נזיקין ופלילים

פיצוי לנפגעי עבירה בהליך פלילי

2 דרכים לפצות נפגע במסגרת הליך פלילי: (1) הוראה בשיקול דעת ביהמ"ש – ס' 77 לחוק העונשין (2) פיצוי במסגרת סגירת תיק מותנית.

1. פיצוי בהוראת ביהמ"ש - ס' 77 לחוק העונשין

הסדרים לקטינים:

**קטינים פוגעים** 🡨 חיוב הקטין או הוריו בתשלום.

**קטינים נפגעים** – פיצוי מהמרכז לגביית קנסות (עד 10000 ₪)

תקרה- 258,000 ₪

ברוב המקרים נפסקים סכומים נמוכים באופן משמעותי ואין ביטוי לכך יש מס' אישומים

לנפגע אין זכות ערר

ה

פלוני נ' מדינת ישראל (ע"פ 10549/06)

**רציו:** ערעור לאחר מתן גזר דין לנער בן 18 שאנס את חברתו לכיתה בהיותו שיכור לאחר מפגש חברים בזמן היותה מנסה להתנגד ולצעוק לעזרה למרות שהוא סתם את פיה. הנער, שהוגדר במהלך פסק הדין כנער ללא דופי שזוהי עברתו הראשונה, ערער על חומרת העונש שקיבל (15 חודשי מאסר ומאסר על תנאי ופיצויים לנפגעת).

**השופט רובינשטיין** (דעת רוב) מביא בחשבון את עברו של הנאשם, חרטתו ושיש לתת לו את האפשרות להשתקם. לכן החליט לבוא לקראת הנאשם ולהפחית מעט את חודשי מאסרו בפועל אך העלה את סך הפיצויים לנפגעת, הפיצוי ניתן לפי סעיף 77 לחוק העונשין שתכליתו ומהותו אזרחית, ולפי הוראת סעיף 213 (1) לחוק הסד"פ יש לביהמ"ש לערעור האפשרות לשנות את פסק הדין של הערכאה הקודמת. העלאת פיצוי זה אינה בדרגת עונש, אלא כתרומה לסיוע שיקומה של הנפגעת.

**השופטת ארבל** (מיעוט) גורסת כי בגזירת העונש צריך להביא לידי ביטוי את פגיעות הנאשמת, מהגופנית עד לנפשית, הקיימת והעתידית, ולכן אין להתערב בגזר דין של ביהמ"ש קמא ויש לדחות את הערעור, נכון שהעלו את הפיצויים לנפגעת אך אין זו הצדקה להפחתת עונש מאסר הנאשם.

**גליקסמן נ' מדינה ישראל ( רע" פ 9727/05)**

**רציו :**רופא בזמן טיפול לייזר הטריד מינית מטופלת , הואשם וקיבל שנה מאסר ופיצויים. ערער על כך למחוזי ושם ביטלו לו את הפיצויים, על כך מערערת הנפגעת.

העליון (**בייניש** בראשן) החזיר את הפיצויים בטענה שסעיף 77 לחוק העונשין הוא אזרחי שמתקיים בתוך חוק העונשין, לכן ישלו מטרות פליליות (כמו הרתעה וגמול) וגם אזרחיות (פיצוי הנפגעת) מטרת הסעיף הינה לסייע לקורבנות העבירה, לכן אין לוותר על פיצויים שלא לצורך. יש לשנות את הענישה רק במקרים חריגים בהם הענישה הייתה מוגזמת, פה זה אינו המקרה – **ביקורת של שמואלי: למה היא לא מוסיפה יותר?**

אסף נ' מדינת ישראל: אישה שפכה מים רותחים על שכנה וגרמה לו לכוויות קשות. ביהמ"ש השלום פסק שאכן ביצעה עביר חבלה של ממש, אך פסק לה עבודות שירות ופיצויים במקום מאסר, לפי ס' 77 לחוק העונשין.   
השאלה המשפטית: האם ניתן להטיל פיצוי במקרים של עבודות שירות ללא הרשעה? נובע מהשאלה- האם סעיף זה אזרחי או פלילי?   
דעת רוב: **(חשין וריבלין)** סעיף אזרחי ומיקומו בחוק העונשין טפל. בניגוד למשפט הפלילי, במשפט האזרחי הניזוק עומד במרכז, ומטרת הסעיף היא פיצויו. זהו ניסיון לקיצור דרך כדי שנפגע לא יאלץ לתבוע בתביעה אזרחית. הרשעה זה רחב ולא מדובר רק על הרשעה מוחלטת.   
דעת מיעוט: (נאור) סעיף עונשי, כפי שנלמד ממיקומו בחוק העונשין. התפיסה היא כי הדין הפלילי מגן לא רק החברה, אלא גם על הפרטים, ע"כ זהו אינו פיצוי אזרחי. מכיוון שהסעיף הוא עונשי-פלילי מובהק – מחילים עליו את עיקרון היסוד הפלילי, לפיו אין ענישה אלא לפי חוק, ולכן במקום שאין הרשעה - אין לגבות פיצוי זה.  
**הלכה: אין חובה בהרשעה של ממש ע"מ לפסוק פיצויים לפי ס 77**

1. **סגירת תיק מותנית** (תיקון מס' 66 לחוק סדר הדין הפלילי)

כפוף לשק"ד התביעה

גבייה: כמו קנס

לנפגע אין זכות ערר

תנאי לתחולה-

1. יענה על רכיב עניין לציבור
2. ישנה תשתית ראייתית להעמדה לדין
3. העונש המותאם לדעת התובע לא כולל מאסר בפועל (או עבודות שירות)
4. אין ב-5 השנים שקדמו הסדרים/ חקירות אחרות.

בהסדר נכללות רק עבירות מסוימות (מעשי פזיזות ורשלנות, סימני מסחר, סיכון ילדים וחלק מ: עבירות מחשב, זכויות יוצרים)

נערך בהסכמה בין התביעה לחשוד

משמעות: החשוד יודה בעובדות המעשים המיוחסים לו בתמורה לתנאים מתוך רשימה:

מטרות: הקלת סבל הנפגע, אפשרות לקבלת פיצויים באופן מהיר, ייתור הגשת תביעה נזיקית שמטילים על הקורבן מחיר כלכלי ורגשי.

**הצעה 1:** מתן פיצוי בהליך הפלילי כחובה וכל חריגה תלווה בהנמקה – החובה מוטלת על בית המשפט (כך נעשה בעבירות סחר בבני אדם).

**הצעה 2:** כבר בכתב האישום להכליל את הבקשה של התביעה לפיצוי, כחלק מכל הסדר טיעון/ הסדר מותנה.   
פרקטיקה –   
א. הנחייה לפרקליטים ולתובעים לכלול בקשה לפיצוי תוך תיאור נזקי הנפגע (יוביל גם לחיבור אליו ולעירובו בהליך).   
ב. קביעה כי פיצוי הוא חלק בלתי נפרד למעט מקרים מיוחדים (במקרים אלו ישנה רגישות לנאשם ובאמצעות הפעלת לחץ ניתן להובילו לתשלום פיצויים עבור הנפגע).

ג. ביהמ"ש לא יאשר הסדר טיעון אם איננו כולל פיצוי ממש לנפגע העבירה (אלא במקרים מיוחדים שדורשים נימוק).  
ד. חקיקת חובת הפקדת הפיצוי בקופה בטרם החתימה על הסדר הטיעון (לפחות תשלום ראשון).  
ביקורת – הסדרי טיעון יכשלו עקב דרישת הפיצוי (כאשר מדובר על עניים) / יוכלו לקנות ענישה פחותה (עשירים).

**הצעה 3:** פיצוי גם לעיזבון (רשות)

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

ערעור נפרד **(אזרחי)** על רכיב הפיצוי (תביעה/ נאשם)

יש חובה לצרף את נפגע העבירה ורק אז הוא צד לתביעה

ערעור בהליך **פלילי** על הכרעת הדין/ גזר הדין כולו

נפגע העבירה הוא לא צד ולא יכול לערער

זכות הערעור כיום: או

בעיתיות במצב: זכויות יתר לפוגע לאחר שהוכחה אשמתו מעל כל ספק סביר

פרקטיקה: ערעור אזרחי בזכות, במנותק מההליך הפלילי. יתרון בהצעה: אינטרס ציבורי ולא רק פרטי.

**הצעה 5:** חובת יידוע בהליך הפלילי בדבר אפשרות הפיצוי ובדבר הזכות לערער – להכניס לס' 8 לחוק זכויות נפגעי עבירה. הטלת החובה על 3 גורמים:

(1) תובע – הסבר על זכויות (2) שופט – וידוא וכתיבה בסוף פסק הדין החלוט (3) מזכירות – צירוף דף לפסק הדין.\*\*זכות לפנות ולא זכות מהותית לפיצויים\*\*

**הצעה 6:** הטלת פיצויי גם על מי שלא הורשע וקיבל צו שירות לתועלת הציבור, לפי ס' 71א(ב) לחוק העונשין.   
פרקטיקה: צורך בהסדר חקיקתי, ולא רק בפרשנות כפי שהיה בפס"ד אסף נ' מדינת ישראל. כלומר: "הורשע אדם" 🡨 "הורשע אדם ובחר ביהמ"ש ..

הצעה 7 (רשות)

**הצעה 8:** מישור גבייה ואכיפה –

* הגדלת הסכום מ-10,000 ולא רק לגבי קטינים.
* כאשר החייב אינו בר פירעון (לפי תקופת זמן מוגבלת וקצרה) – המדינה תישא בעול הפיצוי. ניתן לבצע באמצעות קרן (כמו קרנית) .

ביקורת – עליות גבוהות.

פתרון – (א) המדינה היא שחקן חוזר בעלת מנגנון ייעודי (ב) צמצום ההצעה בשל בראשון לעבירות מין ועבירות חמורות, אולם להשאיר את ההסדר הקיים

* להצעה יש עלויות לכן בשלב ראשון רק לעבירות מין ועבירות חמורות כלפי בגירים, אולם לגבי קטינים – להשאיר את ההסדר ולהרחיב גם לחסרי ישע + פסיקה מעל 10,000 ₪

סיכום הצעות- יתרונות: (א) הרחבת תפקיד המשפט הפלילי – סיוע בדמות פיצוי לנפגע העבירה (ב) לרוב ההצעות אין צורך בתקציב רב (ג) יעודד את נפגע העבירה לדווח ולשתף פעולה משום שיקבל סיוע במסגרת ההליך.

פיצוי לקורבן העבירה בתביעה נזיקית ואזרחית נגררת

1. הקלה ראייתית בתביעה נזיקית "רגילה"

ס' 42א(א)= ביהמ"ש אזרחי יכול להשתמש בממצאים וראיות של פסק הדין הפלילי (הוכח מעל כל ספק סביר) .

