**מבוא:**

**דוגמא ראשונה לצלילה לחומר:**

**רע"א פס"ד צדיק נ' הארץ-** מדובר בפס"ד של שלוש ערכאות. שני הצדדים ערערו למחוזי על החלטת השלום.

העובדות- צלם עצמאי (אלכס) צילם דוכן של בחור חרדי (צדיק) שהקים דוכן יודאיקה אך הניח גם תמונה של בחורה (פרובוקטיבית). החרדי בעל הדוכן אמר לצלם להפסיק, ואיים עליו ורצה להוציא לו את סרט הצילום מהמצלמה (אם זה נחשף לאור הוא נשרף). אחר-כך הוא המשיך לצלם, והבטיח שלא יפרסם ויעשה בזה שימוש פרטי בלבד. לאחר מכן הוא מכר את התמונות לעיתון "הארץ" והם פרסמו את זה. החרדי תבע את העיתון. ביהמ"ש דן האם מדובר על הגנת פרטיות במרחב הציבורי, והאם הפרת ההבטחה שלו היא חוזה- האם זה שהיה הסכם ביניהם אמר שהוא הפר חוזה, ויכול לתבוע דרך כך פיצויים.

הפסיקה- חייבו אותו ב30 אלף ₪, ובוטלה ההפחתה על אשם תורם- ז"א שלא יחייבו אותו על כך שהוא שם את התמונה בדוכן (והוא יקבל עוד 10 אלף שח).

**ריבלין**- הפחתת האשם התורם לא קשורה להסכמה בין הצדדים, אלא לבחירתו להקים את הדוכן שם ולהציב את התמונה בציבור.

נקודה נוספת- החוזה הזה נולד בחטא, הרי צדיק איים על הצלם. האם מדובר על פגם בכריתת החוזה, ככל שהיה ביניהם חוזה? הבסיס המשפטי לטענת הגנה כזו היא טענת הכפייה (חוזה בכפייה). מצד שני, טענה כזו ניתן להעלות כשרוצים לבטל את החוזה ולקבל סעד של השבה והסיטואציה הזו לא רלוונטית בענייננו. לכן ביטול והשבה לא רלוונטיים ולכן נשאלת השאלה מה קורה **כשהסעדים העיקריים לא רלוונטיים או בלתי אפשריים**? האם ניתן ללכת לפיצוי (שהוא סעד קל יותר) או שאי אפשר?

חשיבות המניעה מראש- לכאורה היה אפשר לטשטש את התמונה או לשים פס שחור על פני האדם. החשיבות היא הדיסוננס שבתמונה, ולא האדם עצמו, שבעצם ניזוק מכך רבות.

מקרה דומה- **אריה דרעי-** צולמה תמונה של אריה דרעי מעביר שיעור בכלא ויש שם אסיר שלא רצה שיידעו שהוא בכלא, אך התפרסמה התמונה של הפנים שלו.

חוזים- האם היה ראוי יותר להגיש תביעה חוזית?

* בבסיס הסיטואציה הייתה הפרת הבטחה- זה חוזי.
* נשים לב שזו הבטחה **שאינה צריכה כתב כדי להקים חוזה**. ישנן מערכות יחסים, כגון משפחה- שם לא כל הבטחה בע"פ מקימה חוזה של ממש.
* יש לבחון **האם באמת הייתה גמירת דעת**: לא כל הבטחה ולא כל נסיבה (כולל תחת איום כמובן), יוצרת כוונה להיכנס ליחסים משפטיים מחייבים ובעלי תוקף.
* ריבלין הצטמצם מאוד בפסיקה שלו, אולי יכול היה להיות מתאים יותר למסלול החוזי מאשר להצטמצם ל"מקרה החריג" של דיני הנזיקין שנובעים מהזכות להגנת הפרטיות.

#אם מדובר בחוזה (לפחות לצורך חוק הגנת הפרטיות)- מדוע ביהמ"ש לא **פסק פיצוי בגין הפרת חוזה**?- כי התביעה לא ניגשה כתביעה חוזית, אלא נזיקית. הפיצוי נפסק לפי העילה המקורית, והשופטים לא יוצרים עילות נוספות במשפט אם הן לא עלו מן הלקוח.

#מה הן הנפקויות שהיו עשויות להיות?

* אולי החוזה לא נחתם בגמירת דעת.
* היה איום
* בעיה חוזית כלשהיא- פגם בחוזה, טעות בהיקשרות וכו'.

לסיכום, נראה שפס"ד זה יותר מתאים למסלול **החוזי** מאשר לצורך להצטמצם בגדר מקרה חריג יחסית של דיני **הנזיקין** דרך חוק הגנת הפרטיות. מה עוד שבדיני הנזיקין אפשר להפחית מהפיצויים ביתר קלות עקב אשם תורם. אשם תורם אמנם קיים בדיני החוזים אך בצורה מופחתת.

**נזיקין וחוזים כחלק מהמשפט הפרטי:**

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

קיימת קרבה בין מערכות הדינים הללו, הקרבה הבולטת היא במשפט הפרטי:

1. **הקודקס האזרחי-** ביקש לאחד את הסעדים בין מערכות דינים אלה ואחרות שבמשפט הפרטי: **הצעת חוק דיני הממונות, התשע"א-2011.** בקודקס היה פרק של סעדים גם לנזיקין, גם לחוזים וגם לקניין. הקודקס לא נחקק בסוף ומהווה מקור ספרות בלבד.

2. **חובת הזהירות המושגית**- בעוולת הרשלנות נשענת רבות על קיום חוזה.

3. השופט אהרון ברק **בע"א רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ**- על **השלב הטרום חוזי** שבו על הצדדים לנהוג בתום לב חלות נורמות הן מדיני החוזים והן מדיני הנזיקין.

4. **תום לב** משמש גם בדיני הנזיקין ואפשר לייבאו ממילא לשם גם דרך ס' 61(ב) לחוק החוזים.

למרות הקרבה בין מערכת הנזיקין לחוזים, הן לא כ"כ דומות:

1. **בקביעת האחריות:** יש קביעת אחריות שונה בחוזים ובנזיקין.
2. **בהגנות**: בחוזים יש הגנות שאין בנזיקין (למשל כפייה, עושק וכו') ויש הגנות שלא רלוונטיות לחוזים וכן לנזיקין.
3. **בסעדים**: א'. אכיפה מול פיצויים: הסעד המרכזי ב**חוזים הינו אכיפה ולא פיצויים (חוזים הולכים קדימה ופיצוי זה אחורה)**. הסעד המרכזי ב**נזיקין הוא הפיצויים (לכאורה דיני החוזים שומרים יותר על אינטרס האדם, כי בנזיקין אומרים לך- תזיק ותשלם, ובחוזים אומרים לך- אל תפר את הזכויות וההסכמים)**. (גם בנזיקין יש לנו צו עשה/מניעה- בדומה לאכיפה, אבל הוא סעד משני, פחות נפוץ [אך לא פחות חשוב!])

**קלברזי (ייל, מחקר)-** כלל קנייני הוא גבוה יותר מכלל האחריות. כאשר אנחנו מטילים על אדם פיצוי כספי, אנחנו משתמשים בקניינו של האדם, ובעצם פוגעים בזכות יסוד שלו. לכן, יש המון משמעות לביטול זכות זו. כשאני מפעיל כלפי אדם כלל קנייני, מדובר במעשה חמור. אם אני יותר ליברלי, אני נוטה לתת כלל אחריות, בעצם לתת לו "לנהל סיכונים", במקום לפעול כחובה בסיסית (של צו עשה/ מניעה). עפ"י **קלברזי**, **לא תמיד הפיצוי הוא לטובת הניזוק.** יש פעמים שהכלל הקנייני או כלל האחריות ניתן כלפי המזיק עצמו. לדוגמא: יש עבודות של העירייה לבניית רכבת, שמשבשים את תפקוד השכונה. תובעים התושבים שיפסיקו את העבודות עקב נזק. יביא ביהמ"ש כלל אחריות לטובת המזיק- הוא יטיל כלל אחריות על הניזוקים (שימשיכו "לסבול" מהנזק) כדי שהאחריות תחול. לעיתים יש אפשרות לחייב את הניזוקים לשלם לעירייה על הפסקת העבודות למניעת הנזק. העניין הזה מופיע כבר בתלמוד, שלעיתים כדי להפסיק נזק צריך לשלם, למשל עץ שמפריע ואפשר לשלם כדי להוריד את העץ. **מקרה נוסף- בגב"ש** היה קבל חשמל שטענו שהוא מסרטן, ודרשו מהעירייה להוריד אותו, ושילמו להם. יש **כלל אחריותי חזק יותר מאשר צווי עשה או מניעה-** זה נקרא "אי עבירות" (inalienability)- משהו שאי אפשר להעביר מבחינת "קדושת" הזכויות, עליונותן. למשל אי האפשרות להצביע בעיר שאינה שלך. אי אפשר להעביר את זה. יש דברים שאפשר להביא עליהם ייפוי כוח אך לא על הכל אפשר- יש דברים שהם לא בעלי עבירות משורשם (סחר באיברים, באנשים).

ב. החלוקה לפיצויי קיום והסתמכות: פיצויי הסתמכות מאפיינים יותר את ההליך הנזיקי- עבר. פיצויי קיום מאפיינים יותר את ההליך החוזי- עתיד, להביא את הצדדים למקום בו היו לו קוים החוזה.
ג'. פיצוי בגין נזק לא ממוני: הוא **חלק בלתי** נפרד מראשי הנזק בדיני נזיקין, אך בחוזים הוא נתון רק ל**שיקול ביהמ"ש**. כך שבעצם, אם ראש הנזק הלא ממוני רלוונטי מאוד- נלך על הליך נזיקי ולא חוזי.

1. **בתביעה חוזית-** האחריות מוחלטת. לא משנה אם אתה אשם, אם האחריות החוזית עליך- אתה חייב (למשל שאתה ממונה על פועלים שיגיעו לעבודה, אך היה פקק- זו לא אשמתך אך זו אחריותך). בנזיקין- הכל תלוי ב"אשם". משהו אישי שהאדם עשה. (יש חריגים, כמו אחריות מוחלטת בתאונות דרכים למשל. בשנים האחרונות הגבולות מיטשטשים).

היטשטשות הגבולות בין חוזים לנזיקין:

**פרופ' גראנט גילמור:** אומר שדיני הנזיקין השתלטו על דיני החוזים ולמעשה ייתרו אותם (לדוגמה, במקרים של רשלנות רפואית תמיד יש חוזים אך התביעות הן נזיקיות). אם רשלנות רפואית היא באמצעות חוזה, אז לכאורה צריך להיות הפרת חוזה- או בייעוץ, או בביצוע אז למה לא תובעים בחוזים? 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. (בצרפת יש חוק לפיו אם יש מקרים שיש בהם התנגשות בין חוזים לנזיקין, חייבים לתבוע בחוזים).

**פרופ'** **ישראל גלעדי**: מדבר על ההיטשטשות בשנים האחרונות בין ענפי משפט אלה בכמה היבטים חשובים. הוא אומר שדיני נזיקין התפשטו לעניינים כלכליים טהורים, דבר שלא היה בעבר. הוא אומר שבעבר דיני הנזיקין הוגבלו ותוחמו רק לחובות שליליות (למשל= הימנעות מלהזיק). כיום דיני הנזיקין מרחיבים גם לחובות 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.

הוא אומר שההבחנה 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.

**חוזים מול נזיקין בקורס:**

המתח בין המערכות ייבחן בשלב הראשון במסגרת זירות שונות. ראשית, יהיה ניסיון להגיע לתובנות ובהן שעל התובעים להביא בחשבון ולהעדיף את החוזי על נזיקית. לצורך כך ישנם מבחני פסיקה מהשנים האחרונות שנידונו בפסיקה- לפעמים נוצר שם בלבול בסעד, והובאו פיצויים נזיקי במקום חוזי רק כי שם זה משני.

יש מקרים שנתנו כסף שנחזה כפיצוי אך הוא לא פיצוי אלא חובת תשלום.

**לדוגמא**:

**נכסי קריירה בין בני זוג**- עניין קנייני. אכן יש הסדרים של פיצוי כזה או אחר בהיבט קנייני- כגון נכסי קריירה. למשל אם היא משתכרת חצי משרה כי היא וויתרה על קריירה מלאה בשבילו, ועושים חצי חצי ברכוש לפי ההכנסות- אז היא יוצאת בהפסד. לכן יש איזון לקראתה, אך זה לא עוולה נזיקית, אלא זה איזון של החובות, כי חלק מהכנסותיו זה בזכותה.

**דמי טיפול**- **תמ"ש 28007-07-16**: האב נ' הבן שם תבע האב בן 93 את בנו בן ה72 על מרמה וגזל של כספיו והבן תבע את אביו בתביעה נגדית על "דמי טיפול ושירות" באב (תביעה שיש להניח שאינה נזיקית). תביעת האב נדחתה מחוסר הוכחה ותביעת הבן נדחתה מחוסר ביסוסה על הוראת חוק רלוונטית כשנפסק 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.

-בחלק אחר מהמקרים הייתה קיימת אפשרות לדון בתביעות דרך נזיקין, ואכן כך נעשה- אך הדיון **דרך חוזים נראה שם מתאים יותר** ועשוי לקדם תובעים לא פחות מהדיון דרך המסלול הנזיקי, אם לא אפילו יותר.

ישנם גם מקרים בהם הדיון המרכזי היה דרך דיני החוזים, והיה מקום לחשוב **גם** או **רק** על התביעה **הנזיקית**. משכך, התרומה היא לא רק לעניין התיאורטי של הסיווג הנכון של סיטואציות בין מערכות הדינים הללו **ועמידה על השוני ביניהן, מטרותיהן, ההגנות, הסעדים שהן פוסקות והאחריות העומדת בעקבותיהן.**

-גם העניין הפרקטי- יש להגיש הליך רלוונטי ולא להעמיס כאשר יש עילה אחרת רלוונטית יותר.

**פיצויים להפריה ופריון:
הליכי פוריות והפריה:**

חזרה מהסכמה להמשיך הליכי פוריות והפריה, הן של אחד מבני הזוג, למשל במקרה של פירוד, והן של תורם אנונימי החוזר בהסכמתו לתרומה, או בנוגע לתרומות נוספות כדי ליצור "אחים" של הזרע הראשון שתרם.

באופן ספציפי: האם החזרה יכולה לבסס פיצויים נגד בן/בת הזוג החוזר בו?

איזון אינטרסים בין שתי זכויות:

1. הזכות ה"חיובית" להורות של בן הזוג האחד שמעוניין בהמשך הליכי ההפריה.
2. מול האוטונומיה שלא להיות הורה, כחלק מהיבט "שלילי" של זכותו של בן הזוג השני.

נכנסת כאן גם שאלה מגדרית- האם יש עדיפות דווקא לאישה, שכן בגופה מבוצעים הטיפולים? בנוסף, טווח יכולת הפוריות של האישה קצר יותר משל הגבר.

**פרשת נחמני נ' נחמני:**

מדובר בפס"ד המפורסם ביותר בנושא זה.

לאחר מס' שנות נישואין חשוכי ילדים ולאחר ניתוח בו איבדה הגב' נחמני את יכולתה להביא ילדים, החליטו הזוג נחמני להביא ילד בהפריה חוץ גופית. ביציות שהוצעו מגופה של רותי הופרו בזרעו של דני והוקפאו בביה"ח. הזוג ניסה לאתר אם פונדקאית אך בינתיים דני עזב את הבית, הקים משפחה חדשה והוליד בת בעודו נשוי לרותי- המסרבת להתגרש.

רותי מבקשת לקבל את הביציות המופרות כדי להמשיך בתהליך ודני סירב. היא פנתה בתביעה למחוזי, שנעתר לבקשתה. דני ערער לעליון- העליון קיבל את ערעורו ומכאן הדיון הנוסף. יש חילוקי דעות בין השופטים לאור המטען הרגשי הכרוך בסוגיה זו.

הדיון היה דיון במשקפיים חוזיות.

השאלה המשפטית-

האם בגלל מעמדה הרם של הזכות להורות, ניתן לכפות הורות על מי שאינו רוצה בה ולגייס את המערכת המשפטית להשגת כפייה זו?

מה שנפסק הוא שהיא קיבלה צו לאכיפה. (בפועל לא הצליחה להורות).

הדיון בפרשה נידון באכיפה, ושאלה הפיצויים הייתה שולית (אוביטר של חלק מהשופטים). אך הפרשה הזו מהווה מקרה קיצוני לעניינינו, עם ההשלכה לפסיקת אכיפה ולא פיצויים. הסיבה לכך, שמדובר בפגיעה קיצונית ב**זכות החיובית להורות**- שכן מדובר בנקודת אל-חזור, אלו הביציות שלה, היא לא יכלה לשאוב יותר ביציות, והן כבר הופרו (אין יכולת להשתמש בזרע אחר).

אנחנו רוצים לטעון כי יש כאן גם רלוונטיות לפיצויים ולא לאכיפה:

מקרים אחרים שנידונו או יידונו בעתיד- יהיו קלים יותר מנחמני:

או שהביצית עדיין לא הופרתה ואפשר לקחת זרע אחר, או שיש לאישה אפשרות לשאוב ביציות נוספות.

או, שהביצית לא שייכת לבת הזוג, אלא לתורמת ואז הכאב והסבל של תביעה נזיקית/חוזית נחשבים קלים יותר.

לפיכך, המקרים האחרים ייבחנו באופן יחסי אל מול נחמני, שם הכל חמור יותר במבט על הפרמטרים האלו.

אולם, גם בדיון קל יותר- אי אפשר להתעלם מהזכות השלילית להורות, ומהצורך לאזן בין האינטרסים. דבר זה יותר מודגש בנוגע לפיצויים ופחות באכיפה, כי זה מפחית את הפיצויים משמעותית.

**מה הענף המשפטי המתאים לטיפול בשאלת הפיצויים בגין החזרה מההסכמה? חוזים או נזיקין?**

**חוזים:**

**א. האם מתקיים חוזה** בין בני זוג שמחליטים להתחיל בטיפולי הפריה?

ב. אם כן, מה ניתן להחליט שהוא חלק מהחוזה ומה לא?

ג. האם אפשר להכניס לתוך ה"חוזה" הזה (שלא קיים בפועל) כלל שמאפשר להפסיק את הטיפול בלי שום סנקציות (לא אכיפה ולא פיצוי), במידה ויש קרע של ממש בין בני הזוג שניתן להניח שיוביל להפסקת הטיפול?

הדיון הגדול מנחמני הוא באמת בעניין אכיפה, למשל בשאלת "החוזה הרופף":

א. האם חוזה רופף מספיק לצורך אכיפה או לשימוש כלל קנייני?

ב. האם אפשר להחליט שאם אכיפה אינה רלוונטית במקרה, חוזה רופף ייתן תחליף לאכיפה ע"י פיצויים? או, לחילופין, שחוזה רופף יספיק רק לאכיפה אבל לא לפיצויים, ואין לבצע בכך קל וחומר, אלא להשאיר רק לאכיפה?

ג. האם, במקום האכיפה כשהיא לא מתאפשרת, וכשאין תחליף של פיצוי- האם אפשר לטעון לסעד משני כבסיס ל"חובת הזהירות המושגית"?

\*חובת הזהירות המושגית- עוולת הרשלנות בנויה מכמה יסודות מצטברים- חובת זהירות מושגית, חובת זהירות קונקרטית, נזק, וקש"ס. כדי להראות קשר כלשהו בין הניזוק למזיק- צריך להראות איזה קבוצות הם שייכים (למשל קונה ומוכר, רופא ופציינט, מורה ותלמיד). ז"א להראות שיש חובת זהירות שחלה בין שתי הקבוצות הללו. ברק טוען שברגע שיש חובה כזו שמוזכרת בין שתי קבוצות, זה מספיק כתקדים שזה תמיד קיים (למשל אם הזכירו פעם אחת שיש בין רופא לחולה חובת זהירות, אז מעכשיו זה ידוע שזה קיים).

אם דיני **נזיקין**- איזו עוולה רלוונטית?

א. **רשלנות**, כעוולת מסגרת:

חובת הזהירות המושגית לא מחייבת חוזה. אך אם אפשר לבסס אותה אף דרך חוזה רופף- מה טוב.

עוולת המסגרת של רשלנות רלוונטית כמעט תמיד (אף גם כאשר מדובר במעשה מכוון, לפי הפסיקה). קשה להוכיח אותה, אך היא לא רק למקרים מסוימים (למשל רק תקיפה או רפואה וכו') רשלנות זה הכל.

ב. **גרם הפרת חוזה** (ס' 62 לפקודת הנזיקין)- עוולה שלא משתמשים בה הרבה, כי יש בה יסוד נפשי. אפשר לתבוע למשל במקרה שתורם זרע אנונימי חוזר בו מהסכמתו לתרומה, ובכך גורם לבנק הזרע להפר חוזה עם הנתרמת, למרות שהבנק לא רוצה.

מה הבעיה בעוולה זו?

* אי אפשר לתבוע אדם אנונימי
* יסוד נפשי

ג. הפרת חובה חקוקה 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 אנוש." מדובר בסעיף כללי, שאם הוא הבטיח מנת זרע שניה והוא לא מסוגל לספק את זה, אפשר לטעון שזה עבירה על החוק הזה. אולן, אין כ"כ הרבה איך להשתמש בחוק הזה. הם חשבו יותר על רשלנות רפואית כשחוקקו את החוק הזה, אך אפשר לתבוע את הבנק יותר מאשר בין בני הזוג. ביהמ"ש לא אוהב את הסעיף הזה, במיוחד לא כשמגיעים עם החוק הזה בלבד.

* האם הנזקק לטיפולי הפריה נחשב "מטופל"? -ישנו פס"ד פלוני נ' שירותי הבריאות כללית.

