

פיצוי נזיקי למסורבות גט

בנימין שמואלי *

א. מבוא; ב. פסיקת בתי המשפט לענייני משפחה בעניין פיצוי נזיקי למסורבות גט; ג. גישות שונות בסוגיה: בין מטרות דיני הנזיקין, פטרנליזם ופמיניזם; 1 הגישה הנזיקית: בחינת הסוגיה דרך המנסרה של מטרות דיני הנזיקין בראי המטרה בדבר יישוב הסכסוכים של בית המשפט לענייני משפחה; 2 ביקורת על הגישה הפטרנליסטית; 3 ביקורת על הגישה הפמיניסטית; ד. תביעה נזיקית כמעקף לבעיה העיקרית: פתרון הלכתי מוסכם לבעיית מסורבות הגט; ה. סיכום ומסקנות

מאמר זה עוסק בפן אחד של דיני הנזיקין. זכיתי להימנות עם תלמידיו של השופט עדי אור ז"ל בקורס "סוגיות בדיני הנזיקין" שהועבר במסגרת הלימודים לתואר שני בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן בשנה"ל התשנ"ז. השופט אור היה מורה מצוין, מעניין, אנושי, אוהב אדם, בעל חוש הומור מיוחד, שריתק את תלמידיו. יהי זכרו ברוך.

* דוקטור למשפטים, מרצה לדיני נזיקין, אלימות במשפחה ומשפט עברי. מנהל (משותף) של המרכז לזכויות הילד והמשפחה במכללת "שערי משפט"; מרצה אורח (Visiting Assistant Professor), בית הספר למשפטים, אוניברסיטת Duke, 2006/7–2007/8; מורה בפקולטות למשפטים באוניברסיטאות תל-אביב ובר-אילן ובמכללה האקדמית נתניה. תודתי נתונה לטליה איינהורן, איילת בלכר-פריגת, חגי ויניצקי, צפורה כהן, אריאל פורת, רונן פרי ויחיאל קפלן, שהעירו הערות טובות ומועילות לטיוטה קודמת של רשימה זו, למשתתפי הסמינר המחלקתי של מכללת "שערי משפט" ולעוזרת המחקר מוריה בן-משה. תודה מיוחדת לערן פיינר על סיועו בגיבוש המאמר. מובן כי המאמר משקף את דעתי האישית בלבד. עיקרי הדברים הועברו במסגרת הרצאה בנדון בערב עיון בנושא "הרי את מסורבת לי כדת משה וישראל – תביעות נזיקיות של מסורבות גט" שנערך במרכז לזכויות הילד והמשפחה במכללת "שערי משפט", ביום 17.5.06.

א. מברא

"237 חודשים ככל המנוח את התובעת בכבלי עגינות תוך שהוא אינו מניח לה לחיות כאדם חופשי הרשאי להינשא שנית, להוסיף וללדת ילדים, לרקום ולטוות את סיפור חייו. 237 חודשים בהם אטם המנוח אוזנו מלשמוע שוועתה. 237 חודשים בהם הפכה טבעת הנישואין על אצבעה של התובעת לטבעת חנק על צווארה."¹

לאחרונה, ניטש ויכוח מעניין וחריף בין המלומדים יחיאל קפלן ורון פרי², מחד גיסא, לבין המלומדת יפעת ביטון³, מאידך גיסא, לעניין פיצוי נזיקי למסורבות גט, הן אותן עגונות שבעלן ידוע ולא נעלם, אלא שהוא מסרב לתת להן גט. דומני שיש להעלות גישה שלישית לסוגיה, שתעשיר את הדיון ותפרה אותו, ואף תחדד את היישום בפועל של מטרות דיני הנזיקין. הדיון יציג נקודת מפגש מעניינת בין התא המשפחתי לדיני הנזיקין, הקשורה גם למירון הסמכויות בין בית המשפט לענייני משפחה לבית הדין הרבני.

נתון שלא היה שנוי במחלוקת בין קפלן ופרי לבין ביטון הוא שפסק-דין המחייב את הבעל לשלם פיצוי נזיקי לאשתו עבור סרבנות הגט, עלול להמריץ את הבעל לתת, בסופו של דבר, את הגט תמורת ויתור מצד האישה על פיצוי זה. משכך, עלול גט זה להוות גט מעושה שלא כדין, דהיינו, גט שיש חשש לתוקפו. בהלכה היהודית קיימת סדרה ארוכה של מקרים שבגינם חייב הבעל לגרש את אשתו, וביניהם: הבעל מאוס על אשתו עקב נתונים אישיים והיגייניים מסוימים⁴; חוסר מוכנות של הבעל לפרנס את האישה, אי רצון לקיים עמה יחסי אישות או התנהגות אלימה המופנית כלפיה⁵. חלק מהפוסקים סבור כי רק באותם מקרים ניתן לכוף את הבעל עד שיאמר "רוצה אני", והגט יהיה כשר. במקרים אחרים, גם אם יש עילה לגירושין אין לכוף את הבעל לעשות כן, ואם התקיימה כפייה כלשהי עלול הדבר להביא לעישוי הגט ובכך לחשש לתקפותו⁶. יש הסבורים שדווקא כפייה בגופו של הסרבן היא בעייתית, ואם אכיפת הגט נעשית בצורה עקיפה באמצעות סנקציות חברתיות הדומות לנידוי ולחרם, הגט יהיה כשר. גם חוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין)⁷ מאפשר להטיל סנקציות קשות מסוימות לאכיפת

- 1 תמ"ש (שלום כ"ס) 19480/05 פלוגית נ' עיובון פלוני (לא פורסם, 30.4.2006) פס' 31 לפסק הדין (להלן: עניין כפר-סבא).
- 2 האחד עוסק בחקר דיני המשפחה והמשפט העברי והשני עוסק בחקר דיני הנזיקין: יחיאל ש' קפלן ורון פרי "על אחריותם בנזיקין של סרבני גט" עיוני משפט כח 773–770 (2005).
- 3 העוסקת בניתוח פמיניסטי של דיני הנזיקין: יפעת ביטון "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן ביניהם" – מענה ליחיאל קפלן ורון פרי" עיוני משפט כח 871–902 (2005).
- 4 שולחן ערוך, אבן העזר, קנ"ד, סימן א.
- 5 שם, סימן ג.
- 6 שם, סימן כא.
- 7 חוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה–1995.

הגט, וביניהן מאסר, בידוד (צינוק); מניעת הטבות שונות הניתנות לעצירים או לאסירים; עיכוב יציאה מן הארץ; שלילת האפשרות לקבל דרכון; שלילת רשיון נהיגה; הטלת הגבלות על חשבון הבנק; הגבלות על מינוי למשרות מסוימות ועוד. סנקציות אלה מתווספות לסנקציות שהיו קיימות בדין מכוח חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין)⁸. השימוש בסנקציות אלה אינו רב, מחשש לעישוי הגט במקרים מסוימים, אך הוא שכיח יותר מהידוע בציבור⁹.

כאמור, ההנחה של קפלן, פרי וביטון הינה שגם פסק-דין נזיקי, שעליו יבקש הבעל לוותר תמורת מתן הגט המיוחל, עלול לגרום לכך שבית הדין הרבני יכריז על הגט כעל גט מעושה שלא כדין, בבחינת כפייה אסורה. בהמשך לכך, קיים חשש שמא האישה שתתחתן בהסתמך על הגט המעושה תימצא נשואה לשני גברים (לפי ההלכה היא תהיה אסורה לעולם על שניהם, אף אם אחד מהם ימות) וילדיה יוכרוזו כממזרים.

לגישתם של קפלן ופרי, על דיני הנזיקין להיות מושפעים מדיני המשפחה ויש ליצור הסדר מיוחד לתביעה הנזיקית עקב החשש מגט מעושה, הסדר שלא קיים כיום בדיני הנזיקין. הסדר זה משמעותו סיוג התביעה הנזיקית, בשני אמצעים: האחד – הטלת מגבלה של ממש על סכום התביעה¹⁰. סכום זה יהיה קטן בהרבה, כך נראה, מסכום הפיצוי הנזיקי שעשוי להיפסק לטובת התובעת ללא מגבלה זו. השני – התנאת הגשתה של התביעה בכך שבית הדין הרבני נתן כבר פסק-דין של גירושין בדרגה מסוימת של חיוב לפחות (חיוב או "כופין"), והיעדר אפשרות להגיש תביעות במקרים של פסק-דין ברמת "מצווה" או "המלצה", ובוודאי אם לא ניתן כלל פסק-דין רבני בנדון¹¹.

8 חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953; הסנקציות התבססו על "הרחקות דרכינו תם" שלפיהן אמצעים אלה אינם נחשבים לכפיית הגט, והדברים התקבלו בהמשך הדרך על-ידי פוסקים נוספים. ראו אברהם בארי "הרחקות רכיני תם – גישות חדשניות בדרכי אילוצ בעל לגרש אישתו" שנתון המשפט העברי יח-יט 65 (התשנ"ב-התשנ"ד); אוריאל לביא "סידור גט לאחר חיוב הבעל בפיצוי כספי לאשתו" תחומין כו 160, 172 (התשס"ו).

9 להרחבה ראו זרח ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" שנתון המשפט העברי ג-ד 153 (התשל"ו-התשל"ז); בארי, שם; דוד בס "סרבנות גט ופיצוי נזיקין" הצופה 14.1.05; עניין כפר-סבא, לעיל ה"ש 1, פס' 12-13 לפסק הדין.

10 בהתאם לקונסטרוקציה מסוימת השאובה מדיני המזונות העבריים – השיעור העונשי במזונות מוגברים, כפי שנרחיב בהמשך בהצגת גישתם, בחלק ג(2)(א) להלן לרשימה זו. יישומה של קונסטרוקציה זו בדיני הנזיקין לא יביא לעישוי הגט לפי דעות חלק מהפוסקים לפחות.

11 יש למעשה כמה צורות התייחסות של בית דין רבני לבקשה למתן גט: (א) פסק-דין שכלל אינו מורה לבעל לגרש; (ב) פסק-דין הקובע כי "מצווה" על הבעל לגרש את אשתו – זו מעין המלצה ברורה; (ג) פסק-דין הקובע חיוב על הבעל לתת גט לאשתו (בדומה לפסק דינו של בית משפט אזרחי הקובע חיוב אך אינו אוכף אותו – זה כוחה של ההוצאה לפועל); (ד) פסק דין בדרגת כופין הקובע שיש להפעיל סנקציות שונות על-פי דין כדי לכפות על הבעל לקיים את החיוב ולאוכפו לתת לאשתו את הגט.

ביטון מתרעמת נגד גישתם של קפלן ופרי, אשר הופכת, לדעתה, את התביעה הנוזיקית לשפחה של דיני המשפחה, וזאת מנקודת מבט פמיניסטית, שלפיה אין להגביל את התביעה הנוזיקית עקב דיני המשפחה. בהמשך לכך, מציעה ביטון לקבל את התביעה במלואה ולא להתנותה בתנאים. היא מותחת ביקורת חריפה על קפלן ופרי, וזאת – מכמה היבטים פמיניסטיים, וביניהם העובדה שגישתם פוגעת בזכות האישה לבחור אם למצות את זכויותיה הנוזקיות גם אם פירוש הדבר שלא תוכל להתגרש בשל החשש לגט מעושה או לקבל את הגט ולוותר על הרווחה הכלכלית. אמנם, ביטון מוחה נגד קפלן ופרי היוצרים אינטראקציה בעייתית בין דיני המשפחה לדיני הנוזיקין; אך היא עצמה מציעה אינטראקציה אחרת בין מערכות הדינים, כזו שתוביל לשינוי "דיני המשפחה הדכאניים", כלשונה, באמצעות לחץ שיופעל מכיוון דיני הנוזיקין.

המחלוקת מתחדדת על רקע פסק-דין שנתן השופט מנחם הכהן בבית המשפט לענייני משפחה בירושלים¹² ובו התקבלה תביעתה של מסורבת גט ונפסקו לה פיצויים בסך של כחצי מיליון ש"ח. פסק-דין זה ניתן עם ירידתם לדרפוס של שני החיבורים, ולכן הייתה בהם התייחסות מועטה אליו. פסק-דין נוסף, מאוחר יותר שאליו לא התייחסו כלל מאמרים אלו, ניתן על ידי השופט צבי וייצמן בבית המשפט לענייני משפחה בכפר-סבא¹³ ובו התקבלה תביעה של מסורבת גט נגד עזבונו של בעלה, לאחר שהבעל סירב בעקביות משך עשרות שנים לתת לה גט, ונפסקו פיצויים בשיעור של למעלה מ-700 אלף ש"ח.

חיבור זה יציג גישה המבקרת הן הגישה הפטרנליסטית של קפלן ופרי והן את הגישה הפמיניסטית של ביטון. הגישה שתוצג על ידי היא, שהתביעה אינה צריכה להיות מסויגת באמצעות מחסומים וסייגים, כהצעותיהם של קפלן ופרי, אלא יש לקבלה במלואה באופן עקרוני ולא להצר את צעדי התובעת. עם זאת, גישה זו לא תתבסס על ניתוח פמיניסטי. אטען, כי יש לבחון את הסוגיה דרך המנסרה של מטרות דיני הנוזיקין. אדגיש כי לתביעה נזיקית כזו אין ולא צריכה להיות שייכות לדיני המשפחה, דהיינו בעניין זה לדיני הגירושין הנדונים בבית הדין הרבני, אלא רק לאכסניה שבה בחר המחוקק לשכן את התביעה – בית המשפט לענייני משפחה, על מטרותו המרכזית – יישוב סכסוכים במשפחה, בהתבסס על אופיים המיוחד של סכסוכים אלה. קפלן ופרי מחזר גיסא, וביטון מאידך גיסא, חלוקים בעיקר באשר לשאלת האינטראקציה שצריכה להתקיים בין דיני הנוזיקין בבית המשפט לענייני משפחה, שם נדונה התביעה, לבין דיני המשפחה, הם דיני המעמד האישי הנדונים בבית הדין הרבני. כל אחד מהחיבורים מציע אינטראקציה אחרת. לגישתי, אין כמעט מקום לאינטראקציה, לא מן הסוג שמציעים קפלן ופרי, לא מן הסוג שמציעה ביטון וגם לא מכל סוג אחר. סוגיית הפיצוי למסורבות גט

12 תמ"ש (שלום י"ם) 19270/03 כ.ש. נ' כ.פ. (טרם פורסם, 21.12.2004) (להלן: עניין ירושלים).

13 עניין כפר-סבא, לעיל ה"ש 1.

צריכה להיבחן אך ורק באמצעות דיני הנזיקין ולא לאור דיני המשפחה המהותיים, הם דיני המעמד האישי בבית הדין הרבני. בחינת התביעה דרך מטרות דיני הנזיקין תעלה כי פיצוי מלא של מסורבת הגט עולה בקנה אחד עם כלל מטרות דיני הנזיקין הקלאסיות, ומתיישבת גם עם המטרה של יישוב הסכסוכים שבבסיס הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה, שלפניו מתבררת תביעה כזו.