קשיים:

* **במקרים רבים תביעות לא מוגשות:** חוסר ידיעה, הוצאות גבוהות של הנפגע, כסף מזוהם, חשש מעימות, חשש מנקמה, חוסר אמון ברשויות, מצב כלכלי של העבריין+ נכנס לכלא לתקופה ארוכה, המדינה לא מתמרצת לאת הקורבן להגיש תביעה משום שנגמר בפשרה או בפיצוי נמוך, הפיצוי הפלילי מנוכה מה שהופל את הביעה לפחות כדאית.
* גם אם מוגשות תביעות, לפי ס' 42ג' לפק' הראיות ניתן להביא ראיות לסתור, מה שמבטל את פסק הדין כראיה.
* שימוש בפק' הראיות טעון אישור ביהמ"ש. לא אושר = תביעה נזיקית רגילה.
* הוכחת החבות לא פשוטה: הוכחה על פי נוסחת הנזיקית, קושי רגשי וכלכלי
* נדרשת חוות דעת רפואית
* במקרים רבים הפיצוי שנפסק בהליך הפלילי מנוכה מהפיצוי בהליך הנזיקי 🡨 לא שווה להגיש תביעה.

שלג נ' כלפה – המערער תבע מהמשיב 1 (שהיה קטין) ומהוריו פיצוי בגין הרעלת עיזיו וגדייו. בית-המשפט המחוזי דחה את התביעה בטענה שפס"ד מבית המשפט לנוער אינו פס"ד מרשיע כאמור בסעיף 42א(א) לפקודת הראיות, זאת משום שלא הורשע הנער, אלא אביו שילם פיצויים. בית-המשפט העליון קיבל את הערעור בחלקו וקבע לעניין סעיף 42א(א) לפקודת הראיות, אין הבדל בין פסק-דין מרשיע ממש לבין פסק-דין שבו נקבעו ממצאים ומסקנות מרשיעים אך מנימוקים טיפוליים הוא לא נסתיים בהרשעה. במקרה זה לא הוטלה חבות בשל חוסר הממצאים.

**הלכה: ניתן לקבל פסק-דין פלילי כראיה לכאורה במשפט אזרחי אם נקבעו בו ממצאים ומסקנות מרשיעים גם אם מנימוקים טיפוליים הוא לא נסתיים בהרשעה.**

1. תביעה נגררת להרשעה בפלילים והקשיים

ס' 77 לחוק בתי המשפט- מתוך דברי ההסבר: מניעת כפילות הליכים, חסכון בזמן, שופט שמכיר את הצדדים (גם אם הדיון לא בסמכות הערכאה בה הוא יושב), התובע האזרחי אינו צד להליך הפלילי.

יתרון: פסק הדין מהווה ראיה חלוטה (לא ניתן לדון שוב בראיות)

חסרון: ניתן להגיש עד 90 יום, אגרה, בקשה לתביעה מהשופט, מקרים בהם הותרה הודאת הנאשם בתנאי שלא תהווה ראיה בתביעה נגררת (מדינת ישראל נ' אבו חיאל), מעין חוזה לרעת צד ג'.

**הצעות משותפות לשני המנגנונים (הקלה ראייתית + תביעה נגררת):**

|  |  |
| --- | --- |
| **הקלה ראייתית בתביעה נזיקית רגילה** | **תביעה נגררת להרשעה בפלילים** |
| הקלה ראייתית כאשר הנאשם ביצע ולא הורשע (שלג נ' כלפה) | לאפשר הקלה ראייתית כאשר הנאשם ביצע ולא הורשע (אין הלכה ואין פסיקה ולכן יש לחוקק תיקון לסעיף או לפחות להקיש מהמנגנונים האחרים). |
| חובת יידוע (ס' 8 לחוק זכויות לנפגעי עבירה) לגבי הזכאות לקבל פיצוי בתביעה נזיקית | חובת יידוע (ס' 8 לחוק זכויות לנפגעי עבירה) לגבי הזכאות לקבל פיצוי בתביעה נגררת |
| מנגנון אכיפה וגבייה:  גבייה ישירה באמצעות המדינה (כמו פיצויים לפי ס' 77), כך הנפגע לא יצטרך לפתוח תיק הוצאה לפועל ולהתעמת מול העבריין אם לא שילם  **לחלופין**  תשלום מקרן (כפי שקורה בעבירות של סחר בבני אדם) במצב בו לא ניתן לממש את הפיצוי שניתן בפסק הדין | מנגנון אכיפה וגבייה:  גבייה ישירה באמצעות המדינה (כמו פיצויים לפי ס' 77), כך הנפגע לא יצטרך לפתוח תיק הוצאה לפועל ולהתעמת מול העבריין אם לא שילם  **לחלופין**  תשלום מקרן (כפי שקורה בעבירות של סחר בבני אדם) במצב בו לא ניתן לממש את הפיצוי שניתן בפסק הדין |
| ויתור על אגרה   * תשולם ע"י הנתבע בסוף ההליך, אך גם אם לא – לא מדובר בהכבדה מסיבית (מקרים מועטים) * יש להחיל לכל הפחות בעבירות פשע או עבירות אלימות ומין | ויתור על אגרה   * תשולם ע"י הנתבע בסוף ההליך, אך גם אם לא – לא מדובר בהכבדה מסיבית (מקרים מועטים) * יש להחיל לכל הפחות בעבירות פשע או עבירות אלימות ומין |
|  | ויתור על דרישת הגשה מקדמית לתביעה נזיקית – זכות מוקנית לחלוטין |
| איסור על הסכמי טיעון בתנאי שלא יעשה שימוש בהודאה בתביעה נגררת (אבו חיאל) |
| התמודדות עם פרק הזמן של 90 יום באמצעות:   1. הארכת פרק הזמן ל6/9 חודשים 2. מתן שק"ד רחב לשופט במקרים בהם הוגש תוך פרק זמן קצר לאחר 90 הימים 3. הגשת תביעה תוך 90 יום אך חו"ד רפואי מאוחר יותר 4. הסתמכות על תסקיר נפגע העבירה בכדי להעריך פיצויים בגין הנזק |

ביקורת- השפעות על תקציב

מענה- רוב ההוצאות לא משמעויות. גם אלו שכן – ביחס למדינות אחרות בעולם זה מזערי כי בהן יש פיצוי מאת המדינה. יש לזכור שבישראל יש כבר פיצויים ללא הוכחת אשם (פלת"ד) לכן ניתן להחיל את ההסדר הנ"ל גם על פיצויים אלו.

פיצויים עונשיים

יש הרואים בפיצויים עונשיים מעין 'אי' של המשפט הפלילי (שאולי ממנו צמחו דיני נזיקין), ולכן דורשים יס"נ כלשהו במתן פיצויים עונשיים. יש הרואים זאת כדרך ביטוי של נקמה, ועל כן הפוקוס שלהם הוא **בשני הצדדים לעוולה.**

ישנם מספר הסברים/צידוקים לפיצויים עונשיים:

**מולטיפלייר – שאוול ופולינסקי.** מקרים של מעוולים סדרתיים והמוניים, שלרוב לא משלמים את כל הנזק שגרמו. לכן בבואם לבימ"ש יש להטיל פיצוי עונשי בכדי לפצות על הרתעת החסר במצב הנתון. הגישה מתמקדמת בתמריצים למזיק ולא מתעסקת בשאלת פיצוי יתר של הניזוק🡨 הפנמה מלאה (מתמקדת בהתרעה – שיקולים כלכליים).

גישת המולטיפלייר נפסלה בשל הDue Process – הזכות להליך הוגן/תקין. הנאשם לא יכול להתגונן מכל העוולות ה'נוספות' שאנו מייחסים לו. בנוסף, גובה הפיצוי גבוה בהרבה מהמהקובל בנזיקין. אחת הסיבות לכך שהיא בבפיצוי עונשי לא נבחנת התנהגותו של הניזוק, כפי שנעשה שפיצויים רגילים. כלומר, היעדר חישוב של אשם תורם בפיצויים עונשיים, מוביל לחישוב סכומים מופרזים יחסית לנזיקין.

**הגישה החברתית –** **קתרין שרקי.** עיקר הפיצוי ילך לניזוק, והשאר לחברה, כסוג של 'פיצוי חברתי נוסף'. מעין שדרוג של המכפיל כיוון שמערבת גם שיקולים חברתיים.

**הגישה המעין פלילית מסורתית**- ייתנו פיצויים במקרים נדירים, רק כאשר המעשים זדונים ומכוונים. כלומר, היעדר חישוב של אשם תורם בפיצויים עונשיים, מוביל לחישוב סכומים מופרזים יחסית לנזיקין

בעקבות כך:

**תזה של שמואלי:** להחיל על פיצויים עונשיים קריטריונים דומים ככל האפשר לאלו החלים על פיצויים רגילים (במידת הצורך להתאים למטרה הייחודית של הפיצוי העונשי). המשמעות היא שהמתח בין שני סוגי הפיצויים יצומצם, והפיצויים העונשיים יהוו חלק אינטגרלי מהדין הנזיקי ולא כשריד או אי של פלילי.

התזה מתאימה יותר לגישות כלכליות. ההצעה היא לבחון את אשמתו של הניזוק, בנוסף למזיק, בהתאם לאמצעי המניעה שנקט. מעין מולטיפלייר 'הפוך'. אם גם הניזוק התרשל, יופחתו לו הפיצויים העונשיים.

התזה מעלה מספר נקודות:

1. **סוגי נזקים שונים** – הבחנה בין נזקים 'מועילים' לכאלה שלא, ולהתחשב בכך בקביעת אשם תורם.
2. **סיכון עצמי מול סיכון הזולת** – טרם נכנסה סוגיה זו כשיקול לאשם תורם, על אף היותה נפוצה בספרות.
3. **ניזוק חד"פ או סדרתי** – ניזוק סדרתי יקבל יחס מחמיר והפחתה. מה לגבי ניזוק חד פעמי? האם גם הוא צריך לקבל יחס כאל אחד שפגע בחברה?
4. **אי מניעת פשעים** – האם לגבי מצבים של אי מניעת פשע יש מקום להטיל פיצויים עונשיים?
5. **הפחתה מ100%** במקרים ההתנהגות קיצונית, והאפשרות להעביר את כלל הפיצוי העונשי לארגון חברתי.
6. **ספק סביר או מאזן הסתברויות** – לאלה הרואים בפיצוי 'אי' בפלילים, האם יש לדרוש הוכחה מעבר לכל ספק סביר, בשונה מדיני הנזיקין הרגילים (של מאזן הסתברויות).

נקודות נוספות:

1. **חומרת ההתנהגות כשיקול בהפחתה**. ישנה ביקורת על פיצויים 'רגילים' שניתנים ע"פ גובה הנזק וללא התחשבות בחומרת ההתנהגות. בפיצוי עונשי הביקורת מוקהית כיוון שלפי גישת ה'זדוני ומכוון' יש התייחסות להתנהגות.
2. **הבנייה של מדרג לפסיקת פיצויים עונשיים**. הצעה חלופית לתזה, שתכלול מדרג סדור לפיצוי עונשי. **פרופ' פישר** מציעה (בעונשין) ענישה הסתברותית – ככל שנטל הראיה גבוה יותר (נקבע ע"פ ההסתברות לקרותה), העונש יהיה בהתאם. ניתן להחיל מודל זה כחלופה להצעה.