הוא ביצע טיפולי פריון וזכאי להם מכללית. הוא רצה שלא רק הטיפולים שלו יהיו על חשבון כללית אלא גם הטיפולים באשתו, שלא מבוטחת, והיא לא בעלת בעיית הבאת ילדים. ביה"ד קבע שבן הזוג הלא עקר גם זכאי לטיפולים. לכן יש זכות גם לבן הזוג הלא עקר למימון הטיפול, למרות שאין ביטוח או שהוא בחברה אחרת וכו'.

* האם בן הזוג נחשב מטופל? האם אפשר לומר ששניהם מטופלים? -בן הזוג נחשב מטופל, כאמור בפלוני נ' כללית.
* האם אפשר לתבוע את בן הזוג?
* האם החוק חל רק בין המטופל\ת לביה"ח ולבנק, או גם בין מטופלים לבין עצמם, ואז בן הזוג יכול לתבוע בן זוג אחר מכוח החוק? (ככה"נ לא)

\*מדוע אי אפשר לעשות תביעת שיפוי ולבקש מהבנק לתבוע את התורם עצמו?

השאלות ייבחנו במקרי הבוחן הבאים:

מקרה 1- חזרת בן\ת הזוג מהסכמה להפריה עקב קרע ביחסים כבסיס לתביעה לפיצויים:

דילמות-

* מתי יש להורות על פיצויים במקרים הללו, במקום בו אכיפה לא אפשרית או רצויה?
* בחינה אם פירוד בני הזוג יכול וצריך להיחשב כסיכול ההסכמה המשותפת להביא ילדים לעולם, מה שיכול להיות משמעותי לתביעות אזרחיות בעקבות ההפרה. (האם בלי הנישואין הם יביאו ילד או לא)
* עמידה על בהירות ההסכמים בין המטופלים לבין הקליניקות לפריון (-להדגיש בחוזה מה כן ומה לא) וכן קריאה לקידום "הסכם קדם הורות" כצעד מניעתי ובסיסי להסדרה בטרם מעשה, אך גם כבסיס לתביעה אזרחית לאחר מעשה במקרה חילוקי דעות. -זה נשמע קצת קיצוני אך אפשר להכניס את זה כסעיף בחוזה. זה יעצבן אותה אם ח"ו זה יקרה אך זה יכול להיות כסת"ח טוב

מקרה 2- חזרת התורם מהסכמה לתרומת זרע אנונימית כבסיס לתביעת פיצויים:

פלונית נ' משרד הבריאות-

לאישה נולד ילד מתורם זרע אנונימי והייתה מעוניינת במטען גנטי דומה עבור אח נוסף מאותו האב. בנק' זמן זו התנגד התורם להשתמש בזרע נוסף שלו, מטעמים דתיים.

דילמות-

* האם לאישה יש יריבות חוזית ישירה כלפי התורם? או שמא תוכל לתבוע רק את בנק הזרע ו/או משרד הבריאות, בגין הפרת חוזה, הפרת חובת זהירות (בשל העדר הסדר רגולטורי מתאים) או הפרת הוראות בחוק זכויות החולה? גם כאן, בהינתן וניתן לתבוע לא רק את המטפל הישיר אלא כל בעל חובה לספק לבעל הזכות את זכותו (כאן הזכות לקבל טיפול), במיוחד כזה שהוסכם עליו בחוזה מוקדם?
* איך וכיצד נתחשב באינטרס הציבורי בתביעה נגד רשות מנהלית או גוף דו מהותי?
* האם יש להשוות חזרה של בן זוג מהסכמתו להפריה, לכך שחוקית אישה יכולה לחזור מתרומת ביצית? האם נכון לעשות את ההיקש הזה? ביהמ"ש אמר שאי אפשר להקיש את זה אחד לשני בפס"ד זה.
* מקרה שלא נידון (ככה"נ) עדיין בפסיקה, אך אמור להיות שכיח יותר מהקודם לו: שאלת הפיצויים מבנק הזרע בגין חזרה מתרומת זרע שגם היא מתורם אנונימי, אולם בנסיבות של חזרה מהסכמה טרם ביצוע ההפריה ממנת הזרע הראשונה. - יהיה לנו יותר קל להניח שלא ייתנו אכיפה אז, כי זה עוד לפני התרומה הראשונה. קל וחומר אם פלונית שכבר גן עשתה שימוש ולא קיבלה, אז גם כאן.

האם נדונו עד היום תביעות נזיקין וחוזים בענייני הפריה?

 עניינים אלה לא נדונו עד כה בהרחבה.

לפיכך, עיקר החידוש הינו הדיון הנורמטיבי וגם המעשי בתביעות נזיקיות ו/או חוזיות לפיצויים בגין חזרת בן הזוג מהסכמתו הראשונה להמשך טיפולי הפריות בניסיון להביא ילד לעולם. במהלך הלימוד נסקור את הפסיקה שניתנה בסוגיה זו במשפט הישראלי.

 יש לציין כי ניתן למצוא ברחבי העולם תביעות נזיקיות וחוזיות לפיצויים בענייני פריון והפריה. אך במקרים שונים לחלוטין מהנדון דידן, ובהם:

**תביעות לפיצויים נגד קליניקה לפריון בה מופקדות ביציות מופרות בהקשרים שונים.**

**אחד ההקשרים הינו ערבוב בשוגג ולפעמים אף במזיד, של מטען גנטי של אחר והולדת ילד שאינו ביולוגי של התובע, בעל המטען הגנטי, ו/או בלא רצונו.**

הקשר אחר הינו **רשלנות בשמירת הביציות** כפי שניתן למצוא בעשור האחרון במספר מקרים מצערים מאוד שבהם הופשרו ולמעשה הושמדו אלפי ביציות מופרות של בני זוג שלא אחת הייתה זו להם האפשרות האחרונה להפוך להורים ביולוגיים. (הפסקה הזו מהסיכום של אור).

הדיון בכך יתרום-

* לסיווג נכון ,תיאורטי ופרקטי לשאלה האם התביעה ראויה- בהתחשב **במטרות** מערכות הדינים, **ההגנות והסעדים**.
* ליישום תאוריות שונות של דיני נזיקין, ביניהן צדק מתקן וצדק חלוקתי, פיזור נזק, כולל השלכה לשאלות מגדריות.
* לעמידה על **בהירות הסכמים (חוזה)** בין הפונים לקליניקות לפריון לבין הקליניקות וכן קריאה לקידום בחקיקה של הסכמי "קדם טיפולי פריון", שישריינו חלק מהבעיות וכל יחסכו תהליך משפטי ויהוו פתרון מסוים.
* להבחנה בין סעדי אכיפה ופיצויים, תוך יישום של כללי קניין מול אחריות.
* לבחינת האיזונים בין שני סוגי אדם שילדו לא נולד (זכויות העובר, האם הוא עובר, יצור וכו'). דהיינו, בין שתי הזכויות להורות- הזכות החיובית- להיות הורה, והזכות השלילית- לא להיות הורה.

\*הערה מגדרית-

נתמקד במקרין השכיחים יותר, בהם **בן** הזוג או התורם האנונימי חוזרים בהם. יש מקרים אחרים, פשוט הם הרוב בפסיקה. לא שוללים מקרים הפוכים, גם אם הם שכיחים פחות.

**מקרה בוחן 1:**

**תת-מקרה 1- פרשת נחמני**

המקרה הקיצוני של חזרת בן הזוג מהסכמה להפריה עקב קרע ביחסים כבסיס לתביעה לפיצויים.

1.1 נקודת ה"אל- חזור", כאשר הביציות שנשאבו כבר הופרו בזרע ואין חלופות אחרות להורות טבעית.

מדובר במקרה רציני של פגיעה בהורות, כי-

א. הביציות שייכות רק לתורמת. במקרים קלים יותר הביצית לא שייכת לבת הזוג אלא לתורמת, ואז הכאב והסבל נמוכים בהרבה.

ב. הביציות הופרו כבר בזרע, והיא לא יכולה לייצר ביציות נוספות- במקרים קלים יותר הביצית עדיין לא הופרתה, או שיש לה אפשרות ליצר עוד ביציות.

האם חלים דיני החוזים על הפרשה?

דפנה ברק-ארז פרסמה מאמר בין הערעור לדיון הנוסף ("על סימטריה וניטרליות בעקבות פרשת נחמני, עיוני משפט")- נדרשה לשאלה האם אישה במקרה זה תהיה זכאית לסעד מדיני חוזים או לסעד אחר, אם יהיה סייג לאכיפת ההסכם. היא טוענת שהיא לא יודעת אם יהיה אכיפה, אבל ככה"נ יהיו פיצויים.

ביהמ"ש קובע בדיון נוסף של נחמני כי הסכמים רופפים דומים להסכמים להבטחת נישואין, שם צד אינו רוצה להפוך לנשוי בכוח, למרות שהבטיח להינשא.

בד"נ הדעות היו חלוקות-

השופטת שטרסברג-כהן השוותה את זה לנישואין גם, וקבעה שאי אפשר לכפות להיות הורה. לדעתה, יש לסווג חוזה כזה כחוזה רופף, ואין להחיל עליו את דיני החוזים הרגילים באופן צר ו"דווקני".

השופט אור טען כי אין מדובר בחוזה רגיל, אלא חוזה מיוחד. הוא מסכים כי מדובר בהסכם אחר, ושזה לא מתוך דיני חוזים אלא מדובר בהסכם מתוך נישואים, וזה שונה.

השופטת דורנר טוענת כי אין להחיל את הוראות חוק החוזים על הסכמות כאלו, כי חזקה על בני זוג שהם לא רוצים לקשור את ההחלטות שלהם בדיני החוזים. בנוסף, עשיית חוזה להולדת ילד מנוגדת לתקנת הציבור. היא סברה כי אין בכך שהתוקף אינו חוזה, כדי לשלול את הקיום המשפטי של ההסכם או המצג בדבר הסכמה.

האם ניתן לחייב את המפר **בתשלום פיצויים** מכוח דיני חוזים?

השופט זמיר טוען באוביטר מה היה קורה אילו נר נחמני היה חוזר בו לפני שהייתה ההפריה.

הוא רואה בחוזה זה לא "חוזה רופף", אלא "חוזה מיוחד". ולמעשה, הוא עונה לשאלה זו בחיוב (שיהיו פיצויים), גם דרך ההשוואה לנישואים- הוא טוען כי אין ספק שההסכמים בין בני הזוג יכולים להוות חוזה. המשפט מכיר בתביעה חוזית על הפרת הבטחה לנישואים, אז למה שלא יכיר בהסכמים אחרים?

הנסיבות מלמדות אותו שמדובר בהסכם חוזי בין דני לרותי (נחמני). אפשר לקרוא לזה חוזה מיוחד= ההסכמה על מסמכים (של ההפריות והטיפולים)- יוצרת חוזה. זה גם חוזה שנחתם לאחר שיקול דעת ממשי! שניהם חתמו על מס' חוזים ועברו כמה טיפולים.

 ברור שזה חוזה.

הוא לא חושב שצריך לשלול מזה הסכמה חוזית. אם הוא היה חוזר בו לפני ההפריה, האם לא היה בידי רותי לתבוע פיצויים על הסבל? בטח שכן!

**מסקנה** מנחמני על החלת דיני החוזים-

השופטים מסכימים כי המצג שיצרו השניים הוא לפחות בעל **ציפייה והסתמכות**, גם אם אין לו תוקף חוזי מלא.

בד"נ נקבע בדעת רוב שיש תוקף להסכמת הצדדים ולכן החוזה נאכף והותר השימוש בביציות.

האיזון בין זכויות בני הזוג בכל מקרה יתחשב בין היתר בשלב בו מצוי ההליך, בהינתן שהזכות שלא להיות הורה היא לגיטימית. אולם, יש אפשרות לומר שהיא קטנה מול הזכות שכן להיות הורה

היה צורך לחכות שנים רבות כדי לבחון אם סעד הפיצויים אכן אפשרי בנסיבות המתאימות (נעסוק בכך בהמשך).

אולם, כן יש מקום לומר בשלב הזה כי במקרה היפותטי (כמו של השופט זמיר- חזרה לפני ההפריה) יש לבחון ברצינות הכרה **בתביעה לפיצוי** בגין חזרה מההסכמה, גם לפי פקודת הנזיקין- תחת עוולת הרשלנות, וגם לפי הפרת חובה חקוקה של חוק זכויות החולה (שבנחמני לא היה רלוונטי) וגם בגין הפרת חוזה בהנחה שלפי הגישות השונות, הדבר אפשרי אפילו כחוזה רופף.

**תת מקרה 2- עניין פלונית נ' אלמוני (2016)**

חזרת בם הזוג מהסכמה להפריה בביצית שאינה של בת הזוג (תרומת ביצית) ושטרם הופרתה, כאשר עומדת חלופה אפשרית בעתיד, למשל הפריה בזרע אחר.

האם אפשר לקבל פיצויים? הרי אכיפה אי אפשר לטעון, כמו בנחמני- כי יש אפשרות להפריה בהמשך. בגלל שאין כאב וסבל- אפשר לקבל.

העובדות: אישה רצתה להביא ילד לעולם, אך ללא הצלחה. האישה (42) נכנסה לזוגיות עם גבר (31), ולאחר שלוש שנים יחד הם החליטו להביא לעולם ילד משותף בעזרת אם פונדקאית מחו"ל.

הגבר הקפיא את הזרע שלו, והאם הפונדקאית מתאילנד הגיעה לעבור תהליך זה שם.

לאחר כמה שבועות לתוך התהליך (ולפני שהזרע הופרה עם ביצית התורמת בתוך האם הפונדקאית) עלו יחסי הזוג על שרתון, ואז החליט הגבר כי הוא רוצה לנתק את מערכת יחסיו עם האישה ולהתנתק מן התהליך. הוא שילם עבור הקפאת ביציות התורמת כך שהאישה תוכל לעשות בו שימוש בעתיד עם זרע אחר, ונפרד ממנה.

האישה ניסתה במשך שנתיים להפרות את הביציות אך לשוא.

היא טבעה נגדו פיצויים בסך כולל של 450 אלף שח, בגין מספר דברים.

-יש לציין כי מנהל הסוכנות אמר לשני הצדדים שהגבר יכול היה לסגת מן ההליך בכל שלב.

טענת הגבר- יש להשוות את מצב הנתבע כמי שיכול לחזור בו בהסכמה לפונדקאות- למצבה של אישה התורמת ביציות וחוזרת בה מהסכמתה בכל עת לפני ההפריה. כשם שהיא לא תישא באחריות פלילית בגין חזרתה (לפי ס' 44א לחוק תרומת ביציות), כך גם הוא לא צריך.

פסק הדין-

ביהמ"ש קובע שיש לחייב את הנתבע להשיב לתובעת מחצית מהסכומים ששילמה עבור ההליך, בסך של יותר מ50 אלף שח, כפיצוי הסתמכות. אולם, בתוך כך הזהיר ביהמ"ש שצריך לנקוט זהירות רבה בהוראה על מתן פיצויים בגין הפסקת הליך משותף להבאת ילד.

ביהמ"ש הזכיר שהנתבע שילם עבור הטסת תורמת הביצית ועבור השאיבה שבוצעה לאחר מכן, וכן פיצה בחלק מן המחיר.

מה משמעות הפסיקה?

ניתן לקבל פיצוי ממוני בדמות **החזר הוצאות התובעת בלבד**, אך משמעות הפסיקה היא **שלא** ניתן לקבל פיצויים בגין אובדן אפשרות להוליד ילד מהזרע הזה- שמהווה בעצם "אכיפה", או תחליף לאכיפה.

השוני מנחמני-

בנחמני התובעת עצמה עברה הליך של כאב, וכאן לא היה כאב לתובעת.

במקרה זה, הביצית עדיין לא הופרתה.

ביהמ"ש ציין שכמו שלא ניתן לחייב אב בפיצויים לאמא אם החליט לעזוב אותה עוד לפני לידת בנן, בגין זה שתצטרך לגדל את הבן לבדה (סוג של מזונות, אבל שונה כמובן)- כך לא ניתן לחייב את האיש במקרה זה בפיצוי נוסף, ובוודאי לא מוגבר.

שאלה- מה היה קורה אילו היו הביציות שלה?

תשובה- יש להניח שהיה פיצוי נוסף בגין כאב וסבל.

הערה- לא בטוח כלל ועיקר שאישה שתהליכי ההפריה שלה הופסקו, אפילו אם מדובר בתרומה ולא ביציות שלה- יכול להיות שאין לה שום כאב וסבל נפשיים, ויש לבחון רק את ההוצאות הכספיות שלה. אמנם, אי אפשר להחיל את זה ככלל גורף- אלא כל מקרה יכולים לטעון לכך שיש נזקים נפשיים בכל מקרה לגופו.

ביהמ"ש טוען כי הסוגייה כאן היא פגיעה בזכות להורות עצמה, ובזכות של הנתבע לחזור בו מהסכמתו.

ביהמ"ש מדגיש כי החזרה מההסכמה לא מנעה ועדיין לא מונעת מהתובעת את מימוש הזכות להורות דרך הליך פונדקאות אחר.

זהו למעשה עניין החלופות, הרלוונטי גם לניסיון לבחון מהי עוצמת הנזק ועד כמה הפרת החוזה (אם הייתה כזו)- צריכה לבסס פיצויים כשיש חלופות אחרות, גם אם פחות נוחות.

ניתן לפרש זאת שעצם זה שיש חלופות- זה מחליש את הזכות לקבלת פיצויים.

השוואה להבטחת נישואין-

גם כאן ביהמ"ש השווה לעניין הפרת הבטחת נישואין. בין היתר ציטט את נילי כהן, לדבריה אין לצוות על אכיפת הבטחה כזו, שכן זו לא רק פגיעה במוסד הנישואין אלא גם פגיעה בחירות הפרט הבסיסית. לדבריה, הפיצויים בגין ההפרה אינן בבחינת פיצויי **קיום** המעמידים את התובעת במצב בו הוא כן היה נושא אותה לאישה (כמו שהוא לא מחויב במזונות), אלא פיצוי **הסתמכות**, שמאפשר התנערות מההבטחה, גם אם זה לא הסעד ה"חזק" יותר והמשתלם לתובעת יותר.

ביהמ"ש טוען שבאמת צריך להשוות את זה להליך של הבטחת נישואין (הסכם רופף). אולם, כן יש לקחת בחשבון שיקול גדול שבנישואים- הם יכולים להתחתן בוודאות. העניין כאן הוא על **הסיכוי** שהיא לא תלד, או על הסיכוי שבאמת יצא מזה ילד. כורח המציאות מראה שלא כל טיפולי הפריה עובדים.

לגבי ההיקש למישהי שחוזרת בעצמה על החלטתה על הביציות-

לבסוף, מה נקבע לגבי טענת הנתבע להיקש מס' 44(א) לחוק תרומת ביציות? ביהמ"ש קבע כי ההיקש אינו הכרחי דווקא עקב קיומו של הסדר שלילי, דהיינו שבענייננו אין בנמצא ס' חוק מפורש דומה- "לדברי האיש, הדבר מלמד כי אף במקרה דנן, יכול האיש לחזור בו לפני ההפריה ולא תחול עליו שום חבות אזרחית. ברם, דיוק זה אינו הכרחי. ניתן להסיק מס' זה גם מסקנה הפוכה, לפיה כל עוד אין פטור ספציפי מאחריות, ככלל, אף בחוזה מוחלש כגון ההסכם להשתתף יחדיו בהליך פונדקאות, תיתכן חבות אזרחית".

אם כן, ביהמ"ש אמנם לא קבע שלא ניתן לבצע היקש, אולם באותה נשימה טען גם שאין הכרח לעשות כן. (הפסקה הושלמה מהסיכום של אור)

השאלה שצריכה לשמש כמסגרת תיאורטית לדיון-

האם זכות בת הזוג להורות חיובית מאפשרת לקבל פיצויים מבעל ההיבט השלילי של הזכות, כקב הנזקין שנגרמו לה ממימוש אותו היבט שלילי, ואם 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, שלא יטיל עליו לא צו עשה (אכיפה) אך גן לא פיצוי מכוח הפעלת כלל אחריות, בעיקר מכיוון שלאישה יש חלופות עדיין.

מצד אחד, ככה"נ באמת אין ביטול מוחלט של הפיצויים בגלל החלופות ובגלל שיש אפשרות ל"חזרה" ושהיא תהיה אמא.

מצד שני, יש לדון כמה זה לגיטימי לחזור מהסכמה זו כאשר ברור שהם לא יחיו יחד בעתיד.

ייתכן שאם נבין שרק אם הם יחיו ביחד זה יהיה רלוונטי לקיים את ההסכמה- זה יהיה מספיק כדי להפר את החוזה (ואז גם היא הפרה, והוא לא מחויב באכיפה או פיצוי).

האם יש כאן מקום לתביעת נזיקין ולא רק חוזים?

לא התנהל הדיון הזה כאן, שכן זו הייתה דווקא תביעה חוזית.

יש לכך משמעויות שונות, כמו פיצויים לכאב וסבל כראש נזק לא ממוני- רגשי, שמובנה בנזיקין ולא לשיקול ביהמ"ש (בשונה מחוזים).

בעוולת המסגרת יש מקום לומר שזה הרלוונטי, אך מנגד עומדים שיקולי מדיניות משפטית, וזה יכול לסבך את התובעת.

פיצוי מעבר להחזרים- יש מקום לחשוב על פיצוי רגשי, אפילו סמלי, אך הוא לא יכול להיות מרכיב ראשי לפיצוי זה.

**תת מקרה 3- עניין ר'ש'פ'נ'א'י' ז' (2020)**

בפרשה שנדונה בשנת 2020, גם היא בביהמ"ש לענייני משפחה, הוגשה דווקא תביעה נזיקית, אף שכאן היה מדובר במה שנראה באופן מובהק יותר כהפרת חוזה.

אישה הגישה נגד בעלה תביעה לפיצוי בסך חצי מיליון ₪, גם כאן בגין נזקים שלטענתה נגרמו לה כתוצאה מסירובו להמשיך בטיפולי פוריות שבני הזוג החלו בהם, מזרעו של הבעל ומתרומת ביצית מתורמת מחו"ל.

