעל אמנם יוכל להמשיך להחזיק בזכותו הקניינית, אך הוא יצטרך לשלם פיצויים במישור האזרחי .הסיבה לכך היא שהחזקתו בזכות פוגעת באשתו בהתאם לאותו כלל 2.

גם כאן ,לאמיתו של דבר האישה מעוניינת בסעד של הגט ולא בפיצויים שהם סעד משני שנועד במקורו לפיצוי על הנזק הנפשי שנגרם מאי-היכולת לקבל את הזכות הקניינית. ואולם, היא תובעת את הסעד המשני ששייך לה מכוח כלל האחריות המוחל לטובתה ומנסה לחזור לשולחן המשא ומתן שהחל בבית הדין הרבני להשלמת העסקה של קניית הגט (הסעד הראשי) כשהפעם מעמדה שווה או קרוב יותר לזה של הבעל ובכך להגשים עד תום את מטרתו של כלל 2.

אם אכן **האישה משתמשת בכלל האחריות כדי לקנות את הזכות הקניינית והעסקה יעילה ומקובלת על שני הצדדים, הרי שהפתרון מוצלח ויינתן גט**. אם מהלך זה מצליח, **מתקיים הרציונל שבבסיס כלל 4 שכן הניזוקה קונה את הזכות מהמזיק במצב שבו הזכות הקניינית עדיין שלו**. מצב זה רק דומה לכלל 4 שכן זהו מו"מ פרטי ועצמאי בין הצדדים לקניית הזכות כנגזרת של כלל 2 למעשה כPJB. אין כאן אפשרות לאלץ את הבעל למכור את זכותו ואין מדובר בהחלטה שיפוטית המורה לו להפסיק את פעילותו המזיקה אם הניזוק משלם לו. אם כן, מדובר בסופו של דבר ביישום של כלל 2 ואולם גם אם המהלך לא יצלח או שהאישה מראש אינה מעוניינת לקנות את הזכות הקניינית של הבעל, דהיינו להמיר את הגט בפיצויים אלא רוצה בפיצויים עצמם, הרציונל של כלל 2 מתקיים כאן במלואו.

נשאלת השאלה: **האם ביהמ"ש אזרחי יכול להורות על פיצויים גם ללא הסתמכות על פס"ד רבני קודם, אפילו לא רך?** פסק דין רבני בדרגה הנמוכה ביותר (המלצה) פירושו שבית הדין הרבני ממליץ לבעל לבחור בדרך הנכונה והראויה לדעת ההלכה שהיא מתן גט לאישה אך אין הבעל חייב להישמע לכך. אם אכן לא יבצע זאת ולא יגרש את אשתו, הוא אמנם לא יפסע בעקבות דברי החכמים ,אך לא ייחשב כעבריין גם מבחינת הדין הדתי ובוודאי לא ייחשב כמי שחייב לתת גט מכוח דין המדינה.

לדעת כותב המאמר, **דיני הנזיקין פועלים כאן באופן עצמאי** והם יכולים לזהות עוולה **גם בהעדר פס"ד רבני לחיוב או לכפייה.** 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 גם שכל פסק דין רבני, גם לחיוב לגירושין, איננו קונסטיטוטיבי. דהיינו אינו יוצר את הגירושין ואינו משנה את הסטטוס ומסיים את הנישואין שהרי אלה מסתיימים רק כאשר בני הזוג עושים כן. ומבחינת בית המשפט לענייני משפחה גם פסק דין ברמה של "מצווה "ואף "המלצה" צריך להיחשב כהוראה חוקית לכל דבר. ואולם, אין ספק בעיניי שפסקי דין רבניים "רכים" יכולים להיות בסיס לפחות לטענת התרשלות הסרבן.

בית המשפט לענייני משפחה פועל ברובד אחר, לא הלכתי, של מתן פיצויים. כל שהוא מבקש לקבוע הוא אם מעשי הבעל, שאינם מאפשרים לאישה לקבל גט במישור ההלכתי ,מהווים עוולה מבחינת דיני הנזיקין. **מקום בו המעשה אינו כשר מבחינת דיני הנזיקין ומהווה עוולה  ולאישה נגרם נזק בעקבות אותו מעשה, יש כאן תביעה לגיטימית.** לפיכך, יש לנהוג בהתאם לכלל **מקבילית הכוחות** כך שככל שפס"ד הרבני בדרגה גבוהה יותר, יש בכך משום ראיה חזקה יותר להפרת החובה מטעם הבעל. ככל שפס"ד ברמה נמוכה יותר, יהיה נטל הראיה על התובעת כבד יותר אם כי לא בלתי אפשרי.

סוגיה זו הגיעה בעקיפין לביהמ"ש העליון (לפירוט ראו עמ' 159) והשופט זילברטל מגלה אפוא  סימנים להתייחסות חיובית לפסיקה נזיקית עקרונית גם ללא חיוב, ולאפשרות שלצורך התביעה הנזיקית יראה בית משפט אזרחי את בן הזוג כסרבן גט אף אם לא חויב לגרש בבית הדין הרבני ,וזאת בהתאם לנסיבות .יש לזכור שגם השופטת ברק-ארז לא ראתה זאת בהכרח בשלילה, רק סברה שאין להקיש .עם זאת ,פסק הדין כאמור אינו קובע מסמרות ואין מדובר ברציו של פסק הדין.

נראה כי גם מקום בו אין פס"ד בלבד יש לנהוג בהתאם למקבילית הכוחות בעזרתה ניתן יהיה לאפשר הגשת התביעה והוכחתה על ידי התובעת, אף אם הדבר יהיה קשה עשרת מונים מאשר במקרים שבהם יש פסק דין רבני אפילו "רך". אם יוכרו תביעות כאלה ,אין ספק שמאבק הסמכויות יוחרף עוד יותר ,שכן כל עוד יש הסתמכות כלשהי על פסיקה רבנית קודמת, בית המשפט האזרחי עצמאי פחות בפסיקותיו ובכל זאת מסתמך על הקביעה ההלכתית, עם הבעייתיות של חשש מגט מעושה. כאשר אין פסיקה רבנית כלל, הבעיה קשה יותר.

בעבר הציע הכותב להכיר בתביעה זו ב3 מקרים:

1. כשניתן לזהות התעללות נפשית גם ללא חיבור הכרחי לסרבנות.
2. שניתן לזהות התעללות נפשית הסובבת את אי-מתן הגט אך לאו דווקא נובעת מכך (מקרה ירושלים).
3. כשבן הזוג מסרב להתגרש מתוך אמונה רבת שנים שניתן יהיה לחזור לחיי זוגיות בעוד הקרע עמוק ובלתי ניתן לאיחוי ונמשך שנים כך שאובייקטיבית אין כל מקום שלא לשחרר את בן הזוג.
4. הרהורים בדבר הצורך במדרג של שיעור פיצוי לפי חומרת פס"ד הרבני

נראה לעיל כי גם כאשר קיים פסק דין "רך" יותר יש הצדקה לחייב את הבעל בפיצוי נזיקי.   
כהמשך להנחה זו, האם יש גם מקום לקבוע **מדרג כלשהו מבחינת שיעור הפיצוי**, שלאורו אמנם ייקבע פיצוי אם הצליחה התובעת להוכיח את תביעתה גם במקרים של פסק דין רבני רך יותר אך **פיצוי זה יהיה נמוך יותר ממקרה בו פס"ד הרבני הוא בדרגת חיוב/כפייה?** אף שיש כנראה בהצעה זו של קביעת מדרג פיצוי לפי חומרת פסק הדין הרבני טעם רב, ולו למען הנמכת הלהבות בין הערכאות, ובמציאות שבה בית המשפט האזרחי אכן מסתמך בדרך כלל על הממצאים העובדתיים של בית הדין הרבני ועל החלטתו הסופית איזה פסק דין לפסוק **,יש בה בכל זאת בעיות לא פשוטות**.

1. יהיו מצבים בהם בית דין יתן פסק דין לחיוב, בעוד שבית דין אחר יתן פסק דין של המלצה. על אף שמדובר באותן עובדות.
2. מגדלור שאורו חלוש יותר אין פירושו שהאישה זכאית לפיצויים נמוכים יותר, אלא שיש לעבוד קשה יותר מבחינה ראייתית כדי להגיע להוכחתו. משעברה התובעת רף ראייתי זה, היא הוכיחה שנעשתה כלפיה עוולה והופרה חובת הזהירות. מכאן מתחיל שלב חדש לחלוטין, שבמסגרתו ייקבעו הפיצויים לפי חומרת המקרה בעיניים נזיקיות של עוצמת הנזק מהפרת החובה.
3. מבחינת התאוריה של דיני הנזיקין משמעות הדבר שהמטרות (פיצוי, צדק מתקן, צדק חלוקתי והתרעה יעילה) לא יוגשמו במלואן מקום בו הפיצוי יהיה נמוך.
4. צריכה להיות אמירה ברורה שסרבנות גט פסולה לחלוטין. גם אם בית הדין הרבני עדיין לא הגיע בפסיקתו לדרגה של חיוב, העובדות במקרים של פסקי הדין ה"רכים" מצביעות בשיטתיות על סרבנות של שנים ועל התעמרות בנשים. לפיכך, צריכה להיות קביעה חד-משמעית שיש לכך מחיר אזרחי נכבד.
5. כניסה לדיון בשיעורי הפיצוי יכולה וצריכה לגרור גם פרמטרים נוספים המציגים תמונה מורכבת; פסיקת סכום קבוע לכל שנת סרבנות מול פסיקה לפי הנזק בפועל או לחלופין פסיקה הנגזרת משיקולים חלוקתיים (לדוגמא כזו המורה על פיצויים מופחתים למסורבי גט לעומת מסורבות גט ,אף אם הנזק האקטואלי שלהם דומה). אם כן, אף שיש היגיון בקביעת מדרג של פיצוי על פי חומרת פסק הדין הרבני, יש בהצעה זו גם בעיות לא מועטות ולכן יש לשקול היטב האם לאמץ הצעה כזו. יחד עם זאת, בחישוב כולל נדמה שהשיקולים שנדונו לדחותה, חזקים מהשיקולים לאמצה.
6. **סוף דבר**

בעולם בו סחירות אסורה בבי"ד הרבני או בעולם שבו יש פתרון הלכתי אחד מוסכם ויציב נגד הסרבנות לא יהיה צורך בקניה כזו ולכן בדיקת הלגיטימיות בשלב השני תהיה מיותרת. ואולם כל עוד זאת המציאות אסור למנוע את אותה עסקה, בוודאי לא בעיניים אזרחיות. הסחירות בגט אינה מטרה בפני עצמה ואין מטרת מאמר זה לחפש לה הצדקות בכל מחיר. מוטב כמובן שלא תהיה סחיטה כלכלית בבית הדין הרבני עבור מתן הגט וסחירות בגט לא תיערך שם יום ביומו. או אז ניתן יהיה "לחסוך" את הסחירות שלאחר פסק הדין האזרחי לפיצויים. ואולם, כל עוד המציאות היא של סחיטה וסחירות בשלב הראשון, יש להצדיק בפה מלא את הסחירות בשלב השני כדי לתקן את ההשחתה והבעיה החלוקתית הקשה שיוצר השלב הראשון. סחירות כזו כפי שנטען, גוברת גם על מכשולים שונים אחרים שהועלו בספרות.

***16. מאמר של שמואלי Post Judgment Bargaining***

**מבוא**

* הגישות הקלאסיות של משפט וכלכלה (קוז, קלברזי ומלמד):
* לעתים פסקי דין שמקצים זכויות מותירים עדיין חלק מהמשאבים שלא הוקצו, כך שיש ערך להגעה למו"מ לאחר פסה"ד **(PJB)** על מנת לחלק מחדש גם את הזכויות הללו.
* לפי גישות כלכליות מסוימות, אם צדדים עדיין לא מרוצים ממה שהוקצה בבימ"ש, הם ייכנסו להתדיינות לאחר פסה"ד, כל עוד הדבר יעיל והוצאות העסקה נמוכות.
* ביקורתו של וורד פרנסוורת':
* הגישות מבוססות על ספקולציות לגבי האופן בו יתנהגו הצדדים ללא בדיקת מקרים אקטואליים.
* הן מזניחות מרכיב חשוב של איבה והתנגדות להביא בחשבון זכויות כסחורות שניתנות להעברה.
* בימ"ש המסתמך על המודל הכלכלי פועל בצורה מסוכנת.
* מטרת המאמר:

שימוש במקרה המבחן של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כגשר בין שני המקרים, בהשוואה למטרדים, כדי לצאת מהפרטים אל הכלל ולאפיין את סוגי המקרים השונים במטרה להציג פרמטרים שיסייעו לקבוע מתי מו"מ אחרי פס"ד צפוי (כמו במקרה הגט) ומתי לא (כמו במקרים שחקר פרנסוורת').

מטרה פרקטית: לאפשר לצדדים המעורבים (ולעו"ד ולשופטים) להעריך מראש מתי צפוי מו"מ אחרי פס"ד ומתי לא. לקדם פשרות ומו"מ לפני ליטיגציה, במקרים המתאימים, או במהלך הליטיגציה.

**מחקרו של פרנסוות'**

* המחקר: מחקר אמפירי, הוא לקח 20 מקרי מטרד שהגיעו לערעור, ראיין 40 עורכי דין של הצדדים, פס"ד שקבעו זכות קניינית לאחד הצדדים.
* הממצאים: באף אחד מן המקרים **לא היה מו"מ אחרי פס"ד ואפילו לא ניסיון למו"מ** לקנות את הזכות הקניינית.
* ההסבר על פי פרנסוורת':

1. **"יחסי איבה בין הצדדים"-** גורמת לצדדים לא לרצות מו"מ או לדרוש מחיר גבוה מידי שלא מאפשר מו"מ.
2. **אי רצון לתת לזכויות מחיר** (הלקוחות הרגישו שמדובר ב'שוחד' כאשר הם משלמים עבור זכות שבעיניהם שייכת להם).

בפועל, נוצר מצב של חוסר שוק. השוק יכול להסיר מחסומים ולאפשר התדיינות רק כשצדדים רוצים להתדיין (זו לא בהכרח התנהגות לא רציונלית; לא כלכלית).

**הביקורת של שמואלי**

* **לעניין הגישות הכלכליות הקלאסיות** (קוז, קלברזי ומלמד) כוללניות מדי. לא הבחינו בין מקרים שמו"מ אחרי פס"ד צפוי לבין מקרים שאינו צפוי.
* **לעניין הביקורת של פרנסוורת'** מכיוון התנהגותי גם כוללנית מדי. ישנם מקרים שגם בין צדדים עוינים מתנהל מו"מ אחרי פס"ד.

ישנן ביקורות על מחקרו של פרנסוורת' בייחוד על עיצוב המחקר (מס' התיקים; רק תיקים בערעור ועוד).

**מקרה המבחן של סרבנות גט- הצלחת מו"מ לאחר פס"ד**

1. **פעולות אזרחיות לסירוב לתת גט- מקרה מבחן**

אן ובן נשואים, בן מסרב לתת גט למרות הוראה מחייבת של בית הדין הרבני. אם יחייבו אותו ישנו חשש מגט מעושה שלא כדין. בן דורש שאן תוותר על חצי  הדירה שלה ותשלם לו סכום נוסף בתמורה לגט. אן לא רוצה לוותר על הדירה ואין לה את הסכום שבן דורש, כך שהיא לא מצליחה להשיג את הסעד הראשי, סטטוס משפחתי של גט (=זכות קניינית).

הפתרון: פנייה לכלל השני של קלברזי ומלמד: כלל אחריות לטובת הניזוקה . כלומר, פיצויים בנזיקין או בחוזים בגין הנזק הנגרם אחיזת הבעל בזכות הקניינית. המטרה היא שאן תקבל פיצויים גבוהים ולאחר פסה"ד תנהל מו"מ בעזרתם כדי לקבל את הגט.

1. **פיצוי נזיקי כמנוף למו"מ לאחר פס"ד- ויתור על הפיצוי בתמורה לגט**

* מהות העסקה: קניית הזכות הקניינית על ידי שימוש בפיצויים שייפסקו מהחלת כלל אחריות, בבימ"ש אזרחי (לענייני משפחה) שלו הסמכות לפסוק בנזיקין.
* פעולות הצדדים: ויתור האישה על הפיצויים תמורת מתן גט על ידי הבעל וויתור על התביעות הכספיות (כולן או חלקן) בבית הדין הרבני, שלו הסמכות בעייני נישואין וגירושין.
* תנאים מאפשרים: בד"כ רק פיצויים גבוהים יניעו את גלגלי המו"מ לאחר פס"ד מפני שהם משווים את כוח המיקוח של האישה.
* בפועל: למרות החשש מגט מעושה, מו"מ כזה מתבצע בפועל ועסקאות נחתמות במקרים רבים. במקרים אחרים יש מו"מ שלא מבשיל לעסקה, אך **יש כניסה למו"מ לאחר פס"ד המקצה את הזכויות, למרות שהצדדים באיבה.**
* אינטרקציה בין דיני משפחה לנזיקין (המעגל הרביעי): דיני הנזיקין מעצבים מחדש את דיני המשפחה הדתיים. הם אינם מבטלים את הפרקטיקה הדתית אך מציבים לה מחיר אם היא פוגעת בזכויות אדם (כמו במקרה של גירוש אישה בעל כורחה). אך כאן יותר מכך – **הפעלת כלל אחריות משמשת לשינוי הסטטוס, בשונה מגירוש אישה בעל כורחה שאינו גורם לשינוי סטטוס.**

1. **יישום כלל 2 של קלברזי ומלמד- כלל אחריות לטובת הניזוק**

* מדובר במקרה שבו נפגעת הזכות של האישה בגלל סירובו של הבעל, אך לא ניתן להפקיע את הזכות הקניינית (הגט) מהבעל, מהחשש לגט מעושה. יוצא שהאישה לא מקבלת את הסעד שהיא רוצה (זכות קניינית) לכן, נפעיל את כלל 2- כלל האחריות לטובת הניזוק שמאפשר לתת פיצויים.
* בן לא מחויב להפסיק להשתמש בזכותו הקניינית, אך מיישום כלל 2- כלל אחריות לטובת הניזוק, הוא יצטרך לשלם על הנזק שהוא גורם לה מהפעלת זכותו הקניינית. כלומר, הזכות נשארת קיימת אך לא מושלמת – יש מחיר להפעלתה.
* מתקיים מו"מ לאחר פסה"ד המקצה את הזכויות, לקניית הזכות הקניינית, ושינוי דה-פקטו, עקיף או ישיר, של דיני המשפחה הדתיים דרך השימוש בדיני הנזיקין. המהלך יגרום לבעלים לחשוב היטב לפני הפעלת זכותם הקניינית.
* האיזון: יישום כלל 2 מתאים למקרים שבהם החברה אינה מעוניינת להפקיע את הסמכות להחליט שהזכות הקניינית נותרת בידי המזיק (מטעמי פשרה פוליטית, כמו בישראל, או רב תרבותיות ורצון שלא להתעמת עם פרקטיקות של מיעוט, כמו במדינות אחרות), אך מעוניינת לקבוע מחיר לאותו נזק שנגרם מהחזקת הזכות.