ב. פסיקת בתי המשפט לענייני משפחה בעניין פיצוי נזיקי למסורבות גט

בעבר לא הוגשו תביעות נזיקיות על ידי מסורבות גט, על אף שלכאורה לא היה כל מחסום חוקי לעשות כן.¹⁴ בשנים האחרונות היו מקרים אחדים בהם דנו בתי המשפט לענייני משפחה בתביעות נזיקין שמקורן בסרבנות גט ומצאו כי תביעות אלו בנות פיצוי בנזיקין, ולכן דחו בקשות למחיקת התביעה על הסף מהיעדר עילה.¹⁵ אולם, רק לאחרונה התקבלו שני פסקי-דין סופיים ראשונים בסוגיה, ואותם נסקור כעת.

בעניין ירושלים¹⁶, אשר נדון לפני השופט מנחם הכהן מבית המשפט לענייני משפחה בירושלים, דובר בתביעה של מסורבת גט על נזיקה השונים, בעיקר הרגשיים-הנפשיים, עקב סירוב בעלה ליתן לה גט. באותו עניין תבעה האישה פיצוי כספי שעלה על שלושה מיליון ש"ח עקב סרבנות בעלה לתת לה גט, זאת, לאחר שבית הדין הרבני חיבבו לעשות כן. הנזקים בגינם התבקש פיצוי היו בעיקר לא ממוניים¹⁷. כן התבקשו פיצויים מוגברים. האישה טענה, כי במהלך השנים הם פנו לרבנים שונים כדי שיֵישבו את המחלוקת ביניהם, וכמעט כולם טענו שלא ניתן להגיע לשלום-בית בעניין זה, וכי התנהגותו של הבעל מרושעת ואין לו, למעשה, כישורים לשמש כבעל וכאב לילדים. גם בד"ץ העדה החרדית קרא לבעל לגרש את

14 עו"ד סוזן וייס, יו"ר מרכז "צדק לנשים" ולשעבר יו"ר ארגון "יד לאשה", ארגונים שחרתו על דגלם את המאבק בתופעת מסורבות הגט, שייצגה את האישה בעניין ירושלים ובמקרים נוספים והייתה חלוצה בהגשת התביעות הנזיקיות נגד סרבני גט בישראל, טוענת כי בעבר, בסביבות שנת 1990, מומחים מאוניברסיטת תל-אביב יעצו לה שלא להגיש תביעות כאלה מפני שאין סביר הוא שבית המשפט, האזרחי דאז (מדובר בתקופה שלפני הקמת בית המשפט לענייני משפחה) יקבע שאין כאן עילה נזיקית. דבריה נאמרו בערב עיון בנושא "הרי את מסורבת לי כדת משה וישראל – תביעות נזיקיות של מסורבות גט" שנערך במרכז לזכויות הילד והמשפחה במכללת "שערי משפט", ביום 17.5.06.

15 בש"א (שלום י"ם) 54233/01, תמ"ש (שלום י"ם) 9101/00 פלוני נ' אלמוני (טרם פורסם, 2002); תמ"ש (שלום י"ם) 3950/00 פלוני נ' אלמוני, פ"מ התשס"א(1) 29 (2001) (להלן: עניין פלוני 2001).

16 עניין ירושלים, לעיל ה"ש 12.

17 ובהם עוגמת נפש, בושה, סבל, בדידות וצער בשנות ההמתנה לגט, אבדן הנאות החיים, ובכללם הנאה מינית, פגיעה באוטונומיה ואבדן הסיכוי להינשא ולהביא ילדים לעולם. נוסף לנזקים לא ממוניים אלו תבעה האישה פיצוי ממוני על ההליכים הארוכים בבית הדין הרבני שנמשכו כעשר שנים, ועל הירידה בהכנסותיה בהיעדר פרנסה מצד הבעל לה ולמשפחתה.

אשתו. אלא שאף לאחר שבית הדין הרבני חייב את הבעל לתת גט לאשתו, לא אבה הבעל לתתו, ובית הדין לא אכף את פסק-דינו. שנתיים לאחר מתן פסק הדין הרבני החליטה האישה לפנות לבית המשפט לענייני משפחה והגישה תביעה בנוזקין נגד בעלה.

התובעת השתיתה את תביעתה הן על עוולות קיימות, בעיקר רשלנות והפרת חובה חקוקה של סעיף 287 לחוק העונשין, "הפרת הוראה חוקית", בטענה שלפיה אי ציות הבעל להוראת בית הדין הרבני מהווה הפרת החובה הפלילית הזו¹⁸, והן על הטענה כי "עיגון", כשלעצמו, הינו עוולה נזיקית. הבעל טען, מצדו, כי מעשיו ומחדליו והימנעותו מלתת גט אינם מהווים עוולה נזיקית, אף אם יוסכם שהתנהגות זו אינה ראויה. לדבריו, עיגון אישה לחינם ללא כל מטרה מהווה עוולה בת-פציו, אולם בעניין דנן, הוא דווקא מייחל ליום שבו תחדל אשתו מרצונה להתגרש וברצונו לחזור לחיי משפחה תקינים, ולפיכך, אין במעשיו משום עוולה.

באשר לעוולה בדבר הפרת חובה חקוקה של אותה הוראה פלילית, סבר השופט, כי יש לפרשה על דרך הצמצום לאור הפסיקה בעניין הפרת חובה חקוקה של הוראות עונשיות. השופט ציין, כי אחד מיסודות העוולה של החיקוק הוא הצורך להיות מיועד "לטובתו או להגנתו" של התובע-היחיד, ואילו בעניין זה נועד החיקוק הפלילי דווקא להגן על ערכים קולקטיביים של סדר ציבורי ושמירה על החוק, ולא להגן על האינטרסים של הפרט. למרות זאת, הוא בחר לא להכריע בעניין ונמנע מלפסוק שהעוולה לא התקיימה בעניין דנן (יש להניח שהסיבה לכך היא שהתביעה ממילא התקבלה דרך עוולת הרשלנות). לאותה מסקנה הגיע השופט כאשר לטענה שהופרה חובה חקוקה המעוגנת בסעיף 3(3) לחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991¹⁹. כאשר לטענה של הפרת חובה חקוקה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סבר השופט כי לפי שעה הדרך להכרה בעוולה חוקתית ביחסים שבין פרטים עדיין רחוקה, אם כי הזכויות המוגנות בחוק היסוד עשויות לשמש כלי מכון ומנחה בפרשנות העוולות הקיימות ובניתוחן²⁰.

באשר לעוולת הרשלנות, סבר השופט, כי ניתן להחילה גם על מעשה זדוני, ובכללו על סרבנות גט. הבעל חב חובת זהירות לאשתו, והוא הפר אותה בכך שסטה באופן ניכר ומכוון מסטנדרט ההתנהגות הראוי לאדם הסביר. הוא סירב במשך שנים ארוכות לבקשת אשתו להתגרש, היתל בה משך שנים ארוכות במושכו אותה מרב אחד לרב אחר, על אף שכל הרבנים חיוו את דעתם כי על בני הזוג

18 ס' 287 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) קובע כך: "המפר הוראה שניתנה בשורה מאת בית משפט או מאת פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו עניין, דינו — מאסר שנתיים".

19 חוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991.

20 כך סבורים גם קפלן ופרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 786-794, הן לגבי עוולה חוקתית עצמאית והן לגבי הפרת חובה חקוקה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לטעמם, יש בעיה בהחלת תביעה כזו על פרטים; קפלן ופרי, שם בעמ' 787-792. והשוו בש"א 54233/01, לעיל ה"ש 15.

להתגרש, ובמיוחד הפר את החלטת בית הדין הרבני הגדול שחייבו לתת גט לאשתו. השופט הוסיף וקבע, כי בנסיבות העניין, קיימת צפיות לגרימת נזק רגשי לאישה ולפגיעה בכבודה, במיוחד במערכת יחסים של בעל לאישה, שם מצופה זהירות מיוחדת כלפי רגשות בן הזוג ורווחתו, יותר מזו המצופה כלפי אדם זר. עוולה זו נתבצעה למעשה, כך נקבע, מיום חיובו של בית הדין הרבני את הבעל בגט, ולא לפני כן.

לעניין ראשי הנזק, סבר השופט, כי הפיצוי על התמשכות ההליך המשפטי ובגין ההכנסה האבודה אמור להינתן במסגרת פסיקת הוצאות המשפט בהליכים שהתקיימו בבית הדין הרבני. באשר לשאר ראשי הנזק הלא-ממוניים, קיבל השופט את טענות התביעה. לדעתו, אכן ניתן לפסוק בעניין זה פיצוי בגין סבל, אבדן רווחה ואבדן נוחות, ויש להגדיר את הפגיעה ברגשות כראש נזק מוכר בדיני הנזיקין. לדבריו, הסירוב לתת גט עולה גם כדי פגיעה באוטונומיה של האישה ובזכותה לממש את עצמה²¹. התנהגות זו פוגעת בכבודה ובחירותה ובכך גורמת לה נזק נפשי גדול, במיוחד כאשר נוסף לסרבנותו העיקשת של הבעל לתת גט הוא גם היתל באשתו פעמים אין ספור: הוא הצית בה תקווה משהבטיח לה כי יפנו "אך זו הפעם" לרב נוסף אחרון, כשהוא מתחייב לקיים את פסקו בעניין הגט, בעוד, למעשה, לא הייתה לו כל כוונה לקיים את ההבטחה²². עוד קבע השופט, כי עניין זה הוא עניין מובהק שבו יש לפסוק פיצויים מוגברים. לפיכך, פסק לתובעת פיצוי מן התקופה שבה חייב בית הדין הרבני את הבעל ליתן גט בסך של 325,000 ש"ח, בתוספת ל-100,000 ש"ח כפיצויים מוגברים.

מן הראוי להוסיף ולציין, כי השופט הקדים לפסיקתו התייחסות למחלוקת העומדת לפנינו: "לא לי לקבוע (הגם שהעליתי סוגיה זו במהלך ישיבת קדם המשפט), האם במידה והתביעה המונחת בפני תתקבל, ובעקבות כך יתרחש הבעל וימסור לאישה הגט המיוחל, יהיה זה גט מעושה או לא"²³. דהיינו, לגישתו של השופט, אין זה מעניינו של בית המשפט לענייני משפחה אם בעקבות קבלת התביעה ירצה הבעל להגיע להסדר של השמטת התביעה תמורת מתן הגט, דבר שעלול ליצור אולי גט מעושה שלא כדין. בית המשפט כך קבע בבואו לפסוק בתביעה הנזיקית לגופה.

בעניין כפר-סבא²⁴, הגישה אישה תביעה כספית לבית-משפט לענייני משפחה נגד עזבון בעלה בגין נזק ממוני ולא ממוני שנגרמו, לטענתה, בשל סירובו לתת לה גט במשך למעלה מ-20 שנה, ואף לאחר שניתן פסק-דין רבני בנדון. סירובו

21 והשוו גם החלטתו של השופט בן-ציון גרינברגר בעניין פלוני 2001, לעיל ה"ש 15.

22 חשוב לציין, כי לבני הזוג היו שישה ילדים. יש להניח שאם היה מדובר באישה שלא היו לה שישה ילדים אלא פחות מכך או כלל לא, הרי שיתכן כי על אי היכולת להוליד ילדים כל זמן עיכוב הגט היה מתקבל פיצוי נוסף וגבוה יותר; והדברים אולי נכונים במשנה חוקף בעניין של מסורבות גט ששנות הפוריות שלה חלפו בציפייה לגט וכעת אינה יכולה עוד ללדת ילדים.

23 עניין ירושלים, לעיל ה"ש 12, פס' 4 לפסק הדין.

24 עניין כפר-סבא, לעיל ה"ש 1.

לִפְנֵי גַם בְּאִלְמֻת פִּסִּית וּמִלּוּלִית²⁵. אֵין סֶפֶק, שֶׁבִּעֲנִיָּן זֶה כָּלֵל לֹא עֲלָתָה שְׁאֵלָת הַחֲשֵׁשׁ לִגַּט מַעוֹשָׁה, מֵאַחֵר שִׁבְמוֹת הַבֶּעַל הָאִישָׁה נִשְׁתַּחֲרָה מִכְּבִּלִּי הַנִּישׁוּאִין. אֶךְ כֹּאן נִכְוֶנָה הַפֶּתַעָה מִצַּד בֵּית הַמִּשְׁפָּט.

הַשׁוֹפֵט צָבִי וַיִּצְמָן צַעַד בְּאוֹפֶן עֲקְרוֹנִי בְּדִרְכּוֹ שֶׁל הַשׁוֹפֵט הַכֹּהֵן וּפֶסֶק פִּיצוּי לְאִישָׁה, עַל אֵף גִּישָׁתוֹ הַשּׁוֹנָה בַּכֹּמָה עֲנִינִים²⁶. לְגִישָׁתוֹ, הַבֶּעַל הִתְרַשֵּׁל כִּלְפֵי אִשְׁתּוֹ. זִיקַת הַנִּישׁוּאִין, כִּךְ קִבְעָה, יוֹצֵרֶת חֻבַּת זֵהִירוֹת בְּאִשֶּׁר לְעֲנִינִים הַעֲזוּלִים מֵהַקֶּשֶׁר הָאִישִׁי, וְהַקִּירָבָה הַמִּיּוֹחֶדֶת יוֹצֵרֶת חֻבָּה לְנִהוּג בְּכִכּוֹד כִּלְפֵי בֶן הַזּוּג וְלֹא־אִשֶּׁר לּוֹ לְנַהֵל אֹרֶחַ חַיִּים תִּקֵּין וּסְבִיר²⁷. בְּאִשֶּׁר לְבִנְיָזוֹג יְהוּדִים גַּם הַכְּתוּבָּה הִיא בְּסִיס לְחֻבַּת הַזֵּהִירוֹת, מֵאַחֵר שֶׁבְּאִמְצָעוֹתָהּ נוֹטֵל הַבֶּעַל עַל עֲצָמוֹ הַתְּחִיבוֹת לְכַבֵּד אֶת אִשְׁתּוֹ, לֹא לְצַעֲרָה וְלִדְאוּג לְרִצּוֹנוּתָהּ. בְּעֲנִיָּן דִּנָּן, כִּךְ קִבְעָה בֵּית הַמִּשְׁפָּט, הִפָּר הַבֶּעַל אֶת חֻבַּת הַזֵּהִירוֹת כִּלְפֵי אִשְׁתּוֹ, בְּכִךְ שֶׁסִּירַב מִשָּׁךְ שְׁנִים רַבּוֹת לְהִיעֲתֵר לְבַקֶּשֶׁתָּהּ לְהִתְגַּרֵּשׁ מִמֶּנּוּ, לֹא אָבָה לְקִיִּים אֶת פֶּסֶק דִּינוֹ שֶׁל בֵּית הַדִּין הָרַבִּנִי בְּנִדּוֹן וְהִתַּל בְּאִשְׁתּוֹ בְּהִבְטָחוֹת שׁוּאֵי כִי יִתֵּן לָהּ אֶת הַגֵּט. הוּא גִרַם לְאִשְׁתּוֹ נֹזֶק רָגִשִׁי, פָּגַע בְּזִכְרִיוֹתֶיהָ לְחֹפֶשׁ, לְעֲצָמָאוֹת, וּלְפִרְטִיּוֹת וְחָסֵם אֶת דְּרָכָהּ לְהִנְשֵׂא לְאַחֵר, לְהוֹסִיף וּלְלַדֵּת יִלְדִים וּלְקִיִּים חַיִּיהָ בְּשִׁלוּוָה וּבְנַחַת. נוֹסֵף לַכֵּךְ, סָבַר בֵּית הַמִּשְׁפָּט כִּי גַם כֹּאן מִתְקִיִּים רֹאשׁ הַנֶּזֶק שֶׁל פְּגִיעָה בְּאוֹטוֹנוֹמִיָּה.