הטיפולים ארכו ארבע שנים ולא צלחו.

הביצית הופרתה שלא כמו במקרה הקודם (אך כמו בפרשת נחמני, אם כי כאן, בשונה מפרשת נחמני, לא היה מדובר בביצית של האישה עצמה) והעוברים היו אמורים להיות מושתלים ברחמה של התובעת.

10 ימים לפני המועד שנקבע לצורך ההשתלה, חתמו הצדדים על בקשה משותפת לגירושין עקב משבר עמוק בנישואין ויומיים לפני ההשתלה התובעת החליפה את מנעול הדירה המשותפת ולא אפשרה לנתבע להיכנס.

בו ביום, הודיע הנתבע למכון הפוריות על הפסקת הטיפול.

גם במקרה הזה 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 פסה"ד בתביעה הנזיקית היו הצדדים עדיין נשואים וניהלו הליך גירושין בביד"ר.

ביהמ"ש מגיע לאותה מסקנה- שהסכם בדבר הבאת ילדים לעולם במסגרת טיפולי פוריות והליכי הפריה חוץ גופית מהווה "חוזה רופף" על המשתמע מכך לעניין זכות החזרה והקיש אף הוא מהפרת הבטחת הנישואין.

אולם, ביהמ"ש הדגיש שהפרת הבטחת נישואין הוכרה בישראל כעילה חוזית ולא כעילה נזיקית של תרמית או מצג שווא.

אולם, ביהמ"ש הדגיש שהפרת הבטחת הבטחה נישואין הוכרה בישראל כעילה חוזית ולא כעילה נזיקית של תרמית או מצג שווא.

ביהמ"ש הסביר כי מכוח העילה החוזית יש לבחון האם כתוצאה מהפרת החוזה נגמרו נזקים ממוניים כגון הוצאות שהוציא אחד הצדדים לחוזה עקב הסתמכותו על הצד האחר, דהיינו פיצויי הסתמכות ולא קיום שהרי לא ניתן לכפות על צד להתחתן או להיות בקשר זוגי עם מי שאינו מעוניין בו.

לצורך כך, קבע ביהמ"ש כי יש לבחון מה היה טיב ההסכמה בין הצדדים בעניין הבאת ילד משותף לעולם ובעניין הליכי הפריה חוץ גופית. בהתאם לטיב ההסכמות שהתגבשו ו"החוזה המיוחד" שנכרת (כלשון השופט זמיר בד" נחמני), יש לבחון האם התובעת זכאית לפיצויי הסתמכות כלשהם, לטענתה, כתוצאה מהפרת ההסכמות. (מכאן ומעלה הסיכום הושלם מאור).

פסק הדין-

2-ביהמ"ש- בעניין זה אכן אפשר לראות **בהתנהגות** הצדדים בפועל עד לקרע ובעובדה **שחתמו** על טופס הסכמה מול מכון הפוריות כ"הסכם רופף" או "הסכם מיוחד", ששני הצדדים ראו את עצמם מחויבים לתהליך הפוריות ובהתאם לאותו ההסכם אכן כלכלו (כספית) את צעדיהם.

אכיפה- לא יקבלו.

פיצויים- אפילו שהטיפול היה ממומן ע"י הוריה (והנתבע טען שזו מתנה ושהם לא צד לתביעה), חיוב הנתבע להשתתף בחלקו לנוכח העיתוי שבו הפסיק את הטיפול, בצורה שמנעה החזרה של הכסף.

ביהמ"ש הסביר שהנתבע נקט אדישות מסוימת לקבלת הכסף בחזרה, ולא השקיע מאמץ מינימלי או סביר כדי לבחון את האפשרות הזו ע"י הודעה מוקדמת למכון, ודווקא בגלל שהוא היה בעמדה רגשית מאוזנת יותר לעומת התובעת.

הוא חויב בתשלום של 22 אלף שח, מחצית מההחזר הכספי אילו היה מחזיר המכון את הכסף.

ניתוח הפסיקה-

גם כאן יש להציג את השאלה המהווה מסגרת תאורטית לדיון ברוח כלל 2 של קלברזי ומלמד: 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 החלת כלל קנייני אלא גם 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 שביהמ"ש פוסע בדרך השנייה אף אם לא מבצע בדיוק את הניתוח התיאורטי של האיזון בין הזכות החיובית להיבט השלילי של הזכות.

ביהמ"ש מסכים שהעיתוי שבו הודיע הנתבע למכון על ביטול הטיפול והקפאת העוברים, מבסס את זה שזו זכותו הלגיטימית של אדם לבחון מחדש את היחסים.

בנוסף, מרגע שנחתמה הבקשה המשותפת לגירושים-מדובר בקרע סופי.

ביהמ"ש קבע גם שאים לפסוק לתובעת פיצויים בגין הבטחת הורות, שכן זו לא עילה שהוקרה בפסיקה, וההיקש לזה מהבטחת נישואין זה מכורח עילה חוזית ולא נזיקית.

ביהמ"ש לא הסכים להשוואה לנחמני, בעיקר בעניין אל חזור, שכן כאן זו לא ההזדמנות האחרונה שלה.

גם, לא בטוח שאם ההפריה הייתה יוצאת לפועל, היא הייתה עובדת. לכן, זה שיקול בסיכויים שזה היה עובד- להשפיע על הפיצויים.

ביהמ"ש דחה את רוב הטיעונים לגבי פיצויים כספיים בגין כלל ההוצאות במהלך השנים. לדעת ביהמ"ש זה היה פרויקט משותף במהלך תקופת הנישואים, ולכן אין טעם לחלק את זה עכשיו בין שניהם. הוא שיתף פעולה לכל הדרך, ולא הולך אותה שולל. היא טוענת שבגלל ששיתף פעולה השבר עכשיו מאוד גדול.- זו טענה שאו שהיא טובה או שהיא ממש גרועה. אבל ההלם זה לא נזק בהכרח, אולי הנזק הזה קטן יותר מאשר אם במשך שנים הוא היה מזיק לה ומסרב? קשה להכריע מתי ה"בום" יותר גדול. ביהמ"ש מסרב, טוען שבגלל שהוא שיתף פעולה אין למה לקבל על זה נזק.

חיוב הוא רק על הטיפול האחרון.

פסיקה ראויה ומאוזנת.

ניתן לראות כאת הנתבע כ**מונע הנזק הזול** (קלברזי) וכ**שוקל הטוב** (קלברזי והירשוף). או להפיל על המונע או להפיל על שוקל הטוב. מי שיכול היה למנוע בצורה הכי טובה ולא מנע- זה בעיה שלו, והנזק נופל עליו.

הגדרות-

**מונע הנזק הזול-** צריך לאתר בכל אירוע נזיקי את מי שהיה יכול למנוע את הנזק בצורה הזולה והיעילה ביותר גם אם הוא לא בהכרח הפוגע עצמו. קלברזי כתב מאמר מאוד מכונן שעוסק בפיתוח התורה של מונע הנזק הזול **לשוקל הטוב**, כלומר זה לא חייב להיות אחד מהצדדים אלא מספיק צד ג'.

הכוונה היא- שלאור מצבה הרגשי של רעייתו באותו זמן, דווק הוא 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.

ביהמ"ש אומר ממש את מה שקלברזי אומר מבחינת השוקל הטוב ומונע הנזק הזול- הבעל צריך לשלם לה את החצי הזה כי לא היה שקול בנסיבות העניין על אף שצריך היה להיות שקול.

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. (השלמה מהסיכום של אור)

דהיינו, שלאור מצבה הרגשי של רעייתו באותו זמן, דווקא הוא היה בעמדה הכי טובה למנוע את הנזק הכספי מול המכון או למזערו, באשר לטיפול האחרון. לכן עליו לשאת באחריות, אם כי אכן רק לפיצוי בשיעור מחצית דמי העלות של אותו טיפול.

ייתכן שדווקא במקרה זה היה יותר מקום לפנות לדיני החוזים.

ייתכן, כמו בפרשת נחמני בהיבט מסוים זה, שבני זוג נשואים שבוחרים לפנות לטיפולי פוריות -ולא בפעם הראשונה, ואין ביניהם קרע, מגלים דעתם שיש ביניהם חוזה, אולי יציב יותר ולא ככ רופף מאשר גבר ואישה שהיו בקשר שטיבו לא ברור ואינו מגיע כידועים בציבור של ממש.

כאן, למשל, היה פחות מקום לטענה כמו של הנתבע במקרה הקודם, שיש סיכוי שהאישה השתמשה בו או ניצלה אותו רק למטרות שימוש בזרעו, אם הם היו נשואים כמה וכמה שנים, בנוסף לזה שהטיפולים לא התחילו מיד עם תחילת הנישואים (למרות שאין לשלול טענה כזו גם במציאות של זוג נשוי).

-גם כאן, ככה"נ אכיפה לא הייתה סעד מתאים, אבל ייתכן שפיצוי כן, ולו בנסיבות המתאימות.

-נניח שהיינו הולכים על מסלול חוזי, ככה"נ לא היה מקום לפסוק פיצויים על טיפולי ה4 שנים. אבל אפשר גם היה לקבל את חצי עלות הטיפולים דרך פיצויי הסתמכות. בעצם התוצאה לא הייתה משתנה.

החוזה נחשב בעיני ביהמ"ש כחוזה משתמע בין הצדדים.

בהנחה ששני הצדדים הם "חולה וכל המבקש או המקבל טיפול רפואי", בהתאם לחוק זכויות החולה, האם זה רק במישור היחסים שלהם עם המכון, או גם בינם לבין עצמם? בעצם, האם שני הצדדים נחשבים מטופלים ותאפשר תביעת נזיקין של שני הצדדים אחד את השני, בגין הפרת חובה חקוקה של כל זה?

שמואלי סובר שזה רק בין החולה למכון הרפואי.

**מקרה בוחן שני:**

חזרת התורם האנונימי מהסכמה לתרומת זרע, כבסיס לתביעת פיצויים.

בחלק זה יידונו מקרים שבהם הנתבע בפועל הוא בנק הזרע, אם כי ההיבט של הזכות, במקרים האלו- המאוזן מול הזכות החיובית של הנתרמת, היא של התורם האנונימי.

כאן יתגלה שיח זכויות דומה, בין הזכות החיובית להיבט שלילי, אך גם שונה באופיו ובעוצמתו מהמקרים שתוארו עד כה.

**תת-מקרה 1 (מתוך 2) פלונית נ' משרד הבריאות (2013)-**

עובדות:

אישה המעוניינת בתרומה נוספת מאותו התורם האנונימי, כדי להשתמש במטען הגנטי לאח. התורם חזר בתשובה והוא רוצה שלא ישתמשו בתרומתו. הוא בעצם הפר חוזה מול בנק הזרע, והפיצויים הם כמו בפלוני נ' משרד הבריאות.

מדובר בתביעה חוזית. (או שיש לבנק ביטוח, או שהוא צריך להחריש את זה, כי לא שווה לבנק הזרע להכריז שאי אפשר לחזור מתרומה, כי אנשים לא יתרמו עוד).

בין היתר, נסב הדיון בזכות כבוד האדם וחירותו בעניין זה.

בג"ץ קבע שאחת השאלות המרכזיות היא הסכמתו של התורם לתרום את זרעו ולבטל בכך את זיקתו למטען הגנטי, וממילא, לילד שייוולד ממנו ושאלת יכולתו של התורם לחזור בו מהסכמתו הראשונית.

כעת צריך דיון בשאלה איזו זכות גוברת- אותה זכות של התורם להתחרט, או זכות האישה להורות? הזכות להורות הנה זכות חיובית "רגילה" לכאורה. אך מבט מדוקדק יותר, יזהה כאם זכות מסוג ארוך ומיוחד, שיש לבחון אם היא שקולה לזכות הרגילה או פחותה ממנה, והיא הזכות להורות נוספת **דווקא מאותו אב גנטי** שבמנות הזרע שלו נעשה כבר שימוש להולדת הצאצאים הקיימים.

בג"ץ בחן את מערכות היחסים החוזים שקיימות במקרה זה, והסיק כי הטפסים השונים הנחתמים שותקים בעניין הזה (אין אינפורמציה מהם על המקרה). ובגלל שהם לא אוסרים את החזרה שלו, ניתן להסיק (בזהירות אומנם), שלא היה איסור מיוחד לחזור.

פסק הדין-

בג"ץ אפשר בשונה מנחמני את החזרה מההסכמה האנונימית. אם לא היה חזרה, הפגיעה בזכות שלא להיות הורה, הייתה קטנה יותר מאשר בפגיעה בבן זוג. הסיבה לכך היא כי אותו התורם היה הופך לאב ביולוגי לא ידוע, אך לא לאב משפטי בעל חובות כלכליות ואחרות.

השופט א' רובנשטיין כתב את דעת הרוב (הצטרפו אליו ברק-ארז ועמית), ונימק את הפסיקה בכך שכיוון שמדובר בביצית שלא הופרתה, אכיפת ההסכם הייתה אקטיבית- שימוש בזרע. לכן זה קשה יותר לקבל את זה, כי זה מעשה שפוגע באוטונומיה של התורם. למה? כי זה במקום להיות פסיביים- ולמנוע את השימוש בזרעו. ז"א זה משפיע על חיובו במשהו (וזה פוגע באוטונומיה של בחירה).

לדעת השופט רובנשטיין זה לא מקרה חוזים רגיל, וחזרה רגילה מהבטחה (צריך לשים לב גם לכך שהחוזה לא מוגבל בזמן, הוא פשוט תרם את הזרע. אפשר להניח שאחד הצדדים ירצה לבטל את החוזה מתישהו). לכן, האינטרס להורות הספציפית נמצא ב"פריפריה" של הזכות הזו. זאת לעומת נחמני, ששם נק' האל חזור היה המהלך הפסיבי.

רובנשטיין התייחס גם לחלופות- היא יכולה להורות מתורם אחר, בשונה מנחמני.

פירוש הדברים- הזכות החיובית להורות קיימת לתורמת, אך היא בעלת משקל נמוך יותר מנחמני, בצורה שלא מצדיקה אכיפה.

לא נתבע באותו מקרה סעד לפיצויים, גם לא בצורה חלופית. לכן, מתבקשת השאלה האם היה פה על מה לבסס פיצויים, למרות שזה מקרה קל יותר מנחמני (ושם לא הורו פיצויים)?

ברק-ארז מדייקת שמדובר בחוזה מתנה, ולא בחוזה תמורה. לכן, לפי ס' 5 לחוק המתנה, קיימות אפשרויות לחזור מההתחייבות לתת מתנה במקרים מסוימים, שחלקם רלוונטיים לתרומת זרע, במיוחד עם זה שלא היה באותו המקרה הסדר מפורש ששולל את החרטה.

היא תומכת גם בקביעה שהסחירות של זרע היא דבר מוגבל, ואחת ההגבלות היא מתן האפשרות להתחרט, במקרים שבהם הצד האחר לא שינה את מצבו לרעה. בנוסף, לבי"ח ממשלתי צריך להיות אינטרס שיהיה לו כוח משפטי להשתחרר מחוזה לשם הגנה על אינטרס ציבורי (שיתרמו זרע).

השופט עמית גם הבחין בין הפרשות, הסכים לתוצאה, והסביר שהזכות החיובית של האישה דווקא מאותו אב גנטי- יש בה היגיון בוודאי, אבל היא עדיין רחוקה מהזכות להורות שבנחמני.

זו נראית דרך נוספת (אולי יותר קיצונית) לקבוע שהזכות להורות קיימת גם במקרה כזה, אך היא חלשה יותר מאשר בנחמני, ולכן אין להפעיל חלופה.

במידה והייתה שאלת פיצויים על השולחן, האם היה בכך כדי להקים בסיס להפעיל כלל אחריות?

-התשובה היא שזה לא ב"ליבה" של הזכות, ולכן זה לא שווה את הפיצויים. וגם אם כן, זה יהיה פיצויים סמליים ביותר.

עמית טוען שמדובר בחוזה מכר, והאפשרות לחזור מההסכם **פוקעת** עם העברת הזרע לבנק הזרע.

לדעתו, דווקא אפשר לסחור בזרע לעומת דם או שאר איברים. איזון נכון, לדעתו, ייערך במישור האינטרסים המתנגשים עפ"י זכויות האדם. -במקרה שלנו, בין האוטונומיה שלא להיות הורה כהיבט שלילי של התורם לבין הזכות החיובית להורות.

כל עוד הסירוב הוא ללא כל סיבה מיוחדת או גזענית, הזכות רחוקה יותר מהגרעין ועוצמתה נחלשת. לדעתו הזכות להורות חיובית היא חזקה. לדבריו, עוצמת הזכות נגזרת גם מהמניעים הניצבים בבסיסה, ולא רק במדידה "מדעית" (או אבחנה של העין) של מרחק הזכות.

בסופו של יום, השופט עמית טען שניתוח הסוגייה מההיבט האזרחי **בלבד** מטה את ההכרעה לטובת התובעת. הוא הצטרף לתוצאה של שאר השופטים האחרים, וקבע ש**היבט זה אינו חזות הכל**, והאיזון הראוי בין הזכויות, **מצדד בזכות התורם** האנונימי להימנע מהורות (גם אם רק גנטית) להורים נוספים.

ניתוח פורת ושוגרמן-

הם מציעים המון דרכים שמסייעות לאנשים שלא להתחייב, או שיהיו להם דרכי יציאה מהחוזה, בלי שיהיו סנקציות על החזרה. הם טוענים כי יש ליצור כלל ביניים, בין כלל קנייני שמאפשר סחירות ועבירות, לכלל של אי עבירות, השומר על הזכות בצורה החזרה ביותר שלה, בכך שמונע עבירות שלה, בין בתמורה ובים שלא בתמורה- כדוגמת איסור על סחר בתינוקות או על העברה או מכירה של זכות הצבעה.

כלל הביניים: בעל הזכות יהיה רשאי בכל זאת להעביר את זכותו, אבל עדיין תהיה לו זכות לעצור או להפסיק את ההעברה בשלב מאוחר יותר, ללא כל סנקציה.

בין הקטגוריות לסיבות לחזרה, הם מונים גם את האפשרות לחזרה עקב שינוי בהעדפות וערכים, גם אם אין בהכרח שינוי בנסיבות אחרות.

בין הדוגמאות שהם מונים-

-הערכה מחדש של תורם כליה לגבי מצב בריאותו לאחר ההחלטה על התרומה

-הערכה מחדש של אם פונדקאית על העדפותיה להיות אם.

-המקרה שלנו- חזרה מתרומת זרע עקב שינוי בהעדפות בערכים.

אין במערכת מסחרית רגילה אפשרות לחזור עקב שינוי בדעות ותפיסות. כלל הביניים מהסוג שהם מציעים מסוגל להגן על אותם "מוכרים", שכן רוצים למכור, בצורה טובה יותר מאשר כלל קנייני רגיל.

בעיקרון במדינות מסוימות יש פרקטיקה כזו בנוגע לפונדקאות. ונראה שאין מניעה שזה יחול כם על טיפולי פריות, ולו באופן עקרוני ובנסיבות מסוימות.

שאלת הנזק-

הוכחת נזק נצרכת בתביעות רשלנות או הפרת חובה חקוקה של חוק זכויות החולה.

גם בחוזים צריך להוכיח נזק לא ממוני.

מהו הנזק של הנתרמת?

אי היכולת להורות לאותו אב גנטי כדי שלכלל הצאצאים יהיה מטען גנטי זהה, לעניין של צורך בתרומת איברים או מח עצם בעתיד (ואין לזלזל בערך של דמיון הילדים ומניעת מבוכה מיותרת).

זאת, גם אם הנזק לא שקול לזכות חיובית "מלאה" להורות כמו בנחמני. מכיוון שבמקרה הזה, הייתה לתובעת אפשרות חלופה להשתמש בזרע אחר, גם אם זה לא יהיה אותו מטען גנטי.

לצורך גרם הפרת חוזה (ס' 62 לנזיקין), של הורם בין בנק הזרע לנתרמת, יש צורך בנזק ממון בלבד, ולא רק נזק רגשי.

מסקנות לעניין פיצויים (ניתוח שלנו)-

נראה שיש מקום לפיצוי לא ממוני- רגשי במקרים כאלו, גם אם פחות מהשוואה לזכות מלאה להורות. אולי זה הרבה פחות, אבל עדיין.

רובנשטיין אומר שהאכזבה לא מספיקה לאכיפה, אפשר לקרוא את זה שאולי לפיצויים זה כן מספיק.

ס' 5 לחוק זכויות החולה- טיפול נאות. אפשר לומר שבנק הזרע לא העניק טיפול נאות. כפי שלמדנו בעבר, הסעיף הזה יכול אולי גם לשמש **כבסיס לחובת הזהירות המושגית** לצורך הוכחת יסודות עוולת **הרשלנות**.

איזו הגנה טובה יכולה לעמוד מפני תביעת פיצויים?

-חלופות. העמדת חלופה סבירה, למשל אפשרות לקבל מנת זרע אחרת ללא תוספת תשלום, במטען גנטי דומה (כאשר הפגיעה היא כמו במקרה הנ"ל- קטנה וצדדית).

נזיקין או חוזים לעניין הפיצויים?

האפשרות הנזיקית אולי ראויה יותר, גם לאור פסקי הדין השונים ביותר מאלו של השופטים בבג"ץ, שכל אחד מהם ראה אחרת את **סיווג היחסים** שבין הצדדים (חוזה? הסכם? חוזה רופף..? שכירות? מתנה?).

כך למשל השופט **רובנשטיין** לא ידע מה לומר- הוא לא אמר מתנה או שכירות, אלא קבע שזה חוזים. למרות שהתובעת הסתמכה על התרומה בתו"ל, ולמרות שאפשר להבין אותה- בכל זאת אין סעד.

גם בנחמני היו המחלוקות האם זה חוזים או "חוזה רופף", ותכולתו. אך כאן התביעה החוזית נגד בנק הזרע, לא מבוססת על חוזה רופף. מצד שני, נכנסים אינטרסים ציבוריים בתביעה נגד בנק הזרע, שהם רלוונטיים למשל לשיקולי מדיניות משפטית בחובת הזהירות המושגית בעוולת הרשלנות.

