המפגש בין דיני הנזיקין למערכות דינים אחרות

פרופ' בנימין שמואלי

תוכן

[נ**זיקין וחוזים (1): כללי** 3](#_Toc115186215)

[הפרת הבטחה בעל-פה 3](#_Toc115186216)

[המסלול הראוי לתביעה במקרה צדיק – נזיקין או חוזים? 3](#_Toc115186217)

[הנפקויות האפשריות של תביעה חוזיות 4](#_Toc115186218)

[נזיקין וחוזים כחלק מהמשפט הפרטי 5](#_Toc115186219)

[סיווג ראוי של תביעה במשפט הפרטי 5](#_Toc115186220)

[טשטוש הגבול בין דיני הנזיקין לדיני החוזים 8](#_Toc115186221)

[חוזים מול נזיקין בקורס 8](#_Toc115186222)

[**נזיקין וחוזים (3): תביעות לפיצויים בגין חזרה מהסכמה לטיפולי הפריה ופריון 9**](#_Toc115186223)

[מקרי הבוחן 10](#_Toc115186224)

[אם דיני חוזים 11](#_Toc115186226)

[אם דיני נזיקין 12](#_Toc115186227)

[פרשת נחמני 12](#_Toc115186228)

[מקרה בוחן 1.1 14](#_Toc115186229)

[מקרה בוחן 1.2 16](#_Toc115186230)

[מקרה בוחן 2.1 18](#_Toc115186231)

[מקרה בוחן 2.2 22](#_Toc115186232)

[סיכום ביניים 23](#_Toc115186233)

[הצעות לדין ראוי במקרי הבוחן 24](#_Toc115186234)

[הצעה 1:. 24](#_Toc115186235)

[הצעה 2: 26](#_Toc115186236)

[הצעה 3: 27](#_Toc115186237)

[הצעה 4: 29](#_Toc115186238)

[**תביעות נזיקין מול חוזים במשפחה 30**](#_Toc115186239)

[סירוב להביא ילדים לעולם 30](#_Toc115186240)

[כפיית אבהות ("גניבת זרע") 30](#_Toc115186241)

[דיון ברצף הפסיקה 34](#_Toc115186242)

[שיח מלומדים – קארין יפת ויחזקאל מרגלית 34](#_Toc115186243)

[שאלות העולות 35](#_Toc115186244)

[הונאת אבהות (Paternity Fraud) 38](#_Toc115186245)

[**נזיקין, חוזים, משפחה, חוקתי 39**](#_Toc115186246)

[חזרה מהסכמה להמרת דת כדי לאפשר גירושין במגזר הקתולי 39](#_Toc115186247)

[במקום סיכום 45](#_Toc115186248)

[**נזיקין ופלילים (1): פיצוי לנפגעי עבירה בהליך הפלילי 45**](#_Toc115186249)

[הסדרים לפיצוי מאת הפוגעים 46](#_Toc115186250)

[הצעות לשיפור המנגנונים הקיימים 49](#_Toc115186253)

[הצעה 1: פסיקת פיצוי בהליך הפלילי כעניין שבחובה 49](#_Toc115186254)

[הצעה 2: הכללת הפיצוי בכתב-האישום וכחלק בלתי נפרד מכל הסדר טיעון והסדר מותנה 50](#_Toc115186255)

[הצעה 3: פיצוי גם לעיזבון 50](#_Toc115186256)

[הצעה 4: זכות ערעור לנפגעים על שיעור הפיצוי או על אי פסיקת פיצוי כלל 50](#_Toc115186257)

[הצעה 5: חובת יידוע בהליך הפלילי בדבר אפשרות הפיצוי ובדבר הזכות לערער 51](#_Toc115186258)

[הצעה 6: הטלת פיצוי גם על מי שלא הורשע 52](#_Toc115186259)

[הצעה 7: מקרים שבהם יועברו כספי הפיצוי לקרנות וארגונים 52](#_Toc115186260)

[הצעה 8: הצעות שונות במישור הגבייה והאכיפה 53](#_Toc115186261)

[הצעות קונקרטיות לתיקון סעיפי חוק 54](#_Toc115186262)

[הצעה לתיקון סעיף 77 לחוק העונשין: פיצוי בהליך הפלילי 54](#_Toc115186263)

[הצעה לתיקון סעיף 67 ג(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי: פיצוי במסגרת הסדר מותנה לסגירת תיק 55](#_Toc115186264)

[התמודדות עם קשיים אפשריים העולים מההצעות לשיפור המנגנונים 55](#_Toc115186265)

[סיכום 56](#_Toc115186266)

[**נזיקין ופלילים (2): פיצוי לנפגעי עבירה בהליך האזרחי – הקלה ראייתית ותביעה נגררת 56**](#_Toc115186267)

[המצב המצוי: שלושה מנגנונים קיימים לפיצוי הקרבן מאת הפוגע וקשייהם 56](#_Toc115186268)

[המצב הרצוי: הצעות לתיקוני חקיקה ופרשנויות משפטיות לגבי המנגנונים 58](#_Toc115186272)

[הצעות משותפות לשיפור שני המנגנונים 58](#_Toc115186273)

[הצעות לשיפור כל אחד מהמנגנונים בנפרד 59](#_Toc115186274)

[הצגת הצעות קונקרטיות לתיקון סעיפי חוק 60](#_Toc115186275)

[**נזיקין ופלילים (3): חובת הדיווח על אלימות כלפי ילדים והזנחתם 61**](#_Toc115186276)

[הצורך בהבחנה בין אי-דיווח לבין עבירות "שכנות" היכולות להכיל לכאורה גם הן מקרי אי-דיווח 63](#_Toc115186277)

[סוגיות נוספות לדיון לקראת רפורמה 64](#_Toc115186278)

[תביעת נזיקין בגין אי דיווח 65](#_Toc115186279)

המחברת מבוססת על המצגות, חומרי הקריאה, מחברות אחרות – ובעיקר סיכומיו של דוד גרינברג האגדי.

כמובן שיכולות להימצא טעויות, אז קחו בעירבון מוגבל[[1]](#footnote-1) 😊

# נזיקין וחוזים (1): כללי

## הפרת הבטחה בעל-פה

צדיק נ' הוצאת עיתון "הארץ" (רע"א 6902/06):

מעשה באדם חרדי שהציב דוכן למכירת תשמישי קדושה בדיזנגוף סנטר, מתחת לפוסטר ובו ציור של אישה הלבושה בלבוש מינימלי ופרובוקטיבי. כאשר עבר שם צלם מקצועי, הוא לא יכול היה שלא לצלם את המראה

המשקף דיסוננס מעניין בחברה הישראלית. כאשר אותו חרדי הבחין שהוא מצולם, הוא רדף אחרי הצלם ואיים לשבור את מצלמתו. הצלם הבטיח לו שלא יעשה בתמונה כל שימוש והיא תיועד לשימושו

האישי בלבד. הבטחתו הייתה קצרת מועד: הצלם פרסם את התמונה במדורו הקבוע בעיתון "הארץ".

החרדי הגיש **תביעה נזיקית** בגין פגיעה בפרטיות.

ביהמ"ש פסק 30 אש"ח פיצויים, ובוטלה ההפחתה של אשם תורם של ⅓ שהוטל על התובע בערכאות הנמוכות, בגין בחירתו להעמיד את דוכנו תחת אותו פוסטר.

השופט ריבלין: האשם התורם אינו נוגע להסכמה בין הצדדים, אלא בעצם הצבת הדוכן באותו איזור.

חשיבות המניעה מראש ולא רק הפיצוי בדיעבד:

כיצד ניתן היה למנוע את הסאגה כולה, או לפחות את התביעה?

תשובות אפשריות:

* לכאורה עיתון "הארץ" יכול היה לאתר את צדיק ולבדוק את הסכמה שלו.
  + בעיות: אך זהו **נטל רציני** והוצאות לא פשוטות לאתר כל מצולם במרחב הציבורי ולבדוק הסכמתו, ולא ברור אם ומתי קיים **נטל משפטי** כזה וצפוי סירוב של המצולם, למשל מטעמים דתיים או תרבותיים.
* ניתן אולי להשתמש בצלם כסוכן, כחלק מהחוזה איתו – "רוצה למכור לנו את התמונה? הבא הסכמה בכתב של המצולם".
* עיתון "הארץ" יכול היה לטשטש את תמונתו של צדיק או שם פס שחור על עיניו. הרי מה שחשוב היה להראות את הדיסוננס בארצנו ואת פסיפס האוכלוסייה ולא היה כל עניין ספציפי בצדיק (מקרה אריה דרעי, אשר צולם מעביר שיעור תורה בכלא, כשבתמונה נכלל גם איש עסקים מפורסם שסיפר למשפחתו שהוא בכלל בחו"ל).

### המסלול הראוי לתביעה במקרה צדיק – נזיקין או חוזים?

התביעה שהוגשה הייתה נזיקית (פגיעה בפרטיות). מדוע לא היה ראוי להגיש תביעה חוזית (הפרת הבטחה בע"פ)?

* בבסיס הסיטואציה הייתה הפרת הבטחה. זו הבטחה שלכאורה **אינה מצריכה כתב** כדי להקים חוזה (יש לשים לב שיש מערכות יחסים, כגון במשפחה, שם לא כל הבטחה בע"פ מקימה חוזה של ממש).
* בחוזים יש צורך ב**גמירות דעת**, שכן לא כל הבטחה ולא בכל נסיבה, כולל תחת איום כמובן, יוצרת כוונה להיכנס ליחסים משפטיים מחייבים ובני תוקף.
* נראה מתאים יותר למסלול החוזי מאשר לצורך להצטמצם בגדר מקרה חריג יחסית של דיני הנזיקין דרך חוק הגנת הפרטיות.
* בדיני הנזיקין אפשר להפחית מהפיצויים ביתר קלות עקב **אשם תורם** (אשם תורם אמנם קיים בדיני החוזים, אך בצורה מופחתת).

ביהמ"ש קבע שההבטחה של ליבק לצדיק הקימה חוזה.

סעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות רואה כהפרת פרטיות גם מצב של "הפרה של חובת סודיות לגבי עניניו

הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע".

השופט ריבלין קבע שהצלם הפר את חובת סודיות שנקבעה בהסכם המשתמע עם צדיק. "זהו הסכם שלפיו מתחייב המשיב 4 שלא לפרסם ברבים את צילומו של המבקש על רקע תמונת הקיר האמורה".

אז אם מדובר בחוזה, לפחות לצורך חוק הגנת הפרטיות, מדוע לא נפסק פיצוי בגין הפרת חוזה לפי דיני החוזים?

התשובה: כי התביעה לא הוגשה בחוזים.

### הנפקויות האפשריות של תביעה חוזיות

* סעד הפיצוי: אם לצורך הפרת הפרטיות נקבע שהיה הסכם בין הצדדים, יש להניח שכך היה נקבע גם לעניין סעדים שבדיני החוזים, ובהם פיצוי (הסעד המשני בחוזים אך המרכזי בנזיקין). אכיפה לא הייתה רלוונטית שכן ההבטחה כבר הופרה והתצלום פורסם. פיצוי היה מתקבל כמו בנזיקין
* הגנות אפשריות: ייתכן שניתן היה לטעון לפגם בכריתה עקב כפייה (ס' 17 לחוק החוזים חלק כללי), שכן צדיק איים על ליבק שישבור לו את המצלמה, כך שהחוזה נכרת בלית ברירה ולא מרצון.
  + מצד שני - **הפלת התביעה**: אולם, מכוח הגנת הכפייה אפשר לדרוש ביטול החוזה בלבד, אך כאן מי שרוצה לדרוש פיצויים הוא דווקא הכופה (צדיק שרדף אחרי הצלם וכפה עליו להבטיח שלא יעשה שימוש בתמונה) והנפגע (ליבק) טוען לכפייה.

ליבק יכול לטעון שהכפייה, כפגם בכריתה, יכולה לגרום לביטול החוזה, ואז ממילא צדיק לא יוכל לתבוע פיצויים מכוח חוזה שבוטל.

מכאן, שלכאורה המעבר לתביעה חוזית ולא נזיקית, שנראה "חלק" יותר, יכול להביא להפלת התביעה כולה מכוח הגנת הכפייה!

מענה צדיק:

* חוסר ניקיון כפיים של ליבק הטוען לכפייה.
* גם אם הייתה כפייה, ליבק הוא זה שיזם את החוזה.
* ליבק לא התכוון לקיים את החוזה, שכן הוא יכול היה בקלות לקיים את החוזה ולא למכור את התצלום.

זהו מצב של "אין החוטא יוצא נשכר", ועל ליבק להיות מושתק משיקולי מדיניות ולא יוכל בפועל לטעון שהייתה כפייה ולכן החוזה פסול מעיקרו ולא ניתן לתבוע מכוחו, כך שבפועל ניתן יהיה לתבוע אותו לפיצויים בחוזים.

* + הגנה נוספת אפשרית היא חובת תו"ל בקיום חוזה (ס' 39), ומכיוון שליבק לא התכוון לקיים את החוזה שהוא עצמו יזם, ייתכן שייתפס כחסר תום לב וייתבע לפיצויים, ולו באופן חלופי, מכוח הפרת תום הלב.
  + או הפרת חובת תו"ל במו"מ לקראת כריתתו של חוזה (ס' 12), אם באמת יוכח שליבק יזם חוזה שלא התכוון לקיימו.

בחוזים יש הגנות נוספות, אך יש לשים לב שהן איננן מפילות את התביעה

**המסקנה**:

למרות שהתביעה הנזיקית נראית מפותלת יחסית, ייתכן שהדרך הטובה היא באמת לתבוע בנזיקין ולא בחוזים, דרך הפרת הפרטיות.

הסיכון בנזיקין - לכל היותר הפחתה של אשם תורם.

הסיכון בחוזים - אמנם בחוזים פחות מפחיתים אשם תורם, אולם ישנם סיכונים אחרים עקב פגמים אפשריים בכריתה.

## נזיקין וחוזים כחלק מהמשפט הפרטי

### סיווג ראוי של תביעה במשפט הפרטי

נזיקין, חוזים, קניין ועשיית עושר ולא במשפט – ענפים בולטים של המשפט הפרטי (לעומת משפט ציבורי: חוקתי, מנהלי, פלילי).

אין זה המקרה היחיד המעורר את הדילמה של סיווג של תביעה במשפט הפרטי, בין דיני החוזים לדיני הנזיקין, וכמו באותו מקרה, לעתים הסיווג אינו טכני בלבד.

קיימת קרבה בין מערכות הדינים הללו, הבולטות במשפט הפרטי:

* **הקודקס האזרחי** אף ביקש לאחד את הסעדים בין מערכות דינים אלה ואחרות שבמשפט הפרטי: הצעת חוק דיני הממונות, התשע"א-2011. מטרתו הייתה לאחד את עשרים וארבעה החוקים העיקריים במשפט האזרחי.
* **חובת הזהירות המושגית** בעוולת הרשלנות נשענת פעמים רבות על קיום חוזה.
* אהרן ברק: על השלב הטרום-חוזי שבו על הצדדים לנהוג בתום לב חלות נורמות הן מדיני החוזים והן מדיני הנזיקין (**ע"א 207/79 בית יולס**).
* **תום לב** משמש גם בדיני הנזיקין, ואפשר לייבאו ממילא לשם גם דרך סעיף 61(ב) לחוק החוזים.

ובכל זאת המערכות לא לגמרי דומות

למרות הקרבה, רב מאוד גם ההבדל בין המערכות לא רק בתאוריה אלא גם הלכה למעשה:

1. הגנות: בחוזים יש הגנות שאין בנזיקין (למשל כפייה, עושק וכו') ויש הגנות שלא רלוונטיות לחוזים וכן לנזיקין. בנזיקין לוקחים בחשבון שיקולי מדיניות משפטית.
2. סעדים: כאמור, גם הם שונים.

* בחוזים - הסעד המרכזי אכיפה: אכיפה הוא הסעד עיקרי – צופה פני עתיד, שכן "חוזים יש לקיים". לעומת זאת, סעדים נוספים כגון ביטול, השבה ופיצויים (קיום) הם סעדים משניים. לדעת שמואלי, חוזים שומרים באופן מוצלח יותר על אינטרסים של צדדים.
* בנזיקין - הסעד המרכזי פיצויים: פיצויי הסתמכות. סעד של צו (עשה/מניעה) דומה לאכיפה, אך חריף יותר, כי הוא פוגע בקניין, לא מבוסס על הסכמה חוזית ומחייב פעולה, כלומר מונע "ניהול סיכונים" של מזיקים = "כלל קנייני", לעומת פיצויים = "כלל אחריות".
* סוג הפיצויים:
  + בחוזים - מתאפיינים יותר בפיצויי קיום – הצבה במקום בו היו לו החוזה היה מקוים.
  + בנזיקין - מתאפיינים בפיצויי הסתמכות.
* פיצוי בגין נזק לא ממוני:
  + בחוזים - קיים פיצוי בגין נזק לא ממוני בס' 13 לחוק התרופות – נתון לשיקול דעת בימ"ש ואינו מוקנה אוטומטית – קשה יותר לתת.
  + בנזיקין - נזק לא ממוני הוא חלק אינטגרלי מפקודת הנזיקין – קל יותר לתת ולא נתון לשיקול דעת. אם ראש הנזק הלא ממוני רלוונטי מאוד, יש להעדיף תביעה נזיקית.

1. קביעת האחריות:

* בחוזים - אחריות מוחלטת: אין צורך בהצבעה על אשם והאחריות היא בד"כ מוחלטת, למעט מקרי סיכול, בהם לא משתמשים כמעט לעולם (אפילו מלחמת יו"כ אינה מהווה סיכול).
* בנזיקין - אחריות תלוית אשם: אלא במקרים מיוחדים. המשמעות היא שאם אין יכולת להוכיח אשם – לא ללכת על תביעה נזיקית, אלא להעדיף חוזית!
* בחוזים ובנזיקין - כלל אחריות
* בנזיקין - כלל קנייני

הקדמה למושגים "כלל קנייני" ו"כלל אחריות":

קלברזי ומלמד במאמרם, טבעו את המושגים "כלל קנייני" ו"כלל אחריות".[[2]](#footnote-2)

לפי כללים אלו, ניתן ללמוד מתי כדאי להעדיף פעילות אחת על אחרת.

קיימים שני סוגים של הכרעות משפטיות:

1. הכרעה **בין זכויות**.
2. הכרעה **כיצד תמומש הזכות ותיאכף**.

ישנם סעדים בשני מישורים:

1. מישור קנייני (כלל קנייני) - סעד ראשי.
2. מישור הפיצויים (כלל אחריות) - סעד משני.

קיימים שלושה סוגים מרכזיים של דרכי הגנה על זכות:

1. זכאות מוגנת ע"י כלל קנייני - האפשרות של בעל הקניין למנוע מאחרים לפגוע בקניינו, דרך צו מניעה או צו להפסקת המטרד.
2. זכאות מוגנת ע"י כלל אחריות - כלל שבעיקרו הוא נזיקי והוא מגן על הזכות ברמה נמוכה מהכלל הקנייני. הפגיעה בזכות אפשרית בכפוף לפיצויים.
3. זכאות מוגנת ע"י כלל של אי-עבירות - קיימות זכויות שהחברה אינה מאפשרת להעבירן, אפילו אם בעל הזכות מסכים למכור אותן ואף אם הדבר יעיל כלכלית. אם הזכות נפגעת, יהיה לה בדיעבד תג מחיר שייקבע ע"י החברה.

החידוש הראשון של קלברזי ומלמד היה שהם הפרידו בין זכויות עבירות ללא עבירות.

ביחס לזכויות עבירות, קלברזי ומלמד מנסחים 4 כללים:

1. כלל קנייני לטובת הניזוק: כאשר אין מספיק תועלת חברתית בפעילות המזיקה והיא לא מגדילה מספיק את הרווחה המצרפית - עליה לסגת. לניזוק זכות קניינית שנפגעת כתוצאה מהפעולה של המזיק - יקבל צו.
   * ניצחון ב'נוק אאוט' לניזוק.
   * יכול להיות שהמזיק ינסה לעשות מו"מ עם הניזוק כדי למנוע את צו המניעה הצפוי לו.
2. כלל אחריות לטובת הניזוק: כאשר פעילות הניזוק נחשבת פעילות חשובה והמזיק לה צריך לשאת באחריות, אך מאידך פעילותו של המזיק גם היא פעילות חשובה ולכן נרצה שהוא ימשיך לעשותה, תוך כדי הנשיאה במחיר. לניזוק כלל אחריות לטובתו – המזיק לא יפסיק את הפעילות המזיקה אבל צריך לתת פיצוי.
   * גם כאן אפשר לנהל מו"מ עם הניזוק.
3. כלל קנייני לטובת המזיק: החברה רואה את פעילותו של המזיק כפעילות חשובה, כך שהוא ימשיך בפעילותו ולא ישלם לניזוק דבר (דוגמה, החלפת צינורות ביוב ברחוב והפרעה לשכנים). למזיק זכות קניינית - מותר לו להזיק מבלי לפצות.
   * ניצחון ב'נוק אאוט' למזיק
4. החידוש המרכזי - כלל אחריות לטובת המזיק: החברה רואה את פעילותו של המזיק כפעילות חשובה, כך שהוא ימשיך בפעילותו ולו הניזוק ירצה שהמזיק יפסיק בפעילותו - עליו לשלם לו עבור כך. לו הניזוק בוחר 'לקנות' את הפסקת פעולתו של המזיק - המזיק חייב להפסיק לפי דין. למזיק כלל אחריות לטובתו – הניזוק ישלם למזיק פיצויים והמזיק יחויב לקבלם ולהפסיק להזיק.

הכללים של קלברזי ומלמד נותנים לצדדים מידע וודאות. הם מסדירים את מאזן הכוחות לפני ההגעה לביהמ"ש. הצדדים יהיו מודעים לזכויותיהם וכך יכולים לנהל מו"מ מראש.

* **כלל קנייני**
  + לטובת הניזוק - תועלת חברתית נמוכה בפגיעה, מניעתה ע"י צו.
  + לטובת המזיק - תועלת חברתית גבוהה בפגיעה, לא ניתן למנוע אותה.
* **כלל אחריות**
  + לטובת הניזוק - תועלת חברתית שווה, המשך פגיעה ע"י פיצוי המזיק את הניזוק.
  + לטובת המזיק - תועלת חברתית שווה, הפסקת פגיעה ע"י פיצוי הניזוק את המזיק.
* כלל **של אי עבירות** - אין לסחור.

עד כאן ההקדמה. מכאן:

* בחוזים ובנזיקין - כלל אחריות
  + פיצויים: משותף לשתי המערכות, אולם הוא הסעד המרכזי בנזיקין, והסעד המשני בחוזים, שם הסעד המרכזי הוא אכיפה, למעט במקרים בהם היא לא אפשרית.
* בנזיקין - כלל קנייני: צו עשה/אל תעשה. מדובר בצו קנייני, המחייב מישהו לעשות משהו או להימנע ממשהו, צו מניעה. הצווים בנזיקין מקבילים לסעד האכיפה. הם לא מעל פיצויים מבחינה נורמאטיבית, אך מבחינה מעשית הם כן. הרעיון של צו הוא שינוי בעולם המשפטי, יותר מאשר פיצויים. אנשים מעדיפים להיקנס מאשר לוותר על המעשה. צו הרבה יותר מרכזי ומתערב, מכריח או מונע את ההתנהגות שלי. פיצויים לעומת זאת לא מונעים התנהגות מסוימת ומורים על תשלום מאוחר בגין המעשה.

כשאנחנו מפעילים נגד מעסיק פוטנציאלי כלל קנייני, זה פוגע בזכותו לקניין, ומגדיר לו את ההתנהגות. כשנרצה להגן על זכות יופעל כלל קנייני המגביל את המעסיק ואומר לו לעשות משהו או להימנע ממעשה מסוים. במידה ואני מעדיף את הזכות הקניינית של המזיק, אני אתן כלל אחריות.

### טשטוש הגבול בין דיני הנזיקין לדיני החוזים

* **פרופ' גראנט גילמור**[[3]](#footnote-3): דיני הנזיקין השתלטו על דיני החוזים ולמעשה ייתרו אותם. לדוגמה, במקרים של רשלנות רפואית - תמיד ישנו חוזה בין המטופל לרופא ועל פניו תביעה צריכה להיות על הפרת חוזה (בייעוץ, או בביצוע). אך למרות זאת, התביעות המוגשות הן נזיקיות.

שמואלי: לכאורה, נראה שפרופ' גראנט צודק. ברור שהוא מגזים אבל זה הבסיס של הדברים.

ברור שאם יש למשל חוזה בין משכיר לשוכר, לא מטפלים בהפרה כזו בדיני נזיקין, אבל בצמתים שבין חוזים לנזיקין - נזיקין גוברים.

כך למשל, בצרפת יש חוק לפיו אם יש מקרים שיש בהם התנגשות בין חוזים לנזיקין, חייבים לתבוע בחוזים.

* **פרופ' ישראל גלעד**[[4]](#footnote-4): מדבר על ההיטשטשות בשנים האחרונות בין ענפי משפט אלה בכמה היבטים חשובים:
  + שיפור או הגנה על אינטרס: בעבר מטרת החוזה הייתה פרודוקטיבית ומוקדש לשיפור המצב, לעומת דיני הנזיקין שעסקו בהגנה ומניעת נזק בלבד. אולם האחרונים **התפשטו לעניינים כלכליים טהורים** - מהתעסקות בנזקי גוף ורכוש רציניים > להגנה על אינטרסים כלכליים רחבים. כיום, ההבדל מטושטש ושני הדינים מתעסקים בשני הצדדים.
  + מערכת יחסים הסכמית: בעבר: חוזים היו הסכמיים ונזיקין לא. כיום: הבדל מטושטש. נזיקין יכולים להיות מבוססים על חצאי מערכות יחסים או מערכות יחסים מיוחדות. דוגמה לס' נזיקין לא הסכמי: אחריות כלפי מסיג גבול.
  + חובות חיוביות ושליליות: הוא אומר שבעבר דיני הנזיקין הוגבלו ותוחמו רק לחובות שליליות (למשל, הימנעות מלהזיק). כיום דיני הנזיקין מרחיבים גם ל**חובות חיוביות ולא רק שליליות** (למשל, חובת הצלה, חוק לא תעמוד על דם רעך, חוק השומרוני הטוב וכו'). בעבר היה צריך רק להימנע מלהזיק ולא לעשות משהו פוזיטיבי.
  + משטר אחריות: ההבחנה המסורתית שיש בין נזיקין כתלוי אשם לבין חוזים כאחריות מוחלטת מיטשטשת. יש יותר אשם בתוך דיני החוזים וגם בדיני הנזיקין יש "איים" של אחריות מוחלטת.
  + וכך - סיווג המקרה: בעבר, הבדלים ברורים בין חוזים לנזיקין. כיום, קשה מאוד להבין האם מקרה מסוים הוא נזיקי, חוזי או משותף.

### חוזים מול נזיקין בקורס

המתח בין המערכות ייבחן בשלב הראשון של הקורס במסגרת זירות שונות.

יהיה ניסיון להגיע לתובנות, ובהן שעל תובעים להביא בחשבון ואף להעדיף את התביעה החוזית על הנזיקית, ולמצער, להוסיף את העילה החוזית לעילה הנזיקית, ולו בחלק מהסיטואציות.

לצורך כך יידונו כמה מקרי-מבחן שנדונו בפסיקה בשנים האחרונות, שם הוגשו ונדונו תביעות בדיני הנזיקין דווקא. בחלק מהמקרים נעשה הדבר ממש ללא התאמה של הסיטואציה לתחום דיני הנזיקין ותחת זאת היה מקום לפנות לדיני החוזים, וייתכן שהבלבול נובע מהפנייה לסעד של פיצוי דווקא, המעורר קונוטציה מידית לדיני הנזיקין, שם זהו הסעד המרכזי (וציווי הוא הסעד המשני) אף שסעד זה קיים גם בדיני החוזים, גם אם לא כסעד העיקרי (שהוא, כאמור, האכיפה).

לעתים הסעד נחזה להיות כפיצויים אך הוא אינו כזה, אלא למשל השבה של כספים ששולמו, או סעדים כספיים בדיני המשפחה, שאינם על עוולות.

בחלק אחר מהמקרים הייתה קיימת אפשרות לדון בתביעות דרך דיני הנזיקין וכך אכן נעשה, אך הדיון דרך דיני החוזים נראה שם מתאים יותר ועשוי לקדם תובעים לא פחות מהדיון דרך המסלול הנזיקי, אם לא יותר.

ישנם גם מקרים שבהם הדיון המרכזי היה דרך דיני החוזים, והיה מקום לחשוב גם או רק על תביעה נזיקית.

משכך, התרומה תהיה לא רק לעניין התיאורטי של הסיווג הנכון של סיטואציות בין מערכות הדינים הללו ועמידה על השוני ביניהן, מטרותיהן, ההגנות, הסעדים שהן מנפקות ומשטרי האחריות העומדים מאחוריהן;

אלא גם לעניין הפרקטי של בחירת המסלול הראוי יותר לניהול תביעה אזרחית כדי להגדיל את סיכויי הצלחתה, בד בבד עם הרצון שלא להעמיס על התביעה ולא להגישה ביותר מעילה אחת כאשר יש עילה אחת מתאימה יותר, ובוודאי שלנהלה בעילה הפחות מתאימה.

דוגמאות למקרים שנראים כתביעות פיצויים נזקיים אך אינם כאלה:

* נכסי קריירה בין בני זוג: נכס קריירה הוא "נכס" בלתי מוחשי אשר נרכש על ידי אחד מבין בני הזוג במהלך תקופת החיים המשותפת של הצדדים (למשל תואר, רישיון). מדובר בהשקעה משותפת של שני בני הזוג, הן מבחינה כלכלית והן מבחינת זמן. כיצד מחלקים נכסים אלו בעת גירושין אל מול תרומה שונה של כל אחד מבני הזוג? כיצד מחשבים את זה?

אך לא מדובר בפיצויים נזיקיים, אלא עניין קנייני.

* דמי טיפול: אב בן 93 תובע את ילדו בן ה-72 על מרמה וגזל של כספים. הבן תובע נגדית על דמי טיפול ושירות. לא מדובר בנזיקין, זו לא הזקה, אלא מישור שונה של דמי טיפול.

תביעת האב נדחתה מחוסר הוכחה, ותביעת הבן נדחתה מחוסר ביסוסה על הוראת חוק רלוונטית. נפסק כי הוא מילא את מצוות כיבוד אב ששורשיה בחובה מוסרית, אנושית ודתית ותו לא ולא הוצג מצג של שירות תמורת כסף ואין רלוונטיות לחוק המתנה או לדיני היושר.

* פיצוים בגין חזרה מהסכמה לטיפולי הפריה ופריון: חזרה מהסכמה להמשך הליכי פוריות והפריה הן של בת/בן הזוג, למשל במקרה של קרע ופירוד והן של תורם זרע אנונימי החוזר בו מהסכמתו לתרומה או להמשך השימוש במנות זרע שלו כאשר הנתרמת מעוניינת באותו מטען גנטי.

באופן ספציפי, האם חזרה כזו יכולה לבסס פיצויים נגד החוזר בו?

איזון אינטרסים בין שתי זכויות אפשריות: זכות חיובית להורות של בן הזוג המעוניין בהמשך הליכי ההפריה מול האוטונומיה שלא להיות הורה כחלק מהיבט "שלילי" של זכותו של בן הזוג האחר או של התורם.

# נזיקין וחוזים (3): תביעות לפיצויים בגין חזרה מהסכמה לטיפולי הפריה ופריון

תביעות נזיקין וחוזים בענייני הפריה לא נדונו עד כה בהרחבה.

לפיכך, עיקר החידוש הינו הדיון הנורמטיבי וגם המעשי, בתביעות נזיקיות ו/או חוזיות לפיצויים בגין חזרת אחד מבני הזוג מהסכמתם הראשונה להמשך טיפולי הפוריות, בניסיון להביא ילד לאוויר העולם.

במהלך הלימוד נסקור את הפסיקה שניתנה בסוגיה זו במשפט הישראלי.