כְּזִכּוֹר, הַשׁוֹפֵט הַכֹּהֵן לֹא הִכְרִיעַ בְּדִבְרֵי הַפֶּרֶת הַחֻבָּה הַחֲקוּקָה שֶׁבְּסֻעֵיף 287 לְחוֹק הָעוֹנָשִׁין. מִדְּבָרָיו בֵּין הַשִּׁטִּין עוֹלָה, כִּי לְגִישָׁתוֹ, אֵין לְקַבֵּל עִילָה זֹו. לְעוֹמֶת זֹאת, סָבַר הַשׁוֹפֵט וַיִּצְמָן כִּי אִשֶּׁר שֶׁהוֹרָאָה בְּדִין פְּלִילִי תִשְׁרֵת גַּם אִינְטֵרֶס צִיבּוּרִי וְגַם אֶת עֲנִינֵיו שֶׁל הַפֶּרֶט. בְּהַמֶּשֶׁךְ לַכֵּךְ קִבְעָה, כִּי סֻעֵיף 287 לְחוֹק הָעוֹנָשִׁין נוֹעַד לֹא רַק לְהִבְטָחַת קִיּוֹמָן שֶׁל הַחֲלָטוֹת הַשְּׁלִטוֹן, אֲלֹא גַם לְהִבְטָחַת אִינְטֵרֶס הַפֶּרֶט שֶׁפֶּסֶק־דִּין שָׁבָּה זֹכֶה אֲכָן יִמּוּשׁ. וְלְעֲנִינֵינוּ — לְהִבְטִיחַ שֶׁהַבֶּעַל יִתֵּן לְאִישָׁה אֶת הַגֵּט כְּאִשֶּׁר חוֹיֵב לַעֲשׂוֹת כֵּן בְּבֵית הַדִּין הָרַבִּנִי.

25 בְּנֵי הַזּוּג נִישְׁאוּ בִּשְׁנַת 1957. הָאִישָׁה עֲזָבָה עִם יִלְדֶיהָ אֶת הַדִּירָה הַמִּשְׁתַּפֶּת וְעִבְרָה לְהִתְגוֹרֵר בְּבֵית הוֹרִיָּה בִּשְׁנַת 1969. אַחֲרֵי 20 שָׁנוֹת נִישְׁאוּ אֵין הָגִישָׁה הָאִישָׁה תְּבִיעַת גִּירוּשִׁין לְבֵית הַדִּין הָרַבִּנִי בְּתֵל אַבִּיב־יָפוֹ. כַּעֲבוּר שְׁנַתִּים נִסְפּוֹת וְאַחֲרֵי מִסְכַּת דִּיוּנִים אֲרוּכָה בְּבֵית הַדִּין הָרַבִּנִי, קִבְעָה הָאֲחֵרוֹן שֶׁעַל הַבֶּעַל לְגַרֵּשׁ אֶת אִשְׁתּוֹ. הַבֶּעַל לֹא עָשָׂה כֵּן. בִּשְׁנַת 1996 הָגִישָׁה הָאִישָׁה תְּבִיעָה לְכַפִּיִּית הַגֵּט בְּבֵית הַדִּין הָרַבִּנִי בִּירוּשָׁלַיִם. הַבֶּעַל לֹא הוֹפִיעַ לְדִיוּנִים, לְטַעֲנָתוֹ — עֶקֶב מִצְּבוֹ הַבְּרִיאָתוֹ. בִּנְתִיִּים עָרַךְ צוּרָאָה וְכֵן נִישַׁל אֶת אִשְׁתּוֹ וְאֶת יִלְדֵיהָ מִכְּרֹשׁוֹ. בְּשָׁלֵה 1998 הִלָּךְ לְעוֹלָמוֹ. הָאִישָׁה הָגִישָׁה תְּבִיעָה נִזִּיקִית לְבֵית הַמִּשְׁפָּט לְעֲנִינֵי מִשְׁפָּחָה בְּמִטְרָה לְחַיִּיב אֶת עֲזוֹבָן הַבֶּעַל בְּחִשְׁלוֹם בְּעִבּוֹר הַנֶּזֶקִים שֶׁסִּבְלָה עֶקֶב עֲגִינוּתָהּ, נֶזֶקִים מְמוּנִים בֶּסֶךְ 615,200 ש"ח וְנֶזֶקִים לֹא מְמוּנִים עַל-פִּי שִׁקוֹל דַּעְתּוֹ שֶׁל בֵּית הַמִּשְׁפָּט, בְּתוֹסַפַּת פִּיצוּיִם עוֹנָשִׁים וּמוֹגִבְרִים בֶּסֶךְ 1,000,000 ש"ח, וְכֵן דְּרָשָׁה לְקַבֵּל מַחְצִית מִזְכְּרִיוֹתֶיהָ הַכִּסְפִּיּוֹת וּמֵהִמְטִילָטִין שֶׁל הַמִּנּוּחַ, וּפִיצוּי בְּגִין הַתְּחַמְקוֹת מִתְשִׁלוֹם מְזוֹנוֹת. הַתְּבִיעָה הוּגְבָלָה לִסֶּךְ שֶׁל 2,000,000 ש"ח מִטְעָמֵי אֲגָרָה.

26 מְדוּבָר בְּשֵׁנִי עֲרֻכָאוֹת נִמּוּכּוֹת וְזֹהוּ, כִּךְ שֶׁאֵף פְּסִיקָה אֵינָה גּוֹבֶרֶת עַל רַעוּתָהּ וְאֵף אַחַת מֵהֶן אֵינָה מַחְיִיבָת בְּהִתְאָם לִס' 20 לְחוֹק־סוּד: הַשְּׁפִיטָה.

27 עַל כֵּךְ רָאוּ גַם תַּמ"ש (שְׁלוֹם י"ם) 18551/00 ק.ס. נ.ק.מ., פ"מ תשס"ד(3) 201 (2004) (לְהֵלֵךְ: עֲנִיָּן פְּלוֹנִית 2004).

עיון בפסק הדין של השופט וייצמן מגלה, כי הוא אינו מסכים לדעתם של קפלן ופרי בעניין דרגת פסק הדין הרבני שעלולה ליצור חשש לגט מעושה. כזכור, קפלן ופרי דרשו כי פסק הדין הרבני יקבע לפחות חיוב בגט, ולא הסתפקו בפסק דין הקובע כי "מצווה על הבעל לגרש" או הממליץ לבעל לגרש, זאת, כדי למנוע חשש לגט מעושה. לעומת זאת, סבר השופט וייצמן, כי גם במקרים בהם לא ניתן פסק דין רבני המחייב את הבעל לתת גט, תעמוד נגד הסרבן עילה נזיקית, אך זאת רק במקרים מיוחדים של סרבנות גט עיקשת לתקופה ארוכה, ללא כל טעם סביר והגיוני. יש לעיין בדבריו אלה של השופט, ובהבחנה אותה הוא עורך, הנראית חסרת הסבר, בין פסק דין בדרגת חיוב שיכול להוות עילה בנזיקין בכל עניין לכאורה, לבין פסק דין ברמות חיוב נמוכות יותר, שיכול להוות עילה כזו רק במקרים מיוחדים. על כל פנים, הדברים הללו מהווים "אוביטר דיקטום", מכיוון שהשופט מציין, חרף טענות הנתבע, שבעניין דנן פסק דינו של בית הדין הרבני היה בדרגת חיוב לתת גט.

השופט הוסיף וציין, כי פסיקת סכום מוגזם ומופרז של פיצויים עלולה לגרום למצב של גט מעושה מהטעם שמדובר, למעשה, ב"אונס ממון" בהלכה, דהיינו, בגט המושג באמצעות לחץ כספי כבד. דברים אלה לא היו רלוונטיים, לכאורה, לעניין שלפניו, מאחר שהתביעה הוגשה, כאמור, נגד עובדן הבעל, אך אין להתעלם מהם מאחר שעשויה להיות להם נפקות בתיקים אחרים עתידיים. אלא שכאן נכונה הפתעה מסוימת: לדבריו של השופט, ראוי לאמץ אמדן סביר ואחיד כפיצוי בגין עוגמת הנפש הנגרמת למסורכת גט, בשיעור של כ-3,000 ש"ח, לכל חודש של סירוב למתן הגט לאחר החלטת בית הדין הרבני, וכך הוא אכן פסק בעניין שלפניו. לגישתו, הסכום המוצע הינו סביר, אף שכאשר הוא מצטבר, כמו בעניין הנדון, לכ-20 שנה, הוא גבוה (711,000 ש"ח!). זאת, מאחר שהסכום אינו חורג מעלות צרכיו המינימליים וממזונותיו של אדם מן היישוב ואינו עולה על שכר המינימום במשק. לכן, פסיקת הפיצוי על-פי אמדן זה היא, לדידו, מתונה וסבירה, ולא תביא לפסילת הגט כגט מעושה (במקרים עתידיים, שהרי כאן, כאמור, הבעל נפטר), ברוח הצעתם של קפלן ופרי לעניין המזונות המוגברים. השופט וייצמן לא פסק פיצויים מוגברים (אף שפעולות הבעל היו זדוניות) אלא פיצוי אחיד בלבד, כמדיניות, מאותה סיבה של חשש לעישוי גט במקרים הבאים.

על רקע פסקי הדין החלוציים הללו בסוגיה, אשר בכמה עניינים חושפים טפח אך מכסים טפחיים, נפנה לדון בגישות התיאורטיות השונות כלפי ההכרה המלאה או החלקית בתביעה נזיקית של מסורכת גט ובהבדלים ביניהן, ובישום האפשרי של כל אחת מהן בפועל.

ג. גישות שונות בסוגיה: בין מטרות דיני הנזיקין, פטרנליזם ופמיניזם

1. הגישה הנזיקית: בחינת הסוגיה דרך המנסרה של מטרות דיני הנזיקין בראי המטרה בדבר יישוב הסכסוכים של בית המשפט לענייני משפחה

(א) כללי

גישתי היא, כי אין כל צורך לאמץ פתרון פטרנליסטי בדומה לזה שאומץ על ידי קפלן ופרי, שתוצאתו היא פסיקת פיצוי חלקי וזעום למסורבת הגט. כפי שנראה בהמשך, פתרון זה גם אינו פותר את דילמת היסוד, והוא מנוגד לרוב מטרות דיני הנזיקין. עם זאת נראה, כי גם הפתרון הפמיניסטי שמציעה ביטון לוקה בחסר – גם כשלעצמו וגם מאחר שאינו עולה בקנה אחד עם חלק ממטרות דיני הנזיקין. נוסף ונטען, כי הגישה הפמיניסטית היא גישה צרה יחסית, אשר על אף חשיבותה, היא מייצגת נקודת מבט מסוימת בלבד, אשר לא מעט מתנגדים לה. בהיות התביעה מושא הדיון, בראש ובראשונה, תביעה נזיקית, אך הגיוני הוא לעשות את שלא עשו בעלי שתי הגישות האחרות – לבחון אם קבלת תביעה נזיקית של מסורבת גט ומתן פיצוי מלא לתובעת אכן עולים בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין: פיצוי והשבת המצב לקדמותו; הרתעה; צדק מחלק; צדק מתקן. העברת תביעה מסוג זה דרך המנסרה של מטרות דיני הנזיקין היא מחויבת המציאות, שהרי זו המשימה בה על בית המשפט לעמוד בראש ובראשונה. רק לאחר מכן ניתן לבחון אם נקודת מבט מגזרית מסוימת תומכת בפתרון זה או אחר. לפיכך, נבחן בפרק זה את הסוגיה דרך מטרות דיני הנזיקין, תוך כדי בחינת השאלה מהן העוולות שהתובעת יכולה לתבוע בגין בעניין דנן. נפתח בבחינת השאלה מהי עילת התביעה הראויה במקרים מהסוג הנדון.

(ב) סרבנות גט כעוולת מסגרת: גם הפרת חובה חקוקה או רק רשלנות?

תביעה נזיקית בגין סרבנות גט צריכה להיכנס למבנה ברור ורחב של עוולה, מכיוון שסרבנות גט אינה עילה בפני עצמה בנזיקין. סירוב לתת גט יכול להיות עניין פרטי של נזק רגשי שנגרם למסורבת הגט עקב התעללות נפשית, באותם מקרים שייקבע לגביהם שהסרבנות עולה כדי התעמרות²⁸. כפי שראינו במקרי ירושלים וכפר-סבא, הנזקים בגינם התבקש פיצוי היו בעיקר לא ממוניים, ובהם עוגמת נפש, בושה, סבל, בדידות וצער בשנות ההמתנה לגט – אלה הם, למעשה, נזקים רגשיים כתוצאה מהתעללות נפשית. התוצר – נזק נפשי ורגשי – מוכר בדיני הנזיקין כבר יותר משני עשורים כנזק בר תביעה²⁹. התשובה היא התעללות נפשית,

28 ראו והשוו David M. Cobin, *Jewish Divorce and the Recalcitrant Husband — Refusal to Give a Get as Intentional Infliction of Emotional Distress*, 4 J. L. & REL. 405 (1986).

29 נזק מוגדר, על-פי ס' 2 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] כ"אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה". החל מפסק הדין בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985) (להלן: עניין גורדון), הוכר

וכך יש לבחון זאת³⁰. ניתוח זה ישמש מסד לבחינת קיומן של עוולות המסגרת, רשלנות והפרת חובה חקוקה, בעניין דנן.