אך ייתכן שביהמ"ש שהיה נדרש לשאלת הפיצויים (גם אם כסעד חלופי), היה סבור שאכיפה לא תינתן, אך כן יש מקום לפיצויים משיקולי מדיניות דווקא, מכוח כלל אחריות, למשל כלל 2 של קלברזי ומלמד.

בעיית אנונימיות התורם שלא מאפשרת (לכאורה) לתבוע אותו, אלא את בנק הזרע בלבד-

בנק הזרע צריך לדעת שהוא עשוי להפר את החוזה מול הלוקחה, גם אם הוא לא מתכוון. יש הפרות חוזה לא רצוניות.

אם יש תביעות כאלו, נגד בנק הזרע, כדאי שיהיה לו חברת ביטוח.

הצעת פתרון ראשונה: לעשות דיון בדלתיים סגורות. שהשמות יהיו "אנונימיים", ופסה"ד לא יפורסם בשם. מה שכן, אין פה פתרון מול התורמת (שתראה אותו), שכן התורם לא רוצה להזדהות בכלל. הוא לא רוצה להיות אב משפטי, הוא לא רוצה להיות מוכר, וגם רוב המקרים זה כאשר כבר נולד לו בן ממנה והיא רוצה רק עוד "אח", אז הוא עלול להיחשף לבן שלו, מה שרצה להימנע ממנו. זה יגרום לאפקט מצנן, שכן אנשים לא יתרמו עוד. הם יפחדו מתביעות ומחוסר אנונימיות. זה לא פתרון גורף, אך הוא עשוי לעבוד לפעמים.

הצעת פתרון שניה: לקבוע איזשהו מנגנו פרוצדורלי, למקרה של חזרה מהסכמה- שיהיה ניתן לחשוף את שמו של התורם, רק בסייג מסוים- של חוסר הפצת השם שלו, ושהשם שלו ייחשף רק לצורך הדיון. להחתים את הנתרמת וכו' (גם להחתים שלא תיצור איתו קשר בהמשך, או שלא תאשים אותו בהורות וכו'). אך יש הכשרה לעוד תביעה, אם כן יחשפו את שמו. בכל אופן לבנות פרוצדורה של התחייבויות.

הצעת פתרון שלישית (וכן פתרון לאפקט המצנן): פורת ושוגרמן- ניזכר שהם הציעו שיאפשרו תורם לחזור מתרומתו, ללא סנקציות. אבל זה לא פתרון לתורמת! אולם, הם אומרים לנו- שאם זה יהיה בחוזה, היא לא תפחד. היא תהיה מודעת, ותתכוונן לזה מראש. תהיה לה אכזבה, אבל היא תהיה מודעת לסיכון שיכול להיות שלא יהיו לה ילדים מתורמים זהים! (גם אם זה ייכנס לחוזה כרגע, אז יהיה כמה שנים של שלב מעבר, שיהיה מעט קשה, אבל בסוף יקבלו את זה). אפשר גם לנסח שבנק הזרע יתחייב שאם התורם מוותר- הוא יכול לפצות אותה במנה אחרת ללא תשלום נוסף. זה מבטל את הבעיה מהשורש, עוקף אותה.

הצעת פתרון רביעית: הודעת צד ג', או תביעת שיפוי- הגדרה: בתחום האזרחי. **שיפוי**- כאשר אני תובע את א', והוא טוען שנכון שנגרמו נזקים, הוא לא האשם, או לא הוא לבד האשם. נניח שהוא עובד עם אדם נוסף- ב', והוא מכווין את התביעה אל ב'. אך אני לא עובדת מול ב', אלא מול א'. לכן, הוא יהיה חייב לשלם לי. אחר-כך, הוא יגיד לב' להשתתף או שב' צריך לשלם לו- בחזרה. זה אומר שזה מכניס עוד תביעה ל"סיבוב" הזה, אבל ביהמ"ש סופג את המעמסה במקרים מסוימים. במקרה שלנו- תובעים את הבנק, והבנק תובע את התורם בצורה אנונימית.

**הודעת צד ג'**- אפשר לחסוך תביעה נוספת, והתובע יכול למשוך את ב' לתביעה באמצע, במקום לעשות תביעה נוספת. אי אפשר לעשות את זה אוטומטית, אלא צריך לומר את זה לתובע, ואז הוא מושך אותה. יש פעמים שהתובע יגיד שהוא לא רוצה.

ז"א, מדובר בהצעה פרוצדורלית פשוטה, בנק הזרע שולח לתורם- והוא צריך לעשות ביטוח, או שיתמודד, שיספוג.. אמנם זה עוד בלגן בתוך התביעה, אבל זה פתרון פרוצדורלי, מאפשר לקיים את התביעה בלי סייגים. יהיה אפקט מצנן, אבל עדיין.

מה ההבדל בין הודעת ד ג' לתביעת שיפוי, לעניינינו? שהודעת צד ג' לא פותרת את הבעיה, אין אנונימיות! השיפוי משאיר אנונימיות אם הוא משאיר את המקרה בין הבנק לבין התורם.

[הצעה של שמואלי- להציע שאין הודעת צד ג' נגד תורם אנונימי, כהצעת חוק].

פס"ד רמי מור- מקרה דומה שהגיע לביהמ"ש. גולש טוקבקיסט אנונימי, לכלך על מישהו. הנפגע מגיע ורוצה לתבוע את הטוקבקיסט, אך הוא אנונימי. הוא יכול לתבוע את האתר, אבל זה אנונימי! הגולש ביקש מהאתר את השם של הטוקבקיסט. הם לא הביאו את השם, הוא ביקש את כתובת הIP. הם לא הרשו, כי זה הפרת פרטיות. תבע את האתר שלא הביאו. **ההלכה שריבלין קבע שם**: האם אני פוגע בפרטיות של טוקבקיסט אנונימי, כשאני תובע אותו על לשון הרע? ריבלין החליט לא לחשוף, ושחופש הביטוי והגנת הפרטיות (של הטוקבקיסט) גובר על הפרת הזכות לשם טוב.

בחזרה לעניינינו, יש לציין שהיא צריכה לדעת שהוא תורם אנונימי, שזה כללי המשחק, וזהו- אין אפשרות לתבוע אותו.

למה יותר הגיוני לתבוע את בנק הזרע?

-כיס עמוק

-המדינה מפקחת על רובם (או גוף דו מהותי)

-פיזור נזק

-ביטוחים.. התורם האנונימי מם הסתם לא מבוטח לתביעה כזו. יש להניח שהוא לא כיס עמוק.

-בנק הזרע יוצר סוג של הסתמכות- הוא מקבל כסף על ההפריות, והוא צריך לבנות מערכת שתספוג את התביעות.

-לפי קלברזי והירשוף- אפשר לטעון שבנק הזרע עומד בעמדת השוקל הטוב, ויש לו את היכולת הכי גבוהה למנוע את הנזק ואת הבעיה (לפחות יותר מהתורם והנתרמת).

**דוגמא למקרה היפותטי ינוסף**- נתרמת קנתה מס' מנות זרע מאותו התורם, אך היא לא התחילה הפריה, והתורם חזר בו. מדובר במקרה קל הרבה יותר! אולי יותר קרוב להפרת חוזה או דוגמא קלאסית לחוק המכר (-למשל כשהמוכר אומר לך להזמין ממנו כשאין לו משהו במידה, ושילמת לו, והוא אומר שלא הגיע. אז הוא ייתן תשלום חוזר). אמנם המקרה מורכב יותר כי עדיין אין לה ילד, מצד שני- מי אמר שמזרע אחר לא ייצא ילד. אז זה מקרה קל יותר, של סיפוק חלופה סבירה אחרת. מה קורה אם אין חלופה סבירה אחרת? אולי אפשר לתבוע, או להפנות אותה לבנק אחר וכו'. זה מחזק את המסקנה של פורת ושוגרמן, כי רואים פה חזרה בלי סנקציה. מאפשרים לבנק הזרע לצאת בלי כלום כי הוא נתן חלופה סבירה. היא לא תובעת את הבנק, כי אין באמת נזק- ואז גם ככה"נ היא לא תתבע את התורם.

מדוע זה לא אפשרי דרך המשפט הפרטי?

כוח החלופות- אם בנק הזרע העמיד בפני הנתרמת חלופות טובות אחרות, גם אם לא באותה רמה.

אמנם היא תצטרך להתפשר על פרופיל לא הראשוני שבחרה, אבל הנזק לא משמעותי דיו. **המשמעות היא שהזכות החיובית להורות היא חלשה כאן.**

הנזק יכול להיות משמעותי בעיני המתבוננת. זה עניין אובייקטיבי, ואין לזלזל בכך, אבל היינו רוצים להאמין שביהמ"ש לא יקבל את המקרה הזה.

באיזון בין הזכויות השונות, לא נשכח גם את הזכות של התורם לחזור- שהיא **חזקה** יותר כל עוד הנתרמת לא עשתה שום שימוש בזה. אפשר לחייב אותו מראש בתשלום פיצוי על חרטה, וזה אפילו לא נחשב אפקט מצנן כל-כך.

זה לא בדיוק דומה לדוגמא מחוק מכר, כי זה לא ש"אין עוד זוג נעליים במלאי", אלא באמת אין אפשרות לקבל את הזרע הספציפי הזה, למרות שהזרע קיים, פשוט לא רוצים לתת אותו.

אפשר לקבל את התביעה ולקבל פיצויים סמליים. אבל שמואלי טוען שיש חלופות סבירות וזה לא נשמע כפתרון אידיאלי.

סיכום ביניים:

ברוב המקרים ביהמ"ש אינם מאשרים סעד של אכיפה (חוץ מנחמני), לא במקרה של חזרת תורם אנונימי, וגם לא במקרי בני זוג. גם אם הביצה עדיין לא הופרתה וגם אם כן. למה? זה חוזה רופף בין בני זוג, וגם כי הסיטואציה בעייתית לאכיפה. במצב כזה יש לבחון היטב אם צריך להביא פיצוי ולא אכיפה, ואם יש מקום להחיל חוזים או נזיקין או מסלול משולב.

הדיון צריך לצאת מנק' הבנה שיש איזון בין הזכויות להורות והזכות ל-לא להיות הורה.

לאור נחמני, שמהווה המגדלור לפסיקה:

נבצע דירוג של הפיצויים.

1.חזרה בנק' אל חזור- אכיפה, נחמני.

2.חזרה מהסכמה של תורם אנונימי כשהנתרמת רוצה מטען גנטי זהה לעוד אח, וזו חזרה מסכלת.

3.חזרה מהסכמה טרם תחילת ההפריה.

**הצעות לדיון ראוי במקרי הבוחן שלנו: (עפ"י שמואלי).**

**הצעה ראשונה:**

נק' המוצא של הדיון היא בקשת פיצוי בצורה חוזית או נזיקית, לנזק ממוני או לא ממוני (לזכור שבחוזים לא ממוני תלוי בשיקול דעת). לבקש פיצוי מהתורם, בן/בת הזוג, או מבנק הזרע אם לא רוצים לאכוף, או שזה לא אפשרי.

יש מקרים שלא רלוונטי להורות על פיצויים. יש מקרים שלא ניתן לכפות על הורות, ולכן דיני החוזים חלים- ולא ניתן לבצע אכיפה.

יש מקרים שאנחנו לא רוצים אכיפה, **כי זה דומה לכפיה לעבודה או לשירות איש**י- חובת אבהות. (ס' 3 לחוק התרופות).

יש מקרים שהצד שחזר מההסכמה "קנה" את אפשרותו לחזור מהסכמה, כשמשלם פיצוי או כשמשלם על עלות טיפולי הפוריות. כיוון שאי אפשר לאכוף אותו- הוא "בעל הבית" מבחינה קניינית. "קונה" את האפשרות לחזור בו. (אמירה קשה, אבל כן).

אי האפשרות או הרצון להורות על אכיפה, לא אומרים שאי אפשר לבקש פיצויים.

כלל 2 אומר- כלל אחריות מגן על הזכות בצורה חלשה יותר מאשר כלל קנייני או כלל של אי עבירות, אך כאן בדיוק- כאשר אכיפה אינה רלוונטית, עליו לבוא לידי ביטוי.

חזרה מהסכמה ראשונית, היא היבט שלילי **לגיטימי** של חזרה מהסכמה של הזכות להיות הורה. איך הוא יכול להיות כבד יותר מאשר הזכות השלילית? תלוי בשלב. ככל שהזכות החיובית לא ככ כבדה- זה מתחיל להשתוות, ולא בטוח שיתקבלו פיצויים.

משמעותי גם העניין של גובה הפיצוי.

אין למנוע הפעלה של "החוזה הרופף". לא תמיד הוא מספיק לאכיפה, אבל הוא יכול להספיק לפיצויים. יש לו מעמד כלשהו.

בכל זאת, אין לשלול ביקורת של "הכל או כלום" או "שחור-לבן"- יש דעה שאומרת, שאו אכיפה או כלום. אין פיצויים.

בנסיבות מסוימות ניתן לראות בחוזה מההסכמה כ"שוקל הטוב", שהיה צריך למנוע זאת בזמן ולחסוך את הנזק.

שאלה- האם קיים חשש שהוראה על מתן פיצויים יהיה תמריץ שלילי מידי לא לחזור בו מהסכמתו- והוא יישאר בקשר רק בשביל זה?

תשובת שמואלי- הוא חושב שזה יתפוצץ מתישהו, אבל גם לא מזלזלים בחשש הזה, למרות שקשה להאמין שאנשים יישארו. יעדיפו לשלם פיצויים, מאשר לחיות עם אדם אחר שלא טוב... גם כלכלית לא משתלם לשלם על ילד (קל וחומר אם אתה לא רוצה שהוא ייוולד) מאשר פיצויים. גם לא תמיד תביעות מתקבלות, בתביעות של רשלנות לא תמיד מקבלים את זה- אז לא בטוח שאדם יישאר כדי לפחד מלהישאר.

**הצעה שניה:**

**מתי בן הזוג נחשב כמפר לפי דיני הנזיקין?**

זה מטושטש קצת מפסקי הדין. האם פירוד בין בני הזוג נחשב נק' הפרה?

כשבני הזוג נחשבים ידועים בציבור- יש לבחון האם לבני זוג שחיים יחד, יהיה רצון להביא ילד גם אם יחיו בנפרד. ההיגיון אומר שאם הם מגיעים לקרע שאי אפשר לאחות אותו- הם לא יביאו ילד לעולם. ההנחה היא שההסכמה המקובלת שלא רוצים להיות הורים בעת משבר, ושלא יביאו לעולם ילד במסגרת לא זוגית. (שמואלי- חושב שזה נכון, למרות שלא ראו את זה בכל פסקי הדין).

ובכל זאת- ייתכן שלא צריך לשלול אפשרות כזו של הסכמה לילד משותף גם אם אין זוגיות משותפת. בעיקר בעידן החדש כיום, שיש ילדים בלי זוגיות וזוגיות בלי ילדים. זה משהו חדש, שלא היה לפני 30 שנה. יש הסכמים כאלו, באנגלית קוראים לזה- leaving apart together. לפעמים זוג גברים הומואים רוצים להביא ילד מאישה, וזה מחוץ לזוגיות בד"כ. אז החיבור הזה נכון כברירת מחדל (שמואלי) אך כמובן שלא לכל המקרים. מן הסתם זוג שלא חי בזוגיות יכול להוכיח את זה. בד"כ במקרים מיוחדים כאלו גם יש חוזה. כאשר לא ניתן להשיג הסכמה או חוזה, לדעת שמואלי (לא הפסיקה, היא לא מכריעה)- זו ברירת המחדל.

אנחנו גן כמובן לא מאפשרים כלל קנייני- לא הולכים על נחמני, על הסעד הכבד- אבל גם לא על סעד של פיצויים. מה כן? למשל קלברזי כלל 2- מחצית מדמי הטיפול האחרון למשל, אולי אפילו שוקל טוב.. פתרון ריאלי ומאוזן. אדם שלא מונע נזקים, שישלם לפחות על מעט הנזק שלא מנע/ שגרם. זה לא מדויק לדיני חוזים ונזיקין, אבל האינטואיציה בריאה.

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

אפשרות אחרת להביע את אותו רעיון- להיכנס בצורה רשמית לחוזה על תנאי (תנאי מתלה, למשל, לפי ס' 27 לחוה"ח).

ניתן לקבע מכוח של חוזה על תנאי, שיש הסכמה לטיפולים כל עוד הם ביחד (לא צריך בהכרח כתב). כך דיי ברור שהפירוד יפסיק את הטיפולים. נטל ההוכחה הוא על מי שרוצה להפריך את ה"חוזה".

כל שנותר, יהיה לקבוע פיצויים מההפרה, ככל שזה רלוונטי.

דילמה- החוזה גם ככה רופף, אז אתה גם רוצה לשים על זה תניות מכללא (שהן לא משתמעות ולא מפורשות), בהשוואה לחוזה רגיל? אפשר לומר שהוא גם ככה רופף, ולכן אין להתנות אותו במשהו ולחייב על כך. ואפשר גם לומר שהוא חוזה על תנאי, והוא לא רופף. [הבהרה של שמואלי- בחוזים הקשורים במשפחה, גם אם הם עומדים בכל התנאים של חוזה, זה לא תמיד נחשב חוזה].

התביעה לפי נזיקין לא מצריכה חוזה. לכן, מצד אחד אפשר לומר 27 לחוזים, מצד שני יש ביקורת והתפלפלות. אז מה עדיף? אולי עדיף נזיקין. חוזה עוזר גם לנזיקין (לעוולת הרשלנות וחובת הזהירות- להראות שהיא הופרה בחוזה). אבל אפשר גם להסתדר בלי חוזה, ונזיקין זה "קרקע" יותר בטוחה.

אם זאת, לא סותרים חוזים- פשוט המצב המרכזי למניעת הסיטואציה, הוא לגרום לזוג להיות מודעים הייטב לסיטואציה ולהשלכות ביטולם. אפשר לעשות זאת ע"י תנאי, כמו שאמרנו. אחרת אתה נכנס למחדל של אדם עם נטל הוכחה גדול.

אולי עדיף גם לחתום על הסכם מנדטורי- הסכם שמחייב את הצדדים בצורה של ברירת מחדל, אם לא נקבע אחרת. למשל- תקנות חברה. אם חברה התאגדה ולא קבעה חוזה- יחול הנספח שיש בחוק. אפשר לעשות משהו כזה, שאם לא חתמו יוכל לחול. לא בטוח שאפשר להכיל את זה על אנשים בצורה פרטית, כי זה לא כמו חברה.

**הצעה שלישית:**

הסכמים, חוזה של ממש- יש מקום להסדר קדם הורות, שלא יהיה מצב של איום על ההליך להפריה במקרה פירוד. החוזה ברור ולא רופף, וזה מקל על הפרשנות והשיפוט. זו תביעה חוזית ממש או נזיקית רשלנית שנשענת על חוזה- בצורה הרבה יותר מבוססת. ההצעה של שמואלי היא לחייב כל פרט (ובבדאי זוג) שרוצים לעשות טיפולי פוריות- לחתום על כזה דבר. אפשר להכניס גם לחקיקה בצורה של ברירת מחדל, כמו הסכם ממון.

בסוף יש בעיה, כי הצדדים עצמם חותמים על החוזה עם הבנק, והתורם חותם עם הבנק, אז החוזה לא של הזוג מול התורם. יש GAP באמצע. זה שני אנשים שנקשרים בחוזה דרך "גוף ביניים". האם נוצר חוזה בין הזוג לתורם? זה רופף.

שמואלי טוען שאין מספיק לראות במחויבות הזו לצד השלישי, אלא צריך לראות במורה משמעותית מה הזוג התחייב מול התורם, אחרת אין די להסתעפויות על זה. צריך להיות חוזה ממשי בין התורם לזוג. ואם לא, אז אפשר לטעון בצורה העקיפה שהחוזה הרופף תקף.

מדובר בחוזה אחיד, אי אפשר לעשות בו מו"מ.

**יתרונות**- הקטנת עלויות, זה לא "עוד" חוזה, זה סעיף בחוזה הפוריות. גם לא עלות רגשית ולא עלות כספית.

**חסרונות**- חשש מכניסה לחוסר הסכמה לחתימה. למצב של "הכל או כלום"- זוג לא ירצה לחתום בצורה מנדטורית.

מובן גם שלא כל זוג נישא, ואז לא כולם חיים בצורה משותפת ממונית, כך שזה פחות רלוונטי.

**פתרון אפשרי**- זה לא חייב להיות נספח של הסכם. הוא יכול להיות הסכם נפרד, שלא חייבים לחתום עליו בתחילת הנישואים אלא בתחילת הטיפולים. מציעים לחתום לפני, בצורה פחות רגשית, אבל אפשר גם כשמגיעים לכך.

-מי המציע לאנשים לחתום? כהן דת- בחתונה עצמה, כמו הסכם ממון. המכון עצמו- יש לו או אין לו יתרון לכך? (כן- כי זה חוסך לו בלגאן של תביעות. לא- כי זה לא תמיד עניין שלו, זה בלגאן בחוזים).

-מה יקרה כשלא נחתם הסכם? יש היגיון שביהמ"ש יעשו שימוש בהצעה של פורת ושוגרמן- ברירת מחדל הפוכה, "להיכנע" לבעיה, שהבעל יחזור בו אבל בלי סנקציות.

-אפשרות אחרת- לקחת חלקית את פורת ושוגרמן, נאפשר לך לחזור בך ולא נאכוף, אבל תחויב בפיצויים. (נשים לב שאין יותר מקרים כמו נחמני).

-כמו כן, בהיעדר הסכמה אחרת- יש חוק שעוסק בחזרה בתרומת ביצית לאישה. אין כזו השוואה לגבי גברים ולחזרה בזרע. ההצעה היא שדווקא כן לאפשר, ושלא צריך להיות הבדל צ (שמואלי טוען שאין הבדל).