תוספת מהמצגת:

כאשר יש פס"ד רבני של חיוב/כפיה- **כאשר יש חיוב לבעל אין כבר זכות קניינית אלא חובה לגרש ואז כעת לאישה יש זכות קניינית להתגרש. מכיוון שלא ניתן לכפות עליו לגרש (כלל קניין), האישה הולכת לביהמ"ש האזרחי ולאחר שהיא מקבלת פסק לפיצויים (כלל אחריות)-> יוצא שכעת יש לבעל 2 חובות (לשלם ולגרש) ולאישה 2 זכויות (פיצויים וזכות להתגרש).**

יש כאן מעין קנס אזרחי על **אי קיום חובה**, כמו בדוגמת אי הצבעה באוסטרליה (סוזן רוז-אקרמן).

כאשר יש פס"ד רבני של "מצווה / "המלצה"/אין בכלל- הפעלת כלל 2 של קלברזי ומלמד אפשרית רק כאשר לבעל יש זכות קניינית לסרב לתת גט (כאשר ביה"ד לא חייב אותו) אך הוא מחויב לשלם על הנזק שהיא גורמת (=הבעל סרבן גט מבחינה נזיקית-אזרחית, לא מבחינת דיני המשפחה העבריים).

**פרמטרים שמאפשרים לצפות מתי יתקיים מו"מ לאחר פס"ד**

**מסקנות**

* מטרדים וסרבנות גט – מקרי מבחן בלבד, ומטרתם לאפיין קבוצות של מקרים.
* ההסבר לשוני בין סוגי המקרים מתמקד בעיקר באופי ההתדיינות בין צדדים עוינים ובאופי של הזכות שעומדת להיות מועברת בעסקה הפוטנציאלית: בהתדיינות מתמשכת ורב-שלבית צפוי יותר מו"מ לאחר פסה"ד, בעיקר כשמדובר בשלב אחד ועדיין לא סופי מתוך שרשרת התדיינויות, והצדדים מעוניינים לשפר עמדות להמשך ההתדיינויות. הדבר רלוונטי במיוחד לזכויות אישיות וקיומיות, שלא ניתן בלעדיהן, ומי שמבקש אותן יעשה הכל כדי להשיגן.

1. כשאין איבה מיוחדת בין הצדדים, אין סיבה שלא לצפות למו"מ לאחר פס"ד אם הוצאות העסקה נמוכות, כגישות הקלאסיות של הכלכלנים.
2. במצב של איבה טבעי יותר שלא יהיה מו"מ לאחר הקצאת הזכויות בפס"ד, אא"כ מטרתו של ההליך המשפטי מלכתחילה הייתה להגיע למו"מ כזה.
3. כשמדובר בבני זוג בנישואים שכבר נגמרו דה-פקטו אולי המקרה החמור ביותר של איבה בין צדדים , והבעל מעוניין לסחוט את אשתו כלכלית, אם מו"מ יכול להיות יעיל, צפוי שיתרחש.
4. הנזק מתמשך- אם צפויים עוד ועוד פיצויים מאותה עוולה צפוי מו"מ. במצב סטאטי הדבר צפוי פחות.
5. לעתים צפוי יותר מו"מ לאחר פס"ד כאשר מה שהוקצה היה פיצויים ע"פ כלל אחריות, שכן יש יותר וודאות לאחר שננקב השווי של הזכות הקניינית. פרמטר זה יכול לנטרל את עניין העוינות.

* **מסקנה כללית: השפעת שאלת הצפי לקיום מו"מ אחרי פס"ד על השחקנים:**

\*הצדדים יכולים להחליט על פי פרמטר זה אם להגיש תביעה או לא.

\*הצדדים יכולים להחליט על אסטרטגיה עדינה יותר או פחות בהתאם. למשל – בהתדיינות רב שלבית כשצפוי מו"מ אחר פסה"ד, יש אולי למקום ליותר אגרסיביות.

\*יש להימנע מהכללות- למשל של גישות כלכליות שלפיהן כשהוצאות העסקה נמוכות תמיד צפוי מו"מ אחר פס"ד, או של גישות התנהגותיות הגורסות להפך. לשתי הגישות מקום, בעיקרון, ויש לבחון מתי כל תוצאה צפויה לגבי קטגוריות של מקרים.

**מעגל 5-אינטרקאציה שלילית: פוטנציאל להתנגשות חזיתית**

המעגל של הבגידה. נראה שמעגל 4 מתאר את שיא האינטראקציה.

מעגל 5 הוא מעגל מיוחד ויכול להיות ממוקם בכל אחד מהשלבים, אבל בגלל שהוא מיוחד יותר הוא במקום החמישי בחלוקת הסדר.

למה פוטנציאל?

1. **תביעה בגין בגידה נגד בן הזוג או נגד המאהב-**

* **מה מיוחד?** בתביעה נגד בן הזוג יש התנגשות בין שני ערכים ליברליים.

מתחלק לשניים:

מצד אחד- התקדמות דיני המשפחה האזרחיים לעבר גירושין ללא אשמה, כך שהפקטור של בגידה "יוצא מהמשחק"

מצד שני- בחינת אשם בתביעות נזיקין, שיכול לכלול בגידה אם היא קשורה סיבתית לפירוק הקשר ולנזקים שאירעו בעקבות כך לבן הזוג הנפגע.

דווקא דיני הנזיקין נראים היותר שמרניים והפחות ליברליים ויש כאן התנגשות. ביהמ"ש פתר את השאלה ע"י כך שהוכרע (תחילה ע"י השופט ריבלין ואז השופט עמית) שהתביעה בגין בגידה לא מוכרת בישראל. **מה שנקבע הוא שהערך הראשון (דיני המשפחה) הועדף על השני.**

שני שופטים נזיקיסטים במקור יצרו מעין חסינות בפסיקה בגין תביעות של בגידות, יש חסינות לבן זוג בוגד וגם למאהב מפני תביעות בגין פגיעה! זה תמוהה אבל אולי זה גם הגיוני: **כנראה שזה אומר שדיני הנזיקין צריכים לסגת מפני דיני המשפחה, ועדיף לפסוק לפי דיני המשפחה. וכאשר דווקא נזיקיסטים במקור לא רוצים לגשת לדיני הנזיקין במקרה הזה- מראה כמה לא צריך להשתמש בידני הנזיקין במקרים של המעגל החמישי- תביעות בגידה.**

**איך בג"צ הבגידה (4602/13) ישפיע על השאלות של תביעות נזיקין?**

לכאורה למה שישפיע כי מדובר על דיני משפחה ולא דיני נזיקין.

בג"ץ הבגידה, פירוט המקרה- אישה ובעל חיו עם ילדים והדירה רשומה ע"ש הבעל, אישה מבקשת רישום ולא מקבלת רישום. אחרי שנה ו- 3 ילדים הזוג מתגרש. [יש מצבים שבהם למרות שדירה לא רשומה ע"ש בן זוג מסוים הוא עדין יכול לקבל חלק ממנה]. הסוגייה נדונה בבית דין רבני והגיע לבג"צ ואי אפשר באופן כללי לערער על הכרעה הזו- האם צריך לתת לאישה שבגדה בבעלה חלק מהדירה? התוצאה הייתה שלא מגיע לה בכלל, לא מצא חן בעייניה והיא טענה את מה שטענו (חיי שיתוף וכו').

ואז מכאן עלתה השאלה אם שיקולי הבגידה נכנסים פנימה?

בעבר, כן.

כיום- היינו מצפים שבג"צ ידון רק בנושא סמכויות אבל בפועל כן רוצים שהדיון יהיה מהותי וישנה הכרעה קודמת, יוליד הלכות וכו'..

היינו מאמינים כי הדעה של בג"צ תהיה הדעה הליברלית- כלומר דיני המשפחה האזרחים מוציאים את הפקטור של בגידה מהמשחק, ויתקדמו לעבר גירושין ללא אשמה.

בג"צ בודק האם הייתה חריגה מסמכות, כלומר אם האישה בגדה או לא- לא יכריע על חלוקת הרכוש, צריך לבדוק לפני המבחנים הרגילים איך יחולק הרכוש.

במעגל הראשון שם ישנם תביעות בגין אלימות במשפחה, מדוע אין דיון דומה לכאן, דהיינו שהאלימות של בן הזוג תשפיע על חלוקת הרכוש? כיוון שאין צורך. אלימות הוא דבר מוחלט שידוע ואין בו צורך לדיונים והוא יוגש כתביעה נפרדת. מקרה של בגידה יכול לגרור אחריו דיונים של "מי התחיל?", מה שיגרום לאשמה שתוביל לשינוי החלוקה, במקום תביעה נזיקית שלא קיימת עדיין בישראל.

**סיכום המעגלים+ ניסיון לתובנות ולהשלכות עתידיות:**

מעגל 1- אין אינטראקציה

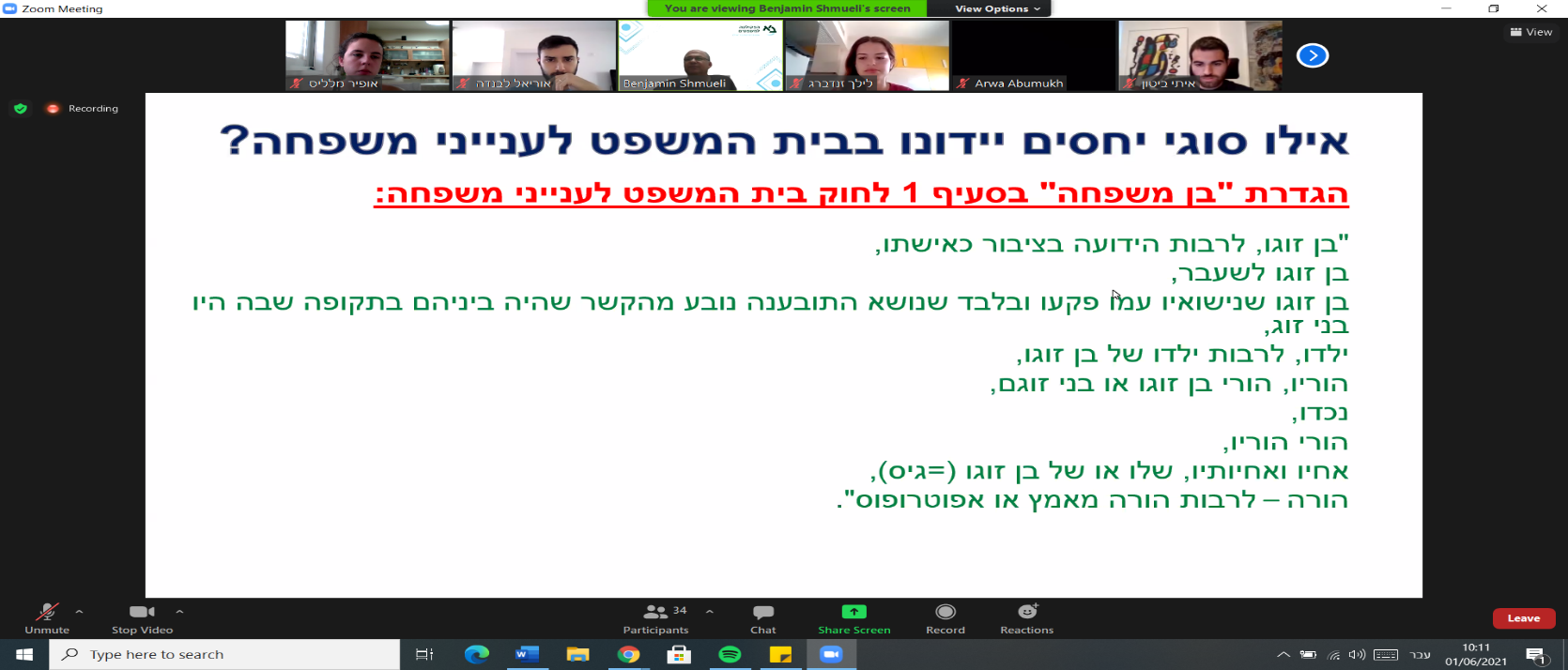
מעגל 2- אינטראקציה חיובית

מעגל 3- ביקורת והשלמה

מעגל 4- סרבנות גט התנגשות בין מערכות הדינים

מעגל 5- מעגל הבגידה פוטנציאל להתנגשות חזיתית

**דוגמות לנושאים שיידונו/לא ידונו בבתי משפט לענייני משפחה:**

* אילו סוגי יחסים יידונו בבית המשפט לענייני משפחה? לצורך מענה על שאלה זו יש קודם להגדיר מהו בן משפחה:

1. גם אופופטרופוס שלא עם קרבה משפחתית.

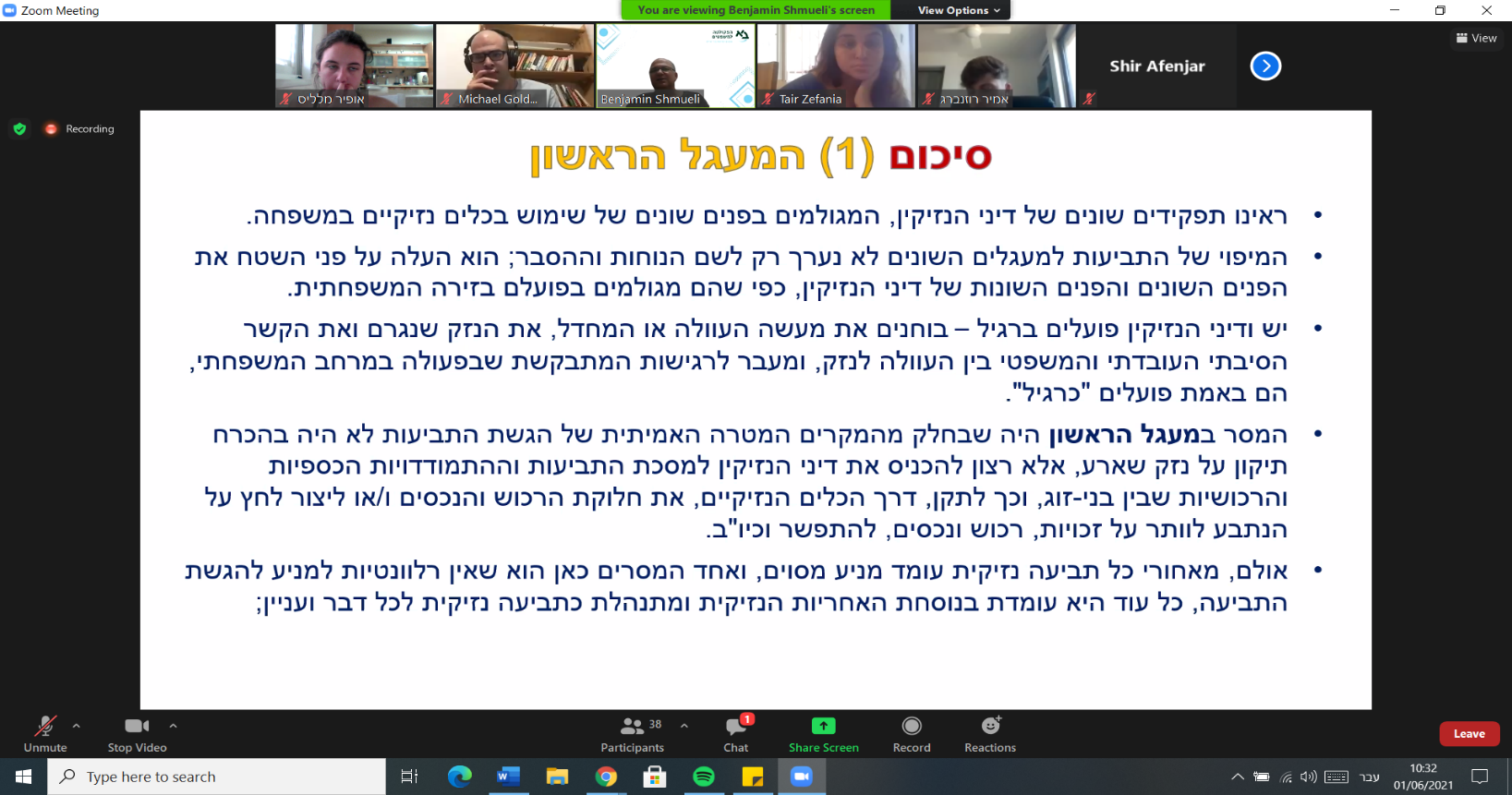
דוגמה: תביעה של מאומץ והוריו המאמצים נגד המשפחה הביולוגית שגרמה להם נזקים בגין חשיפת פרטי האימוץ באופן פומבי (נדון בביהמ"ש למשפחה בירושלים)

* אילו תביעות נזיקיות שנחזות להיות במסגרות המשפחה **לא** יידונו בביהמ"ש לענייני משפחה?

1. תביעה אזרחית נגררת להרשעה בפלילים- מצב בו אדם מורשע בפלילי ניתן להגיש תביעה נזיקית לאותה ערכאה ששפטה את הנאשם, היינו מאמינים כי זה יהיה גם נכון בדיני המשפחה. למשל- התעללות במשפחה : התביעה הפלילית תהיה בביהמ"ש פלילי ולא בביהמ"ש לענייני משפחה וגם כך תביעת המשך אם יהיה.
2. א. תביעה נגד נתבעים שונים חלקם "בני משפחה" לפי ס' 1 לחוק בתי המשפט לענייני משפחה וחלקם לא- למשל תביעה של מסורבת גט נגד בעלה הסרבן וגם נגד הנהלת בתי הדין הרבניים/ נגד הורה ודוד. במקרה הזה יש להחליט באיזה ביהמ"ש מתדיינים בנושא (קשור גם לסכום התביעה וגם לשיקולי ביהמ"ש). יש צורך לבקש אישור מהערכאה שהנתבע הנוסף אינו בסמכותה. ביהמ"ש יכול לפצל את התביעה לפי שיקוליו ויכול להעביר את התביעה לסמכות אחרת.
3. תביעה נגד נתבעים שונים חלקם בני משפחה לפי ס' 1 לחוק בתי המשפט..... מתייחס גם לס' 6 לחוק "איחוד תיקים". הפוך מס'2- פה מדובר על איחוד תיקים (תביעה בביהמ"ש לענייני משפחה וגם תביעה בבתי משפט שלום), ביהמ"ש שלום רשאי להחליט לאיחוד התיקים אם יש בכך תועלת יותר מהנזק שעשוי להיגרם לצד לתביעה
4. כפיית אבהות/ גניבת זרע- נראה משפחה, אבל הפסיקה לא מכירה בזה כתביעת נזיקית במשפחה. אין אחידות- זה לא לגמרי שאין פסיקות כאלו בבתי משפט למשפחה, אבל יש גם הרבה תביעות שמגיעות לבתי משפט שלום. מקובל לחשוב שאם כבר היה דיון על דמי מזונות- אז גם תביעה אזרחית תוגש לשם. או במקרה של מין מזדמן ביניהם ולא היו ידועים בציבור, למעשה זרים לגמרי- אין בעובדה לכך שיש להם ילד משותף להכניס את התביעה תחת סמכות בתי משפט למשפחה. מעטות התביעות שהוגשו לביהמ"ש שלום ויש כאלו שלא עברו את שאלת הסמכות.
5. תביעה נגד המאהב של בן הזוג בטענה שהבגידה הביא לפירוק התא המשפחתי ולנזקים- תביעה כזו לא תוגש בבית משפט לענייני משפחה. למעשה בישראל אין עילה כזו, עילה כזו תידחה על הסף (מעגל 5)
6. תביעה בגין הפרת הבטחת נישואין אינה נמצאת בסמכות ביהמ"ש לענייני משפחה שכן הצדדים לא הפכו נשואים- אם לא התחתנו (הצדדים לא היו נשואים ואם התחתנו לא הייתה עילת הפרדת נישואים). למשל מקרה של ידועים בציבור הוא עניין אחר והיה דיון לגבי מזונות- התביעה תדון בביהמ"ש לענייני משפחה.