כאמור, בתי המשפט בעניין ירושלים ובעניין כפר-סבא דנו באפשרות לקבל תביעה נזיקית של מסורבת גט על בסיס שתי עוולות המסגרת. השופטים הסכימו, בשני המקרים, לגבי קיומה של עוולת הרשלנות. לדעתו, אכן, יש להצדיק בכל פה את התביעה בנוזקין בגין סרבנות גט בהתאם לעוולת הרשלנות, בראייה, כי יחסים בין בעל לאשתו מקימים חובת זהירות מיוחדת העולה מעצם החיים המשותפים ויחסי הקירבה, הכוללת את החובה לאפשר לבן הזוג אורח חיים תקין וסביר, אם לא למעלה מזה, וכן חובה להעניק כבוד בסיסי. סרבנות גט עשויה בהחלט להיחשב כהפרת החובה, בהיותה מצערת את האשה ופוגעת פגיעה אנושה בכבודה ובחופש שלה. אין בכך כדי לומר שכל עניין המתווג כסרבנות גט מהווה הפרת חובת הזהירות, אך בוודאי באותם שני מקרים קשים (עניין ירושלים ועניין כפר-סבא) התרשל הבעל כלפי אשתו, וכאמור, אין בכוונה או בזדון כדי לשלול את קיומו של יסוד זה³¹. הנוק הרגשי, כאמור, ממלא את יסוד הנוק. על כך, נראה, אין מחלוקת.

נעבור עתה לעוולה של הפרת חובה חקוקה לפי הוראת סעיף 287 לחוק העונשין, "הפרת הוראה חוקית". כאמור, בית המשפט בעניין ירושלים, הותיר סוגיה זו בצריך עיון ואולי אף משתמע מדבריו כי אין לאמץ עילה זו בנסיבות העניין. לעומת זאת, בית המשפט בעניין כפר-סבא סבר ששתי העוולות עשויות לחול בענייננו. אני סבור, שיש לקבל את הגישה האחרונה, הניתנת להצדקה. אין מחלוקת בדבר קיומה של חובה חקוקה לפי סעיף 287 לחוק העונשין, בדבר הפרתה ובדבר הנוק. אך יש לעיין היטב בעניין זה בשני יסודות אחרים של העוולה.

נוק נפשי דרך הגדרת אבדן רווחה וחוסר נוחות. לעניין זה ראו גם ע"א 2034/98 אמ"נ אמיץ, פ"ד נג(5) 69 (1999) (להלן: עניין אמיץ).

30 אמנם, במקום אחר טענו שיש לקבוע עוולה נפרדת של התעללות בבן זוג, ובכללה גם התעללות נפשית, בלא שיהיה צורך להתבסס על עוולות המסגרת של רשלנות או הפרת חובה חקוקה, וליתן מקום לסירוב לתת גט באותה עוולה. להרחבה ראו יובל סיני ובנימין שמואלי "הגיגיו מים עד נפש" – דרכי התמודדות עם התעללות בבן-זוג בידי הנזיקין, בדין הפלילי ובידי המשפחה – הצעת מודל חדש-ישן" התקבל לפרסום בכרך 1 במאזני משפט; כך סבור גם השופט הכהן עצמו בעניין ירושלים, לעיל ה"ש 12, וגם השופט נילי מיימון בתביעה נזיקית המושתתת על נזק נפשי מתקיפה פיסית ומהתעללות נפשית. ראו עניין פלוגית 2004, לעיל ה"ש 27. אלא שלא נראה שיש מקום לקבוע עוולה כה פרטיקולרית של סרבנות גט, כפי שביקשה התובעת בעניין ירושלים. במצב הנוכחי, כאשר אין עוולה פרטיקולרית של התעללות, דומה, כי יש לפנות לשתי עוולות המסגרת, ובראשן לרשלנות. נראה, כי גם במשפט האמריקני ניתן להגיע לאותה תוצאה בהתבסס על הכלל המכיר ברוב המדינות בתביעה אפשרית נגד בן זוג בעילה של נזק נפשי בהתקיים התנאים הבאים: (1) ההתנהגות של בן הזוג מחפירה וחריגה באופן קיצוני ביחס למכשולים הנקרים בחיי בני זוג בחיי היומיום; (2) הנוק חמור; (3) קיים קשר סיבתי בין ההתנהגות לנזק. תנאים אלה יכולים להיות מתאימים ולו לחלק ממקרי סרבנות הגט, להרחבה ראו סיני ושמואלי, שם.

31 ראו על כך עניין אמיץ, לעיל ה"ש 29.

אחד התנאים לקיום אחריות בעוולה של הפרת חובה חקוקה, הוא כי החיקוק שביסוד החובה, לפי פירושו הנכון, נועד "לטובתו או להגנתו" של התובע. תנאי זה מעורר את השאלה מתי החיקוק הוא מסוג זה ומתי הוא נועד לטובת הציבור בכללותו בלבד. כאשר עסקינן בהוראות עונשיות קיים חשש לכתחילי שאלו נועדו לטובת הציבור בכללותו בלבד. אלא שבתי המשפט בערכאות השונות כבר פסקו בשורה של מקרים שאין מניעה עקרונית להחיל את עוולת הפרת חובה חקוקה גם על הוראה פלילית, ובלבד שהתנאים להטלת אחריות בעוולה זו מתקיימים³², ובכלל זה התנאי הקובע כי ההוראה מכוננת לטובתו או להגנתו של הנפגע-התובע. יש לעיין בדבר ולבחון כל עניין לגופו. אמנם, ייתכן שהכרה גורפת בהפרת הוראות עונשיות כבסיס לעוולת הפרת חובה חקוקה תביא לכך שלתוך פקודת הנזיקין תקראנה עוולות רבות שלא הייתה כל כוונה לחוקק אותן. וכן ייווצר עירוב מסוכן של הדין הפלילי והנזיקי, אלא שלענייננו נראה, כי אכן תכלית ההוראה שבסעיף 287 לחוק העונשין כפולה: להגן על האינטרס הציבורי שבכיבוד החלטות הרשות וכן להגן על הפרט שלטובתו ניתנו אותן החלטות; ובעניין דנן – להגן על האישה שלטובתה ניתן פסק הדין המורה לבעל לתת לה גט. אמת, סעיף 287 לחוק העונשין חל גם במקרים בהם אין צד שלטובתו נפסקה אותה החלטה או הוראה, אלא שאז ממילא אין מי שיעמוד על הזכות לתבוע לפי עוולת הפרת חובה חקוקה. בעניין דנן, כאשר בית הדין הרבני מחייב את הבעל לתת גט לאשתו, דומה, כי אכן החלטה זו היא גם, ואולי בראש ובראשונה, לטובתה של האישה-הנפגעת, המעוניינת לתבוע בניזיקין.

נוסף לכך, יש לדון בשאלה אם מתקיים התנאי האחרון להטלת אחריות בעוולת הפרת חובה חקוקה: "אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו". תנאי זה לא נדון בהרחבה באיזה מפסקי הדין שהוזכרו. התנאי מעורר את השאלה אם חוק

32 ואכן, בתי המשפט פסקו במקרים לא מעטים פיצוי נזיקי בהתאם להפרתן של חובות שונות החקוקות בחוק העונשין. ראו, לדוגמה, ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד (1) 113, 114 (1982); בפסק דין זה נדחו הלכות קודמות שקבעו כי כאשר החיקוק הינו לטובת ציבור בלתי מוגדר, אזי הוא למעשה "לטובת הציבור" ולא לטובת ניזוק מסוים. בפסק הדין נקבע, למעשה, כי "לטובת הניזוק" פירושו גם לטובת ניזוק שהוא חלק מהקבוצה של ניזוקים שאליה מתייחס החיקוק. בעניין כזה, גם אם החיקוק נועד להגן על הציבור כולו, הניזוק הספציפי רשאי לתבוע, מכיוון שהוא חלק מן הציבור, ואינו יכול לתבוע רק בעניין שהחיקוק הוא אכן לא לטובתו בניזוק ספציפי; פסק דינה של השופטת שושנה נתניהו בע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169 (1984) (להלן: עניין סולטאן); ע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה, תק-על (1) 95 (1995); ע"א 3559/02 מועדון מנויי טוטו זהב בע"מ נ' המועצה להסדר הימורים בספורט, פ"ד נט(1) 873 (2004); ת"א (מחוז ת"א) 1016/88 אמין נ' אמין, תק-מח(2) 97, 330, פס' 93–99 (1997), אך ראו אי ההכרעה של השופט אנגלרד בפס' 12 לפסק-דינו בערעור: עניין אמין, לעיל ה"ש 29; תמ"ש (שלום י"ם) 2160/99 ל' נ' ל' (טרם פורסם, 31.8.2005), פס' 60–74 (להלן: עניין פלונית 2005); תמ"ש (שלום ת"א) 42273/99 ז.מ. נ' ר.מ.פ. (טרם פורסם, 9.8.2005), פס' 5; עדה בר-שירה "הפרת חובה חקוקה" במסגרת דיני הנזיקין – העוולות השונות 27 (עורך גד טרסקי, 1989).

העונשין, לפי פירושו הנכון, התכוון לשלול עילת תביעה המקנה תרופה בעוולת הפרת חובה חקוקה בעניין של תביעת מסורבת גט. לכאורה, ניתן לטעון כי הכרה בעילת תביעה זו תשבש את פועלם של דיני המשפחה בהתאם למטרות ולאיונים שאלו מבקשים להשיג, ומשכך, יסוד זה לא התקיים. עם זאת, החיקוק הוא כללי ויש להניח שמנסחיו לא התכוונו שלא להחילו דווקא על עניין של הפרת חיוב שעליו הורה בית הדין הרבני, ויהיה קשה לנתבע להצביע על כך שהחיקוק אכן התכוון לפי פירושו הנכון "להוציא תרופה זו"³³.

(ג) הכרה בפיצוי מלא למסורבות גט עולה בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין האם תביעה בנזיקין שמגישה מסורבת גט עניינה לדיני המשפחה או דיני הנזיקין, או שמא היא שילוב של השניים? לגישה, אף שעסקינן בפיצוי על מעשה הנמצא בתחום דיני המשפחה, הרי שהמטריה היא נזיקית, ומשכך קיימת חשיבות עליונה לשאלה אם הכרה בעילת תביעה זו עולה בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין. אין להתעלם מהעובדה שהמחוקק קבע שתביעה זו תידון בבית המשפט לענייני משפחה, וזאת – לא בכדי. אלא שהעובדה שהתביעה נדונה דווקא באכסניה זו יוצרת שוני מתביעה נזיקית "רגילה" ורק בעניינים הבאים: סדרי דין שונים והשלכת חוק להסדר התדיינות בין בני זוג, התשכ"ט–1969, על יכולתו של השופט לעכב את ההליכים בתביעה במקרים מסוימים³⁴; מוכנות גבוהה של בית

33 התביעה חידדה עקב אי מילוי יסוד מצטבר זה דווקא אם בית המשפט ישתכנע שקיומם של סעדים בחיקוק עצמו מאיין קיומם של פיצויים "רגילים" בנזיקין. אחת הדוגמאות האפשריות לכך היא חוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב–1992. חוק זה אינו מאפשר קבלת פיצויים, אלא במקרים חריגים (כאשר המפגע חוזר על עצמו), מה שמרמז על כוונת המחוקק שבמקרי מפגעים המנויים בחוק זה לא יינתן סעד של פיצוי אלא סעד אחר (כגון צו להרחקת המפגע). פרט למקרים כאלה, שהם נדירים יחסית, יסוד זה יתקיים אף אם מדובר בחיקוק פלילי, שאליו צמודה, בדרך כלל, סנקציה (של קנס או מאסר), שכן זו אין כוונתה לשלול פיצויים בנזיקין, אלא לטפל במישור הענישה בעקבות העבירה על חוקי החברה בלבד. לעניין זה ראו גם עניין סולטאן, שם.

34 ס' 1 לחוק להסדר התדיינות בין בני זוג, התשכ"ט–1969, קובע כך: "1. (א) הגיש אדם נגד בן-זוגו קובלנה או תובענה אזרחית, בין שעילתן נולדה לפני נישואיהם ובין שנולדה בתקופת נישואיהם, רשאי בית המשפט, בהחלטה מנומקת, לעכב את תחילתו או המשכו של הדיון בקובלנה או בתובענה אם ראה לנכון לעשות כן בשל אחד מאלה:

(1) בית-משפט מוסמך אחר או בית-דין מוסמך עושה אותה שעה, על פי תביעה או בקשה שהוגשה לפני הגשת הקובלנה או התובענה האזרחית כאמור, להחזרת שלום הבית בין בני הזוג;

(2) בית המשפט סבור שענינו של הקובל או התובע בקיום המשפט או בהמשכו אינו שקול כנגד הנזק לשלום הבית הצפוי מקיום המשפט או מהמשכו אותה שעה. (ב) עיכוב לפי סעיף-קטן (א) יהיה לתקופה שיקבע בית המשפט בהחלטתו ושלא תעלה על שלושה חדשים; בית המשפט רשאי, בהחלטה מנומקת, להאריך מדי פעם את העיכוב לתקופה נוספת שיקבע ורשאי הוא בכל עת לבטל את העיכוב לכשימצא זאת לנכון".

משפט לענייני משפחה להביא את הצדדים להסדר באמצעות יישוב הסכסוך, כפי שקורה פעמים רבות בתביעות בערכאה זו³⁵; ודוק, הדין המהותי החל בתביעות מסוג זה הוא הדין הנזיקי בלבד, ולא דיני המשפחה. לפיכך, נבחן את התביעה לאור מטרות דיני הנזיקין, תוך התייחסות לאכסניה בה מתבררת התביעה – בית משפט לענייני משפחה, ולמטרתו העיקרית ליישב סכסוכים בדרכים שאינן משפטיות. פיצוי מלא למסורבות גט עולה בקנה אחד באופן מובהק עם שלוש מטרות קלאסיות של דיני הנזיקין: פיצוי והשבת המצב לקדמותו, הרתעה וצדק מחלק. באשר לצדק מתקן יהיה צורך להרחיב את הדין מאחר שיש הרואים אותו בצורות שונות, אך גם כאן המסקנה תהא שפיצוי מלא עולה בקנה אחד עם מטרה זו³⁶.

35 על-פי חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995; על מטרה זו ראו דן ארבל ויהושע גייפמן "חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה–1995" הפורקליט מג 431, 438–441 (1995).