התוצאה תהיה דומה בשני המקרים: השתה של סנקציה חלקית. ההבדל יהיה בנקודת המוצא: במודל המוצע ע"י **פרופסור שמואלי**, נקודת המוצא היא שיש לפצות, וצריך לבדוק אם להפחית. במודל החלופי של **פישר**, נקודת המוצא היא שיש לתת בהסתברות כלשהי והתאמה להבניה.

1. **השוואת התנהגות ניזוק למזיק הספציפי או ממוצע**. לפי גישתה של **שרקי** שטוענת כי הפיצוי צריך להיות חברתי, אולי יש לבחון אם הניזוק התרשל ביחס למזיק הממוצע, ולא זה שבמקרה הספציפי. גם לפי המכפיל ההצעה אפשרית.
2. **כפל הפחתה**. במידה וכבר פוסקים אשם תורם, האם הכנסת אשם תורם לפיצויים העונשיים מהווה כפל הפחתה? ניתן להשיב שאין הדבר כן, כשם שפיצוי עונשי אינו נתפס כפיצוי יתר כיוון שניתן על גבי קרן הנזק עצמה, כך גם לגבי הפחתה מסוימת באותו רכיב.
3. **ניגוד למטרת המכפיל, כגורם הרתעה אופטימלי**. כלומר, ניתן להתנגד עקרונית להצעה כיוון שמוציאה את העוקץ מכל המהות של פיצוי עונשי – הטלת הרתעה על המזיק.

ניתן להתמודד בשלושה כיוונים:

1. אכן, התיזה לא עולה בקנה אחד עם גישת המכפיל. היא אמנם דומה מבחינה תבניתית ומהווה מעין מכפיל הפוך, אך מבחינה מהותית היא אכן מבטא עקרונות שונים מאלו שמולטיפלייר מנסה ליישם.
2. התיזה עולה בקנה אחד עם עקרון ההרתעה, כיוון שהרתעה כלכלית אופטימלית צריכה להתסכל על תמונה רחבה יותר, שכוללת גם את הניזוק. לכן הפחתת פיצוי עונשי מגלמת הרתעה אופטימלית.
3. אפשרות גישור בהצעה שמופיעה בגישתה של שרקי. הפיצוי העונשי יוטל על המזיק במלואו, ובמידה ויש אשם תורם יופחת חלק מהסכום שיקבל הניזוק, והשארית תלך כפיצוי חברתי לארגון כלשהו. כך מחד תהיה הרתעה אופטימלית כמו בגישה המקורית, וגם יהיה תמרוץ לניזוק להיזהר מלהפוך לסדרתי, ושני העקרונות יתממשו.

חובת הדיווח על אלימות כלפי ילדים והזנחתם

חובת הדיווח – מאפיינים מרכזיים:

עיקרון ה"lex specialis" – חיקוק ספציפי עדיף על חיקוק כללי.

האם אי דיווח דומה לסיוע לפשע? נראה שלא. יש יותר דמיון לא מניעת התעללות או התעללות במחדל, כיוון שבסיוע אם יש מודעות לפשע, נדרשת פעולת מניעה (יותר מאשר לא לדווח).

הצעותיו של שמואלי:

**הצעה 1: עידוד דיווח** - ניתן לעודד דיווח **דרך הטלת חיסיון של שם המדווח**. חסימה מוחלטת בעייתית כיוון ש: (1) מונעת גישה לערכאות מצידו של זה שדיווחו אודותיו, (2) זכות תביעה בנזיקין עקב פגיעה בכוש או סגוף, היא חוקתית-קניינית ולכן תאלץ לעבור פסקת הגבלה. בשביל לאזן, במידה ויש חשד לדיווח זדוני, יוסר החיסיון, מה שעשוי לסייע לעבור את תנאי פסקת ההגבלה.

* יש לאיין תמריצים שליליים שלא לדווח עקב פחד מהתוקף, ובד בבד להפליל דיווח כוזב לשירותי הרווחה (היום העבירה היא רק בדיווח למשטרה).
* יש להגביר את המודעות לקיום החובה ולתוכניות מסודרות בקרב אנשי המקצוע.

**הצעה 2: בחינת מסלולי הדיווח מסלולי הדיווח-** משטרה ורווחה. המסלולים שונים: למשטרה יש חובת חקירה, ולרווחה אפשרות לקבל פטור מדיווח וכך לא תהיה חקירה.

פתרון: פטור זמני בחקיקה (במקום בקשת פטור במקרים קלים), והכנסת מקצועות נוספים למסגרת הפטור, פרשנות שעו"ס יזכה להגנה אם לא דיווח אך פעל בתו"ל.

תביעות נזיקין בגין אי דיווח- האם להטיל אחריות רק על מי שיכול היה למנוע?

21950/97 – מ.ט נ' ז.ד. התובעת טוענת לניצול מיני ע"י אחיה בילדותה. התביעה נגד האח והאמא, ששולחים הודעת צד ג' לאבא.

**תוצאה:** התביעה לא נדונה לגופה משום שנדחתה עקב התיישנות.

**האם התביעה אפשרית?** לא הועלתה בפס"ד התנגדות עקרונית (הדחייה כאמור עקב התיישנות). ניתן לומר שאפשר לתבוע ברשלנות (גם במעשה מכוון, פס"ד אמין) ובתנאים הנדרשים להפח"ח לסעיף פלילי. המשמעות היא שהתביעה תדרוש הוכחת נזק, ותהיה נתונה לשיקולי מדיניות משפטית.

* ייתכן שמשיקולי מדיניות לא תוטל חובה מושגית על אמא לדווח על מעשי האבא אם הייתה נתונה לטרור בעצמה. גישה זו יכולה להוות טענת הגנה, גם אם יוכרע שהייתה עוולה.
* ייתכן שתיקון החוק הפלילי שמטיל חובת דיווח במקרים של עבירות מין במשפחה מרמז שלא יינתן פטור כזה.
* במקרה זה, עצם הפסקת הטיפול יכולה להוות שיקול מדינית (מעין אשם תורם) לדחיית התביעה.

**נזיקין וחוקתי**

השימוש **במונח "נאצי" כעילת תביעה בלשון הרע**

**הגדרה**: לשון הרע הוא פרסום שעלול: להשפיל ולבזות, בין בכתב בין בע"פ, בתקשורות השונות (בShare אך לא בLike). הזכויות שמתנגשות בלשון הרע הן הזכות לכבוד ולשם טוב **מול** חופש הביטוי.

**הגנות** בלשון הרע: פרסומים מותרים/ אמת הפרסום/ תו"ל.

**התיזה**: שמואלי מציע ניתוח מחודש לתביעות לשון הרע בנושא נאצים ושואה. תחת התמקדות ספציפית בצדדים של זכות לשם וטוב וכבוד מול חופש הביטוי, הוא מציע הסתכלות רחבה יותר, על אינטרסים חברתיים רחבים, מעבר לצדדים הספציפיים: **רגישות למונח נאצי מול מלחמה בתופעות דחויות.** ניתן לראות דרך שיקולי השונים שעולים בפסיקה:

* משמעות פרסום בעיניים אובייקטיביות
* נוקט ראשון
* קרבה לניצול שואה
* עובדי ציבור

1. **משמעות הפרסום בעיניים אובייקטיביות** - תומרקין נ' העצני (1989) – נקבע כי אין מדובר בלשון הרע כי הקורא הסביר יכול היה להבין שהתובע נמנה עם מנהיגי הכלואים ולא הכולאים.
2. נוקט ראשון - בן גביר נ' דנקנר (2006) – "נאצי" = לשון הרע, ואינה חוסה תחת ההגנות הקבועות בחוק (בניגוד למחוזי). אולם, נפסק פיצוי זעום בסך ש"ח אחד בלבד, כיוון שבן גביר **נוקט ראשון**. **ארבל** – יש לפסוק 15,000 ₪, **ריבלין** במיעוט – דחייה, **ארבל** – פיצוי של 1 ₪ לבוז. נפסק כדעת השופט ארבל.

* העקרון שייך גם לפס"דים שלא נוגעים לשואה (נתניהו נ' אולמרט).

פס"דים נוספים בעניין נוקט ראשון:

**קנטי נ' קופרמן**

מתמודדת האח הגדול תובעת את ההפקה כי יחסו לה כינוי נאצי לחיילים. נפסקו פיצויים אך הופחתו בשל אמירות עבר

**שוקן נ' הרציקוביץ**

העיתונאים שכינה "יוצאים כמו עכברי" לא יכול להלין על כך שימוש באותו המוטיב כלפיו

**כהן נ' צור**

התגרות קודמת לא משנה את קביעת האחריות, אלא משפיעה על גובה הפיצוי

**פז נ' רונאל**

השימוש בביטוי נאצי לא ראוי גם כתגובה על ביקורת חריפה. לא הוריד מהאחריות, אלא מגובה הפיצוי

1. דימויים מהשואה- פריג' נ' "כל הזמן"(2008): תביעה של עיתונאי כנגד עיתון שהשווה אותו למשפטנים מהרפובליקה של ויימר, משום שהגיש תלונה כנגד העיתון על אמירותיו כלפי חיילי דובדבן.

שלום: לא לשון הרע ויש הגנה תו"ל.

מחוזי: כן לשון הרע אבל יש הגנת תו"ל.

עליון: נשאר עם עמדת המחוזי 🡨 ל**דימויים מעולם השואה לא בהכרח נשללת הגנת תו"ל** (בשונה מההלכה שעולה מפרשת בן גביר על המילה 'נאצי'), כיוון שהפרסום במקרה זה לא חרג מתחום הסביר בנסיבות.

* לדימויים מסוג זה ניתן גם לייחס את גם עקרון **הנוקט הראשון** (פס"ד שפטל נ' זהבי).

1. **קרבה לניצול שואה** כשיקול בפסיקה:

אלון נ' ויילר(2020) – מורה לתנ"ך, בן לניצול שואה, זכה לתביעה על הכפשה וכינויים נגדו הקשורים לשואה. ג'אנם נ' גולדפארב(2017) – רופא קיבל תלונה שהזכיר לניצול שואה את ד"ר מנגלה, ותובע. הנתבע זוכה ליחס מקל ולהגנת תו"ל.

חירם נ' שרעבי(2002) – תובע ניצול שואה זוכה לרגישות וזוכה בתביעת לשון הרע לאחר שהושווה ע"י וטרינר להיטלר.

1. **עובדי ציבור**:

אשרי נ' קורן(2002) – עובד ציבור זוכה בתביעת לשון הרע ולא מתקבלת טענה 'נוקט ראשון'.

חירם נ' שרעבי (2002) – הפגיעה חמורה יותר כאשר הקורבן הוא עובד ציבור.

פלונית נ' בן יששכר(2015) – עובדת סעד זוכה בתביעת לשון הרע על כך שנקראה 'נאצית'. אין לנהל מלחמה בעובדי ציבור בשימוש בביטויים אלה.