הדיון יעסוק ויתרום:

* ל**סיווג הנכון** (תאורטית ופרקטית) של עילת התביעה הראויה, בהתחשב במטרות מערכות הדינים, ההגנות והסעדים.
* ל**יישום תאוריות שונות של דיני נזיקין**, ביניהן צדק מתקן וצדק חלוקתי וכן פיזור נזק, עם השלכה גם לשאלות מגדריות.
* ל**עמידה על בהירות הסכמים** בין הפונים לקליניקות לפריון לבין הקליניקות וכן קריאה לקידום בחקיקה של הסכמי "קדם טיפולי פריון" שיאיינו חלק מהבעיות ולפיכך יהוו פתרון חלקי מסוים לחלק מהדילמות.
* ל**הבחנה בין סעדי אכיפה ופיצויים**, תוך יישום של כללי קניין מול אחריות.
* לבחינת האיזונים בין שני סוגי אדם שילדו לא נולד (תחת ההתמקדות בדרך-כלל בילד, שנולד/שלא נולד), דהיינו בין שתי הזכויות להורות, ה"חיובית" מול ההיבט ה"שלילי" של הזכות.

**חזרה מהסכמה**: בן-זוג או תורם אנונימי חוזרים בהם מהסכמה לטיפולי פוריות והפריה, ופירוש הדברים שאין הם מסכימים להמשך עשיית השימוש בזרעם, בין אם כבר הופרה עם ביצית של בת-הזוג או התורמת ובין אם טרם הופרה.

* אלו המקרים הנפוצים יותר, אך אין לשלול גם מקרה הפוך מגדרית (חזרת בת הזוג/תורמת ביצית).

אפשרויות לחזרה מהסכמה להמשך הליכי פוריות והפריה:

* של **אחד מבני הזוג** (למשל במקרה של קרע ופירוד),
* של **תורם זרע אנונימי** החוזר בו מהסכמתו לתרומה או להמשך השימוש במנות זרע שלו, כאשר הנתרמת מעוניינת באותו מטען גנטי לאחאים.

**האם חזרה כזו יכולה לבסס פיצויים נגד החוזר בו – אחד מבני הזוג או התורם?**

איזון אינטרסים בין שתי זכויות אפשריות:

1. זכות "חיובית" להורות של בן-הזוג האחד המעוניין בהמשך הליכי ההפריה.
2. זכות "שלילית" לאי-הורות, האוטונומיה, של בן-הזוג האחר או של התורם שלא להיות הורה.

\*\*\*\*

## מקרי הבוחן

את השאלות בפרק זה נבחן בשני מקרי בוחן – חשוב תמיד לזהות במה עוסקים:

מקרה בוחן 1: חזרת בן הזוג מהסכמה לטיפולי הפריה

1. חזרת בן זוג מהסכמה להפריה ב**ביצית שאינה של בת הזוג** (תרומת ביצית) וש**טרם הופרתה** במצב שבו י**שנה חלופה אפשרית** בעתיד בדמות הפריה ב**זרע אחר** – מקרה קל יותר (מקרה הדגל: 18103-04-15 פלונית נ' אלמוני).
2. חזרת בן זוג מהסכמה להפריה ב**ביצית שאינה של בת הזוג** (תרומת ביצית) אך ש**כבר הופרתה** ב**זרע בן הזוג** במצב שבו **ישנה חלופה אפשרית** להורות בעתיד – מקרה "קשה" יותר (מקרה הדגל: 44073-04-17 ר' ש' פ' נ' א' י' ז).

מקרה בוחן 2: חזרת תורם מהסכמה לתרומת זרע אנונימית

1. חזרת תורם מהסכמה לתרומת זרע אנונימית כבסיס לתביעת פיצויים **לאחר שימוש בחלק מהמנות** (מקרה הדגל: פלונית נ' משרד הבריאות 4077/12)
2. חזרת תורם מהסכמה לתרומת זרע אנונימית כבסיס לתביעת פיצויים **לפני שימוש במנות** – מקרה קל יותר והיפותטי כרגע.

שורה תחתונה: שמואלי אומר שבמקרה שיש חלופות סבירות לא נכון לקבל את התביעה.

שאלת האיזון בין זכות חיובית או שלילית להורות (מרחק הנזק מליבת הזכות) - נשאל תמיד:

1. האם הביצית כבר הופרתה?
2. האם יש אלטרנטיבה להורות, אפשרות להפרות בזרע אחר? קיומן של חלופות מחליש את בסיס הזכות של האישה, גם אם לא מאיין אותו.
3. האם האישה מעוניינת באותו אב גנטי לילד נוסף?
4. האם מדובר בביצית של התובעת (ואז יש כאב וסבל) או בתורמת?
5. כמה מאמץ הושקע בהליך? מהי רמת הקשר המתמשך? האם נוצרו ציפייה והסתמכות? ככל שאלו גבוהים יותר, ניטה לומר שיש בסיס חוזי.

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | **מי חוזר בו?** | **של מי הביצית/זרע?** | **האם נעשה שימוש בביצית/זרע?** | **של מי הביצית/זרע המשלימים?** | **האם ישנה חלופה עתידית?** |
| **נחמני** | בן הזוג | בת הזוג | כן | בן הזוג | לא |
| **ר' ש' פ' נ' א' י' ז** | בן הזוג | תורמת | כן | בן הזוג | כן |
| **פלונית נ' אלמוני** | בן הזוג | תורמת | לא | תורם | כן |
| **פלונית נ' משרד הבריאות** | תורם | בת הזוג | כן |  |  |
| **היפותטי** | תורם | בת הזוג | לא |  |  |

## מהו הענף המשפטי המתאים לטיפול בשאלת הפיצויים בגין חזרה מהסכמה - דיני חוזים או דיני הנזיקין?

### אם דיני חוזים

האם מתקיים חוזה בין בני הזוג המחליטים להתחיל טיפולי הפריה?

אם כן, מה ניתן לקרוא לתוכו ומה לא?

האם אפשר לקרוא לתוכו תנאי מכללא של הפסקת טיפולי ההפריה ללא כל סנקציה עם התגלעות קרע של ממש בין הצדדים, מתוך הנחה שכוונתם לא הייתה להמשיך בטיפולים?

האם מדובר ב**חוזה רופף**? חוזה שמצד אחד יש בו מרכיבים הסכמיים אך מצד שני הוא לא החוזה המושלם.

* שאלת האכיפה בחוזה רופף: אם חוזה רופף מספיק לצורך אכיפה (כמימוש של כלל קנייני)? למשל, צו המורה להשתמש בביצית המופרית בזרעו של בן הזוג הסרבן, ולו במקרים חמורים כמו זה שבפרשת נחמני.
* שאלת הפיצויים בחוזה רופף: האם ניתן מקל וחומר לקבוע שבמקרים המתאימים, למשל כשאכיפה אינה אפשרית, נתונים אלה יספיקו להורות גם על מתן פיצויים (כמימוש של כלל אחריות)? אם זהו הסעד שנתבע (למשל כאשר אכיפה איננה רלוונטית עוד)?

או שחוזה רופף יספיק לצורך אכיפה, אך לא יופעל כבסיס לפיצויים, ואין לבצע בהכרח קל וחומר, אלא להותיר, במקרים קשים שכאלה, את ההכרעה רק לשאלת הפעלת אכיפה או לא?

ובמקרים שייקבע שחוזה רופף אינו מספיק לאכיפה (במקרים קלים מנחמני), האם עדיין הנסיבות יספיקו לצורך הוראה על פיצויים – הסעד המשני, למשל כבסיס לחובת זהירות מושגית?

### אם דיני נזיקין

איזו עוולה רלוונטית?

1. רשלנות, כעוולת מסגרת.
2. גרם הפרת חוזה (ס' 62 לפקנ"ז): למשל במקרה שתורם זרע אנונימי חוזר בו מהסכמתו לתרומה ובכך גורם לבנק הזרע להפר חוזה עם הנתרמת. אך יש בעיות בעוולה זו:

* דורשת יסוד נפשי.
* אין אפשרות לתבוע אדם אנונימי.

1. הפרת חובה חקוקה (ס' 63 לפקנ"ז) **של חוק זכויות החולה**: הצורך בטיפול רפואי נאות לפי ס' 5 לחוק: "מטופל זכאי לקבל טיפול רפואי נאות, הן מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית, והן מבחינת יחסי האנוש".

* אדם הנזקק לטיפולי הפריה נחשב ל"מטופל" לפי החוק (**פלוני נ' כללית 141/07**)
* גם בן הזוג נחשב כמטופל, ואפשר לתבוע אותו לפי חוק זה.
* ניתן לתבוע לא רק את בנק הזרע, החוק חל גם בין המטופלים עצמם (יריבות ישירה)
* הבעיה היא שזה סעיף כללי מדי, והוא נתפס כפחות משכנע. אם התביעה תהיה רק על העוולה הזו, אולי לא כדאי להגיש.
* השאלה אם מי שנזקק לטיפולי הפריה נחשב כמטופל.
* האם בן/בת הזוג נחשב כמטופל ואפשר להפנות את החוק כלפיו ולתבוע אותו אם חזר בו מהסכמתו לטיפולים?

### פרשת נחמני

נחמני נ' דניאל (דנ"א 2401/95):

הקדמה: אחת הפרשות המפורסמות בתולדות המשפט הישראלי, ולעניין חזרה מהסכמה לטיפולי פוריות בוודאי המפורסמת מכולן.

אמנם הדיון בפרשה זו היה באכיפה, ושאלת הפיצויים עלתה על-פני השטח רק בשולי הפרשה, דרך אוביטר של חלק מהשופטים; אך פרשה זו מהווה בכל זאת סמן ימני (מקרה דגל קשה) לענייננו, עם ההשלכה הזהירה שיש לעשות מפסיקה הבוחנת מימוש זכות לאכיפה לכיוון מסקנה שתתאים לגבי פסיקת פיצויים.

במרכז פרשה זו מקרה קיצוני יחסית של פגיעה בזכות החיובית להורות: בני הזוג מחילים הליך של הבאת ילדים לעולם בהפריה חוץ-גופית, תוך שימוש בביציות שהוצאו מגופה של רותי נחמני והופרו בזרעו של בעלה דניאל. בני הזוג נפרדים, וכעת הוא לא מעוניין להיות אבא. השאלה שנדונה הייתה למעשה אכיפה, בדמות ניסיון של האישה להשתמש בביציות המוקפאות בזרעו של דניאל המסרב לאשר את המשך טיפולי ההפריה, כדי שלא להפוך לאב בעל-כורחו.

* הביציות הן של **בת הזוג עצמה** שסבלה מאוד, פיזית ורגשית, בהליך.
* קיימת **נקודת אל-חזור** מבחינת התובעת שכן:
  + הביציות שלה כבר הופרו בזרע בעלה.
  + היא לא הייתה יכולה לייצר ביציות נוספות. אין אפשרות אלטרנטיבית להורות.

לעניינים אלה תהיה משמעות גם לעניין תביעת פיצויים אפשרית.

השלכת מקרה נחמני כסמן ימני

מקרים אחרים שנדונו או שיכולים להידון בעתיד יתויגו, לפי פרמטרים אלה, כמקרים שהם קלים יותר לפחות באחד ההיבטים:

* קיימת אלטרנטיבה: הביצית עדיין לא הופרתה/יש לאישה אפשרות לייצר ביציות נוספות - אז יש אפשרות להפרות את הביצית בזרע של בן-זוג עתידי או של תורם, ולכן אין מדובר בנקודת אל-חזור.
* ביצית מתורמת: הביצית לא שייכת לבת-הזוג התובעת אלא לתורמת, שאז הכאב והסבל הפיזיים, הרלוונטיים לתביעת נזיקין ואף לתביעת חוזים, נמוכים בהרבה מאשר כאשר הביציות נשאבו מבת-הזוג עצמה.

לפיכך, המקרים האחרים ייבחנו, במידה מסוימת, באופן יחסי ואל מול אותו סמן ימני שמייצגות פרשיות כגון פרשת נחמני, שם הפגיעה בזכות החיובית נראית אולי הגדולה ביותר, לאור המבט על אותם פרמטרים.

אולם גם בדיון במקרה קשה לאישה, אין להתעלם מההיבט השלילי של הזכות להורות ומהצורך לאזן בין האינטרסים – איזון שכאשר מדובר על תביעה לפיצויים ולא לאכיפה, כמו בפרשת נחמני, עלול להיות מסובך יותר ונחרץ פחות.

#### האם חלים דיני החוזים?

השופטת שטסרברג-כהן: הזכות להורות היא חשובה, אך לא ניתן לכפות אותה על מי שאינו מעוניין בכך (הגרוש). נוצר ביניהם הסכם בתחילת התהליך אך אין מדובר בחוזה רגיל אלא ב**חוזה רופף** - חוזה שמצד אחד יש בו מרכיבים הסכמיים אך מצד שני הוא לא החוזה המושלם (אין מרכיבים עסקיים), לכן על חוזה כזה לא יחולו דיני החוזים באופן דווקני וצר. לכן אין משטר משפטי של דיני החוזים חל כאן. הסכמים רופפים דומים להסכמים להבטחת נישואין, שם צד אינו רוצה להפוך לנשוי בעל-כורחו אף אם הבטיח להינשא.

השופט אור: אין מדובר בחוזה רגיל אלא ב**חוזה מיוחד**. מסקנה זו מתחייבת מהדבק הדברים והנסיבות אשר בגדרו הושגה ההסכמה. היא נגזרת מטיבם המיוחד והרגיש של היחסים בין הצדדים כזוג נשוי.

השופטת דורנר: אין להחיל את הוראות חוק החוזים על חוזים מסוג זה, הסכם בעניין הולדת ילדים **אינו חוזה**, יחד עם זאת יש לו מעמד משפטי מסוים. חזקה על בני זוג שאינם מעוניינים להחיל את דיני החוזים על מערכת הנישואין שלהם. מנוגד לתקנת הציבור.

השופט זמיר: מדובר על **חוזה מיוחד**. הנסיבות מלמדות כי ההסכם שנערך בין רותי לבין דני הוא הסכם משפטי

דיון ומסקנות:

* המחלוקות בין השופטים לעניין תחולתם של דיני החוזים בכלל, או הקונסטרוקציה של "חוזה רופף" בפרט, בולטות מאוד.
* למרות שמדובר בחוזה רופף, נקבע בדעת הרוב, שעקב יצירתן של **ציפייה והסתמכות** מסוימות - יש תוקף להסכמת הצדדים ולכן נפסק שיש להתיר את המשך השימוש בביציות.
* האישה קיבלה צו לאכיפה, אך בפועל לא הצליחה להרות.
* ה**איזון בין זכויות** בני-הזוג יתחשב בין היתר בשלב בו מצוי ההליך, בהינתן שהזכות שלא להיות הורה היא לגיטימית אך יש והיא נסוגה מפני הזכות להיות הורה.
* **האם ניתן לחייב את המפר בתשלום פיצויים?** שאלה זו, שהיא עיקר ענייננו, לא עלתה כמעט בפרשת נחמני לגלגוליה השונים.

פרשת נחמני עסקה בעיקר בהשלכות דיני החוזים, שאמנם גם הם מספקים פיצויים, כסעד משני, לצד דיני הנזיקין המספקים פיצויים כסעד ראשי; אך העיסוק דווקא בדיני החוזים באותה פרשה ובפרשות דומות נבע מכך שהסעד המבוקש היה, כאמור, דווקא אכיפה – עתירה למתן צו לשימוש בת-הזוג בביציות המופרות.

המקרים הבאים שייסקרו מתארים, כל אחד מהם, סיטואציה מעט שונה מאשר בפרשת נחמני:

### מקרה בוחן 1.1

חזרת בן זוג מהסכמה להפריה ב**ביצית שאינה של בת הזוג** (תרומת ביצית) וש**טרם הופרתה** במצב שבו י**שנה חלופה אפשרית** בעתיד בדמות הפריה ב**זרע אחר:**

פלונית נ' אלמוני (תמ"ש (מש' ת"א) 18103-04-15):

התובעת שהייתה עקרה, החליטה יחד עם בן זוגה (לא נשואים) הנתבע להביא ילד לעולם באמצעות תורמת ביצית. זרעו של הנתבע הופרה בביצית של התורמת, וזו הושתלה ברחמה של האישה. לאחר זמן, התערערו היחסים ביניהם והנתבע הודיע כי אינו מסכים לעשיית שימוש כלשהו בזרעו ואינו רוצה להפוך לאב בעל-כורחו, שכן עומדת לו זכות שלא להביא ילד לעולם.

הנתבע אף שילם עבור הטסת הפונדקאית והקפאת הביציות מטעם התורמת כדי שהתובעת תוכל לעשות בהן שימוש באמצעות תרומת זרע מגבר אחר. בעקבות זאת, רכשה האישה זרע מתורם זר והמשיכה בהליך הפונדקאות לבדה (ואף נסעה פעמיים לחוץ-לארץ לשם כך), אך ההליך לא צלח.

טענת התובעת: הגישה נגד הגבר תביעה לפיצויים בסך כולל של 450,000 ש"ח בגין: הפרת הסכם הפונדקאות, לרבות ההוצאות שהוציאה לצורך הליך הפונדקאות; פיצויי הסתמכות; הפרת חובת תום-הלב; מצג שווא רשלני; הפרת זכות חוקתית ואובדן הזכות להורות; עוגמת נפש, כאב וסבל; פיצויים עונשיים ומוגברים; וטענה שהנתבע לא יכול היה לחזור מהבטחתו, בוודאי לא בשלב המתקדם יחסית שבו הפסיק את ההליך.

טענת הנתבע:

* מנהל הסוכנות אמר לשני הצדדים, שהגבר יכול לסגת מההליך בכל שלב.
* **שוויון החזרה מההסכמה**: לפי ס' 44(א) לחוק תרומת ביציות:

תורמת או מטופלת רשאית לחזור בה מההסכמה שנתנה לפי סעיפים 15, 16 או 27, לפי העניין, בכל עת לפני ביצוע הפעולה שלה הסכימה לייעד את הביציות שנשאבו מגופה, ולעניין הסכמה לייעד ביציות להשתלה – בכל עת לפני הפריית הביציות, והיא לא תישא באחריות אזרחית או פלילית בשל חזרתה מהסכמה כאמור.

במצב של תרומת זרע אין חוק המאפשר חזרה מהסכמה לפני ביצוע הפעולה. אין סיבה ליחס אחר בנסיבות אלה.

ביהמ"ש: הסכמים לשיתוף פעולה בהליך הפריה או פונדקאות הם "הסכמים רופפים". מצד אחד הם מוכרים כחוזים, ומצד אחר מתייחסת אליהם הפסיקה בארץ ובעולם ביתר סלחנות, בכל הנוגע לזכות החזרה והחרטה. הצדדים היו בהליך טיפולי ארוך + הסכם מול הסוכנות, ולכן המחויבות שלהם אחד כלפי השני מתחזקת, וקיים חוזה רופף. חוזה כזה אמנם מאפשר חזרה ממנו, דהיינו אין אפשרות להפעיל מכוחו סעד של אכיפה, אבל הוא אינו פוטר מתשלום עבור נזק ממוני ישיר שנגרם לאישה כתוצאה מהפסקת התהליך על-ידי הגבר, והירידה לטמיון של כספים שכבר שולמו

עם זאת, יש לנקוט זהירות רבה בהוראה על מתן פיצויים בגין הפסקת הליך משותף להבאת צאצא לעולם.

בנוגע לטענת השוויון - במקרה דנן ההיקש אינו נצרך, ולכן אין דיון בשאלה. ההיקש אינו הכרחי דווקא עקב קיומו של הסדר שלילי, דהיינו שבענייננו אין בנמצא סעיף חוק מפורש דומה.

**דיון**:

* חשיבות הקשר המתמשך ליצירת בסיס חוזי - מוטיב חוזר בקורס
* אין סעד של אכיפה (חוזה רופף), אך כן נזק ממוני ישיר. נפסקים פיצויי הסתמכות של 50,000 ₪ - החזר הוצאות של כמחצית מהסכום שהוציאה התובעת (השאר מגולם כבר בהוצאות הטיסה). לכן אין לחייבו בכל פיצוי נוסף, קל וחומר לא פיצוי מוגבר או עונשי.
* זו למעשה החלה בפועל של כלל 2 של קלברזי ומלמד, כלל אחריות לטובת הניזוק, שמכוחו ייפסקו פיצויים, היכן שההחלטה הערכית היא לא לאפשר לתובע החלה של כלל קנייני בדמות צו לאכיפה.
* ייתכן שהיה צריך לפנות יותר לאפיק הנזיקין, שם קל יותר לפסוק פיצויים בגין נזק נפשי. מצד שני, בנזיקין יש שיקולי מדיניות משפטית, שיקשו על מתן פיצויים.
* האם יש לפסוק פיצויים נפשיים גם במקרים בהם הביציות לא נשאבו מהתובעת? (שמואלי מדגיש שברור שלא באותו גודל).
* **בשונה מפרשת נחמני**: כאן הביציות נשאבו מתורמת וההפרייה עוד לא התרחשה. במידה והיו נשאבות, יש להניח שבית-המשפט היה קובע זכאות לפיצוי נוסף בגין כאבה וסבלה (אם כי יתכנו כאב וסבל מעצם הפסקת התהליך).
* **עניין החלופות**: בבחינת עוצמת הנזק ועד כמה הפרת החוזה צריכה לבסס פיצויים בוחנים האם ישנן חלופות טובות אחרות, אף אם נוחות פחות עבור הנתרמת, כמו החלופה שבוטלה. קיומן של חלופות מחליש את בסיס הזכות של האישה, גם אם לא מאיין אותו.
* פרופ' נילי כהן[[5]](#footnote-5): **השוואה להפרת הבטחת נישואין** - אכן אין לצוות על אכיפת הבטחה כזו, שכן תהא זו לא רק פגיעה אנושה במוסד הנישואין לטובת מחויבות מאוחרת וחלשה יותר, אלא בראש ובראשונה פגיעה קשה בחירות הפרט.
* **שאלת האיזון בין זכות חיובית או שלילית להורות**:
  + האם זכותה החיובית של בת-זוג להורות מאפשרת לה לקבל פיצויים מבעל ההיבט השלילי של הזכות עקב הנזקים שנגרמו לה ממימוש אותו היבט שלילי, והאם הוראה על כלל אחריות תהווה איזון ראוי בין היבטיה השונים של הזכות במקרה של התנגשות?
  + או שאיזון ראוי יותיר את בן-הזוג עם ההיבט השלילי של הזכות, שלא יטיל עליו לא צו עשה מכוח הפעלת כלל קנייני אך גם לא פיצוי מכוח הפעלת כלל אחריות, בעיקר מכיוון שלאישה יש עדיין חלופות טובות למימוש זכותה החיובית להורות.
  + יש לדון בשאלת הלגיטימיות לחזור מהסכמה כאשר ברור שבני-הזוג כבר לא יחיו יחד בעתיד – נקודה משמעותית שלא זכתה למספיק תהודה בפסק-הדין הנוכחי.
* **תביעת נזיקין**: זאת בהינתן שחובת הזהירות המושגית בעוולת הרשלנות נשענת במקרים רבים על קיומו של חוזה, אפילו "רופף", ועצם הטלת האחריות בעוולות מסגרת כגון רשלנות או הפרת חובה חקוקה (של חוק זכויות החולה) נשענות על שיקולי מדיניות משפטית.
* פיצוי עבור הפסקת ההליך: פיצוי שכזה בגין נזק רגשי בוודאי אל לו להיות שקול לרכיב של פיצוי לא ממוני במקרים שבהם הביצית נשאבה מהתובעת או שמדובר בנקודת אל-חזור, ואל לו להוות תחליף אמיתי ומקביל לסעד אכיפה שלא נפסק.

### מקרה בוחן 1.2

חזרת בן זוג מהסכמה להפריה ב**ביצית שאינה של בת הזוג** (תרומת ביצית) אך ש**כבר הופרתה** ב**זרע בן הזוג** במצב שבו **ישנה חלופה אפשרית** להורות בעתיד – מקרה "קשה" יותר.

תלה"ב (של' ת"א) ר' ש' פ' נ' א' י' ז **(44073/04/17)**:

בפרשה שנדונה בשנת 2020, **הוגשה דווקא תביעה נזיקית** - אף כאין היה נראה שמדובר באופן מובהק בהפרת חוזה.

אישה הגישה נגד בעלה תביעה לפיצוי בסך חצי מיליון ש"ח, גם כאן בגין נזקים שלטענתה נגרמו לה כתוצאה מסירובו להמשיך בטיפולי פוריות שבני-הזוג החלו בהם, מזרעו של הבעל ומתרומת ביצית מתורמת מחוץ-לארץ. הטיפולים ארכו ארבע שנים ולא צלחו.

כמה ימים לפני המועד שנקבע לצורך ההשתלה, חתמו הצדדים על בקשה משותפת לגירושין עקב משבר עמוק בנישואין, ויומיים לפני ההשתלה החליפה התובעת את המנעול בדירה המשותפת ולא איפשרה לנתבע להיכנס.

בו ביום הודיע הנתבע למכון הפוריות על הפסקת הטיפול. גם במקרה זה שילם הגבר עבור הקפאת הביצית המופרית. לאחר מכן הגיש לבית-הדין הרבני בקשה משותפת לגירושין. לאחר זמן מה חזרה בה התובעת מהסכמתה לתביעת הגירושין, ונכון למתן פסק-הדין בתביעה נזיקית, היו הצדדים עדיין נשואים וניהלו הליך גירושין בבית-הדין הרבני.

ביהמ"ש: הסכם בדבר הבאת ילדים לעולם במסגרת טיפולי פוריות והליכי הפריה חוץ גופית מהווה "חוזה רופף" על המשתמע מכך לעניין זכות החזרה, וניתן להקיש מהפרת הבטחת נישואין, אך הפרת הבטחת נישואין הוכרה בישראל כעילה חוזית ולא נזיקית של תרמית או מצג שווא.

מכוח העילה יש לבחון האם כתוצאה מהפרת החוזה נגרנו נזקים ממוניים כגון הוצאות הסתמכות (כמו ביטול אולם, להקה וכו'), שהרי לא ניתן לכפות על צד להתחתן או להיות בקשר זוגי עם מי שאינו מעוניין בו.

לצורך כך, יש לבחון מה היה טיב ההסכמה בין הצדדים בעניין הבאת ילד והפריה חוץ גופית. בהתאם לטיב ההסכמות והחוזה המיוחד (הרופף) יש לבחון האם התובעת זכאית לפיצויי הסתמכות כלשהם,

לטענתה, כתוצאה מהפרת ההסכמות.

אכן ניתן לראות בהתנהגות הצדדים בפועל עד למועד הקרע ובעובדה שחתמו על טופס הסכמה מול מכון הפוריות כסוג של "הסכם רופף" או "הסכם מיוחד", ששני הצדדים ראו עצמם מחויבים על-פיו לתהליך טיפולי

הפוריות ובהתאם לאותו הסכם אכן כלכלו את צעדיהם.

אולם, כל אותן הסכמות היו בתוקף כל עוד ניהלו הצדדים מערכת זוגית, ולא מזמן הפירוד. בעת שהנתבע הודיע למכון על הפסקת התהליך, הגיעה מערכת היחסים לסיומה. לכן, הזכות השלילית של הבעל להימנע מהורות, במצב של קרע גוברת, זכות שבוודאי תגזור, במסגרת האיזון עם הזכות החיובית של האישה, מצב שבו לא יוחל כלל קנייני נגדו בדמות אכיפה.

הנתבע חויב בהחזר התשלום עבור התשלום האחרון. הנתבע נקט אדישות מסוימת לאפשרות לקבל החזר כספי ולא השקיע מאמץ מינימלי או סביר כדי לבחון אפשרות זו בפועל דרך הודעה מוקדמת יותר למכון, ודווקא מכיוון שבמצב קשה זה הוא היה הצד השקול יותר ואילו התובעת הייתה במצב רגשי בעייתי.

דיון:

* שאלת האיזון בין זכות חיובית או שלילית להורות:
  + האם זכותה של האישה להורות חיובית תאפשר לה לקבל פיצויים מבעלה, שעם הקרע הנטען הפך להיות בעל ההיבט השלילי של הזכות.
  + או שאיזון נכון מותיר את הבעל עם ההיבט השלילי של הזכות, שלא גוזר לא רק החלה כלל קנייני אבל אלא גם לא החלה של כלל אחריות, בעיקר מכיוון שלאישה יש עדיין חלופות טובות למימוש זכותה החיובית להורות, גם כאן שלא כמו בפרשת נחמני, למרות שבוודאי נוח לה יותר להמשיך בהליך שכבר החל.

בפועל, דומה שבית-המשפט פוסע בדרך השנייה, אף אם הוא לא מבצע בדיוק את הניתוח התיאורטי של האיזון בין הזכות החיובית להיבט השלילי של הזכות. העיתוי שבו הודיע הנתבע למכון על ביטול הטיפול והקפאת העוברים מבסס תוצאה שלפיה הייתה זו זכותו הלגיטימית לבחון מחדש את היחסים עם אשתו לאור המשבר העמוק שנוצר ביניהם ולשקול אם ברצונו להביא עמה ילד משותף בנסיבות אלה.

* דיני הנזיקין: אין לראות בהתנהגותו של הנתבע משום עוולה נזיקית שיש לבחנה בראי דיני הנזיקין הקלאסיים של הפרת חובת זהירות מושגית ונזק שנגרם כתוצאה מהתרשלות כזו או אחרת, שכן זכותו של אדם לבחור שלא להיות הורה בטרם נולד ילד לעולם ובטרם החל היריון ואין מקום להעניש את הנתבע על כי בחר והחליט שלא להיות הורה לילד משותף עם התובעת ובפרט לנוכח הסכסוך העמוק שפרץ ביניהם.
* פיצויים**:**
  + **הפרת הבטחת הורות**: עילה שלא הוכרה בפסיקה, ולכן אין לפסוק פיצויים. ההיקש שעשתה התובעת לעניין זה מעילת הפרת הבטחת נישואין הינו מכוח עילה חוזית בלבד ולא נזיקית, דהיינו פיצוי בגין הוצאות שהוצאו בלבד.
  + **ממוניים בגין הוצאות רפואיות**: 4 שנות טיפולי פוריות. ביהמ"ש דחה, אין טעם כעת לערוך "פנקסנות" על השאלה מי בדיוק הוציא מה ומאילו מקורות בתקופה שלפני הקרע.
* בשונה מפרשת נחמני: כאן לא היה מדובר בביצית של התובעת ובסיטואציה של הזדמנות אחרונה להורות ביולוגית לאם אלא של תורמת ביציות, והתובעת יכולה להמשיך לנסות עם תורמת ביציות אחרת, יחד עם בן-זוג חדש או עם תורם זרע.
* **ניתן לראות את הנתבע כמונע הנזק הזול וכשוקל הטוב:** לאור מצבה הרגשי של רעייתו באותו זמן, הנתבע היה בעמדה הטובה ביותר למנוע את הנזק הכספי מול המכון או למזערו, באשר לטיפול האחרון, ולכן עליו לשאת באחריות, אם כי אכן רק לפיצוי בשיעור מחצית דמי העלות של אותו טיפול. החלוקה רלוונטית דווקא לגישות הנשענות על אשם. לפי קלברזי והירשוף מדובר באחריות מוחלטת ולא בת-חלוקה, ולכן לגישתם אולי עלות הטיפול האחרון כולה הייתה מוטלת במקרה כזה על כתפי הנתבע ולא מחולקת בין הצדדים.

#### ניתוח לפי דיני החוזים

יתכן ודווקא במקרה זה היה יותר מקום לפנות לדיני החוזים:

* חוזה יציב יחסית: בני זוג נשואים, בוחרים לפנות לטיפולי פוריות ולא בפעם הראשונה, אין קרע ביניהם. החוזה פחות רופף מאשר המקרה הקודם (קשר שאינו נישואין, ידועים בציבור).
* אין טרור פוריות: במקרה הקודם נטען שיתכן והאישה ניצלה את הנתבע רק למטרת שימוש בזרעו, אך כאן טענה זו חלשה יותר מכיוון שהזוג היה נשוי והטיפולים לא החלו מיד בתחילת הנישואין.
* **אכיפה לא סעד מתאים**, אך יתכן ופיצוי כן, בנסיבות המתאימות.

אך גם דרך דיני החוזים יתכן ולא היה מקום לפסוק פיצויים על טיפולי פוריות שלא צלחו בטרם הקרע, פסיקת מחצית עלות הטיפול האחרון, כך שהיינו מגיעים לאותה התוצאה בין בנזיקין ובין בחוזים.