36 על מטרות דיני הנזיקין ראו: Glanville L. Williams, *The Aims of the Law of Tort*, 4 CURRENT LEGAL PROBLEMS 137 (1951); IZHAK ENGLARD, *THE PHILOSOPHY OF TORT LAW*, 7–20 (1993); EDWARD J. KIONKA, *TORTS IN A NUTSHELL*, 5–13 (3rd ed., 1999); DAN B. DOBBS, *THE LAW OF TORTS*, 12–25 (2000); GEORGE C. CHRISTIE, JAMES E. MEEKS, ELLEN S. PRYOR & JOSEPH SANDERS, *CASES AND MATERIALS ON THE LAW OF TORTS*, 5–6 (4th ed., 2004); אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני נזיקין" משפטים כג 311, 330–333 (1994); קשה למצוא גישה אחידה למניית מטרות דיני הנזיקין, אולי מכיוון שקיימים קשיים לא מועטים בהגדרת מהותם ותפקידם של דיני הנזיקין בכלל: W. PAGE KEETON ET AL., PROSSER AND KEETON ON TORTS, 1–7 (5th ed., 1984); Williams פרש את היריעה בשנות החמישים בהציגו את מטרות דיני הנזיקין ובהדגישו כי מטרת הפיצוי והשבת המצב לקדמותו היא המטרה העיקרית של מערכת דינים זו. Kionka, שם, בעמ' 5–8, מחלק את המטרות העיקריות לשלוש: (1) פיצוי הניזוק; (2) צדק (הטלת אחריות על מי שחייב לשאת בה על-פי הצדק), כאשר הוא תופש את הצדק כתוצאה של יישום עקרון ההגינות (fairness); (3) מניעת נזקים עתידיים. לגישתו של Christie וחבריו, שלוש מארבע מטרות של דיני הנזיקין זהות, למעשה, לאלה של הדין הפלילי (מניעת עשיית דין עצמי של הקרוב וקורבניו במוזיק; גמול למעוול; הרתעת המעוול), ואילו רק המטרה הרביעית – פיצוי מאת המעוול לניזוק – מיוחדת לדין האזרחי. הם מקשים על מסקנתו של Williams באשר לעליונותה של מטרת הפיצוי, בטענה, שקיימים כיום מנגנונים וולים ויעילים יותר לפיצוי הניזוק, ומציינים גם כי העיסוק הגובר לאחרונה בהרתעה הכלכלית-היעילה מעלה את השאלה אם מדובר במטרת-משנה כשלעצמה. Dobbs, שם, בעיקר בעמ' 12–13, מחלק את מטרות דיני הנזיקין לשני גושים עיקריים: אחריות מוסרית או צדק מתקן מחד גיסא, שלפיהם מטילים אחריות דווקא על נתבע שביצע את העוולה, הוא ולא אחר, אף אם האינטרס החברתי הכלכלי מכון לתוצאה שונה; ותועלת ציבורית או מדיניות חברתית מאידך גיסא, המתחשבת גם ובעיקר בטובת החברה אף אם הדבר פוגע בצדק לפרט, אך המאפשרת לפרט לטעון, למשל, שהנתבע הינו "כיס עמוק" ומפזר נזק יעיל. מטרותם של טיעונים אלו היא לשכנע את בית המשפט כי יש להטיל אחריות על הנתבע אף אם הדבר אינו מוצדק מהיבטים אחרים, וביניהם צדק מתקן. לקונפליקטים אפשריים בין שני גושים אלה ראו שם, בעמ' 12–13, וכן George P. Fletcher, *Book Review: Corrective Justice for Moderns*, 106 HARV. L. REV. 1658 (1993) לגשר בין הגישות ראו גישתו של England; בחיבורו בוחן Dobbs את שתי מטרות המשנה של דיני הנזיקין, כלשונו – הפיצוי וההרתעה, בראי גושים אלה. הוא מרמז לכך שהגישה הכלכלית צמחה, למעשה במידה רבה, מהתועלת הציבורית ומהמדיניות החברתית, ומשכך

מטרתם העיקרית של דיני הנזיקין היא, בראש ובראשונה, פיצוי מי שנפגע מעוולה על נזקו³⁷; והשבה, ככל הניתן, של המצב לקדמותו³⁸. השבת המצב לקדמותו בצורה ריאלית לעתים אינה אפשרית, כך שהסעד המרכזי במקרים כאלה הוא פיצוי³⁹. בסוגיה שלפנינו הפיצוי הכספי עשוי להיטיב את מצב הנפגעת ולהקל על הקשיים בהתמודדותה עם המציאות, למשל על-ידי מימון טיפולים נפשיים או אחרים ופתיחת דף חדש בחייה. אך, בשונה מתביעות נזיקין בין זרים, לא תמיד המטרה בהגשת תביעה נזיקית במסגרת המשפחה בכלל, ונגד בעל סרבן גט בפרט, היא אכן לקבל פיצוי. לעתים, מוגבלותו של ההליך המשפטי גוזרת אפשרות לקבל סעדים מסוימים בלבד, בעוד שהניזוק מעוניין גם (או רק) בסעדים מסוג אחר. בתביעה של מסורבות גט בפרט, ובגין נזק רגשי בכלל, ניתן לתאר רצון של הניזוקה לקבל סעדים, כגון חרטה, התנצלות ואולי אף נקמה כזו או אחרת במזיק. הדין האזרחי-הנזיקי, עקב מוגבלותו, אינו מאפשר לה לקבל סעדים אלה, אלא פיצויים או צו בלבד, שהרי לא ניתן לתת צו לנתבע להביע חרטה וכיוצא בזה⁴⁰. הליכים חוץ משפטיים ליישוב הסכסוך, כגון גישור או טיפול משפחתי, עשויים להביא לידי ביטוי רצונות אלה, שהם, פעמים רבות, הרצונות האמיתיים של הניזוק, מעבר לפיצוי כספי⁴¹. לפיכך, גם כאשר מוצעת פשרה (במסגרת הדיון המשפטי או במסגרת הליך חוץ משפטי כגון גישור), הכוללת ויתור על חלק מסוים מן הפיצוי או אף על כולו, לצורך יישוב הסכסוך, כעולה ממטרות הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה, הוא האכסניה של התביעה הנזיקית, דומה, כי אין פגיעה קשה מדי במטרה של

היא מנוגדת, במקרים רבים, לצדק המתקן. PROSSER & KEETON, שם, בעיקר בעמ' 20–26, מציגים אולי את התמונה המלאה ביותר כהיותם דנים בגורמים המשפיעים על האחריות הנזיקית: (1) פיצוי, כמטרה עיקרית אם כי לא יחידה; (2) ההיבט המוסרי שבהתנהגות הנתבע, שניתן להקבילו, לדעתי, לצדק המתקן; (3) שיקולים מערכתיים שמקורם בהכרה שלא ניתן לפצות על כל העוולות האנושיות, וביניהם החשש מהצפת בתי המשפט, שניתן להקבילם ולו בחלקם, לדעתי, להרתעה כלכלית-יעילה; (4) מידת יכולתם של הצדדים לספוג את הנזק או לפזרו לגורמים רבים, כגון הציבור (capacity to bear or distributive loss), גורם השייך ולו בחלקו לצדק המחלק ולהרתעה כלכלית יעילה; (5) מניעת נזק עתידי וענישה, גורמים השייכים, לדעתי, להרתעת היחיד והרבים.

37 ס' 76 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

38 PROSSER & KEETON, לעיל ה"ש 36, בעמ' 20; ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89, 112–115 (1990), בפסק-דינו של השופט דב לוי (להלן: עניין קורנהויזר); יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין, דיני הנזיקין תורת הנזיקין הכללית 571–584 (מהדורה שנייה מתוקנת, גרסאות ערוך, 1977); אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנוק גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט 243, 249–251 (1983).

39 ראו, למשל, פסק דינו של השופט אהרן ברק בע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762 (1982).

40 המשפט מאפשר, לעתים, לצוות על התנצלות מסוג מסוים, כגון על אמצעי תקשורת שהשמיץ אדם, לפי חוקי לשון הרע, אך אלה מקרים נקודתיים ונדירים יחסית, והם גם אינם מעניינים.

41 ראו והשוו לעניין זה נזק רגשי ואחר שגורם הורה לילד: בנימין שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו ופיצוי בגין הונחה רגשית: הילך משפט המדינה בעקבות משפט הטבע?" משפטים על אהבה 269, 339–347 (ארגון כן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005).

השבת המצב לקדמותו. מדוע? אם אותה פשרה אכן מסייעת לניזוקה ומאפשרת לה לסגור פרק זה בחייה בדרך מכובדת ומהירה ולהשיב את המצב לקדמותו ככל הניתן, בין היתר ובראש ובראשונה על ידי מתן גט, ואולי גם סעדים נוספים שאינם כספיים, בכך היא מגלה שזהו רצונה האמיתי במצב שנוצר וזהו הפתרון הטוב ביותר שאליו היא יכולה להגיע בנסיבות הקיימות כדי להשיב את המצב לקדמות ככל הניתן.

גם מטרת ההרתעה מתקיימת באופן עקרוני בעניין דנן, מאחר שפיצוי נזיקי מלא למסורבות גט עשוי בהחלט להרתיע בעלים המסרכים לתת גט ולגרום להם לשאת בעלות החברתית של התנהגותם באמצעות מתן פיצוי מלא על הנזקים שגרמו⁴². יש בכך גם משום הרתעת היחיד – הבעל-הנתבע פְּתִיבָה הקונקרטית, וגם משום הרתעת הרבים – הרתעת בעלים סרבני גט אחרים, קיימים ופוטנציאליים, ובעלים בכלל. הבעל הוא מונע הנזק לא רק היעיל ביותר אלא, למעשה, היחיד בנסיבות העניין. גם פתרונות חוץ-משפטיים שיסיימו את הסכסוך בדרכי שלום, ולא בפסיקת פיצוי מלא אלא בהסכם מסוג אחר, יכולים לעלות בקנה אחד, ולו במקרים מסוימים, עם מטרת ההרתעה, שכן גם הבעל יאלץ לוותר מצדו, ויש להניח שיצטרך, כאמור, כחלק מאותה הסכמה, לתת את הגט.

גם מטרת הצדק המחלק מתקיימת בעניין דנן. צדק מחלק קושר את כל הצדדים הפוטנציאליים לחלוקת העושר ושאר המשאבים וההטבות בחברה (ולא רק את שני הצדדים הישירים הספציפיים, המזיק והניזוק) על-פי קריטריון של יחסיות, וכך עושה שימוש במשפט כמכשיר לקידום מטרות חברתיות⁴³. הצדק המחלק אינו דן רק בעניים ובעשירים אלא בבעלי כוח מול חלשים. נשים בוודאי עשויות להיחשב כחלשות לעומת גברים, ולא רק על-פי תפישות פמיניסטיות, ונשים מסורבות גט יכולות לעלות בהקשר זה על כולן⁴⁴. אישה מסורבת גט משתייכת למגזר פגיע, חלש ועשוק, ומן הראוי שלחברה יהיה אינטרס לסייע לנשים כאלה ולקדם את

42 Dobbs ; GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS 107–113 (1970) לעיל ה"ש 36, בעמ' 19–21; פורת, לעיל ה"ש 36; ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה דיני הנזיקין" משפטים כב 421 (1993).

43 Dobbs, שם, בעמ' 13–14.

44 ראו למשל תפישת פסק-הדין בעניין נחמני כמבטא תפישה חלוקתית של נשים לעומת גברים, אצל צחי קרן-פז "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" משפט וממשל ז 541, 546–565 (2005); לתפישה שלפיה ניסיון לקדם חלוקה מחדש של עושר באמצעות דיני הנזיקין אינה לגיטימית וחותרת תחת היכולת להשיג צדק מתקן, ראו Elizabeth Anderson, *Compensation within the Limits of Reliance Alone*, in COMPENSATORY JUSTICE 178 (John W. Chapman ed., 1991). לדיון בשאלה אם המשפט הפרטי יכול לקדם מטרות חלוקתיות ולאסמכתאות ראו קרן-פז, שם, בעמ' 555–558. להגדרת צדק מחלק, ולשוני בינו לבין צדק מתקן, ראו אריסטו אתיקה – מהדורת ניקומאכוס 116–120 (תרגום י"ג ליבס, התשמ"ה); Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice in a Nutshell*, 52 U. OF TORONTO L. J. 349–356 (2002) בפרקים 1 ו-2 למאמר (להלן: *Nutshell*).

עניינן מול הבעלים המסרבים לתת להן גט. הקצאה צודקת של העושר (משאבים ונטלים) בחברה, והרצון להקצות משאבים לחלשים על חשבון החזקים, תומכים בפיצוי מסורבות גט. ואדרבה, התביעה הנזיקית יכולה לאזן מעט את הפער הגדול הקיים במיקוח במצב של סרבנות גט. נוסף לכך, אם קידום עניינה של מסורבת גט יבוא לידי ביטוי בצורה הטובה ביותר דווקא בדרך של יישוב הסכסוך – מה טוב. שתי המטרות האחרונות שנדונו, הרתעה וצדק מחלק, הן מטרות שבבסיסן הכוונה התנהגות היחיד (המעוול בפועל) והרבים (המעוולים בכוח). לא כזו היא מטרת הצדק המתקן. באשר למטרה זו וליישומה בסוגיה דנן, נרחיב קמעה, שכן אין הסכמה גורפת בדבר מהותה של מטרה זו ותפישתה. נבחן אם פיצוי נזיקי למסורבת גט עולה בקנה אחד עם מטרה זו לפי הגישות השונות לתיאוריות הקיימות בנוגע לצדק המתקן.

בחינת מטרת הצדק המתקן⁴⁵ מלמדת שאת הפתרון לסכסוך יש לבחון, בעיקר, בהתחשב בזכות שני הצדדים – המזיק והניזוק⁴⁶, ומהותה לאירוע שבו גרם המזיק נזק לניזוק, דהיינו, בהתעלם מנתונים ומאנשים החיצוניים לאירוע. לפי עיקרון זה, המתמקד בפרטים (הצדדים הישירים לנזק), אם המזיק גרם לניזוק נזק באשמו, מן הראוי שיישא בחובה לשלם פיצוי בגינו לניזוק, שכן צודק הוא שהמזיק יתקן את הנזק שגרם לניזוק ובכך יאזן את העוול שגרם. ההצדקה להגנה על זכותו של התובע וזהה להצדקה לקיומה של חובה המוטלת על הנתבע (חובה להימנע מלהפריע ומלהזיק לבעל הזכות), שכן מדובר בזכות ובחובה הדדיות. לפי עקרון הצדק המתקן האריסטוטלי, על המזיק לפצות את הניזוק פיצוי מלא כדי להשיבו למצב שבו היה

45 ללא ספק, זוהי מטרה עיקרית של הדין האזרחי-הפרטי, ובמיוחד של דיני הנזיקין, בעיקר בהתאם לגישתו של פרופ' Ernest Weinrib הנשענת על הצדק האריסטוטלי והקנטיאני. על מטרה זו ראו, למשל: George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537, 537–564 (1972); Richard A. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 J. OF LEG. STUD. 151 (1973); Richard A. Epstein, *Intentional Harms*, 4 J. OF LEG. STUD. 391 (1975); Ernest J. Weinrib, *Understanding Tort Law*, 23 VAL U. L. REV. 485 (1989); Christopher H. Schroeder, *Corrective Justice & Liability for Increasing Risks*, 37 UCLA L. REV. 439 (1990); Stephen Perry, *The Moral Foundation of Tort Law*, 77 IOWA L. REV. 449 (1992); England; Richard W. Wright, *Substantive Corrective Justice*, 77 IOWA L. REV. 625 (1992); לעיל ה"ש 36, בעמ' 11–20; אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 28; אריאל פורת "דיני נזיקין: עוולת הרשלנות על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו בעריכת אריאל רחן צבי 376–381 (1997); אריאל פורת "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד 275–281 (2001); לגישתו של ווינריב בנדון, ראו: ERNEST J. WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* 5, 6, 19, 21 (1995) (hereinafter: PRIVATE LAW); Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice*, 77 IOWA L. REV. 403 (1992); Ernest J. Weinrib, *The Gains and Losses of Corrective Justice*, 44 DUKE L. J. 277–297 (1995); Ernest J. Weinrib, *Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice*, Weinrib, Nutshell; 2 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 107 (2001) (hereinafter: *Correlativity*). שם. על הצדק המתקן אצל אריסטו ועל ההבחנה בינו לבין צדק מחלק, ראו אריסטו, שם.