זינגרמן נ' אמדורסקי(2020) – כינוי עובדי ציבור נאצים הנה לשון הרע ואינה חוסה תחת הגנת הבעת דעה.

הפליה בחינוך

פרשת עמנואל –

מרכז חינוך עצמאי בפיקוח משרד החינוך. בשלהי 2007 המוסד מבצע למעשה מקים בי"ס נוסף לזה המקורי, ע"י הצבת מחיצות, כניסות נפרדות ועוד. התוצאה: הפרדה בין תלמידות אשכנזיות לספרדיות. במסגרת העתיקה לבג"ץ ניתן צו שהורה למשיבים להסביר את פעולותיהם.

**קביעת בג"ץ** – הייתה פגיעה בזכותן של תלמידות ספרדיות לשוויון. משרד החינוך חרג מסמכותו שלא הפעיל אמצעים למנוע הפליה.

**התיזה של שמואלי: ניתן לתבוע בנזיקין לו היו עושות כן.**

מהלך הדברים בפועל:

1. היה דיון בבגץ בנוגע להחלטה המנהלית של בית הספר. במסגרתו הפך הצו על תנאי למוחלט (הוא נוגע להפסקת מימון בית הספר ולקיחת הרשיון שלו).
2. אחרי ההחלטה של בג״ץ, ההורים לא מקיימים אותה ולכן נקנסים ונשלחים למאסר. עד כאן- תביעה מנהלת ובזיון ביהמ״ש.
3. קצת לאחר מכן מוגשת תביעה נזיקית לביהמ״ש השלום בתל אביב של שתי תלמידות והיא מסתיימת בפשרה, בה הנתבעים משלמים 70,000 ש״ח לשתי הבנות שתבעו.

הנתבעים הפוטנציאליים בנזיקין: הנהלת ביה"ס, מרכז החינוך העצמאי, משרד החינוך, מחלקת חינוך ברשות מקומית (אם מדובר בבי"ס עירוני).

הנזקים:

**נזקים** **לא ממוניים** נפשיים עקב הדחייה והנזק לכבוד בסיסי, אובדן נוחות, פגיעה באפשרות למיצוי עצמי.

**נזק ממוני:** העותרים טענו כי מעבר למגמה השנייה כרוך בתשלום גבוה (מאשר לחסידים).

**פגיעה באוטונומיה** – מניעים פסולים מנעו מהתלמידות להתחנך היכן שרצו.

העוולות –

* הפרת חובות חקוקות: חוק זכויות התלמיד, חוק איסור הפליה במוצרים, חוק הפיקוח על בתי ספר, הוראות חוק העונשין לדאגה לאחר (תחת אחריות, מניעת התעללות בו ושמירה על בריאותו)
* רשלנות

הטענות המשפטיות – פגיעה ב:

1. כבוד
2. שוויון מהותי-חוקתי
3. זכות לחינוך
4. זכות לשוויון בחינוך

**תיאוריה ושיקולי מדיניות** –

סעד מנהלי או נזיקי? בדר"כ לא נעשה שימוש בסעד של פיצוי מכוח הפרת זכות חוקתית (כמו בעמנואל), אך בהדרגה התפתחה בפסיקה הנחה שניתן לתת פיצוי במקום בו ניתן לבטל החלטת רשות. יש לבחון סעד נזיקי גם כאשר הפגם חלף.

**בחינת מטרות דיני הנזיקין בראיה פלורליסטית –**

* **פיצוי, השבת המצב לקדמותו וצדק מתקן:**

לכאורה פיצוי יכול להיות רלוונטי. אולם, שני חששות:

1. התעסקות בפרשה ו"התערטלות" פומבית בחיי התובעים (אך אין לשלול מכוח פטרנליזם זה).
2. התובעים ייפגעו חברתית מכך שהם פנו ל"ערכאות של גויים". כך הפיצוי לא יתקן, אלא יחריף את הבידול.

פתרונות/תשובה:

1. השאלה אם התביעה תיטיב עם התובעים מאוחרת לשאלה אם יש מקום לפיצוי מכוח מטרות הפיצוי והצדק המתקן.
2. עניין "ערכאות של גויים" פוגע בגישה לערכאות ולא ייתכן שדווקא ביהמ"ש הוא זה שימנע זאת.
3. דווקא ההנגשה המשפטית לחברה החרדית אולי תפרוץ את החומות ותוביל להבנה ש"השד אינו נורא".

פיתרון ביניים: הטלת חובה על עו"ד להזהיר על השלכות אפשריות, אך מבלי שביהמ"ש ידחה תביעות כאלה מראש.

* **צדק חלוקתי:** התובעים הם בעצם תת מגזר חלש בתוך מגזר מיעוט. הגופים החזקים מתאגדים נגד תת הקבוצה החלשה. לכאורה לפי מבט זה יש מקום לקבלת התביעה וחלוקה הוגנת יותר בשביל קידום תת המגזר החלש יותר. מצד שני, יש לבחון את ההשלכות לטווח הארוך. אולי קבלת התביעה דווקא תנציח פערי מעמדות. ביקורת על כך: גישה פטרנליסטית מדי.

🡨 אם כן, מטרת הצדק החלוקתי יכולה להוביל לתוצאות שונות בהתאם לנקודת המבט.

התנגשות בין צדק מתקן לצדק חלוקתי – ציפייה שהתובעים יהיו מעין תובעים ייצוגים של המגזר.

* **הרתעה יעילה:** הרתעה כספית תעשה את שלה נגד המדינה וארגוניה, כיוון שיוכלו למנוע להבא אירועים כאלה ובכך תגדל הרווחה המצרפית (הם למעשה מהווים השוקלים הטובים ומונעי הנזק הטובים ביותר).

אולם,נגד ביה"ס ומרכז החינוך העצמאי, לא בטוח שתהיה השפעה, כיוון שמדובר בעקרונות דתיים, שגם קשיים כלכליים לא ימנעו משמירתם (כך למשל אם מדובר ב"פיקוח נפש רוחני"). כמו כן, אם התהליך הבירוקרטי ארוך, זה לא ישתלם לבי"ס, ויעדיפו למצוא פתרונות (נדבנים). תוצאה אפשרית היא בידול קיצוני יותר והקמת בי"ס שאינו נתון לפיקוח (כמו שאכן קרה בסוף הפרשה).

לסיכום, תשלום כספים לא מרתיע את מי שההפרדה עקרונית עבורו. מנגד, כלפי רשויות מפקחות ייתכן שההרתעה תשפיע.

**הליכים חוץ משפטיים/עידוד פשרה** –

פרשת עמנואל מתאימה להליכים חוץ משפטיים, כמו מקרים אחרים בהם עיקר מטרת התובעים אינה בהכרח כסף, אלא הוצאה לפועל של רגשות נקמה/זעם/השפלה ועוד., ואכן הסתיימה בפשרה. דיני הנזיקין הם ההליך המשפטי היחיד שיכול לחייב הכרה בחטא או חרטה. אם תביעה כזו הוגשה, על השופט לעשות כל שביכולתו כדי להגיע לפשרה מוסכמת (כך נגמרה הפרשה בתוספת פיצוי). לבסוף נפסקו על דרך פשרה פיצויים בסך 70,000 לכל אחת מהבנות, בתוספת להבעת חרטה של הנתבעים.

המפגש בין נזיקין לחוזים

כללי והפרת הבטחה בע"פ

פס"ד צדיק נ' הארץ –אדם חרדי (צדיק) בעל דוכן לתשמישי קדושה צולם ע"י צלם מתחת לפוסטר שלפי השקפותיו אינו צנוע. צלם מקצועי (אלכס ליבק) עבר וצילם את המקרה. החרדי רץ אחרי הצלם ואיים לשבור את מצלמתו. הצלם בתגובה הבטיח לא לפרסם את התמונה, אך למרות זאת, זו פורסמה זמן קצר לאחר מכן בעיתון "הארץ". עילת התביעה הייתה בפגיעה בפרטיות (= עילה נזיקית). העליון קיבל את התביעה ונתן פיצוי בגובה 30 אלף ש"ח ובוטל אשם תורם שפסק המחוזי, משום שלהצבת הדוכן לא היה קשר להסכמה בין הצדדים.

ביקורת של שמואלי: האם ניתן היה למנוע את כל הפרשה? עיתון הארץ יכלו לאתר אל צדיק ולהשיג את הסכמתו, או לחילופין להתנות את מכירת התצלום מליבק בצירוף הסכמה של המצולם. פתרון נוסף היה לטשטש את עיני המצולם (מטרת התמונה הייתה מושגת בכל זאת).

**המסלול הראוי לתביעה – נזיקין או חוזים?**

לכאורה דיני החוזים נראים מתאימים יותר. בבסיס המקרה הייתה הפרת הבטחה. כך שאפשר היה לתבוע בחוזים במקום בתביעה נזיקית ספציפית למדי דרך החוק להגנת הפרטיות. יתרון נוסף של חוזים הוא הסיכוי הנמוך לפסיקת אשם תורם, בניגוד לנזיקין. מבחינה משפטית ההבטחה של ליבק אכן הקימה חוזה, והייתה חובת סודיות של הצלם, שהוא כמובן הפר. יסודות אלו מקימים עילת תביעה חוזית לפי החוק להגנת הפרטיות, לכן ניתן להגיש את התביעה במסלול זה.

**נפקויות אפשריות של תביעה חוזית:**

1. סעד הפיצוי: הסעד הראשי בחוזים (אכיפה) לא היה רלוונטי, ולכן כנראה היו ניתנים פיצויים.
2. הגנות אפשריות: ניתן היה לתקוף את החוזה עקב כפייה – צדיק איים בשבירת המצלמה – וזה למעשה מבטל את כל החוזה. לפי אפיק זה ייתכן וכל התביעה תיפול!

טענה נגדית אפשרית של צדיק: חוסר ניקיון כפיים של ליבק, שהרי גם אם הייתה כפייה, ליבק בעצמו יזם את החוזה, וברור שלא התכוון לקיימו. במצב כזה על ליבק להיות מושתק משיקולי מדיניות ולא יוכל לטעון שהייתה כפייה. יש לציין, שגם אם טענת ההשתק לא תתקבל, עדיין ניתן לתבוע דרך דיני החוזים והתביעה לא תיפול, כיוון שניתן לתבוע בחוסר תו" במו"מ (ס' 12). על כל פנים, המסקנה: שלמרות שהתביעה בנזיקין מעט מפותלת, אולי היא באמת עדיפה על התביעה החוזית במקרה זה.