### מקרה בוחן 2.1

בחלק זה יידונו מקרים שבהם הנתבע בפועל הוא בנק הזרע, אם כי ההיבט השלילי של הזכות היא בעיקר זו של התורם האנונימי.

כאן יתגלע שיח זכויות דומה, בין הזכות החיובית להיבט השלילי, אך גם שונה באופיו ובעוצמתו מהמקרים שתוארו עד כה

חזרת תורם מהסכמה לתרומת זרע אנונימית כבסיס לתביעת פיצויים **לאחר שימוש בחלק מהמנות**

פלונית נ' משרד הבריאות (בג"ץ 4077/12):

לאישה נולד ילד מתורם זרע אנונימי והייתה מעוניינת במטען גנטי דומה עבור אחיו, בכדי שייוולדו לה אחאים גנטיים מהאב. אך התורם התנגד לשימוש נוסף בזרעו, חרף העובדה שמכר אותן לבנק בתשלום וזאת מטעמים דתיים. ברור כי דרישתו ניצבה בניגוד להסכם שהיה בינו לבין בנק הזרע.

כל אחד משופטי בג"ץ ראה אחרת את סיווג היחסים שבין הצדדים:

השופט רובינשטיין: מעיון בטפסים נראה שלא הייתה כל כוונה מפורשת לאסור את החזרה על הסף.

בג"ץ איפשר הפעם, ובשונה מפרשת נחמני, את החזרה מההסכמה של התורם האנונימי, על אף שלולא הייתה מתאפשרת אותה חזרה מהסכמה, דומה כי הפגיעה בזכותו של התורם האנונימי שלא להיות אב הייתה קטנה יותר מאשר בפגיעה בבן-זוג.

מכיוון שהיה מדובר באותו מקרה בביצית שלא הופרתה, אכיפת ההסכם על דרך של שימוש בזרע של התורם תהיה מעשה "אקטיבי" שקשה יותר לקבלו, שכן מעשה כזה פוגע בזכות לאוטונומיה של התורם.

השופטת ברק-ארז: מדובר ב**חוזה מתנה** ולא בחוזה המציג תמורה, **הסחירות של זרע היא מוגבלת**

והתשלום אינו מהווה תמורה המעידה על סחירות אלא, לכל היותר, "פיצוי בגין טרחה ואי-נוחות. ולכן לפי ס' 5 לחוק המתנה קיימות אפשרויות לחזור מההתחייבות לתת מתנה במקרים מסוימים, שחלקן רלוונטיות לתרומת זרע (כגון במקרה שלנו, מדובר בבית חולים ממשל וקיים אינטרס ציבורי), מה עוד שלא היה באותו מקרה הסדר מפורש ששלל את החרטה.

השופט עמית: מדובר ב**חוזה מכר**, והאפשרות לחזור מההסכם פוקעת עם העברת הזרע לבנק הזרע. דומה ש**זרע דווקא סחיר**, בשונה מאיברים. עם זאת, על איזון נכון להיערך במישור החוקתי, ולענייננו, בין האוטונומיה שלא להיות הורה כהיבט שלילי של זכות התורם לבין הזכות החיובית להורות. תוצאת האיזון תלויה במרחק הזכות מגרעין הזכות - ככל שהסירוב של התורם היה ללא כל סיבה מיוחדת או גזעני (למשל אי-רצון לתרום לאישה מעדה או מדת מסוימות) הזכות רחוקה יותר מהגרעין ועוצמתה נחלשת.

דיון:

* מהו הנזק? הוכחת נזק נצרכת בתביעות רשלנות או הפרת חובה חקוקה של חוק זכויות החולה (תביעה כנגד מוסד) גם דיני החוזים דורשים הוכחת נזק לא ממוני. לצורך גרם הפרת חוזה (ס' 62 לפקנ"ז) של התורם בין בנק הזרע לנתרמת יש צורך בנזק ממון בלבד, ואין די בהצבעה על נזק רגשי.

נראה שהנזק הוא אי היכולת להרות לאותו אב גנטי כך שלכלל הצאצאים יהיה אותו האב, לעניין של צורך בתרומת איברים או מח עצם; או מניעת מבוכות ושאלות מיותרות. זאת, גם אם הנזק אינו שקול לזכות חיובית "מלאה" להורות, כמו בפרשת נחמני.

* שאלת האיזון בין זכות חיובית או שלילית להורות:
  + האם אותה זכות שלילית להורות של התורם האנונימי להתחרט ולחזור בו מהסכמתו הראשונית לתרומת זרעו,
  + או זכותה החיובית של האישה להורות נוספת דווקא מאותו אב גנטי שבמנות הזרע שלו נעשה כבר שימוש להולדת הצאצאים הקיימים.

ביהמ"ש סבר שזכותו של התורם. אותו תורם היה הופך לאב ביולוגי לא ידוע, אך לא לאב משפטי, החייב בחובות שונות, כלכליות ואחרות (כגון ביקורים), כלפי ילדו. האינטרס להורות דווקא מזרע מסוים נמצא ב"פריפריה של הזכות להורות".

* בשונה מנחמני: כאן לתובעת עמדה אפשרות ביולוגית לממש הורות, אך מתורם אחר. הזכות החיובית קיימת באותו מקרה לנתרמת, אולם משקלה נמוך ורחוק יותר מאשר בפרשת נחמני.
* פיצויים: סעד של פיצויים לא נתבע באותו מקרה, אף לא באופן חלופי. נראה שיש מקום לפסיקת פיצוי לא ממוני-רגשי (בדבר ההסתמכות שנכזבה וגרמה לעוגמת נפש) בדיני הנזיקין במקרים כאלה (בדיני חוזים הדבר אפשרי אם כי נתון לשיקול דעת בית המשפט), גם אם פחות בהשוואה למקרים שבליבת הפגיעה בזכות החיובית להורות.
  + הגנת הנתבע: איזו הגנה טובה יכולה לעמוד מפני תביעת פיצויים?

1. העמדת חלופה סבירה, בדמות אפשרות לקבל מנת זרע אחרת ללא תוספת תשלום.

2. כאשר הפגיעה בזכות החיובית אינה גדולה מדי ואינה בליבת הזכות.

* איך וכיצד נתחשב באינטרס הציבורי בתביעה נגד רשות מנהלית או גוף דו-מהותי?
* מקרה שלא נדון ככל הנראה עדיין בפסיקה, אך אמור להיות שכיח יותר מהקודם לו: שאלת פיצויים מבנק הזרע בגין חזרה מתרומת זרע שגם היא מתורם אנונימי, אולם בנסיבות של חזרה מהסכמה טרם ביצוע ההפריה ממנת הזרע הראשונה.

החלטה זו של בג"ץ נתפסה ע"י פורת ושוגרמן[[6]](#footnote-6) כחלק ממארג מקרים בו ניתן להחיל גישת ביניים (בין כלל קנייני לכלל אי-עבירות) – "כלל אי-עבירות מוגבל" (Limited Inalienability) – כלומר, מותר להעביר את הזכות, אך יש לבעל הזכות היכולת לבטל את העברת הזכות בשלב מאוחר יותר, וללא סנקציות. מקרים טיפוסיים בהם כלל זה חל, הם בזכות שאינה עבירה וסחירה אשר חל בה שינוי בעדיפות וערכים.

פורת ושוגרמן מתייחסים לשלוש דוגמאות מייצגות של מקרים מתאימים בהם יש סיכוי גבוה שתהיה חרטה בין ההסכמה לעסקה. לדעתם, המוכרים בדוגמאות הנ"ל לא מודעים כ"כ לאפשרות שההעדפות והערכים שלהם ישתנו, ולכן כלל אי-עבירות מוגבל יגן עליהם באופן מיטבי:

1. **תורם כליה** עשוי לגלות הערכה חדשה לכליה שלו בזמן שבין ההסכמה לתרומה.
2. אישה שהסכימה להיות **פונדקאית** עשויה לפתח העדפות אימהות אחרות בין ההסכמה לתרומה.
3. **תורם זרע** עשוי לשנות את העדפתו בין התרומה להפריה מטעמים ערכיים שלא היו על הפרק בעת התרומה.

**היתרונות**:

* כלל אי העבירות המוגבל עשוי גם לאפשר **לצדדים שלישיים רלוונטיים** לבטל עסקה. לדוגמה, אזרחים של מדינה שמוכרת נכס תרבותי מסוים יכולים לשכנע את הממשלה לבטל את העסקה בזמן שבין המכירה לביצוע בפועל.
* תמריץ לשיתוף פעולה: כלל אי העבירות המוגבל יתמרץ את מבקשי השירות לשתף פעולה באופן מלא ולהסביר את ההליך באופן כנה ומלא – על מנת לוודא שהצד השני לא יבטל את העסקה. לדוגמה, אדם המחפש תורם כלייה יספק לתורם את כל המידע הרפואי ויציע לו פיצוי מתאים. או רוכש נכס תרבותי חשוב יבטיח לדאוג לו באופן מיטבי.
* תמריץ לביצוע הפעולה: אם האדם ידע שהוא בעתיד יוכל לחזור בו, עקב שינוי אפשרי בהעדפות וערכים, כלל שכזה יוכל להגן עליו יותר מאשר כלל קנייני רגיל.

#### תביעה חוזית או נזיקית?

* **האפשרות לפנות לדיני הנזיקין אולי ראויה יותר**:
  + לאור פסקי-הדין הכה שונים זה מזה של השופטים בבג"ץ, שכל אחד מהם ראה אחרת את סיווג היחסים שבין הצדדים (למשל רובינשטיין שטען שמדובר בחוזה אך לא חוזה רגיל ועדיין אין לתת אכיפה).
  + התביעה החוזית נגד בנק הזרע אינה מבוססת על חוזה רופף, כמו בנחמני.
* מצד שני, בנזיקין נכנסים אינטרסים ציבוריים בתביעה נגד בנק הזרע, הרלוונטיים לשיקולי מדיניות משפטית בחובת הזהירות המושגית בעוולת הרשלנות - כך שתביעה נזיקית עלולה להתאיין בעקבותיהם.

לכאורה מדובר פה בחוזה חזק יותר וממשי מול הבנק, ולא בחוזה רופף, אך לאור המחלוקת על טיב היחסים החוזיים – ייתכן שכדאי היה לפנות לדיני הנזיקין. בעיה: שיקולי המדיניות בנזיקין.

#### בעיית אנונימיות התורם

האנונימיות לא מאפשרת לכאורה לתבוע אותו אלא את בנק הזרע בלבד.

##### **הצעה 1**: הדיון ייערך בדלתיים סגורות והצדדים יכונו "פלוני" ו"אלמונית"

* הצעה זו תועיל רק באופן חלקי.
  + **חשיבות האנונימיות**: הרצון באנונימיות לעניין תרומת זרע הוא כה רב - ויש להניח שעוד יותר לגבי מי שחזר בו עקב חזרה בתשובה - עד כי ייתכן שגובר גם על חשיפת השם רק בפני הנתרמת.
  + **שיקולי מדיניות ציבורית**: קיימים שיקולים אינסטרומנטליים וציבוריים, כגון תמריץ שלילי ואפקט מצנן לתרום זרע באופן אנונימי בידיעה שיש סיכוי לתביעה ישירה נגד התורם אם יחזור בו, על-ידי הנתרמות, וכך הופכת התרומה בפועל ללא אנונימית.
  + **תמריץ לחזרה מהסכמה**: תמיד אפשר לומר שביטול תמריץ כזה והיוותרות באנונימיות עלולים לתמרץ חזרה מהסכמה והפרת חוזה מול בנק הזרע; אך דומה שכאן הדבר פחות משמעותי, שכן מול בנק הזרע התורם ממילא אינו אנונימי.

##### **הצעה 2**: מנגנון החושף את שמו של התורם רק במקרה של חזרה מהסכמה

1. **סנקציה על התורם** - במקרה של חזרה מהסכמה ניתן יהיה לחשוף את שמו של התורם אך ורק לצורך תביעה נגדו.

בעיה: יש חשש שהילד יחשף לשם התורם וירצה להיפגש עמו, מה שהתורם לא חפץ.

1. הגנה על התורם- למרות החשיפה, התורם לא ייחשב לאב משפטי על המתחייב מכך (כגון מזונות, ביקורים וכיו"ב).
2. הגנה על התורם- הנתרמת הפוטנציאלית תתחייב שלא לתבוע הורות משפטית. גם הילד, שעדיין לא נולד, יהיה כפוף להסכם הסודיות בדיעבד ולאחר מעשה.

בעיה: לא ברור האם ניתן להגביל צד ג' בכלל, ועוד כזה שלא נולד בפרט.

ייתכן שעדיין יהיה כאן אפקט מצנן, אם כי אולי בצורה קלה יותר, שכן אם תניות כאלו ייכנסו לשגרת החוזים האחידים שעליהם חותמים תורמים, ייתכן שתורמים לא יראו בהן כתניות מקפחות ולכן, ולו בחלוף הזמן, הן לא באמת יצננו את הרצון לתרום.

##### **הצעה 3**: לאפשר לתורם לחזור בו ללא סנקציות

בבחינת "הפוך על הפוך", לאפשר מראש לתורם לחזור בו מתרומתו ללא סנקציות, ברוח תורתם של פורת ושוגרמן.

* בראייה חוזית, הנתרמת הפוטנציאלית לא תיפגע, שכן התורמת תדע מראש שאפשרות כזו קיימת, ועליה לקחתה בחשבון.
* **הגנה על הנתרמת** - אפשר לאזן זאת בין היתר על-ידי קביעה ברורה שבמקרה כזה יחויב בנק הזרע לספק מנת זרע אחרת לפי בחירת הנתרמת, וזאת ללא תוספת תשלום.

דומה כי הסתמכות כזו תאיין לא רק תביעה חוזית אלא גם תביעה נזיקית, שהרי המידע מראש וההסכמה - יש להניח הלא כפויה ושאינה מגיעה לכדי תנאי מקפח בחוזה אחיד - יאיינו אפשרות לטעון להפרת חובת זהירות ולנזק רגשי כתוצאה מההפרה.

##### **הצעה 4**: הודעת צד ג' שישלח בנק הזרע לתורם או תביעת שיפוי בגמר התביעה הנזיקית או החוזית

זהו פתרון פרוצדורלי המשפיע על המהות – על עצם אפשרות קיום התביעה.

ייתכן שצודק יותר לאפשר זאת מאשר לאפשר לתבוע רק את בנק הזרע, שאינו המזיק הישיר ולמעשה מחליף את המזיק הישיר מכיוון שהוא אינו אנונימי.

לפי **הודעת צד ג'**, אם זו מתקבלת על-ידי בית-המשפט, ינהל הנתבע למעשה תביעה מול אותו צד ג', ובמישור זה אין בעיה, שכן הצדדים אינם אנונימיים זה כלפי זה.

במישור היחסים שבין התובעת לצד ג' כמובן יש בעיה אם צד ג' אנונימי.

אך הסרת האנונימיות של אותו צד ג', כדי שגם התובעת תוכל לפעול מולו או ישירות בתביעה אזרחית, חוזית או נזיקית, או דרך הודעת צד ג' שישלח הנתבע, בנק הזרע, אף אם היא אפשרית, תהיה אפקט מצנן במיוחד לתרומות זרע אנונימיות, ותהיה מנוגדת בפועל להסכם הסודיות שיש לבנק הזרע עם תורמים אנונימיים.

כאמור, אפשר להחתים את התובעת במקרה כזה על הסכם סודיות, עם או בלי סנקציה.

ייתכן גם שיש מקום ליצור מנגנון המאפשר רק בירור במישור היחסים שבין הנתבע לצד ג', כך שהתובעת תישאר בחזית מול הנתבע בלבד.

כמובן אפשרית גם **תביעת שיפוי** מבנק הזרע כלפי התורם לאחר סיום התביעה הנזיקית או החוזית של הנתרמת, ואז אין בעיה כלל, שכן שני הצדדים בתביעת השיפוי – במקרה דנן התורם ובנק הזרע בלבד – אינם אנונימיים זה לזה והאנונימיות ממילא תישמר מול התובעת, שאינה צד לתביעת השיפוי אלא לתביעה המקורית בלבד.

לפיכך, ייתכן שניתן להציע תיקון חקיקה לסדרי הדין, המגביל הודעת צד ג' במקרים כאלה, אך אינו מגביל ניהול תביעת שיפוי.

אילו שיקולים קיימים לתביעה בכל זאת רק או גם נגד בנק הזרע?

* **צדק חלוקתי**: אפשרות לפסוק פיצוי נגד כיס עמוק כגון בנק הזרע או המדינה המפקחת עליו היא אפשרות פשוטה יותר מאשר מול בן-זוג לשעבר.
* אפשרות זו אינה מערבת שיקולים של התערבות המשפט הפרטי במערכת המשפחתית, אף אם היא מערבת שיקולים אחרים בתביעות נגד גופים ציבוריים או דו-מהותיים ושיקולי מדיניות נוספים.
* **הסדרת יחסים מראש**: בנק הזרע יוצר הסתמכות. הוא גם מקבל תמורה עבור ההפריות, ויש להניח שתמורה לא פחותה מהמחיר שהוא משלם עבור מנות הזרע ושאר ההוצאות. מכיוון שהוא יכול מראש ליצור חוזים אחידים מתאימים, וגם לנסות לקדם רגולציה שכן יש לו יתר השפעה מאשר לאזרח הפשוט, יש מקום לאפשר לתבוע אותו לפיצויים אף אם אין אוכפים את החוזה בנסיבות העניין.
* ניתן לראות את בנק הזרע גם כ**מונע הנזק הזול** וגם כ**שוקל הטוב**. דווקא הוא נמצא בעמדה הטובה ביותר למנוע את הנזק או למזערו – הוא, ולא התורם האנונימי שחרד לאנונימיות שלו ויכול לחזור בו עקב ערכים כאלה או אחרים, ובוודאי לא הנתרמת שיש מחסום בינה לבין יכולת השפעה על התורם.

### מקרה בוחן 2.2

חזרת תורם מהסכמה לתרומת זרע אנונימית כבסיס לתביעת פיצויים **לפני שימוש במנות** – מקרה קל יותר והיפותטי כרגע.

הנתרמת הפוטנציאלית מגיעה לבנק הזרע, עוברת על הקטלוג ובוחרת לנסות להרות ממנת זרע של תורם בהתאם לגילו, מוצאו ונתוניו החיצוניים. נקבע אפילו מועד לביצוע ההפריה באותה מנת זרע. בינתיים חוזר בו התורם.

דיון:

* זהו מקרה קל יותר מאשר המקרה שבבסיס הבג"ץ, שהרי החזרה הייתה לפני השימוש ואין את עניין הרצון להפריות נוספות מאותו אב גנטי - באין נסיבות מיוחדות אחרות, אם לנתרמת מסופקת חלופה סבירה אחרת, אין מקום לפסוק לא רק אכיפה אלא גם פיצויים, לא לפי דיני הנזיקין ולא לפי דיני החוזים.
* עניין החלופות: אם בנק הזרע העמיד בפני הנתרמת חלופות טובות אחרות, גם אם לא לגמרי באותה רמה של החלופה שרצתה וכעת נפסלה, אין היא יכולה לתבוע. עם זאת, אם בפועל אין מסופקת לה חלופה, והיא גם לא מופנית, ללא תשלום, לבנק אחר, יש להניח שתביעה חוזית וגם נזיקית אפשרית גם אפשרית.
* שאלת האיזון בין זכות חיובית או שלילית להורות:
  + מבחינת הזכות החיובית להורות, הנתרמת תצטרך להתפשר על פרופיל פחות מוצלח מבחינתה ואולי אף תגרום לה שלא לעבור הפריה בכלל.
  + מבחינת הזכות השלילת להורות של התורם, לחזור בו מתרומתו לפני שנעשה כל שימוש על-ידי אותה נתרמת פוטנציאלית ולו במנת זרע אחת שלו - זכות חזקה יותר.

הנזק רחוק מאוד מליבת הזכות החיובית כבפרשת נחמני (עמית בבג"ץ); הזכות החיובית להורות חלושה עד מאוד כאן.

* השוואה לחוזים מסחריים: גם לקוח שבחר בחפץ מסוים ולאחר מכן התברר שלא ניתן לספק לו אותו, מאחר ואין רלוונטיות ל"נקודת אל-חזור", כל עוד מוצעות לוחלופות ראויות והנזק אינו משמעותי - לא תתקבל תביעה.

### סיכום ביניים

* ברוב המקרים בתי-המשפט אינם מאשרים מתן סעד של אכיפה, לא במקרים של חזרת תורם אנונימי וגם לא במקרים של בני-זוג (אלא במקרים מיוחדים, למשל כשהביצית כבר הופרתה, או כשאין לאישה אפשרות להביא עוד ילדים לעולם ללא השימוש בהפריה שכבר נעשתה).
* זאת מפני שמדובר ב"חוזה רופף" בין בני-זוג, שלרוב הדעות אינו מספיק להוראה על סעד קנייני, והן מפני שהסיטואציה אינה מתאימה לאכיפה.
* במצב כזה יש לבחון היטב אם הסעד הרלוונטי הוא פיצוי, כהשתקפות של כלל אחריות, למשל לפי כלל 2 של קלברזי ומלמד, אם יש מקום להחלת דיני החוזים או להחלת דיני הנזיקין או לשני המסלולים גם יחד.
* הדיון צריך לצאת מנקודת-מבט תאורטית של זכות חיובית מול ההיבט השלילי של הזכות, ברוח אותו כלל 2, כאשר לכל קטגוריית מקרים ניואנסים שונים מבחינת אופי הזכות – ההיבט החיובי או השלילי ועוצמותיהם, מה שמשפיע על האיזון בין הזכויות ועל התוצאה.

ה"מגדלור" לכלל המקרים הוא מקרה כגון **נחמני**, שם הפרמטרים היו החמורים והקיצוניים ביותר לעניין נקודת אל-חזור ולגבי שאיבת ביציות מהתובעת עצמה. על כל מקרה אחר להיבחן, גם לעניין פיצויים לעומת פרשה זו. לאור זאת, ניתן להצביע על מדרג בסדר יורד של חומרה לגבי סיכויי תביעת פיצויים:

1. חזרה מהסכמה כשמדובר ב**נקודת אל-חזור**.
2. חזרה מהסכמה של תורם אנונימי כשהנתרמת מעוניינת ב**מטען גנטי זהה לאחאים** והחזרה מהסכמה מסכלת זאת למרות חוזה מוקדם.
3. חזרה מהסכמה של תורם אנונימי טרם תחילת ההפריה הראשונה כשבפני הנתרמת **חלופות טובות אחרות**.

גם כאן, יכולה להיות חשיבות גדולה להסכם מחודד יותר הן בין בנק הזרע לנתרמות והן בין בנק הזרע לתורמים, כדי לנסות למנוע מראש סיטואציות כאלה;

ולחלופין, אם יש טיעון שחזרה מהסכמה מהווה הפרת החוזה או עוולה, לבחון אם אכן החוזה מאפשר את אותה חזרה ואז אין בסיס לתביעה חוזית ואולי גם לתביעה נזיקית.

כאמור, קיים גם חשש שסנקציה לתורם אנונימי שיחזור בו דרך האפשרות להגיש נגדו תביעה שגם תחשוף את זהותו, תגרום להרתעת יתר ולאפקט מצנן לפעילות חברתית רצויה, בעיקר אם יש חלופות לנתרמת, מחד, ואם יש נתבע אחר שהוא כיס עמוק, מאידך, מה שהופך תביעה כזו נגד התורם עצמו למוצדקת פחות.

## הצעות לדין ראוי במקרי הבוחן

### הצעה 1: פנייה ל**תביעה חוזית או נזיקית** לפיצוי בגין נזק ממוני ולא ממוני נגד התורם, בן.ת-הזוג או בנק הזרע בגין חזרה מהסכמה לטיפולי פוריות היכן שאכיפה אינה אפשרית או רצויה.

ישנם מקרים שיש להורות על פיצויים היכן שאכיפה אינה רלוונטית או שבית-המשפט מחליט ערכית שאין להורות עליה, ברוח כלל 2 של קלברזי ומלמד, הוא כלל אחריות לטובת הניזוק.

בדרך-כלל נקבע שאמנם לא ניתן לכפות הורות, ולכן אם דיני החוזים חלים, לא יינתן סעד האכיפה, ה"חזק" יותר, בדמות צו עשה להמשך טיפולי הפריון, אלא לכל היותר הסעד ה"חלש" יותר בדמות פיצויים.

זאת אולי לאור סעיף 3 לחוק החוזים תרופות, הקובע כמה חלופות שבהן אין לבצע אכיפה, למשל מטעמי אי-צדק או שמדובר באכיפה או כפייה של עבודה או שירות אישיים.

ואכן, ראינו שהיו מקרים שבהם נקבע שעל הצד המבקש את החזרה מהסכמה מוטלת חובה לשלם פיצוי מסוים, בעיקר ממוני, שפירושו למעשה עלות טיפולי הפוריות עד אותה נקודה. למעשה, לפי כלל 2 הוא קונה את אפשרותו הקניינית לחזור בו מההסכמה.

* למרות שאין אפשרות באכיפה, צדדים הרואים עצמם ניזוקים יכולים להגיש תביעה נזיקית או חוזית בעקבות הפרת ההסכמה, וכאן נכנס כלל אחריות.
* ייתכן בהחלט לקבוע שחזרה מההסכמה הראשונית בנסיבות מסוימות, כגון קרע ביחסים בין בני-הזוג או חזרה מתרומת זרע עקב שינוי בהשקפות ערכיות, תבטא היבט שלילי לגיטימי של הזכות שלא להפוך להורה. המשקל של היבט שלילי זה יהפוך לכבד יותר, במסגרת האיזון מול הזכות החיובית, אם לפחות חלק מהפרמטרים החמורים שהיו בפרשת נחמני אינם מתקיימים. לכל אלה משמעות גם לעניין שיעור הפיצוי.
* **כך גם בחוזים**: אף אם "חוזה רופף" אינו תמיד מספיק להפעלת הסעד החזק יותר, הקנייני, אין למנוע הפעלת דיני החוזים לעניין הפרת אותו "חוזה רופף" אם מבוקש הסעד החלש יותר – פיצויים.
* אין לשלול ביקורת של "הכל או כלום", "שחור-לבן", דהיינו ההתערבות היא רק לצורך אכיפה אך לא לצורך פיצויים, כאשר הזכות החיובית חלשה יותר.
* מונע הנזק הזול והשוקל הטוב: בנסיבות מסוימות ניתן לראות בחוזר מההסכמה לביצוע טיפולי הפריון כמונע הנזק הזול וכשוקל הטוב. כך במקרה חזרת הבעל מההסכמה מיד לאחר היווצרות הקרע, וחיובו לשלם חצי מעלות הטיפול האחרון משום שהיה במצב המתאים ביותר למנוע את הנזק, יותר מאשר אשתו.
  + ניתוח כזה יכול להתאים למשטרי אחריות מוחלטת דווקא, שדומה שבישראל פחות רלוונטיים לענייננו, אך יכול להיות רלוונטי למדינות אחרות, או לתפיסה העקרונית שמי שיכול למנוע את הנזק בצורה הזולה ביותר ולשקול את מניעתו בצורה הטובה ביותר יחויב, ולו יחד עם מונעי נזק אחרים – באותו מקרה האישה-התובעת עצמה.
* שיקולי מדיניות: כגון אנונימיות התורם, כיס עמוק וכן שיקולים חלוקתיים – הגיוני שבמקרים כגון תביעה נגד בנק הזרע ייתפסו דווקא בנק הזרע והמדינה כשוקלים טובים יותר; מה עוד שרגולציה נכונה יכולה למנוע נזקים מראש, כמו גם ניסוח חוזים אחידים מתאימים מול תורמים. בנק הזרע אמנם אינו המזיק הישיר אך בתכנון נכון הוא יכול למנוע את הנזק והוא מספיק קרוב לסיטואציה כדי להיחשב גם הוא לשוקל הטוב.
* החשש מהמשך הקשר בכוח: האם קיים חשש שהוראה על מתן פיצויים עלולה להוות תמריץ שלילי מדי לצד מסוים לחזור בו מהסכמתו, ולהמשיך בכוח קשר ולא לחזור בו מהסכמתו וזאת בחוסר רצון ברור ורק כדי לא להיות מחויב בפיצויים? החשש הוא שהעניין "יתפוצץ" בפניהם של בני-הזוג בהמשך הדרך, ואולי עדיף, גם לטובת הילד הפוטנציאלי, שבני-הזוג ייפרדו כעת ולא ימשיכו בהליכי ההפריה ולא שימשיכו לחיות יחד או אפילו שיביאו ילד יחד למרות שאינם מעוניינים עוד בחיים זה לזה זה, רק מהחשש של האחד מפני תביעת פיצויים של האחר.

תשובה אפשרית: אין לזלזל בחשש זה, אך גם קשה לראות סיטואציות רבות של מי שירצו להמשיך את ההליך בחוסר חשק רק כדי להימנע מתביעת פיצויים, וזאת מכמה סיבות:

* + המשך בכוח יהווה סבל נפשי: עדיף במקרים רבים לשלם פיצויים ולא להמשיך לחיות עם בן.ת-זוג לא רצוי.ה, ואפילו להביא ילד עם בן.ת-זוג ללא המשך החיים איתו.ה.
  + סיבה כלכלית: עדיף לשלם פיצויים במקרה כזה מאשר לשלם סכומים רבים יותר על גידול ילד, בוודאי כזה שאינו רצוי, אף אם יש כמובן גם הנאות מגידול ילד, גם ילד שבנקודת-זמן מסוימת אולי לא היה רצוי שייוולד.
  + קיימים מעצורים ובלמים בתביעות מהסוג הזה:
    - בתביעות רשלנות הנשענות על נוסחת לרנד הנד, ממילא יהיו מקרים שהסעד לא יינתן אף אם ייקבע שהייתה חובת זהירות.
    - תביעות בגין הפרת חובה חקוקה של חוק זכויות החולה או רשלנות נתונות, לגבי כל רכיביהן, למדיניות משפטית מכוח הפסיקה.
    - תביעה חוזית לנזק רגשי נתונה לשיקול-דעת בית-המשפט מכוח החקיקה.
* החשש מירידה בתרומות: מי שרוצה לתרום וחושב שאולי יחזור בו וידע שייאלץ לפצות, יהיה לו תמריץ שלילי לתרום, וכך תהיה ירידה בתרומות, שזהו דבר שאינו רצוי חברתית.

אך שיקול אינסטרומנטלי כזה רלוונטי בכל מקרה בתביעה נזיקית או חוזית, גם אם לא לפי מטרת הצדק המתקן.

שאלות כאלה יכולות להיות רלוונטיות גם להליכים אחרים דומים, כגון חזרה של פונדקאית או הוראה של תורם דם שלא להשתמש במנות הדם שתרם. תשובות:

* + שיקולי בנק הזרע: כל עוד התרומה אנונימית, הנמען המרכזי לתביעה הינו בנק הזרע, אם כי יש כאמור אפשרות לחזור אל התורם עצמו בהודעת צד ג', והמנגנון עלול להוות מעין "גול עצמי" מבחינת בנק הזרע, שכן הוא עשוי לזכות בתביעה הספציפית אך להינזק בפועל בהמשך ממיעוט תרומות. לפיכך עדיף לבנק הזרע כנראה לספוג תביעות כאלה ולא להגיע למצב של חוסר בתרומות, מה עוד שהוא מבוטח, כך יש להניח, ולכל היותר הביטוח יעלה במקצת בעתיד עקב כך שלא תינתן הנחת היעדר תביעות.
  + נדירות חזרת התורם: בהנחה שלא יהיה שטף של תביעות כאלה ושממילא אין מקרים רבים של חזרה של תורם, לא נראה שיהיה אפקט מצנן עקב הצטברות מקרים.
  + שיקולי מדיניות משפטית בעוולות המסגרת ושיקול דעת לגבי נזק רגשי בחוזים.
* חשש מהתייקרות הביטוחאם יהיו תביעות רבות כאלה, מה שעלול להביא להתייקרות שירותי הפריה או לתשלום מופחת עבור התרומה.
  + מענה: לא צפויה "מגיפת" חזרה מהסכמות, כך שגם אם הביטוח יתייקר (אם בכלל; יש פיקוח על הביטוח), ההתייקרות לא תהיה כה משמעותית, ופיזור הנזק יניב לכל היותר התייקרות מינורית מאוד בעלות שירותי ההפריה או הפחתה מינורית מאוד בתשלום לתורמים, מה שלא ימנע, כך נראה, מאלה וגם מאלה מלהמשיך בפעילותם.