46 עקרון ה-*Correlativity* בלשונו של ווינריב.

לפני העוולה. דהיינו, האחריות הנזיקית אמורה להשפיע על המזיק והניזוק בלבד, ופירושה הוא תיקון אי הצדק שגרם המזיק לניזוק. ארנסט ווינריב הוא אולי בעל הגישה הקיצונית ביותר לעניין זה, שכן אין הוא מוכן להתחשב, אף לא במידה פחותה, בכל היבט אחר פרט ליחסים שבין הצדדים המבוססים על אשמתו של המזיק ועל חובתו לתקן את שעשה. בהיותו נשען על אשם, הצדק המתקן הווינריבי אינו מוכן לקבל משטרי אחריות שאינם מבוססים על אשם (דהיינו, על משטר אחריות של רשלנות)⁴⁷. יתירה מכך, על פי גישה פורמליסטית זו, הצדק המתקן גם אינו מתיישב עם עקרונות כלליים ומטרות ציבוריות, כגון הרתעה. הרתעה היא, למעשה, הכוונת התנהגות, צופה פני עתיד, בעוד שהצדק המתקן מנסה לתקן את שאירע בעבר⁴⁸. כאמור, הצדק המתקן גם אינו מתחשב בהקצאה צודקת של העושר בחברה וברצון להקצות לעניים ולחלשים על חשבון העשירים והחזקים. זה מרכזו של הצדק המחלק דווקא, שגם הוא, כאמור, צופה פני עתיד, כמו ההרתעה.

עניינו של הצדק המתקן הוא, אם כך, השאלות הבאות: איזה נזק נגרם? למי נגרם הנזק? מי גרם לנזק? על מי האחריות לתיקון הנזק? לפיכך, לפי הצדק המתקן, על המזיק לפצות את הניזוק בדיוק בגובה הנזק שגרם לו, לא פחות ולא יותר, ועל הניזוק לקבל פיצוי על הנזק שנגרם לו, לא פחות ולא יותר, ודווקא מהמזיק. לכן, למעשה, הפיצוי המועבר מהמזיק לניזוק מתקן את הנזק שנגרם מהעוולה. את הצדק המתקן ניתן לחלק לשניים: צדק מבחינת המזיק וצדק מבחינת הניזוק. מבחינת המזיק, הצדק המתקן גורס שעליו להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו, שהרי הוא זה שֶעָוֹל כִּלְפּוֹ. מבחינת הניזוק, הפיצוי נפסק לו כדי לתקן

47 בדרך כלל, צדק מתקן עולה בקנה אחד עם עקרון האשם. עם זאת, ניתן לכאורה לטעון שאם המעוול עשה את שעשה מבלי שהיה אשם במעשיו, אין להטיל עליו אחריות מטעמים של צדק מתקן, שהרי זה "חף מפשע". נוסף לכך, יש המקדמים תיאוריות, שלפיהן אם המעוול אינו המזיק הישיר (אלא, למשל, מעביד), אך הוא נהנה באופן כללי מן הפעילות, אזי עליו לשאת באחריות, ועדיין מדובר בצדק מתקן אף שהאשם אינו של מי שמשלם בפועל. ראו Dobbs, לעיל ה"ש 36, בעמ' 15. להבחנות נוספות בין צדק מתקן לאשם ראו: Kenneth W. Simmons, *Negligence*, 16 SOCIAL PHILOSOPHY & POLICY, 52, 91 (1999).

48 בניתוח הרתעתי-כלכלי (של הרתעה יעילה) הטלת האחריות תעודד מזיקים פוטנציאליים למנוע נזקים באופן אופטימלי, והרתעה אינה רק תלויה אשם. בהקשר לכך, אם מאמצים את נוסחתו הידועה של השופט לרנד הנד (Learned Hand), המבוססת על הרתעה יעילה-כלכלית, אזי כאשר הוצאות המניעה של הנזק גבוהות מתוחלת הנזק, אין רשלנות, ולכן לא ייתן פיצוי, ולהיפך. זאת, בהתבסס על ההנחה שאין היגיון כלכלי לדרוש הוצאות מניעה גבוהות מעקרונות של צדק מתקן ישאפו לחייב את המזיק לפצות את הניזוק אף כאשר הוצאות המניעה גבוהות מתוחלת הנזק, מאחר שהראשון עוול כלפי האחרון, גם אם היה צורך להוציא הוצאות גבוהות ואולי אף בלתי סבירות כדי להימנע מהנזק, מכיוון שווינריב אינו תולה את העוולה בנטל שבו היה על המזיק לשאת כדי למנוע את הנזק. על המתח האפשרי בין עקרונות של הרתעה יעילה לבין עקרונות של צדק ראו Dobbs, שם, בעמ' 19-21; ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498 (2004), במיוחד בפס' 14-16 לפסק דינו של הנשיא אהרן ברק ובפס' 3-6 לפסק דינו של השופט אליעזר ריבלין.

את העוול, שהרי הוא ניזוק על לא עוול בכפו. צדק מתקן כבסיס מרכזי של המשפט הפרטי הוכר בפסיקה הישראלית.⁴⁹

נחזור עתה לסכסוך המיוחד העומד במרכז הדיון שלפנינו. אף שקיימות מחלוקות רבות באשר למשקל המשפט הפרטי והמשפט הציבורי בדיני המשפחה;⁵⁰ ואף שאין להתעלם משיקולים ציבוריים וחברתיים כלליים בהכרעה בסכסוכים שעניינם דיני משפחה, הרי שאלו רק חלק מהשיקולים בהם יש להתחשב, ובוודאי אין להתעלם משיקולים פרטיים של צדק מתקן, שגרעין שלהם חייב להימצא בכל סכסוך נזיקי בין שני פרטים. למעשה, ניתן לראות את הצדק המתקן כעיקר הדין הפרטי, ובתוכו דיני הנזיקין, בו טמונה אולי הסיבה להשבת המצב לקדמותו. לפיכך, גם אם לא נאמץ גישה קיצונית בדומה לווינריב, ולא נהיה מחויבים לגישה מוניסטית לפיה הצדק המתקן הוא היחיד בו יש להתחשב,⁵¹ נבקש למצוא התייחסות, מסוימת לפחות, לעקרון הצדק המתקן בכל סכסוך נזיקי, כשיקול בעל חשיבות שמשקלו לא פחות, ולפעמים אף יותר, משיקולים אחרים כצדק מחלק או הרתעה. לגישתנו, לא ניתן להתעלם מעקרון הצדק המתקן, המהווה כיום, בצוותא עם הניתוח הכלכלי של המשפט, אחת משתי התיאוריות הדומיננטיות במשפט הפרטי בכלל, ובדיני הנזיקין בפרט. בענייננו, ניצב בעל, המזיק לאשתו בסירוב לתת לה גט והגורם לה בדרך זו נזק נפשי מתמשך. מכאן עולה שעקרון הקורלטיביות אליבא דווינריב מתקיים. הנזק

49 ראו, למשל, ע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידאס אחזקות בע"מ, פ"ד נג(3) 180, 191 (1999). עיינו גם בעניין קורנהויזר, לעיל ה"ש 38, פסק דינו של השופט דב לוי, ובמובן מסוים של הצורך בעשיית צדק גם עם המעוול, שלא ישלם על יותר ממה שהזיק, ראו גם דעת המיעוט של השופט גבריאלי כך.

50 דנה פוג'ר וליאור ברשק "בין פרטי לציבורי: המשפט הפלילי והמשפחה בעקבות ע"פ 4596/98 פלוגית נ' מדינת ישראל" מחקרי משפט כ 7 (2003); לחידוד ההבדל בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי ולאסמכתאות נוספות, לאו דווקא בענייני משפחה, ראו קרן-פז, לעיל ה"ש 44, בעמ' 543–546.

51 שהרי דומה כי ווינריב אכן קיצוני מדי בתפישתו המוניסטית, בהשלכותיו ובדרישתו לצדק מתקן תמיד, בכל מצב ועל חשבון כל מטרה אחרת. אין לפסול גם שיקולים חיצוניים לאלה שבין שני הצדדים, וזאת, בהתאם לנסיבות. לעתים, החוק עצמו אכן קובע אחרת מאשר צדק מתקן ומתעלם ממנו לטובת עקרונות אחרים. דוגמאות לכך: חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. חוק זה מבכר במקרים מסוימים את חופש הביטוי לא רק במובן זכותו של המפרסם אלא גם במובן זכות הציבור לדעת — עיקרון שבדודאי אינו שייך לצדק מתקן — על הזכות לשם טוב, ובמקרים אחרים מאזן בין הזכויות, אך אינו מתעלם מזכות הציבור לדעת; משטרים של אחריות מוחלטת, כגון חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, ואולי אף מוגברת, כגון חוק האחריות למצרים פגומים, התש"ם-1980, או למשל עוולת התקיפה על-ידי כלב המעוגנת בס' 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שאינם מבוססים על עקרונות של צדק מתקן ואולי אף סותרים אותם. התייחסות מסוימת לתופעה זו ניתן למצוא אצל ווינריב. ראו Weinrib, Nutshell, לעיל ה"ש 44, בפרק 5. בהקשר זה יש לציין גם את גורם הביטוח או את תופעת האחריות השילוחית, שם נכנסים גורמים אחרים לנעלי המזיק וכך אין עוד לפנינו מזיק מול ניזוק. ראו Englard, לעיל ה"ש 36, בעמ' 44. עם זאת, יש לציין כי אף לא אחד מהחוקים או הגורמים הללו אינו רלוונטי במקרים של פיצוי למסורבות גט.

הנפשי נגרם לאישה עקב סירוב בעלה ליתן לה גט, והיא אינה יכולה לסיים את קשר הנישואין בעצמה ללא הסכמת בעלה; אשמו של הבעל-המזיק בא לידי ביטוי בהפרת חובת הזהירות שיש לו כלפי אשתו בסירובו ליתן לה את הגט ובהתעמרותו הנפשית בה, כל אלה מלמדים על ההפסד שנגרם לאישה עקב אשמו של הבעל. הרווח לבעל-המזיק הוא עמדת השליטה שהוא קונה מכוח סרבנותו לתת את הגט, הגורמת לעגינותה של האישה ולחוסר יכולתה להשתחרר מכבלי הנישואין. מאחר שהצדק המתקן הווינרבי מציע להביט על הסוגיה מנקודת המבט של המזיק והניזוקה בלבד, אין להתחשב, לצורך העניין, בנשים אחרות מסורבות גט (כעת ובעתיד) ובהיות התופעה נרחבת או מצומצמת, כפי שאין להתחשב בשיקולי מדיניות משפטית, כגון החשש להצפת בתי המשפט, חשש למדרון חלקלק ולתביעות סרק. כל אלה אין להם מקום לפי הצדק המתקן. יש להתמקד אך ורק בהחזרת המצב לקדמותו, באמצעות פסיקת פיצוי מלא (ולא חלקי) לאישה על מה שנטל הבעל הספציפי מהאישה הספציפית בפגעו בה. הא ותו לא⁵².

יש הרואים את הצדק המתקן בעיקרו באופן אחר לגמרי מזה שהוצג על ידי ווינרבי. אחת הגישות הבולטות בהקשר זה היא של פרופ' ג'ורג' פלטשר (George Fletcher). תפיסתו של פלטשר היא תפישה של צדק מתקן הנגזרת מבחינת הסיכונים שכל צד גורם למשנהו, והגזרת אחריות מוחלטת בנסיבות העניין: סיכונים הדדיים (Reciprocal Risks) או בלתי הדדיים. המעוול ישלם כאשר הוא מסכן את רעהו בסיכון חד-צדדי ובלתי הדדי⁵³. דומני, כי מגישתו עולה, כי בעניין שלפנינו קיימים סיכונים בלתי הדדיים, שכן הבעל מסכן את האישה ומזיק לה בסירובו ליתן לה גט, ואילו האישה אינה יכולה לסכן את הבעל בדרך דומה. לחלופין, ניתן לטעון, שהסיכונים הדדיים מלכתחילה, אך הם הופכים בפועל לבלתי הדדיים עקב סירוב הבעל להתגרש, ועקב היעדר סירוב דומה מצד האישה. לפיכך, גם מגישה זו עולה כי יש לתמוך בפיצוי מלא למסורבת הגט, עקב הסיכון הבלתי הדדי שבעלה יוצר כלפיה⁵⁴.

צדק מתקן, לגישותיו השונות, המתחשב באכסניה בה תתברר התביעה הניזיקית — בית המשפט לענייני משפחה ובמטרותיו העיקריות — יוכל לקבל פשרה או גישור אם הדבר מסייע לניזוקה, ומהווה בדרך זו תיקון אמיתי של העוול שנעשה

52 יש לציין שבישראל אין שום הטבה כלכלית למסורבות גט, בדומה להטבות מס ולהטבות סוציאליות אחרות הניתנות, לדוגמה, לאמהות חד-הוריות, כך שקיים משנה חשיבות בפיצוי מלא לנשים אלה.

53 Fletcher, לעיל ה"ש 45, בעמ' 537–564; לאחר מכן, "שכלל" פלטשר את הגישה לעקרון ה"דומיננטיות" כבסיס לאחריות. ראו Fletcher, לעיל ה"ש 36.

54 היו שהציגו את הצדק בצורה כללית כנגזרת של הגינות (Fairness). לדברי KIONKA, לעיל ה"ש 36, בעמ' 7, כאשר: (1) ניתן לאתר גורם ספציפי לנזק; (2) הגורם אינו זניח או מן הסוג שהחברה תופשת כמקובל; (3) ולמעול יש לפחות היכולת בכוח להפחית את הסיכון או לאיין אותו או את תוצאותיו, מאזן ההגינות משתנה עד כי התוצאה היא שיש להטיל אחריות על המעוול ולא להותירה על הניזוק. גם לפי תפישה זו, ניתן להצדיק פיצויים נזיקיים למסורבת גט, שכן הבעל-המעוול מקיים בקלות תנאים אלו.