**נזיקין וחוזים במשפט הפרטי**

השוני:

1. משטרי אחריות (אשם מול אחריות מוחלטת)
2. בהגנות
3. בסעדים:

* אמנם יש פיצויים בשתי המערכות, אך בחוזים הסעד הראשי הוא אכיפה.
* פיצויי הסתמכות מאפיינים יותר את נזיקין, ופיצויי קיום את חוזים.
* פיצוי בגין נזק לא ממוני הוא חלק אינטגרלי מנזיקין, אולם בחוה"ח נתון לשיקו"ד ביהמ"ש ואינו סעד מוקנה. **אם ראש הנזק הלא ממוני רלוונטי מאוד, יש להעדיף תביעה נזיקית.**

הדמיון:

1. הקודקס האזרחי ביקש **לאחד את הסעדים** בין מערכות הדינים.
2. חובת **זהירות מושגית** בעוולת הרשלנות נשענת על קיום חוזה לעתים.
3. השופט ברק בפס"ד רביב משה נ' בית יולס: על **השלב הטרום** **חוזי** חלות נורמות מדיני נזיקין וחוזים.
4. **תו"ל** משמש גם בדיני נזיקין, ואפשר לייבאו לשם גם דרך ס' 61(ב) לחוק החוזים.

נזיקין וחוזים בקורס

המתח ייבחן במקרים שונים, שם הוגשו תביעות נזיקין למרות שהיה ראוי ללכת בדיני החוזים או לכל הפחות להוסיף את העילה. הסיבה לבלבול נוצרת לעתים עקב הקונוטציה בין סעד פיצוי לנזיקין (כיוון שבחוזים הוא אינו סעד ראשי), או לחילופין שהסעד נחזה כפיצוי אך אינו כזה. דוגמאות:

* **נכסי קריירה בין בני זוג** – עניין קנייני ולא של פיצוי.
* **דמי טיפול** – אב תבע את בנו על מרמה וגזל של כספיו, והבן תבע נגדית על "דמי טיפול ושירות". שתי התביעות נדחו.

ידונו גם מקרים הפוכים – בחירה במסלול חוזי למרות העדפה לתביעה נזיקית. הדיון יתרום לא רק לתיאוריה אלא גם לפרקטיקה.

הונאת אבהות

מהי הונאת אבהות? אישה מציגה בפני גבר מצג שבו עובר/ילד שהוא מגדל הוא שלו גנטית, למרות שהיא חושדת או יודעת שלא כך הדבר.

במקרים אלו, האב הלא ביולוגי הוא התובע, והנתבעת היא האישה. ניתן לתבוע תחת שני ראשי נזקים שונים:

1. נזק **ממוני** – השבת כספי מזונות והוצאות גידול והמחייה של הילד שהוציא התובע.
2. נזק **לא ממוני** – נזקים נפשיים כתוצאה מההונאה, היינו ההתקשרות לילד וגילוי התרמית.

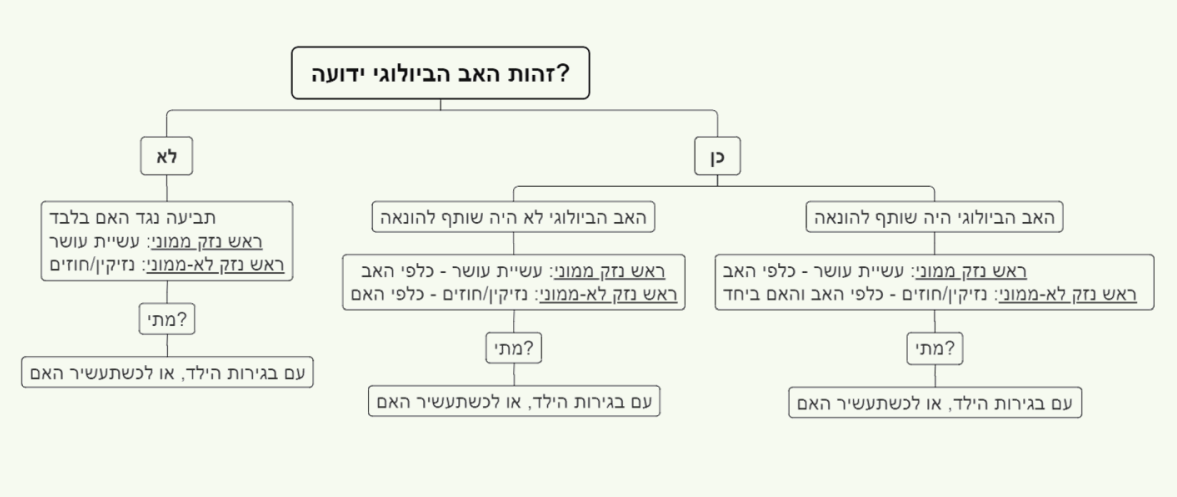
במידה והזוג ניהלו מסגרת חיים משותפת, המקרה יידון בבימ"ש משפחה, אם הזוג רק קיים יחסים – בבימ"ש אזרחי.

**הדין המצוי**

העניין לא הגיע לעליון ולכן אין הלכה בנושא. בעולם חלק מהתביעות התקבלו (אנגליה, ארה"ב), ובחלק נחסמו (אוסטרליה, ארה"ב) בשל שיקולי מדיניות שונים: טובת הילד, תקנת הציבור, ועוד.

**השאלות**: האם לקבל את התביעות? אם לא, מדוע? מה המסלול הנכון לכך במשפט האזרחי? מיהו הנתבע הראוי?

**הצעות:**



**פ. נ' א.-** המשיב תובע את המערערת על כך שהונתה אותו כי הילדה שנולדה המחוץ לנישואין, הינה ביתו הביולוגית, עד שהגיעה לגיל 10 חודשים. בתביעה במחוזי טענה האישה כי יש לדחות את התביעה על הסף, אך בקשתה נדחתה, משום שלא מדובר על תביעה בבגין בגידה, אלא בגין הונאת אבהות.

**הכרעה: ברמ"ש, נדחתה הבקשה לדחייה על הסף (= יש לדון בתביעה המוקרית שהוגשה ולפסוק פיצויים).**

**עמ"ש 71095-11-20 פלונית נ' פלוני-** ביהמ"ש המחוזי מקבל את הערעור וקובע כי לא ראוי להכיר בעילת "הונאת אבהות", עילה שחסרונותיה החברתיים עולים על יתרונותיה- ערעור על פס"ד של בימ"ש לענייני משפחה, בו התקבלה תביעה כספית/נזיקית שהגיש המשיב נגד המערערת (אשתו לשעבר) בגין "הונאת אבהות" תוך שהמערערת חויבה לשלם למשיב פיצוי מוגבר ואף עונשי בסך 250,000 ₪. בבסיס התביעה עמדה טענת המשיב, לגילוי בדיעבד, בעת שהמערערת ביקשה להתגרש ממנו, כי הילד שנולד למערערת בתקופת הנישואין ושהוצג לו כבנו הביולוגי, נולד מזרעו של אדם אחר. המערערת הודתה, כי בשל חשש שהמשיב עקר, בשל כמיהתה לילד ובשל הרצון לשמור על שלימות המשפחה, הזריע את עצמה בזרע של אחר.

**הכרעה: פסק דינו של ביהמ"ש קמא מבוטל ותביעת המשיב נדחית.**

תביעות לפיצויים בגין חזרה מהסכמה לטיפולי הפריה ופריון

פרשת נחמני

הפרשה נותחה בידי ביהמ"ש בדיני החוזים, כיוון שהסעד היה אכיפה. מעין סמן קיצוני, לאור התקיימותם של שני תנאים:

1. הביציות היו של בת הזוג (לא תורמת).
2. נקודת **אל חזור**: הביציות הופרו, והתובעת לא יכלה לייצר ביציות נוספות.

הפסיקה: ניתן צו לאכיפה לשימוש בביציות ע"י האישה למרות התנגדות הבעל.

האם ניתן לחייב את הנתבע בתשלום פיצויים? זו השאלה שנתמקד בה (כמעט לא נדונה בפרשת נחמני).

**חוזים או נזיקין?**

* חוזים: האם יש חוזה בין בני הזוג? מה ניתן לקרוא לתוכו (לדוג תנאי מכללא של הפסקת החוזה בעת פירוד)? אם חוזה רופף מספיק לאכיפה במקרה נחמני, האם ניתן להסיק מקל וחומר שיינתן פיצוי במקרה שאכיפה אינה אפשרית, או שמא אין להסיק מסקנה זו?
* נזיקין: עוולות רלוונטיות:
* רשלנות, כעוולת מסגרת
* גרם הפרת חוזה (שהתורם מתחרט וגורם להפרת חוזה בין הזוג לבנק). הקושי: אין יס"נ (שנדרש בעוולה), וחוסר אפשרות לתבוע מישהו אנונימי.
* הח"ח של חוק זכויות החולה (ס' 5). הקושי: האם מטופלי הפריה נחשבים "מטופלים"? האם נכון הדבר גם לבן/בת הזוג? האם החוק חל גם בני הזוג עצמם, ולא רק כלפי הבנק?

**מקרי הבוחן**

* הערה: במצגת של שמואלי המספור של מקרה 1 מעט שונה. פרשת **נחמני** היא 1.1 (מה שאני סימנתי פשוט כ'1'), לאחר מכן **פלונית נ' אלמוני** 1.2 (כאן 1.1), ולבסוף **ר' ש' פ' נ' א' י' ז'** 1.3 (כאן 1.2).

פרשת **נחמני** מהווה סמן קיצוני של מקרים מעין אלו. **מקרה 1.1** דן בתביעה חוזית במקרה בו הביציות לא היו של האישה, הביצית לא הופרתה, וממילא לא הייתה נקודת ה'אל חזור'. ביהמ"ש למעשה מחיל את כלל 2 על הבעל אך רק לגבי הסתמכות ולא קיום. עוד נקודות חשובות: ביהמ"ש דוחה היקש בטענת הנתבע לחוק הביציות גם לגבי גברים במקרה הזה, משום שאפשר להסיק גם את המסקנה ההפוכה. בנוסף, ניתן לראות בפסק הדין גישה התומכת במתן פיצוי על כאב וסבל גם אם הביצית אינה של האישה (מתבטא בקיזוז בפיצוי).

**מקרה 1.2** עוסק בתביעה נזיקית במקרה בו הביצית אינה של האישה אך כבר הופרתה. נפסקים פיצויים רק אודות תשלום הטיפול האחרון שיכול היה להימנע (בכך ההיבט השלילי של הזכות גובר). ניתן לראות חיוב זה בהיבט השוקל הטוב ומונע הנזק הזול (מצב הגבר הטוב ביחס למצבה של האישה). לכאורה במקרה זה היה יותר מקום לתביעה חוזית עקב כניסה יותר יציבה להסכם, אך גם במסלול זה התוצאה הייתה עלולה להיות זהה.

**מקרה 1 :** פרשת נחמני

האם חלים דיני החוזים? ביהמ"ש קובע בד"נ שהסכמים רופפים דומים להסכמים להבטחת נישואין:

* **ברק ארז** במאמר בין הדיונים- מדובר בחוזה רופף, הנטייה היא לא לפסוק פיצויים ואם כן, אז מוגבלים.
* **שטרסברג כהן:** משווה בין המקרים. לא ניתן לאכוף אדם להיות הורה (כפי שלא ניתן לכפות להינשא). מדובר בחוזה רופף ואין להחיל עליו את דיני החוזים.
* **אור:** אין מדובר בחוזה רגיל אלא מיוחד.
* **דורנר:** החוזה מנוגד לתקנת הציבור (לא ניתן לכרות חוזה להבאת ילדים אפילו אם כך היה רצון הצדדים), אך מסייגת שאין בכך כדי לשלול את נפקותו המשפטית של ההסכם או של מצג בדבר הסכמה.
* **זמיר (באוביטר) - יש לפסוק פיצויים מכוח דיני החוזים.**

האם ניתן לחייב את המפר בתשלום פיצויים מכוח דיני החוזים? השופט **זמיר** דן בסוגיה באוביטר, ועונה על השאלה בחיוב. בחלק מהמקרים הבאים (שהיו קלים יותר מפרשת נחמני) אכן נפסקו פיצויים.