-אפשר גם להגיע להחלטה- אפילו חקיקתית, מתי התורם כן יכול לחזור בו מההסכמה. לומר לשני הצדדים שהוא יכול לחזור בו עד זמן מסוים, היא תהיה מודעת ולא תתבע. אפקט מצנן- לזמן מוגבל, לבסוף זה יהיה מובן וייטמע כהרגל.

-אפשר לקבוע מתי התורם יהיה חשוף לתביעת פיצויים, ואפשר גם לומר שלא, שאף פעם אי אפשר. אולי גם אפשר לכתוב בחוזה שהוא לא יהיה אנונימי יותר. אולי זה יצנן, או שיגידו שאין להם סיבה לחזור ולכן אין סיבה למה לא לחתום.

-אפשר גם להחליט מראש שהנתבע העיקרי הוא בנק הזרע ולא האיש.

-אולי להעלות את המחיר לנתרמת בשביל צדק חלוקתי, ולא לתורם- כי הוא יפסיק לתרום והנתרמת תמשיך לקנות.

-אפשר להחליט את המדינה שהיא תיטבע. מה האחריות של המדינה בזה שאין חקיקה או רגולטורה נורמאלית. אפשר לטעון שזה לא דבר שקורה כל יום (מאמר של 3 סטודנטים מאונ' חיפה על זה בעניין פלונית).

סיכום ההצעה לדעת שמואלי- אם החזרה הייתה אחרי ההפריה- יש פיצוי. אם החזרה הייתה לפני, סיכוי מופחת לפיצויים.

**הצעה רביעית:**

פיצויים בתנאי אי וודאות שההפריה הייתה מצליחה: פיצויי הסתמכות מול קיום ושאלת הסיכוי.

ההפריה אינה עניין וודאי, ולכן אין להשוות אותה להבטחת הפרת נישואין. אם האדם לא היה מפר- היו מתחתנים. אבל פוריות זו לא תוצאה מובטחת. אין אחוזים גבוהים כ"כ להפריות. זה דבר לא וודאי.

מה ההבדל עושה?

ייתכן שפיצויי הסתמכות פועלים כאן, ולא מפיצויי קיום.

מי אמר שהילד ייוולד? לשאול גנטיקאי על עניין הסיכויים שההליך ימשיך ויעבוד- למשל בבחינה של מתי הופסק ההליך, גיל האישה והמצב הבריאותי וכו'. נגיד אם נפסק שהיו 40 אחוז- אז יהיה 40 אחוז מהפיצוי. (רגע, 40 אחוז מתוך מה? מסכום של ילד? או של ההליך? לא ניכנס לזה)

פיצויי קיום לא מתאימים כאן, גם כשהביאו פיצוי אז הקטינו ממש, ונשענו על הסתמכות. לא נתנו לה פיצוי רגשי למשל על זה שיכול היה להיות לה ילד ובסוף לא.

לדעת שמואלי, לא בטוח גם שאפשר לכמת את זה. פיצויים על פי הסתברות הם סד"כ פיצויי קיום ולא הסתמכות.

[מאמר של נילס יאנסן, משהו the Idea of bublistic(אוקספורד ג'ורנל)- טוען שזו השמדה מלאה של סיכויים של מישהו לגמרי, וזה נזק לפי דיני הנזיקין. היה לה רק 40 אחוז- עדיין הורדת את זה ל0 מה40 האלו והרסת את הסיכוי, ולכן יקבל את כל ההוצאות ולא רק את הסיכוי].

הערה זו הייתה רלוונטית בנוגע לנזק ממוני. אבל נזק רגשי, אפשר להצביע עליו גם אם ההליך לא היה מצליח. ז"א שהיה לה נזק גם אם הוא לא היה חוזר בו. אין קש"ס בין העוולה לנזק. לכן, יש להורות על פיצוי במקרים המתאימים בראש נזק לא ממוני זה, באופן מלא ולא באופן יחסי- הסתברותי לפי הסיכויים, שכן הנזק הרגשי מתבטא בהערכת הסיכוי שהלך לאיבוד או הופחת.

אז על מה תשלם נזק רגשי? אולי על ה"אחוז" שגרמת שלא תהיה הפריה.

מחשבה לסיום של שמואלי- האם אנחנו במקרה שחור לבן של אכיפה או כלום? כל הזמן ניסינו למשוך לכלל 2 של קלברזי ומלמד- שיש תחום אפור של פיצויים. אבל יכול להיות שזה לא? שזה שחור לבן?

יש מי שטוען שזה לא מספיק חזק בשביל פיצויים, ושזה לא אמור להגיע לביהמ"ש. הפסיקה לא הלכה בכיוון הזה, והפסיקה כן טוענת לפיצויים, אך ייתכן שהיא הולכת לצמצום של הפיצויים (אולי אפילו לא במודע) ולצמצום של נזיקין בתוך דיני המשפחה.

**נזיקין מול חוזים במשפחה-**

1.סירוב להביא ילדים לעולם 2. .כפיית אבהות (גניבת זרע) 3. .הונאת אבהות

**סירוב להביא ילדים לעולם:**

הוא לא עלה בפסיקה. מקרה דומה אך שונה- בני זוג התחתנו/ להיכנס לחיים משותפים (אישית, אישות, כלכלית). מתברר שאחד מבני הזוג רוצה ילד, והשני לא (בעיקרון מדובר לעל מקרה קבוע שלא רוצה להביא ילד בכלל, לא זמנית). אין בעיה ביולוגית לעשות כן. הצד הראשון מתפלא, שכן אנחנו בהנחה שהם לא דיברו על זה.

**מסלול חוזי:**

אפשר לטעון שצריך לבחור את ההסכמה המשתמעת מתחילת הקשר. אם יש הסכמה מפורשת, זה מעולה. אם אין מפורשת- נבחן אם יש הסכמה משתמעת שאם שניהם כשירים להביא ילדים- יש חזקה שהם יביאו. מעין הפרת חוזה, טעות או אי גילוי, או רמאות.

אולם אולי יש לטעון שהנושא צריך לעלות בצורה אקטיבית בין השניים. מי אמר שחתונה בעלת חזקה של הבאת ילדים.

למה לא להתגרש? כי אדם בנה חיים, זה בעייתי להפסיק עכשיו. אבל יכול להיות שאם הייתי יודע אז הייתי נכנס לקשר.

הנזק- רגשי למשל.

החזקה צריכה להיות- בני זוג צעירים בנישואים ראשונים רוצים ילדים.

בכל מקרה צריכה להיות בחינה אם הייתה הפרה של הסכמה זו או לא, ומהן השלכות אותה הפרה.

ייתכן שאם מדובר בזוג נשוי שנכנס לקשר ולא דיברו עלזה- זה נכנס בגדר חוזה רופף.

רלוונטי כאן דיון גם באוטונומיה האישית למול הזכות להביא לילדים לעולם והזכות למשפחה. (לא רק באכיפה, אלא גם פיצויים..)

ייתכן שאפשר להצליב את הסוגייה הזו לסוגיית אי גילוי של אדם שלא מסוגל לקיים יחסי אישות, והסתיר את המידע הזה והתגלה בליל הכלולות.

באותו מקרה, ביהמ"ש לענייני משפחה בירושלים 2010 פסק גם פיצויים מנזיקין- רשלנות ואי גילוי, וגם מחוזים- חוסר תו"ל בס' 12 לחוזים, וכן לפי 61ב' אפשר לייבא את תו"ל גם אם זה לא חוזה אלא יחסים שמייצרים מחויבות.

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

הערה מתוך דיון כיתתי- מי הסמיך את ביהמ"ש לזה? אז בחוזים אפשר לתפור את זה בצורה טכנית כאילו זה היה חוזה והפרה, אחריות מוחלטת וכו'. בנזיקין, זה ייכנס בשיקולי מדיניות משפטית, ויכול להיות שביהמ"ש לא ירצה להתערב, או שדווקא יתערב מבחינת יישוב סכסוכים.

**כפיית אהבות (גניבת זרע):**

נושא שכן הגיע לפסיקה.

מדובר בתביעה של גבר נגד מישהי שרוצה להיות אמא למרות רצונו לא להפוך לאב, או שעושה זאת בלי שידע (הפסיקה לקחת אמצעי מניעה).

אחת הדוגמאות יכולות להיות סכסוך ואז היא השיגה זרע שלו במרמה- אולי הוא הקפיא זרע מסיבות מסוימות (חולי, חוסר רצון, חשש מהגיל).

אפשרות אחרת היא שהיא לא סיפרה לו שהפסיקה ליטול אמצעי מניעה.

הפסיקה מחליטה כי הילד לא נענש, ולכן אין להשיב לאב את חובת המזונות- כך שבעצם המזונות מוטלים עליו בניגוד לרצונו ופוגע באוטונומיה (כספו). אם הוכיחו אבהות, אז הילד ייהנה מהמון עניינים נוספים- ירושה, שם משפחה של האב, ועוד.

[דיון כיתתי- האם זה פלילי? לא, המדינה לא משתמשת בפלילים, אבל כן מעודדת לתביעה נזיקית. יש ביקורת רגולטורית על זה שאין המדינה לוקחת אחריות].

אף שבאופן מסורתי, ביהמ"ש לא מתלהב מתביעות כאלו, בשנים האחרונות אין מניעה לגבר לתבוע בנזיקין את האישה, אבל רק אם הגיע הילד לגיל שבו אין יותר חיוב במזונות כלפיו. [אם הבנתי נכון- בד"כ ביהמ"ש לא מתלהב כי לאמא אין כסף ואז הילד כן נענש]. יש פה מעין דחיית התביעה, אבל לא ביטול שלה- הוא מקבל רטרואקטיבית ואין עניין של התיישנות, שכן זה מהרגע שהוא מסיים לשלם מזונות- וכל הנזק "התגבש"- כל הכסף ששילם.

נזיקין- שיפוי- השבה של המזונות לגבר.

חוזים- השבה.

**סקירת הפסיקה:**

תמ"ש ירושלים מ. ו. נ' צ. ש. ו. (24281/06)

ביהמ"ש קבע שאמנם זכות האישה להעמיד צאצאים אינה מצדיקה פגיעה בזכות האיש ושימוש בזרעו- הזכות השלילית גוברת לכאורה, אך עיקרון טובת הילד גובר על זכויות האיש ולכן הוא חב במזונות.

מלכתחילה הייתה כוונה לפטור אותו, אך נקבע שהוא יישא במזונות, כי לה אין כסף ולו יש. נקבע שם שהוא יכול לקבל שני רכיבים- שיפוי למזונות בעתיד, והרכיב השני יהיה על הפגיעה הרגשית.

נראה שהבסיס הוא שילוב בין זכויות הילד לצדק חלוקתי.

תמ"ש תלאביב דוד ג' נ' חנה ח' (23789-02-11)

ביהמ"ש הכיר בתביעת נזיקין של הגבר כנגד אשתו בטענה שהשיגה את הזרע בעורמה בתוך העמדת פנים שהיא עקרה.

הגבר דרש פיצוי בגין הנזקים וכן שיפוי להוצאות הילד.

ביהמ"ש קבע שהיא באמת גנבה את זרעו, אך הוא חויב באשם תורם שלא מנע נזק של קיום יחסים מלאים עם גרושה שידע שעברה טיפולי פוריות. **יש פיצויים.**

הערעור- ע"א מחוזי ת"א חנה ח' נ' דוד ג' (4438-01-14)- בערעור של האישה, ביהמ"ש המחוזי החזיר את הדיון לביהמ"ש השלום, לדיון מחודש בעילת התביעה ובשאלה האם ראוי לראות בהולדת ילד בריא משום נזק (מזכיר היריון בעוולה- המר נ' עמית- קדושת החיים וכו'). ילד הוא לא נזקף אבל אפשר לדרוש תשלום מזונות. **וכן יש פיצויים**.

נתנו פס"ד מחודש בשלום- 23789-02-11- בתביעה כבר דן שופט אחר, בשנת 2017- הוא דחה את טענת ההורות הכפויה, מתעמי תקנת הציבןור- מחשש להתערבות ביחסים האינטימיים וחילול הקשר האינטימי, ופגיעה בטובת הילד וברווחתו הכלכלית והנפשית. **אין פיצויים.**

שנה לאחר מכן- מגיע פס"ד חדש מביה"ד למשפחה בת"א-

תלה"מ (תביעה לאחר הסדר משפחה) מש' ת"א- 33934-04-17 א"ב נ' ע"כ-

נפסקו פיצויים- האישה עבדה עליו שהיא משתמשת בהתקן תוך- רחמי למניעת היריון, בזמן שנכנסה להיריון והולידה תאומים. האב ביקש שלא לשלם מזונות, אך הוא חוייב עקב הניגוד לזכויות הילד. בפסק-דין מאוחר יותר, משנת 2018 ,נפסקו פיצויי נזיקין בהפחתה של אשם תורם לגבר )שלא השתמש באמצעי מניעה, בין היתר לבקשת האישה( שטען שבת-זוגתו הונתה אותו כשהציגה מצג כוזב לפיו היא משתמשת בהתקן תוך רחמי למניעת הריון, בזמן שנכנסה להריון והולידה תאומים. 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. ההסבר של בית-המשפט: משמעות הבקשה היא נטילה בפועל של המזונות שהוא משלם וישלם. בכך השווה בית-המשפט למעשה את אי קבלת רכיב זה בתביעה לפסילת הסכמי שיפוי למזונות.

תמ"ש 13085-10-19 א.ה נ' נ.ג-

בני זוג שניהלו יחסים מיניים ללא מחויבות. היא טענה שהיא לא רוצה להיכנס להיריון, ולכן לא בדק איך היא מונעת זאת, ולא נזהר בעצמו. היא הרתה והוא טען שהונתה אותו. היא טענה שהיא כן נטלה גלולות ולא תכננה את ההיריון.

הוא לא עתר לשיפוי אלא לפיצוי בגין הנזקים הלא ממוניים.

ביהמ"ש קבע שזו תביעה בעקיפין כלפי הולדת ילד שהאב לא רצה שייוולד וזה מנוגד לטובת הילד ויד בעיה ערכית ומוסרית לפסוק לכך נזק רגשי.

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

מדובר בהפרת חוזה, בהיקף חובת גילוי.

אם כן, אין אמירה נחרצת ששין תביעות אלו להידחות אלא עקב עניינים עובדתיים.

תמ"ש ביה"ד בחיפה- ש.א. נ' ס.מ -

תביעה אחרת כזו נדחתה בשנת 2009 ,עם דחיית בקשת צו להפלה מן הנימוק של נזק כלכלי עתידי לאב אם לא תבוצע הפלה. הוסבר כי 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. הועלו שם גם נימוקים נוספים, כגון שהתביעה הוגשה מוקדם מדי עקב אי קיומו של נזק עדיין. כן הועלו ענייני סמכות- יש להגיש כזו תביעה לבית-משפט אזרחי ולא לבית משפט לענייני משפחה. אך יש לשים לב שתרחיש כזה יכול לקרות גם בין בני זוג שיש סמכות לביהמ"ש לענייני משפחה לגביהם.

**ניתוח הפסיקה:**

אין לנו פסיקה קבועה, אפילו יש ניגודים בפסיקה.

על כל פנים, למעשה אם בעבר הייתה מוצגת הורות בכפיה כטענת הגנה על מזונות, היום זה עילה לחוזה ולפיצויים.

יש נטייה להפחית על אשם תורם, ולו רק בגלל שנשים נוטלות אמצעי מניעה היום.

יש להניח שהזהירות המתבקשת היא שהגבר ישתמש באמצעי מניעה משלו (בעייתי דתית).

יש להניח שניתן לתבוע לא רק בתרמית (שזה לא מומלץ בכללי)- המצריכה יסוד נפשי חזק, אלא גם ברשלנות.

כאן עולה שאלה אם ניתן למשל לתבוע אישה שאמרה לבן הזוג שלה שהיא נוטלת גלולות, ובאמת נטלה אך שכחה פעם אחת ונכנסה להיריון.

מבחינת רשלנות נדמה כי הדבר מספיק לתביעה, אולם שיקולי מדיניות משפטית יביאו ככה"נ למסקנה אחרת.

נק' מעניינת- אין השבה בנזיקין, ולמרות זאת כל הפסיקה הייתה טעות בנזיקין.

**שייח מלומדים- קארין יפת ויחזקאל מרגלית:**

קארין יפת- "בשם האם: על מהות האי-מהות במדינת ישראל"

היא מבקרת את מצב החזר המזונות. היא חושבת שיש לקבוע כלל אי קבילות עקרוני- שתביעות נזיקין כאלו יידחו ולא יתקבלו, תוך היפוך הנטל בצורה התנהגותית (לשים לב- לא משפטית)- שמה שנתפס כמניעת היריון הוא על האישה, אז להפוך את הנטל הזה שהאחריות למניעה תהיה על הגבר, ברגיל (שהוא יצטרך להשתמש).

היא טוענת שהמצב היחיד שבו יש להכיר בתביעה כזו על האישה היא כשזה עשוי לעלות לכדי תרמית בכך שהוא נתן דגימת זרע רפואית והיא גונבת אותה.

לדעתה הקריאה שלא להטיל את הנטל על האישה שדווקא יכולה להיראות כראויה אם הצדדים שתקו לגבי אמצעי מניעה- שהיא לא אמרה לו והוא הניח שהיא מונעת.

**ביקורת אפשרית**- לא צריך להגיע לידי עבירה פלילית, אפשר לעצור את זה כבר ברשלנות- בזה שהיא יצרה מצג שווא באופן אקטיבי! ואז קשה יהיה לומר שהאחריות לא תחול עליה אלא אם אותו מצג שווא הגיע לכדי עבירה פלילית של תרמית.

חזי מרגלית- "מגניבת זרע ועד ל"יזהר התורם"- לקראת נק' איזון ארכימדית חדשה של טובת הילד וזכויות הגבר?"

מסכים עקרונית עם מגמת הפסיקה, הוא מציע בין היתר להבחין בתורם שהתנה מפורשות שלא יהפוך לאב בשם תרומת זרעו, לבין מי שקיים יחסי אישות ברצון, ואז גם אם היא לא נטלה אמצעי מניעה- יש לו חובת זהירות הרבה יותר גבוהה.

הוא גם מציע להבחין בין יחסי אישות בצורה מזדמנת לבין בני זוג בנישואים או יחסים מתמשכים.

מרגלית **תומך** בפתרון של שיפוי על המזונות מגיל הבגירות.

אבל מציע שאם יהיו עדויות שהאישה במצב כלכלי משופר אפילו לפני גיל הבגרות של הילד- יש לחייב אותה להתחיל ולשפות את הגבר או להתחיל לשלם לו על נזקיו השונים.

[מזונות זו החלטה ולא פסק דין, כי זה תמיד נתון לשינוי- למשל לפי המצב הכלכלי של המשלם, שינויי נסיבות..]

**האם מדובר באמת ב"נזק" לפי דיני הנזיקין, שיכול לבסס תביעה?**

יש בעייתיות, שכן מדובר בילד בריא שנולד, ותה מגדיר אותו "נזק". זה בעייתי מבחינה פילוסופית ואנושית. (המר נ' עמית, זייצוב נ' כץ..)

אפשר גם לומר שאתה "נהנה" מהילד, ואז זה לא בהכרח נזק.

אבל עוד בעיה- אין מנגנון של השבה בנזיקין! אתה בעצם נותן לאישה משהו שאין לה, ואז אתה מקבל זאת בחזרה (לכאורה). אז למה יש לנזיקין החזר כזה? זה אפשרי?

האם זה פיצוי?

החזר הוצאות (דרך נזק ממוני)?

או שזה השבה? ואז זה לא נזיקי, זה חוזי.

ואם תובעים על נזק לא ממוני, אז האם אפשר לטעון שזה בדיוק סכום המזונות?

יש לזה דמיון עם ההשבה של חוזים, וגם דחייה של זה עד גיל 18.

וגם, אפשר לתהות על זה שאם ביהמ"ש מורה לך לשלם משהו, זו הוראה כדין. איך אפשר לומר שזה נזק אם זה בהוראת ביהמ"ש??

-במובן מסוים, אפשר להשוות את התוצאה הזו למקרה בו 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 בדיני שיית עושר ולא במשפט, ולפיכך כפופה לכללים של מערכת דינים אלא, ובהם למשל סייג הצדק בס' 2 לחוק עשיית עושר.

השבה היא בחוזים ואין חוזה במקרה שלנו, ואז נניח שאין השבה בנזיקין (כי היא לא הוכרה עדיין). יש פה החלטה למזונות.

ס' 2 מסייג את ס' 1 שקובע 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 שהזכייה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.

אז אנחנו שואלים האם זה כדין או לא- מה שהאישה עשתה. ביהמ"ש רואה בזה שלא כדין (למרות שלפעמים זה אותו שופט שקובע פיצוי לפיצויים שהוא קבע). אז השופט טוען שבגלל זכויות הילד המזונות כדין כשהם ניתנים אבל זה מעשה שלא כדין.

[הערה של שמואלי- לא בטוח שלפי החוק היבש אפשר לעשות זאת, לפי הטקסט ממש].

**האם קיימת עילה חוזית?**

בחלק מהמקרים העילה "זועקת" תביעה חוזית. למשל בתמ"ש 44235-01-12 פלונית נ' פלוני. שם היה הסכם בתרומת זרע לא אנונימית בין איש לאישה, ובתנאי שהגבר לא ייחשב הורה. ובכל זאת האישה תבעה אותו למזונות. ביהמ"ש העדיף את זכויות הילד והשגת שוויון לילד למשפחות אחרות (ששם כן הביאו)- ואז חייבו אותו במזונות.

למרות שבתרומת זרע אנונימית העדפת האינטרסים שונה שאם לא כן אז אנשים לא יתרמו, שגן הם תורמים כדי לקבל כסף ולא כדי להיות מוכרים כאבות לילדים רבים, רגשית וממונית.

ביקורת- לא ברור מדוע בראייה חוזית, המצב צריך להיות שונה כשמדובר באנונימיות או לא, כל עוד הייתה הסכמה שהוא לא יהיה אב?!