לה. בהנחה, כאמור, שהצדק המתקן אינו מכוון התנהגות ועניינו בשני הצדדים לסכסוך, הרי שגם אם הסכסוך יתיישב שלא על דרך פסיקת פיצוי לניזוקה, אך זו תהיה הדרך הטובה ואולי הטובה ביותר עבור התובעת הנפגעת, הרי שלפנינו, כך נדמה לי, צדק מתקן אמיתי.

על אף מרכזיותה של גישת הצדק המתקן, ומקומה הנכבד של גישתו הקיצונית-משהו של ווינריב בשיח מטרות דיני הנזיקין בכלל, והצדק המתקן בפרט, יהיה זה בלתי מדויק לומר שהפסיקה הישראלית לא נתנה כל משקל לגישות אינסטרומנטליסטיות שבבסיסן תפישת המשפט כמכשיר לקידום מטרות חברתיות, ונוסף לכך לגישות פלורליסטיות⁵⁵. לגישתי, יש אכן לאמץ גישה מעודנת מזו של ווינריב. על הסכסוך הנזיקי בין בעל לבין אשתו מסורבת-הגט להביא בחשבון ולו גרעין של צדק מתקן, אך אין לדאות בצדק המתקן חזות הכול. יתירה מכך, דווקא בעניין של פיצוי למסורבות גט לא יהיה פער אמיתי בין ווינריב לגישות אחרות, כפי שניוכח מיד מהצגת הגישות השונות ומהניסיון ליישם אותן ולעמת ביניהן בעניין של פיצוי למסורבות גט.

גישתו המוניסטית של ווינריב מנוגדת לגישות פלורליסטיות לדיני הנזיקין, המנסות לבחון בצוותא את מטרות דיני הנזיקין כולן ואז להכריע מי מהן עדיפה בנסיבות העניין, או אם ניתן להתחשב ביותר מאשר מטרה אחת באותן נסיבות⁵⁶. אחת הדרכים הידועות ביותר ליישומה של גישה פלורליסטית הוצגה על ידי פרופ' יצחק אנגלרד, המבקר את ווינריב ומציג את הגישה הקומפלימנטרית (Complementarity), שלפיה יש למצוא דרכים ליישב בין המטרות השונות של דיני הנזיקין, וכך ליצור ככל הניתן הרמוניה (ולאו דווקא פשרה) של התפישות, הגישות והמטרות של דיני הנזיקין⁵⁷. כאמור, לפי ווינריב, צדק מתקן הוא חזות

55 לאסמכתאות ראו קרן פז, לעיל ה"ש 44, בעמ' 552-553.

56 ראו למשל: Gary T. Schwartz, *Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice*, 75 TEX. L. REV. 1801 (1997); JULES L. COLEMAN, RISKS AND WRONGS 197-211 (1992); כן ראו גישתו של Epstein במאמרו באשר לצורך למצוא "שביל זהב" בין צדק מחלק לצדק מתקן, לעיל ה"ש 45, וגישתו של Posner באותו עניין, Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. OF LEG. STUD. 29 (1972).

57 Izhak England, *The Idea of Complementarity as a Philosophical Basis for Pluralism in Tort Law*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW (David G. Owen ed., 1995) 183; England, לעיל ה"ש 36, בעמ' 85-92. לביקורת על הגישה הקומפלימנטרית כפי שמציג אותה אנגלרד, ראו מאמרו של פרופ' אבנר לרין מאוניברסיטת טורונטו, ומבית מדרשו של ווינריב Avner Levin, *Quantum Physics in Private Law*, 14 CAN. J. OF L. & JURIS. 249-260 (2001); יצוין, כי יש המכחישים קיומו של בסיס פלורליסטי לדיני הנזיקין. ווינריב אינו מכחיש אפשרות כזו, אך, כאמור, הוא מתנגד לה מהטעם כי ערכוב המטרות השונות של דיני הנזיקין יביא, מתוך הניגודיות, לחוסר קוהרנטיות. לעומת זאת, אנגלרד סבור, כי שכלול ופיתוח העקרונות הנזיקיים על-פי המטרות השונות דווקא עשויים להשיג מידה מסוימת של קוהרנטיות בדיני הנזיקין. להרחבה ראו England, שם. לביקורת של אנגלרד על ווינריב ראו גם England, לעיל ה"ש 36.

הכול, ובכל סכסוך נזיקי יש למצוא ולאתר נקודה של צדק מתקן. לפי אנגלרד, צדק מתקן אינו חזות הכול, יש לתת בימה גם למטרות אחרות של דיני הנזיקין, כגון צדק מחלק והרתעה; וכאשר המטרות סותרות זו את זו יש לנסות ולהשיג השלמה ביניהן, ברוח תורתו של הפיסיקאי והפילוסוף נילס בור בפסיקה.

אך דומה, כי בעניין שלפנינו המחלוקת בין ווינריב לאנגלרד אינה כה משמעותית מבחינה יישומית. בעניין פיצוי נזיקי למסורבת גט קיימת הצלבה בין מטרות דיני הנזיקין. דהיינו, נראה, כי כולן מתמלאות באופן עקרוני ואין סתירה או ניגוד ביניהן. הצדק המתקן צריך לחול בכל עניין של סרבנות גט, ואין הוא סותר במקרים אלה את המטרות האחרות, כפי שעלול לקרות במקרים אחרים. כפי שראינו, עניין של סרבנות גט נכנס לגדר שתי עוולות המסגרת בפקודת הנזיקין. שתי העוולות, רשלנות והפרת חובה חקוקה, מבוססות למעשה על משטר של אשם – הפרת חובת זהירות או הפרת החובה החקוקה בחיקוק חיצוני לפקודת הנזיקין. במשטר של אשם־רשלנות, ולא של אחריות מוגברת או מוחלטת, אכן יש להביא בחשבון את הצדק המתקן היכן שרק ניתן, בעיקר לגישת ווינריב. יש לדחות גישות שאינן מנסות להתאים עצמן כלל לצדק המתקן אלא בוחנות, בראש ובראשונה, שיקולים חיצוניים ליחסים שבין שני הצדדים, שכן קיים צורך שהמעוול יתקן, בראש ובראשונה, את העוולה שביצע כלפי הנזוק. לפי ווינריב, הסדר האשם הוא אכן הבסיס לרשלנות והוא מבוסס ראשית לכל על צדק מתקן – החובה, הפרתה והקשר הסיבתי בין השתיים⁵⁸. לפיכך בענייננו, חייבת לכאורה להיות שייכות לצדק המתקן (גם אם לא התחשבות בלעדית בו, כגישתו של ווינריב) ואי אפשר להתעלם ממנו⁵⁹.

פרופ' אריאל פורת מסביר, מצדו, כי לעתים אין להתחשב בצדק מתקן כלל, או להתחשב בו בצורה מועטת בלבד, ובכך נראה שגישתו קיצונית יותר אף מזו של אנגלרד, ובוודאי קוטבת לזו של ווינריב. לדעת פורת, יש מקרים שבהם ההתמקדות צריכה להיות דווקא בשיקולים החיצוניים ליחסים שבין שני הצדדים הישירים, המזיק והניזוק, ולצדק המתקן יש לתת משקל מועט, אם בכלל. לדעת

58 Weinrib, Nutshell, לעיל ה"ש 44 בס' 4.

59 אמנם פרופ' ישראל גלעד טוען, כי גישתו של ווינריב בנקודה זו אינה מדויקת, שכן לא מדובר כאן בצדק מתקן, מכיוון שההתרשלות – הפרת חובת הזהירות – נבחנת בנקודה מסוימת *Ex Ante* שבה המזיק עוד לא ידע מי יהיה הנזוק שלו, ולכל היותר ידע או היה צריך לדעת ולצפות מהי קבוצת הניזוקים הפוטנציאליים (בכוח) בלבד; בעוד הקשר מזיק-ניזוק נעשה רק בדיעבד *Ex Post* (מתוך דברים שנשא פרופ' ישראל גלעד במושב בנושא דיני נזיקין בכנס שנערך לכבוד פרופ' יצחק אנגלרד בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן ביום 21.12.05). אך בעניין דנן, עניין סרבנות הגט, ביקורת זו של גלעד, אף שהיא נראית נכונה מבחינה עקרונית, אינה רלוונטית, מכיוון שכאן ברור לחלוטין מהיו הנזוק – האישה מסורבת הגט, היא ולא אחרת. גם אם יש ניזוקים פוטנציאליים נוספים, כגון הילדים או בני המשפחה, האישה היא בכל מקרה הנזוקה העיקרית. לבחינת הצדק המתקן גם בראיית *Ex Ante*, ראו Ariel Porat, *Questioning the Idea of Correlativity in Weinrib's Theory of Law*, *Corrective Justice*, 2 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW, 161, 172–174 (2001).

פורת, אחד המקרים שבהם אין להתחשב אך ורק בשני הצדדים לסכסוך, אלא גם ואולי בעיקר בגורמים אחרים, קשור להרתעה יעילה ולשיקולים תועלתניים בעניין שבו הרשלנות של א' כלפי ב' גורמת תועלת לצד ג'. למשל, אם א', כדי להימנע מלגרום נזק ל-ג', גורם נזק ל-ב' (למשל, פוגע במכונית של ב' כדי לא לדרוס את ג'), אזי הנזק ש-א' גרם ל-ב' הוא לטובת ג'. לדברי פורת, אמנם, אין לקבוע נחרצות ש-א' אינו רשולן בעקבות התועלת שיש ל-ג' בכך שהנזק נגרם ל-ב' ולא לו, אך כאשר מעריכים את הפעולה של א' יש להתחשב, ולו באופן מסוים, בכך שבפעולתו כלפי ב' הוא מנע נזק כלפי ג'.⁶⁰ בעניין שלפנינו אין כמעט כל רלוונטיות לצדדים שלישיים, ואכן, יש להתעמק בצדדים הישירים בלבד, כך שגם למחלוקת שבין גישתו של פורת לזו של ווינריב לא צריכה להיות השלכה לעניין זה.⁶¹ נוסף לכך, גם אם ניתן לשרטט בענייננו בכל זאת מקרה של צד ג' העשוי להרוויח מהרשלנות של סרבן הגט כלפי אשתו, לא נראה לי, ולו מטעמים של מדיניות משפטית נאותה, שיש לבטל את מטרת הצדק המתקן ולרוקנה מתוכן רק מכיוון שיש צד שלישי כזה שעשוי להרוויח מהרשלנות ויש להתחשב בו יותר מאשר בניזוקה. דומה, שגם פורת לא התכוון לעניין כזה, אלא רק לעניין שבו אותו צד ג', הניזוק הפוטנציאלי, הרוויח מכך שפעולת המזיק כוונה, בסופו של דבר, כלפי מישהו אחר, סיטואציה הזרה, כך נראה, לסוגיה דנן. אם כן, גם אם יש לצדדים שלישיים אינטרסים מסוימים, על הדין להתמקד ראשית לכל באישה כניזוקה המרכזית והעיקרית מהסירוב לתת לה גט.

מכל האמור לעיל עולה שניתן להניח שהכול יסכימו שקיים צורך להתחשב, ולו בצורה מסוימת, בגרעין של צדק מתקן באשר לפיצוי נזיקי למסורבות גט. לכך יסכימו גם אלה התומכים בגישות אינסטרומנטליסטיות שבמקרים אחרים מדגישים עקרונות שמעבר ליחסים שבין הצדדים הישירים לעוולה, המזיק והניזוק. המסקנה העולה מהדיון בסעיף זה היא, שפסיקת פיצוי מלא למסורבת גט עולה

60 דבריו של פרופ' אריאל פורת נאמרו גם הם בכנס לכבוד פרופ' יצחק אנגלרד, שנערך בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן ביום 21.12.05. להתחשבות באינטרסים של צד ג' לצד עקרון הצדק המתקן ראו Porat, שם, פרק 2 למאמר, בעמ' 165–172.

61 לכאורה, בעניין דנן, הסכסוך הוא באמת רק בין בני הזוג ואין בנמצא צדדים שלישיים; בסכסוך זה עשויים להיות מעורבים צדדים שלישיים, כגון ילדים או ידועים בציבור של סביר יותר לתאר עניין שבו רשלנות כזו עלולה דווקא להזיק לצד ג' (כגון ידוע בציבור של האשה מסורבת הגט או ילדי בני הזוג) ולהיות נייטרלית לפחות לגבי צדדים שלישיים אחרים (כגון ידועה בציבור של הבעל), כך שלא נראה שייתכן מאבק אפשרי בפועל בין אינטרס האשה לקבל את הגט לבין אינטרס של צד שלישי שהגט לא יינתן. הילדים של בני הזוג, כניזוקים (אולי משניים אך לא צדדים שלישיים), לא יעלו ולא יורידו בהקשר זה, מכיוון שגם הם סובלים, כך ניתן לשער, מסרבנות האב-הבעל; ואף לא ברור אם יש להתחשב בצדדים שלישיים, כגון ילדים עתידיים של האשה מגבר אחר לאחר מתן חגש חשש שהוא מעושה, שעלולים להיחשב לממזרים. לא ברור אם ניתן להתייחס לילדים שעדיין לא נולדו ויש ספק אם וכאשר הדבר יקרה, כצד שלישי בסכסוך נזיקי בין שני צדדים "קיימים".

בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין. בדרך כלל גם המטרה המרכזית של הקמת בית המשפט לענייני משפחה, שם נדונה התביעה, שהיא יישוב סכסוכים, מתיישבת עם מטרות אלו.

(ד) אין מקום לאינטראקציה בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה אך יש להתחשב במטרת האכסניה לתביעה הרב דוד בס מסביר כך:

"הבעיה ההלכתית החמורה ביותר המתעוררת כאן היא שאלת 'הגט המעושה'... בית המשפט (בעניין ירושלים — ב' ש') אינו מתמודד עם בעיה זו באופן גלוי; הוא מסביר כי נושא זה אינו בסמכותו: 'לא לי לקבוע, האם במידה והתביעה המונחת בפני תתקבל, ובעקבות כך יתוצה הבעל וימסור לאישה הגט המיוחל, יהיה זה גט מעושה או לא'. בתי הדין הרבניים הם המוסמכים לעסוק בכך, וגדולי הדור הם שיצטרכו ליתן דעתם על השאלה ההלכתית הרגישה ולהכריע בה. כאן, כמובן, טמון הקושי המרכזי המתעורר בפסק הדין: בית המשפט מכריע בדיני הנזיקין, מבלי לשאת באחריות ובסמכות ומבלי להתמודד עם ההשלכות האפשריות של פסק דינו במישור כשרות הגט"⁶² (ההדגשה אינה במקור — ב' ש').