**מקרה 1.1** : פלונית נ' אלמוני (2016) – תביעה **חוזית** של רווקה בת 42 שתובעת פיצוי מגבר שהודיע לה על הפסק תהליך פונדקאות. לטענתו, השליטה האישה "טרור פוריות", והתרחקה ממנו, ואינו מעוניין להביא ילדים ללא משפחה. הנתבע שילם עבור הטסת הפונדקאית והקפאת הביציות בחו"ל. האישה תובעת פיצוי בגובה 450,000 ש"ח.

טענות הנתבע: בהסכם עם הסוכנות נאמר לצדדים שיכולים לסגת בכל שלב. בנוסף, רצה להקיש מחוק תרומת ביציות שמאפשר לאישה לחזור בה, גם לגבי גברים ותרומת זרע.

פסק הדין: ניתן לראות במקרה כחוזה רופף, אשר אין בכוחו להפעיל אכיפה, **אבל מחייב תשלום עבור נזק ממוני ישיר שנגרם מההפרה. בכך יש החלה של כלל 2 של קלברזי ומלמד**. נפסק פיצוי בסך יותר מ50,000 ש"ח לאישה. אמנם פיצוי זה היה החזר הוצאות התובעת (הסתמכות), ולא במקום אכיפה (קיום). ביהמ"ש קיזז את התשלום של הגבר להטסת הביציות וראה בו מעין פיצוי נוסף.

עקב **החלופות** שעומדות לאישה למימוש זכותה להורות, זו נסוגה מפני זכות הגבר לחזור בו מהסכמתו. גם במקרה זה השווה ביהמ"ש בין ההסכם להבטחה להינשא. כאן כמו שם, כאמור, הפיצויים ניתנים על ההסתמכות ולא הקיום.

ההבדל: בהבטחת נישואים התוצאה וודאית (פשוט להינשא), ובעניננו התוצאה – כניסה להריון – אינה וודאית.

כמו כן, דחה ביהמ"ש את טענת הנתבע לגבי ההיקש במקרה דנן, כיוון שניתן להסיק להפך – שההסדר הוא ספציפי באופן מכוון.

ניתוח הפסיקה

**מסגרת תיאורטית:** מצד אחד הזכות להורות (של האישה) גוברת, ויש להחיל כלל אחריות, או שמא ההיבט השלילי גובר, ואין להטיל שום כלל על הנתבע, בעיקר עקב החלופות. כמו כן, ניתן להניח מכללא שבלא זוגיות, נפסק ההסכם להליך, ובכך נשמטת הקרקע להסכם הן להליך חוזי והן לנזיקי (יחסים חוזיים רלוונטיים לרשלנות).

בשונה מפרשת נחמני, הביציות לא היו של האישה ולכאורה אין לפסוק פיצוי על כאב וסבל שהיה כרוך בהליך. עם זאת, ייתכן שגם בעצם הפסקת התהליך (ומבלי שהאישה היא התורמת) יש לפסוק פיצוי בגין ראש נזק זה (גם אם מופחת). הגישה עולה בפסה"ד ב'קיזוז' שרואה ביהמ"ש בתשלום שנתן הגבר, שבלעדיו אולי הייתה מפוצה האישה גם על רכיב זה. יש לציין שפיצוי כזה אפשרי יותר בקלות דרך נזיקין (ראש נזק מוכר) ופחות בחוזים (נתון לשק"ד ביהמ"ש).

**מקרה 1.2** ר' ש' פ' נ' א' י' ז' (2020) – תביעה **נזיקית** של אישה נגד בעלה על סירוב להמשיך בטיפולי פוריות. הביצית כבר הופרתה, בשונה מהמקרה הקודם (אך גם כאן הביציות של תורמת). עשרה ימים לפני מועד ההשתלה, הצדדים הגישו בקשה לגירושין. יומיים לפני מועד הטיפול, האישה החליפה את המנעול לביתם, ובאותו יום הודיע הנתבע למכון על הפסקת הטיפול, ושילם עבור הקפאת הביצית המופרית.

פסק הדין: ניתן לראות במקרה "הסכם רופף", אולם זה נגמר משנפרדו הצדדים. זכותו של הנתבע להימנע מהבאת ילדים בנסיבות של מערכת זוגית שנסתיימה. בכך, מגשים ביהמ"ש את ההיבט השלילי של הזכות ולא מחיל כלל קנייני נגד הנתבע. רק לגבי הטיפול האחרון נפסק שניתן היה למנוע מוקדם יותר ולחסוך את התשלום, ונפסק פיצוי בשווי 22,000 ש"ח (חצי מההחזר הכספי שהיה ניתן אם ההודעה הייתה מוקדמת).

ניתוח הפסיקה

**אותה מסגרת תיאורטית:** האם זכות האישה להורות חיובית תעניק לה פיצוי, או שתגבור הזכות השלילית? ביהמ"ש פוסק בדרך השנייה. ביהמ"ש אף לא פוסק פיצויים בגין הפרת הבטחת הורות, כיוון שההיקש להבטחת נישואין תקף לעילה חוזית ולא נזיקית (כפי שהיה בפרשה זו). גם השוואה למקרה נחמני נדחית עקב היעדר מצב ה"**אל חזור**" וחלופות בדמות תורמת אחרת.

גם טענות לגבי העלות הכספית לאורך השנים נדחות. כל עוד הפרוייקט היה משותף, אין לדון בקניין של הכספים. רק הטיפול האחרון זיכה בתשלום, וניתן לראות זאת כשיקול של **מונע הנזק הזול** ו**השוקל הטוב**. הבעל היה בעמדה הטובה יותר למנוע את הנזק מול המכון ולמזערו (אולם לפי **קלברזי והירשוף** האחריות מוחלטת ואין לפצות בגין חצי עלות הטיפול).

לכאורה דווקא כאן **התביעה** **החוזית הייתה עדיפה**, כי לא היה מקום לטענה 'טרור פוריות' כלעיל, כיוון שהזוג היה נשוי, ונראה שההסכם היה יציב יותר. אולם, גם דרך חוזים לא בהכרח היה מקום לפיצויים על טיפול הפוריות שכשל. כלומר, **ייתכן והתוצאה לבסוף הייתה זהה**, ואין עדיפות לחוזים.

**מקרה 2 – חזרת תורם מהסכמה לתרומת זרע**

במקרים אלו הנתבע הוא הבנק, אך ההיבט השלילי של הזכות שייך לצד ג' – לתורם האנונימי.

**הקדמה:** במקרים של חזרת התורם, המקרה היותר נפוץ הוא **2.2.** המקרה יחסית קל ונראה שאין מקום לתביעה במשפט הפרטי. במקרה **2.1** יש ייחודיות של רצון לקבלת מטען גנטי זהה לילד נוסף. **השופט עמית** מביע דעה מחודשת לגבי האפשרות בסחירות בזרע (שהופך את החוזה לחוזה מכר שלכאורה לא מאפשר הפרה), אך לבסוף משיקולים נוספים מצטרף לדעת הרוב. **פורת ושוגרמן** מיישמים את כלל הביניים שלהם על אותו מקרה של בג"ץ פלונית.

**מקרה 2.1** פלונית נ' משרד הבריאות (2013) – אישה מעוניינת בזרע ספציפי שכבר הולידה ממנו, כדי שילדיה יהיו אחים ביולוגיים לגמרי, אלא שבינתיים התורם חזר בתשובה ודרש את הפסקת השימוש בזרעו. יש לדייק שהזכות שעומדת לאישה אינה הזכות להורות, אלא זכות ספציפית יותר לאותו זרע מאותן סיבות שצויינו.

הכרעה: ביהמ"ש אפשר לתורם לחזור בו.

* **רובינשטיין:** בדרך זו הזכות הגוברת באופן פסיבי (מניעת שימוש של האישה), שעדיף על דריסה אקטיבית של זכות התורם (שימוש אקטיבי בניגוד לרצונו). מוסיף שהזכות במקרה דנן היא ב"פריפריה" של הזכות להורות.
* **ברק ארז:** מדובר **בחוזה מתנה** (התשלום הוא עבור טרחה), ולכן התורם יכול להתחרט.
* **עמית:** בשונה מהאחרים, רואה בחוזה **חוזה מכר** (חידוש), ולדידו זרע סחיר בשונה מאיברים. עם זאת, ההיבט האזרחי (שמטה לטובת התובעת) אינו חזות הכל, ומצטרף בסופו של דבר לדעת הרוב.

ניתוח ע"י **פורת ושוגרמן:** מציגים כלל ביניים בין כלל קנייני לאי-עבירות: בעל הזכות רשאי לסחור, אך יכול לחזור בו ללא סנקציה. הדוגמאות הן תרומת כליה, אם פונדקאית, והמקרה הנ"ל. במדינות מסוימות אכן קיימת פרקטיקה כזו.

מסקנות לעניין תביעת פיצויים: יש מקום לפיצוי לא ממוני, גם אם פחות ממקרים בליבת הזכות להורות, בייחוד עקב דברי **השופט רובינשטיין** על עוגמת הנפש. עם זאת, ישנה הגנה טובה מפני תביעת פיצוי – העמדת חלופה סבירה לאישה, בדמות זרע אחר ללא תשלום.

נזיקין או חוזים? לכאורה עדיף **נזיקין,** כי קביעת היחסים החוזיים מורכבים ושונים בכל מקרה (למרות שבמקרה זה מול הבנק היחסים לא היו של חוזה רופף, אלא חוזה של ממש). מצד שני, בתביעה נזיקית (ברשלנות) נכנסים שיקולים משלימים (אם כי אולי אלה דווקא היו מיטיבים עם התובעת).

שיקולים לתביעה נגד בנק הזרע

* **כיס עמוק** (הן הבנק והן המדינה המפקחת), כך גם תימנע כניסה לתחומי המשפט הפרטי (דרך גופים דו מהותיים).
* אפשרות לסדר, וחוזים אחידים מתאימים. למעשה הוא **מונע הנזק הזול והשוקל הטוב**, בעמדה טובה למנוע נזק.

**מקרה 2.2**

נתרמת בוחרת זרע, ובטרם השימוש התורם חוזר בו (אין פסיקה, אך המקרה על פניו אמור להיות נפוץ יותר). המקרה קל יותר מהקודם, כי אין עניין של אח ביולוגי. כל **חלופה** פשוטה יכולה לאיין תביעה במשפט הפרטי, ולתת את ידו של בעל ההיבט השלילי של הזכות על העליונה. יש מעין יישום של הכלל של פורת ושוגרמן (התורם יכול לחזור בו).