סיכום ערכי למעגלים:

ראינו תפקידים שונים של דיני הנזיקין שמגולמים בפנים שונות של שימוש בכלים נזיקין המשפחה. עד כה עשינו מיפוי של 5 מעגלים לא לשם הנוחות בלבד אלא מיפוי זה מעלה את הצדדים השונים של דיני הנזיקין כפי שהם מגולמים בזירה המשפחתית. דיני הנזיקין פועלים ברגיל לפי נוסחת האחריות הנזיקית. מעבר לרגישות המתבקשת במרחב המשפחתי הם עדיין פועלים כדיני הנזיקין הרגילים.

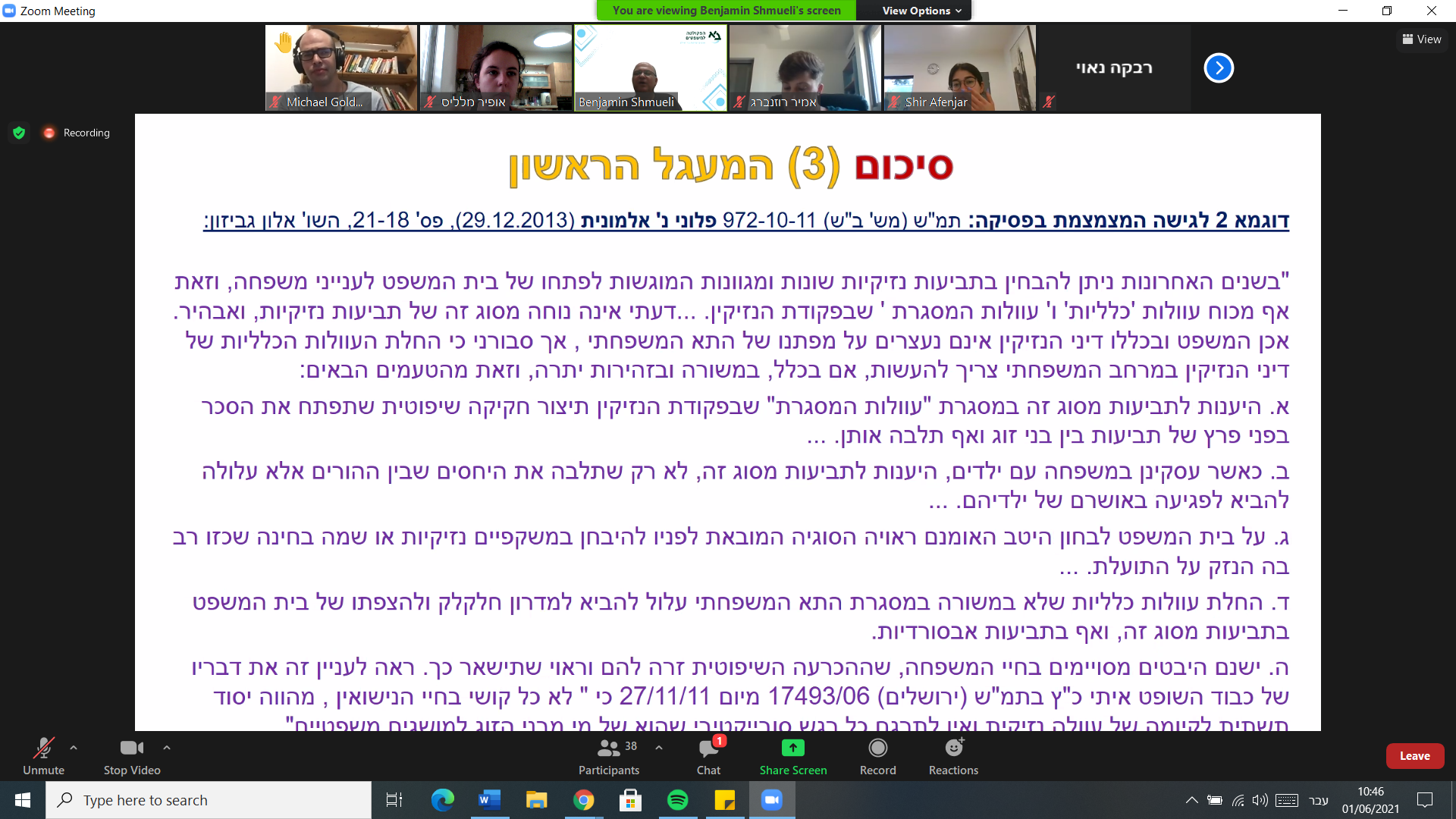
1. **מעגל 1**

במעגל זה אין בדיקה של יסוד נפשי. אין רלוונטיות לכך, כל עוד עומד בנוסחת האחריות הנזיקית.

יש גישה בפסיקה שמבקשת לצמצם את כניסת דיני הנזיקין לתא המשפחתי ואף לחסום אותן לחלוטין, כפי שהמגמה הייתה במשפט המקובל. אפילו אם יש גישה כזו עדיין יש רצון (מטעמי מדיניות) להוריד את רמת המעורבות של דיני הנזיקין בתא המשפחתי.

דוג' לגישה המצמצמת בפסיקה: ערעור מחיפה **עמ"ש 33044-04-13 נ.ר נ' א.א**:

המקרה המדובר מתעסק בסכסוך כספי שסווג סכסוך נזיקי שנדון בבתי משפט למשפחה. המחוזי חשב שהסיווג צריך להיות חוזים. השופטת וילנר (נזיקיסטית) חושבת שיש לצמצם את השימוש בעילות הנזיקיות במרחב המשפחתי. היא די שמרנית בקטע של היכנסות דיני הנזיקין לתא המשפחתי. השופטת וילנר אומרת כי יש מתח בין חוזים לנזיקין וככלל אין לשלול שימוש בעילות נזיקיות בעניינים משפחתיים. היא סבורה שמערכת היחסים במשפחה לא צריכה להימדד בכלים נזיקיים, ויש להשתמש בדיני הנזיקין ממש כשאין ברירה ולא להשתמש אם יש ברירות אחרות.

דוג' **תמ"ש (מש' ב"ש) 972-10-11 פלוני נ' אלמונית,** בה אומר השופט גביזון דומה לשופטת וילנר בדוג' מעלה. הוא אומר שיש היבטים מסוימים בחיי המשפחה שההכרעה השיפוטית זרה להם וראוי שתישאר כך. הוא מפרט מספר סיבות למה כן לצמצם את הגישה של הכנסת סטנדרטים מדיני הנזיקין לתא המשפחתי:

הוא מאמין שאם יש סנקציה בדיני המשפחה לא צריך בכלל להשתמש בדיני הנזיקין. שמואלי מסכים בעיקרון עם הרעיון אבל לא מסכים עם ההשוואה של השופט- קנסות אל מול מצב של העברת משמרות, לדעת שמואלי המישורים של ההשוואה שהשופט מביא אינם "על אותה רמה". השופט עומד על כך שדיני הנזיקין יכנסו רק אם יש הפרה משמעותית וגסה של הסדרי הראייה ורק אם אין סעד חלופי שיפתור את הנזק, השופט מסכים עם דברי השופט וויצמן **בתמ"ש 658/02/10** : הוא גם מצמצם את השימוש בדיני הנזיקין בתא המשפחתי "רק במקרים של הפרת הסדרי ראייה שנעשתה בזדון ותוך קיפוח מוחלט של טובת הקטין"...

1. **מעגל שני**

דיני הנזיקין פועלים ברגיל גם במעגל השני. אולם שם הם מעבר לתפקיד הרגיל שלהם- במעגל השני הם **משמשים כסוכן חברתי המאתר הפרות בדיני המשפחה**, שאין ספק בידי דיני המשפחה להורות על פיצוי. התזה ששמואלי הציג לנו במהלך סקירה המעגל השני היא כי ההתערבות הנזיקית מתקבלת ע"י דיני המשפחה בידיים פתוחות, כהשלמה לחסרים הקיימים במערכת דינים זו, שלא נועדה ברגיל לפתות על הפרות של נורמות שנקבעו בגדרה. אולם לצד התזה של שמואלי צריך לזכור כי גישתם של השופטים הנזיקיסטים (שרשומים למעלה) דווקא משתרעים גם על פני המעגל השני, כך שלמרות שנראה בסקירה שלנו כי הוא "המעגל הקל והטוב" בו האינטראקציה חיובית, זה לא תמיד כך המצב- יש התומכים בצמצום של דיני הנזיקין בתא המשפחתי בכל אופן.

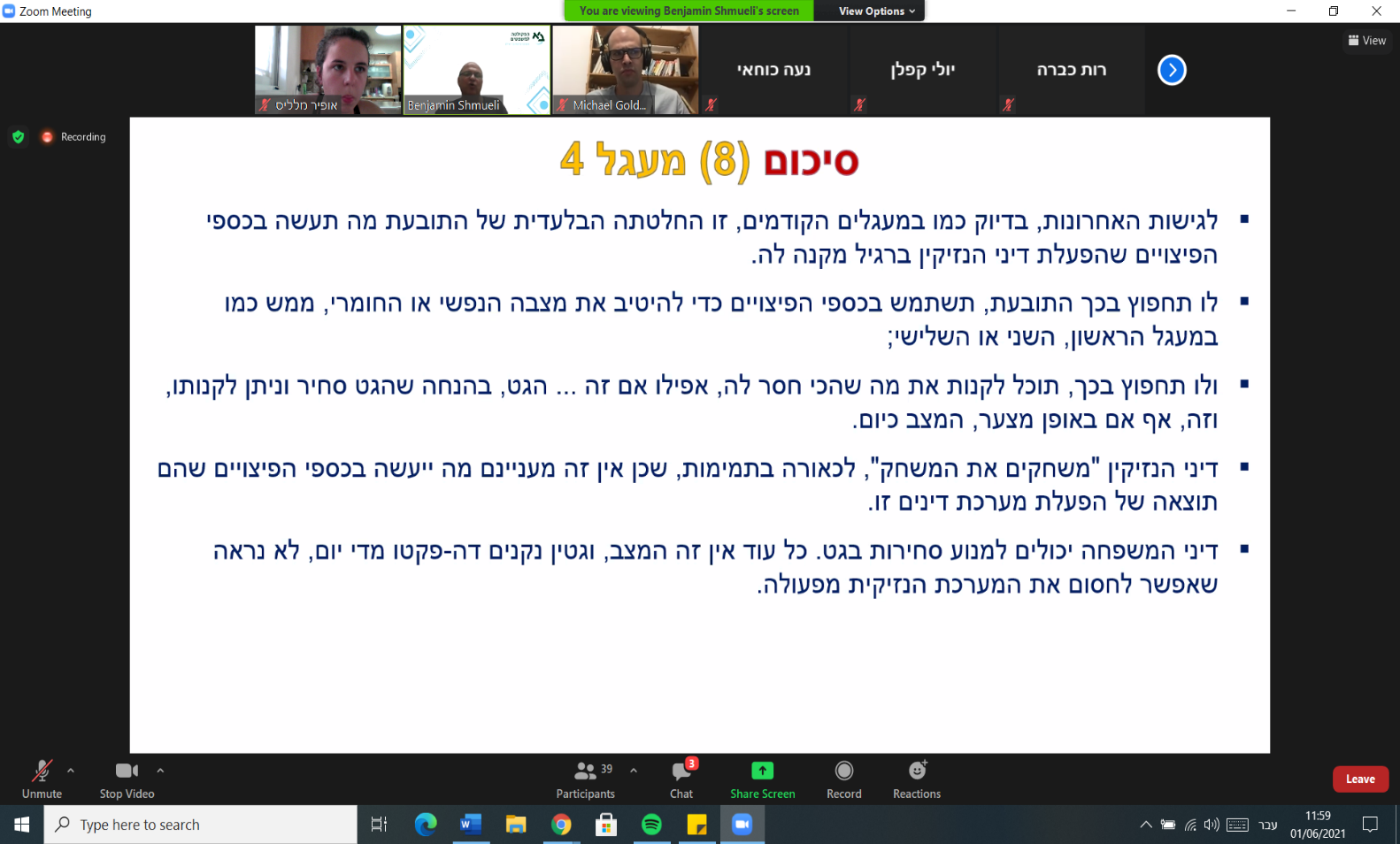
1. **מעגלים 3+4**

ראשית נתייחס אליהם יחדיו, אח"כ יהיה דיון נפרד. לכאורה אם דיני הנזיקין הם סוכן של דיני המשפחה במעגל 2, הם מנסים לפעול באותה צורה במעגלים אלה, אך הם נתקלים בכתף קרה במעגל 3 וגם במעגל הרביעי (תופעות של ריבוי נשים וסרבנות גט בהתאמה).

**במעגל השלישי**: יש רואים בתביעות נזיקין המכונות כלפי נורמות שפוגעות בזכויות נשים מוסלמיות משום השלמה ומערכת הדינים משלימות זו את זה. הנורמה תקפה במישור דתי אבל בגלל הסטטוס קוו הישראלי, יש סנקציות פליליות ואפשרות פעילות במשפט הפרטי. בענייני נישואין וגירושין שולט הדין הדתי ולכן הגיוני כי תהיה התנגשות בין כל מערכות הדינים. יש למצוא גשר בין הדינים ולחיות עם ההתנגשות. אחרים רואים כאן ביקורת- במעגל השלישי יש הרואים כי כל מערכות הדנים מותחים ביקורת על תוקפה של הנורמה הדתית ואין כאן השלמה אלא דחיקה שיטתית דרך הרתעה פלילית וכספית מפני נקיטתה של מערכת הדינים הדתית. יש כאלו שרואים את כהשלמה וביקורת.

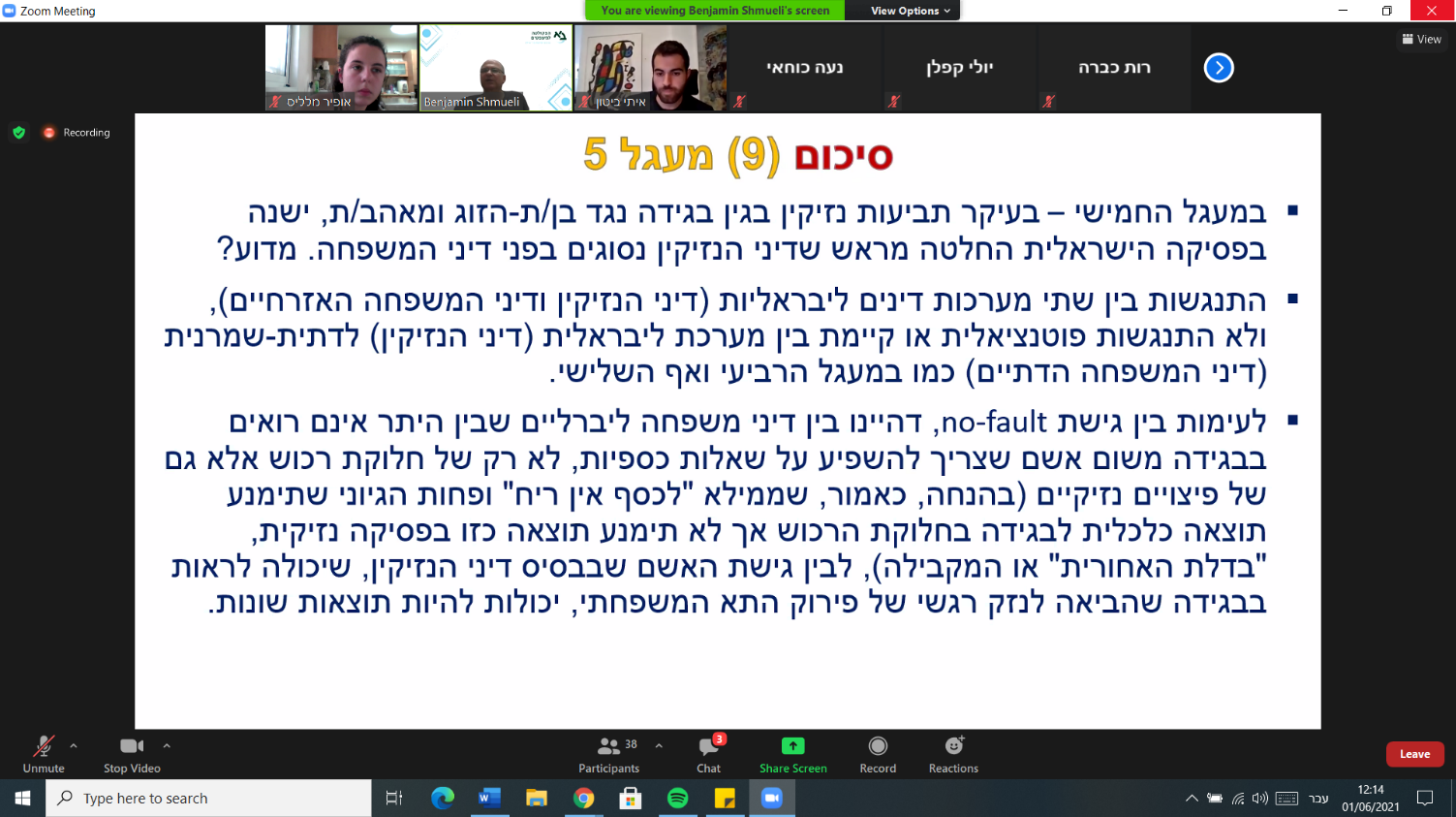
**במעגל הרביעי:** המצב סבוך יותר. מטרת מגישי תביעות נזיקין הן במקרים רבים שינוי הסטטוס מה שלא קורה במעגל השלישי, ולהפוך את הנשואה לגרושה. מבחינת דיני המשפחה הדתיים זה נשמע התערבות לא מקובלת והמאבק כאן בשיא. למעשה דיני הנזיקין רוצה להיות כמו במעגל השלישי או אפילו השני (סוכן חברתי) ולהתערב. ואילו דיני המשפחה "אומרים" להם- ההתערבות של דיני הנזיקין במקרים אלו מפריעים מבחינת סמכויות ומבחינה הלכתית.