דיני החוזים מתבססים על אחריות מוחלטת.

**האם ניתן ללמוד לשאלת הנזק מהולדה, חיים והיריון בעוולה?**

הילד לא יכול לתבוע.

בהיריון בעוולה- התביעה פה היא כנגד הרופא שלמשל לא ביצע את הניתוח טוב ואז נכנסו להיריון. אבל שם קל יותר לתבוע על הוצאות גידול הילד עד הבגירות, שכן מזנות הילד לכאורה מבוטחים והתביעה היא רק מעין שיפוי מצג ג'- רופא, שהוא חיצוני לצדדים. לעומת זאת, במקרה דנן יש מעין "משחק" במזונות הילד, האם מקבלת אותם אבל יודעת מראש כבר שהיא תצטרך להשיבם. היא עלולה לקמץ מאוד בהוצאות הילד, למשל.

מעבר לכך, כאמור, האב נותן לאם מעין הלוואה, שאולי קשה לראות את החזרתה כסעד בדיני נזיקין (אולי רק בדוחק), אלא השבת מה שנלקח למעשה שלא כדין, וזהו סעד חוזי או מכוח עשיית עושר ולא במשפט, אלא שביהמ"ש מורה על ההשבה בנקודת זמן מאוחרת יותר עקב טובת הילד וההתחשבות בצרכיו. בהיריון בעוולה אין בעיה כזו, כי התביעה היא של צד אחד- המשפחה (בשם הילד), מול הרופא. הרופא (הביטוח שלו) צריך לשלם למשפחה את הוצאות גידול הילד עד הבגרות. אין כאן מסלקה בדמות של הלוואה. הנזק מכומת בדמי גידול הילד עד הבגרות, ואין כאן השבה אלא פיצוי של ממש, בשונה מהמקרה שלנו.

**הנזק הלא ממוני-**

הזרקור מואר -ובצדק- על הנזק הממוני, בהנחה שתשלום המזונות יכול להיחשב כנזק.

אבל תביעות כאלו כוללות גם המון נזק לא ממוני- המון רגש בעניין שיש לך ילד או שאתה לא בקשר איתו, והגניבה עצמה והכפיה וכו'.

נזק לא ממוני קיים בנזיקין אבל בחוזים זה רק לפי שיקול דעת, אז יותר קל בנזיקין מחוזים.

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

**פגיעה באוטונומיה-**

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

**האם לילד יש עילת תביעה?**

לתבוע את ההורה הכופה (למשל האמא שכפתה על האבא) על כך שהוא נולד ילד לא רצוי?

הוא צריך להוכיח קש"ס על הנזק. להראות שבגיד מתקדם התנכלו לך על כך ולא היית רצוי. אולי גם ממונית אבל בעיקר רגשית. יכול להיות שתהיה בעיה להוכיח קש"ס כזה [שמואלי אומר שהוא לא רואה מבול של תביעות כאלו בדרך].

האם יכולה להיות לו עילה גם נגד הניזוק? שכאילו הוא יכול היה להיות רצוי, אך ההורה בחר שלא. [למרות שכאן זה מתנגש באוטונומיה, שכן ההורה יכול לומר שזו פגיעה באוטונומיה שלו והוא יכול היה להחליט שהוא לא רוצה להכיר בו בכלל].

יכול להיות שלילד יהיה עילה נגד שניהם.

ין בעיקרון עילה חוזית לילד, שכן אין פה חוזה.

שמואלי טוען שבכללי מבחינת מדיניות משפטית לא יהיו תביעות כאלו.

**הונאת אבהות-**

"הדרן" לנושא המדובר. הנושא הכי וותיק בעולם.

כאשר אישה יוצרת מצב כוזב כלפי גבר, שהילד שלו אבל הוא לא. [המון מקרים כאלו בארה"ב! אבל הגיעו גם לארץ לאחרונה]

אם הם נשואים למשל ואז האישה מנהלת רומן, והיא אומרת שהילד היא של בעלה. האבא חושד שזה לא שלו, והוא מבקש החזר גידול על הילד- לא רק מזונות- לפעמים כי הם התגרשו הוא שילם לו, אבל יש גם הוצאות גידול (דומה להריון בעוולה), וגם פיצוי על נזקים נפשיים מובנים- הוא גידל ילד שנים וגילה שהוא לא שלו. הוא לא חייב לנתק קשר ממנו. זה נכון שיש לו הנאה מהילד (אשם תורם קצת), אבל לא בהכרח חייבים להוריד בגלל זה.

תרמית- כשהיא יודעת. רשלנות- כשהיא בגדה אבל היא לא יודעת.

**שמואלי**- חושב שצריך לקבל תביעות כאלו, וזה מה שקורה בפועל בעולם. למרות שלכאורה זה אותם דברים שחוזרים, כאן יש הכל- וזה עדיין פחות בעייתי. יכול להיות שיש פה עניין עם זה שזה מצטייר לנו יותר מובהק כילד שלא שלו.

אפשר לתבוע כתרמית או רשלנות. ביהמ"ש יכול היה לעשות בעיות ולומר שהא הביולוגי ישלם אבל האב הלא ביולוגי לא יכול לתבוע שיפוי וצד ג' מהאב הביולוגי.

נראה כי צריך לקבל את התביעה הזו, ויש אסמכתאות לכך בפועל: מש' י-ם 40832-12-19 ב.ר נ' ה.ר וגם תמ"ש 14907-12-13 י.פ נ' א.פ.

מה קורה במצב של אונס? למען טובת הילד אי אפשר להאשים את האמא על כך, ולכן לא ייתנו את הכסף בחזרה. אם האם לא יודעת ממי זה (למשל כאשר היא קיימה יחסים עם המון גברים במקביל), יכול להיות שלטובת הילד לא יעשו בדיקת אבהות על מקרים כאלו.

תביעה תתאפשר רק כאשר מדובר בהונאה מכוונת וללא סיבה מוצדקת (כמו למשל אונס וכו), כך שזה רוב המקרים.

טענה שמדובר בצורה עקיפה על תביעה של נזקי בגידה- נדחתה. זה לא נזקי בגידה. יש מחוזי של חיפה (רמ"ש 4463-01-22 פ' נ' א') [רמ"ש זה רשות ערעור משפחה] נקבע שם בעניין אחר שאין שום תביעות נזיקין מתקבלות בעניין של בגידה, ואז זה נכנס שם גם.

נימוק אחר הוא באמת הנזק שלא יכול להיות בתור ילד.

נימוק נוסף הוא שתמיד אפשר להשתמש בעוולת הרשלנות, אך הדרישה של הונאה מכוונת מקשה כאן, כי אם זה רשלנות זו לא עוולה.

דומה שבשונה מכפיית אבהות כאן לא רלוונטיות בעיקרון טענות של הפחתת כסף עקב אשם תורם כי הבעל לא תרם, אלא זו הונאת האישה.



המרת דת-

סיכום קצר של דוד:

 **תביעה לפיצוי נגד בן זוג שסירב להמיר דתו כדי להתגרש במגזר הקתולי, למרות שהבטיח לעשות כן** (סיכום של אור)

ישנם סוגים שונים של תביעות נזיקין במשפחה:

1. מקרים שבהם אין אינטראקציה בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה.

זו תביעת נזיקין לכל דבר ועניין, אלא שצריכה להיות רגישות לכך שתביעת הנזיקין היא בזירה המשפחתית ויש גם פרוצדורת אחרות בביהמ"ש לענייני משפחה.

דוגמאות- אלימות והתעללות לסוגיהן (גם אלימות כלכלית?), הזנחה (פיזית ורגשית) של ילדים ומושגחים, אי דיווח על אלימות והזנחה של ילדים, לשון הרע, הפרעת הפרטיות, אי גילוי.

למעשה תביעות אלה יכולות לשנות באופן עקיף את חלוקת הרכוש בדיני המשפחה: יכולות להוות "מקצה שיפורים" לחלוקה, בדיעבד או דרך תכנון מראש.

במקרים מסוימים תביעות אלה עשויות אף להשפיע על המשמורת והסדרי הראייה, אם הוכל למשל שבן הזוג אלים.

לפעמים התביעות האלה משמשות למטרת קנטור- למשל, מייעצים לבן/בת הזוג להגיש כנגד בן הזוג השני תביעה כדי לייאש אותו ולגרום לליבוי הלהבות.

1. מקרים שבהם יש אינטראקציה חיובית בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה- דיני הנזיקין הם מעין "קבלן מבצע" של הפרות בדיני המשפחה שאין להן מענה הולם בתוך דיני המשפחה ויש צורך במשפט הפרטי שיורה על פיצויים.

דיני הנזיקין פונים לדיני המשפחה, מזהים שם נורמה והפרה שלה, זו הכוונה ב"קבלן מבצע".

מטרת פיצוי על עוולות העבר וגם מניעה והרתעה לעתיד.

דילמה- האם תפקיד דיני הנזיקין להתערב בפועל בהחלטות שבדיני המשפחה? האינטראקציה "חיובית" כי היא נסמכת על דיני המשפחה, מזהה שם זכות שהופרה ומאפשרת לבעל הזכות לתבוע את בעל החובה שהפר.

**דוגמאות קלאסיות:**

1. הפרת זמני שהות (=הפרת הסדרי ראייה):
* הסנקציות הקיימות בדיני המשפחה לא מאפשרות פיצוי (אלא רק: שינוי ההסדרים, החזרת הילד החטוף, בזיון בימ"ש וכו').
* הסתמכות על הסכם לחלוקת זמני שהות שנחתם בין הצדדים ואושר בביהמ"ש לענייני משפחה או בבית דין דתי- תביעה נזיקית או חוזית, או, אם לא היה הסכם:

הסתמכות רק על החלטה בערכאות אלה בדבר- תביעה נזיקית בלבד.

ההבדל: עילה נזיקית בלבד או גם חוזית וגם נזיקית.

1. חטיפות ילדים:
* בין תביעות נזיקין (רשלנות, הפרת חובה חקוקה של חוק פלילי) לתביעות חוזיות (אם יש הסכם זמני לשהות) פיצוי במסגרת ההליך הפלילי ותביעות על פי אמנת האג (המספקת פתרון חלקי מאוד של החזר הוצאות).
* דוגמאות נוספות: כפיית הורות (גניבת זרע), הונאת אבהות, חזרה מהסכמה להליכי פוריות.

1. אינטראקציה טעונה/בעייתית בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה-

דוגמאות: תביעה במגזר המוסלמי של אישה בגין גירוש אישה בעל כורחה ("טאלאק") או בגין נזק מלקיחת בעלה אישה נוספת על פניה (ביגמיה, פוליגמיה).

המדינה רואה בפרקטיקה כלגיטימית מבחינת דיני המשפחה הדתיים שהם מדינתיים, אולם גם כעבירה ועוולה לפי הדין הכללי, שאף הוא מדינתי.

 כמעט שאין אכיפה בפלילים, נותרנו עם תביעה נזיקית.

נזיקין- בין התערבות פלילית לאי התערבות בתוצאה הדתית. התערבות ביניים מוצלחת? פלורליזם משפטי? ביקורת או השלמת החסר?

דיני הנזיקין אינם יכולים לשנות את דיני המשפחה הדתיים אבל יכולים להשפיע בעקיפין ע"י תמריץ שלילי בפרקטיקה הדתית המותרת מכאן ולהבא.

1. אינטראקציה שלילית בין דיני הנזיקין לדיני המשפה: התנגשות חזיתית:

דוגמה ראשונה: תביעה נזיקית או חוזית בגין סרבנות גט- טענה הלכתית: בעיה אפשרית של "אונס ממון" שיביא לגט מעושה. טענה פרוצדוראלית: כניסת בית המשפט לענייני משפחה לסמכות ייחודית ובלעדית בענייני גירושין של בית הדין הרבני.

**שאלה מהותית: כיצד אפשר לקבוע "אזרחית" שקיימת סרבנות? האם יש תלות בהם?**

דוגמה נוספת למעגל 4: אינטראקציה שלילית בין מערכות הדינים, התנגשות חזיתית:

תמ"ש 14177-03/09 ע. נ' ע.- בשנים האחרונות נדונו בישראל כמה תביעות הסובבות סביב מעין "סרבנות גט" במגזר הקתולי. הנישואין הקתוליים כמעט שאינם ניתנים להתרה ולכן לכאורה אין מציאות של סרבנות.

אולם, ניתן להתירם בהתקיים תנאים מסוימים (אי קיום יחסים בין בני הזוג, מחלת נפש, הידבקות במחלת מין והיריון כתוצאה מניאוף).

דרך נוספת שלעיתים מקובלת על חכמי העדה היא **המרת דת זמנית לעדה אחרת בנצרות** וגירושין לפי כללי אותה עדה, תוך אפשרות להמיר דת בחזרה לדת המקורית, כדי להתנער מנישואין, במיוחד אם שני בני הזוג חיים בחטא והכל רק בהסכמת הצדדים.

בעיות של חופש הדת 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?

כלל אחריות ולא כלל קנייני, כשאין רצון להורות בדיני המשפחה.

**האם בכלל נכון להשוות לסרבנות גט במגזר היהודי ולקבוע שסרבנות היא סרבנות בכל מגזר?**

ההשוואה (הבעייתית?) לסרבנות גט במגזר היהודי

* סרבנות במגזר היהודי נתפסת כדבר שלילי חברתית, וכך גם עפ"י הדין העברי היהודי, אף שלעיתים 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 הסרבן/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.
* לעומת זאת, המגזר הקתולי יש צורך להסכים להמרת דת, אף אם היא 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 במקרה היהודי (אף כי כאן אין רלוונטיות לטענה לגט מעושה כתוצאה מהתערבות המשפט הפרטי כבמקרה 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**

* אם קיימת הסכמה, דומה כי אין בעיה, וכך גם קבועת הפסיקה.
* יש בעיה אם הייתה חזרה מהסכמה.
* עולה כאן כמובן שאלה אם ההסכמה הייתה אמיתית ולא עקב איום.
* אך עולה גם שאלת המניע לחזרה מהסכמה.
* 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?
* דרך אחרת להסתכל על ההבדל היא העובדה שבני זוג קתוליים נכנסים, בהסכמה מודעת, לנישואין שבהם לא רק שאין גירושין כמעט בכלל, לעומת בני זוג המתחתנים כדי משה וישראל, היודעים שלמרות שיש אפשרות לסרב, עדיין הכלל הוא שעקרונית ניתן להתגרש.
* אף כי ניתן לומר שגם במגזר הקתולי הצדדים אמורים לדעת שישנן אפשרויות התרה ושאי ניצול הזדמנות להתיר עלול להוות החמצה.
* ואפשר גם לקבוע שכל עוד אין הסכמה להמרה הזמנית (מן הסתם, בלי קשר לשאלת המניע), לא ניתן לראות אי הסכמה כסרבנות, למרות אי האפשרות להתיר נישואין שנגרמו בפועל.

**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 אך הגיוני שבני הזוג כאלה יחיו בחטא, עם אחרים) ולא נלווית לה סטיגמה ובן הזוג חזר בו מהסכמתו ואולי אף אם סירב מלכתחילה (בתלות בשאלת המניע), ייתכן שדווקא אין לשלול אפשרות לפיצוי.
* ללא הסכמת חכמי הדת דומה הדילמה לפיצוי בגין סרבנות גט ללא החלטה קודמת של בית הדין הרבני לגט, בדרגה כלשהי- פסיקה השנויה במחלוקת, שיש הסבורים שמקימה לכל היותר בעיה ראייתית ולא מהותית.
* האיזון בין הפגיעה בחופש הדת, האוטונומיה האישית והזכות לחזרה מהסכמה לבין ההזדמנות הנדירה להשתחרר מנישואין שהסתיימו דה פקטו ולהקים משפחה חדשה לא יוכל 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, קמרים 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.
* האיזון ייעשה בהתאם לפסיקת בג"ץ שקבע שזה ערך יסוד הנובע מחו"י כבו"ה וחירותו ולפי פסקת ההגבלה.

**ואם כבר כלל 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 אם ההבטחה באמת מעמידה יחסים חוזיים מחייבים ותקפים, אם לא היה איום, והאם הפרת ההבטחה מאפשרת תביעה בגין הפרת חוזה על בסיס חוסר תום לב לפי ס' 39 לחוק החוזים, 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 במו"מ (רלוונטי גם לדיני הנזיקין מכוח ס' 61(ב) לחוק החוזים, יחד עם עוולות הרשלנות ומצג שווא רשלני).

האם החוזה רופף? אם כן, 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 ע"י ביהמ"ש או לפחות בטקס מסוים, כמו במקרים אחרים בדיני המשפחה, וכפי שהפרת הבטחה להינשא אין לה נפקות במקרים רבים?

**הנטל להוכחת המניע**

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 בע"פ?**

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 תהייה 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 בע"פ או בהסכם, יהיה קשה להפעיל את המשפט הפרטי, אלא אם כן, כאמור, מניע פסול כגון נקם, שעל התובע להוכיחו, יספיק לצורך כך.

(עד כאן סיכום של אור)

**מקרה מבחן בעל פוטנציאל אוניברסלי של מתח בין דתי לאזרחי:**

בבחינת פלורליזם משפטי, כשהמקרה נתון ליותר ממערכת דינים אחת (בישראל שתי מערכות הדינים מדינתיות, ברוב העולם רק מערכת אחת אזרחית מדינתית והאחרת דתית ולא מדינתית שההשתייכות אליה היא מבחירה).

בין היתר, עולות השאלות הבאות-

א. 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 והפיצוי רק על הנזקים? דוגמא נוספת היא האם צריך שיהיה גירושין דרך הרבנות, אם הרבנות מציבה גם סרבנות גט וחוסמת אפשרות מהאישה לצאת מהנישואים? למה לא לפעול בצורה **אזרחית** כך שהיא תפתח לנו דלתות נגד סרבנות?

ב. **האם פיצוי- ביחוד פיצוי לעתיד- הוא מעין עונש ממשי, דהיינו יכול להוות תמריץ להמרת דת, בבחינת שווה ערך בפועל לסעד קנייני דה-פקטו, הפוגע קשות בחופש הדת ובאוטונומיה האישית?**= האם הטלת פיצויים לסרבן גט מעודדת יציאה מהדת? (ישנו דיון רחב גם האם צריך להתחיל להעמיד לדין פלילי אנשים בגין סירוב גט). באמריקה למשל יש הפרדת דת ומדינה, שם המשפט יתערב במצב בו יש עבירות מסוימות שהן דתיות אך גם עוברות על ערך חברתי. בישראל אין הפרדה בין דת ומדינה, ואין הרבה התערבות של המשפט הפלילי בתביעות כאלו, בגלל רב תרבותיות. אולם, קלברזי אומר שפיצויים זה הפתרון שלו, תחליף עונשי במדינה שלנו. יש לפסוק פיצויים גבוהים לניזוקים.

לעניין המקרה שלנו, הם לא ידרשו ממישהי להמיר את הדת ולא להיות קתולית כדי שבעלה יוכל להתגרש ממנה, אבל הם כן ידרשו ממנה לשלם המון, כי זה תחליף לפלילים. (מצד שני עומדים חופש הדת והאוטונומיה של האישה. בנוסף יש להזכיר כי לא בטוח שהבטחות בתוך המשפחה נמצאים במעמד של חוזה).

**ג. האם יש כאן התנגשות בין צדק חלוקתי, צדק מתקן והרתעה?**

צדק מתקן- האם אדם יכול לחזור בו מהבטחות? האם בטוח שיש חובה לזהירות מושגית בחוזים בתוך המשפחה?

צדק חלוקתי- מי נחשב ה"חזק" מבחינת הצדק החלוקתי? האם האישה או הגבר? אולי רק הסרבן, ואז במקרה של האישה הקתולית אז הצד' החלוקתי ייפול לחובתה? יכול להיות שאדם אחר יגיד שהצדק החלוקתי יהיה לטובת האישה תמיד. יכול להיות שבעלה דוחק אותה לפינה. מצד שני בעלה הסתמך על זה ועכשיו הוא תקוע איתה עד סוף ימיו.

הרתעה- הרתעה נראית מאוד ברורה בקבלת התביעה ובפיצויים גבוהים מעין עונשיים. או לשמור אותה רק למקרים של שחור לבן, ולא למקרים אפורים (אדם דתי יהודי זה שחור ולבן, ומצד שני הקתולית צריכה ממש להמיר את דתה, שזה אפור יחסית). אם הוא הוכיח שהמניע שלה נקמני יש יותר סיכוי לתביעה להתקבל. אבל אם היא מצליחה להוכיח שהמניע שלו זה המרת דת היא תקבל את זה.

שמואלי- "סרבנות היא סרבנות. מי שמסרב צריך לחטוף."

ד. **האם בשם הערכים החוקתיים ניתן למנוע פיצוי בגין הפרת הבטחה? האם מכוח ניגוד לתקנת הציבור או לערכי יסוד?**

יש פס"ד של ברק לגבי הפגנות והפרות סדר, כאשר נפגעו שם אנשים שרק נכחו אך לא השתתפו (למשל צפו בהפרת הסדר), ואז תבעו את צה"ל. באחד מפסקי הדין (עדאללה) עולה השאלה האם צריך לשלול את התביעה על כך שמדובר בפעילות מלחמתית של צה"ל ולכן אין אפשרות לתבוע. ברק טען כי לפגוע בזכות להגיש תביעה נזיקית, היא פגיעה בזכות קניינית (למשל שהוא זכאי לפיצויים), וכאשר מודיעים שאסור לעשות כך, פוגעים בזכות **יסוד**. אנגלרד בספרו "הפילוסופיה של דיני הנזיקין" טוען שזכות לתביעה נזיקית היא זכות קניינית, וגם חשין טען לכך, וברק הביא זאת בפס"ד. (בעצם יש לנו 3 אסמכתאות לכך שזו זכות קניינית).