ניתן להשוות (בזהירות) לחוזים מסחריים: הזמנת מוצר שלאחר מכן אוזל מהמלאי. בהינתן חלופות (החזר, זיכוי ועוד), אין עילה לתביעה. כמובן שיש שוני בין המקרים, אך בהינתן בדמיון משותף (קיום חלופות, היעדר 'אל חזור', ונזק לא משמעותי), ניתן להסיק מההשוואה שלא יהיה מקום לתביעה.

טענות בעד קבלת התביעה ופסיקת פיצויים סמליים, צריכות לקחת בחשבון שיקולים משלימים כגון מדרון חלקלק והצפת בימ"ש.

**סיכום ביניים כולל**

ביהמ"ש לא מאשר סעד של אכיפה אלא במקרי קיצון (נחמני), מפני שמדובר בחוזה ורופף ומקרה שאינו מתאים לאכיפה. תחת זאת יש לבחון את מקומו של כלל 2 ומעבר לפיצוי חוזי או נזיקי. מסגרת תיאורטית לדיון היא העמדת הזכות החיובית מול השלילית להורות.

נחמניהוא ה'מגדלור'. בעקבותיו ניתן להציע מדרג בסדר יורד של חומרה לגבי סיכויי תביעת פיצויים:

* חזרה מהסכמה בנקודת 'אל חזור'.
* חזרה מהסכמה של תורם שנעשה בו שימוש, ויש רצון למטען גנטי זהה לאחים.
* חזרה מהסכמה של תורם טרם שימוש בזרע.

**הצעות לדין ראוי במקרי הבוחן**

1. תביעה חוזית/נזיקית נגד התורם, בן/בת הזוג או הבנק כשאין אפשרות לאכיפה

רוח כלל 2 של **קלברזי ומלמד**. לא תינתן אכיפה בהתאם לס' 3 לחוה"ז שמונע אכיפה בשירות אישי ובעוד מצבים. אך אין משמעות הדבר שלא ניתן לתבוע – אדרבה, זהו במיוחד המקום לפיצויים. למעשה, הנתבע קונה את אפשרותו הקניינית לחזור בו מהסכמה. לגבי שיעור הפיצוי, שאר השיקולים שהועלו (כובד הזכות השלילית והחיובית) יהוו פרמטרים.

ביקורת: תורמים לא ירצו לתרום אם ידעו שחזרה כרוכה בפיצוי.

מענה:

* התרומה אנונימית, ולכן הדרך היחידה שהתורם ייכנס לתביעה הוא דרך הודעת צד ג' שיקבל מהבנק. אך הבנק לא ירצה לעשות זאת כיוון שבטווח הארוך זה ידכא תרומות – "אפקט צינון". בנוסף הוא בטח מבוטח ויוכל לשאת בתשלום.
* המקרים האלו אינם נפוצים.
* סייגים/הגבלות: שיקולי מדיניות משפטית בעוולות המסגרת ושיקול דעת לגבי נזק רגשי בחוזים.

1. פירוד כסיכול ההסכמה להביא ילדים לעולם (תנאי מכללא)

בהמשך לפס"ד ר' ש' פ' נ' א' י' ז**: יש לבחון אם יש הסכמה משתמעת להביא ילדים לעולם גם בפירוד. הדיון לא נערך בכל המקרים. ניתן להציע ברירת מחדל שכל עוד לא נאמר אחרת – בעת פירוד ההסכם כבר לא תקף. כלומר, אם ברור שהזוג נפרד ולא ניתן להסיק שהיו כוונות אחרות,** אין מקום לכלל קנייני של אכיפה**. במקום, יש מקום לפיצוי כל רכיבים שנוצרו אחרי היווצרות הקרע (בעניין הפס"ד – תשלום הטיפול האחרון).**

**אפשרות נוספת להגיע לרעיון זה: דרך חוזה על תנאי (או תנאי מתלה),** ס' 27 לחוה"ז**.** תנאי מתלה מכללא שפירוד יפקיע את החוזה.

* **דילמה: האם חוזה רופף יכול להכיל יותר או פחות תנאים מכללא?**

1. **בהירות הסכמים, וקריאה ליצירת "הסכם קדם הורות" – רשות.**
2. **פיצויים בתנאי אי וודאות – הסתמכות מול קיום**

**במקרים אלו נפסקים פיצויי הסתמכות ולא קיום, כיוון שאין וודאות להצלחת הליך הפריה (בשונא מהבטחה להינשא), ומשיקולי מדיניות נוספים, כאמור. אך לו היו נותנים פיצויי קיום, הדרך הנכונה הייתה ע"פ הסתברות.**

**לחישוב זה יש יותר טענות בעד ונגד הן בנזקים נפשיים והן בממוניים. בנזק** ממוני**, הוצאות ההסתמכות הושקעו בהתאם לסיכוי של 100 אחוז הצלחה, ולכן אולי אין מקום להסתברות. בנזק** נפשי**, מצד אחד עוגמת הנפש היא על כלל האובדן ואולי אין מקום להסתברות, אך מצד שני אין לשלול זאת לגמרי, כיוון שניתן להעריך נזק רגשי דרך הסיכוי שהלך לאיבוד או הופחת (היינו, הסתברות). בראיה נוספת, פיצויי הסתמכות, שניתנים על העבר, מגיעים במלואם, בעוד נזק נפשי שהוא על העתיד, ניתן לפצות בהסתברות.**

מחשבה לסיום**: ייתכן בכלל וכל הנושא לא רלוונטי, והדיון צריך להיות "שחור או לבן" – 'אכיפה או כלום'. הפסיקה לא הלכה בכיוון זה באופן רשמי. אולם, ייתכן וישנה התקרבות לא מודעת לגישה זו, הבאה לידי ביטוי בצמצום הכניסה לשער הפיצויים.**

נזיקין, חוזים, משפחה, חוקתי

תביעה לפיצוי בגין סירוב להמיר דת כדי להתגרש

המקרה בו נדון יעסוק בתביעה נגד בן זוג שסירב להמיר דתו כדי להתגרש במגזר הקתולי, לאחר שהבטיח לעשות כן.

**הקדמה** – סוגי אינטראקציות בתביעות נזיקין ומשפחה:

אינטראקציה **טעונה/בעייתית**.

מקרים בהם **אין כל אינטאקציה**. כלומר, התביעה נזיקית לחלוטין, ונדרשת רגישות כללית למסגרת המשפחתית. דוגמאות: אלימות והתעללות, הזנחה, אי דיווח, לשון הרע, פרטיות. התביעות יכולות לשמש לקנטור, להשפיע על חלוקת רכוש, ועל הסדרי ראייה.

**אינטרקאציה חיובית**. דיני נזיקין משמשים כ**קבלן מבצע**, ובעצם נותנים מענה הולם לפרצות בדיני משפחה. דוגמאות: הפרת זמני שהות (במשפחה אין אפשרתות פיצוי), חטיפות ילדים, הונאת אבהות, חזרה מהסכם פוריות.

אינטראקציה **שלילית**.

**דוגמא:** תביעה אזרחית בגין סרבנות גט. הלכתית, יש סיכון לגט מעושה. פרוצדורלית, סמכות ביהמ"ש לענייני משפחה בענייני ביד"ר, ומהותית, כיצד ניתן לקבוע 'אזרחית' שקיימת סרבנות?

מכאן נשוב למקרה הבוחן, שנכנס גם הוא **לסוג הרביעי**. בשנים האחרונות עלו בבימ"ש מעין סרבנות גט במגזר הקתולי. כמעט ולא ניתן להתגרש במגזר, אלא בתנאים חריגים (אי קיום יחסים, מחלת נפש, מחלת מין, ניאוף), או ע"י המרת דת ולאחר הגירושין לשוב אל הדת.

**המהלך של פרופסור שמואלי:**

כשההמרה רצויה מבחינה חברתית ודתית (כלומר יש הסכמה של חכמי הדת שמוטב שיתגרשו) ובן הזוג חזר בו מהסכמה, צריך לשקול לתת פיצויים נזיקיים.

ע.נ' ע. - מקרה בו התקבלה תביעה לפיצויים בגין סרבנות גט במגזר הקתולי

על מי נטל ההוכחה להוכחת המניע מחזרה להבטחה להתגרש?

מה עושים במקרה בו לא הייתה הבטחה? (שתיקה)

הצגת עימותים בתביעה: לא רק דין דתי מול אזרחי, גם התנגשות בין אזרחי לאזרחי – התנגשות בין ערכים חילוניים ליברליים (אוטונומיה מול אוטונומיה)

האם נכון להשוות למגזר היהודי?

מה המניע להסכמה? חופש דת מול נקמנות

קשיים בתביעה נזיקית: הוכחת אשם, קש"ס ושיקולי מדיניות (המרת דת)

פלונית נ' אלמוני – התביעה נדחתה משיקולי מדיניות

קשיים בתביעה חוזית: האם יש חוזה? אם כן – האם הוא רופף ומה ניתן לקרוא לתוכו?   
בחוזים, פיצויים בגין נזק לא ממוני תלויים בהחלטת השופט, הם אינם עניין שבחובה.

ייתכן שאפילו במקרה שמההתחלה בן הזוג מסרב ממניעים לא לגיטימיים, יש לחייב אותו במתן פיצויים, גם אם לא הייתה חזרה מהסכמה

לא ניתן להשתמש בכלל קנייני, אבל ניתן להשתמש בכלל אחריות – פסיקת פיצויים

זכויות שנובעות מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ישתמשו בפסקת ההגבלה לאזן ולבחון את הזכויות שמתנגשות

**הסוגיות** :

* עימות בין חופש דת לבין אפשרות יציאה מנישואים דתיים. האם פיצויים מהווים בגין נזקים יהוו פגיעה בחופש הדת?
* **האם יש להשוות לסרבנות במגזר היהודי?** במגזר היהודי אין חולק – במשפט העברי והאזרחי – כי הדבר הנכון הוא למנוע ולסכל את הסירוב, והחשש הוא רק לגרימת גט מעושה. לעומת זאת, במגזר הקתולי נראה כי הדרך לגירושין כרוכה בפגיעה קשה באוטונומיה ובחופש הדת – עצם ההמרה. נראה שלכל הפחות נדרש איזון עדין יותר מהמגזר היהודי.
* **סוגיית ההסכמה** רלוונטית אף היא להשוואה. אם הייתה הסכמה שלא נבעה מאיום, המקרה פשוט. יש לבדוק גם את **המניע לחזרה מההסכמה**. אינה דומה חזרה מטעמי דת, לחזרה מטעמיים נקמניים. כמו כן, אם לא הייתה הסכמה להמרת דת, לא בטוח שניתן להשוות זאת בהכרח לסרבנות, על אף התוצאה הזהה – שלילת אפשרות בן הזוג לגירושין.