למעשה יש גישות שונות בקשר למעגל הרביעי:

1. דיני המשפחה בכל מקרה שולטים, ואלה עניינים שמשפיעי על הסטטוס ולו באופן עקיף, לכן על דיני הנזיקין לסגת. (הרב אוריאל לביא, תחומים 2006)- דיני משפחה שולטים בענייני גירושין. יש סטטוס.
2. דיני המשפחה עליונים בענייני סטטוס אבל יש למצוא פשרות בין מערכות הדינים, דיני נזיקין צריכים להיות מופעלים אך לא בצורת הרגילה (קפלן ופרי)
3. ביטון ושמואלי מסכימים על גישה זו- דיני הנזיקין צריכים לפעול כאן בצורתם הרגילה עם רגישות לתא מהמשפחתי, כמו במעגלים הראשונים, בלי מגבלות וסייגים
4. מסיבה חלוקתית- מתן כסף לנשים המדוכאות בדיני משפחה בכלל ומסורבות גט בפרט (ביטון)
5. ראייה פלורליסטית= כלל מטרות דיני הנזיקין, גם צדק חלוקתי וגם צדק מתקן שנועד להשיב את המצב לקדמותו (שמואלי)

* אפשר להכריז כי כל הפעלה של דיני הנזיקין בעניינים אלו- הגט ייחשב גט מעושה והתביעות לא ידונו בכלל, אומנם זה עדיין לא הופך את תביעות הסרבנות נזיקין כלא לגיטימיות ותביעות כאלו עדיין מתנהלות ובמקרים רבים פועלות את פעולתן בדיוק בהתאם למטרה שלשמן נוצרו.

1. **מעגל 5**

בגין בגידה נגד בן/בת זוג ומאהבת. **בפסיקה הישראלית מראש דיני הנזיקין נסוגים מפני דיני המשפחה**. התנגשות בין 2 מערכות דינים ליברלים ולא בין מערכת ליברלית ובין מערכת דינים דתיים. המעגל החמישי מיוחד בשל כך.

לעימות הזה יכולות להיות כמה תוצאות, **והשופט ריבלין ועמית החליטו שיש לחסום תביעות נזיקין בגין בגידה הן נגד בני הזוג שבגדו**. למה ביהמ"ש עליון חוסם? הוא מעדיף את המערכת הליברלית על פני הדתית ופה דיני המשפחה מפריעים לליברלים. אם מפעילים את דיני הנזיקין במקרים במעגל ה5 "חוזרים אחורה".

כאמור- בשונה מהמעגלים ה3,4 שיש התנגשות בין דתי לליברלי. עדיין יכול להיות תוצאות אחרות בבתי משפט עליון, כפי שאולי ניתן ללמוד מבג"צ הבגידה.

***21. ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פס' 14 לפסק- דינו של השופט ריבלין***

הטענה שהעלה השופט ריבלין הינה כי כידוע שהמשפט אינו מקנה עילת תביעה בגין נזקים נפשיים הכרוכים בהליכי גירושי, זאת אף שבמקרים רבים פירוקו של קשר נישואין ממושך כרוך בהרבה נזק נפשי העולה לאין ערוך על הנזק הנפשי שנגרם כתוצאה מהפרת הבטחת נישואין. לכן יש המרחיקים לכת ומנמקים את המסקנה כי אין לתת פיצוי בגין הנזק הנפשי שבהפרת ההבטחה**, בכך שההפרה מנעה התממשות נזק נפשי גדול יותר –בדומה, אין תרופה בשיטתנו למי שנגרם לו נזק נפשי בשל הניאוף שנאף בן זוגו. ככלל, פרידתם של מי שקיימו ביניהם קשר רומנטי, שהיא מאורע שכיח אשר אין כל ספק כי כרוכים בו רגשות עזים, אינה מקנה, כשלעצמה, תרופה במשפט.** עולה השאלה מה מותר הפרת הבטחת הנישואין על המקרים האלה? ומדוע דווקא פירוק הקשר האישי שבמסגרתו ניתנה הבטחה שכזו, מזכה אדם בפיצויים? נראה כי נוצרה כאן הבחנה ללא שוני.

***22.ע"א 8489/12 פלוני נ' פלונית***

מדובר בשני זוגות חברים שנהגו לבלות יחדיו. בשלב מסוים, אחד הגברים פיתח מערכת יחסים אינטימית עם אשת חברו. הבעל הנבגד, הגיש נגד חברו תביעת נזיקין בטענה כי חלה עליו חובת זהירות חוקית-דתית-מוסרית, המטילה עליו חובה שלא לבוא במגע אינטימי עם אשת איש.

**פסק הדין המרכזי**, אותו הוביל השופט עמית, **דחה את תביעתו של הבעל והבהיר כי "ההליך המשפטי איננו תרופה לכל מכאוב". אחד הנימוקים העיקריים שהציג השופט עמית הוא כי אין למשפט להתערב בתביעות בגין בגידה בעניינים רגשיים, וכי מטעמים של מדיניות משפטית אין לייבא אל תוך מערכת המשפט עניינים אינטימיים בין בני זוג הקשורים במישור החברתי-מוסרי-דתי. לקראת סופו של פסק הדין חושש השופט עמית שקבלת תביעות בגין בגידה "עלולות להחזיר דרך החלון את יסוד ה'אשם' אשר הוצא מן מהבית מן הדלת הראשית".** כלומר, עמדתו המוצהרת של בית המשפט האזרחי היא שגירושין נכנסים אל תוך הקטגוריה של "עניינים שבלב", ולכן אין זה מן הראוי לתור אחר "אשמים" בהליך גירושין.

עיון מעמיק בפסק דינו של השופט עמית, מחזיר אותנו לשאלה **מדוע המחוקק הישראלי לא טרח להכניס את חובת האמונים בין בני זוג בדין הישראלי**, ואולי מעניק גם מספר תשובות ראויות לשאלה זו.

כפי שאמרנו לעיל, הבעל הנבגד טען כנגד חברו שהפר את חובת הזהירות המטילה עליו חובה שלא לבוא במגע אינטימי עם אשת איש, שכן ערך המשפחה הינו ערך עליון שיש להגן עליו.

בתגובה לטענה זו, ענה השופט עמית כי **אין מקום לקבוע רשלנות נוכח סעיף 62(ב) לפקודת הנזיקין**. הסעיף בכללותו קובע כי אדם חיצוני שגורם לצד להסכם להפר את חובותיו לצד האחר, מבצע עוולה וצפוי לשלם פיצויים. אולם, הסעיף גם קובע חריג שבו נקבע כי יחסים חוזיים שנוצרו מנישואים לא ייחשבו לחוזה לפי סעיף זה. כלומר, המחוקק מצא לנכון להחריג בצורה מפורשת את הפגיעה של אדם חיצוני (צד שלישי) בחוזה הנישואין ולא לאפשר לנהל כנגדו תביעה, שכן אם היינו מגדירים את קשר הנישואין כחוזה לעניין סעיף זה, היינו מאפשרים לאפשר תביעה כנגד צד שלישי שקיים יחסים רומנטיים עם אשת איש בעוולה שגרם להפרת החוזה בין הבעל לאשתו.

על פי השופט עמית, הטעם לכך שהמחוקק שלל את האפשרות מן הבעל הנפגע להגיש תביעה כנגד הגבר שקיים יחסים רומנטיים עם אשתו, נעוץ בעובדה כי **המחוקק רואה את קשר הנישואין כקשר "הנושא אופי מיוחד, המבוסס בראש-ובראשונה על שותפות רגשית"**. דהיינו, החוק הישראלי תופס את חיי הנישואין והשמירה על תקינות היחסים בין בני הזוג כהתחייבות במישור החברתי-מוסרי-דתי. זהו תחום המעוגן בחיי הרגש ואין לעשות משפטיזציה ליחסים אינטימיים אלו.

מדברים אלה, ניתן להסיק כי מתוך סעיף 62(ב) לפקודת הנזיקין, המחוקק גילה דעתו בנוגע להיעדרותה של חובת אמונים בין בעל לאשתו בחוק הישראלי. **כשם שאין להחיל על החוזה המשפחתי סטנדרטים של דיני הנזיקין שכן זהו תחום השייך לרגש ולמוסר, קל וחומר שאין להחיל על החוזה הזוגי סטנדרטים בדמות חובת אמונים, שכן הטלת חובת אמונים פורצת באופן ישיר אל חדר המיטות של בני הזוג, מקום אליו המשפט איננו מעוניין להיכנס.**

בנוסף, השופט עמית בסוף דבריו מחזיר אותנו לסוגיית האשם וטוען כי מגמתו של המשפט הישראלי היא לנתק את שאלת האשם מיחסי הרכוש בין בני הזוג.  הוא מבהיר כי ברגע שנכיר גם בעילת התביעה הנזיקית של הגבר הנבגד, עלול יסוד האשם (שאין המשפט הישראלי-אזרחי חפץ בו כלל) לחלחל למשפטנו, ואין אנו חפצים בכך. **מדבריו נובע כי מושג האשם, המתערב באופן ישיר בחיים האינטימיים של בני הזוג ומחפש** **אחר "אשמים" אינו רצוי כלל וכלל בדין הישראלי,** וכפועל יוצא מכך, ניתן לומר כי חובת האמונים בין בני זוג, שחלק מרכזי בהוכחת הפרתה כולל בתוכו עיסוק "באשמתו" של בן הזוג המפר, גם היא, דינה להישאר מחוץ לגבולות המשפט הישראלי, ואין לתת לה מקום בדין.

***23. תמ"ש (טבריה) 1054103-11 מ.ז נ' א.ז (מפי שופט זגורי)***

מדובר בפסק דין "חדשני" בו השופט זגורי מנסה **לפתוח פתח ולהכיר במעשה בגידה כעילת תביעה חוזית בגין הרס חיי המשפחה והפרת חובת האמונים.** מדובר בתביעה של בעל שטען כי במהלך הנישואין אשתו בגדה בו, ודרש לחייב את אשתו בפיצוי כספי. האישה ביקשה לדחות את התביעה על הסף, בטענה שמגמתו של המשפט הישראלי היא שהוא אינו מעוניין לחפש אחר אשמים בפירוק הקשר. על אף טענתה של האישה, השופט זגורי קבע שאין מקום לסלק את התביעה על הסף, ויש לתת לבעלה הנבגד את יומו בבית המשפט. בין הנימוקים שנעזר בהם השופט זגורי היה לימוד של קל וחומר מהפרת הבטחת נישואים, ואלו דבריו:"**... אם הפרת הבטחת נישואין נתפסה כמקור להשתת חיוב בפיצויים על מי שהפר ההבטחה, קשה להבין מדוע לא תוכר גם הטענה של הפרת תנאי הנישואין, כאשר תנאי מכללא הוא נאמנות הדדית והתחייבות שלא לנאוף**".

(הסבר טענתו העיקרית: אם בית המשפט בוחר לבוא לעזרת בן הזוג העומד לפני הנישואין, מתוך הנחה  שהפרת הבטחת נישואים מצמיחה עילה חוזית המזכה את הנפגע בפיצויים עקב הסתמכות על ההבטחה, קל וחומר שכשמדובר במערכת יחסים של נישואין ממש, **בה רמת ההסתמכות של בני הזוג אחד כלפי השני גבוהה משמעותית.** כאשר מדובר בזוג נשוי, לרוב מערכת היחסים נמצאת כבר בשלב מתקדם בו הזוג מנהל משק בית משותף, ילדים משותפים, ואף מתקיימים וויתורים משמעותיים לטובתו של בן הזוג השני מתוך הנחה שזה יישאר נאמן לצדו עד סוף ימיו. לכן, **כאשר ברור לכל זוג סביר שאחד התנאים בחוזה הזוגיות ביניהם הוא נאמנות הדדית והתחייבות לא לנאוף, במקרה של הפרת תנאי בסיסי זה (בגין בגידה או ניאוף), על בית המשפט לפתוח את דלתותיו גם למקרה כזה, ולא להשאיר את חבל ההצלה רק לזוגות העומדים לפני הנישואין**)

בהמשך, מבסס השופט זגורי את קביעתו על מספר פסקי דין, ביניהם קביעתו של השופט ברק ש"דיני המשפחה אינם נעצרים על סף הבית המשפחתי", וכן על מקרה בו פסק בית המשפט פיצויים לבעל שסירב לקיים יחסי מין עם אשתו מתוך הבנה כי: "כאשר בני זוג מחליטים להתחתן הם מטילים על עצמם מערכת של זכויות וחובות".

יחד עם זאת, קבע השופט זגורי כי על תביעות בגין בגידה וניאוף יש להטיל **מגבלות**, שכן ישנו קושי להגדיר את עילת "הבגידה" במונחים המוסכמים לכל. בנוסף חשש השופט מפני תביעות סרק ומדרון חלקלק העלול לפגוע בזכויות בעלי הדין.

לאור זאת, הציע השופט בפסק הדין (ובהחלטת הביניים) **מספר תנאים שבהם יש לעמוד על מנת לקבל פיצויים מבן הזוג שבגד והפר את חובת האמונים** (להלן חלק מהתנאים)**:**

1. סכום הפיצויים הפרת חובת האמונים **לא יעלה על 50,000 ₪-** וזאת בדומה לגובה הפיצוי שאינו טעון הוכחת נזק בתביעות בגין לשון הרע או פגיעה בפרטיות.
2. הגשת התביעה תינתן רק לאחר שהצדדים התגרשו או שהתירו את נישואיהם.
3. יש לשלול את זכות התביעה בגין הפרת חובת האמונים במידה ומוכח כי **גם בן הזוג השני** נאף במהלך הנישואין.
4. הורה נבגד שעירב בסיפור הבגידה את ילדיו הקטינים תביעתו תידחה- באותו מקרה הבעל הנבגד שיתף את ילדיו הקטנים בבגידת אימם וביהמ"ש ראה זאת בחומרה.
5. יש לברר **אילו נזקים כבר נגרמו לבוגד עקב מעשה הבגידה**, והאם נענש מספיק עקב בגידתו. למשל, האם הייתה פגיעה תדמיתית לבן הזוג הבוגד? באותו מקרה האישה הבוגדת סולקה מביתה ותושבי הכפר שבו התגוררה הטילו עליה אות קלון.

נראה כי על אף ההכרה באפשרותו של בן הזוג להגיש תביעת פיצויים בגין הסבל ועוגמת הנפש שנגרמו לו כתוצאה מהבגידה, אין המשמעות היא שבן הזוג התובע יוכל כבר לספור את דמי הפיצויים הנכנסים לחשבונו, שכן ארוכה הדרך מקבלת התביעה, הדיון והבאת הראיות ועד לפסיקת הפיצויים בפועל.

**מסקנות כלליות**

כאמור, באופן כללי- המטרה של כל מעגל הוא לבדוק "ידו של מי על העליונה? דיני הנזיקין או דיני המשפחה?"

1. מיפוי השימוש בעילות הנזיקין במסגרת הזירה המשפחתית מסייע לזקק גם את תפקידם של דיני הנזיקין בכלל ובמשפחה בפרט.
2. בחלק מהמעגלים ההתערבות של דיני הנזיקין נתפסת ע"י דיני המשפחה כברוכה וכמשלימה בדיני המשפחה בכל הקשור לסנקציות מהמשפט הפרטי ובראשן פיצוי
3. אולם בחלק מהמעגלים המצב הוא אחר: דיני הנזיקין נתפסים שם כמי שלא רק מורים על הענקת פיצוי לתיקון עוול נקודתי, אלא משמשים בתפקיד אינסטרומנטאלי-חברתי, חלוקתי לעתים ומרתיע במקרים אחרים, וזאת במציאות של פרקטיקות פוגעניות המקבלות "הכשר" מכוח דיני המשפחה ומזמנות עימות כזה או אחר עם דיני הנזיקין המגיעים כאילו כדי להושיע, כאשר לא תמיד התערבותם נתפסת כברוכה
4. חלק מהתפיסות מאפשרות לדיני הנזיקין כן להתערב מצד אחד אך לא עד הסוף. מצד שני מדובר רק במקרים קשים מאוד וחמורים מאוד כמו למשל הזנחה של ילד (מעגל 1) או הפרת זמני שהות (מעגל שני לעיתים)
5. גם פסיקות כאלה מזקקות את תפקידם של דיני הנזיקין בכלל , ושיטת המשפט מקובל בפרט, שהרי העוולות הרלוונטיות אינן מאפשרות כעניין שבשגרה "מצב אפור" של החלה עצמית במקרים חמורים, מצד אחר, המשפט המקובל הנזיקי, גם בישראל, פוסע כך גם בסוגיות אחרות, ותפיסות כאלה גם בענייני נזיקין במשפחה (כמו לעניין הזנחה רגשית או הפרת זמני שהות) מחזקות את תפקידם של דיני הנזיקין הפסיקתיים, המאפשרים להחיל עצמם, כמעין גשר בין החלה מוחלטת לחסינות, רק במקרים חמורים, כפי שעשתה בעבר לא מעט, למשל במקרי חיים והולדה בעוולה, תביעת המדינה בחסינות שופט ועוד.
6. ניתן אפוא לראות את עצמאותם של דיני הנזיקין גם במרחב המשפחתי בארבעה מתוך חמישה מעגלים, עם הרגישות הנדרשת באותה זירה, מטיבה וטבעה ומהפרוצדורות השונות הקיימות בבית-המשפט לענייני משפחה וכן ממטרת יישוב הסכסוכים בדרכי שלום של ערכאה זו.
7. עצמאות זו נדרשת ומקובלת לאור תפקידם של דיני הנזיקין כשופר של המשפט הפרטי הנושא את קול סנקציית הפיצוי ומכריז שיש לה מקום גם במערכת המשפחתית, היכן שדיני המשפחה אינם מספקים סנקציות כאלה ברגיל.
8. במעגל החמישי הנסיגה של דיני הנזיקין מפני דיני המשפחה היא ייחודית, מכיוון שבאופן יחסי דיני הנזיקין מבטאים במעגל זה דווקא עמדה שמרנית יחסית וליבראלית פחות, אין במעגל זה מאבק סמכויות בין מערכות וערכאות שונות אלא דילמה בתוך אותה ערכאה, שמצד אחד נוקטת דיני משפחה ליבראליים לגבי חלוקת רכוש ומצד אחר דנה בתביעות נזיקין ההכרעה לכיוון של נחיתות דיני הנזיקין במעגל זה מובנת אפוא יותר, אם כי עדיין בת-שינוי.
9. אולם, מהמיפוי למעגלים ניתן להציע נקודת מבט שונה, שאינה מביטה על "הורדת ידיים" בין דיני הנזיקין לדיני משפחה:

נכון שבחלק מהמעגלים דיני הנזיקין – ידם על העליונה, אם מכיוון שדיני המשפחה אדישים להתערבות, שכן אינה משפיעה עליהם ישירות (מעגל 1), אם מפני שדיני המשפחה מבקשים מאוד את ההתערבות (מעגל 2) ואם מפני שדיני המשפחה יכולים להבין את ההתערבות, אף שהיא מביעה ביקורת עליהם או השלמה להם (מעגל 3) אפילו בעניין סרבנות הגט, שם יש מאבק בין הערכאות ובין הדינים. בפועל ככל הנראה דיני הנזיקין – ידם על העליונה (המעגל הרביעי), ורק בענייני בגידה וסרבנות במגזר הקתולי ידם על התחתונה, שכן הם נחזים להיראות כיותר שמרניים(מעגל 5)

**נראה כי מסקנה ראויה יותר של מיפוי זה צריכה לזנוח את ההבחנות הקודמות של ניסיון לבחון כוחה של איזו מערכת דינים רב יותר ובאילו נסיבות**

* שמואלי חושב כי מסקנה ראויה יותר למעגלים היא כי צריך לזנוח את ההבחנות הקודמות (איזה מערכת דינים יש לה כוח גדול יותר ובאיזה נסיבות). ההבחנות האלו הגיעו במיוחד במערכת מאמרים בעניין סרבנות גט

**כאמור, המסקנות שהעלנו עד כה אינן משקפות את דעתו של שמואלי והוא מציע מספר מסקנות מעט שונות ל-5 המעגלים המדוברים**:

תחת התפיסה של "הורדת הידיים" שמואלי מציע לאמץ נק' מבט ליברלית. כלומר, מדובר על נקודת מבט שבה הדין לא מנסה לבחון בכל סיטואציה מי מנצח- דיני הנזיקין או דיני המשפחה. באופן פוזיטיבי זה לא ככה (כמו גם באופן נורמטיבי), אין פה רצון לשרטט איזה מערכת דינים עדיפה. בעצם, נקודת *המבט היא לאמץ את הגישה הליברלית בכל מקרה, ולא מראש להכריע בכל מעגל:*

נקודת המבט היא כי כל עוד הכיוון הליברלי מתבטא (בתי משפט לענייני משפחה ידונו ברוב תביעות הנזיקין במשפחה) בדיני הנזיקין- הם אלו שמקדמים ומנסים להיות ליברלים, המערכת הזו חיה בתא המשפחתי- כל עוד שיש כיוון ליברלי עדיף את דיני הנזיקין: אפשרות לחלוקה, כך לפי האמור-

שלום ואחווה (מעגלים 1,2)

עימותים וביקורת(מעגל 3)

התנגשויות (מעגלים 4,5)

אולם, כאשר הכיוון הליברלי משתקף דווקא בדיני המשפחה האזרחים, ודיני הנזיקין מבטאים תפסיה שמרנית מידי (באופן יחסי), כך שאינה מבטאת את אותן תפיסות ליברליות. בעולם כזה דיני המשפחה האזרחיים תופסים מקום רב ומשקפים תפיסות ליברליות- במקום "הורדת ידיים" השופט יבדוק איזה גישה עדיפה, למשל במעגל ה-5 (בגידה= עדיף דיני משפחה אזרחיים**). עלתה השאלה למה דווקא שופטים נזיקיסטיים יוצרים חסינות לשימוש בדיני הנזיקין במקרים של בגידה, שכן בתור נזיקיסטיים הגיוני לחשוב כי הוא יתמוך בשימוש בהם. לפי נק' המבט הזו, כאשר מגיעה בפני השופט תביעה בגין בגידה, הוא לא מסתכל על "הורדת הידיים" בין מערכות הדינים, ואם הכיוון הליברלי לא תומך בלהכניס "אשם", אי אפשר להשתמש בדיני הנזיקין במקרים אלו ולכן ישתמשו בדיני המשפחה האזרחיים.**

(נכון שאפשר להחיל דיני נזיקין בלי אשם (משטר של אחריות מוחלטת), אבל תביעת הרשלנות מחייבת אשם ולכן אי אפשר להשתמש בהם).

* נכון שבגידה מהווה עילה לגירושין אבל זה מבחינה דתית.
* במקרה זה- אין הורדת ידיים, מחפשים פשוט כיוון ליברלי! בלי חיפוש "ידו של מי על העליונה".

המשמעות- יש עקביות בהחלת הקו הליברלי הרואה צורך בתיקון הפרה של נורמות הפוגעות בזכויות אדם, יחד עם מתן אוטונומיה לבן זוג לפעול עד לנק' מסוימת, מבלי שפעולותיו ייחשבו לאשם וישפיעו על ההיבט הרכושי, ההיבט המרכזי בנזיקין.

* מתמקדים בצד המשפטי ולא בצד המוסרי.
* רשלנות זו עוולה שנתונה למדיניות משפטית, וזה מה שעמית עושה במקרה הזה- מאפשר שיקול דעת לשופט, וזה מה שנותן לו את הלגיטימציה להחליט כי בגידה לא מספיקה לתביעה. תביעות פרטיקולריות קשה "לשחק" איתן.

החליטו שבגידה זה לא ערך שחשוב להגן עליו בדין החילוני (משפחה אזרחים+ דיני הנזיקין) לא צריכה להית משמעות לבגידה. **התוצאה הנקודתית היא לא לקבל תביעות בגין בגידה.**

* **לדעתו של שמואלי, נראה שגם השופטים מסכימים עם העניין של הליברליזם של כל מקרה לגופו.** יכול להיות שלא ברור לגמרי מה זה להיות ליברל/שמרן, כי כל מקרה לגופו. אם חוסמים תביעות מתוך המשפחה מתוך רצון לשמור על ההרמוניה- זה תמוהה, מס שפתיים. זה מוזר כי זה לא באמת מגשים את הכוונות. הדיון על חסיונות מראה בין היתר כי השיעור הוא לא שחור או לבן. כך למשל שני השופטים הנזיקיסטים שמסרבים להחיל במקרים מסוימים (בגידה) את תביעות הנזיקין בתא המשפחתי.

המשך מסקנות-

1. אותה ליברליות עקבית אפשר לראות בהתערבות של דיני הנזיקין והמשפחה (אפשר לראות בכך שני מסלולים שונים בדיני המשפחה לחוד ודיני הנזיקין לחוד) המטרה- החלת המשפט הפרטי בכלל ודיני הנזיקין בפרט במרחב המשפחתי. כמובן שלא מתעלמים מהצורך לתקן עוולות, ולהרתיע גם במסגרת המשפחה, זאת מבלי לשכוח לרגע את הזירה שבה הם פועלים: זירה הפועלת למטרת יישוב סכסוכים ככל הניתן, ושלא תמיד בראש מעייניה לפצות או להרתיע מפני העוול הבא במערכת יחסים אחרת.
2. זירה זו מעוניינת למנוע עיוותים ועוולות (במובן המילולי, לאו דווקא הנזיקי) בתוך המשפחה, עקב פרקטיקות נוהגות, חלקן מהדין הדתי, אך חלקן מקורן דווקא במערכות שלעתים מתנהגות בשמרנות, ואפילו דיני הנזיקין לעתים ממלאים תפקיד שמרני כזה, כגון בתביעות נזיקין בגין בגידה, כפי שראינו. לפיכך, למרות שלכל מערכת דינים שפה פנימית וערכים פנימיים משלה, היוצרים כמעט בהכרח קונפליקטים במקרים שבהם מערכות הדינים הללו מושמות יחד, כאן בסיטואציות של תביעות נזיקין במשפחה, דומה שניתן להסכים על קו מנחה משותף, מעין מטרת-על של תביעות נזיקין במשפחה, שאיננה נובעת רק ממטרות דיני הנזיקין או רק ממטרות דיני המשפחה.
3. **קו מנחה משותף זה = הצורך לתקן סיטואציות של עוול במשפחה, להרתיע, ליישם עקרונות של צדק חלוקתי**. אך כל זאת תוך איזון שבבסיסו הצורך לזכור שדיני הנזיקין פועלים במרחב רגיש, ויישוב סכסוכים במרחב זה מחייב גישה זהירה יותר מאשר ביחסים בין זרים או אף בין צדדים בעלי היכרות מוקדמת אבל אינטימית פחות

המצב מחייב גישה זהירה יותר מאשר ביחסים בין זרים או אף בין צדדים בעלי היכרות מוקדמת אבל אינטימית פחות. (שחלקם יכולים להיות טובים בבתי משפט למשפחה- צריך לקבוע אילו ערכים עומדים ב"עמוד האש" הזה, ובמתח בין הדינים

* הניתוח רלוונטי לדיני נזיקין שמבוססים על אשם ובין דיני משפחה שלא מבוססים על אשם, מה שבאופן הגיוני גורם למתחים.
* תביעת נזיקין במשפחה היא עדיין תביעת משפחה שמתווסף אליה נדבך של פיצוי למשל.

1. המבט רחב יותר, הרי שבניגוד לעימות בין מערכת הדין האזרחי למערכת הדין הדתי (3,4), דיני הנזיקין הם כלי נוסף בארגז הכלים של שופטי המשפחה, ארגז של המשפט הפרטי, יחד עם ארגז דיני המשפחה. לפיכך, לא נכון יהיה לראות את היחסים בין מערכות הדינים כעימות בין דיני המשפחה ודיני הנזיקין, כפי שאין עימות בינם לבין דיני החוזים או דיני הקניין.
2. מדובר באותם מותבים ובכלים שונים שהם יכולים להשתמש כדי להגיע לאותה דרך- להחלטות ולפסקי דין המגשימים את הערכים שבבסיס השיטה. לפיכך המצב הרצוי- הוא ללכת לסוג של עמוד שינחה את הפסיקה שהיא אינה צריכה להשתמש בשיקולים פנימיים, מטרות מובהקות וערכים פנימיים של כל מערכת דינים בנפרד.

מצד אחד, איפה שיש אפשרות לשחק במדיניות משפטית (תביעות רשלנות למשל) אז לשופט יש יותר כלים להגיד איזה ערכים הוא מקבל ואיזה לא. כאשר מדובר בעוולות פרטיקולריות יש לו פחות שיקול דעת, אך השיקול דעת נמצא בהיקף הפיצוי, למשל.

**מודל לבחינת תופעת סרבנות הגט**

**מסלולי תביעות חוזיות בגין סרבנות גט**

שמואלי מציג מודל חדש לבחינת סרבנות הגט, הוא מציג 4 שלבים:

המהלך המרכזי: שלב 1

תחילה תהיה בחינה (ברוחם מאמרם של קלברזי ומלמד) אם ההגנה הראויה היא מסוג של אי עבירות. המסקנה תהיה שהגט עביר וסחיר, דווקא מתוך רצון להגן על מסורבות הגט. מהדיון ייגזרו מסקנות רחבות יותר אודות העבירות של זכויות אישיות ופרטיות.

המהלך המרכזי: שלב 2

לאור המסקנה כי הגט אכן עביר וסחיר, תוצג פרקטיקה רווחת במקרים של סרבנות הגט שלפיה על מנת להוציא את הגט מידיו של סרבן הרוצה לסחוט כספים עבור מתן הגט, ניתן להשתמש בתביעה אזרחית, נזיקית או חוזית, שטמרתה קבלת פיצויים גבוהים בשל הסרבנות, וזאת במטרה להמיר את הפיצויים שיפסקו במתן הגט

בעצם, עד כה בשיעורים דיברנו במונחים של שלב 2. בשלב 1 צריכים לבדוק האם הזכות היא זכות עבירה, זה מה שעושה האישה המסורבת. רק אם המסקנה היא שכן אז אפשר לעבור לשלב 2 ולבדוק את עניין הפרקטיקה. (דיברנו בהרחבה על הנושא הנזיקי, פה נתעסק בעניין החוזי).

זהו למעשה מהלך של התדיינות של אחרי פסק הדין POST JUDGEMENT BARGAINING.

**בעוד שמלומדים במשפט ההתנהגותי מאמינים כי המהלך הזה אינו צפוי בדר"כ, שמואלי סבור כי המציאות לגבי סחירות בגט מוכיחה אחרת**. המציאות מוכיחה בעיקר שזה נעשה אחרת. גם בפרק זה נצא מן הפרט אל הכלל במטרה לשרטט מודל שיסביר באילו מקרים צפויה התדיינות

המהלך המרכזי: שלב 3

לאור ההבנה שבמקרה של סרבנות גט ניתן לזהות את המהלך PJB, מהלך אשר מביא במקרים רבים למתן גט, נעבור לבדוק האם בהנחה שכאמור אין כאן הגנה על הזכות ע"י כלל של אי עבירות, ניתן לבסס את המהלך על הגנה מסוג אחר על הזכות, ברוח תורת כללי הקניין וכללי האחריות של קלברזי ומלמד. גם כאן, מעבר מהפרט אל הכלל.

המהלך המרכזי: שלב 4

לאור המסקנות עד כה, נבקש לבחון אם הדרך שהוצגה לעיל, המבוססת על שימוש במקל בדמות תביעות נזיקיות וחוזיות לצורך השגת הגט לאחר הליך הPJB היא אכן הדרך היעילה ביותר. לאור העובדה שדרך זו אמנם מצליחה ולו באופן חלקי להיאבק בתופעת סרבנות הגט אך היא לא מיגרה אותה, בין היתר עקב חשש הלכתי שהגט ייחשב למעושה, נראה כי יש הכרח לחשוב על פתרונות יצירתיים "מחוץ לקופסה" שהמשפט הפרטי יכול לספק בעצמו.

אי אפשר לומר כי הגט מופקע בגלל השימוש במשפט הפרטי. אלו פתרונות שלא יחליפו בהכרח את התביעות האזרחיות אך יוכלו לשמש כלי נוסף. לאור זאת נבחן האם שימוש דווקא בגזר או בשילוב בין גזרים למקלות יוכל להוות פתרון ראוי ויעיל יותר לבעיית סרבנות הגט מאשר שימוש במקל? (כלומר, האם גם על אי עשיית עוולה יקבל פרס? זה בעיה מוסרית), אולי למרות הבעיה המוסרית יש סיכוי שזה יותר יעיל, במקרה שלנו- יותר מהר להביא את הגט (ע"י נתינת גזר). יכול להיות אפילו שבראייה כלכלית עדיף והתמריץ הוא על דרך החיוב, שימוש בגזרים. לפי גישה כלכלית זה לא משנה איך הכסף עובר "לכסף אין ריח". יש פה רצון לשני סוגי סרבנית: עתידי פוטנציאלי וסרבן שסירב- מתן גזרים תמריץ לשניהם (לעתידי- אם הוא לא יסרב "יזכה בגזר" בסוף התהליך, לסרבן בפועל- כבר מראש יקבלו גזר).

אפילו אם המנגנון (שימוש בגזרים) לא יפתור את הבעיה (כמו שגם דיני הנזיקין לא פתרו), הוא יוכל להוסיף מימד חשוב נוסף וכלי חשוב ויעיל בארגז הכלים למאבק בתופעה. רעיון חדשני זה יבוסס על היבטים מתחום המשפט והכלכלה.

שמואלי לא חושב שזה יביא למיגור התופעה לחלוטין, זה יכול לבוא דרך דיני המשפחה הדתיים ולא דרך המשפט הפרטי. הרצון העיקרי הוא לצמצם את התופעה של סרבנות הגט.

גם כאן, תהיה יציאה מהפרט אל הכלל ( זאת ע"י שימוש במקרה המבחן של שימוש בתמריצים מהמשפט הפרטי למאבק בסרבנות גט כדוגמה לקונסטרוקציה המשלבת באופן היברידי בין גזרים למקלות. בעוד השילוב הרווח של תמריצים הוא אופקי (גזר ומקל יינתנו במקביל לחלקי האוכלוסייה השונים), **שמואלי מציע שילוב אנכי גזר ואז מקל- איום להשתמש במקל אחרי ניסיון למתן גזר**. המעוול ידע מראש על היותה של הגישה ככזו ולכן מראש תתמרץ אותו לקבל את הגזר בשלב הראשון כדי שמצבו לא יורע והוא יקבל בסוף מקל. המנגנון יכיל גם סנקציה חברתית מסוג ביוש (רשימת סרבנים פתוחה לעיון). שלב הראשון של הגזר יהיה רצון לנסות ולתמרץ מעוולים לא להיכנס מראש למסגרת המנגנון ולהימנע ממצב שבו חוטא יוצר נשכר ויהיה תמריץ לעוול כדי לקבל גזר.

סיכום-

המהלך, על 4 שלביו, יעלה את חשיבות חיזוק החיבור בין משפט וכלכלה ליחסים במשפחה. המהלך יעשיר את הספרות המשפטית והחברתית- מקלות גזרים ושילובים אפשרים ביניהם.

* מבחינת צדק מתקן, לאישה מסורבת הגט תמיד אין יתרון! היא תמיד תישאר עם סעד אחד ולא עם שניים (במקום פיצוי+ גט היא תישאר עם גט בלבד, כי הפיצוי ישמש כמעין כוח מיקוח עבור קבלת הגט). לעיתים האישה נמצאת במעמד ממש נחות! כי בנוסף לכך שהיא מוותרת על מה שקיבלה ואפילו מוסיפה על כך עוד כסף. מצד שני אם תביעת הנזיקין מצליחה לסיים את העניין של סרבנות גט במשפחה זה נחמה פורתא כי יש מחיר נפשי גדול שמשלמת מסורבת הגט.

**היבטים כלכליים מבחינה חוזית**- שמואלי טוען שלעיתים תביעה חוזית תביא לתוצאה טובה יתר מזו שתושג דרך התביעה הנזיקית. בכל מקרה העיקר הוא שימוש במשפט הפרטי.