אם "מגיפה" בכל זאת תתרחש - יהיה מקום למחשבה מחדש, בייחוד בתביעות שבהן רלוונטית מדיניות משפטית ולפי מטרת ההרתעה המכווינה התנהגות. אפילו אז הדרך להוראה על מתן פיצוי בפועל אינה אוטומטית ועוברת דרך שיקולי המדיניות ושיקול-דעת בית-המשפט.

* + כמו כן, מכיוון שלפחות בישראל סבסוד טיפולי פוריות נחשב לרצוי מאוד, אף אם תהיה התייקרות בביטוח, סביר שההשפעה על מקבלי השירות לא תהיה ישירה. דהיינו השירות לא יתייקר, לפחות לא באותו יחס, ולכל היותר הדבר יבוא לידי ביטוי באופן עקיף דרך פיזור נזק רחב בהרבה, לא על מקבלי השירות אלא אולי על כלל הציבור, מה שיורגש בצורה פחותה בהרבה אפילו אם תהיה "מגיפה" יחסית של חזרה מהסכמות.
* **האם צריכה להיות השפעה על גובה הפיצוי לשאלה אם לתובע.ת יש ילדים קודמים?** ניתן לכאורה לטעון שהתסכול מהפסקת ההליך, במיוחד כאשר המצב הוא של נקודת אל-חזור מבחינת האישה (וייתכן גם מבחינת הגבר, שזרעו הופרה בביצית של החוזרת בה מהסכמתה והוא לא מסוגל להפיק יותר זרע מתאים), הוא תסכול גבוה יותר משמעותית אם אין לתובע.ת ילדים קודמים. בשונה מנזק ממוני, הנזק הרגשי הלא ממוני הוא סובייקטיבי ותלוי נסיבות. לכן ייתכן שיש להתחשב בנתון זה.

### הצעה 2: מתי נחשב.ת בן.ת-זוג כמפר לפי דיני החוזים והנזיקין? **פירוד כסיכול ההסכמה** המשותפת להביא ילדים לעולם

בהמשך לקביעת בית-המשפט בעניין **ר' ש' פ' נ' א' י' ז**: כאשר מדובר בבני-זוג החיים יחדיו, נשואים או ידועים בציבור, יש לבחון אם יש הסכמה משתמעת להביא ילד לעולם גם אם כבר לא יחיו יחד, דהיינו אם יקיימו מערכות יחסים נפרדות.

דיון כזה, כפי שראינו, לא תמיד נערך בכל המקרים שנדונו.

אך ייתכן שאין לשלול אפשרות של ניתוק בין קיום מערכת זוגית להסכמה להולדה משותפת, דווקא בעידן של משפחות "חדשות" כשהקשר הגורדי שהיה קיים במשפחות ה"מסורתיות" בין זוגיות ונישואים, קיום יחסי מין והולדת ילדים נותק זה מכבר.

אכן, בעשרות השנים האחרונות הזוגיות וההורות הופכות יותר ויותר להיות עצמאיות, בלא תלות בקשרי הנישואים או בהולדת ילדים ביולוגיים כתוצאה מקיום יחסי המין.

יתר על כן, לאחרונה אף רווחת בארץ ובעולם התופעה של חיים ביחד ולחוד (living apart together; LAT), פעמים גם כאשר המדובר בבני-זוג נשואים.

גם בהקשר של הורים וילדים ניתן להצביע, בין היתר, על ריבוי הבקשות לעשיית שימוש בזרע של נפטר והולדת ילד חרף העובדה שהמדובר ב"יתמות מתוכננת" והפיכת האישה לאם יחידנית בלא דמות של גבר בחייה עימו היא חיה בזוגיות.

כמו כן, כבר מזה שנים ישנם הסכמים כאלה ואחרים להבאת ילדים לעולם, הסכמים להורות משותפת, כגון בין בני-זוג הומוסקסואליים ואישה שתהרה מזרע של אחד מהם או בין בנות-זוג לסביות וגבר שמזרעו ייוולד הילד; אם כי כאן ברור שבין בני.ות-הזוג לאותו "צד שלישי" אין מערכת יחסים זוגית או משולשת, וכאן נכנס המרכיב החוזי-ההסכמי בלבד.

**מה צריכה להיות ברירת המחדל?**

אם הצדדים לא קבעו דבר במפורש בנדון, ב"הסכם קדם הורות" או בכל דרך אחרת, כצוואה ביולוגית וכדומה, ולא ניתן להסיק באופן משתמע בעניין זה מנסיבות המקרה, אזי ברירת המחדל (עד כדי צורך לקבוע חזקה) צריכה להיות שההסכמות בין הצדדים קיימות רק כל עוד התכוונו להמשיך ולחיות כבני-זוג ולהקים משפחה.

כלומר: משהוברר שהיחסים בין הצדדים הסתיימו ולא ניתן להציג ראייה על כוונה הפוכה שלהם להמשך תהליך הבאת הילד לעולם גם מבלי שיחיו יחד כמשפחה, מדובר הלכה למעשה בסיכול ההסכמה החוזית המקורית ולא ניתן לאכוף את ההבטחה, דהיינו אין מקום לכלל קנייני של אכיפת הסכם, למשל בדמות צו עשה.

כאן נותר לבחון, ברוח כלל 2, אם יש מקום לפיצוי ולקבוע את שיעורו, אם בכלל. פתרון של מחצית דמי הטיפול האחרון באחד המקרים שנסקרו, בנסיבות של החזרה מההסכמה עקב הקרע ממש רגע לפני הטיפול האחרון וללא שהבעל-הנתבע, שהיה בעמדה המתאימה ביותר למנוע את העלות של הטיפול דרך פנייה מתאימה ובזמן למכון, אכן מנע זאת, נראה בהחלט כפתרון ראוי ומאוזן לאותו מקרה.

זו דוגמה לכך שכשאין נפסק כלל קנייני, דווקא כלל אחריות יכול להיות רלוונטי, אם כי רק לגבי הרכיבים הרלוונטיים לפיצוי – שם רק לגבי הרכיב שאחרי היווצרות הקרע.

אפשרות אחרת להביע אותו רעיון, היא להיכנס באופן רשמי למוסד ה"חוזה על תנאי" לפי ס' 27 לחוק החוזים חלק כללי:

(א) חוזה יכול שיהיה תלוי בהתקיים תנאי (להלן – תנאי מתלה) או שיחדל בהתקיים תנאי (להלן – תנאי מפסיק). ...

(ג) חוזה שהיה מותנה בתנאי מתלה, זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו, אף לפני שנתקיים התנאי.

מכוחו של החוזה על תנאי ניתן לקבוע שיש הסכמה מכללא / משתמעת לטיפולי פוריות כל עוד בני-הזוג יחד.

די ברור שפירוד יפקיע את החוזה, כמימוש התנאי המרכזי באותו חוזה על תנאי.

נטל ההוכחה יוטל על המבקש להפריך את אותה חזקה.

כל שנותר יהיה לתבוע פיצויים מכוח ההפרה, ככל שהדבר יהיה רלוונטי.

דילמה: האם חוזה "רופף" יכול יותר לסבול תניות מכללא, משתמעות ולא מפורשות, בהשוואה לחוזה רגיל?

כזכור, תביעה לפי דיני הנזיקין אינה מצריכה בהכרח קיומו של חוזה, ולעניין זה אולי פשוטה יותר, אם כי קיומו של חוזה יכול לסייע גם בהיבט הנזיקי כבסיס לחובת הזהירות המושגית בעוולת הרשלנות, כאמור.

עם כל זאת, יש לומר שהמצב הראוי אינו הגשה של תביעות נזיקין או חוזים לפיצויים נגד המפר, אלא להכווין התנהגות ולמנוע מראש את הדילמה, דרך מצב שבו הצדדים מודעים היטב מה תיחשב כוונתם במקרה של קרע. שם המשחק צריך להיות אפוא מניעה והרתעה, ורק בלית ברירה להגיע לתביעה.

כדי להביא לידי ביטוי מראש את אומד דעת הצדדים בצורה הטובה ביותר, יש מקום לחשוב על הסכם קדם, ואולי אפילו הסכם מנדטורי, שיחייב את הצדדים בבחינת ברירת מחדל אם לא קבעו אחרת.

זרעים לכך נזרעו עד כה. כעת להמלצה בנדון.

### הצעה 3: עמידה על בהירות הסכמים בין מטופלים לקליניקות לפריון וכן קריאה ליצירת "**הסכם קדם הורות**" כצעד מניעתי ובסיס להסדרה בטרם מעשה אך גם כבסיס לתביעה חוזית / נזיקית לאחר מעשה במקרי חילוקי דעות

יש מקום ל"הסכם קדם הורות" כצעד מניעתי שיאיין בעיות של פרשנות לגבי המשך הליך הליכי ההפריה במקרי פירוד.

אם בכל זאת יתגלעו בעיות, יהווה בסיס חוזי ברור ולא "רופף" לפרשנות ובמקרה הצורך לתביעה חוזית או כבסיס לחובת הזהירות המושגית בעוולת הרשלנות או לתביעה מכוח הפרת חובה חקוקה של חוק זכויות החולה במקרים המתאימים.

לפיכך יש לקרוא למחוקק לחייב כל פרט, וודאי זוג, המבקשים לעשות שימוש בטיפולי הפוריות בחובה מנדטורית לעגן בחוזה ערוך מה רצונם שיעשה במטענם הגנטי/המשותף הן כאשר המדובר בהפקדת/הקפאת זרע, ביציות או ביציות מופרות, הן כאשר המדובר בחוזי "פונדקאות" בכדי למנוע בעיות חוזיות כאלו ואחרות במהלך תקופת ביצוע ההסכם.

כנספח לחקיקה שתחייב זאת, אפשר וכדאי לקבוע הסכם שיהווה ברירת מחדל, לחתימה, אם בני-הזוג לא ירצו לשנות בו הוראות.

אך בהסדרה החוזית שבין הפרטים/הזוגות המפקידים את מטענם הגנטי ובין הקליניקה לפריון אין די, שהרי בסופו של יום המדובר במערכת מסועפת יותר של חוזים והסכמות בין הפרטים עצמם ובינם ובין הקליניקה לפריון.

לכן ההצעה: קביעת חובה מנדטורית נוספת בדמות חתימה על "הסכם קדם הורות" בין שני הפרטים המבקשים להפוך להורים במשותף במסגרת טיפולי פוריות, שתיצור את המחויבויות והזכויות בינם לבין עצמם.

אם לא כך יהיה, ברירת המחדל שקבע בית-המשפט הלכה למעשה בבג"ץ **פלונית נ' משרד הבריאות**, שמכוחו החוזה של שני בני-הזוג מול מכון הפוריות נחזה על-ידי בית-המשפט להיות גם חוזה בין בני-הזוג עצמם, היא ברירת מחדל הגיונית מאוד. עם זאת, מדובר בחוזה אחיד, ויש להניח שאין כל אפשרות למשא ומתן לשינוי חלק מהתנאים מול המכון.

לפיכך לא ברור שיש כאן שיקוף אמיתי של רצונותיהם של הצדדים, מה עוד שבמקרים רבים הצדדים אינם לוקחים את טיוטת החוזה לעיון בנחת ובוודאי לא מעבירים לעיון עורכי.ות הדין שלהם, אלא חותמים יחסית כלאחר יד.

ניתן גם להפוך את ההסכם המוצע לאחד הפרקים שבמסגרת הסכמי קדם נישואין קיימים, הסכמי ממון או הסכמים שנוסחו בשנים האחרונות בין היתר למאבק בסרבנות גט.

מהם היתרונות והחסרונות במהלך כזה?

**יתרון**: הקטנה בולטת של העלויות, הן הרגשיות והן הכספיות.

**חסרונות**:

* חשש מכניסה, ולו מסוימת, למצב של "הכל או כלום", שכן זוג שלא ירצה לחתום על הסכם ממון יאבד גם את האפשרות לחתום על "הסכם קדם הורות".
* מובן גם שלא כל זוג נישא ולא כל זוג חי בשיתוף ממוני כזה או אחר כך שלעתים הדבר יהיה רלוונטי פחות.

**פתרון אפשרי**: הצעה לחתימה על הסכם כזה בנפרד, לפני תחילת הקשר בכלל, במקרים המתאימים, ולפני התחלת טיפולים בפועל, בפרט.

מי יהיה הסוכן החברתי והמשפטי שיציע לבני-הזוג את הדבר ויעודד אותם, תוך הסבר ראוי, לחתום על הסכם כזה? כהן הדת הרלוונטי? מכון הפריון?

מה יקרה כאשר לא ייחתם הסכם בין הצדדים, וגם לא מול מכון הפריון?

יש הגיון שבתי-המשפט יעשו שימוש בכלל שהציעו פורת ושוגרמן, המאפשר לצד לחזור בו מהסכמות ללא סנקציות, דהיינו ללא אכיפה אך גם ללא פיצויים;

אם כי יש צורך להבהיר היטב – וקשה יהיה לעשות זאת ללא הסכמה מראש – באילו מקרים תתכן באמת חזרה ללא כל סנקציה, ואולי באילו מקרים תתכן חזרה לעניין אכיפה וצו עשה אך היא לא תסייע לחוזר לעניין חיובו בפיצויים, ולו בשיעור מסוים, ברוח אותו כלל 2 של קלברזי ומלמד.

כמו כן, בהיעדר הסכמה אחרת, באמת אין סיבה להפלות גברים ולא לאפשר, ולו עקרונית ובתנאים מסוימים, חזרה מתרומת זרע – ויש לחשוב אם גם אנונימית וגם לא אנונימית, גם של בן-זוג וגם של צד ג' זר – לאור קיומו של הסדר מקביל חקיקתי בישראל לגבי נשים שחוזרות בהן מתרומת ביציות.

בית-המשפט לענייני משפחה בתל-אביב בפסק-דינו משנת 2016 בעניין פלונית נ' אלמוני אינו מתלהב מביצוע היקש שכזה מחוק תרומת ביציות, ואין לכך סיבה.

גם בחוזים של נתרמות ושל תורמים אנונימיים ולא אנונימיים מול בנק הזרע יש לערוך שינויים. למשל:

להגיע להחלטה, עדיף חקיקתית, מתי יכול תורם לחזור בו בכלל, ולאחר שנעשה שימוש במנה אחת לפחות מזרעו, בפרט, ללא שיהיה חשוף לסנקציה של אכיפה או פיצויים, ברוח הכלל המוצע על-ידי פורת ושוגרמן, למשל מטעמים ערכיים. לקבוע מתי בכל זאת יהיה התורם חשוף לתביעת פיצויים ואם במקרה כזה, תוך סייגים ברורים, ניתן יהיה לחשוף את שמו לנתרמת, או שבנק הזרע בלבד יוכל לתבוע אותו בתביעת שיפוי או להגיש נגדו הודעת צד ג'.

אפשרי גם להחליט מראש שהנתבע היחיד במקרים כאלה הוא דווקא בנק הזרע, המדינה יכולה להיתבע גם כן אם יוכח שהתרשלה בפיקוח, מטעמי כיס עמוק וחשש לאפקט מצנן לתרומות זרע.

ניתן גם להעלות מעט את המחיר להפריה ובכך לקדם מעין ביטוח פנימי המפזר נזק )ניתן גם להוריד את הסכום לתורמי הזרע ולהגיע לתוצאה דומה, אבל אפקט כזה עלול לצנן(. אם החזרה מההסכמה מתבצעת לפני ביצוע ההפריה הראשונה וישנן חלופות הוגנות, אין מקום לפיצוי. אם החזרה התרחשה לאחר הפריה אך לפני המשך שימוש במנות זרע מאותו תורם, הגיוני שהפיצוי לא יהיה גבוה, בייחוד אם ניתנות חלופות סבירות.

### הצעה 4: פיצויים בתנאי אי וודאות שההפריה הייתה מצליחה: פיצויי הסתמכות מול קיום ושאלת הסיכוי

הגעת הליך ההפריה או הפונדקאות לסופו המוצלח אינה עניין וודאי, בשונה למשל מהפרת הבטחת נישואין, שאליה פונה הפסיקה להשוואה באופן קלאסי. ייתכן שפיצויי הסתמכות פועלים כאן את פעולתם, בשונה מפיצויי קיום.

לו היו בתי-המשפט פוסקים פיצויי קיום דווקא, ייתכן שהיה מקום להחיל כאן את דוקטרינת הפיצוי על-פי הסתברות, כדי לדייק בשיעור הפיצוי, תוך קביעה שאם נניח שיעור ההצלחה של ההליך בעת שהופסק היה 40%, זה יהיה אחוז הפיצוי שיוטל על הנתבע )בכלל, לפי השוקל הטוב במקרים המתאימים, או מתוך מחצית כלל ההוצאות שהוצאו עד אז, לפי כללי האשם הרגילים(, שכן הנזק הוא הפגיעה בסיכוי שהתהליך יצלח וייוולד ילד.

אך ככל הנראה פיצויי קיום אינם מתאימים לסוגיה, וזאת לא רק מכיוון שמטרתם לפצות על מצב עתידי שממילא לא נכון להגיע אליו ולהפוך אדם לנשוי או לאב בעל כורחו, אלא גם מכיוון שלא באמת ניתן לכמת מצב של אי- נישואין או אי-הולדת ילד, דרך כימות הרווח שבהיות האדם נשוי או הורה.

הערה זו הייתה רלוונטית בעיקר לראשי נזק ממוניים של הוצאות הטיפול.

אין לשלול גישה שלעניין נזקים רגשיים, הרי שניתן להצביע על כאלה אף אם לא ברור שההליך היה מצליח, ויש להורות על פיצוי במקרים המתאימים בראש נזק לא ממוני זה ובאופן מלא ולא באופן יחסי-הסתברותי לפי סיכויים, שכן הנזק הרגשי מתבטא בהערכת הסיכוי שהלך לאיבוד או הופחת.

כלומר, פיצוי רגשי – כן לעתיד – אולי אפשרי הסתברות ולו על החלק ש"הושמד" עקב הסירוב להמשיך - פיצויי קיום. בעוד פיצוי בגין הוצאות – נזק ממוני – הוא רק על העבר והוא מגיע במלואו גם אם היה סיכוי שההפריה לא תצליח - פיצויי הסתמכות

**מחשבה לסיום**:

האם ייתכן שאנו במקרה של "שחור" – "לבן" – או אכיפה או שום דבר?

במקרה כזה אין לפנות לכלל 2 של קלברזי ומלמד, אלא להבין שיש עניינים "של חיים" שאם מחליטים לתת בהם צו )אכיפה(, זו החלטה קשה כמו בפרשת נחמני, אך אם אין זו ההחלטה, אין לתת שום סנקציה ואין לערב את המשפט הפרטי בכלל!

הפסיקה לא הלכה בכיוון כזה, לפחות לא באופן רשמי. אך ייתכן שפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה המנסה מאוד לצמצם את הכניסה לשער הפיצויים הולכת, ולו באופן משתמע ואולי לא לגמרי

מודע, בדרך כזו.

# תביעות נזיקין מול חוזים במשפחה

## סירוב להביא ילדים לעולם

מקרה דומה לחזרה מהסכמה לטיפולי פוריות הוא תביעה בגין סירוב בן-הזוג (הנשוי או הלא נשוי) להביא לעולם ילדים, אף אם אין בעיה ביולוגית לעשות כן.

כיצד ניתן לדון בתביעה דרך מסלול חוזי? יש לבחון את ההסכמה המפורשת לפני תחילת הקשר.

אם אין הסכמה מפורשת של הצדדים:

* יש לבחון אם ישנה **הסכמה משתמעת** כזו אם שני בני-הזוג כשירים, מעין חזקה. די ברור שבני-זוג צעירים, ב"סיבוב ראשון", שנישאים, רוצים ילדים: זו צריכה להיות החזקה. ייתכן שאם מדובר בזוג נשוי או שנכנס לקשר רציני של ידועים בציבור שלא היה ביניהם גילוי דעת מפורש בעניין, החוזה כבר אינו "רופף" כמו בחזרה מהסכמה טיפולי פוריות;
* או שהנושא **צריך לעלות באופן אקטיבי** בין הצדדים ואין לקיים כאן חזקות על דרך השלילה. לא ברור שההסכמה להינשא או להיכנס לקשר רציני משמעותה בהכרח הסכמה להביא לעולם ילדים, אפילו בגיל צעיר, אלא שאולי רק יש חזקה כזו שאפשר להפריכה בדיעבד ולאחר מעשה.

בכל מקרה ומקרה יהיה צורך לבחון אם הייתה הפרה של הסכמה זו או לא ומהן השלכות אותה הפרה.

רלוונטי כאן דיון גם באוטונומיה האישית מול זכויות הצד האחר להביא ילדים לעולם והזכות להקים משפחה, הכוללת לדעת רבים זכות להביא ילדים.

ייתכן שיש להצליב סוגיה זו עם הסוגיה של אי גילוי, בעיקר לאור פסיקת פיצויים במקרה שבו התגלה בליל הכלולות שלגבר אין כוח גברא ונקבע שהסתיר מידע מהותי זה לקשירת קשר הנישואין.

באותו מקרה, של אי גילוי, פסק בית-המשפט לענייני משפחה בירושלים בשנת 2010 הן פיצויי נזיקין והן פיצויים מכוח דיני החוזים, בגין הפרת חובת תום הלב בהסתר אותו מידע חיוני עובר לנישואין, לפי ס' 12

לחוק החוזים, וזאת, לפי ס' 61(ב) לחוק זה, אף לגישה שאינה רואה בנישואין כחוזה.

אם החוזה אכן אינו "רופף", דיני החוזים צריכים להיות באמת האופציה המועדפת, או, למצער, מסלול מועדף לפחות כמו דיני הנזיקין.

## כפיית אבהות ("גניבת זרע")

תביעה של גבר נגד מי שרוצה להיות אימא למרות רצונו שלו שלא להפוך לאב, או שהיא עושה כן ללא ידיעתו, למשל על-ידי יצירת מצג שהיא נוטלת אמצעי מניעה כשבפועל היא אינה עושה כן. יתכנו גם מקרים אחרים, אפילו גניבת ביצית.

אחת הדוגמאות לכך יכולה להיות סכסוך בין בני-זוג, נשואים או לא:

הגבר הקפיא זרע לשימוש עתידי, למשל עקב ספירת זרע נמוכה, התחלה של טיפולים כימותרפיים שעלולים לפגום בזרע או סתם מתוך רצון שלא להפוך לאב דווקא כעת, וחשש שמחמת הגיל איכות הזרע תהיה נמוכה מדי בעתיד, כשירצה ילדים. התגלע סכסוך והשניים נפרדו, ואז האישה החליטה להשתמש בזרע בניגוד לרצונו של הגבר.

הבעיה - כפיית אבהות: אף אם הילד מבחינתו לא היה רצוי, בתי-המשפט לרוב אינם "מענישים" את הילד שנולד ומשיתים על האב חובת מזונות, כך שלמעשה חיוב המזונות מוטל עליו בניגוד לרצונו ופוגע באוטונומיה שלו.

אם הוכחה האבהות, הילד ייהנה לא רק ממזונות אלא גם משאר הזכויות, כגון ירושה ושם משפחה של האב במקרים המתאימים.

אף שבאופן מסורתי בתי-המשפט לא "התלהבו" מתביעות כאלה, בשנים האחרונות אין מניעה לגבר מלתבוע בנזיקין את האישה, ולו עם הגיע הילד לגיל שבו אין יותר חיוב במזונות כלפיו.

אחד הרכיבים יהיה שיפוי – למעשה השבה – בגין אותו חיוב מזונות לא רצוני, שמגיע אמנם לילד (דרך החשבון של אמו), אך ניתן לתבעו מהאם. ישנן פסיקות שונות בנדון בערכאות הדיוניות.

שיפוי האם את האב בגין המזונות בגיל בגירות

מ. ו. נ' צ. ש. ו. (תמ"ש [מש' י-ם] 24281/06):

גבר ואישה חרדים נשואים ולא מצליחים להביא ילדים לעולם. עקב כך, הם מחליטים להתגרש. ימים ספורים לפני הגט הם מקיימים יחסים והגבר נותן לה את זרעו לצורך הפריה תוך-רחמית. בניגוד גמור לכך, האישה לוקחת את הזרע ומשתמשת בו להפריה חוץ-גופית מתורמת ביצית זרה מרומניה. כלומר, מביאה לו ילד לעולם מאישה זרה ללא הסכמתו. העתירה עוסקת ב-3 תביעות, מתוכן 2 רלוונטיות:

1. תביעת הבת למזונות
2. תביעת האיש לפיצויים בגין גניבת זרע – כל סכום שייאלץ לשלם כמזונות+פיצוי בגין נזק לא ממוני.

ביהמ"ש:

* אשם האם: התנהגות האישה מהווה עוולת תרמית, עוולת רשלנות והפרת חובת תו"ל והגינות שחלו עליה מתוקף היחסים המשפחתיים (עילה חוזית! שכן הוא נתן את הזרע לצורך מסוים, והיא השתמשה בו לצורך אחר). מעת הפריית הביצית, חובת תום הלב של האישה גוברת, מכיוון שהיא הצד החזק, שיכול להחליט על כניסה/הפסקת ההיריון וכדומה.
* נזקים לא ממוניים: ישנה בושה לא קטנה בכך, במיוחד לאדם חרדי, שמבחינתו מדובר ממש בהבאת ילד מחוץ לנישואין. ביהמ"ש מחייב את האישה ב- 100,000₪.
* תביעת הבת למזונות: ביהמ"ש מחייב את הגבר בתשלום מזונות חודשי לאישה, הוצאות חינוך, רפואה ועוד. חלקית מכיוון שהוא אמיד והאישה חסרת אמצעים. קובע שמחייבים גבר במזונות אף אם לא רצה בהולדת הילד מכיוון שאין מענישים את הילד בגין חטאי אימו – טעם מרכזי כאן ורואים גבר שמקיים יחסים כמודע לתוצאות מעשיו (במקרה שלנו חלש, כי לא הייתה צפיות כלל). כלומר, בהתנגשות בין זכות האב לאוטונומיה וכבוד לזכויות הילד, יש להעדיף את הילד.

לאור מצבה הכלכלי הקשה של האם והיותו של האב אמיד, והרצון שלא לפגוע בקטין, נקבע שיישא במזונות, אך יוכל לקבל שיפוי מלא בעתיד: על האישה יהיה לפצות את הגבר בשיעור דמי המזונות והפגיעה הרגשית שנגרמה לו, עם בגירת הקטינה או סיום לימודיה התיכוניים.

דיון:

* במקרה שלנו, אנו רואים תביעה גם במונחים נזיקיים של עוולות רשלנות ותרמית, וגם במונחים חוזיים של תו"ל והפרת חובת הגינות.
* נראה שבבסיס פסיקה זו השילוב בין זכויות הילד לצדק חלוקתי.

שאלת גניבת זרע בהונאה והפחתת אשם תורם

ד' ג' נ' ח' ח' ח' (ת"א [של' ת"א] 23789/02/11):

התובע טוען שבמהלך קשר מיני מזדמן עם הנתבעת הצהירה שהיא עקרה, ולכן הוא קיים עמה יחסים ללא אמצעי מניעה, אך מסתבר שהיא פעלה במודע ברמיה על מנת לגזול ממנו את זרעו, וכתוצאה מכך הרתה וילדה ילד.

שלום 2013: ביהמ"ש הכיר בתביעת נזיקין של גבר כנגד אשתו בטענה שהשיגה בעורמה את זרעו תוך העמדת פנים שהיא עקרה ואין ביכולתה להרות.

הגבר דרש פיצוי בגין הנזקים שנגרמו לו, לרבות שיפוי בגין הכספים שישלם על מזונות הילד. בית-המשפט קבע שהאישה במודע ובמתכוון ביקשה להונותו ולגזול את זרעו ונפסק פיצוי. הייתה הפחתה של אשם תורם עקב כך שהתובע למעשה קיים יחסי מין לא מוגנים עם אישה גרושה שידע שעברה טיפולי פוריות.

מחוזי 2015: ביהמ"ש את מחזיר את הדיון לשלום לדיון מחודש בעילת תביעה ובשאלה האם ראוי לראות בהולדת ילד בריא משום נזק.

שלום 2017: ביהמ"ש הופך את הפסיקה וקובע כי יש לדחות טענות להורות כפויה מטעמים שבתקנת הציבור, מחשש להתערבות ביחסים אינטימיים, הפרת פרטיותם של הצדדים עד כדי חילולם ופגיעה בטובת הילד וברווחתו הן הכלכלית והן הנפשית, ויש לבחון בזהירות רבה תביעות לנזק כלכלי או נפשי בעקבות הבאת

ילד לעולם, במיוחד במקרים שבהם נוצר ההיריון בדרך הטבע.

דיון:

* למה בפס"ד **מ ו נ' צ.ש.ו** כן קיבלנו טענת גניבת זרע? כי שם לא מדובר במקרה של יחסים והיריון מוטעים בגין מצג שווא, שם ממש מדובר במקרה שבו היא לקחה את הזרע שלו וברמאות מוחלטת השתמשה בו עם פרטנר אחר.
* טענות בגין גניבת זרע תתנהלנה באפיק נזיקי, שכן חזקה על בני זוג שאינם מחילים את דיני החוזים על יחסים אינטימיים, וגם אם כן – זה מנוגד לתקנת הציבור.

שאלת גניבת זרע בהונאה, שיפוי על מזונות והפחתת אשם תורם:

א"ב נ' ע"כ (תלה"מ (מש' ת"א) 33934.08.17):

גבר ואישה, חרשים-אלמים שניהם, קיימו יחסים באופן מזדמן. הגבר רצה להשתמש באמצעי מניעה, אך האישה אמרה לו במפורש שיש לה התקן תוך רחמי למניעת היריון, וביקשה ממנו שלא להשתמש. היא נכנסת להיריון ומולידה תאומים. יש תיעוד בכתב בו היא מודה במפורש ששיקרה לו בנוגע לאפשרותה להרות.

הגבר תובע תביעה כספית עקב הנזק שנגרם לו כתוצאה מחיובו במזונות – עוולות רשלנות, תרמית, גזל + הפרת חוזה. בנוסף, 200 אלש"ח עבור נזקים לא ממוניים, בושה, מתח נפשי וכדומה שנגרמו לו מהפיכתו לאב בעל כורחו.[[7]](#footnote-7)

ביהמ"ש: נפסקו פיצויי נזיקין בהפחתה של אשם תורם לגבר (שלא השתמש באמצעי מניעה).

בקשת האב לפצותו על נזקיו הממוניים בדמות חיובו בתשלומי המזונות שבהם יצטרך לשאת נדחתה, עקב ניגודה לזכויות הילד, אף שהתביעה מכוונת למעשה נגד האם ולא נגד הילדים. זאת משום שמשמעות הבקשה היא נטילה בפועל של המזונות שהוא משלם וישלם.

בכך השווה בית-המשפט למעשה את אי קבלת רכיב זה בתביעה לפסילת הסכמי שיפוי למזונות.

* **באשר לטענת התרמית**: נקבע ש- 4 יסודות התרמית התקיימו, אך ה-5 (נזק), לא התקיים, שכן בפסיקה נהגו שלא להתייחס להולדת ילד חי ובריא כנזק.
* **באשר לטענה החוזית**: נקבע כי היחסים היו מזדמנים, וחזקה שלא הייתה כוונה להיכנס ביחסים משפטיים. חשוב לציין! במאמרו של שיפמן, ממנו מצטטים כל פסקי הדין, משתמע שניתן להחיל באופן עקרוני יחסים חוזיים על יחסים ארוכי טווח, אך לא על יחסים מזדמנים.
* **באשר לטענת הרשלנות**: נקבע שייתכן עקרונית, אולי, לקבל טענות רשלנות בגין מצג שווא רשלני בנוגע לאמצעי מניעה, אך ניתן להקים חובת זהירות רק ביחסים קבועים וממושכים, ולא ביחסים מזדמנים ואקראיים.
* **באשר לטענת הנזק הנפשי**: ללא ספק היה נזק נפשי, אך פחות מאשר בפס"ד הראשון בעניינינו (22317-08-11) מכיוון שהוא לא חרדי כמו שם "ואפילו אינו דתי, שכן נכון היה לקיים יחסי מין, שלא במסגרת קשר זוגי ולשם הנאה בלבד. גם אמו העידה כזכור שלימדה את בנה לקיים יחסי מין עם אמצעי מניעה, משמע - הדבר לא היה זר לו כלל ועיקר", ולכן השופטת מחייבת את האישה בתשלום 40,000 ₪ בלבד.