דוגמא טובה לפער בין חסימה נזיקית לחסימה אופטימלית היא בתביעות קטנות. יש הגבלה של עד 5 תביעות קטנות, בניסיון למנוע "נודניקים". אבל, אפשר ללכת לבית משפט שלום ולתבוע שם. אולם, חסימה של תביעות נזיקיות היא שלילת כל אפשרות חלופה, ולכן זה בעייתי.

בנוסף, אפשר "לתקוף" זאת מכיוון אחר- זכות הגישה לערכאות, גם היא זכות יסוד. פרופ' יורם רבין (נשיא המכללה למנהל- כתב ספרים ודוקטורט על הזכות לערכאות). טוען כי הזכות לגישה לערכאות היא זכות יסוד חוקתית. (כמובן היא לא רשומה במפורש אך היא נגזרת).

**זהו גם מקרה מבחן להתנגשות בין *ערכים ליברליים- חילוניים* ולא רק בין הדתי לאזרחי. אילו ערכים מתנגשים?**

בענייני משפחה אין הרבה מלחמה בין ערכים במגזר הקתולי. אם יש התנגשות, היא בד"כ בין הדתי ללא דתי. אולם, כאן יש התנגשות בין שני ערכים "חילוניים". הראשונה היא פגיעה באוטונומיה האישית והיכולת לחזור מהבטחה. השנייה היא פגיעה בזכות האדם לצאת מן הנישואים. השתחררות מהנישואים- לתת לאנשים להמשיך הלאה.

-ניתן להשוות זאת לתביעת נזיקין בגין בגידה, שם נדון במסגרת דיני הנזיקין האשם שבפירוק המשפחה, בעוד דיני המשפחה החילוניים חותרים לגירושין ללא אשם. המושג של גירושין ללא אשם עולה בשנים האחרונות. בד"כ צריך עילות לגירושין (אי שפיות, מצב בריאותי, אי התאמה ביחסים, בגידה..). אבל בשנים האחרונות עולה המושג גירושין "ללא אשם". להתגרש גם בלי עילה, כי ככה. אולם, דבר זה לא עוזר לדין הישראלי- שהוא בעצם הדין העברי, כי הדין הזה לא ישתנה, ויש שם או הסכמה להתגרש או עילות. אולם, יש דיני משפחה אזרחיים, אותם פיתח ברק רבות. יש המון השפעה למה שפותח שם, למשל מזונות (שאין בדין העברי אבל יש באזרחי).

דיני הנזיקין שייכים לדין ה"ליברלי", והם נלחמים בדין הדתי (רוצים לעקוף את הסרבנות גט ואישה בעל כורחה וכו', בניסיון להביא פיצויים). אולם, תביעת נזיקין מבוססת על אשם. כאשר אתה מבקש תביעה נזיקית בגין בגידה, מי הוא האשם? הבוגד! אולם, זה בעצם כן עם אשמה. דיני המשפחה בעצם מתרחקים מ"אשם" בניסיון לצאת מהגירושין, ודווקא הנזיקין מושך להבין מי האשם.

כל עניין הבוגדת (שנלמד לעיל), היה עניין הדירה. של מי היא? לכאורה יש רישום. אם היא כתובה חצי חצי אז היא מתחלקת, ואם לא אז לפי מה שרשום, לא? אז לא בבגידה, כי הרישום יכול להיות מטעמי נוחות רק על אדם אחד והוא לא מהווה ראיה. בבג"ץ זה הדירה הייתה רשומה על הבעל, לאחר החתונה הוא העביר לה חצי דירה ברישום. לאחר מכן היא בגדה. מסתבר שהיא בגדה בו מלכתחילה, והיא בעצם לא רצתה בנישואים מראש. אם הוא היה יודע שהיא תבגוד בו, הוא לא היה נותן לה את הדירה.

בבית דין ליברלי היו טוענים כי זה לא מעניין, כי "נו פולט", אין זה משנה איפה האשם, וגם לא איך מתחלק הרכוש. אז נניח בבג"ץ הזה לפי הדברים האלו לא אמור להיות משנה שהיא בגדה.

היא תובעת אותו בצורה נזיקית והיא כן קיבלה 150 אלף שח.

בקיצור, אנחנו כן רוצים את התביעות הנזיקיות, אך אנחנו כן נחסום אותה כי אנחנו רוצים להגיע ליישור קו בין הדין המשפחתי לדין הנזיקי, שלא יהיה אפשר ששתי מערכות דינים אזרחיות יסתרו אחת את השנייה.

לא הגיוני שאחד יגיד שאין אשם והשי יגיד שיש אשם.

מה הצפי שיקרה עכשיו, כאשר אין אפשרות לתביעה נזיקית? אפשר לנסות לטעון כי יש לו עדויות שמהרגע הראשון היא בגדה בו. יש הלכות מהעליון כי אם זה היה מתחילת הנשואים יש התחשבות.

**שאלה**: אם אנחנו הולכים לפי הלכת עמית שאין אשם בגירושין, כמו שאין השפעת בגידה על חלוקת הרכוש, כך גם אלימות לא משפיעה. זה סטייל "הרצחת וגם ירשת". זה עשוי באמת להכריע כי יש חסימת תביעה של אלימות או תקיפה!

**תשובה**: הנימוק המרכזי של עמית הוא שבגידה במאה ה21 אינה ככ חמודה, וגם קשה קצת לדייק אותה (לעיתים יש בגידות וירטואליות למשל). לכן, יכול להיות שהוא היה מפריד בין הערכים המוגנים- שאין בין בגידה לתקיפה בתפיסה של היום.

שמואלי חושב שאולי ביהמ"ש לא היה חוסם את התביעה ממש בצורה גורפת, אלא כן יעשה אבחנה.

ההבדל הנוסף הוא שכאן יש עוולה פרטיקולרית של תקיפה, ולא כמו בבגידה שזה רשלנות. בתקיפה לא צריך אשם אלא זו אחריות מוחלטת, ואין כאן שיקולי מדיניות משפטית כמו שיש ברשלנות. ולכן אין מה שימנע מזה להתקבל.

בעולם מקובלת הפרקטיקה של המרת דת זמנית, אך ברוב המקרים אין צורך בהסכמת שני הצדדים- מספיק שצד אחד קתולי רוצה להתגרש, הוא ממיר את דתו לדת אחרת, ואז הוא מתגרש. לאשתו הראשונה שלא רוצה להמיר דת זה לא משנה, כי הם גם ככה מתגרשים.

יכול להיות שהמצב יותר מורכב כי חכמי הדת לא מרשים לחזור למשל, אבל זה כבר משהו אחר.

בישראל יש לבחון את הכלים שהמדינה נותנת, גם מבחינת השפעה ל המשפט הפרטי. כמו כן חשובה ההתייחסות לתפקיד המדינה לדאוג לאזרחיה, גם הלא יהודיים, שזכויות האדם שלהם נפגעות קשות. יכול להיות שהמדינה לא תיתן סעד קנייני אך מתוך העצמאות השיפוטית של השופטים שייקחו החלטות- למרות שלא עושים זאת בפלילים ובמשפחה. (לא מופיע בפס"דים אבל שמואלי סובר שזה חשוב).

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 ליברחית ומודרנית לפרקטיקות תרבותיות הפוגעות בזכויות אדם במשפחה, המותרות לפי דין המדינה, אך שהמדינה יכולה וצריכה לאפשר מאבק בה דרך זרועות חיצוניות לדיני המשפחה ובהן משפט פרטי. 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 במובנים רבים אולי אינה תופעה יהודית דווקא.

כאן וגם כאן המשפט הפרטי ממלא תפקיד במאבק בתופעה, **אם דרך דיני הנזיקין ואם דרך דיני החוזים**.

ייתכן גם שהסכמי 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: פיצוי לנפגעי עבירה בהליך הפלילי, במסגרת הסדר טיעון ובמסגרת מנגנון סגירת תיק מותנית: מבט מחודש.**

**פיצוי לנפגעי עבירה-**

בשונה ממדינות אחרות, בישראל אין הסדר חקיקתי המבטיח פיצוי מהמדינה לנפגעי עבירה. במדינות אחרות יש פיצויים כאלו מכיוון שהמדינה לא "שמרה" על האדם מפני העבירה. קרבן העבירה סובל מכך שהערך המוגן לא נשמר בחברה. אם הוא רוצה פיצוי הוא פונה למדינה.

**לעומת זאת, כן יש בישראל הסדרים אחרים אשר מעניקים פיצויים מאת הפוגעים:**

א. לפי שיקול ביהמ"ש במסגרת ההליך הפלילי. *ס' 77 לחוק העונשין* טוען כי ביהמ"ש רשאי לחייב אדם **שהורשע** בפיצויים לנפגע של עד משהו כמו 258 אלף שח (עלה בשנים האחרונות), בגין פיצוי הנזק שנגרם לסבל.

יש מחלוקת האם לאופי של הפיצויים הללו יש אופי עונשי (קנס), אזרחי או ביניים. הנטייה היא להכריז על זה כאופי בין אזרחי לביניים. (ההבדל בין פיצוי אזרחי לפיצוי עונשי הוא למשל פיצוי נזיקי?).

לגבי קטינים פוגעים- יש אפשרות לחייב את הפוגע או את הוריו לשלם לנפגע. בקטינים נפגעי עבירה המדינה משלמת לקטין עד 10 אלף שח, ואז היא נושה אותו מן העבריין.

לעיתים לא נפסקים פיצויים או קנס כלל. זה הרי לפי דעת השופטים. לעיתים נפסק גם וגם.

ברוב המקרים הסכומים קטנים מהסבל שנגרם, ואין התחשבות באישומים שונים.

ב. הסדר של סגירת תיק מותנית ע"י התביעה- תיקון לחוק סדר הדין הפלילי, שמאפשר סגירה של תיק לא ע"י ביהמ"ש בזיכוי או משהו כזה, אלא כמו מסיבות היעדר עניין לציבור או כי אין סיכוי לתביעה.

מתי סוגרים תיק בלי הליך פלילי? שני תנאים מצטברים:

-התובע חושב שאם הוא יורשע בעבירה אז הוא לא יגיע לעבודות שירות או לכלא

-שהחשוד יודה בכך שהוא ביצע את העבירה, ויחויב לקיים תנאים מסוימים בנוסף לתשלום של עד 14 אלף שח. הפיצוי יכול שיגיע לנפגע. אם החשוד יקיים את התנאים, לא יוגשו נגדו הליכים פליליים. אם הוא יפר את התנאים, יוגש נגדו כתב אישום וינוהלו נגדו הליכים פליליים בבימ"ש. אם יזוכה, יוחזרו לו התשלומים ששילם. לנפגע אין זכות לערער על סגירת התיק בהסדר וגם על אי פסיקת פיצויים לטובתו או אם נפסקו פיצויים נמוכים מדיי. גם כאן הפיצוי כפוף לשיקול דעת (כמו ב77), אך של התביעה. הפיצוי הזה יכול שיגיע לנפגע או להיכנס לקופת המדינה (יש "תחרות" בניהם. יש המון סעיפים שנכנסים בכללי לקופת המדינה במקום לפיצוי אישי).

שמואלי טוען כי מדובר במנגנונים ראויים, אך יש לשפרם ולייעל אותם באופן משמעותי.

המדינה מערימה קשיין פרוצדוראליים ואחרים, החל משלב ההוראה על מתן פיצוי ועד לשלבי הגבייה והאכיפה, ומצריכה את הנפגעים להתמודדות נוספת. המדינה נחשבת "באמצע" לעומת הליכים שיש במדינות אחרות.

לא יהיה כאן עיסוק במנגנוני פיצוי מאת המדינה ואשויותיה, כפי הקיין במדינות שונות, ובחלק מנפגעי העבירה גם בישראל (למשל נפגעי איבה). המדינה לא דואגת מראש לנפגעים אבל הם יכולים לתבוע כרגיל, עם כל ההליך.

**הצעות לתיקון המנגנון הקיים:**

יוצעו הצעות לשיפור שלושת המנגנונים בדמות תיקוני חקיקה נדרשים ופרשנות שיפוטית רצויה לחקיקה הקיימת. (המנגנונים: א-פיצוי בהליך הפלילי, ב-במסגרת הסדר טיעון וג-במסגרת סגירת תיק מותנית. איך אפשר להסדיר פיצוי בהסדר טיעון? שוכחים את נפגע העבירה במהלך סגירת התיק!)

המטרה היא להקל על הסבל של נפגעי העבירה, 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 לגרום לזה שבמקרים רבים הגשת תביעה נזיקית או נגררת להרשעה בפלילים, שאף שיש מי שמצביע עליהם כדרך טובה ביותר למיצוי זכויות נפגעי העבירה- היא מטילה עליו נטל עצום ולא הודן לנהל הליכים באופן עצמאי, על המחיר הכלכלי והרגשי הנלווה. תביעה נזיקית או נגררת היא תביעה עם נטל עצמאי- הוצאות וכו'. זה לא הוגן שהמדינה לא שמרה עליך ואתה צריך לעשות את כל ההליך בעצמך, עם הרבה חקירות לא נעימות (למשל בראיון של אונס).

בנוסף, שמואלי טוען כי חלק גדול מההצעות הללו לא מצריך הגדלת תקציב.

**ההצעות**:

**הצעה ראשונה:** "פסיקת פיצוי בהליך הפלילי כעניין שבחובה"- כי פסיקת פיצוי בהליך הפלילי תהיה חובה ולא בשיקול דעת! כל חריגה לכך תהיה מותנית בהנמקה.

**הצעה שניה:** "הכללת הפיצוי בכתב האישום וכחלק בלתי נפרד מכל הסדר טיעון והסדר מותנה"- הצעה להכללת הפיצוי בכתב האישום ושתהיה חלק בלתי נפרד מכל הסדר טיעון והסדר מותנה- **בפלילים**. אין סיבה שלא תהיה בקשת תביעה שתוכלל בכתב האישום. שמואלי מבקש להחליט כי חובה להוציא בקשה כזו בכל הסדר טיעון וכתב אישום, גם אם לא ינקבו בסכום בעד הנזק, יכתבו מה הנזק וגודלו ייקבע בהמשך לאחר חישוב. גם השופט ירגיש קרוב יותר לנפגע העביר, וכך תהיה גם יותר נראות לנפגע בפני ביהמ"ש כבר משלב הכשת כתב האישום. גם כאן שמואלי טוען כי זו צריכה להיות החובה, וחריג לכך ייעשה בנימוק מוגדר. בנוסף, הסדרי טיעון מהווים צומת מרכזי שבו ניתן ללחוץ על הנאשם להסכים לפיצוי, גם כשאינו סמלי, על מנת לזכות בהפחתת אישומים ועונשים, ובסגירת תיק מותנית על אחת כמה וכמה! זה יעיל.

דווקא כאן 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. (השינוי קיים אבל הוא לא בילד-אין עדיין).

לכן, יש לקבוע שביהמ"ש לא יאשר הסדר טיעון אם אינו כולל **פיצוי ממשי והולם** לנפגע העבירה, פרט למקרים בהחליט אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו. לשים לב ששמואלי לא מבקש פיצוי בחישוב של תביעה נזיקית, אלא פיצוי ראוי והולם. (נגיד ברמה של 5 ספרות.. כיום הפסיקה היא פחות בצורה משמעותית. גם יכול להיות שאם יביאו פיצוי מספיק גבוה בפלילי אז הם לא יגישו גם נזיקי, חיסכון בתביעה..)

אם הסדר הטיעון לא כולל פיצוי, תהיה לביהמ"ש סמכות להחזיר את ההסדר לתובע לתיקון בנקודה זו.

\*להצעה זו משמעות רבה במציאות שבה ביהמ"ש כמעט שאינו מתערבים בהסדרי טיעון.

איך זה יתבצע? יבוצע חיקוק 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 (מתוך התשלומים).

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 לשגרה.

**הצעה שלישית:** "פיצוי גם לעיזבון"- פיצוי לעיזבון. בייחוד בעבירות המתה אך גם במקרים אחרים שבהם הנפגע נפטר ללא קשר הכרחי לעבירה עצמה אך בטרם הפסיקה.

מס' 77 לא מובן כי הפיצוי יכול להיות גם לעיזבון. יש מגמה לתת, אך זה לא מוכרח, ולכן שמואלי מבקש להסדיר את זה ומוכיח זאת מפס"ד זמירו נ' מדינת ישראל, שם לא ניתן פיצוי. באטינגר יש פיצוי למי שמת, אבל למה לא בפלילים?!

**הצעה רביעית:** "זכות ערעור לנפגעים על שיעור הפיצוי או על אי פסיקת פיצוי כלל"- זכות ערעור לנפגע, לגבי שיעור הפיצוי שנקבע בהסדר הטיעון, או על חוסר פיצוי.

בפסיקה נקבע כי אם אין הסדר אחר- אין על נפגע העבירה יכולת לערער על הפיצוי. הצדדים עצמם להליך כן יכולים לערער (הנתבע והמדינה). שמואלי מבקש להקים את הזכות הזו לנפגע.

זה יהיה בערעור אזרחי ולא פלילי, ואז יהיה לנפגע צד והוא לא יהיה מנותק מההליך. או, שהערעור יהיה במסגרת ערעור על גזר הדין או הכרעת הדין כולה, ואז יהא זה ערעור פלילי.

ההסדר 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, יש לאפשר ייצוג האינטרס שלהם בנפרד.

הערעור יודן בזכות בערעור אזרחי.

אם יש חשש מניצול לרעה של ההליך או מהצפת בתי המשפט בערעורים רבים (מה שמן הסתם לא יקרה), אפשר לחוקק הוראת שעה בהתחלה, ולבחון אם זה באמת משתנה לרעה באופן משמעותי.

אין מנוס מלשקול אפשרות להטיל הוצאות- אפילו סמליות, 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 כמשיה לערעור, שכן במילא התביעה אינה מייצגת את נפגעי העבירה אלא היא רק מבקשת להתמודד עם הפושע.

(להשלים את המשך השקופית 2)

יש להרהר שנית אחר ההוראה שלא לאפשר הגשת ערר במקרים של הפעלת חוק ההסדר. נכון שהמטרה המרכזית באותו תיקון חקיקה הייתה החיסכון מהגעה לביהמ"ש ובדיונים, אבל אין כאן איזון ראוי עם זכויות נפגע העבירה, שכן נפגע העבירה הוא למעשה השחקן היחיד שעשוי להפסיד, ומישורים שונים מאותו הסדר.

יש צורך לאפשר להגיש ערעור גם אם לא גובה הפיצוי אלא כאשר לא נפסק בכלל פיצוי.

ניתן היה לטעון לכאורה כי אם 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 רוחב, הגשמת זכות הערעור לנפגע בהליך זה, תוכל לחסוך לא מעט הגשות של הליכים אזרחיים של תביעה נזיקית או נגררת.

אכן, גם כשבשיקול מערכתי כספי קר עדיך דיון ממוקד בערך שעל הפיצוי בלבד מאשר לנהל תביעה נזיקית לכל דבר ועניין.

**הצעה חמישית:** "חובת יידוע בהליך הפלילי בדבר אפשרות הפיצוי ובדבר הזכות לערער"- נפגעי עבירה רבים אינם יודעים כלל על אפשרות הפיצוי בהליך הפלילי. ישנם כל מיני זכויות שחייבים ליידע את הנפגע במהלך המשפט, אבל אין חובה ליידע את העובדה שיש לו זכות בחוק. אפשר לשאול מדוע שיציינו את זה, זו זכות שהנפגע יכול לברר לבד! אבל אפשר לומר שבגלל שהם לא מיוצגים, נוצר מחדל שמונע מהם לדעת זאת.

לאף צד אין אינטרס- לא לתביעה ולא להגנה- לוודא שיהיה פיצויים לנפגע. לכן, אף אחד לא מקדם את זה, ואם הנפגע לא יידע- הוא לא יוכל לקבלם! (המצב יותר טוב כיום אבל הוא עדיין לא מספיק טוב)

שמואלי מניע להוסיף לתוספת השנייה של חוק זכויות נפגעי העבירה- את העניין של הפיצוי.

על התובע להסביר בצורה פשוטה וברורה לנפגע את זכויותיו בגין פיצוי.

על השופט לבחון אם התובע ייגע את הנפגע

ועל המזכירות לשלוח לנפגע את הפס"ד בתוספת ההכרעה.

חובת היידוע תהיהי 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 למצות את זכויותיו או לוותר עליהן, מתוך ידיעת האפשרויות. הדבר יכול להיכנס לשגרה בצורה פשוטה ביותר.

חובת יידוע כזו תתווסף גם לחוק העונשין, ליידוע נפגע העבירה ע"י התובע מטעם המדינה הדבר זכותו לקבל פיצוי בהליך הפלילי (זכות שתהיהמ מוקנית כעניין שבחובה אלא אם השופט בחר שלא לעשות כן מטעמים שיירשמו, אם תתקבל ההצעה לעיל). כמו כן מוצע להטיל על השופטים חובה לוודא עם הפרקליטים שאכן כך נעשה, ואף לצרף הסבר וציון בסיפא הכרעת הדין בדבק האפשרות להגיד ערעור על אי פסיקת פיצויים כאלה או על שיעורם, בהתאם לס' 77(ב) לחוק העונשין, ובהתאם להצעה לעיל, שלפיה תהיה לנפגע העבירה זכות עצמאות לערער בנדון.

יצויין כי כיום ביהמ"ש ממילא מידע את הנאשם על זכותו לערער על הכרעת הדין, ומעדכנים אותו מהו המועד האחרון להגשת הערעור. אין סיבה שלא לקבוע גם חובת יידוע ספציפית באשר לערעור על פסיקת הפיצויים, למשל במסגרת נספח קבוע לגזר הדין שיישלח לנפגע העבירה (ע"י המזכירות). אפשר לצרף נספח כתוב כזה לפס"ד כעניין שבשגרה, ואפשר גם ליידע בע"פ.