יש כמה מסלולים של תביעות חוזיות, ועולה השאלה האם אלו יכולות להחליף את הנזיקיות בכלל, או שיש מסלולים שבהן לא עדיפות. יש מסלולים שונים:

**מסלול 1: הפרת סעיף בהסכם קדם נישואין המחייב תשלום של מעין מזונות מוגברים בפירוד. יש צורך להראות את הקשר הסיבתי.** זה רלוונטי רק כאשר יש הסכם כזה. כיום בחלק מהקהילות האמריקאיות RCA) זה מקביל לכיפות סרוגות) זה אופייני מאוד שיש הקדם קדם נישואין. כיום, זה הפך לסוג של חובה מנדטורית (מה שמעלה את השאלה כמה זה הגיוני כי אם לא יחתנו אותך בלי ההסכם הזה...). בהסכמי קדם נישואין (בישראל- צהר והסכמאהבה) יש סעיפים שמחייבים מעיין מזונות מוגברים בפירוד. שמואלי אומר כי מדובר בסוג של "לוחמה בסרבנות גט בתחפושת של מזונות"- על פניו לא מדובר על סרבנות גט: כל עוד הם לא התגרשו יש תשלום מזונות מוגברים. אפשר לבוא ולהגיד שמדובר בהסכם שדואג לאישה כדי שלא יהיה מצב שאישה תגיד שהיא רוצה להתגרש אבל לא תוכל לעשות בפועל את זה כי אין לה יציבות כלכלית. אולם בפועל מסתתר פה פיצוי מוסכם על סרבנות גט דרך דיני החוזים. ההסכם הישראלי הוא ההסכם האמריקאי משוכלל- הגיעו להסכם דומה אבל שונה.

האם מתאים למדינות בהן הדת מופרדת מהמדינה? אין אפשרות לדון במטרת הדיון, יש לדון לפי מה שנראה- התחייבות במסמך לגבי גובה המזונות. אפשר להבין מדוע מדובר בדיון מופרד מהדת, אבל כרגע נראה כי ביהמ"ש העליון האמריקאי לא יעסוק בנושא.

חלק מההבדלים הם בכך שההסכם האמריקאי מאוד מרתיע (100$ ליום) ומנגד יש ביקורת שלילית שזה הרתעה מוגזמת, כי יכול להביא לשלום בית שלא לצורך. בישראל למדו מהבעיות.

בהסכם הישראלי יש בערך 180 יום כדי לנסות להגיע לשלום בית ולנסות לעבוד, בישראל גם עבור כל יום זה 100$, פחות תורם להרתעה כי 180 יום זו תקופה לא מבוטלת.

האם הסכמים דו צדדים מתאמים גם למקרה של בעלים מסורבים? בישראל ההסכמים הם דו צדדים כי יש גם בעלים מסורבים. בישראל גם האישה תשלם מזונות (לפי הדין הדתי לא היה קורה אבל במקרה זה כן).

האם ניתן לטעון להפחתת פיצוים לפי ס' 15 לחוה"ח? פיצויים ללא הוכחת נזק, האם רשאי ביהמ"ש להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן לראותו מראש בעתת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה? באופן עקרוני כן, אבל בפועל לא היה פס"ד שעומד על כך. אם ינסו לשכנע את השופט שהיה ניסיון להגיע לשלום בית ופתרונות, השופט יכול להנמיך את הפיצויים.

**מסלול 2- עצם סרבנות הגט כחוסר תו"ל.** כאשר זוג נכנס למוסד הנישואין הוא למעשה מבצע פעולה משפטית ומקבל על עצמו מערכת של חובות וזכויות אשר חלה עליהן חובת תו"ל מכוח ס'39 לחוה"ח, שמוחל גם על מערכות יחסים שכאלה מכוח ס' 61ב לחוק. (בעניין סרבנות הגט ניתן לראות זאת) תמ"ש (י-ם) 22970-11-11 ע.ש נ' נ.מ.ש (17.4.13): כלומר ניתן לראות כי לא חייב להכיר בנישואין כחוזה, כי את עיקרון תום הלב אפשר להחיל על מערכת היחסים בין בני זוג. דרך סעיף 61ב אפשר להגיע להפרת תום לב בנזיקין, וסרבנות גט. על עצם כך אפשר לתבוע בחוזים- סרבנות גט= חוסר תו"ל.

האם החזקה בזכות להינשא אכן מהווה הפרת תום לב? בראיה כלכלית, אדם רוצה להחזיק בזכות להינשא מכל מיני סיבות. נשמע קלוש ולדעת שמואלי זה לא. באופן עקרוני- תביעה בחוסר תום לב מבלי להיכנס למסלולי אשם.

**מסלול 3- הפרת הבטחה בעל פה או הסכם מפורש להתגרש.** הפרת הבטחה= הפרת חוזה. ברור שלא בכל מקרה אבל באופן עקרוני ניתן לראות כך. **שמואלי חושב שבמקרה ירושלים אם היו הולכים דרך דיני החוזים היה הרבה יותר קל לקבל את התביעה מאשר שעשו בדיני הנזיקין**. יתרון גדול לתביעה חוזית על פני נזיקית : התביעה האזרחית אינה מוגשת בגין עצם הסרבנות גופה אלא בגין עניינים האופפים את הסרבנות והפרת הבטחה, שהיא בוודאי עניין לתביעה חוזית.

**מסלול 4- כפייה לשלם עבור הגט במסגרת הסכם גירושין כבסיס לבטלות ההסכם.**

תמ"ש (י-ם) 9189/01 פלונית נ' אלמוני (7.5.2010): זוג שחתמו על הסדר גירושין כמו שצריך, אשר אחד הסעיפים בו היה שהיא משלמת לו סכום כסף מסוים. מה עשתה האישה? תבעה בכפייה ועושק את הבעל, טוענת שיש פה סחיטה! מה הבעיה במסלול זה? בעיית החשש מקריסת ההסכם כולו. אם מבטלים סעיף אחד בחוזה יש סכנה שכל החוזה יתמוטט. מסלול זה מול המסלול הנזיקי המוטעה אך הפחות מסוכן- היא לא הייתה צריכה לתבוע בחוזים אלא בנזיקין, הוא סחט אותי. האישה תבעה נזיקין ואמרה שיש לה נזק מסרבנות הגט- הסכום שהוא ביקש בסעיף. היא ביקשה השבה של הסכום וקיבלה בתביעת נזיקין. היא הייתה צריכה לתבוע בחוזית ולקבל את הסעד ההשבה. על פניו התביעה לא הייתה צריכה להתקבל כי לא תבעו במסלול הנכון, אבל בסופו של דבר התביעה התקבלה. [אם היה תובע מראש בחוזים מצב גדול שכל החוזה היה מתבטל, וזה לא רצונה של האישה! היא רצתה לבטל סעיף ספציפי, לכן תבע בנזיקין, מסלול מוטעה אך פחות מסכן ולקוות שאף אחד לא ישים לב].

**מסלול 5- חתירת הסרבן להגעה להסכם של מתן גט תמורת תשלום כחוסר תו"ל במו"מ (עקב סחיטה-** הסרבן בא למסורבת ומודה שהתכוון לסחוט כסף. בגלל התביעה שהאישה העלתה תביעת נגד- האיש יתן לה את הגט תמורת ביטול התביעה. החתירה של הסרבן מצד אחד טריוויאלי ומצד שני יכול להתפרש כחוסר תו"ל לקראת מו"מ (ס' 12 לחוה"ח)- ביטול התביעה תמורת מתן הגט. כל הסיפור נגוע משורשו בסחטנות! האישה רוצה את הגט. אפשר אחרי מעשה (מתן הגט) היא כי הסרבן ניסה לסחוט את המסורבת, ואולי אחרי שהאישה מצליחה בתביעת הנזיקין הסרבן מבין את כוח המיקוח שלה ונותן לה את הגט.

יכול להיות שיואיין החשש מגט מעושה- הבעל יוזם! הבעל יוזם לתת את הגט תמורת הוויתור על הכסף כך שאין לו עילה לומר שהגט מעושה. (ברגע שיש בחירה [לתת גט ולוותר על הפיצוי] אי אפשר לטעון שהגט מעושה. אולם קיים חשש מתניה מגבילת תביעה- אחרי ההסכם האישה תוכל לבקש פיצויים עקב חוסר תו"ל. בהסכם באי הכוח יוסיפו תנאי שהאישה לא תוכל לתבוע בנזיקין- הבעל יגיד שאי אפשר לתבוע בנזיקין (מכוח החוזה). בישראל- זכות הפנייה לערכאות הוכרה כזכות חוקתית. הזכות היא לכך שידונו בתביעה של אדם. יש פה התנגשות בין החוזים (התנייה) ובין הפנייה לערכאות. החשש מפני תנייה מגבילה היא מוחשית, וזה יכול לגרום לבן אדם שחתום על זה שלא להגיש תביעה/ להגיש תביעה בשל סחיטה/ עושק. יש להניח שאם יהיה אפשר לתבוע לחוסר תו"ל לאחר מתן הגט אז: חוזים כאלו יהודקו מאוד מבחינת תנאים ותניות או שבכלל לא ירצו לחתום על הסכם כזה.

נזיקין מול חוזים

* בחלק מהמסלולים בתביעות חוזיות אין צורך להוכיח אשם- רוב החוזים הם אחריות מוחלטת (על אף הימצאות אשם תורם וכו'). תביעה כזו בחוזים קצת יותר קל להוכיח, ובנזיקין יש צורך להוכיח אשם, כי ברוב המקרים האחריות היא לא מוחלטת. לעיתים עדיף לתבוע רק בחוזים. בעולם יותר נפוץ השימוש בחוזים. התביעות הנזיקיות הן מאוד בעייתיות כי יש חלוקה בין עוולות מכוונות (עם יסוד נפשי) ולא מכוונות (למשל רשלנות). במשפט האמריקאי שרוצים להוכיח סרבנות גט צריך להוכיח זדון או כוונה וזה בעייתי וקשה לכן יעדיפו שלא לתבוע נזיקין במקרים כאלו, למשל. אם ככה- למה בישראל לא הולכים לתביעות חוזיות? אחת התשובות העיקריות היא כי מדובר בתהליך היסטורי שנשאר רלוונטי גם לימינו. כדאי לבדוק את המסלול החוזי כי המסלול החוזי הוא מאוד קל לעומת הנזיקין, יכול לחזק את כתב התביעה ובמקרים מסוימים אפילו יכול לפטור את סוגיית הגט המעושה (חוזים בבסיסו הוא ע"י הסכמה)
* ברוב המסלולים החוזיים ניתן לחמוק משאלת דרגת פסק הדין הרבני ולתבוע גם כשאין חיוב לגט. 5 מסלולים חוזיים בהם ברוב המקרים יש חוזים ולא עניין של רבנים. הבעיה העיקרית בפסקי דין רבנים הם כאשר מדובר בפסק דין רבני רך- המלצה .(לא כפייה או חיוב), שכבר עמדנו על כך שמאוד בעייתי להתעסק עם פסקי דין רכים מביה"ד הרבני. המסלולים בחוזים לא רלוונטים לעניינים של פסקי דין רבניים. אולי אפשר לנטרל את הבעייתיות של פסקי דין רבניים רכים ע"י תביעות חוזיות.
* חלק מהמסלולים החוזיים מאפשרים/מחייבים פעולה אקס- אנטה (הסכם קדם-נישואין)- אם יש אפשרות להנדס את הסוגייה מראש למקרה הצורך זה מעולה! יחסוך הרבה בעייתיות בהמשך במקרה ו.. . נותן פתרון מראש וחוסך הרבה שלבים בדרך במקרה של סרבנות ומעבר לכך גם יכול למנוע את הסרבנות מראש! הוא יודע מה יהיה אם יהיה סרבנות גט ויראה שעדיף לו שלא לסרב.
* בחלק מהמסלולים החוזיים חישוב הפיצוי פשוט מחישוב נזק לא ממוני בתביעת נזיקין, כגון הסכמי קדם- נישואין שבהם לא קיימים פיצוים מוסמכים מראש. חוסך הרבה חישובים מסובכים.
* במסלולים אחרים אין שוני עקרוני מבחינת ניהול ההליך אבל יש פה עניין של חיזוק תביעה.
* לא ברור אם יש הבדל לעניין פסיקה על נזק עתידי [מול החשש מגט מעושה]- שופטים שנותנים פיצוי עתידי הוא מקובל גם בלי הוכחת נזק). נזק עתידי הכוונה נזק קיים שמתמשך ולכן ארצה לקבל פיצוי. הדעות המקלות בהלכה שמאפשרות תביעות נזיקין בגין סרבנות גט מדברות על נזקי עבר (הבעל צריך לתת גט ולוותר על חוב עבר- תביעה בנזיקין עד נק' מסוימת בעבר) ואם מוותרים על חוב עבר יש גישות הלכתיות שזה לא ייחשב כגט מעושה. אם ייקבע פיצוי עתידי אז זה ייחשב גט מעושה (אם מאיימים עליהם בפיצוי לעתיד אם לא תיתן את הגט אז זה ייחשב גט מעושה). העבר= לא איום! ביהמ"ש לא יוצר חיוב אלא מצביע עליו, חייב לתת כסף.
* בשורה תחתונה- לא פתרון קסם לעבור מנזיקין לחוזים בתביעות של סרבנות גט. יש פעמים שזה עדיף מסיבות שונות ויש מקרים שפחות רלוונטי ההבחנה.

מאמר: מי רוצה לסחור בגט שלי?

עמדנו על כך שגם מערכת החוזים היא כלי טוב שעומד עבור המסורבת. עכשיו מדובר על עניין הפיצוי שנפסק בגט וכך ניתן לסחור בגט. **לצורך מענה על שאלה זו- נעלה את המסקנות מהמאמר "מי רוצה לסחור בגט שלי?"-** כמו שזכויות אישיות לא יכולות להיות סחירות כך גם הגט.

המאמר עוסק בעבירות ובסחירות בכלל ואומר שאם יש אפשרות להגן על זכות, ביניהם אי עבירות, והיא זכות חזקה- אם לא מגנים על הזכות להתגרש או לקבל גט דרך אי עבירות- איך מקבלים את הגט? היוצא מהמאמר- הדין מגן על הזכות להתגרש דרך אי עבירות!

הדין הרבה פעמים מגן על זכויות והדרך הכי חזקה היא לאסור את העבירות בה, לעיתים כמו במקרה של להגן על הגט יש הגיון- אבל בזה זה יוצר נזק למסורבת כי היא לא תוכל למכור/לקנות את הגט שלה היא תישאר תקועה. כ**ליברלים יש רצון להגן על הזכויות דרך כך שנכיר בגט כדבר סחיר**. אם נחליט מראש שהגט לא עביר ולא סחיר נייצר מציאות שבה לא ניתן לעשות שום דבר עם הגט. יש פה עניין של ביצה ותרגולת- אם באמת אוסרים על סחר בגט זה כאילו נגד האישה, אבל אם מראש לא יהיה אפשרות לסחר הבעל לא ירצה מראש לסחוט אותה.

לכאורה יותר חכם לבטל את הסחר בגט, לא תהיה מציאות של סחירות וגם לא מציאות של סרבנות. זה אולי המצב האוטופי, למה אנחנו לא שם? או, למה לא לומר שהגט לא עביר? הסיבה היא שאומרים את הסחירות הוא לפי הדין הכללי, ולא לפי הדין הרבני ועיקר הדיון בעניין הגטין הוא בעיקר שם. בשונה מבית משפט אזרחי, בית הדין הרבני לא יכול להכריז על הזוג כגרושים. הדיין יכול להגיד למסורבת שאין לה מה לעשות (בטח שלא להגיש תביעות נזיקין)(אולי הדיין יכול להמליץ לה לשלם לסרבן, אולי דרך מו"מ עם הסרבן)- בראייה מבחוץ ביה"ד הרבני משתף פעולה עם הסרבנות- הוא לא אמר לסרבן חד משמעית שהגט לא סחיר/ עביר ועבור הגט הוא לא יכול לקבל כלום! שניהם יהיו תקועים. אם בא לסרבן להמשיך לסרב שימשיך אבל הוא לא ישיג בזה כלום. באופן עקרוני לאישה המסורבת יש המון דברים להפסיד, משמעותית יותר דברים להפסיד מאשר לסרבן. קלברזי אומר שנכון שבפועל יש כלל של אי עבירות על דברים מסוימים, בפועל יהיה לדברים האלו מחיר, אולם- אי אפשר לבקש פיצוי נזיקי בגינן תמיד.

**שורה תחתונה- עמדנו על זה שלא הגיוני להגן על הגט דרך אי עבירות, אז עולה השאלה איך כן הדין מגן על הזכות להתגרש? כמסקנה מהדיון ניתן להעלות מס' נקודות:**

1. גט יכול להיות עביר וסחיר בכלל וכבסיס לעסקת חליפין בין בני זוג הנושאים ונותנים על מתן הגט תמורת זכויות כספיות בפרט.
2. יש חשיבות רבה לביסוס תיאורטי של שלב המו"מ לאחר הקצאת הזכויות- אולי כן אפשר להחשיב את הגט כסחיר.
3. מסקנה שהגט לא סחיר ועביר הייתה מוציאה את העוקץ מתביעות אלה ומותירה את המסורבת בעגינותה
4. פתרון זה לא מתאים מזעקתן של עגונות אבל גם לא מציע להגביל בחקיקה את סמכותם של בתי הדין הרבניים, בייחוד במציאות בה זוגות רבים אמנם מקווים לא להתגרש אבל רוצים להיות נשואים.
5. פתרון זה מניח את הנטל על גב הקורבן הניזוק, דרך המשפט הפרטי אם ירצה בכך.
6. אותו פתרון שסחירות הגט היא מרכז רגיש באופן יחסי למציאות פוליטית קשה לפיה סמכות בתי הדין הרבניים היא בלעדית בנישואין וגירושין ואין רצון להתערב בסמכויות אלו.
7. בספרות העלו נימוקים רבים ומגוונים למניעת עבירות של זכויות וזאת במטרה לגן על הזכות עצמה- מטרה להגן בצורה מקסימלית גם מבחינה אישית וגם מבחינה חברתית.
8. **התוצאה- אין לאסור על עבירות הגט ועל סחירותו.**
9. חלק מהנימוקים גם מעלים צורך בעבירות- אם לא נאפשר עבירות הנשים יישארו תקועות ועגונות (יש לזה חברתי, אישי וכלכלי)

סיכום- עברנו עד כה על כמה שלבים: בשלב הראשון על החלפתן של תביעות נזיקין בחוזים. השלב השני הוא בחינה האם ניתן לראות את הגט כעביר וסביר.

PJהשלב השלישי- מצב בו למעשה אנו פוצחים במו"מ לאחר מתן פסק דין. הטיעון והמטרה:

הנושא: כניסה למו"מ לאחר שביהמ"ש הקצה את הזכויות לצדדים- כלל אחריות (פיצוי) או כלל קנייני (צו). אחרי הכרעת ביהמ"ש נפתח מו"מ.

הטיעונים:

1. גישות כלכליות קלאסיות (קוז, קלברזי ומלמד)- כוללניות מידי כי לא הבחינו בין מקרים במו"מ אחרי פס"ד צפוי לבין מקרים שאינו צפוי. דווקא אחרי מתן פסק דין נרצה לעודד מו"מ.
2. הביקורת של פרנסוות' מכיוון התנהגותי אומר שיש מקרים שגם בין הצדדים העוינים מתנהל מו"מ אחרי פס"ד. בפועל מרבית המקרים אנשים לא עושים מו"מ אחרי פס"ד.