דיון:

* הכרה של ביהמ"ש בנזק נפשי לא-ממוני כתוצאה מגניבת זרע – יצוין שמדובר במקרה של תשתית עובדתית מוצקה.
* הבחנה ברורה יותר בין יחסים אקראיים ומזדמנים לבין יחסים קבועים. ביחסים קבועים ייתכן שניתן יהיה להכיר ביחסים חוזיים ובחובת זהירות בנוגע לרשלנות. לכן, יש חשיבות לבירור האם מדובר ביחסים קבועים או מזדמנים.
* הולדה של ילד ותשלומי מזונות כתוצאה מכך לא נחשבת "נזק".

שאלת מצג כוזב

א.ה. נ' נ.ג (תמ"ש (מש' ת"א) 13085/10/19):

הצדדים קיימו קשר קצר שבמהלכו קיימו יחסי מין בהזדמנויות שונות והאישה הרתה. גם כאן הציגה האישה מצג שהיא נוטלת אמצעי מניעה, לטענת הגבר, ואף טענה בפניו שאין היא מעוניינת להביא ילדים לעולם והוא סמך על מצג זה, כמו גם על מצג כוזב באשר לגילה, לטענתו, מחשש שיגלה כי היא גרושה מתבגרת בגיל גבוה משלו.

למרות שהאב חויב במזונות בהסכמתו, הוא לא עתר לשיפוי על המזונות אלא בעיקר לפיצוי בגין נזקים לא ממוניים.

ביהמ"ש: תביעה שהיא בעקיפין כלפי הולדת ילד שהתובע-האב לא רצה שייוולד, ותביעה כזו מנוגדת לטובת הילד וכן יש בעיה ערכית ומוסרית לראות בהענקת חיים ליילוד חי ובריא משום נזק המבסס עילה של תרמית.

עובדתית, נקבע כי לא הוכח שהנתבעת לא נטלה גלולות, אלא להפך, וכי בפועל לא נגרם נזק ממון, כפי שדורשת עוולת התרמית, ואף לא הוכחו נזקים נפשיים כפי שנטענו.

דיון:

* גם כאן היה עיסוק בפן של הפרת חוזה, העשויה להשפיע על היקף חובת הגילוי לגבי הגיל.
* אם כן, אין כאן אמירה נחרצת שדין תביעות כאלה להידחות, ולמרות האמירות הערכיות הברורות, נראה שהתביעה נדחתה בעיקר עקב הכרעות עובדתיות.

בקשת צו להפלה מן הנימוק של נזק כלכלי עתידי לאב אם לא תבוצע הפלה

ש.א. נ' ס.מ (תמ"ש (מש' חי') 10708/02/09):

חייל בן 21 מקיים יחסים מזדמנים עם אישה בת 26, אם לשני ילדים. לטענתו, היא השקתה אותו לשוכרה וטענה שהיא נוטלת גלולות למניעת היריון. לאחר מכן היא נכנסה להיריון. הוא דורש לחייב את האישה להפיל את העובר. לטענתו, הוא בן 21 בלבד, וכפיית אבהות בשלב זה תהרוס את חייו, תפגע בסיכויו להתחתן,

ותגרום לנזק נפשי קשה. בנוסף, הוא מגיש תובענה נזיקית באשר לנזקים הכספיים שייגרמו לו כתוצאה מהילד.

**מסגרת נורמטיבית של הפלות בישראל**: הפלה בישראל בניגוד לחוק דינה 5 שנות מאסר.[[8]](#footnote-8) ישנה החרגה, ובאישור ועדה בלבד ניתן לבצע הפלה במספר עילות. עם זאת, תנאי לאישור הועדה הוא הסכמה מודעת בכתב של האישה, ולאב אין מעמד חוקי או זכות טיעון בהחלטה זו, המצויה בידי האישה בלבד (דוגמה: "לאב אין זכות ווטו, ובכל מקרה של מחלוקת בין האם והאב, תכריע דעת האם בלבד").

ביהמ"ש: דחה את בקשת הצו להפלה.

* **הזכות להוליד ילדים היא זכות** חיובית ומהווה זכות יסוד, הנגזרת בין השאר מהזכות להקים משפחה; הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט; זכות היסוד לשלמות גופנית; הזכות של הפרט להיות חופשי מהתערבות שלטונית בלתי מוצדקת; מניעת אדם מהולדת ילד עולה כדי פגיעה בכבוד האדם ותעשה רק בהתאם להוראות פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

כמו כן, לזכות ההולדה החיובית של האישה "מצטרפות זכויות נוספות ובהן בריאותה, חירותה של האישה לעשות בגופה כרצונה, זכותה לפרטיות וזאת לצד אינטרסים נוספים ובהם הכרה בעקרון של קדושת החיים, האינטרס הציבורי לדאוג להמשך קיום האנושות בהגנה על חיים עתידיים"

גם כאן, בהתנגשות שבין זכות ההולדה השלילית של המבקש, שעלולה לגרום לו לנזקים (כלכליים, נפשיים ופגיעה בסיכוי להינשא), עם זכות ההולדה החיובית של האישה, גוברת זכות ההולדה של האישה.

* **באשר לתביעה הנזיקית**: נדחית על הסף כיוון שזו טענה לביהמ"ש שלום, לא משפחה. בנוסף, ילד עדיין לא נולד ולא נגרם נזק בר-הוכחה כרגע. העתירה נדחית על כל רכיביה – אין צו לבצע הפלה, ולא דנים בכלל בתביעה הנזיקית.

### דיון ברצף הפסיקה

* למעשה, אם בעבר הייתה מוצגת הורות בכפייה כעילת הגנה בדיני המזונות בלבד, כיום כפיית אבהות עומדת כעילת תביעה עצמאית בנזיקין, עם נטייה להפחית מהפיצויים בגין אשם תורם של הגבר, אם לא השתמש באמצעי מניעה בעצמו והסתמך על דברי האישה, בבחינת "ייזהר השוכב", ולו עקב כך שנשים יכולות להרות כיום אפילו אם הן משתמשות באמצעי מניעה.
* יש להניח שהזהירות המתבקשת היא שהגבר ישתמש באמצעי מניעה משלו ולא יסתמך רק על אלה של האישה או על המצג שהיא יוצרת, אף אם אינו מצג כוזב.
* יש להניח שניתן לתבוע לא רק במקרים של תרמית הדורשת הוכחת יסוד נפשי "חזק", אלא גם ברשלנות.
* כאן עולה שאלה אם ניתן למשל לתבוע אישה שאמרה לבן-הזוג שהיא נוטלת גלולות ובאמת היא אכן נוטלת, אך שכחה לקחת גלולה אחת או כמה גלולות ונכנסה להריון. מבחינת רשלנות, דומה כי הדבר מספיק לצורך תביעה, אולם שיקולי מדיניות משפטית יכולים להביא למסקנה אחרת.

### שיח מלומדים – קארין יפת ויחזקאל מרגלית

קארין כ. יפת "בשם האם: על מהות האי-מהות במשפט הישראלי" משפטים מח 521 (2019)

קארין יפת: קיומה של עילת כפייה אבהות כעילה עצמאית בנזיקין נגד נשים, אינה ראויה. יש לקבוע כלל אי-קבילות עקרוני לטענת "אבהות כפויה" תוך היפוך נטלים התנהגותיים, כך שהאחריות למנוע הריון לא רצוי תחול ברגיל לא על נשים אלא על גברים, שיצטרכו להשתמש באמצעי מניעה. הקריאה שלא להטיל את הנטל על האישה דווקא יכולה להיראות כראויה אם הצדדים שתקו לגבי השימוש באמצעי מניעה.

לדעתה, יש להכיר ב**חריג מוגדר ומצומצם לכלל זה**: כאשר עצם ההסכמה לקיום המגע המיני מצוי במחלוקת, ועשוי להעלות כדי עבירה פלילית, כגון תרמית של נטילת דגימת זרע למטרות רפואיות ועשיית שימוש בה לצרכי הריון או הפריה.

ביקורת אפשרית על דבריה: אם האישה יצרה מצג שווא באופן אקטיבי, קשה יהיה לומר שהאחריות לא תחול עליה אלא אם אותו מצג שווא הגיע לכדי עבירה פלילית של תרמית.

יחזקאל מרגלית "מ'גניבת זרע' ועד ל'יזהר התורם' – לקראת נקודת איזון ארכימדית חדשה של טובת הילד וזכויות הגבר?" יפורסם בדין ודברים:

יחזקאל מרגלית דווקא מסכים עקרונית עם מגמת הפסיקה, אך מציע:

* להבחין בין **תורם זרע שהתנה מפורשות** שלא יהפוך לאב בשל תרומת זרעו לבין **מי שקיים יחסי אישות מרצון**, שם צריכה להיות יותר נטייה להכיר באבהות המשפטית.
* להבחין בין יחסי אישות **בצורה מזדמנת** לבין יחסים כאלה **במסגרת מערכת יחסים** יציבה ומתמשכת כבנישואים.

מרגלית תומך בפתרון של שיפוי על המזונות מגיל הבגירות, אך מציע שאם יהיו עדויות על כך שהאישה נמצאת במצב כלכלי משופר אף לפני גיל הבגירות של הילד, יש לחייבה להתחיל ולשפות את הגבר ו/או להתחיל לשלם לו על נזקיו השונים.

### שאלות העולות

#### האם מדובר בנזק במסגרת דיני הנזיקין?

האם החזר בפועל של מזונות שנפסקו כדין בדיני המשפחה, יכול להיחשב כנזק ממוני בנזיקין ולבסס תביעה,

או שמא מנגנון ההחזר על המזונות צריך להיות פנימי בדיני המשפחה ולא לבסס תביעה נזיקית?

לכאורה אם הגבר משלם מזונות ולאחר מכן יכול לתבוע השבה של כספי המזונות דרך תביעה נזיקית,

הוא למעשה מלווה לאישה את הכספים מכוח ההתחשבות בצרכי הילד, ולאחר מכן תובע את ששילם.

האם זה אכן פיצוי, המשיב מצב לקדמותו דרך **תביעת נזיקין** שבעצם שקולה ל"החזר ההלוואה", ואולי

בבחינת החזר הוצאות שהוא סוג של נזק ממוני בדיני הנזיקין?

או שאולי ההשבה, שהיא סעד חוזי, צריכה להיתבע בכלל דרך **דיני החוזים**, בהנחה שהפרה של מצג

של לקיחת אמצעי מניעה, בזדון או אף ברשלנות (כמו שכחה לקחת גלולות) מהווה הפרת חוזה, או חוסר תום לב במשא ומתן או הטעיה?

גם תוצאה זו אינה טריוויאלית, שכן לא ברור שלעניין זה היה חוזה שמאפשר סעד של השבה, שהרי

לא היה חוזה לתשלום מזונות, אלא החיוב במזונות הוא מכוח הדין.

במובן מסוים אפשר להשוות את התוצאה הזו למקרה שבו קבעה הפסיקה שכאשר אם מוותרת על מזונות ילדיה, עדיין הילדים יוכלו לתבוע את האב למזונות ללא אפשרות לחזור אל האם בתביעת שיפוי, יש להניח מתוך כך שלא ניתן להסכים על חוזה לרעת צד ג'.

ייתכן שההשבה מקורה בכלל ב**דיני עשיית עושר ולא במשפט** ולפיכך כפופה לכללים של מערכת דינים אלה, ובהם, למשל, סייג הצדק בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט:

סעיף 2 למעשה מסייג את סעיף 1 , הקובע חובת השבה:

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

(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

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

(האם זה באמת שלא במשפט? הרי המזונות נקבעו כדין)

**ניתן לומר שהעילה יכולה להיות בכל זאת נזיקית**, ואין כאן מעין "השבת הלוואה", שכן משפטית יש כאן חיובים שונים – החיוב של האב הוא במזונות ילדים ולא במזונות אישה, אלא שהוא משלם את מזונות הילדים לא לילדים ישירות, אלא לחשבונה של האם.

החיוב הנזיקי בגובה הוצאות גידול הילדים, השווה בשיעורו לשיעור המזונות שקיבלה האם, הוא למעשה הנזק, ולכן אף שהאם מחזירה לאב את מה ששילם לה בפועל ולמעשה, אלה חיובים שונים, ולכן ניתן, אולי בדוחק, בכל זאת לקבוע שיש כאן פיצוי במשמעותו הנזיקית.

#### האם קיימת עילה חוזית?

בחלק מהמקרים העילה החוזית "זועקת", כגון:

הסכם בין גבר לאישה לתרומת זרע לא אנונימית, ובתנאי שהגבר לא ייחשב הורה ולא יחויב במזונות; שיפוי האם את האב בגין המזונות בגיל בגירות

פלונית נ' פלוני (תמ"ש (מש' חדרה) 44235/01/12):

גבר ואישה הכירו אך לא ניהלו מערכת יחסים זוגית בשום צורה או יחסי מין. האישה ביקשה מהגבר זרע כדי להרות באופן מלאכותי. הם חותמים על הסכם שפוטר את האב מכל חובת אבהות באופן מוחלט. כעת הילדה תובעת את האב למזונות באמצעות האם, ומכאן הדיון.

ביהמ"ש: קיים הבדל בין תורם זרע אנונימי, שאינו מחויב כלפי הילד, לבין תורם זרע ידוע, שמחויב כרגיל.

* אין להפלות בין ילד שנולד בנישואין לבין ילד שנולד מחוץ לנישואין.
* גבר מודע לתוצאות האפשריות של מעשיו.
* אין לפגוע בילד בגלל חטאי אמו.
* הסכמות של ההורים אינן מחייבות את הילד.

לכן, ביהמ"ש קובע שתניית פטור זו אינה מוסרית, ובטלה משום תקנת הציבור, והאב חייב במזונות.

נקבע שבנסיבות המקרה המיוחדות, ברור כי האם לקחה על עצמה מידת אחריות גדולה יותר, ולכן האב יחויב

במינימום מזונות הכרחי.

דיון:

* ביהמ"ש העדיף את זכויות הילד ואת השגת השוויון לילד כזה ביחס לילדים שנולדו במשפחות "רגילות" על פני אותו הסכם, אף שבתרומת זרע אנונימית העדפת האינטרסים שונה, שאם לא כן אנשים לא יתרמו, שכן הם תורמים כדי לקבל כסף ולא כדי להיות מוכרים כאבות לילדים רבים, רגשית וממונית.
* **ביקורת**: מדוע בראייה חוזית המצב צריך להיות שונה כשהתורם ידוע ולא אנונימי, אך הייתה הסכמה ברורה בין הצדדים?

דיני החוזים מתבססים על אחריות מוחלטת. לא ברור דרך איזה מקור נורמטיבי ניתן לשלול פיצויים בגין הפרת חוזה בגלל שיקולים שכאלה. ייתכן שיש לפנות לקונסטרוקציה שלפיה לא ניתן לערוך חוזה לרעתו של צד ג' (בהנחה שמי שעוד לא נולד יכול בכלל להיחשב לצד ג').

#### האם ניתן ללמוד לשאלת הנזק מהולדה, חיים או הריון בעוולה?

בתביעות בגין הולדה בעוולה וחיים בעוולה נפסק שילד לא יכול לתבוע על הולדתו כנזק.

ב**הריון בעוולה** – התביעה היא כנגד הרופא שלא ביצע את ניתוח העיקור כראוי, התרשל ונולד ילד בריא אך לא רצוי. במצב הזה קל יותר לתבוע על הוצאות הגידול עד הבגירות, שכן מזונות הילד לכאורה מובטחים והתביעה היא רק למעין שיפוי מצד ג', החיצוני לצדדים - הרופא.

לעומת זאת, במקרה דנן יש מעין "משחק" במזונות הילד – האם מקבלת אותם אבל כבר יודעת מראש שתצטרך להשיבם. היא עלולה לקמץ מאוד בהוצאות של הילד, למשל.

מעבר לכך, כאמור, האב נותן לאם מעין הלוואה, שאולי קשה לראות את החזרתה כסעד בדיני הנזיקין, אלא השבת מה שנלקח למעשה שלא כדין, וזהו סעד חוזי או מכוח עשיית עושר ולא במשפט, אלא שבית-המשפט מורה על ההשבה בנקודת זמן מאוחרת יותר עקב טובת הילד וההתחשבות בצרכיו.

ב**הריון בעוולה** אין בעיה כזו, שכן התביעה היא של צד אחד – המשפחה (האב והאם בשם הילד) נגד הרופא. הרופא צריך לשלם למשפחה את הוצאות גידול הילד עד גיל בגרות. אין כאן "מסלקה" בדמות מעין הלוואה. הנזק מכומת בדמי גידול הילד עד לבגירותו, ואין כאן השבה אלא פיצוי של ממש, בשונה מהמקרה דנן.

#### הנזק הלא ממוני

תביעות כאלה כוללות גם טענות לנזקים לא ממוניים מצד מי שלא רצה להיות אב והפך כזה בעל כורחו.

ניתן לתבוע נזק כזה גם מכוח דיני הנזיקין, אך גם מכוח ס' 13 לחוק החוזים, המקנה סמכות שבשיקול-דעת לבית-המשפט לפסוק פיצויים בגין נזק לא ממוני בגין הפרת חוזה.

במקרה כזה ניתן לנתק ולו חלק מהפיצויים משיעור תשלום המזונות, ואז אין מדובר בהלוואה או השבה אלא בפיצוי נזיקי או חוזי של ממש, ללא סימני שאלה.

פגיעה באוטונומיה

לא מודגשת מספיק בתביעות אלה האפשרות לתבוע דרך דיני החוזים או הנזיקין בגין פגיעה באוטונומיה (עם הבעייתיות, ולו לגישת השופט עמית, לתבוע גם בגין ראש נזק לא ממוני וגם בגין פגיעה באוטונומיה).

אכן, מי שהפך להורה בעל כורחו נפגעה יכולת הבחירה שלו, ללא קשר לנזק שארע, ואולי, בהתאם לחידוש של פרשת דעקה, אפילו במנותק מכל נזק אחר.

יש להניח שעדיין "הכסף הגדול" נמצא בנזק הממוני, אך אין להתעלם מראש נזק זה, שיכול להיות משמעותי.

#### האם גם לילד יש עילת תביעה?

האם יש עילה גם לילד לתבוע את ההורה שכפה את ההורות על ההורה האחר, אם הילד יוכיח קשר סיבתי לנזק נפשי שנגרם לו ולהיותו ילד בלתי רצוי?

האם ייתכן שתהיה לו עילת תביעה גם נגד ההורה הניזוק, כביכול, בטענה שאף שלא רצה ילד, הרי משהיה הוא, התובע, לעובדה מוגמרת היה צריך לראות בו כרצוי ולהכיר בו, ומשלא עשה כן נגרמו לילד נזקים נפשיים?

בכל מקרה, נראה שלילד יכולה לעמוד עילה נזיקית ולא חוזית. במצב כזה, לא בטוח כלל ועיקר שתביעתו תוכר, שכן פירושה למעשה **חיים בעוולה** ("טוב לי שלא הייתי נולד – לא רצוי – מאשר נולדתי"), והפסיקה

למעשה חסמה עילה זו, כידוע, ואפשרה רק תביעה מטעם ההורה, במצב הקלאסי נגד צד ג' – הרופא, למשל.

## הונאת אבהות (Paternity Fraud)

מקרה ההפוך במידה מסוימת לכפיית אבהות.

זהו סוג מקרים שבו יצרה אישה מצג כוזב כלפי גבר (בעלה או לא בעלה) שהילד שלו, מסיבות שונות, בעוד הילד הוא מגבר אחר והיא ידעה זאת.

התביעות לפיצוי ביקשו, בין היתר, החזר הוצאות גידול ומזונות ששולמו עבור אותו ילד שאינו של המשלם-התובע וכן פיצוי בגין על נזקים נפשיים מובנים שנגרמו לו כתוצאה מההונאה, גם כן בדומה לתביעה בגין כפיית אבהות.

דומה כי יש לקבל תביעה כזו באופן עקרוני וכך אכן קורה בפועל:

ב.ר. נ' ה.ר. (תלה"מ (מש' י-ם) 40832/12/19)

י.פ. נ' א.פ. תמ"ש (מש' נצ') 14907/12/13)

אם כי הובאו בחשבון בפסיקה אינטרסים שונים של הילד שעלולים למנוע הכרה בתביעה, כגון מקרה שבו האם נאנסה והיא חוששת מחשיפת המקרה או שהאם קיימה יחסים עם יותר מגבר אחד והיא אינה יודעת מי האב, ובתי-המשפט לרוב נמנעים מבדיקת אבהות במקרים כאלה, לטובת הילד;

אולם תביעה תתאפשר, ולו לדעת חלק מהשופטים, רק כאשר מדובר בהונאה מכוונת וללא סיבה מוצדקת.

טענה שמדובר למעשה בצורה עקיפה בתביעה של נזקי בגידה, שאין אפשרות לתבוע אותם עקב תקדימים מפורשים של בית-המשפט העליון, נדחתה:

פ' נ' א' (רמ"ש ]מחוזי חיפה] 4463/01/22):

גם כאן, אחת השאלות המרכזיות היא אם סעד של השבה מכניס את הסוגיה למסלול החוזי דווקא.

נימוק אחד לכך הוא הקושי, גם כאן, להכיר בסעד של השבה בדיני הנזיקין, כמו בעניין כפיית אבהות.

נימוק אחר הוא שדרישה של הונאה מכוונת בלבד יכולה מאוד להקשות על תביעה נזיקית, התלויה באשם, עקב הצורך בהוכחת היסוד הנפשי.

אם נעשה שימוש בעוולת התרמית, יש להוכיח מראש גם יסוד נפשי חמור וגם נזק ממוני דווקא.

אפשר תמיד להשתמש בעוולת הרשלנות, אך הדרישה של הונאה מכוונת תכביד מאוד גם על הוכחת עוולה זו, שגם כך ברגיל אינה פשוטה להוכחה, כאמור.

דומה שבשונה מכפיית אבהות, כאן לא רלוונטיות בעיקרון טענות להפחתת פיצוי עקב אשם תורם או פיצוי על-פי הסתברות.

****

# נזיקין, חוזים, משפחה, חוקתי

## חזרה מהסכמה להמרת דת כדי לאפשר גירושין במגזר הקתולי

תביעה לפיצויים בבית-משפט למשפחה נגד בן זוג שסירב להמיר דתו כדי להתגרש במגזר הקתולי, לאחר שהבטיח לעשות כן וחזר בו.

כהקדמה, ישנם **סוגים שונים של תביעות נזיקין במשפחה**:

1. מקרים בהם **אין אינטרקציה** בין הנזיקין לדיני המשפחה:

אלו תביעות נזיקין לכל דבר ועניין, אלא שצריכה להיות רגישות לכך שתביעת הנזיקין היא בזירה המשפחתית ויש פרוצדורות אחרות בביהמ"ש לענייני משפחה.

למשל: אלימות והתעללות לסוגיהן, הזנחה פיזית ורגשית של ילדים ומושגחים, אי דיווח על אלימות והזנחה של ילדים, לשון הרע, הפרת הפרטיות, אי גילוי עבר.

למעשה תביעות אלו יכולות לשנות באופן עקיף את חלוקת הרכוש בדיני המשפחה - להוות מקצה שיפורים לחלוקה בדיעבד או דרך תכנון מראש.

במקרים מסוימים תביעות אלו עשויות להשפיע על המשמורת והסדרי ראיה (למשל בן זוג אלים),

או למטרת קנטור (למשל, בסרבנות גט - כדי לעודד מתן הגט).

1. מקרים בהם **יש אינטרקציה חיובית** בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה:

דיני הנזיקין משמשים כ'קבלן מבצע' של הפרות בדיני המשפחה שאין להם מענה הולם בתוך דיני המשפחה, ויש צורך במשפט הפרטי שיורה על פיצויים.

מטרת פיצוי על עוולות עבר, ומניעה והרתעה לעתיד.

האינטראקציה "חיובית" כי היא:

1. נסמכת על דיני המשפחה,
2. מזהה שם זכות שהופרה,
3. מאפשרת לבעל הזכות לתבוע את בעל החובה שהפר.

למשל:

* **הפרת זמני שהות** (הפרת זמני ראיה): כאשר אחד מבני הזוג הגרושים מפר את חלוקת זמני שהות הילדים שנקבעו,[[9]](#footnote-9) הסנקציות הקיימות בדיני המשפחה אינן מאפשרות שינוי (אלא רק שינוי ההסדרים, החזרת הילד החטוף, בזיון ביהמ"ש בכך שהם הפרו את החלטתו וכו').

במקרה הזה ישנה הסתמכות על הסכם לחלוקת זמני שהות שנחתם בין הצדדים ואושר בביהמ"ש לענייני משפחה/בי"ד דתי - והתביעה היא נזיקית או חוזית. או אם לא היה הסכם:

הסתמכות רק על החלטה בערכאות אלו בדבר - תביעה נזיקית בלבד (עילה נזיקית בלבד או גם חוזית וגם נזיקית).

* **חטיפות ילדים**: מקרה קיצוני של הפרת הסדרי ראיה. בין תביעות נזיקין (הפרת חובה חקוקה של חוק פלילי) לתביעות חוזיות (אם יש הסכם לזמני שהות) פיצוי במסגרת ההליך הפלילי ותביעות ע"פ אמנת האג (המספקת פתרון חלקי מאוד של החזר הוצאות).

דוגמאות נוספות הן כפיית הורות, הונאת אבהות, חזרה מהסכמה להליכי פוריות.

1. **אינטרקציה טעונה/בעייתית** בין דיני הנזיקין לדיני משפחה:

תביעה במגזר המוסלמי של אישה בגין גירוש אישה בעל כורחה ("טאלאק"; הסיכוי של אישה מוסלמית גרושה להינשא מחדש הוא נמוך) או בגין נזק מלקיחת בעלה אישה נוספת על פניה (ביגמיה, פוליגמיה).

**הבעיה**: המדינה רואה בפרקטיקה (כמו גירוש בעל כורחה וקבלת מהאר [סכום נמוך מאוד] או לקיחת אישה נוספת) כלגיטימית מבחינת דיני המשפחה הדתיים, שהם מדינתיים[[10]](#footnote-10) - אולם גם רואה פרקטיקה זו כעבירה (ביגמיה [ס' 176] וגירוש אישה בעל כורחה [ס' 181], ולא כתוב שהיא לא חלה על הדין המוסלמי) ועוולה לפי הדין הכללי, שאף הוא מדינתי.

בפועל, כמעט ואין אכיפה בפלילים - כדי לא להתערב בדין המוסלמי - ולכן תביעה נזיקית משמשת כתחליף לפלילים.[[11]](#footnote-11)

* ניתן לומר שמדובר בפלורליזם משפטי - מה עושים כאשר על אותה מערכת משפטית חלות שתי מערכות דינים, והן עלולות להתנגש? (כמו בין הדין הישראלי לדין הבינלאומי; בין הדין הדתי לדין החילוני).

האם דיני הנזיקין מעבירים ביקורת על דיני המשפחה או באים להשלים את החסר בהם?

דיני הנזיקין אינם יכולים לשנות את דיני המשפחה הדתיים, אבל יכולים להשפיע בעקיפין ע"י מתן תמריץ שלילי לנקוט בפרקטיקות הדתיות המותרות מכאן ולהבא.

1. **אינטרקציה שלילית** בין דיני הנזיקין לדיני משפחה - התנגשות חזיתית:

* **תביעה נזיקית או חוזית בגין סרבנות גט**: כאשר אישה תובעת את הבעל בנזיקין כדי לקבל גט, ישנה:
  + בעיה הלכתית של "אונס ממון" בו הבעל נכפה לתת גט, שיביא ל'גט מעושה' שהוא אסור.
  + בעיה פרוצדורלית - בקבלת תביעה נזיקית, יש כניסת ביהמ"ש לענייני משפחה לסמכות ייחודית ובלעדית של בית הדין הרבני בענייני גירושין.
  + שאלה מהותית - כיצד ניתן לקבוע בצורה אזרחית שקיימת סרבנות (מדובר בהגדרה הלכתית)? האם יש תלות בפס"ד הרבני?
* **מקרה הבוחן - תביעה לפיצויים בביהמ"ש למשפחה נגד בן זוג שסירב להמיר דתו כדי להתגרש במגזר הקתולי, לאחר שהבטיח לעשות כן וחזר בו**:

בשנים האחרונות היו כמה תביעות מסוג זה במגזר הקתולי.

בנישואים הקתולים לא ניתן להתיר את הנישואים כלל (למעט אי קיום יחסים בין הצדדים, הריון כתוצאה מניאוף, מחלת נפש וכו'). דרך שלעתים מקובלת על חכמי העדה היא המרת דת זמנית לעדה אחרת בנצרות וגירושין לפי כללי אותה עדה, ואז המרת הדת בחזרה לדת המקורית - במיוחד אם שני בני הזוג חיים ב'חטא' (עם בן זוג אחר) והכל רק בהסכמת הצדדים.

ע. נ' ע (תמ"ש (מש' חי') 14177/03/09):

בני זוג המשתייכים לעדה הנוצרית המרונית בישראל (זרם קתולי מזרחי שסר למרות האפיפיור) נשואים

ובעלי 3 ילדים. האישה מקיימת רומן ארוך עם אדם אחר, והבעל מגלה ורוצה להתגרש. עקב כך, ניתנת החלטה בבית הדין המרוני (המוכר בישראל כרשות המוסמכת) על הפרדה בין בני הזוג והמרת דת זמנית לצורך גירושין, ואז חזרה לדת המרונית.

האישה מסרבת להוראת הכמרים ("סרבנית גט" בעצם) ומאחר והדבר תלוי בהסכמת שני הצדדים - לא ניתן לבצע את התהליך. כתוצאה מכך, הבעל נשאר נשוי ולכן תובע אותה בנזיקין.

**השאלות המשפטיות**: האם סרבנות גירושין מקנה עילת תביעה בנזיקין, ובאלו עוולות? כיצד מכמתים את הנזק? ממתי מתחילים לחייב בפיצויים?

ביהמ"ש:

עוולת הרשלנות – קשר בין בני זוג מקים חובת זהירות, והפרתה והכרחת בן זוג להישאר במערכת

יחסים כושלת עשויה להקנות זכות לפיצויים בגין עוולה זו.

הפרת חובה חקוקה (ס' 287 לחוק העונשין) – "המפר הוראה שניתנה כשורה מאת בית משפט או מאת פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו ענין, דינו - מאסר שנתיים"

ניתן עקרונית לבסס הפרת חובה חקוקה גם ע"ב חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אך זה טרם הוכר בישראל, עקב קיום אפיק מתאים יותר בעוולת הרשלנות.

מתן הפיצוי מיום מתן החיוב לגט או מהרגע בו נגרם נזק בר פיצוי מעצם כפיית בן הזוג לחיות כבן ערובה הנשוי לבן זוג שעמו אין לו כל מערכת יחסים, גם בלי החלטה פורמלית (הוחלט כאפשרות ב').

הנזק הוא בלתי ממוני בעיקרו, ולכן נקבע לפי אומדן בימ"ש בכל מקרה לפי הפגיעה בניזוק

25,000+ על כל שנה נוספת שלא תסכים להתגרש ממנו – יש במקרה דנן נפסקו לתובע ₪ 50,000

לציין שהתובע דרש 50,000 בלבד, יכול להיות שבימ"ש עצמו היה הולך מעבר

פלונית נ' אלמוני (עמ"ש (מח' חי') 45532/02/13):

ערעור על הקודם.

"ייתכן ויש מנהגים בעדה המרונית בדבר המרת דת זמנית לצורך גירושין, אך אלה לא הוכחו בפני בית משפט קמא, ואנו מסופקים בקיומם… יחד עם זאת, ברור, שבית המשפט אינו יכול לכפות על מאן דהו לפעול בניגוד להלכות הדת של אותו צד"

אין לכפות המרת דת זמנית לצורך גירושין.