**המצב הרצוי – תביעה לפיצוי כאיזון בין כלל קנייני לכלל אחריות?**

כשההמרה אפשרית ורצויה חברתית ודתית, ייתכן שיש מקום לאפשרות פיצוי. האיזון בין הזכויות המתנגשות אמנם לא יוביל לסעד של צו, אך פיצוי עלול להתאים.

**חוזים או נזיקין?**

לכאורה מסלול חוזי נוח יותר, כיוון שלא דורש אשם/תורם, קש"ס, ואין שיקולי מדיניות כמו בעוולות מסגרת. ניתן לתבוע על הפרת תו"ל (ס' 39), ואם לא היו יחסים חוזיים מלאים, על הפרת תו"ל במו"מ (ס' 12). אך לא בטוח שלתביעה נזיקית תהיה תוצאה פחות טובה.

הנטל להוכחת המניע – האם נניח שהחזרה היא לגיטמית ומטעמי דת, או שעל החוזר להוכיח זאת? מה לגבי מצבי שתיקה?

**התנגשות ערכים חילוניים-ליברליים**

ישנם עימותים נוספים סביב המקרה (ולא רק בין הדין הדתי לאזרחי). פגיעה באוטונומיה לחזור מהבטחה מול השתחררות מנישואים שנגמרו. בשני הצדדים יש פגיעה בזכויות אדם ואוטונומיה אישית. יש לבחון את כלי ההתמודדות למקרים שהמדינה מספקת, ולהביא לשוויון בין יהודים לתושבים לא יהודים.

**לסיכום**, זהו היבט נוסף של מעין סרבנות גט במדינה, שאינה יהודית. כאן גם המשפט הפרטי ממלא תפקיד במאבק בתופעה. ייתכן שגם במקרה זה יש מקום להסדרת העניין דרך הסכמי קדם נישואין.

נזיקין וחוזים במשפחה

סרבנות גט

תופעה של סחיטה חד צדדית של בעל כלפי אשתו, שלא רוצה לשלם מופקעים לקנות את חירותה. תביעות אזרחיות יכולות להוות מעין **שובר שוויון** לטובת האישה, ולאפשר לה לסחור בגט: גט תמורת ויתור על פיצויים.

**פתרונות הלכתיים:**

* הפקעת קידושין רטרואקטיבית ("מקח טעות") = פגם בכריתה
* הפקעת קידושין ("אדעתא דרבנן")
* ביטול קידושין עקב בעיה בכשרותם (דרך העד)
* קידושין על תנאי וגט על תנאי- הקידושין בטלים אם מישהו מסרב/ כל עוד יש שלום בית הגט לא מופעל, ברגע שמישהו רוצה להתגרש, הקידושין פוקעים
* תקנת גאונים לכפות נתינת גט
* גט זיכוי – מותר לעשות מצווה עבור אנשים גם אם הם לא רוצים (פטרנליסטי) – ביה"ד בעצם עושה מצווה לבעל בכך שהוא חותם על הגט בשמו
* הסכם קדם נישואין

**האם תביעה נזיקית בגין סרבנות בכלל אפשרית?**

1. הרב אוריאל לביא: תביעה אינה אפשרית.
2. הרב שלמה דיכובסקי: אפשרית בבימ"ש למשפחה, אך יש להעביר את הסמכות לביד"ר.
3. **יחיאל קפלן ורונן פרי**" תביעה אפשרית וכפופה לסייגים בדיני משפחה וגט מעושה.
4. **יפעת ביטון**: דיני נזיקין לא יכולים להיות כפופים למשפחה.
5. **שמואלי:** יש לקבל את התביעה מניתוח כלל מטרות דיני הנזיקין.

**בתי הדין השיבו מלחמה**, בטענה שהתביעה הופכת את הגט למעושה. הסנקציה: הרבנות יכולה להקפיא הליך גירושין אם האישה תובעת בדין האזרחי.

**התביעות החוזיות – מסלולים**

1. תשלום מזונות מוגברים בפירוד **בהסכם קדם נישואין**, במידה ויש הסכם כזה. בארה"ב נפוץ יותר. תחילת התשלום רק 180 יום אחר הפירוד (לאפשר שלום בית), ומותאמים לשני המינים. ניתנים להפחתה בהתאם לס' 15 לחוה"ח (פיצויים מוסכמים).
2. סרבנות גט **כחוסר תו"ל**. מנגד, הכנסה של נישואין לשדה משפטי מעלה טענה הפוכה: האם החזקה בזכות להינשא אכן מהווה הפרת תו"ל?
3. **הפרת הבטחה בע"פ או הסכם** להתגרש במידה והייתה כזו. במקרה כזה יתרון לתביעה חוזית כיוון שאינה על עצם הסרבנות אלא הפרת הבטחה.
4. **לשלם עבור הגט ולאחר מכן לתבוע** תביעה חוזית בעילה של **כפיה ועושק**, ולבקש השבה. המסלול נראה מתאים לחוזים כאמור, אך נושא עמו סיכון (שלא תתקבל הטענה עקב הפרה או סיבה אחרת). בפלונית נ' אלמוני התובעת לוקחת סיכון ותובעת בנזיקין, ולמזלה השופט נעתר ונותן פיצוי בגין הסכום ששילמה (70,000 ש"ח), למרות שדרישת השבה בנזיקין אינה טריויאלית.
5. **הגעה להסכם של מתן גט תמורת תשלום כחוסר תו"ל** במו"מ עקב הסחיטה. ההסכם אם יהיה מרצונו של המסרב יאיין חשש של גט מעושה, אך מעלה חשש של תניה מגבילת תביעה אזרחית.

ע.ש נ' נ.מ.ש – חוסר תו"ל דרך ס' 61ב לחוה"ח – שילמה פיצויים עבור סרבנות הגט והמגורים בדירה המשותפת.

כ.ש. נ' כ.פ- **הפרת הבטחה בע"פ להסכים להתגרש**. חיוב סרבן גט בפיצוי אשתו בסך 400,000 ₪ בגין הנזקים הלא-ממוניים שגרמה לה סרבנות ומהתובעת, אישה חרדית מסורבת גט מזה 12 שנה, הגישה תביעה נגד בעלה בגין הנזקים שגרמה לה סרבנותו ובהם: עוגמת נפש, בושה, סבל, בדידות וצער בשנות ההמתנה לגט, אובדן הנאות החיים ובכללם הנאה מינית, פגיעה באוטונומיה וכן אובדן הסיכוי להינשא ולהביא ילדים לעולם. גובה הפיצויים להם טענה התובעת עמד על כ-3 מיליון ₪. תביעה שממחישה את הכלל הרביעי של **קלברזי ומלמד** (היא רכשה את הגט שלה).

תמ"ש 7450-09-13 מ.א. נ' א.א.- **תכסיסנות גט**. התקבלה תביעה לפיצויים בגין **הפרת הסכם גירושין** שאושר בביהמ"ש, בגדרו הצהירו הצדדים על הסכמתם להתגרש זמ"ז בבית הדין הרבני, אלא שהנתבע סרב לסדר הגט משך כשנתיים.

החלטה: הנתבע לא רק עוול את **עוולת הרשלנות** כלפי התובעת, הוא גם נהג שלא ב**תם לב** והפר **חיוב חוזי** מוסכם ומפורש. אמנם ביהמ"ש אינו מוסמך לאשר התחייבות צדדים להתגרש. אך מוסמך הוא לדון בתביעה **לפיצוי בגין הפרת התחייבות חוזית בחוסר תם לב להסדיר הגט בהסכמה** 🡨 החמרת הפיצויים בגין תכסיסנות.

תמ"ש (י-ם) 9189/01 פלונית נ' אלמוני – **כפייה לשלם עבור הגט במסגרת הסכם גירושין כבסיס לבטלות ההסכם.** זוג חרדי עם 6 ילדים. הבעל תקף את האישה עם סכין. התובעת שילמה לנתבע כסף עבור גיטה וכעת ישנו דיון בטענה לכפייה לתשלום עבור מתן גט.

הרצאת אורח- מסחר בגט: בין חוזים לאי-סחירות: אורית גן

**הבעיות**: גירושין ונישואין לפי ההלכה. צריך להיכנס לנישואין ובהסכמה וגם גירושין הם בהסכמה. **אז מה קורה כשאין הסכמה**? ההסכמה אינה שוויונית- הגבר מקדש את האישה, לא האישה את הגבר. גם בגירושין, הבעל מגרש את האישה, הוא נותן את הגט היא מקבלת אותו. **הבעיה היא חוסר השוויון- היד של הגבר היא על העליונה!** הגבר צריך לגרש מרצונו.

1. אז ישנה בעיה של עגינות. (גבר שברח לחו"ל, מת במלחמה).
2. סרבנות גט (הבעל נמצא, אך מסרב לתת גט, היא תלויה בחסדיו).
3. סחטנות גט (האישה תלויה בגבר, ישנתם גברים שמנצלים את כוחם לרעה- תוותרי על זכויות ממוניות ותקבלי גט). אין נתונים להגיד כמה נשים נמצאות בסיטואציה הזו, אך נתונים כלליים למדי, מראים כי זה יחסית נפוץ.

**ישנם גם גברים מסורבי גט, אך אין שוויון בין זכויות גבר המסורב גט לבין האישה המסורבת גט- גבר יכול להינשא לאישה שניה, ילד ממזר, גבר יכול להשליש גט** (לשים את הגט בבית הדין, עכשיו תורה של האישה, לא שמה? בעיה שלה) **וכו'.**

**הפתרונות**:

1. הלכתי

|  |  |
| --- | --- |
| * התרת עגונות. * הפקעת נישואין- למצוא סיבה כלשהי שנישואין לא כשרים. * דיינים ובתי דין פרטיים- למנות דיינים פחות שמרנים. | * סנקציות- לשלול רישיון נהיגה, לעקל חשבון ועד מאסר. * הסכם לכבוד הדדי- הסכם קדם-נישואין (ניתן לראות את זה גם כפתרון חוזי) והוא גם נוגע בנושא סרבנות הגט (אם יש קרע בנישואין והגבר לא נותן גט- הוא משלם לה כל יום סכום כלשהו). |

1. נישואין וגירושין אזרחיים
2. ביטוחי – ביטוח מפני הסכנה של סרבנות גט. אם יהיה סרבנות גט, החברת ביטוח תשלם פיצויים, והחברת ביטוח תתבע שיפוי מהבעל הסרבן. יכול להיות ביטוח מסחרי- כמו ביטוח חובה לרכב או ביטוח ציבורי- כמו ביטוח לאומי.
3. נזיקי- האישה תתבע את הגבר הסרבן בהפרה חובה חקוקה, הנפוץ זה בעוולת הרשלנות. האישה תתבע בנזיקין, תקבל פיצויים ואז יבוצע מו"מ בין האישה לבעל. מגבלות: להוכיח רשלנות- חובת זהירות. ממתי היא חלה? מהקרע בנישואין? מהגשת התביעה? איך לכמת את הפיצויים? איך להתמודד עם ההגנות של המסרב? האם לדתייה יש נזק רב יותר מחילונית? האם לצעירה יש יותר נזק מזקנה?
4. **חוזי**
5. **אי-סחירות**