המטרה:

שימוש במקרה המבחן של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כגשר בין שני המקרים, בהשוואה למטרדים, כיד לצאת מהפרטים אל הכלל ולאפיין את סוגי המקרים השונים במטרה להציג פרמטרים שייסעו לקבוע מתי מ"מ אחרי פס"ד צפוי (גט) ומתי לא.

**המטרה הפרקטית היא לאפשר לצדדים המעורבים להעריך מראש מתי צפוי מו"מ אחרי פסד ומתי לא. זאת כדי לעודד פשרה.**

**משפט וכלכלה- סרבנות הגט**

השאלה היא האם השימוש בתביעות נזיקין/חוזים היא הדרך הנכונה?

הנושא הוא בנושא המאמר HYBRID INCENTIVES.

יש פה ניסיון לצאת מהפרט אל הכלל תוך שימוש בכלכלה במשפט.

השאלה היא כאמור- מה התמריץ הטוב יותר להפסיק סרבנות? מתוך המאמר ננסה לענות על השאלה שמשפיעה על הרבה עניינים משפטיים, מעבר לסוגיית סרבנות הגט.

קודם נעסוק בכלל ואז במקרה סרבנות הגט בפרט.

**הכלל:**

תמריצים- גזר או מקל? מה נכון לעשות כדי להפסיק פעילות שגורמת החצנות שליליות (הטלת עלויות/התנהגויות) של אדם? האם לתת לו גזר (חיזוק) או מקל (איום). הרצון הוא לא רק להפסיק פעולה אלא ממש מראש למנוע פעולה.

מקל: ענישה פלילית/ חיוב כספי (בתביעה אזרחית, דרך מס וכיו"ב).

גזר: תשלום כדי לתמרץ חיובית להפסיק את הפעולה המזיקה. לנו כחברה יותר קשה לתת תמריצים חיובים על פעולות שאמרות להיות "רגילות" ולא מתומרצות בחיוב.

יתרונות וחסרונות לכל אחד מהכלים האלו, כעת נבחן את שאלת השילוב

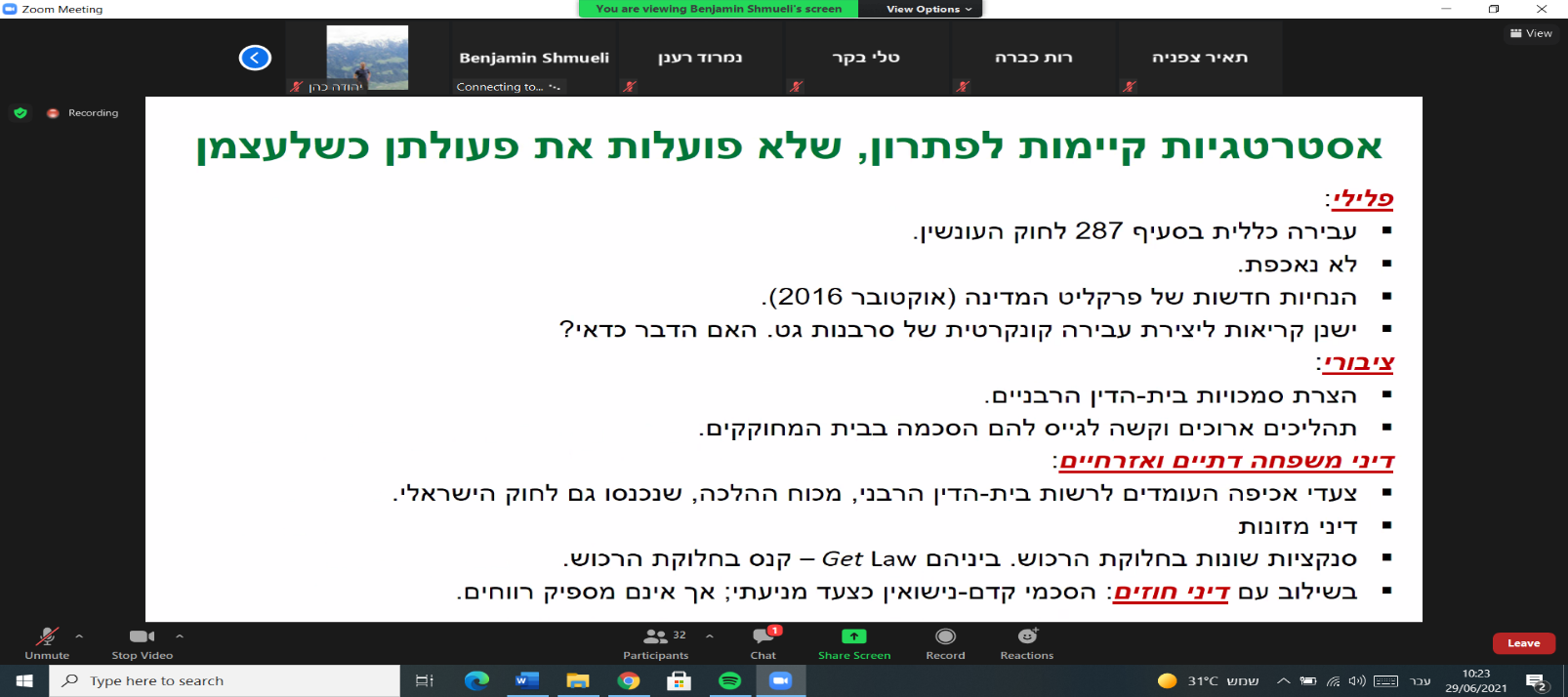
**הפרט:** סרבנות גט.

מדוע לא לשלם לסרבני גט כדי שיפסיקו לסרב? כאמור שמואלי ממקם את דיני הנזיקין בין הפלילי ובין לא לעשות כלום. יש האומרים כי השימוש בדיני הנזיקין מהווים תירוץ מספיק לתמרץ את הסרבן (ע"י הרתעה).

קלברזי בחן שאלה זו- המרה של הגט בתמריץ תשלומים לסרבן. המהלך הרווח הוא לוותר על קנס, משמע לתת כסף לסרבן. קלברזי בחן את השאלה ואמר כי אולי עדיף לשלם לסרבני גט כדי שיפסיקו לסרב? הבעיה היא שהבעל מחזיק בגט, יש סרבנות. המצב בין האישה והגבר לא סימטרי.

ההנחה היא שמדובר בסרבנות כספית ולא אידאולוגית (לכן כן יש מקום למיקוח כספי), ויש רצון לסחוט כספים. אם מדובר בסרבנות אידאולוגיית (לא נפוצה) יש בעייתיות במתן תמריצים. אולם מרבית מקרי סרבנות הגט הם באמת סרבנים כספיים לכן יש כוח מיקוח כלשהו.

גם אם נפסק חיוב לתת גט, בתי דין רבניים פרטיים פועלים בעולם כבוררים. בתי דין רבניים בישראל הם בעלי כוח אכיפה מסוים אך משתמשים בו בזהירות מהחשש של גט מעושה.

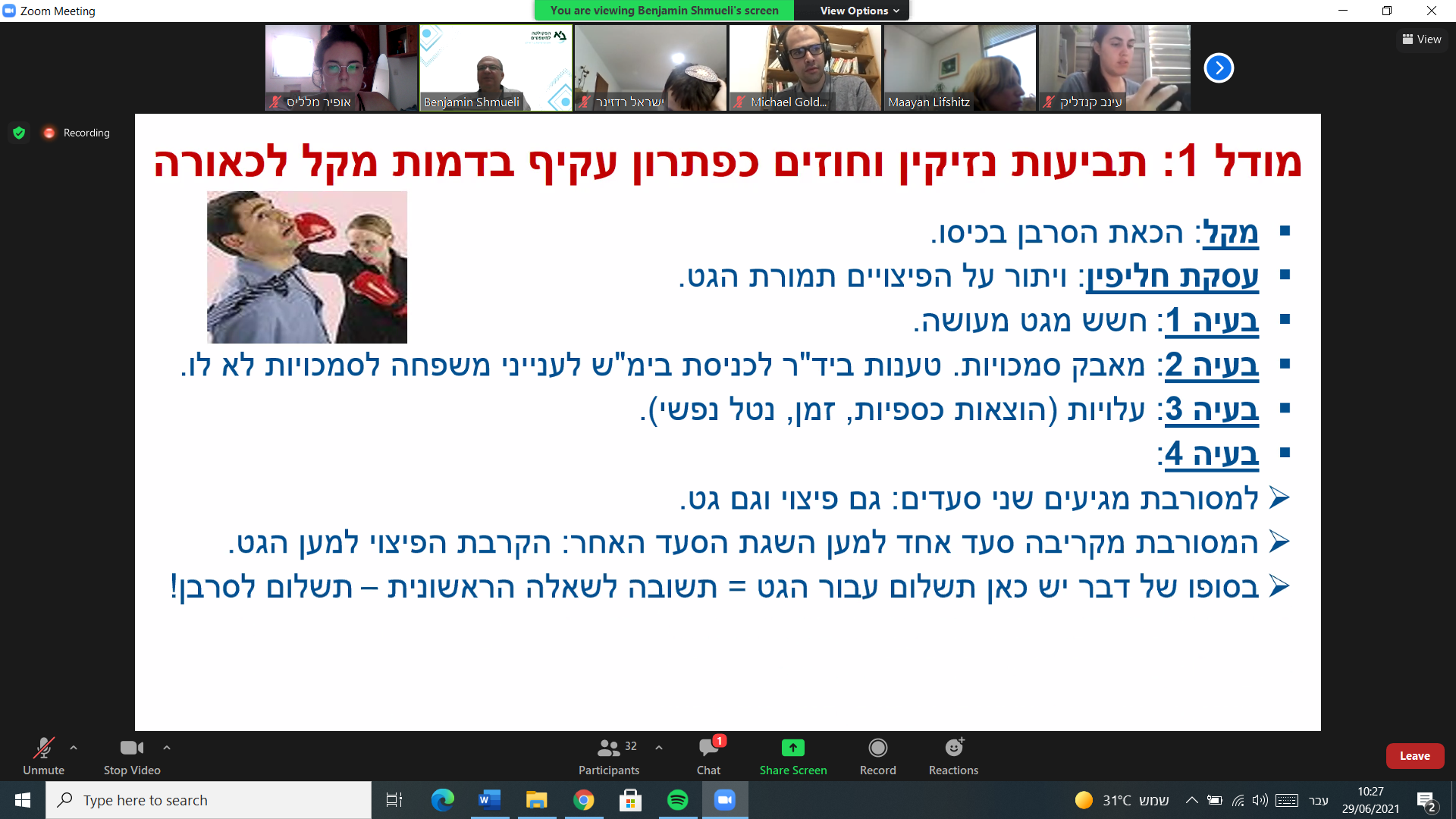
אי ההתערבות של המדינה מעבירה מסר חברתי שלילי.

**אסטרטגיות קיימות לפתרון, שלא פועלות את פעולתן כשלעצמן**

כמו שנראה כיום, רחוק היום שבו ישתמשו בסקציות פליליות על סרבני גט

**מודלים להתמודדות עם בעיית סרבנות הגט מבחינה כלכלית, לא מדובר על תביעות נזיקין!:**

מודל 1- תביעות נזיקין וחוזים כפתרון עקיף בדמות מקל לכאורה



כל מי שחושש מהשאלה המוסרית (תשלום לסרבן על מנת לתמרץ אותו). כאשר המסורבת מוותרת על הפיצוי שמגיע לה תמורת הגט, היא מוותרת לסרבן ומשלמת לסרבן. המסורבת מוותרת על סעד. המקל הוא רק פתיח ובסופו של דבר הגבר הסרבן מקבל גזר. קלברזי מנסה לצמצם את התהליך הארוך הזה. אם רוצים לשלם לסרבן תמורת הגט- למה כל התהליך הארוך הזה ובסופו של דבר היא עוד משלמת לו על הגט.

המסורבת משלמת עבור הגט, בדיוק כפי שהייתה מביאה ככספים שלה או מוותרת על זכויות שלה.

מבחינה כלכלית אין שינוי. לסיכום- המסורבת מוותרת על החוב עבור הגט.

**הרעיון המרכזי הוא כי הפנמה שתביעות נזיקין וחוזים לעסקאות חליפין למעשה גורמות לוויתור של המסורבת על חוב קיים= סוג של גזר.**

אז במקרה שמשלמים לסרבן עדיף לעשות זאת מקופה כללית או מפיזור נזק נכון, ולא להטיל מס רק על המסורבת, דרך וויתור שלה על נכסים או זכות תביעה או תשלום פוזיטיבי לסרבן.

* שאלה- למה שהתשלום לסרבן לא יהיה מתשלומי הביטוח? אם הפעולה מכוונת ע"י המוטב הוא לא יקבל פיצוי (ס' 26). נכון שאפשר לעשות ביטוח אבל יש הרבה בעיות איתו.

אפשר להציע סוג של ביטוח, אולי כמו קרן.

מודל 2- גזר

**מחיקת חוב מזונות של סרבן ע"י הביטוח הלאומי**.

הביטוח הלאומי יכול לשלם מזונות במקום סרבן שחייב מזונות ולהפוך לנושא של החייב תמורת מתן הגט. זאת בשיתוף עם בית הדין הרבני לכן אין חשש מגט מעושה. פתרון זה הוא חלקי מאוד וכולל בעיות שונות כגון: בעל הנמצא בחובות עלול להיות מתומרץ לסרב כדי שיימחקו לו חובות מזונות, חשש לתמריץ לצבירת חוב מלכתחילה, מידיעה שהחוב יימחל תמורת מתן הגט בבחינת moral hazard- אולי ע"י כך שזה יהווה תמריץ לבעל דווקא כן לסרב!

יש כאן אבסורד, גוף מדינתי (המוסד לביטוח לאומי) למעשה משמיט חובות לאדם שמסרב לקיים החלטה אחרת של המדינה (חיוב למתן גט של בית הדין הרבני). האינטרס הציבורי הוא לא לתת פיצוי לסרבן אלא לתת למסורבת את הגט!

מודל 3- גזר: "קרן העגונות" [נשלט ע"י ביה"ד הרבני]

לא רק שמשמיטים חובות לסרבנים, בישראל יש קרן קיצונית יותר. תקנה תקציבית בתקציב הנהלת בתי הדין הרבניים בישראל, חלק מהתקציב מיוחד להתיר עגונות ולעזור להן.

התקנה- "**קרן העגונות**"- בית הדין הרבני משלם באופן פוזיטיבי כספים לסרבן כדי שיסכים לתת גט. זה פתרון חלקי ומצומצם כולל בעיות שונות ואינו יכול בעצמו לפתור את בעיית הסרבנות. יש פה בעיות מוסריות ובראשן שהחוטא יוצא נשכר.

* התשלום פוזיטיבי- אולי בעייתי יותר מאשר במחיקת חובות.
* אבסורד נוסף- בית הדין הרבני בעצמו משלם למי שמסרב לקבל את ההוראות שלו בעצמו!
* מודל מאוד בעייתי ומאוד חלקי. אין בתקציב של בית הדין הרבני כסף לסרבני גט, אז יש תרומות.

כלפי שני המודלים הנ"ל (2,3) העלו בג"צ (ע"י ארגוני הנשים). מדובר בשני מודלים שמוציאים מסרבנים גיטין ובית הדין הרבני לא יצעק כי מדובר בגט מעושה, על פניו פתרון טוב. אולם מצד הנשים יכול לתמרץ סרבנות. הוועדה בביטוח לאומי לא מפרסמת את הדוחות לציבור ומכאן שאין שקיפות, לא יודעים מה הקריטריונים למחיקת חובות. ארגוני הנשים היו בדילמה- מצד אחד המטרה מושגת (הגט מושג) ומצד שני אין שקיפות כך שלא יודעים את הפרמטרים למחיקת גט, יוביל לחוסר אחידות. אותו בג"צ קרא לחשוף את הקריטריונים או לכל היותר להראות את הקריטריונים לשופטים כדי שיעמדו על מהימנות הקריטריונים. בסוף—בג"צ קיבל את המידע ולא פרסם את המידע, בג"צ הכשיר את המודלים, לא התערב בעתירה. (מבחינת העותרות ארגוני הנשים הן השיגו את הפיקוח המשפטי שרצו). **זה מודל כשר ומסריח שמביאה לתוצאה הרצויה- השגת הגט מהסרבן.**

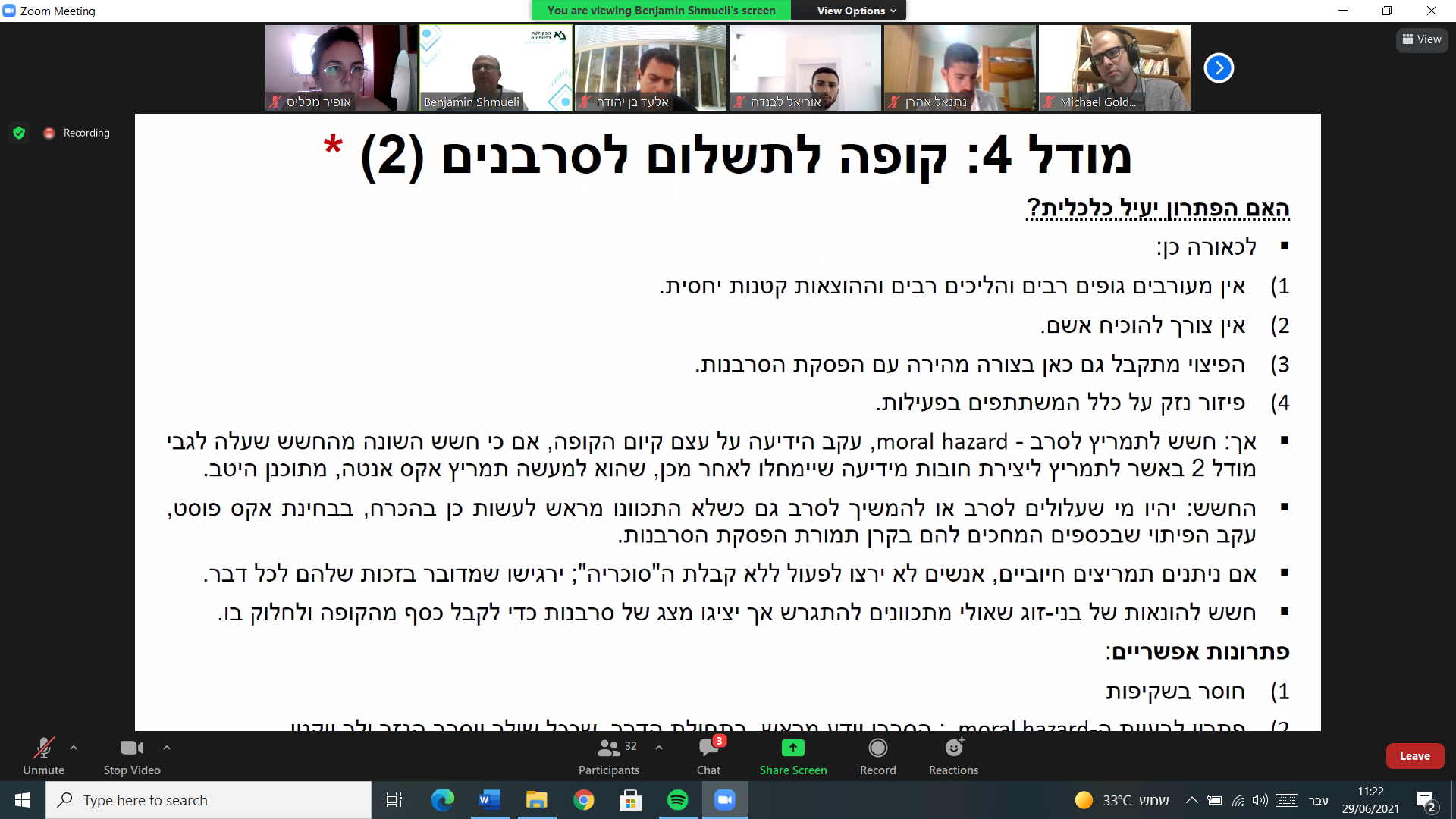
**אלו מודלים שקיימים רק בישראל!**

מודל 4- גזר: קופה לתשלום לסרבנים מתוך אגרה שתושת על הנישואים כדמו"י

רק למי שרלוונטי לו! מעין פיתוח של קרן העגונות אך גם שונה מהותית בכמה פרמטרים. זה פתרון שהוצע ע"י קלברזי במאמרו.