בע"ם 7939/17 פלוני נ' פלונית - פס' 9:

בני זוג מהכנסייה הקתולית-יוונית נשואים. בשלב מסוים מתגלה לבעל כי היא מנהלת רומן ארוך שנים עם גבר זר, עוד זמן רב מלפני הנישואין. ב-2008 הם נפרדו סופית, ורק ב-2015 בית הדין הקתולי הסכים לבטל את הנישואין שלהם (ביטול, שהרי אין גירושין בכנסייה הקתולית).

הגבר תובע במספר רב של עילות, ביניהן פיצויים בגין עיכוב בהתרת הנישואין עקב סירובה של האישה

להתגרש ממנו. עילה זו נדחתה במשפחה ובמחוזי, וכעת מדובר בבקשת ערעור לעליון.

**השאלה המשפטית**: האם ניתן לתבוע אישה קתולית בגין "סרבנות גט" קתולית או סירוב להמיר דת באופן זמני לצורך גירושין?

השופט מזוז: גירושין אסורים בכנסייה הקתולית, ולכן כל עוד לא הותרו – אין כזה דבר "סרבנות גט"

בין בני זוג קתולים. "אמנם ידועה האפשרות בקרב בני זוג קתולים ל"המרת דת זמנית" לזרם אחר בנצרות המכיר בגירושין, אך מדובר במהלך שאפשרי אך ורק בהסכמת הצדדים ובית המשפט לענייני משפחה אינו

יכול לכפות אותו אף מקום שישנה סרבנות גירושין מתמשכת".

דיון:

* נקבע שסרבנות גט קתולית עקב חוסר רצון להמיר דת באופן זמני לצורך גירושין מקנה עילה לפיצויים בגין רשלנות והפרת חובה חקוקה.
* מדוע לא תבעו בחוזים? ניתן לומר שלא ברור לגמרי שמדובר בחוזה, שהרי לא כל הבטחה מקימה חוזה. (מצד שני, אולי חובת הזהירות המושגית יכולה להישען על חוזה - גם רופף או מיוחד).
* בעיות של חופש דת מול אפשרות היציאה מנישואין דתיים שכבר הסתיימו בפועל - עניינים נזיקיים וכן חוזיים (הפרת הבטחה). מה עדיף? מה ההבדלים?
* האם פיצויים בגין נזקים מחזרה מהבטחה להמיר דת מהווים פגיעה - ישירה או עקיפה - בחופש הדת? ניתן לומר שלא, כי מדובר בכלל אחריות ולא בכלל קנייני. בדיני משפחה לא נכריח. אולם ניתן לומר שיהיה לה תמריץ להמיר את הדת, שאמנם לא פגיעה קשה כמו כלל קנייני, אך עדיין פגיעה.
* **האם בכלל נכון להשוות לסרבנות גט במגזר היהודי ולקבוע שסרבנות היא סרבנות בכל מגזר?**
  + **סרבנות במגזר היהודי**: נתפסת כדבר שלילי חברתית, וכך גם על-פי הדין העברי-היהודי, אף שלעתים באמת לא ניתן לחלץ את המסורב/ת לפי דין זה, מה שמעורר מתח בין הדין הדתי לליברלי. כדי לא לסרב (או לא להמשיך לסרב) על הסרבנ/ית, בפשטות, לתת/לקבל גט. תביעת הנזיקין בעייתית לחלק מהדעות בדין העברי, שכן היא עלולה לגרום לעישוי הגט, אך אין חולק שהצעד הראוי הינו לא לסרב.
  + **סרבנות במגזר הקתולי**: לעומת זאת, יש צורך להסכים להמרת דת, אף אם זמנית. כפייתה, אפילו בעקיפין דרך הטלת פיצויים, יכולה להיתפס כהתערבות קשה הן באוטונומיה האישית והן בחופש הדת – עקרונות שיכולים להיתפס כלא פחות חשובים מהרצון לשחרר מסורבים מנישואיהם, ולכל הפחות מחייבים איזון עדין יותר מאשר במקרה היהודי

גם במקרה היהודי יהיו שיטענו שהתערבות פירושה פגיעה באוטונומיה האישית של הסרבנים, למשל אם הם באמת ובתמים רוצים להיוותר נשואים, אך דומה שבמקרה הנוצרי הפגיעה באוטונומיה חמורה יותר.

* סוגיית ההסכמה להמרה:
  + הסכמה להליך - אם קיימת בין הצדדים הסכמה להליך ההמרה, לפי הפסיקה אין בעיה. הבעיה - כאשר קיימת חזרה מהסכמה.
  + אך עולה גם שאלת המניע לחזרה מהסכמה:
    - גישה א': האם אפשר לטעון שאין דומה חזרה מהסכמה עקב טיעון חופש דת, שיכולה להיות לגיטימית, לחזרה מהסכמה עקב רצון להתנקם בבן הזוג, שאינה לגיטימית ויכולה לבסס אחריות במשפט הפרטי?
    - גישה ב': דרך אחרת להסתכל על ההבדל היא העובדה שבני זוג קתולים נכנסים בכוונה לנישואים שבהם אין גירושים כמעט כלל, לעומת בני זוג המתחתנים כדת משה וישראל היודעים שלמרות שיש אפשרות לסרב, עדיין ניתן עקרונית להתגרש.

אף כי ניתן לומר שגם במגזר הקתולי הצדדים אמורם לדעת שישנן אפשרויות התרה, ושאי ניצול הזדמנות להיתר עלול להוות החמצה.

ואפשר גם לקבוע שכל עוד אין הסכמה להמרה זמנית, לא ניתן לראות אי הסכמה כסרבנות למרות אי האפשרות להתיר נישואין שנגמרו בפועל.

שני בתי משפט (שלום ומחוזי) בחרו בגישות שונות.

* המצב הרצוי - תביעה לפיצוי כאיזון בין כלל קנייני לכלל אחריות?כשההמרה הזמנית אפשרית ואף רצויה חברתית(עדיף שזוג שנישואיו נגמרו דה פקטו לא ימשיך להיות נשוי אף על הנייר) ודתית (שכן סביר שבני זוג כאלה יחיו בחטא עם אחרים) ולא נלווית לה סטיגמה (מההמרה הזמנית), ובן הזוג חזר בו מהסכמתו ואולי אף אם סירב מלכתחילה (בתלות שאלת המניע) - יתכן שדווקא אין לשלול אפשרות לפיצוי, כי מה שחשוב הוא עצם התרת הנישואין.

ללא הסכמת חכמי הדת, דומה הדילמה לפיצוי בגין סרבנות גט גם ללא החלטה קודמת של ביהד"ר לגט בדרגה כלשהי - פסיקה השנויה במחלוקת, שיש הסבורים שמקימה לכל היותר בעיה ראייתית ולא מהותית.

האיזון בין הפגיעה בחופש הדת, האוטונומניה האישית והזכות לחזרה מהסכמה לבין ההזדמנות הנדירה להשתחרר מנישואין שהסתיימו דה פקטו ולהקים משפחה חדשה לא יוכל אמנם לגרור סעד קנייני בדמות צו לאכיפת ההבטחה והמרת הדת הזמנית בפועל, שכן זהו סעד 'חזק' מדי (שגם אינו בסמכותו של ביהמ"ש לענייני משפחה). אולם איזון זה אולי יוכל, במקרים המתאימים ודווקא כאשר ההמרה היא זמנית וחכמי הדת מסכימים לה, לאפשר שימוש בכלל אחריות בדמות הטלת פיצוי.

בעבר אוזן חופש הדת בעניינים שונים, גם מול זכויות במשפחה בענייני חינוך ועניינים אחרים, למשל ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני. האיזון ייעשה בהתאם לפסיקת בג"ץ שקבע שזה ערך יסוד הנובע מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולפי פסקת ההגבלה.

* ואם כבר אחריות אז - תביעה חוזית או נזיקית? התביעה החוזית יכולה להיות פשוטה מהנזיקית, שכן אינה נכנסת לשאלות של קש"ס, אשם ואשם תורם ובתביעת רשלנות יש גם שיקולי מדיניות משפטית חזקים (חופש דת, אוטונומיה).

אולם, יש לבחון:

1. האם ההבטחה באמת מעמידה יחסים חוזיים מחייבים ותקפים,
2. אם לא היה איום,
3. האם הפרת ההבטחה מאפשרת תביעה בגין:
   1. הפרת חוזה על בסיס חוסר תו"ל לפי ס' 39 לחוק החוזים.
   2. או שלא הייתה כל כוונה ליצור יחסים משפטיים ולקיים את ההבטחה, כך שהפרתה נועדה לתעתע ולנקום ולא עקב פגיעה בחופש הדת, שאז ייתכן שההסתמכות תיצור בסיס לפיצוי דווקא מכוח ס' 12 לחוק החוזים – חוסר תום לב במשא ומתן (רלוונטי גם לדיני הנזיקין מכוח ס' 61(ב) לחוק החוזים, יחד עם עוולות הרשלנות ומצג שווא רשלני).

**אם החוזה רופף** האם יכול לבסס חובת זהירות מושגית ברשלנות ויש להעדיף מסלול נזיקי?

מצד שני, שיקולי מדיניות משפטית חזקים של חופש דת ואוטונומיה ברשלנות דווקא.

בפועל יש להניח שהיקף הפיצוי לא יושפע מהפניה למסלול חוזי כזה או אחר או נזיקי כזה או אחר.

האם הסכמה להמרה זמנית צריכה להיות מעוגנת בהסכם בכתב המאושר על-ידי בית-המשפט או

לפחות בטקס מסוים, כמו במקרים אחרים בדיני משפחה, וכפי שהפרת הבטחה להינשא אין לה נפקות במקרים רבים?

* הנטל להוכחת המניע לחזרה מהסכמה: ניתן לקבוע שהוא יוטל על הנתבע-הסרבן, ונקודה ראייתית זו תשליך בפועל על מהות האיזון.

אפשר כמובן גם לקבוע להיפך, שהנטל ברגיל הוא על התובע, ואם הוא לא הורם ולא הוצבע אחרת, הגיוני שהמניע הוא דווקא חופש דת ולא מניע נסתר אחר.

* מה דינה של שתיקה, דהיינו אי הסכמה קודמת בכתב או בעל פה?

ניתן לקבוע ששתיקה תיצור חזקה שהתחייבות להמרה זמנית ניתנת לביטול ממניעי חופש דת בלבד (אם כי העיסוק במניע נקמני מכניס שאלות לא פשוטות של אשם לדיני החוזים).

אם לא תיווצר חזקה כזו וגם לא תהיה הסכמה וחזרה מהסכמה אלא רק שתיקה, הנטל להוכיח מניע נקמני יוטל על כתפי התובע.

ניתן להשוות לחזרה מהסכמה לטיפולי פוריות באין הסכמה מפורשת קודמת מה קורה במקרה

של קרע.

אם לא הייתה הסכמה מראש בעל-פה או בהסכם יהיה קשה להפעיל את המשפט הפרטי, אלא אם כן מניע פסול כגון נקם, שעל התובע להוכיחו, יספיק לצורך כך.

זהו מקרה מבחן בעל פוטנציאל אוניברסלי של **מתח דתי-אזרחי**

בבחינת פלורליזם משפטי, כשהמקרה נתון ליותר ממערכת דינים אחת (בישראל שתי המערכות מדינתיות, ברוב העולם מערכת אחת אזרחית מדינתית והאחרת דתית לא-מדינתית שההשתייכות אליה מבחירה).

בין היתר, עולות השאלות הבאות:

1. מה תפקיד המשפט הפרטי?האם על המשפט הפרטי לתרום לשינוי סטטוס דתי ולתמרץ שלילית סרבנות, או שעליו רק להתמקד בפיצוי, כמו בסוגיית גירוש אישה בעל כורחה במגזר המוסלמי – טלאק (המעגל השלישי לעיל), שם הסטטוס סופי והפיצוי רק על הנזקים?
2. האם פיצוי עונשי?האם פיצוי, בייחוד לעתיד, הוא מעין עונשי ממש, דהיינו תמריץ להמיר דת (ביהודי - תמריץ לא לסרב), בבחינת שווה ערך בפועל לסעד קנייני דה-פקטו, הפוגע קשות בחופש הדת ובאוטונומיה האישית (במקרה שלנו, של הבעל)?
3. **האם יש כאן התנגשות** בין **צדק מתקן** (מצד שני, ניתן לומר שלא בהכרח יש כאן אשם), **צדק חלוקתי** (מי החזק ומי החלש - האם החזק היא האישה הסרבנית ולכן יש לתת לפחות פיצוי? או שמא הבעל הוא החזק, כי בפועל דרך התביעה הוא סוחט אותה?) ו**הרתעה** (נראית ברורה בקבלת התביעה. מצד שני, ניתן לומר שיש לשמור את ההרתעה למקרים קשים כמו סרבנות גט ארוכת שנים במגזר היהודי, ולא לאישה שלא עשתה כל רע)?
4. **האם בשם** ערכים חוקתיים **ניתן למנוע פיצוי בגין הפרת הבטחה?** האם מכוח ניגוד לתקנת הציבור? לערכי יסוד? זו פגיעה בזכות הקניין. יש האומרים (למשל ברק בפסיקה מפורסמת בעניין עדאלה), שזכות התביעה בנזיקין היא זכות קניינית ולא ניתן לחסום אותה.

אך זהו גם מקרה מבחן להתנגשות עם **ערכים ליברליים-חילוניים**

* פגיעה באוטונומיה אישית וביכולת לחזור מהבטחה (מעבר לחופש הדת, זהו) מול השתחררות מנישואין דתיים שנגמרו (פגיעה בזכויות אדם אם אדם נשאר נשוי למרות שאינו מעוניין), למניעת פגיעה הן בזכות אדם והן, אף בהיבט זה, באוטונומיה אישית.
* ניתן להשוות זאת בנקודה זו ל**תביעת נזיקין בגין בגידה**: בד"כ דיני המשפחה האזרחיים מתרחקים מאשם, בעוד הדינים הדתיים מיוסדים על אשם. אולם בתביעת נזיקין בגין בגידה יש מעין היפוך תפקידים - במסגרת דיני הנזיקין נדון **האשם שבפירוק המשפחה** (יש צורך בעילת גירושין או הסכמה משותפת), בעוד דיני המשפחה המערביים-חילוניים חותרים ל**גירושין ללא אשם** (היכולת להתגרש היא האוטונומיה של בן הזוג).
* כיצד יתכן שזה מקרה יחיד בעולם? אכן בעולם מקובלת הפרקטיקה של המרת דת זמנית, אך ברוב (אם לא כל) המקרים אין צורך בהסכמת שני הצדדים.
* בישראל יש לבחון את הכלים שהמדינה נותנת לפתרון הדילמה, גם מבחינת ההשפעה של המשפט הפרטי.
* כמו כן חשובה ההתייחסות לתפקיד המדינה לדאוג לאזרחיה, גם הלא יהודיים, שזכויות אדם שלהם נפגעות קשות. על המדינה להעניק לאזרחים אלה כלים שוויוניים ככל הניתן לאלה הניתנים ליהודים מסורבים, גם לגבי התרת נישואיהם.

### במקום סיכום

* הדיון בהתייחסות למעין 'סרבנות גירושין' במגזר הנוצרי מהווה השלמה של הדיון בהתייחסות של מדינה ליברלית ומודרנית לפרקטיקות תרבותיות הפוגעות בזכויות אדם במשפחה, המותרות לפי דין המדינה (פלורליזם משפטי), אך שהמדינה יכולה וצריכה לאפשר מאבק בה דרך זרועות החיצוניות לדיני המשפחה ובהן משפט פרטי (וגם דין פלילי).
* דיון כזה נערך עד כה בעיקר לגבי המגזר היהודי (סרבנות גט – המעגל הרביעי) והמוסלמי (גירוש אישה בעל כורחה וריבוי נשים – המעגל השלישי). השלמת הדיון גם למגזר הנוצרי-הקתולי נצרכת, תוך כדי הרחבה הדיון לדיון אוניברסלי באפשרות למציאת מזור למצוקה לא רק של "עגונות" יהודיות, אלא גם של אחרות בעולם בזמן נתון, במדינותיהן, כל מדינה לפי אופייה ודרכה. למעשה עולה שסרבנות גט (גירושין) במובנים רבים אולי אינה תופעה יהודית דווקא.
* גם כאן המשפט הפרטי ממלא תפקיד במאבק בתופעה, אם דרך דיני הנזיקין ואם דרך דיני החוזים.
* ייתכן גם ש**הסכמי קדם נישואין מתאימים**, כמו אלה הקיימים במגזר היהודי בארץ ובעולם, יוכלו להסדיר את העניין מראש, אם יזכו לברכת חכמי העדה, לאחר הסברה מסיבית שם.

# נזיקין ופלילים (1): פיצוי לנפגעי עבירה בהליך הפלילי

במסגרת הסדר טיעון ובמסגרת מנגון סגירת תיק מותנת.

האם יש מקום לפצות את הקרבן במסגרת הליך פלילי, או שמא יש להשאיר את המלאכה להליך האזרחי שהקרבן רשאי לנקוט? שאלה זו מהווה את לב המחלוקת בענישה הפלילית שבין תורת הגמול (retribution) ובין גישת "הפיצוי והתיקון" (reparative justice).

בשונה ממדינות אחרות, בישראל אין הסדר חקיקתי המבטיח פיצוי מטעם המדינה לנפגעי עבירה. אולם קיימים בחקיקה הסדרים לפיצוי מאת הפוגעים:

## הסדרים לפיצוי מאת הפוגעים

### הוראה שבשיקול דעת ביהמ"ש במסגרת ההליך הפלילי

סעיף 77 לחוק העונשין התשל"ז-1977:

77. (א) הורשע אדם, רשאי בית המשפט לחייבו, בשל כל אחת מן העבירות שהורשע בהן, לשלם לאדם שניזוק על ידי העבירה סכום שלא יעלה על 258,000 שקלים חדשים לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו.

(ב) קביעת הפיצויים לפי סעיף זה תהא לפי ערך הנזק או הסבל שנגרמו, ביום ביצוע העבירה או ביום מתן ההחלטה על הפיצויים, הכל לפי הגדול יותר.

(ג) לענין גביה, דין פיצויים לפי סעיף זה כדין קנס; סכום ששולם או נגבה על חשבון קנס שיש בצדו חובת פיצויים, ייזקף תחילה על חשבון הפיצויים.

"הורשע אדם" - אם מסיבות שונות של מדיניות משפטית ביהמ"ש החליט שלא להרשיע, לא יוכל המבקש ליהנות מהסעיף.

"רשאי ביהמ"ש" - לעתים לא נפסק פיצוי כלל, לעתים נפסק קנס לטובת המדינה ולא פיצוי או גם וגם.

יש מחלוקת בפסיקה האם האופי של הפיצויים הוא פלילי-עונשי (כמו קנס), אזרחי או ביניים (משנה לגבי ערעור ועצם ההליך ועוד). הנטייה בביהמ"ש - בין אזרחי לביניים.

**לגבי קטינים**, קיימת שתי הוראות חוק נוספות ספציפיות, בחוקים אחרים.

1. לגבי קטינים פוגעים: ניתן לחייב את הקטין או את הוריו בתשלום פיצוי למי שניזוק מהעבירה שאותה ביצע.
2. לגבי קטינים נפגעי עבירה: תיקון לחוק המרכז לגביית קנסות, המורה שעד 10 אלש"ח פיצוי שנפסק לנפגע קטין ישלם המרכז לגביית קנסות ישירות לנפגע ויהפוך נושה של העבריין.

לעתים לא נפסקים פיצויים כלל, לעתים נפסק קנס ולא פיצוי ולעתים נפסקים שניהם.

ברוב המקרים הסכומים רחוקים מתקרת הסעיף, אפילו במקרים חמורים. במקרים רבים אין ביטוי בהכרח לכך שישנם כמה אישומים.

המחוקק הישראלי נתן ביטוי לאיזון בין הגישות בס' 77 (פיצוי מכיס העבריין) מסיבות אלו:

* יעילות: יתכן ועקב סכום הפיצוי המשמעותי (עד 258 א"ש), הנפגע יבחר שלא לפנות למשפט האזרחי. בכך יחסכו עלויות רבות, לרבות שכר טרחת עורך דין במשפט האזרחי ויוקל עומס ביהמ"ש.
* הקלה על הנפגע: ייחסך ממנו הפחד פן יאיים עליו העבריין אם יעז להגיש תביעה אזרחית וכן תיחסך ממנו המועקה הנפשית הכרוכה בעמידה חוזרת מול העבריין ועימות עמו במשפט האזרחי. פיצוי שכזה יקטין את הסיכון לעשיית דין עצמית מצד הקרבן המתוסכל ובכך יימנעו הפרות חוק נוספות.
* מבחינת שיקום העבריין: דרישה שיישא ישירות בנזק שגרם לאדם אחר בסטייתו מדרך הישר, הנה חיונית. יהיה בכך כדי לגרום לו ל חשוב היטב על אודות תוצאות מעשיו.

טיעונים כנגדו:

* תמריץ לחוסר זהירות: פיצוי אוטומטי יגרום לקרבנות פוטנציאליים לנהוג בחוסר זהירות בדבר שלומם הגופני,
  + מענה: אדם בר דעת אינו מכלכל את צעדיו באופן שיהיה מוכן לסכן את עצמו, רק כדי לזכות בפיצוי. ישנן תחושות שכסף אינו יכול לרפא.
* יש להפריד בין המשפט הפלילי לאזרחי: האחד מכוון לענישת מעוולים והאחר מכוון לפיצוי עקב מעשי עוולה ואין לערבב ביניהם.
  + מענה: מטרות שני ענפי משפט אלה אינן כה שונות וחלקן אף חופפות. על ידי תגובה הולמת להפרות חוזה ולעוולות נזיקיות, לא זו בלבד שמערכת המשפט האזרחית מנסה לתת מענה ותרופה לניזוק הספציפי, אלא אף שואפת למקסם יעילות כלכלית, להכווין התנהגות, לדאוג לשלום הציבור וליצור הרתעה ציבורית ואישית מפני התנהגות מעוולת.

אסף נ' מדינת ישראל (רע"פ 2976/01):

אישה הואשמה בכך ששפכה מים רותחים על שכנה, וגרמה לו לכוויות משמעותיות. בית משפט השלום בחדרה קבע שהיא אכן ביצעה חבלה של ממש (ס' 380 לחוק העונשין), והטיל עליה 150 שעות שירות, וכן חייב אותה בתשלום ₪7,700 פיצויים לניזוק. קריטי: עבודות השירות ניתנו ללא הרשעה בהתאם לס' 71 לחוק העונשין שמאפשר זאת. בערעור למחוזי נקבע בדעת רוב שהשלום היה מוסמך לתת פיצויים. כעת מדובר בערעור לעליון.

**השאלות המשפטיות**: האם ניתן להעניק פיצוי לפי ס' 77 במקרים של עבודות שירות ללא הרשעה? החלטה בסעיף הקודם תיגזר במידה רבה מהשאלה – האם ס' 77 הוא סעיף "אזרחי" הנמצא בחוק העונשין, או סעיף "עונשי"?

השופטים חשין וריבלין (דעת הרוב):

* ס' 77 הוא סעיף אזרחי מובהק, ומיקומו בחוק העונשין הוא טפל. במשפט הפלילי העבריין והענשתו עומדים במרכז. לעומת זאת, במשפט האזרחי הניזוק, ופיצויו בגין סבלו והנזק שנגרם לו עומדים במרכז.
* מיקומו של הסעיף בחוק העונשין נגזר מהרצון לעשות קיצור דרך ולאפשר לנפגע עבירה לזכות בפיצוי ללא צורך לטרוח בתביעה אזרחית.
* יש להבין את מונח ה"הרשעה" בסעיף באופן רחב, גם על מקרים בהם נקבע שהנאשם ביצע את המעשה המזיק, ללא הרשעה אקטיבית ממש, ולכן ניתן לגבות לפי ס' 77 גם במקרים שאין הרשעה מוחלטת.

השופטת נאור:

* ס' 77 הוא סעיף עונשי ולא אזרחי, דבר הנלמד ממיקומו בפרק "דרכי ענישה", פרשנות לס' 35 ב לחוק העונשין ועוד.
* התפיסה בחוק זכויות נפגעי עבירה היא של הדין הפלילי כמגן לא רק על החברה, אלא גם על הפרטים, ולכן, למרות שמדובר בפיצוי ליחיד – לא מדובר בפיצוי אזרחי.
* מכיוון שהסעיף הוא עונשי-פלילי מובהק – מחילים עליו את עיקרון היסוד הפלילי, לפיו אין ענישה אלא לפי חוק, ולכן במקום שאין הרשעה - אין לגבות פיצוי זה.

דיון:

* במקרים בהם נקבע כי נאשם ביצע את המיוחס לו, אך הוא מקבל עבודות שירות או מחויב באמצעים שיקומיים אחרים ללא הרשעה - ניתן לגבות ממנו פיצויים לנפגע העבירה לפי ס' 77 לחוק העונשין, בניגוד לדעת המיעוט של נאור, המחייבת הרשעה ממש.

### סגירת תיק בהסדר

תיקון מס' 66 לחוק סדר הדין הפלילי מאפשר לרשויות התביעה, החל ממאי 2013, להימנע מהגשת כתב אישום נגד חשוד ולסגור את התיק בעניינו, אם הוא יודה בביצוע העבירות המיוחסות לו ויקיים תנאים שנקבעו בהסדר (חלופה שלישית בין סגירת תיק מסיבות שונות[[12]](#footnote-12) לבין הגשת כתב-אישום).

במקרה כזה, יירשם כי התיק נסגר בעילה של "סגירת תיק בהסדר", כאשר הפרת תנאי ההסדר תביא להעמדתו לדין של החשוד בעתיד.

* ההסדר המותנה נערך **בהסכמה** בין התביעה ובין החשוד.
* **מטרותיו**:
  + התאמת התגובה החברתית לעבירות לא חמורות באופן יחסי.
  + מתן הזדמנות לחשודים הראויים לכך לתקן את דרכיהם.
  + הפניית משאבי תביעה ומשאבים שיפוטיים לטיפול בעבירות חמורות יותר.
* בהסדר נכללות רק **עבירות מסוימות**, כגון מעשי פזיזות ורשלנות, חלק מעבירות המחשב, חלק מעבירות על חוק זכויות יוצרים, עבירות על פקודת סימני מסחר ועבירות של סיכון ילדים.
* **תנאי לתחולת ההסדר**: לפי סעיף 67א(ב) לחוק סדר הדין הפלילי, התנאי הוא שהתובע ראה כי מילוי תנאי ההסדר יענה על רכיב ה-"עניין לציבור" בנסיבות המקרה, וישנה תשתית ראייתית להעמדה לדין.
* **שני תנאים מצטברים** לאפשרות לסגירת התיק:
  1. העונש המותאם לחשוד אינו כולל מאסר בפועל (או בעבודות שירות) (לדעת התובע, לפי הוראות סימן א' 1 לפרק ו' לחוק העונשין, לעניין הבניית שיקול הדעת בענישה);
  2. אין ברקע - ב-5 השנים הקודמות לאותו הסדר - הסדרים קודמים, חקירות או משפטים פליליים תלויים ועומדים שאינם חלק מאותו הסדר.
* **משמעות ההסדר המותנה** היא שהחשוד יודה בעובדות המעשים המיוחסים לו ותמורת זאת יתחייב לקיים תנאים שיפורטו בהסדר המותנה מתוך רשימה:
  + תשלום לאוצר המדינה עד לסך 14,400 ש"ח ו**פיצוי נפגע העבירה עד לסך 14,400 ש"ח** – ובלבד שתקופת התשלום לא תעלה על שנה.
  + התחייבות להימנע מביצוע עבירה.
  + הסכמה לתכנית מבחן.
  + הפקדת רישיון נהיגה.
  + הפקדת כלי ירייה.
  + כתיבת מכתב התנצלות לנפגע העבירה ועוד.
* הגבייה מתבצעת ע"י רשות האכיפה והגבייה, והתשלום מועבר לנפגע (במקרה של פיצוי) ולאוצר המדינה או לגורם אחר שנקבע בחוק (במקרה של קנס).
* **אם החשוד יקיים את התנאים** במועד שעליו הוסכם, לא יוגש נגדו כתב-אישום, והתיק ייסגר סופית בעילה חדשה של "סגירה בהסדר", ללא הרשעה וללא סטיגמה פלילית.

לנפגע אין זכות ערר על סגירת תיק בהסדר (בין היתר מכיוון שבדומה להסדר לעניין החלטה על הגשת כתב-אישום, הסדר מותנה כולל תנאים שמילויָם אמור להביא למיצוי העניין לציבור, בנסיבות העניין, תחת הגשת כתב-אישום) וגם על אי פסיקת פיצויים לטובתו או על פסיקת פיצויים נמוכים מדי.

* **אם החשוד יפר את התנאים**, יוגש נגדו כתב-אישום וינוהלו נגדו הליכים פליליים בבית-משפט. אם יזוכה, יוחזרו לו התשלומים ששילם.
* גם כאן כפוף הפיצוי לשיקול-דעת, הפעם לא של השופט אלא של התביעה, וגם כאן "מתחרה" הפיצוי עם קנס לקופת המדינה.
* לא ניתן להשתמש בהודאה לצורך הקלה ראייתית בתביעת נזיקין או בתביעה נגררת.

**נקודת ההנחה**

מדובר במנגנונים ראויים, אך שיש לשפרם ולייעלם בהיבטים שונים ובאופן משמעותי: המדינה מערימה קשיים פרוצדורליים ואחרים, החל משלב ההוראה על מתן פיצוי ועד לשלבי הגבייה והאכיפה, ומצריכה את הנפגעים להתמודדות נוספת.

לא יהיה כאן עיסוק במנגנוני פיצוי מאת המדינה ורשויותיה, כפי הקיים במדינות שונות, ובחלק מנפגעי העבירה גם בישראל (למשל נפגעי איבה).

## הצעות לשיפור המנגנונים הקיימים

אסנת אלירם "פיצויים לקרבן העבירה – הצעה לדגם חדש" מחקרי משפט יט 205 (2002):

יוצעו הצעות לשיפור שלושת המנגנונים – פיצוי בהליך הפלילי ובמסגרת הסדר טיעון וכן במסגרת סגירת תיק מותנית – בדמות תיקוני חקיקה נדרשים ופרשנות שיפוטית רצויה לחקיקה הקיימת, זאת במטרה להקל על סבלם של נפגעי עבירה ולאפשר להם לקבל פיצוי על נזקיהם מאת הפוגע בצורה מהירה ויעילה ככל הניתן, אך ללא התעלמות מהצורך באיזון עם זכויות הנאשם ועם האינטרס הציבורי.

מיצוי יעיל יוכל לייתר במקרים רבים, הגשת תביעה נזיקית או נגררת להרשעה בפלילים - שאף שיש המצביעים עליה כדרך הטובה ביותר למיצוי זכויות נפגע העבירה - היא מטילה עליו נטל עצום ולא הוגן לנהל הליכים באופן עצמאי, על המחיר הכלכלי והרגשי הנלווה.

חלק גדול מההצעות לא מצריך הגדלת תקציב.

### הצעה 1: פסיקת פיצוי בהליך הפלילי כעניין שבחובה

כאמור, ס' 77 לחוק העונשין מאפשר פיצוי לנפגע בשיקול בית משפט בלבד, ללא קביעת קריטריונים לשיקול דעת זה. ייתכן שגם קיצוניות הפוכה לא מתאימה – פיצוי תמיד ובכל מקרה ללא שיקול דעת.

**ההצעה: מתן פיצוי בהליך הפלילי, כחובה** (יישום המלצה בדוח הוועדה הבינמשרדית לקידום זכויות נפגעי עבירות שהוקמה על-ידי שר המשפטים, דו"ח ועדת המשנה לבדיקת חקיקה בנושא פיצויים לנפגעי עבירות, 20.12.2000)

* כל חריגה תלווה בהנמקה.
* כך נעשה בצורה מסוימת גם בחיקוק אחר בישראל – יחיד עד כה, ככל הנראה – משנת 2006 באשר לסחר בבני-אדם. אין כל סיבה שלא לעשות כן באשר לכל עבירה.