**הצעה שישית:** "הטלת פיצוי גם על מי שלא הורשע"- שמואלי מבקש שזה יהיה חקיקתי ולא לפי הלכת פס"ד (אסף נ' מדינת ישראל 2976/01)

ס' 71א (ב) לחוק העונשין מאשר לביהמ"ש לתת צו שירות לתועלת הציבור לנאשם שנמצא שביצע את העבירה אך לא הורשע, בנוסף למבחן ובלעדיו. לזה שמואלי מבקש להוסיף אפשרות להביא גם תשלום פיצוי לנפגע.

**הצעה שביעית:** "שיעברו הפיצויים לקרנות וארגונים" במצב בו אין נפגע פרטי, או שיש נפגע שלא רוצה את הכסף- אפשר לבקש להעביר את זה לארגונים נזקקים שיכולים לעשות זאת. אפשר למשל להעניק את זה למרכזים שמטפלים בנפגעי עבירה דומה לזו שביצע הנאשם. אין כאן נפגע בהכרח אבל יש באקט של התשלום משהו הרתעתי וחזק.

**הצעה שמינית:** הצעות שונות במישור הגביה והאכיפה. מנגנון הגביה הוא בירוקרטי ומתיש, ומוסיף נדבך נוסף של קושי על הקושי הבסיסי שחוו נפגעי העבירה. אם העבריין נכנס לכלא, פעמים רבות אין דרך בכלל לגבות ממנו פיצויים. הנפגעים מכך הם במיוחד נפגעי העבירה מקרב אוכלוסיות חלשות, שאין להם משאבים והם אינם יכולים לממן טיפולים בתקופה שעד הגבייה בפועל. הוא מציע פיצויים במלוא הסכום עד 10000 ₪. ולא רק לגבי קטין. זה מנגנון שכן דורש מהמדינה להוציא תשלום. המדינה משלמת לקטין ישירות את הסכום הזה, אבל פה מוצע שזה יהיה לכולם. לקבוע בחקיקה שכאשר החייב לא בר פירעון, המדינה תכסה את זה ותהפוך לנושה של החייב. בדומה לחלק מההסדרים הקיימים למשל לגבי מזונות מביטוח לאומי.

ניתן לעשות זאת באמצעות קרן שתוקם לצורך כך, כדי למנוע את ההליכים הבירוקרטיים שבגביית הפיצוי. יש לכך משמעות תקציבית, אבל המדינה באמצעות אותו מרכז לגביית קנסות, ובכלל, מהווה "שחקן חוזר", שיש לו התחשבות גבוהה יותר וקל לה לבצע את התביעה במנגנון שקיים בה. יש כבר קרן דומה שעושה זאת, אפשר להרחיב אותה.

הצעה חלופית היא להשאיר את זה לגבי קטינים, אבל לא רק 10000 אלא מעל זה, כל סכום שהמדינה הצליחה לגבות מהנזק.

ניתן לעשות את זה גם בשני שלבים, אפשר לצמצם אותו לעבירות חמורות יותר כגון מין ואלימות. בכל מקרה יש להשאיר את ההצעה של קטינים ולהגדיל את זה ליוצר מ10000 שח.

יש לצרף גם חסרי ישע לקטינים, שהם בד"כ הולכים ביחד בחוק העונשין.

שמואלי לא "מדבר באוויר", יש לו הצעות לתיקוני חקיקה ממש.

מה שמבוקש להיות מתוקן בחקיקה זה- לחייב בתשלום ולא שיהיה על שיקול דעת בס' 77. להחליט שגם אם לא הורשע.

התמודדות עם קשיים שונים שעולים מההצעות לשיפור המנגנונים:

א. מדוע ליצור מנגנונים בלעדיים לרשות נפגע העבירה בהשוואה לניזוקים אחרים?

ב. האם יש חשש לפיצוי יתר- שמואלי ענה שלא.

ג. חוסר יכולת של הנאשם להתגונן בטענות נגד כגון קיזוז או תביעה שכנגד.

ד. אין יכולת אמיתית נאשם לטעון ביחס לגובה הפיצוי הראוי.

ה. האם יהיה נכון לפסול הסדר טיעון שלא כלל פיצוי לנפגע העבירה?

ו. שיקולים תקציביים.

**מבט מחודש על פיצוי לקרבן עבירה בתביעה נזיקית ואזרחית נגררת:**

בתביעה נזיקית יש מנגנון לפיצוי של נפגעי עבירה בתוספת הקלה ראייתית ודרך תביעה נגררת של התיק שנפסק בפלילים.

שמואלי טוען כי זה לא טוב והוא רוצה לשפר זאת.

שלושה מנגנונים לפיצוי הפוגע:

א. תביעה נזיקית רגילה (עם הקלה ראייתית)

ב. תביעה נגררת מפלילים

ג. פיצוי בהליך הפלילי (דנו כבר)

**א. תביעה נזיקית רגילה (עם הקלה ראייתית):**

**המצב המצוי-**

ס' 42א(א) לפקודת הראיות: ביהמ"ש האזרחי יכול להשתמש בממצאים ובראיות של פסק הדין המרשיע בפלילים.

זהו חריג לכלל (הלא כתוב, אבל חל) שאין ביהמ"ש אלא את מה שעיניו רואות. ביהמ"ש פוסק רק לפי מה שהוא ראה ושמע! אז איך אפשר להשתמש בראיות קודמות על משפט שנפסק כבר?

הרציונאל: ההנחה היא שזה כי בפלילים יש מעל ספק סביר, אז מעל 50 אחוז באזרחי זה לגמרי "עובר".

ניזוק עבירה לא חייב לחכות לסגירת ההליך הפלילי, אבל זה יכול לסייע לו אם הוא רוצה באמת "להישען" על הראיות והפלילים.

**קשיים בהליך זה:**

א. בהמון מקרים תביעות נזיקין כלל לא מוגשות. מדוע?

* הרבה לא יודעים על כך שמותר לעשות זאת, שיש הליך כזה.
* לא כל נפגע יכול להרשות לעצמו לשכור עו"ד. המון נפגעי עבירה בכלל לא מיוצגים (כי בהליך הפלילי זה לא הנפגע תובע אלא המדינה תובעת).
* העדפה לוותר על כסף "מלוכלך" מידי הפוגע.
* חשש מעימות ישיר עם המפגע וחזרה לזיכרונות מהעבירה.
* חשש מנקמה של העבריין, השפלה מולו במהלך המשפט.
* חוסר אמון ברשויות וחשש מטראומה נוספת בפתיחת סיפור העבירה מולן.
* העבריין במילא לא תמיד ישלם כי אין לו כסף והוא במילא נכלא.
* יש הסבורים כי המדינה עצמה אינה מתמרצת את הקורבן להגיש תביעה נגד הפוגע, וגם כשהתביעות מוגשות, המון פעמים הן נגמרות בפשרות, או שהסכומים הנפסקים הם נמוכים (וגם לא מקבלים הוצאות משפט). התחושה היא שלא היה כדאי להיכנס לכל הסיפור הזה בכלל ולהתעמת עם העבריין.

ב. ס' 42 לא מוחלט. הוא אומר שמותר לצד השני לסתור את הראיות שהובאו. להביא ראיות הפוכות. עכשיו הוא יכול לנסות להוכיח את זה במעל 50 אחוז. צריך סיבה מיוחדת לכך כדי לסתור את הראיות (לא חייב להיות נימוק מעולה אבל נימוק).

ג. הכל לשיקול דעת ביהמ"ש. נפגעי העבירה עשויים למצוא את עצמם במסלול רגיל של תביעה נזיקית, אם ביהמ"ש מחליט שהוא לא מעוניין לשקול זאת.

ד. הוכחת החבות עשויה להיות לא פשוטה גם כלכלית, וגם רגשית. הוא חשוף גם לחקירה נגדית!

ה. על הקורבן להציג חוו"ד רפואית אם הוא טוען לנזק נפשי או גופני, וזה עולה המון כסף.

ו. המון פעמים נותנים פיצוי בפלילים לטובת הקורבן (יש שם תקרה), אבל הקורבן בהליך הפלילי "פטור"/ מנוכה במקרים רבים מהסכום שייפסק בתביעה נזיקית, ולכן לעיתים עדיף מראש לא להגיש תביעה.

**ב. תביעה נגררת להרשעה בפלילים:**

**המצב המצוי-**

ס' 77 לחוק בתי המשפט (לא בפלילים!!)- **הורשע** אדם בבימ"ש שלום או מחוזי (בפלילים) והוגשה נגדו בלבד תביעה אזרחית על העבירה שביצע- מוסמך השופט שהרשיעו, **לאחר שפס"ד הדין בפלילים הפך חלוט**, לדון בתביעה האזרחית, **אם ביקש זאת מגיש התביעה**. לעניין זה מוסמך ביהמ"ש המחוזי לדון בכך גם אם התביעה לפי שוויה היא של ביהמ"ש השלום.

(במילים אחרות- אם ביקש מגיש התביעה- השופט חייב לדון בכך).

דברי ההסבר להצעת החוק הזו אומרים שיש פה העברת תביעה פלילית להליך אזרחי, בשביל למנוע כפילות הליכים.

**יתרונות**:

ס' 42ד לפקודות הראיות- בדיון בתביעה אזרחית נגררת יראו את הממצאים והמסקנות שנקבעו במשפט הפלילי כאילו נקבעו במשפט אזרחי.

* אפשר לשים לב שההבדל הוא שאין פה שיקול דעת בכלל- זו ראיה חלוטה. (אבל- יש לה תקופת התיישנות של 90 יום -שינוי, זה היה 30 יום. זה מובן, כי השופט צריך לזכור את המקרה והראיות).
* העובדות לא נפתחות לדיון, אי אפשר לסתור את זה.
* מבחינה ערכית- יש מקום לעודד את השימוש בכלי זה, כיוון שזה חוסך המון כסף- אין הרבה עלויות משפט כי זה נגרר. קיימות הנחיות של הפרקליטות ליידע אנשים, אך הן לא מחייבות.

**מקום לשיפורים**:

* אגרה בתביעה נגררת- למה? אין הרבה עבודה! רצים ישר לראשי הנזק! צריך להנמיך את האגרה.
* יש צורך בבקשה של הנפגע. למה לא צריך פשוט להגיש? זה מכביד ומיותר.
* בפסיקה יש מקרים שהצליחו להוציא הודאה מהנאשם מבלי שהדבר יוכל לשמש **לכל עניין אחר מעבר לכתב האישום**, כולל לתביעה נגררת. ובכך נעתרו לדרישת הנאשם שהעמיד זאת כתנאי להודאתו (הסדר טיעון). מדינת ישראל נ' אבו-חיאל (3195/03)- החלטות כאלו מרוקנות מתוכן את הליך התביעה ומאפשרות עקיפתו באין מפריע, וללא אפשרות לנפגע העבירה לומר בפועל את דבריו בנידון.

**הצעות לשיפור לתביעה נגררת:**

* ויתור אגרה
* זכות מוקנית ולא לפי בקשה
* איסור על הנאשם להתלות את הודאתו בחסימה של תביעה נגררת.
* הארכת מועד ההתיישנות- שאפשר יהיה להגיש את התביעה יותר מ90 יום. 6-9 חודשים. -קשה למשל להביא חוו"ד רפואית כי היא לוקחת זמן, הנזק לא תמיד מתגבש. וכן לאפשר לשופטים להיות סבלניים ושתהיה הלכה ברורה שהם יכולים לאשר שלא התיישן, או למשל לבקש רק להגיש את החוו"ד אחרי זה.
* לתת אפשרות להסתמך על תסקיר נפגע העבירה להערכת הנזק (עושים תזכיר של נפגע העבירה בכל תביעה, כדי להבין מהן הפגיעות שלו.) ההצעה היא להגיש את זה במקום חוו"ד של רופא למשל. זה גורם אובייקטיבי של משרד המשפטים.

**הצעות משותפות לשיפור שני המנגנונים:**

א. לאפשר את ההקלה הראייתית לפי ס' 42א(א) לפקודת הראיות במסגרת תביעה נזיקית רגילה ונגררת **גם כשנקבע שהנאשם ביצע את המעשה אך לא הורשע!**

ב. חובת יידוע- (דרך חוק זכויות נפגעי עבירה)- כמו שדיברנו בשיעור שעבר, שהשופט יידע.

ג. בעיות במישור הגבייה והאכיפה- צריך לפתוח בהליכים של הוצאה לפועל אם העבריין לא שילם. אז ההצעה היא כי יש מקום ליצור מנגנון של גבייה ישירות באמצעות המדינה, **בתוך הערכאה הפלילית** ולא צריך יהיה לפתוח מנגנון של הוצאה לפועל (שמעמיס יותר על המדינה).

לחילופין- הסדר ייחודי לגבי סחר בבני אדם יורחב למקרה שלנו- לנפגעי העבירה. ההסדר קובע כי אם הציג הנפגע פיצויים, והראה שאין לפוגע אפשרות לשלם את הפיצוי כולו- ישולם מקופת המדינה לנפגע. לאמץ אלינו.

ד. ויתור על תשלום אגרה בהליך הנזיקי. בעיקרון התובע משלם את האגרה אך אם הוא זוכה אז הצד השני משלם את האגרה. אולם אם אין פיצויים זה מלחיץ (בפשרות למשל אין החזר). ולכן אפשר לבקש שהמדינה תשלם או שיפטרו אותו ממש, או שיטילו על הנפגע. אם יש בעייתיות- להחיל קודם רק על פשע ואז על שאר העבירות הפחות חמורות. ממילא אין הרבה תביעות, ולכן זה לא יכביד ממש על קופת המדינה.

**השפעות ההצעות על התקציב:**

הן לא רציניות, יש להן השפעה מתונה יחסית. במשפט המשווה יש מדינות שמשלמות לפני ומפצות ואז רודפות אחרי הנאשמים. יש מקרים שהמדינה לא שמרה על אנשים (איבה או סחר בבני אדם למשל) ושם משלמים פיצויים גם בלי שהפוגע משלם ובלי שמבקשים ממנו.

הצעות לתיקון סעיפי חוק:

**ס' 42א(א)**

-לתקן לא צריך רק הרשעה אלא גם כשנתון שהוא בוצע.

* הודאת הנאשם תהיה הרשעה
* הנאשם לא יוכל להתלות את הודעתו במניעת הגשת תביעה נגררת

**ס'77 לחוק בתי המשפט**

* שידונו בוודאות, ולא רק שיהיו מוסמכים
* לא יהיה מותלה בבקשה
* לא חובה הרשעה אלא ביצוע עבירה
* הנאשם לא יוכל להתלות את ההודאה בזה שלא יהיה תביעה נגררת.
* הוספה- שיידעו בכל סוף הליך את האדם שיש לו אפשרות לכך ומה המועדים שלו לעשות זאת.

**ס' 8 לחוק נפגעי העבירה**

* חובת היידוע על הזכויות שלו להגיש תביעה נגררת ולהשתמש בממצאים ומסקנות מההליך הפלילי.

**נק' השלמה של הונאת אבהות:**

פסק דין מחוזי של ירושלים.

ערעור על פסק דין שנפסקו בו פיצויים.

האבא היה עקר (ידע את זה?) ידע שהילד לא שלו. היא טוענת שהוא היה שלו. הוא לא תמך בילד, הוא ניתק קשר. פסק הדין קובע הלכה מנחה שאי אפשר לקבוע בגין הונאת אבהות.

ביהמ"ש אומר שזה תביעה על הבגידה כי "כועסים על האישה" שהיא בגדה אז אי אפשר לתבוע אותה על זה..

**שמואלי אומר שזה רוב הסיכויים יהיה במבחן.**

**חובת הדיווח:**

חובת הדיווח נחקקה בחוק העונשין ב1989.

כולם קוראים לו "החוק למניעת התעללות בקטינים וחסרי ישע".

זו חובה על כל אדם לדווח על כך, בעיקר בילדים וחסרי ישע.

יש לו תחולה מוגברת על אנשי מקצוע וטיפול ואחראים על הילד. (יש שאלה מי נחשב אחראי- מדריך בתנועה? בייביסיטר?)

אם האב מתעלל בילד והאם לא מדווחת- היא עם תחולה מוגברת. אולם הסבא למשל בעל אחריות רגילה ולא מוגברת.

ההבדל בין מוגברת לרגילה- כל אדם זה 3 חודשי מאסר, מוגברת זה 6 חודשים.

ס' 368ד- חובת הדיווח הבסיסית:

א. היה לאדם יסוד סביר להניח כי לאחרונה נעברה עבירה בקטין או בחסר ישע, ע"י האחראי עליו- הוא חייב לדווח בהקדם האפשרי לעו"ס או למשטרה. העובר על כך- דינו מאסר 3 חודשים.

ב. רופא, אחות, עובד חינוך, עו"ס, עובד שירותי רווחה, פסיכולוג, קרימינולוג, מנהל, מורה, איש צוות- שזה בתוך העיסוק שלהם- אם היה להם יסוד סביר לחשוד, עליהם לדווח בחובה מוגברת, ולא- 6 חודשי מאסר.

ג. היה לאחראי אחד יסוד סביר לחשוד שהאחראי האחר מתעלל- חובה מוגברת, 6 חודשים.

ג1. עבירת מין במשפחה- מישהו בן מישהו מתחת לגיל 18 שמתעלל באדם מתחת גיל 18- ההורים חייבים לדווח. העובר על כך הוא רק עם 3 חודשי מאסר.

ג2. אחד מבעלי המקצוע שהוזכרו ב-ב', חייבים לדווח על ג'1 ולא- 6 חודשי מאסר.

ד. אם זה בגן או במעון- החובה על המנהל לדווח.

ה. חובת הדיווח לא חלה על קטינים.

ו. עו"ס שקיבל דיווח על מקרה, יעביר את הדיווח למשטרה בצירוף המלצה האם לפעול או לא, אלא אם כן קיבל אישור מוועדה שהקים שר המשפטים בכל מחוז, המונה קצין משטרה ועו"סים. (למשל הפטור יגיע אם המתעלל חזר בו ונמצא בטיפול, או אם זה יזיק לנפגע יותר)

ז. הגיע למשטרה מידע כזה, צריך להעביר לעו"ס, ולא תפעל לפני התייעצות. אין למשטרה פטור- כי לפי פקודת סדה"פ- אם יש למשטרה חשד לעבירה, היא חייבת לחקור.

ח. הגדרת עבירה- זנות, מין, סיכון חיים ובריאות, סחר בבני אדם ועוד.

שמואלי טוען כי הדברים לא ברורים.

ההבדל בין חובת הדיווח לשאר העבירות שיכול להיות שחוסר דיווח נכנס אליהן, הוא בעיקר בענישה:

אי מניעת פשע (ס' 262)- עונש על אי מניעת פשע (אי דיווח ובעצם אי מניעה) הוא שנתיים.

חובת הורה או אחראי לקטין (ס' 323)- הורה שלא קיים את חובתו, האם זה שהוא לא דיווח נחשב לסעיף הזה? לא נרשיע לפי זה אלא יביאו עליו כמי שגרם לתוצאות (20-30 שנה!)

התעללות (ס'8ג)- התעללות בילד, לרבות מחדל. האם אי דיווח נחשב התעללות במחדל? זה 7 שנים כלא!

מה זה אומר? צריך לצמצם את הכניסה לעבירת אי דיווח, וגם כניסה לעבירות חמורות יותר.

האם אי דיווח דומה לסיוע לפשע?

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

מה צריך לשנות?

הגברת המודעות לקיום החובה, ליצור תוכניות להטמיע אותה:

הצורך לעודד דיווח-

-להטיל חיסיון למשל, שיוסר ממקרי דיווח.

-יש צורך גם לתמריץ שלילי, למשל פחד מעונש.

-להפלילי דיווח כוזב לשירותי הרווחה- שזה לא יהיה רק במשטרה. שלא ידווחו כוזב ויהרסו למישהו חיים (בני זוג בגירושין למשך).

בחינה מחדש של המציאות של שני מסלולים מקבילים לדיווח- למשטרה ולרווחה:

התוצאה בכל אחד מן המסלולים יכולה להיות שונה עבור הקטין והמשפחה. אמנם גם עו"ס מחוייב בדיווח למשטרה במקרים מתאימים, אך הוא נכלל בין אנשי המקצוע שעבורם קיימת וועדת פטור מדיווח במקרים שהדיווח עשוי לפגוע בקטין ובמשפחה, כך שבמסלול זה ייתכן שלא יתבצע דיווח למשטרה. בעוד שאם הדיווח הופנה מראש למשטרה, היא חייבת לחקור (עפ"י פקודת סד"פ), ואין לה פטור מקיום חקירה אף עם היא סבורה שהחקירה תפגע בקטין ובמשפחה.

בחינת מנגנון ועדות הפטוק 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 מעוד בנידון.

**תביעות נזיקין בגין אי דיווח-**

בהקשר הפיצוי- תמ"ש ת"א מ.ט נ' ז.ד: התובעת טוענת שאחיה ביצע בה עבירות מין. היא מגישה תביעה נגד אחיה ונגד אמא שלה. תביעת נזיקין בגין אי דיווח כלפי האמא- הנתבעים שולחים הודעת צד ג' לאבא, וטוענים שהנזקים שלה הם כי האבא היה אלים. התביעה לא נדונה לבסוף בגלל התיישנות. (ולא בוטלה לגופה. בכל מקרה זה לא הלכה כי זה בימ"ש שלום). מה עולה מכאן? האם התביעה אפשרית? ביהמ"ש מוכן לדון בכך. הנתבעת לא ניסתה לטעון שלא ניתן לתבוע על אי דיווח בנזיקין.

טכנית זו רשלנות, אך יש פה גם מעשה מכוון, וגם הפרת חובה חקוקה של הוראה פלילית.

פירוש הדברים- התביעה מחייבת הוכחת נזק (שתי העוולות הללו). התביעה נתונה לשיקולי מדיניות משפטית. יכול להיות שאחד מהשיקולים יהיו לא להטיל חובת זהירות מושגית לדיווח על האבא לפחות בגלל הפטור הפסיקתי. אולי היא הייתה מאוימת בעצמה. איפה זכויות הילד מול זכויות ההורים? -היה אשם תורם כי היא הפסיקה את הטיפול כי הוא היה דומה לאחיה.