ההצעה: הכספים לסרבן ישולמו מאגרת נישואין מיוחדת, לא גבוהה, בשיעור של 50$ שתוטל על זוגות הנישואין, כמעין מס. הקופה תנוהל ע"י גוף מדינתי/ בתי דין רבניים/ קהילה וכו.

קלברזי טוען כי זו יעילות כלכלית.



2) הסרבן יידע מראש שכלל שילך ויסרב הגזר יקטן. פתרון לmoral hazard

במודל של קלברזי (מספר 4) הבעיות יותר חמורות מהבעיות במודל 3 עקב ההיקף של הפתרון:

1. אין גינוי חברתי בולט לסרבנות ואין הכרה חברתית בסבל האישה.
2. הכוח נותר בידי הסרבן, מעמד המסורבת אינו מקודם אפילו זמנית כמו בתביעה הנזיקית.
3. חוטא יוצא נשכר אף שהפיצוי אינו משולם מהמסורבת אלא ע"י החברה.
4. חשש מתמריץ לסרבנות לקבל כסף מהקופה
5. חשש מהונאה- המצאת סרבנות כדי לחלוק כספים שיתקבלו מהקרן
6. אבסורד- הקרן תשלם לסרבן שמפר החלטה של בית הדין הרבני

* אבל דרך תשלום אגרה כזו גם הסרבן עצמו משתתף, בתשלום מראש, בהקמת הקופה ובתשלומים ממנה (כמו במנגנון ביטוחי), מה שאולי מקהה מעט את הבעיה המוסרית שיש במודלי הגזר הקודמים. מדובר בנחמה פורתא אבל עדיין זה יעורר פחות אנטגוניזם , היה לו חלק בתשלום הקופה למשל.

סיכום עד כה- מודל שהוא גזר מלכתחילה.

בשבח השילוב בין מקלות לגזרים—איך אפשר לפתור את הבעיות שהעלנו למעלה ביחס למודלים:

* שילוב יוכל להציג מנגנון יעיל יותר מגזרים לבד וממקלות לבד ואלי גם יותר מוסרי מאשר גזר לבד
* בספרות שילובים בין גזרים למקלות-

ברוב המקרים שילוב אופקי/ רוחבי או סימולטני:

1. חלוקה סימולטנית של גזרים לחלק מהאוכלוסייה בעוד כלפי היתר נעשה שימוש במקלות דווקא. דוגמת עשירים ועניים בארה"ב ביחס לביטוח בריאות
2. שימוש כלפי כולם בגזרים ובמקלות בו"ז.

* לעניינינו אפשר להציע שילב אנכי דווקא- הנסמך על כמה תורות כלכליות שכולן רעיונות שונים לשילובים אנכיים:

1. אופציה לפעולה לצד אחד, ואם לא פעול האופציה עוברת צד האחר (modular Liability rules)- רונן
2. רעיון דומה שהועלה למעלה הועלה במאמר אחר, ע"י יאן איירס ופול גולברגרט (dual chooser rules)
3. מאמר נוסף המעלה את הרעיון של הצעת גזר למפר. אם לא נלקח- העברתו בשלמותו לצד הניזוק (האוכף) לפעולה משפטית נגד המפר. לא מדובר במאמר זה על סרבנות גט אלא למשל על מקרים של שכירות. (reversible reward). יש רצון שהגזר הזה יהפוך למקל מאוד ברור! אפשר יהיה להשתמש בזה כנגד המזיק רק בפעולה משפטית והניזוק לא יוכל להכניס לכיסו. יש פה מקל קונקרטי ולא איום.
4. **הצעה למודל מיטבי משולב-** הפעלת כלל "מודולרי" מותאם. הקושר אנכית גזר ואחריו מקל. הפעלת הכלל המודולרי ברוח דוקטרינת reversible reward ליצירת קרן מאגרות כלל הנשואים כדמו"י. הצעת גזר לסרבן תהיה לזמן קצוב, הגזר יתחלף לאחר זמן למקל אם הסרבן לא ייקח את הגזר וימשיך לסרב, יש חיסכון משמעותי בהוצאות- אותו מנגנון משמש לגזר ולמקל. הקריטריונים לקבלת הגזר יהיה עמומים ולא יהיה ברור לסרבן כמה כסף יקבל כגזר וזאת כדי שלא יוכל לחשב ראיות (עמימות כדבר חיובי במקרה זה). המקל= שלב שני של העברת כלל הכספים שהסרבן לא רצה לקחת תמורת מתן הגט בשלב הראשון לידי המסורבת, לשימוש נגד הסרבן בהליכים משפטיים.

גזר משולב בסנקציה חברתית- הסרבן עדיין יכול לסרב כי יכול להיות שכסף יהיה מועט. "על הגזר המתוק צריך להיות חריף". הגזר לא יהיה מושלם אחרת סרבנים יתומרצו לסרב ולקחת גזר בשלב הראשון של המודל. למרות היתרונות של הגזר חובה להוסיף עליו סנקציה חברתית בחסות החוק כבר בשלב הגזר.

שיימינג, ביוש- עם הפעלת המנגנון, יפורסם שם הסרבן ברשימה בלתי חוזרת של סרבנים באתר מיוחד. השיימינג לא יהיה באופן פרטני אלא שיימינג מורשה ומאושר. היתרון הברור הוא חשיפה לבני זוג פוטנצייאלים, מעסיקים, שכנים וכו'. כלומר- הגזר מאוד חריף, הוא יכול להפוך למקל אבל אולי לא שווה לקבל את הגזר, עדיף לתת את הגט לפני הפיכתו למקל (=פרסום ברשומות)

1. אופצה להפעלת הגזר בשלבים, שערכו יורד עם הזמן:

הסרבן יקבל X$ אם ייתן גט תוך תקופה. ככל שיעבור הזמן פוחת הסכום, והסכום הראשוני יעבור לאישה המסורבת שתשתמש את הכסף לפעולה משפטית. ניתן לקבוע תק' ביינים.

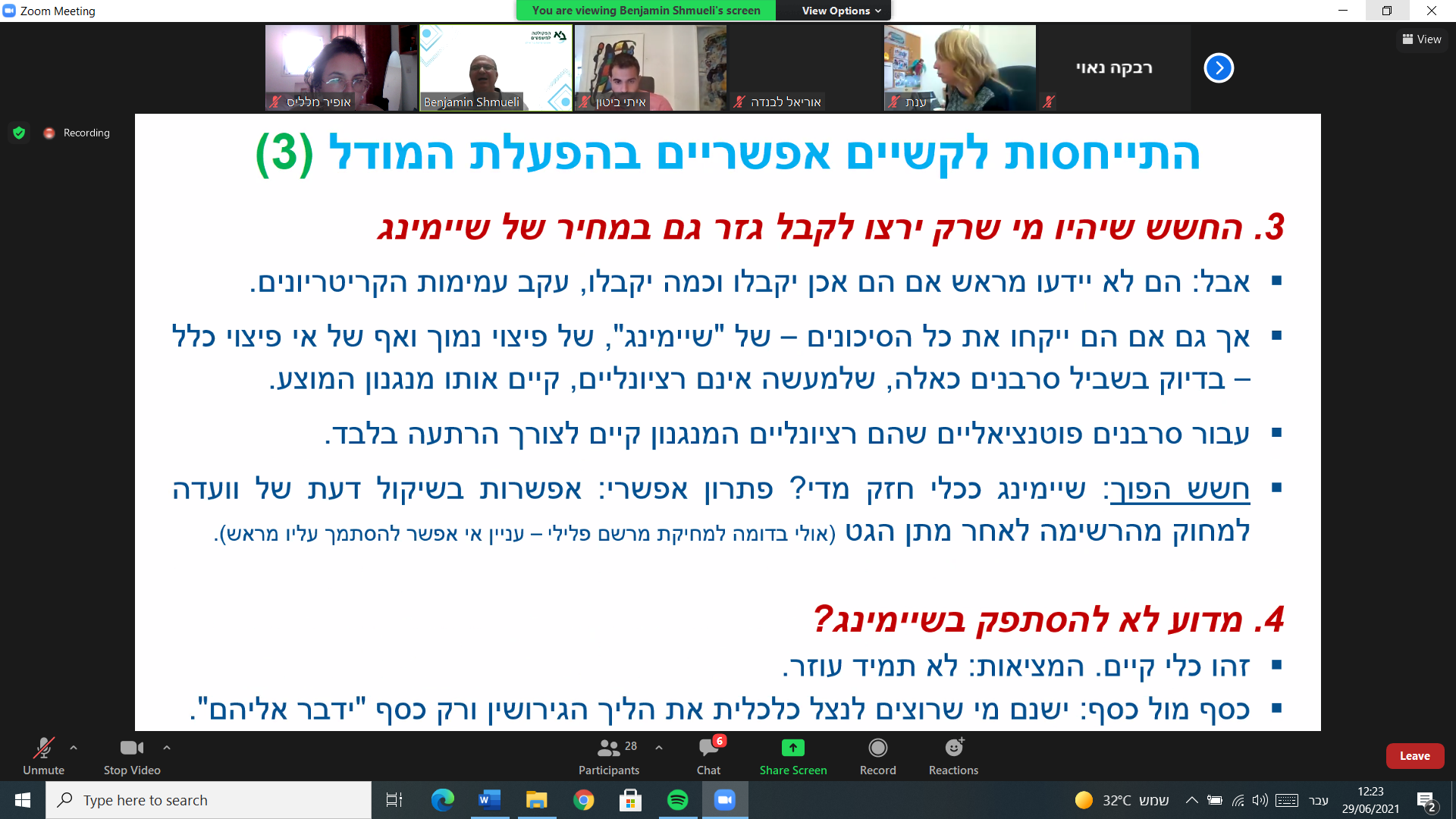
1. למען אמינות האיום, הכספים שיועברו למסורבת כמקל בשלב השני ישמש אך ורק להליכים משפטים נגד הסרבן, לכן המקל יוכל להיות הגשת תביעה אזרחית, נזיקית וכו/ או שימוש בכספים למאבקים משפטיים.
2. אפשרות להעביר הטבות נוספות שנשללו מהסרבן לרשות המסורבת, ברוח אותה תורה של reversible rewards שמכוחה הגזרים יהפכו למקלות.
3. **חשיבות השלב המוקדם, הטרום מנגוני הוא מאוד חשוב פה:** הסרבן מקבל התראה כי הוא נכנס למנגנון "תחילתו בגזר וסופו במקל". כניסה למנגנון אומר שהוא חשוף לכל ההשלכות כולל השיימינג האל-חזור. בזמן זה יוכל הסרבן לנהל מו"מ עם המסורבת, אף שבשלב זה הבעל הסרבן יודע כי המפתח לגט הוא בידיו, הוא גם יודע שאם המו"מ לא יבשיל בתוך אותה תק' מוקצבת ולא תהיה הסכמה על מתן הגט, הוא ייכנס למסלול האל-חזור של אותו מנגנון= מדובר בקידום משמעותי של כוח המיקוח של המסורבת. זה מה שמביא לכך שכוח המיקוח של הסרבן הרבה יותר חלש, יש לו הרבה יותר מה להפסיד. כאמור, הסרבן יודע שמדובר בחלון זמן צר להגיע להסדר לפני הכניסה למנגנון.

**קשיים במודלים-**מדוע שהמדינה תשלם לסרבן הגט? אין כיום די שימוש בסנקציות הקיימות בבית הדין הרבני.

1. **תביעות הנזיקין והחוזים יקרות וארוכות ולא תמיד מביאות את התוצאה הרצויה.** הנטל מושם על המסורבת, המדינה לא עושה דבר פרט למתן הפלטפורמה. מדובר בפיזור נזק נכון.
2. **החשש שכל בן זוג יתומרץ לסרב, שכן הוא יידע שמחכה לו כסף מהקרן תמורת הפסקת הסרבנות.**
3. באופן טבעי לא כל אחד יגיע למצב של סרבנות אפילו אם יוצא לו גזר.

הקרן תופעל רק נגד מי שחויבו/נכפו לתת גט ולפעמים זה לוקח המון זמן.

יש להניח כי אדם לא יקשה עורפו כאשר תיאורטית המועד עד להחלטה לחיוב/כפייה יכול לקחת מלא זמן, וזאת במיוחד אם הוא יודע שכספי הקרן מוגבלים והמסורבות יכולות לסחוט יותר כספים.

1. עמימות הקריטריונים לקבלת הגזר ועמימות הסכום שיינתן במסגרת הקרן. סרבן פוטנציאלי לא ידע מראש אם יהיה זכאי לגזר ואם יקבל לא יודע כמה. חוסר הוודאות מקטין תמריץ שלילי לנקוט התנהגויות שאינן רצויות חברתית.
2. הבאת הסרבן למצב שלמרות שירוויח כספים מהקרן כגזר, עדיין יהיה לו מה להפסיד אם יסרב וייכנס לרשימת השיימינג. מהווה פתרון מסויים לבעיה המוסרית.
3. **החשש שיהיו מי שרק ירצו לקבל גזר גם במחיר של שיימינג**-
4. **מדוע לא להסתפק בשימינג?** הכלי קיים במציאות ולא תמיד עוזר. מדובר בכסף מול כסף ומי שרצה לנצל את כספי הגירושין
5. **בעיות חלוקתיות-** סרבנים עשירים ירשו לעצמם לסרב ועניים לא. הבעיה החלוקתית קיימת גם כשאין התערבות של משפט פרטי בכלל וגם בתביעות נזיקיות והחוזיות.
6. **כיצד ניתן יהיה לחוקק שיימינג:** בעיות חוקתיות, הפרת פרטיות, לשון הרע ועוד? השיימינג הוא הסעד המוכר ע"י ביה"ד הרבני. בישראל זה מוכר ובעולם פחות, גוף שמוכר מכוח בוררות.
7. **בעיות צפויות בהפעלת המנגנון-** יתכן שיותר טוב וחכם להפקיד את הניהול בידי ביה"ד הרבני. יש אפשרות להקים גוף חדש במשרד המשפטים שינהל בתיאום עם ביה"ד הרבני, כמו ביטוח לאומי במודל 2, למשל עם נציג אחד בגוף המחליט שיהיה מהנהלת בתי הדין הרבניים.
8. **חשש מהונאה משותפת של בני הזוג שימציאו סרבנות מדומה ויחלקו בכספי הקרן**
9. לעיתים לוקח זמן רב מאוד לכל הדיונים עד החיוב/הכפייה של הגט.
10. הדיונים גורמים להוצאות רבות לשני הצדדים.
11. מבחינה נורמטיבי יש להניח כי זוג לא ירצה לצאת ל"הרפתקאה" כזו רק למען מחצית גזר, שכלל לא בטוח שיתקבל או מה יהיה ערכו.

**מודל היתכנות:**

1. ההצעה יכולה לקרום עור וגידים, ואפילו מהלך זהיר ושמרני יביא לכך שאגרה שתשולם ע"י זוג נשואים כדמו"י, תותיר כסף בקופה ותאפשר אפילו חלוקה של גזר במחיר גבוה יותר לכל סרבן. החישוב ייעשה לפי הערכה שלפיה שווי סרבנות לפי פסיקת בדיני הנזיקין נע בין סכומים מסוימים וזמן הסרבנות הממוצע יעמוד לפי אומדן. מובן שלא כל סרבן יקבל את הסכום המירבי. במידה והסרבן יתן את הגט בראשית התהליך הוא יקבל את מלוא הסכום. ואילו סרבנים שלא יתנו את הגט בתחילת התהליך יקבלו סכום נמוך הרבה יותר מהקופה. סרבן שהגיע ל"סוף" שלב הגזר גורם שוב להוצאות מלוא הסכום מהקופה, כי אותו סכום יגיע למסורבת!.
2. אופציה נוספת ליישום: מנגנון פרטי הדומה לפנסיה:

מדובר בהתייחסות הדדית של בני הזוג עם הכניסה לנישואין, לפני הקרע! הפקדות ראשוניות+ חודשיות מהמשכורת, עם ריביות וכו- בדומה לקרן פנסיה. אם הזוג נפרד ללא סרבנות כל צד יקבל חלקו, ואם צד מסרב יוצע לו חלקו בקופה עד לזמן מסויים (סוג של גזר, תמריץ חיובי). אם הסרבן בחר שלא לקחת את הכסף והמשיך לסרב, יועברו כל כספי הקופה לצד המסורב לשימוש להליכים משפטיים כנגד הסרבן, כדי להוסיף לאמינות איום (מהווה מקל, תמריץ שלילי)

יתרונות:

1. בפועל יש כספים בקופה
2. הכספים הם מבני הזוג עצמם
3. הכספים נושאי ריבית

חסרונות:

1. הסכום בקופה צריך להיות מופקד בפועל
2. הסכום צריך להיות גבוה מספיק כדי להוות תמריץ להפסקת הסרבנות (אם יהיה נמוך יותר יהווה פחות תמריץ, באמת עשוי להיות נמוך יותר אם שנות נישואין מעטות, השתכרות נמוכה לאורך השנים וכו')
3. אי שוויון בהפקדות כי בני הזוג מרוויחים משכורות שונות, ינוהל כמעין מס פרוגרסיבי על מנת לתקן עיוותים חלוקתיים