### הצעה 2: הכללת הפיצוי בכתב-האישום וכחלק בלתי נפרד מכל הסדר טיעון והסדר מותנה

אין סיבה לא להכליל את הבקשה של התביעה לפיצוי כבר בכתב-האישום. הסדרי טיעון מהווים צומת מרכזי שבו ניתן ללחוץ על הנאשם להסכים לפיצוי, גם שאינו סמלי, ע"מ לזכות בהפחתת אישומים ועונשים, וסגירת תיק מותנית – על אחת כמה וכמה.

לכן מוצע להוציא הנחיה מיוחדת לפרקליטים ולתובעים המשטרתיים לשלב, כדבר שבשגרה, בקשה בכתב האישום מבית-המשפט לפסוק פיצוי לנפגע בהליך הפלילי, אף אם לא יינקב סכום נדרש, עם פירוט על נזקיו של נפגע העבירה וסבלו.

להצעה זו משמעות רבה במציאות שבה בתי-המשפט כמעט שאינם מתערבים בהסדרי טיעון. כך גם הם עצמם ירגישו קשורים יותר לנפגע העבירה, וכך תהיה גם יותר נראוּת לנפגע בפני בית-המשפט כבר משלב הגשת כתב-האישום.

* פיצוי בלתי נפרד: יש לקבוע שפיצוי יהיה חלק בלתי נפרד מהסדר טיעון והסדר מותנה פרט למקרים מיוחדים. ביהמ"ש לא יאשר הסדר טיעון אם אינו כולל פיצוי ממשי והולם לנפגע העבירה, פרט למקרים שהחליט אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו.
* הפקדת סכום הפיצויים מראש: תחוקק חובה על הנאשם להפקיד את סכום הפיצויים לקופה שתוקם, וזאת בטרם החתימה על הסדר הטיעון ולא לאחר מכן. אם מדובר בתשלומים, יופקד לפחות התשלום הראשון, ואפשרי יהיה לקבוע תשלום ראשון גבוה יותר, נניח 40% מהסכום.
* חששות: תהיה מן הסתם תקופת מעבר של אנטגוניזם מסוים וחשש, מחד, שהסדרי טיעון ייכשלו עקב דרישת הפיצוי, ומאידך, שעשירים יקנו בהסדרי טיעון בפועל ענישה פחותה תמורת הצעת פיצוי. אך יש להניח שאחרי תקופת ביניים של הסתגלות של כלל השחקנים, הדבר ייכנס לשגרת עבודה

ראוי להביא לידי ביטוי את זכויות נפגע העבירה, אם כי ניתן לזהות כבר כיום מגמה מסוימת לשלב פיצוי בהסדרי טיעון, בעיקר של ילדים נפגעי עבירות מין.

### הצעה 3: פיצוי גם לעיזבון

בייחוד בעבירות המתה אך גם במקרים אחרים שבהם הנפגע נפטר ללא קשר הכרחי לעבירה, אך בטרם הפסיקה.

מלשון ס' 77 לחוק העונשין לא ברור די הצורך שהפיצוי לפי אותו סעיף יינתן לעיזבונו של הנפגע או לקרוביו האחרים, אם זה נפטר כתוצאה מהעבירה או ללא קשר אליה.

אמנם ניתן לזהות מגמה נרחבת בפסיקה של מתן פיצוי לעיזבון הנפגע, הן תוך ראייתו של הנפגע בבחינת מי שניזוק לפי הסעיף והן תוך ראיית עזבונו כמי שנגרם לו כאב וסבל רב מן האובדן, אולם אין להסתפק בכך, בעיקר לאור מקרים שבהם בית-המשפט העליון לא היה נחרץ בקביעה כזו[[13]](#footnote-13) ולכן יש מקום לחוקק זאת כתוספת מפורשת לס' 77.

### הצעה 4: זכות ערעור לנפגעים על שיעור הפיצוי או על אי פסיקת פיצוי כלל

בפסיקה נקבע, כי בהיעדר הסדר חקיקתי מפורש לכך בחוק העונשין, בחוק זכויות נפגעי עבירה או בכל חוק אחר - נפגע העבירה אינו יכול לערער עצמאית על אי חיוב הנאשם בפיצוי או על חיוב בסכום נמוך מדי.

לעומתם, המדינה והנאשם שהורשע זכאים לערער על עניין הפיצוי, אם כערעור נפרד – ואז יהא זה ערעור אזרחי (ואז ורק אז יהיה לנפגע העבירה מעמד והוא ייחשב לצד, ויש חובה לצרפו, שאם לא כן, הערעור בדרך-כלל לא יידון בנקודה זו), או במסגרת הערעור על גזר-הדין או הכרעת הדין כולה, ואז יהא זה ערעור פלילי.

ההסדר הקיים בעייתי, שכן הוא מעניק זכויות יתר לצד הפוגע דווקא, וזאת עוד לאחר שהוכחה אשמתו מעל לכל ספק סביר, ומונע אותה זכות בדיוק מהצד הנפגע.

לא מספיק שדברם של הנפגעים יובא במסגרת ערעור פלילי – לא תמיד כמובן מוגש ערעור, ואם מוגש, יש לאפשר ייצוג האינטרס שלהם בנפרד.

הערעור יידון, בזכות, כערעור אזרחי (ובמנותק מתוצאותיו האחרות והעיקריות של ההליך הפלילי), בדומה למצב שבו המדינה והנאשם שהורשע מערערים על רכיב הפיצוי בלבד. זכות זו מהווה גם היא חלק מהאינטרס הציבורי.

נזכור שהמחוקק מאפשר לידיד בית-המשפט, למשל ליועץ המשפטי אך גם לגופים שונים אחרים, להצטרף לכל הליך, למען האינטרס הציבורי. זכות הערעור היא לא רק אינטרס פרטי של נפגע העבירה (שגם הוא מצדיק כשלעצמו את מתן זכות הערעור בנקודה זו), שכן זהו פיצוי שמשתלם לכיסו, בשונה למשל מערעור על

עונשים אחרים שאינם משפיעים עליו ישירות, מעבר למשל לתחושת נקמה וצדק.

* חששות: אם יש חשש מניצול לרעה של ההליך או מהצפת בתי-המשפט בערעורים רבים, אפשר:
  + לחוקק הוראת שעה ולבחון אם המצב אכן משתנה לרעה באופן משמעותי.
  + לשקול אפשרות להטיל הוצאות על המערער-הנפגע אם בקשתו תידחה, ולהביא לידיעתו את האפשרות של פסיקת הוצאות נגדו, כדי לתמרץ הגשת ערעורים "רציניים" בלבד, ולא נטולי כל בסיס.
  + כדי לחסוך בהוצאות הקופה הציבורית, לא תהיה המדינה מחויבת להתייצב כמשיבה לערעור, שכן ממילא התביעה אינה מייצגת לעניין זה, ובכלל, את נפגע העבירה. אך למדינה תהיה כמובן זכות להתנגד לשינוי סכום הפיצוי שנפסק (או לתוצאה של אי פסיקת פיצוי), למשל אם היה מדובר בחלק מאיזון עדין במרכזו של הסדר טיעון, שהשליך גם על הרכיבים האחרים של ההסדר.
* הגנות: הנאשם-המשיב יוכל כמובן לטעון שהפיצוי שהוטל נמוך או שאם לא הוטל פיצוי, היה זה בכוונת מכוון לאור שקלול העונשים שהושתו עליו, מסיבות שונות, כגון סיבות אישיות ומשפחתיות או הכבדה בשלילת החירות, ולפיכך המקום למיצוי הזכויות לפיצוי במקרים אלה אינו בהליך הפלילי.
* ערר וחוק ההסדר: יש להרהר שנית אחר ההוראה שלא לאפשר הגשת ערר במקרים של הפעלת חוק ההסדר.

אמת, המטרה המרכזית באותו תיקון חקיקה הייתה החיסכון בהגעה לבית-משפט ובהתדיינויות. אך אין כאן איזון ראוי עם זכויות נפגע העבירה, שכן נפגע העבירה הוא למעשה השחקן היחיד שעלול להפסיד, במישורים שונים, מאותו הסדר.

יש צורך לאפשר לערור, גם אם לא על גובה הפיצוי, אזי לפחות במקרה שלא נפסק כל פיצוי למצער.

ניתן היה לטעון לכאורה שאם התכלית המרכזית של חוק ההסדר מוגשמת במניעת הליכים נוספים, מתן זכות ערעור לנפגע מסכלת תכלית זו, בעיקר לאור המצב שלפיו גם לפוגע אין זכות ערר. אולם, אם נסתכל על המערכת במבט רחב, הגשמת זכות הערעור לנפגע בהליך זה תוכל לחסוך לא מעט הגשות של הליכים אזרחיים של תביעה נזיקית או נגררת. אכן, גם שבשיקול מערכתי כספי קר עדיף דיון ממוקד בערר על הפיצוי בלבד מאשר לנהל תביעה נזיקית לכל דבר ועניין.

### הצעה 5: חובת יידוע בהליך הפלילי בדבר אפשרות הפיצוי ובדבר הזכות לערער

נפגעי עבירה רבים אינם יודעים על אפשרות הפיצוי בהליך הפלילי.

בס' 8 לחוק זכויות נפגעי עבירה קיים הסדר כללי באשר ליידוע נפגע העבירה: "נפגע עבירה זכאי לקבל מידע על זכויותיו כנפגע עבירה ועל הדרך שבה מתנהל הליך פלילי, כפי שיקבעו השרים".

הסעיף כולל גם זכויות שחובה ליידע את הנפגע אודותיהן וגם עניינים אחרים שחובה ליידע את הנפגע לגביהם

רק אם ביקש זאת במפורש. בין אותן זכויות, המופיעות בתוספת השנייה לחוק, לא מנויה הזכות לפיצויים בהליך הפלילי.

* לאף צד – לא להגנה, כמובן, אבל גם לא לתביעה, הפועלת מטעם המדינה ואינה מייצגת את נפגע העבירה – אין מוטיבציה מיוחדת להעלות את הנושא על סדר היום (אף שהמצב טוב כיום לעניין זה מאשר בעבר, ויש ממונים על זכויות נפגעי עבירה בפרקליטות).
* אף שקיימות הנחיות של פרקליטות המדינה בנדון, המחייבות לסייע לנפגע עבירה לקבל פיצוי, אלה מיושמות רק באופן חלקי.

לפיכך, מוצע להוסיף לתוספת השנייה לחוק זכויות נפגעי עבירה (ולחוק העונשין עצמו) זכות כללית ליידוע בדבר הזכויות המנויות ב' 77 לחוק העונשין, שתוטל:

* **על** התובע(הפרקליט או התובע המשטרתי) שיצטרך להסביר בעל-פה ובשפה פשוטה וברורה לנפגע העבירה את זכויותיו לפי סעיף 77 .
* **על** השופט, לבחון אם התובע יידע את נפגע העבירה, ועל השופט יהיה לכתוב זאת בסיפא פסק-הדין החלוט ואף לצרף הסבר וציון בסיפא הכרעת-הדין בדבר האפשרות להגיש ערעור על אי פסיקת פיצויים כאלה או על שיעורם, בהתאם לס' 77(ב) לחוק העונשין, ובהתאם להצעה לעיל, שלפיה תהיה לנפגע העבירה זכות עצמאית לערער בנדון.
* **ועל** המזכירות– לשלוח לנפגע העבירה את גזר-הדין בתוספת הנספח.

חובת היידוע תהיה כללית ובעלת נוסח קבוע, פשוט ומובן. היידוע יהיה רק בדבר הזכות לפנות. אין מדובר בזכות מהותית לקבל פיצויים, דהיינו, לא ניתן יהיה להסתמך על חובת היידוע כבסיס להטלת פיצויים על מבצע העבירה במסגרת ההליך הפלילי.

העלויות והנטל של שילוב חובות היידוע מועטים מאוד מול התועלת – מתן אפשרות לנפגע למיצוי זכויותיו או לוותר עליהן אך מתוך ידיעת האפשרויות.

### הצעה 6: הטלת פיצוי גם על מי שלא הורשע

סעיף 71 א(ב) לחוק העונשין מאפשר לביהמ"ש לתת צו שירות[[14]](#footnote-14) לתועלת הציבור, לנאשם שנמצא כי ביצע את העבירה אף אם לא הורשע, בנוסף למבחן או בלעדיו. כך יכול ביהמ"ש לקבוע שהנאשם ביצע את העבירה או העבירות שיוחסו לו ולא להרשיעו, למשל כדי לא להכתים את שמו ולמנוע ממנו קבלה למשרות מסוימות, בייחוד אם מדובר בעבירה ראשונה וקיימות נסיבות מקלות נוספות.

קיים צורך בהסדר חקיקתי (ולא רק פרשנות פסיקתית) המאפשר להטיל פיצוי גם על נאשם שביצע את המעשה אך לא הורשע, וזאת בפשטות יחסית: לשנות את ההיגד "הורשע אדם" שבס' 77 ל-"הורשע אדם, או שנקבע על ידי בית המשפט כי ביצע את העבירה אך בית המשפט בחר שלא להרשיעו".

### הצעה 7: מקרים שבהם יועברו כספי הפיצוי לקרנות וארגונים

כאשר הנפגע אינו מעוניין בפיצוי מטעמים שונים - יועברו הכספים לקרנות, מוסדות ועמותות אשר מטפלים או נותנים מקלט לנפגעי עבירה מסוג העבירה שבוצעה, כגון: מקלטים לנשים מוכות, ארגונים המטפלים בנפגעי תקיפה מינית או בשלום הילד וכיו"ב.

ההנחה היא שיש ערך עונשי וחינוכי גם למתן הפיצויים מאת הפוגע ולא רק לקבלתם על-ידי נפגע העבירה, אולי בשונה מתפיסות קלאסיות של צדק מתקן בהליך אזרחי המחייב קורלטיביות.

הפניית כספי פיצוי שבחובה שהנפגע מסרב לקבלם, לאותה קרן, תתמוך בגישה שאינה פטרנליסטית, המעוניינת שלא להנציח את נחיתותו של נפגע העבירה אלא להעצימו.

גישה כזו, מחד, תחייב תשלום (אם כי היא עדיין כאמור מקנה שיקול-דעת לבית-המשפט שלא לפסוק תשלום כזה), ומאידך, לא תחייב נפגע עבירה שאינו רוצה לקבל את הכספים לעשות כן.

כך גם יהיה איזון במקרים שבהם נפגע העבירה רוצה לקבל את הפיצויים אך חושש מתגובת הפוגע ונקמתו, והפוגע ידע שבכל מקרה ישלם, גם אם לא לנפגע אז לאחרים.

### הצעה 8: הצעות שונות במישור הגבייה והאכיפה

מנגנון הגבייה הכללי הוא בירוקרטי ומתיש, ומוסיף נדבך נוסף של קושי על הקושי הבסיסי שחוו נפגעי העבירה. אם העבריין נכנס לכלא, פעמים רבות אין דרך לגבות ממנו פיצויים בפועל.

הנפגעים מכך הם במיוחד נפגעי העבירה מקרב האוכלוסיות החלשות, שאין להם משאבים והם אינם יכולים לממן טיפולים בתקופה שעד הגבייה בפועל.

אך לכאורה בעיה זו אינה קיימת לעניין גביית פיצויים לפי ס' 77 לחוק העונשין, שכן כאן נקבע שהגבייה תהיה כגבייה של קנס – מטעם המדינה באמצעות המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות - ולא כפסק-דין בתובענה אזרחית.

קביעה חקיקתית כזו יש בהחלט לשבח, שכן במדינות שונות היה צריך נפגע העבירה, שבדרך-כלל גם אינו מיוצג, לכתת רגליו ולאכוף את תשלום הפיצויים. מנגנון זה הוחל, כאמור, גם על סגירת תיק בהסדר.

עם זאת, יש לציין כי נתונים מצביעים על כך שבשליש מהתיקים שבהם נפסק פיצוי לנפגע עבירה, נתקל המרכז לגביית קנסות בקשיי גבייה, והוא מצליח לגבות רק כחמישית מכספי הפיצוי.

כמו כן, גם במנגנון זה קיימת בירוקרטיה לא מעטה.

ישנה אפשרות לשפר את המנגנון בהיבט זה:

* **הפיכת המדינה לנושה**: מוצע ללכת שלב נוסף קדימה לגבי מלוא סכום הפיצוי בהליך הפלילי, לא רק בסכום של עד 10,000 ש"ח, ולא רק לגבי קטין, ולקבוע בחקיקה שכאשר החייב אינו בר-פירעון, תישא המדינה בעול הפיצוי כלפי הנפגע ותהפוך לנושה של החייב, בדומה לחלק מההסדרים הקיימים למשל לגבי מזונות בביטוח הלאומי.

ניתן יהיה לעשות כן באמצעות קרן שתוקם לצורך כך (כגון קרן העוסקת בחילוט על-פי ס' 377 ה לחוק העונשין, או הקרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים במקרים שונים על-פי ס' 12 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים התשל"ה- 1975 )המכונה "קרנית"), באמצעות אחד המנגנונים הקיימים או בכל דרך אחרת, כדי למנוע את ההליכים הבירוקרטיים שבגביית הפיצוי. מוצע להעמיד לעניין זה חזקה של חדלות פירעון התלויה במועד של אי תשלום (למשל תוך 30 יום או 60 יום), ולא לבחון חדלות פירעון בהתאם לדיני פשיטת רגל וכיו"ב, שאם לא כן המועד לתשלום בפועל לנפגע העבירה עלול להתאחר מאוד עד לסוף בחינה זו.

יש לכך משמעות תקציבית כמובן, אולם המדינה, באמצעות אותו מרכז לגביית קנסות ובכלל, מהווה "שחקן חוזר": קל לה יותר לבצע את הגבייה, שכן יש לה מנגנון העוסק בכך, הוא בעל ניסיון, כוח אדם ומשאבים. אפשר גם להרחיב הסדר ייחודי לגבי סחר בבני אדם, לכלל נפגעי העבירה.

* הצעה חלופית, צנועה יותר מבחינת ההשלכות התקציביות, היא לשנות את התנאי לגבי קטינים, שאם המדינה העבירה 10,000 ש"ח מתקציבה לקטין הנפגע על-חשבון החוב של הנאשם, ולאחר מכן הצליחה לגבות סכומים נוספים, שסכומים אלה יעברו למדינה לכיסוי התשלום ששילמה לנפגע.

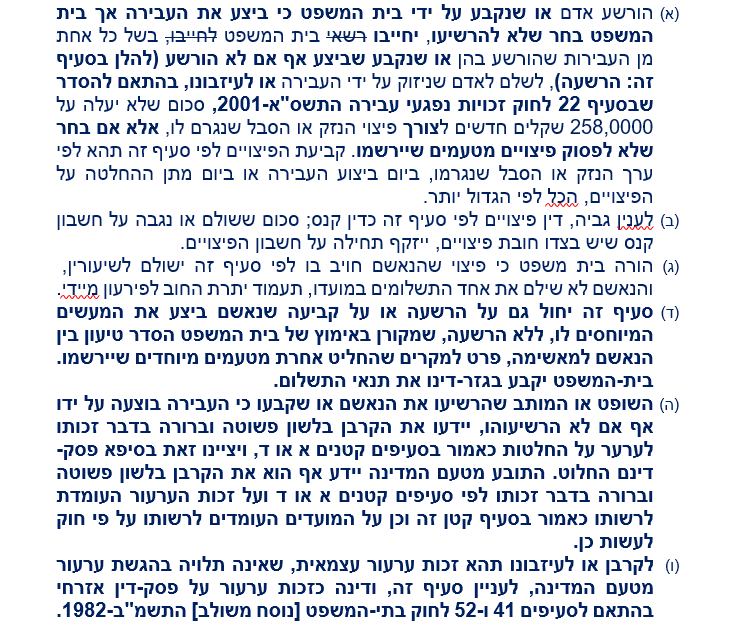
נכון יותר יהיה לקבוע שכל סכום שהצליחה המדינה לגבות מהחייב יעבור בשלמותו לנפגע – כל נפגע, לא רק קטין – עד לתשלום כל החוב כולו.

לפיכך, אם המדינה העבירה תשלום של 10,000 ש"ח שעדיין אינו מכסה את החוב כולו, ואז החלה לגבות מהחייב, יעברו גם הסכומים שגבתה מהחייב לידי הנפגע, ורק לאחר תשלום כל החוב לנפגע עצמו תגבה המדינה מהחייב כספים ששילמה במקומו לנפגע.

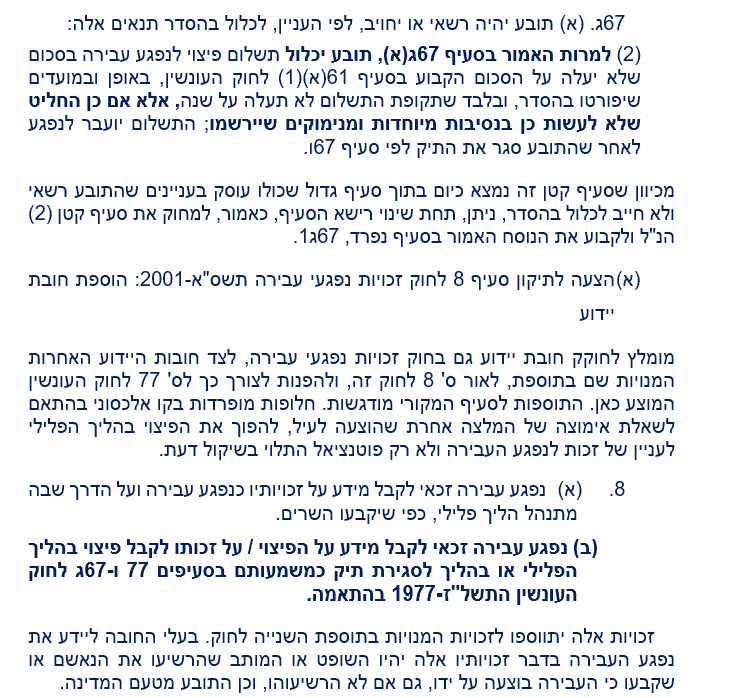
* + **צמצום לעבירות חמורות עקב קשיי תקציב**: להצעה כזו ישנן כמובן עלויות. לכן ניתן גם לצמצם את ההצעה, ולו בשלב ראשון, למשל לעבירות מין ואלימות חמורות, ולו לגבי נפגעי עבירה בגירים, ואם המנגנון יפעל כהלכה, להרחיב בהדרגה את התחולה (למשל לכל עבירות הפשע);
  + לגבי קטינים יש להשאיר את ההסדר הקיים הרלוונטי לכל סוגי העבירות, ולהרחיבו בפן של תשלום המדינה לקטין גם מעל ל-10,000 ש"ח; אך דומה שיש לצרף לקטינים גם את חסרי הישע, כפי שנעשה בחוק העונשין, שם נכללו, בתיקון מיוחד משנת 1989 , שתי האוכלוסיות הללו בצוותא, לעניין עבירות כגון תקיפה חמורה והתעללות

## הצעות קונקרטיות לתיקון סעיפי חוק

### הצעה לתיקון סעיף 77 לחוק העונשין: פיצוי בהליך הפלילי



### הצעה לתיקון סעיף 67 ג(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי: פיצוי במסגרת הסדר מותנה לסגירת תיק



## התמודדות עם קשיים אפשריים העולים מההצעות לשיפור המנגנונים

1. מדוע ליצור מנגנונים בלעדיים לרשות נפגע עבירה בהשוואה לניזוקים אחרים?
2. האין חשש מפיצוי יתר?
3. חוסר יכולתו של הנאשם להתגונן בטענות-נגד כגון קיזוז או תביעה שכנגד
4. אין יכולת אמיתית לנאשם לטעון ביחס לגובה הפיצוי הראוי
5. חשש מפני אי הגעה להסדרי טיעון או להסכמים לסגירת תיק אם תיקבע חובת פיצוי
6. האם יהיה נכון לפסול הסדר טיעון שלא כלל פיצוי לנפגע העבירה?
7. שיקולים תקציביים

## סיכום

* היה כאן ניסיון להניח לבֵנה נוספת בחומה חשובה שבונה המשפט בשנים האחרונות, בדמות מעבר לתפיסת תפקידו של ההליך הפלילי בסיוע גם לנפגע העבירה, ולא רק ככזה שתפקידו לטפל במישורים שונים בחשוד, בעצור ובנאשם.
* התיקונים המוצעים, אם יתקבלו ויאומצו, ישקפו רפורמה של ממש בהסדר הפיצוי לנפגעי עבירה במישורים השונים, שאינה זונחת את שיקולי האינטרס הציבורי והנאשם, לצורך יצירת איזון ראוי והרמוני יותר בהליך הפלילי.
* לרוב ההצעות אין משמעות תקציבית דרמטית, ולכל היותר מדובר בנטלים לא כבדים יחסית על כתפי ה"שחקנים" במערכת (תובעים או שופטים) שיוכלו לעמוד בהם בקלות ולהסתגל אליהם במהירות יחסית.
* המנגנונים המשופרים יכולים גם לתמרץ את נפגע העבירה ולעודדו לדווח מראש ולשתף פעולה עם הרשויות להשגת ההרשעה, שכן זו תסייע לו לקבל פיצוי במסגרת ההליך הפלילי. לא תמיד יש לו תמריץ אחר לפנות למשטרה, בין היתר מחוסר אמונה בכוחה של המשטרה לאתר ולטפל. פיצוי באופק יכול להיות תמריץ מסוים לעשות כן בכל זאת.
* ההתמקדות הייתה בשיפור המנגנונים הקיימים. אין כאן סגירת דלת בפני רעיונות נוספים, משלימים או חלופיים כגון הרעיון – היקר – המיושם במדינות רבות, של פיצוי מאת המדינה.

# נזיקין ופלילים (2): פיצוי לנפגעי עבירה בהליך האזרחי – הקלה ראייתית ותביעה נגררת

אמנם יש בחקיקה מנגנונים לפיצוי נזיקי של נפגעי עבירה בתוספת הקלה ראייתית ודרך מנגנון של תביעה נגררת להרשעה בפלילים, אך המדינה מערימה קשיים פרוצדוראליים ואחרים על השגת הפיצוי.

נדון בהסדרים הקיימים בחקיקה ונציע הצעות לשיפורָם בהיבטים שונים, במטרה להקל על סבלם של נפגעי עבירה ולאפשר להם מסלולים מהירים ונגישים, מעבר לקיים כיום, לצורך קבלת פיצוי מאת הפוגע.

זו דוגמה ומקרה מבחן למפגש בין דיני העונשין, דיני הנזיקין וסדרי הדין, ליצירת הסדרים ראויים יותר מהקיימים.

## המצב המצוי: שלושה מנגנונים קיימים לפיצוי הקרבן מאת הפוגע וקשייהם

### ניהול תביעה נזיקית "רגילה", בתוספת הקלה ראייתית

הקלה ראייתית - ס' 42 א(א) לפקודת הראיות: בית-המשפט האזרחי יכול להשתמש בממצאים ובראיות של פסק-הדין המרשיע בפלילים.

הרציונל: בהליך הפלילי עומדת התביעה ברף הוכחה גבוה יותר – מעל לספק סביר – כמעט 100% מזה הנדרש בדין האזרחי – שם מספיקה הוכחה במאזן הסתברויות – מעל 50%.

אולם במקרים רבים מאוד תביעות כאלה אינן מוגשות. הסיבות:

* חוסר ידיעה: חוסר ידיעה על האפשרות לקיים גם הליך אזרחי ולא רק פלילי.
* מחסום כספי: לא כל נפגע יכול להרשות לעצמו לשלם אגרה ולשכור שירותי עו"ד.
* כסף מזוהם: העדפה לוותר על כסף "מזוהם" מידי הפוגע.
* חשש מעימות ישיר עם הפוגע וחזרה לזיכרונות הפגיעה.
* **חשש מנקמה של העבריין**, אם פיזית ואם בדרכים משפטיות (כגון השפלה על דוכן העדים, בקשות עיקולים ועוד).
* חוסר אמון ברשויות וחשש מטראומה במפגש הנוסף עם הרשויות.
* עבריין מרושש: לעבריין במקרים רבים אין נכסים ולעתים נכנס לכלא לזמן ארוך.
* יש הסבורים כי המדינה למעשה אינה מתמרצת את הקרבן להגיש תביעה נגד הפוגע; וגם כשתביעות מוגשות, במקרים רבים נגמרות בפשרות, או שהסכומים הנפסקים נמוכים. התחושה: לא היה כדאי להתעמת ישירות עם הפוגע ולהתערטל נפשית.
* ניתן במקרים מסוימים להביא בהליך זה **ראיות לסתור**, לפי ס' 42ג לפק' הראיות, "מטעמים שיירשמו וכדי למנוע עיוות דין".
* כל השימוש בפק' הראיות כאן תלוי באישור בית-המשפט **ובשיקול דעתו**. מכאן שנפגעי עבירה עלולים למצוא עצמם במסלול "רגיל" של תביעה נזיקית.
* על הקרבן-התובע גם הנטל להציג **חוות דעת רפואיות** בגין נזק נפשי או פסיכיאטרי.
* **ניכוי סכומים**: פיצוי שנפסק לטובת התובע-הקרבן בהליך הפלילי מנוכה במקרים רבים מהסכום שייפסק בתביעה הנזיקית, ולעתים התוצאה: לא כדאי להגיש תביעה.

### תביעה נגררת להרשעה בפלילים

סעיף 77 לחוק בתי-המשפט:

"הורשע אדם בבית משפט שלום או בבית משפט מחוזי והוגשה נגדו - ונגדו בלבד - תביעה אזרחית בשל העובדות המהוות את העבירה שבה הורשע, מוסמך השופט או המותב שהרשיעו, לאחר שפסק הדין בפלילים הפך לחלוט, לדון בתביעה האזרחית, אם ביקש זאת מגיש התביעה; לענין זה מוסמך בית משפט מחוזי לדון גם אם התביעה לפי שוויה היא בתחום סמכותו של בית משפט שלום."

דברי ההסבר לס' 35 א לחוק בתיהמ"ש, תשי"ז-1957, הנוסח הקודם של ס' 77:

"בסעיף זה מוצעת דרך נוספת, שיש בה למנוע כפילות הליכים ולחסוך בזמנו של בית המשפט, והיא – לאפשר העברת תביעה אזרחית, שנתגבשה תוך ההליכים במשפט פלילי, לשופט שפסק במשפט הפלילי וקבע את המסקנות שבו… התובע האזרחי אינו צד להליך הפלילי ואינו רשאי להתערב בו, ואילו הריכוז המבוקש מושג: השופט הבקי בענין, שקבע את העובדות והסיק את המסקנות, הוא שיפסוק גם בשאלת האחריות לנזק, כשהענין כולו טרם נשכח ואינו מצריך בירור חדש.

כדי להשיג את התוצאה המבוקשת יש להתעלם משאלת עצם סמכותה הענינית של הערכאה שדנה בפלילים לדון בתביעה האזרחית, שאם זכות הצירוף תהיה מותנית בסמכות הענינית, ספק אם נמצאנו מועילים. לכן, מוצע שהשופט שגזר את הדין יהיה מוסמך לדון בתביעה האזרחית גם אם אינה בסמכות הערכאה שבה הוא יושב...

תביעה נגררת - יתרונות

סעיף 42 ד לפקודת הראיות: "בדיון בתביעה אזרחית לפי ס' 35 א לחוק בתיהמ"ש, תשי"ז-1957 יראו את הממצאים והמסקנות שנקבעו במשפט הפלילי כאילו נקבעו במשפט אזרחי."

סעיף זה מקנה לממצאים ולמסקנות של פסק הדין הפלילי תוקף של ראיה חלוטה שאיננה ניתנת לסתירה, לצורך תביעה נגררת.

אמנם על נפגע העבירה להגיש תביעה נגררת תוך 90 יום בלבד, אולם לתביעה זו יתרונות משמעותיים.

עובדות פסה"ד הפלילי החלוט לא נפתחות במסגרת הדיון בתביעה הנגררת ומהוות ראיה מכרעת, ולא רק ראיה לסתור כמו בתביעת נזיקין "רגילה", שם, לכל היותר, אם הנתבע לא סתר את הראייה או שלא קיבל רשות לא ניתנה לו, מעמדו הראייתי של פסק-הדין הופך מ"ראייה לכאורה" ל"ראייה כמעט מכרעת".

יש מקום לעודד את השימוש בכלי זה וליידע את נפגע העבירה באפשרותו לעשות שימוש בו. קיימות הנחיות של הפרקליטות, אך הן אינן מחייבות.

מקום לשיפורים:

* **האגרה** בתביעה נגררת.
* כיום יש צורך בבקשה של נפגע העבירה לשופט או למותב שהרשיע, לדון בתביעה האזרחית הנגררת. מכביד ומיותר.
* **הגבלות בפסיקה**: בפסיקה היו מקרים שהתירו הודאת נאשם מבלי שהדבר יוכל לשמש לכל עניין אחר מעבר לכתב-האישום, כולל לתביעה נגררת, ובכך נעתרו לדרישת הנאשם שהעמיד זאת כתנאי להודאתו.[[15]](#footnote-15) החלטות כאלה מרוקנות מתוכן את הליך התביעה הנגררת ומאפשרות עקיפתו באין מפריע, וללא אפשרות לנפגע העבירה לומר בפועל את דברו בנידון.

סוג של חוזה לרעת צד ג? האם נפגעי העבירה אינם חלק מהאינטרס הציבורי?

* יש צורך בתיקונים נוספים, הן במישור המהותי של הוכחת הנזק, הן במישור הפרוצדוראלי והן במישור האכיפה והגבייה.

### פיצוי הקרבן במסגרת ההליך הפלילי

ובו לא נעסוק כאן – מאמר שיפורסם בספר עדנה ארבל ) 2020 )

## המצב הרצוי: הצעות לתיקוני חקיקה ופרשנויות משפטיות לגבי המנגנונים

### הצעות משותפות לשיפור שני המנגנונים

* לאפשר את ההקלה הראייתית לפי ס' 42 א(א) לפקודת הראיות במסגרת תביעה נזיקית "רגילה" ונגררת גם כשנקבע שהנאשם ביצע את המעשה אך לא הורשע.
  + לגבי הפיצוי בהליך הפלילי - קיימת הלכה: רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו) 3 ) 418 ( 2002 (. יש לחוקק תיקון לסעיף.[
  + לגבי תביעה נזיקית "רגילה" - קיימת הלכה: ע"א 19/89 שלג נ' כלפה ) 13.6.1991 (. יש לחוקק תיקון לסעיף.
  + לגבי תביעה נגררת: אין הלכה ואין פסיקה. יש לחוקק תיקון לסעיף או לפחות להקיש משני המנגנונים האחרים
* **חובת יידוע**: בסעיף 8 לחוק זכויות נפגעי עבירה קיים הסדר כללי, שלפיו "נפגע עבירה זכאי לקבל מידע על זכויותיו כנפגע עבירה ועל הדרך שבה מתנהל הליך פלילי, כפי שיקבעו השרים". יש להניח כי מדובר, בין היתר, גם בזכות ליידוע לגבי פיצוי בהליך הפלילי.

חובת יידוע גם אינה זרה למשפט בתחומים אחרים, כגון בסעיף 11 א)ב( לחוק למניעת אלימות במשפחה, ליידע מטופל על אפשרותו לפנות לגורמים שונים ולמסור לו כתובות ומספרי טלפונים שלהם.

כדי להוסיף לחובה זו נופך מעשי, מוצע לקבוע בחוק העונשין:

1. חובה ספציפית ליידוע נפגע העבירה על-ידי התובע מטעם המדינה בדבר האפשרות להגיש תביעה נגררת וההקלה הראייתית בתביעה נזיקית לאחר הרשעה.
2. חובה על השופט לוודא עם הפרקליט שאכן כך נעשה.
3. חובה על המזכירוּת לצרף לגזר-הדין נספח, כעניין שבשגרה, המיידע את נפגע העבירה על זכויותיו להגיש תביעה נגררת תוך 90 יום, וכן תביעה נזיקית לא נגררת אך תוך הקלה ראייתית לאור סעיף 42 )א( לפקודת הראיות. גזר-הדין יישלח לנפגע העבירה.

* **מישור הגבייה והאכיפה**: הבעיה לא קיימת בגביית פיצויים לפי ס' 77 לחוק העונשין, שכן גבייה זו תהיה כגבייה של קנס – על-ידי המדינה.
  + בעקבות היתרון של הגבייה ישירות באמצעות המדינה לגבי פיצוי בהליך הפלילי, יש מקום למנגנון דומה, שייקבע בחקיקה, ולו לגבי תביעה נגררת, ונפגע העבירה לא ייאלץ לפתוח תיק הוצל"פ נגד העבריין, אם לא שילם.
  + לחלופין, הסדר ייחודי לגבי סחר בבני אדם יורחב לכל מקרי נפגעי העבירה. הסדר זה קובע כך: "הציג נפגע עבירה פסק דין לפיצויו לפני גורם שקבע לענין זה שר המשפטים, והראה כי אין באפשרותו הסבירה לממש את פסק הדין, כולו או חלקו, לפי כל דין, ישולם לנפגע העבירה מהקרן סכום הפיצוי שנקבע בפסק הדין ושטרם מומש, כולו או חלקו; לענין סעיף זה, 'פסק דין' – פסק דין שאין עליו ערעור עוד" )סעיף 377 ה)ג( לחוק העונשין(.
* **ויתור על תשלום אגרה**: המעט שהמדינה יכולה לעשות כלפי נפגעי העבירה שלא הצליחה לשמור עליהם, הוא לאפשר להם להגיש תביעה נזיקית ותביעה נגררת, הפטורות לחלוטין מאגרה.

ישנה משמעות כספית לכך מבחינת אוצר המדינה; אך את האגרה ניתן להשית על הנתבע, כפי שממילא קורה במקרה תביעה שמתקבלת; רק שכאן התובע יקבל פטור, כך שהאגרה תשולם על-ידי הנתבע בסוף ההליך ישירות לקופת המדינה.

לכל הפחות בעבירות מסוג "פשע", או בעבירות אלימות ומין, אם לא בכל סוגי העבירות.

גם אם לא תושת האגרה על הנתבע, אלא המדינה תישא בכך, לא יהיה מדובר בהכבדה מסיבית על קופת המדינה, שכן תביעות רבות ממילא אינן מוגשות על-ידי קרבנות עבירה. מעבר לכך, ואם יאומצו ההמלצות שהוצעו כאן, ממילא תביעות נגררות רבות לא יוגשו לאור פסיקת פיצויים מסיבית יותר בהליך הפלילי והסתפקות הקרבן באותם פיצויים. אם כבר קרבן עבירה מצליח לאזור עוז ולהגיש תביעה כזו, יש לבוא לקראתו ולפטור אותו מאגרה.

### הצעות לשיפור כל אחד מהמנגנונים בנפרד

#### הצעות נוספות לשיפור מנגנון התביעה הנגררת

* **ויתור על דרישת הגשת בקשה מקדמית**: הגשת התביעה צריכה להיות זכות מוקנית לחלוטין, ודווקא לאותו מותב או שופט שכבר מכירים את התיק ואת חומרת העבירות והם שיוכלו לעבור מייד לשלב הוכחת הנזק.
* **אי יכולת הנאשם להתלות הודאתו באי תחולתה על תביעה נגררת**: אף שניתן להבין את הרצון להגיע להודאות ולהסדרי טיעון כאינטרס משותף הן של הנאשם והן של המדינה, ולו במקרים מסוימים, יש כאן רמיסה ברגל גסה של זכויות הנפגע ועקיפה מסוכנת של חקיקה מפורשת המאפשרת לו להגיש תביעה נגררת אחרי הרשעה. האפשרות להגיש תביעה נגררת אינה נתונה לשיקול-דעת של אף צד בהליך הפלילי.

לפיכך אין התביעה יכולה לסכם עם הנאשם על הודאה והסדר טיעון תמורת, בין היתר, תנאי שההודאה לא תוכל לשמש בתביעה נגררת. נראה שגם לבית-המשפט אין סמכות לאשר הסדר שכזה.

* **הארכת המועד להגשת תביעה נגררת ולחלופין האפשרות להסתמך על תסקיר נפגע עבירה להערכת הנזק**: כל עוד אין חובת יידוע, ייתכן שתעבור תקופה ארוכה עד שהנפגע יידע, אם בכלל, על האפשרות להגיש תביעה נגררת.

גם תשעים יום אינם מספיקים במקרים רבים להתארגנות להגשת תביעה נגררת. כך, למשל תביעת נזיקין בגין נזקי גוף מחייבת בדרך-כלל הגשת חוות-דעת רפואית. לעתים, בענייני רפואה שונים שבגוף ובנפש, קשה מאוד לגבש חוות-הדעת תוך זמן קצר

הצעות חלופיות לפתרון:

* לתקן את החוק ולהאריך את תקופת ההתיישנות לתקופה ארוכה של שישה או תשעה חודשים – זמן המאפשר, מחד, לנפגע העבירה להתארגן, ומאידך עדיין החומרים טריים דיים בראשו של השופט שדן בתיק הפלילי.
* לאפשר לשופטים שיקול-דעת נרחב לגבי אי דחייה מטעמי התיישנות של תביעות נגררות שהוגשו לאחר מחסום תשעים הימים, כל עוד מדובר בימים או בשבועות ספורים נוספים לאחר תום אותו מועד.
* יש לאפשר להגיש את התביעה עצמה תוך תשעים יום, כדי לקנות את הסמכות ולא לעבור את תקופת ההתיישנות, אך להגיש חוות-דעת רפואית מאוחר יותר תוך תקופה שתיקבע ע"י בית-המשפט.
* יש לשקול לעשות שימוש, לצורך הוכחת הנזק בתביעה נגררת, בתסקיר נפגע עבירת אלימות ומין. התסקיר יכול לשמש כבסיס להערכת הנזק, אם לא בתביעה "רגילה", אזי בתביעה נגררת. ההצעה כאן היא לאפשר להשתמש בתסקיר זה כבסיס מסוים, גם אם לא יחידי, להערכת פיצויים כשלא מוגשת חוות-דעת רפואית. דהיינו, לתובע יהיה כדאי להגיש חוות-דעת רפואית כדי להוכיח את מלוא נזקיו, אך אם לא עשה כן תביעתו לא תידחה, לפחות לא בהכרח. נזקו יוערך עד כמה שניתן ובכל ראשי הנזק שניתן להוכיח באמצעות תסקיר זה, דהיינו שהתסקיר יהווה כלי עזר להערכה זו. התובע יביא בחשבון שאם לא יגיש חוות-דע רפואית אפשר שלא יוכל להוכיח את כל נזקיו והפיצוי יופחת בהשוואה למקרה שהיה מגיש חוות-דעת כזו ומוכיח את כל ראשי הנזק כולם.

עניין התקציב

חיבור אקדמי אין לו הכרח להתחשב בנגזרות התקציביות של ההצעות לתיקוני החקיקה והפרשנויות המשפטיות המוצעות בו.

ובכל זאת, דומה כי ברוב רובם של המקרים גם אין משמעויות תקציביות רציניות להצעות שהוצעו כאן (פרט להצעה במישור האכיפה והגבייה), ולעתים אין משמעות תקציבית כלל. אך גם לגבי ההצעות שיש להן השפעה על התקציב, מדובר בהשפעה מתונה יחסית.

יש לזכור כי במדינות רבות בעולם ההסדר המרכזי הוא פיצוי הנפגע דווקא על-ידי המדינה, כחלופה ראשונה למצער, ולחלופה כזו ישנה משמעות תקציבית נרחבת באופן ניכר.

כן יש להשוות לנפגעים אחרים שהמדינה לא השכילה להגן עליהם,המקבלים פיצויים ללא הוכחת אשם, באחריות מוחלטת, מהמדינהאו מביטוחי חובה על-ידי חקיקה של המדינה

## הצגת הצעות קונקרטיות לתיקון סעיפי חוק

הצעה לתיקון סעיף 42 א(א) לפקודת הראיות נוסח חדש:

הוספות – מודגשות

הממצאים והמסקנות של פסק דין חלוט במשפט פלילי, המרשיע את הנאשם **או הקובע כי הנאשם ביצע את העבירה, אף שבית המשפט בחר שלא להרשיעו**, יהיו קבילים במשפט אזרחי כראיה לכאורה לאמור בהם אם המורשע או חליפו או מי שאחריותו נובעת מאחריות המורשע, ובכלל זה מי שחב בחובו הפסוק, הוא בעל דין במשפט האזרחי. **לענין זה יראו גם הודאת הנאשם כהרשעה, והנאשם לא יוכל להתלות את הודאתו באי שימוש קרבן העבירה בעובדות שבכתב-האישום לצורך סעיף זה**.

הצעה לתיקון סעיף 77 לחוק בתי המשפט )נוסח משולב( התשמ"ד- 1984 – תביעה נגררת

הוספות – מודגשות, השמטות – בקו חוצה

הורשע אדם בבית משפט שלום או בבית משפט מחוזי **או שנקבע כי ביצע את העבירה, אף שבית המשפט בחר שלא להרשיעו, בהתאם לסעיף 71 א)ב( לחוק העונשין תשל"ז- 1977**, והוגשה נגדו - ונגדו בלבד - תביעה אזרחית בשל העובדות המהוות את העבירה ~~שבה הורשע~~ **שביצע**, ~~מוסמך~~ **ידון** השופט או המותב שהרשיעו **או שקבע כי ביצע את העבירה**, לאחר שפסק הדין בפלילים הפך לחלוט, ~~לדון~~ בתביעה האזרחית **שהגיש נפגע העבירה**, ~~אם ביקש זאת מגיש התביעה~~; לענין זה מוסמך בית משפט מחוזי לדון גם אם התביעה לפי שוויה היא בתחום סמכותו של בית משפט שלום.

**לענין זה יראו גם הודאת הנאשם כהרשעה, והנאשם לא יוכל להתלות את הודאתו באי שימוש נפגע העבירה בעובדות שבכתב-האישום לצורך הגשת תביעה נגררת להרשעה בפלילים על-פי סעיף זה.**

**השופט או המותב שהרשיעו את הנאשם או שקבעו כי העבירה בוצעה על ידו, גם אם לא הרשיעוהו, יידעו את נפגע העבירה בלשון פשוטה על אפשרותו להגיש תביעה כאמור בסעיף זה ועל המועדים העומדים לרשותו על פי חוק לעשות כן, ויציינו זאת בסיפא פסק-דינם החלוט. התובע מטעם המדינה יידע אף הוא את נפגע העבירה בלשון פשוטה על אפשרותו להגיש תביעה כאמור בסעיף זה ועל המועדים העומדים לרשותו על פי חוק לעשות כן.**

הצעה לתיקון סעיף 8 לחוק זכויות נפגעי עבירה תשס"א-2001 : הוספת חובת יידוע

[הוספות מודגשות במצגת]

# נזיקין ופלילים (3): חובת הדיווח על אלימות כלפי ילדים והזנחתם

עיון מחודש בחובת הדיווח על אלימות כלפי ילדים והזנחתם: הצורך ברפורמה

חובת הדיווח נחקקה במסגרת תיקון לחוק העונשין ב- 1989.

תחולתה: על כל אדם, ויש לה תחולה מוגברת על אחראים על הילד ועל אנשי מקצוע וטיפול – חלה ביותר סיטואציות והעונש גבוה יותר מאשר על כל אדם (מקסימום 6 חודשי מאסר מול 3 חודשי מאסר).

ההרצאה תבחן רפורמות נדרשות לחובת הדיווח על אלימות כלפי ילדים והזנחתם.

ס' 368ד

(א) היה לאדם יסוד סביר לחשוב כי זה מקרוב נעברה עבירה בקטין או בחסר ישע בידי האחראי עליו, חובה על האדם לדווח על כך בהקדם האפשרי לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק או למשטרה; העובר על הוראה זו, דינו - מאסר שלושה חדשים.

חובה מוגברת לאנשי מקצוע

(ב) רופא, אחות, עובד חינוך, עובד סוציאלי, עובד שירותי רווחה, שוטר, פסיכולוג, קרימינולוג או עוסק במקצוע פרה-רפואי, וכן מנהל או איש צוות במעון או במוסד שבו נמצא קטין או חסר ישע - שעקב עיסוקם במקצועם או בתפקידם היה להם יסוד סביר לחשוב כי נעברה עבירה בקטין או חסר ישע בידי אחראי עליו - חובה עליהם לדווח על כך בהקדם האפשרי לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק או למשטרה; העובר על הוראה זו, דינו - מאסר ששה חדשים.

דיווח של אחראי על מעשיו של אחראי אחר

(ג) היה לאחראי על קטין או חסר ישע יסוד סביר לחשוב כי אחראי אחר על קטין או חסר ישע עבר בו עבירה, חובה עליו לדווח על כך בהקדם האפשרי לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק או למשטרה; העובר על הוראה זו, דינו - מאסר ששה חדשים.

(ג1) היה ל**אדם** יסוד סביר לחשוב כי זה מקרוב נעברה בקטין או בחסר ישע **עבירת מין** לפי סעיפים 345 עד 347, 348 ו-351, **בידי בן משפחה** שטרם מלאו לו 18 שנים, חובה על האדם לדווח על כך בהקדם האפשרי לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק או למשטרה; העובר על הוראה זו, דינו – מאסר שלושה חודשים; בסעיף זה, "בן משפחה" – כמשמעותו בפסקה (2) להגדרה "אחראי על קטין או חסר ישע" בסעיף 368א.

(ג2) **בעל מקצוע** מהמנויים בסעיף קטן (ב), שעקב עיסוקו במקצועו או בתפקידו היה לו יסוד סביר לחשוב כי נעברה בקטין או בחסר ישע **עבירת מין** לפי סעיפים 345 עד 347, 348 ו-351, **בידי בן משפחה** שטרם מלאו לו 18 שנים, חובה עליו לדווח על כך בהקדם האפשרי לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק או למשטרה; העובר על הוראה זו, דינו – מאסר שישה חודשים.

(ג3) היה ל**אחראי** על קטין או חסר ישע יסוד סביר לחשוב כי נעברה בקטין או בחסר ישע **עבירת מין** לפי סעיפים 345 עד 347, 348 ו-351, **בידי בן משפחה** שטרם מלאו לו 18 שנים, חובה עליו לדווח על כך בהקדם האפשרי לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק או למשטרה; העובר על הוראה זו, דינו – מאסר שישה חודשים.

(ד) נעברה בקטין או בחסר ישע הנמצא במעון, במוסד או במסגרת חינוכית או טיפולית אחרת, עבירת מין לפי סעיפים 345 עד 348, או עבירה של גרימת חבלה חמורה לפי סעיף 368ב(ב) או עבירת התעללות לפי סעיף 368ג, חובה על מנהל או איש צוות במקום כאמור, לדווח על כך בהקדם האפשרי לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק או למשטרה; העובר על הוראה זו, דינו - מאסר שישה חדשים.

(ה) חובת דיווח לפי סעיף זה לא תחול על קטין.

(ו) עובד סוציאלי שמונה לפי חוק שקיבל דיווח לפי סעיף זה יעבירנו למשטרה בצירוף המלצתו לפעול או להימנע מלפעול בקשר לדיווח, אלא אם כן קיבל אישור שלא להעביר את הדיווח למשטרה מאת אחת הועדות שהקים שר המשפטים לענין זה; חברי ועדה כאמור יהיו נציג פרקליט מחוז והוא יהיה היושב-ראש, קצין משטרה בדרגת רב פקד ומעלה ועובד סוציאלי שמונה לפי חוק לאותו מחוז.

(ז) הגיע למשטרה מידע לפי סעיף זה, תעביר אותו לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק, ולא תפעל לפני שתיוועץ בו אלא אם כן נדרשת פעולה מיידית שאינה סובלת דיחוי; אין בפעולה מיידית כאמור כדי לשלול את חובת העברת המידע לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק וההתייעצות עמו לאחר מכן.

(ח) בסעיף זה, למעט בסעיף קטן (ד), "עבירה" – אחת מאלה:

(1) עבירת זנות ותועבה לפי סעיפים 199, 201, 202, 203, 203ב, 203ג, 205א

ו-214(ב1);

(2) עבירה של סיכון החיים והבריאות לפי סעיף 337;

(3) עבירת מין לפי סעיפים 345, 346, 347, 347א, 348 ו-351;

(4) עבירה של נטישה או הזנחה לפי סעיפים 361 ו-362;

(5) עבירה של תקיפה או התעללות לפי סעיפים 368ב ו-368ג;

(6) עבירה של סחר בבני אדם לפי סעיף 377א.

תקנות

368ה. שר המשפטים, לאחר התייעצות עם שר העבודה והרווחה ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי להתקין תקנות לביצוע סימן זה.

### הצורך בהבחנה בין אי-דיווח לבין עבירות "שכנות" היכולות להכיל לכאורה גם הן מקרי אי-דיווח

יצחק קדמן "במותה ציוותה לילדים רבים את החיים: חובת הדיווח על עבירות בילדים – רקע, סקירה ומהות" משפחה במשפט ב-ג 337 (2010-2009)

בנימין שמואלי "חובת הדיווח על אלימות כלפי ילדים על-פי המשפט העברי ובהשוואה למשפט הישראלי" משפחה במשפט ב-ג 279 (2010-2009).

ההבדל בהגדרות העבירות ובעונש המקסימלי המושת על המבצע כל-אחת מהן שונה מאוד ונע בין 3 חודשים לתשע שנות מאסר.

אי מניעת פשע ס' 262:

מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו - מאסר שנתיים.

חובת הורה או אחראי לקטין 323:

הורה או מי שעליו האחריות לקטין בן ביתו, חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו, לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו, חבלה בגופו או פגיעה אחרת בשלומו ובבריאותו, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של הקטין מחמת שלא קיים את חובתו האמורה.

הפרת חובה של הורה או אחראי 337:

המפר ללא הצדק כדין את חובתו לספק לפלוני צרכי מחיה או לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו, חבלה בגופו או פגיעה אחרת בשלומו ובבריאותו, ומסכן או עלול לסכן בכך את חייו, או פוגע או עלול לפגוע בכך בבריאותו פגיעת קבע, דינו - מאסר שלוש שנים.

התעללות בקטין או בחסר ישע 368 ג:

העושה בקטין או בחסר ישע מעשה התעללות גופנית, נפשית או מינית, דינו - מאסר שבע שנים; היה העושה אחראי על קטין או חסר ישע, דינו - מאסר תשע שנים.

הגדרות 368 א:

בסימן זה – "מעשה" - לרבות מחדל.

האם יש לצמצם את הפרשנות למינימום, דהיינו לאי דיווח ולא לעבירות התעללות או אי מניעת פשע והתעללות?

חובת הדיווח היא עבירה על בסיס רשלנות ולא על בסיס מחשבה פלילית, כמו למשל אי מניעת פשע יוצא דופן מאוד. וכך, כנראה יש לפרש בצמצום גם את הכניסה לגדר העבירה וגם את הכניסה לעבירות החמורות יותר.

למשל: בעבירת אי מניעת התעללות אפשר לכאורה להרשיע את מי שלא דיווח, וכך לא מנע את ההתעללות, בעונש של העבירה שעשה המתעלל, לפי ס' 323, ולא רק ב-3 שנות מאסר לפי סעיף 337. זו נראית פרשנות מרחיקת לכת.

האם זו סיבה למיעוט כתבי אישום גם כשמתמלאים יסודות עבירת אי דיווח?

האם חובה רק על מה שכבר היה בעבר ולכל היותר נמשך, ולא על משהו צפוי – ששם רלוונטיות רק אי מניעת פשע או אי מניעת התעללות?

האם אי דיווח דומה לסיוע לפשע?

בעבירת סיוע די במודעות = ידיעה שהעבריין העיקרי זומם או כבר מבצע, ויש צורך בפועל למנוע זאת, יותר מאשר לא לדווח.

דהיינו אולי יש דמיון דווקא לאי מניעת התעללות או להתעללות במחדל, ופחות לא דיווח.

האם יש לזהות מה החיקוק הספציפי ומה הכללי ו"ללכת" על הספציפי?

עיקרון ה- lex specialis

### סוגיות נוספות לדיון לקראת רפורמה

* הגברת המודעות **לקיום החובה** ולתכניות מסודרות להטמעתה בקרב אנשי המקצוע.
* הצורך לעודד דיווח:
  + בין היתר דרך הטלת חיסיון על שֵׁם המדווח, שיוסר בהוראת בית-המשפט במקרי דיווח כוזב בזדון, וזאת, בין היתר, כדי לאפשר הגשת תביעה אזרחית;
  + לצד הצורך לאיין תמריצים שליליים שלא לדווח מסיבות כגון פחד מהתוקף, ולהפליל דיווח כוזב בזדון לשירותי הרווחה.
  + כיום רק דיווח כוזב למשטרה מהווה עבירה.
* בחינה מחדש של המציאות של שני מסלולים מקבילים לדיווח – למשטרה ולרווחה: התוצאה בכל-אחד מהמסלולים יכולה להיות שונה עבור הקטין והמשפחה: אמנם גם עובד סוציאלי מחויב בדיווח למשטרה במקרים המתאימים, אך הוא נכלל בין אנשי המקצוע שעבורם קיימת וועדת פטור מדיווח במקרים שהדיווח עלול לפגוע בקטין ובמשפחה, כך שבמסלול זה ייתכן שלא יתבצע דיווח למשטרה; בעוד שאם הדיווח הופנה מראש למשטרה, היא חייבת לחקור (על-פי חוק סדר הדין הפלילי), ואין לה פטור מקיום חקירה אף אם היא סבורה שהחקירה תפגע בקטין ובמשפחה.
* בחינת מנגנון ועדות הפטור מדיווח לאנשי מקצוע והעלאת הצעות לשיפורו, כגון:
  + עיגון בחקיקה של פטור זמני ושל דיווח לוועדה במקום בקשת פטור במקרים קלים.
  + בחינת הכנסת מקצועות נוספים למסגרת הפטור – כגון מורים, יועצים חינוכיים, רופאים או פסיכולוגים. בהינתן שהחוק והתקנות מכוחו קובעים מעט מאוד בנדון
* **שאלת פטור מדיווח** למי שחייב בו אך נתון לטרור ולאיומים בעצמו כדוגמת בן.ת-הזוג של הפוגע, מתוך הבנת הסיטואציה הקשה, מחד, אך החשש שהפטור יסתום את הגולל על הצלת הילד, מאידך. למעשה, השאלה – האם להטיל אחריות בגין אי דיווח רק על אחראי שיכול היה למנוע?

כיום – פס"ד מחוזי אחד, מתל-אביב, שזה הכיוון שלו.

* הגנה למי שפעל בתו**"**ל:הצורך בפרשנות שעובד סוציאלי שלא דיווח, אך פעל בתום לב ובשיקול-דעת מקצועי, יזכה בהגנה.
* בחינת הגבול שבין החובה המשפטית למוסרית ושאלת **האכיפה** המועטת הגורמת לנורמה להיות על גבול ההצהרתית.

### תביעת נזיקין בגין אי דיווח

תביעה אחת כזו הוגשה ונדונה בבית-המשפט לענייני משפחה.

מ.ט. נ' ז.ד (תמ"ש [משפחה ת"א] 29150/97):

התובעת טוענת כי בהיותה בת 8 שנים ועד הגיעה לגיל 18 ביצע בה אחיה סידרה ארוכה של מעשי ניצול מיני, אונס וכדומה. כתוצאה ממעשים אלו נגרם לתובעת, לטענתה, נזק נפשי חמור, נמנעה ממנה האפשרות לגדול ולהתפתח כאדם בריא וכן נמנעו ממנה חיי משפחה סבירים.

התובעת הגישה תביעה נגד אחיה ונגד אימה. כלפי האם, טוענת התובעת, כי זו "עצמה במשך שנים ארוכות את עיניה מן המעשים החמורים שהתרחשו לנגד עיניה". בפועל זו תביעה בגין אי דיווח.

הנתבעים שלחו הודעת צד ג' לאב, שהוא אחראי למעשים של אלימות פיזית בתובעת, שגרמו לה לנזקים נפשיים. התביעה לא נדונה לגופה, מכיוון שנדחתה עקב התיישנות.

האם תביעה כזו אפשרית?

על פניו, בית המשפט מוכן לדון בה לגופה מבחינת העילה, והנתבע לא ניסה לטעון שלא ניתן לתבוע בגין אי דיווח.

טכנית – רשלנות, הסובלת גם מעשה מכוון (פס"ד אמין), והפרת חובה חקוקה של סעיף פלילי, שיש לבחון שעומדת בתנאי ס' 63 לפקודת הנזיקין (פס"ד סולטאן).

פירושם של דברים:

1. התביעה **מחייבת הוכחת נזק**, בשונה מתביעה בגין תקיפה, למשל.
2. התביעה תהיה **נתונה לשיקולי מדיניות משפטית**, שכן מוגשת דרך עוולות המסגרת.

ייתכן שאחד משיקולי מדיניות משפטית יהיה שלא להטיל חוב"ז מושגית למשל על אימא לדווח על מעשיו של האבא, לפחות אם, כמו בפטור הפלילי הפסיקתי, הייתה נתונה לטרור בעצמה?

ייתכן שזו תהיה טענת הגנה, דהיינו שיש עוולה, אך זו תהיה סוג של הגנה בפסיקה?

היכן נכנסות כאן זכויות הילד, גם זה שבגר – בתביעה נזיקית – מול זכויות שני ההורים?

האם התיקון לחוק הפלילי, שחייב הורה ואחראי לדווח על מעשים מיניים של אח אחד באח אחר, מרמז שלא יינתן פטור כזה, ולפחות לא באופן גורף?

האם הרמיזה על טענת הגנה של אשם תורם או אפילו סוג של גורם מתערב זר, עקב כך שהתובעת נמנעה מלהמשיך בטיפול מכיוון שהמטפל הזכיר לה את אחיה )"התובעת מנעה את בירור הקשר הסיבתי לעומק"(, היא ראויה מבחינת מדיניות? גם אם הדבר משתייך רק לטענת ההתיישנות, הוא די חורץ את גורל התביעה!

נ.ב – הזכיר בקורס את מלך נ' קורנהויזר? 😉

1. ותגידו לי! שאעדכן 058-6416880 [↑](#footnote-ref-1)
2. מובא ב-בנימין שמואלי "הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ו'כלל האחריות' של קלברזי ומלמד " 153-199 (2011). [↑](#footnote-ref-2)
3. Grant Gilmour, The Death of Contract (1974). [↑](#footnote-ref-3)
4. Israel Gilead, Non-Consensual Liability of a Contracting Party: Contract, Negligence, Both, or In-Between, 3 Theoretical Inquiries in L. 511, 512-513 (2002) [↑](#footnote-ref-4)
5. )נילי כהן "סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה" הפרקליט

   לט 304 ( 1989 ( [↑](#footnote-ref-5)
6. Ariel Porat & Stephen Sugarman, Limited Inalienability Rules, 107 GEORGETOWN L.J. 701 (2019) 716 [↑](#footnote-ref-6)
7. "כתוצאה ממעשיה המכוערים של הנתבעת מצאתי עצמי פגוע, מרומה, תחת סחיטה ואיומים, אב לתאומים מבלי שארצה אם אתכוון לכך, מלא כלימה ובושה, כלפי הוריי, בני משפחתי הדתיים ומכריי" [↑](#footnote-ref-7)
8. ס' 313 לחוק העונשין . [↑](#footnote-ref-8)
9. ראוי לעמוד על ההבדל בין פס"ד להחלטה: פס"ד - חלוט, ולאחר שמערערים עליו לא ניתן לפתוח; החלטה - תמיד ניתו לפתוח מחדש, ככל שהדבר רלוונטי.

   הפרת זמני שהות היא החלטה, ולכן ניתן לשנות את ההחלטה. [↑](#footnote-ref-9)
10. אחד המדינות היחידות שמכירות בנישואין וגירושין לפי הדין הדתי, וששתי המערכות - חילונית ודתית - הן דתיות. [↑](#footnote-ref-10)
11. מעין הפרטה של הדין. [↑](#footnote-ref-11)
12. כגון היעדר עניין לציבור. [↑](#footnote-ref-12)
13. למשל, ע״פ 657/89 זמירו נ׳ מדינת ישראל. [↑](#footnote-ref-13)
14. "צו שיעשה, בשעות הפנאי שלו וללא שכר, פעולה או שירות לתועלת הציבור או הזולת, למשך תקופה, למספר שעות ובהתאם לתכנית" [↑](#footnote-ref-14)
15. : ת"פ )של' נצ'(

    3195/03 מדינת ישראל נ' אבו-חיאל [↑](#footnote-ref-15)