אך היא הנותנת: על השופטים לדון בתביעה בבית המשפט לענייני משפחה כתביעה "טהורה" בדיני נזיקין, ולבחון אך ורק אם היא עולה בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין ועם המטרה של יישוב הסכסוכים. האחריות והסמכות להתמודד עם ההשלכות האפשריות שיהיו לתביעה במישור כשרות הגט, הן אכן של בית הדין הרבני בלבד. זו אכן "חלוקת העבודה".

לכאורה, העניין של פסיקת פיצוי נזיקי בגין סרבנות גט מציג פוטנציאל לדיון מעניין מאין כמוהו באשר ליחס שבין דיני הנזיקין לדיני המשפחה, במיוחד דרך עולת הרשלנות, הנתונה לשיקולים משפטיים שבמסגרתם ניתן לשקול גם שיקולים שבדיני המשפחה. אלא שלדעתי אין זה העניין המתאים לדיון כזה.

אין צורך באינטראקציה בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה, לא כזו העולה מגישתם של קפלן ופרי המציעים לסייג את התביעה הנזיקית ולא כזו העולה מגישתה של ביטון המציעה להשתמש בדיני הנזיקין כאמצעי ללוחמה בדיני המשפחה בבית הדין הרבני, פרט, כאמור, להתחשבות באכסניה בה מתבררת התביעה (בית המשפט לענייני משפחה) ובמטרה של יישוב סכסוכים האופיינית לערכאה זו. ודוק: התחשבות במטרה של יישוב סכסוכים של בית המשפט לענייני משפחה שבו נדונה התביעה — כן, אך השלכה של דיני המשפחה — לא! הדין המהותי החל בתביעות מסוג זה הוא דיני הנזיקין ואין מקום, ולא צריך להיות

מקום, למאבק בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה או להפניית מערכת אחת כלפי השנייה במטרה לגנוח, בוודאי לא בתביעות נגד העיזבון, כמו בעניין כפר-סבא, אך גם לא בתביעות נגד הבעל החי, כמו בעניין ירושלים⁶³.

לפיכך, יש לקבל את התביעה הנזיקית אף אם יש חשש לגט מעושה. יתירה מכך, אין כל ספק כי יש לקבל את התביעה במלואה בעניין של תביעה נגד עיזבון, שם אין חשש לגט מעושה. עניינה של תביעה זו הוא סבלה הנפשי של האישה, תביעה אשר בהחלט יש לה תימוכין בדיני הנזיקין. אין כאן עניין של מעשה בית-דין או הליכים מקבילים, וכיוצא בזה. מי שחייב להביא בחשבון במכלול שיקוליו את השלכות התביעה הנזיקית על הדין האישי, היא התובעת בלבד. על התובעת לשקול את שמתריעים מפניו קפלן ופרי, דהיינו, שמא ייצא שכרה בהפסדה – משמע, שתקבל פסק-דין שמחייב את הבעל לשלם לה פיצויים הגונים, מתד גיסא, במחיר הפיכת הגט למעושה על ידי בית הדין הרבני, במקרים שיינתן כדי להיפטר מהחוב הנזיקי; יש לשקול גם את החשש שמא הבעל יקשיח את עמדתו ויסרב ליתן לה גט כמעשה נקמנות בעקבות תביעת הפיצויים. כל אלה שיקולים אשר מן הראוי שיישקלו על ידי התובעת בלבד, ואל להם להפוך לשיקולי מדיניות של המחוקק או של בית המשפט.

עם זאת, אין לראות בדיני הנזיקין מעין חרב המשמשת ללוחמה ב"דיני המשפחה הדכאניים", כדעתה של ביטון. אם התקיימו יסודות העוולה הנזיקית, יש לקבל את התביעה וליתן סעד מלא בגינה (כפוף לאשם תורם וכיוצא בזה), ולאפשר באופן עקרוני שימוש במנגנונים נוספים המוכרים בדיני הנזיקין, כגון פיצויים מוגברים⁶⁴. האינטראקציה שמבקשת ביטון ליצור בין שתי מערכות הדינים היא מופרזת ושלא ממין העניין, מסיבות נוספות שיפורטו בהמשך.

אין ספק, שרצוי שתהיה קורלציה בין דיני המשפחה לדיני הנזיקין, ככל שהדבר אפשרי; אך אין אנו עוסקים במאבק בין שתי מערכות הדינים הללו, ואין צורך להכריע מי מהן ידה על העליונה. אין ליצור סייגים במערכת דיני הנזיקין מטעמים שמקורם במערכת דיני המשפחה. מאידך גיסא, גם שימוש בדיני הנזיקין כאמצעי ללוחמה בדיני המשפחה כפי שאלו משתקפים בבתי הדין הרבניים, ויצירת מאבק מלאכותי בין מערכות דינים אלה, אינם ראויים. ודוק: אין פסול ברגישות מסוימת

63 וכפי שכתב השופט בן-ציון גרינברגר מבית המשפט לענייני משפחה בירושלים בדחתו בקשה למחיקה על הסף של תביעה נזיקית של מסורכת גט: "התביעה הינה לפיצוי כספי בלבד, וזאת על בסיס עילה בנזיקין ובנזיקין בלבד. ככל שהטענה היא שנגרמה [שנגרם] לאישה נזק בגין התנהגותו של הבעל, העובדה שהתנהגות המזיקה קשורה לאי מתן גט אינה מכניסה את העילה הנזיקית לתחום של 'ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה' שבסמכותם הבלעדית של בתי הדין, גם אם המחלל באי ביצוע 'האקט' הזה הינו מעשה אשר עצמו נתון לסמכותו של בית הדין", ראו עניין פלוגית 2001, לעיל ה"ש 15.

64 שאלת הפיצויים המוגברים והעונשיים ככלל, ובעניין של סרבנות גט בפרט, מחייבת עיון נוסף וחיבור נפרד.

של דיני הנזיקין לתא המשפחתי ולתוצאות שיהיו להתערבות המשפטית בתא המשפחתי ולהשפעותיה. כלומר, גם אם דיני הנזיקין אינם צריכים לסגת מפני דיני המשפחה, בוודאי ישנם מקרים שבהם עליהם להתחשב בעובדה שהתביעה הנזיקית היא בתוך המשפחה; מכאן, שעליהם להתחשב בתא המשפחתי גם אם לא בדיני המשפחה. זאת עושים בתי המשפט לענייני משפחה בדונם, בדרך כלל, בתביעות אזרחיות במשפחה, ממש כפי שאנו מצפים שבתי המשפט העוסקים בדין הפלילי יתחשבו בשיקולים משפחתיים שונים בבואם להכריע בעבירות שנעשו בתוך המשפחה, אף שאין הם דנים בהתאם לדיני המעמד האישי שאינם חלים בפלילים כפי שאינם חלים בנזיקין. מכאן, שאם בית המשפט לענייני משפחה מזהה אפשרות לגשר על הפערים בין הצדדים, אפילו במקרים טעונים של מסורבות גט, עליו לעשות כל מאמץ לפתור את הסכסוך בדרכים אחרות נטולות השפעותיה של הפסיקה הנזיקית. לדעתי, אין גם פסול בכך שהשופט יסב את תשומת לבו של התובעת לבעיה ההלכתית שעלולה להיווצר לו תתקבל תביעתה, במישור הגט המעושה ולסכנה שמא ייהפכו ילדיה, שנולדו לה מגבר אחר בהסתמך על הגט, לממזרים. אך יודגש: מרגע שדרכים אלה מוצו ולא צלחו, על בית המשפט לדון ולפסוק בתביעה הנזיקית ללא כל "הנחות" וללא התחשבות בדיני המשפחה.

(ה) המועד הקובע לחישוב הפיצוי: מהו יום תחילת ביצוע העוולה?
 משהוכרה התביעה הנזיקית בשל סרבנות גט בעוולת הרשלנות, אין להטיל כל מגבלה על הפיצוי, בניגוד להצעתם של קפלן ופרי ולכללים שאומצו על ידי בתי המשפט במקרי ירושלים וכפר-סבא (שלא כמו בעוולת הפרת חובה חקוקה כפי שנראה להלן). הכרה בכך שסירוב ליתן גט הוא מקרה פרטי של נזק רגשי, שנגרם למסורבת הגט עקב התעללות נפשית שחוותה, מובילה למסקנה כי התביעה מנותקת מדיני המעמד האישי מפן נוסף: המועד שבו קבע בית הדין הרבני שעל הבעל לתת גט, הוא המועד הרשמי לתחילת ה"סרבנות". מועד זה הוא המועד שעמד לנגד עיני השופט בעניין ירושלים לצורך חישוב הפיצוי לתובעת⁶⁵. גישתי היא, שקביעה זו אינה במקומה, בוודאי לא במקרה כמו עניין ירושלים. אם אכן מקור הנזק שנגרם לתובעת הוא נזק רגשי כאמור, לא תמיד תהיה נפקות למועד שבו חייב בית הדין הרבני את הבעל ליתן גט לאשתו. אמנם, יש מקרים שבהם לא נגרם לתובעת כל נזק נפשי לפני מועד סרבנות הגט ה"רשמית"; אך אין לחסום מהתובעת את האפשרות לטעון ולהוכיח כי הנזק הרגשי החל לפני (ואפילו הרבה לפני) המועד הרשמי שבו הוכרז הבעל סרבן. קיימים מקרים בהם תוכל האישה להוכיח שסבלה נזק רגשי ונפשי כתוצאה ממעשי הבעל ומחדליו עוד לפני מועד רשמי זה, התלוי לא אחת במועד הדיון ואינו קשור בהכרח למציאות. דיני הנזיקין

65 "אין לומר כי הבעל ביצע עוולת רשלנות קודם למתן פסק הדין של בית הדין הרבני, ואולי את הרשלנות, קודם למועד זה, יש לתלות בגורם אחר", ראו עניין ירושלים, לעיל ה"ש 12, בפס' 86.

מחייבים מסקנה זו! אין לקבל פרשנות, שלפיה העוולה אינה מתגבשת כל עוד לא היה חיוב של בית הדין הרבני ליתן את הגט, אם עניינה של עוולת הרשלנות הוא התעמרות נפשית ארוכה באישה שחלה עוד טרם הסירוב הרשמי להחלטת בית הדין. בעניין כגון עניין ירושלים הדבר ברור וזועק. כאמור, הבעל משך את אשתו מרב לרב בהבטחות חוזרות שיקיים את החלטתם. הרבנים פסקו, בזה אחר זה, שעל בני הזוג להתגרש, אך הבעל המרה את פיהם. יש להניח שבית הדין הרבני השהה משך שנים רבות את קביעת החיוב לבעל ליתן גט לאשתו כדי לתת לו הזדמנות אמיתית לתת לאחר אותן התדייגויות לפני רבנים שונים, וכדי לא להפעיל עליו לחץ פסול לתת את הגט⁶⁶. ודוק, בדברים אלו אין כדי למתוח ביקורת על בית הדין הרבני. להיפך, כך היה צריך לעשות, בכל הכבוד הראוי; אך משהבעל לא נתן את הגט והוברר כי "משך" את אשתו מרב לרב ללא רצון כן ליתן לה את הגט, הרי ברור הוא שהסבל הנפשי שהסב לאשתו החל זמן רב טרם מועד החיוב במתן הגט. ממילא אין כל היגיון שלא לפסוק כעת פיצוי לאישה גם בעבור תקופת התעמרות זו. בית המשפט לענייני משפחה עצמו קבע כי:

"בהתאם למבחן 'האדם הסביר', הפר הנתבע את חובת הזהירות המוטלת עליו כלפי אשתו, וסטה באופן ניכר ומכוון מסטנדרט ההתנהגות הראוי. זאת, בכך שסירב במשך שנים ארוכות לבקשת אשתו להתגרש, היתל בה משך שנים ארוכות במושכו אותה מרב אחד לרב אחר, כשכולם מחוויים דעתם — כי על בני זוג אלה להתגרש, וביחוד — משהפר את החלטת בית הדין הרבני הגדול שחייבו לתת גט לאשתו. אין ספק כי כל אדם סביר, היה צופה כי התנהגות זו תגרום לנזק רגשי לאישה ולפגיעה בכבודה. ... הנתבע מוסיף חטא על פשע, ולצד סרבנותו העיקשת והמתמשכת מלידת הגט לאישה, היתל בה, סובבה בכחש, ומשכה ב'לך ושוב'. פעמים אין ספור, הצית בה תקווה משהבטיח לה כי יפנו 'אך זו הפעם' לרב נוסף אחרון, כשהוא מתחייב לקיים את פסקו, אך בעוד מבטיח הוא זאת, נעדר הוא כל כוונה לקיים הבטחה זו. משגם רב זה פוסק לגירושין, שב הנתבע וחזר לסרבנותו, תוך שמציע שוב סמכות הלכתית אחרת — וחוזר חלילה. קל לשער את מפה נפשה של התובעת, הצער, ההשפלה, הביזוי והכאב שחשה, בכל הליך שכזה, שחזר על עצמו פעמים רבות. ... גם בית הדין הרבני הגדול, ער היה לנזקים שנגרמו לאישה על-ידי התנהגות הבעל, תוך שקבע בפסק דינו מיום 2.2.03, בו חזר בית הדין ומחייב את הנתבע ליתן גט לאישה ומטיל עליו את חרם דרבינו תם, כי הבעל גורם לאישה על-ידי התנהגותו 'ביזוי והשפלה' וכי מדובר באדם 'המתעלל באשתו ובילדיו מתעטף באדרת של צדקנות'⁶⁷ (ההדגשות אינן במקור — ב' ש').

66 השור גם בס, לעיל ה"ש 9.

67 עניין ירושלים, לעיל ה"ש 12, מתוך פס' 81 ו-85.

בדברים אלה יש משום סתירה לקביעת השופט כי עוולת הרשלנות קמה רק מיום שבית הדין חייב את הבעל בגט, שהרי, כפי שעולה מדבריו שלו, כל מסכת ההתעללות הנפשית התרחשה גם, ואולי בעיקר, לפני כן (לפחות מאז שהחל להתל בה ולהבטיח לה הבטחות שווא), כך שלתובעת נגרמו נזקים במשך שנים רבות; ממילא גם תקופה זו אמורה להיות בת-פיצוי. גם קפלן ופרי מסבירים, בניתוח יסוד ההתרשלות (הפרת חובת הזהירות), כי "אין ספק שבעל המנצל את כוחו כדי לפגוע באשתו מסב לה נזק ממשי ואינו נוהג כלפיה כפי שבעל סביר היה נוהג"⁶⁸; והרי ניצול הכוח החל עוד טרם החיוב מטעם בית הדין לתת גט, והוא אינו מתבטא בהכרח רק באי הציות לפסק הדין הרבני. מצב דברים דומה התרחש גם בעניין כפריסבא, וגם שם היה מקום לפסוק, בהתאם לעוולת הרשלנות, פיצוי מתחילת גרימת הסבל הנפשי לאישה, ולא רק ממועד החיוב ליתן גט. לו הייתה עוולה עצמאית ונפרדת של סרבנות גט, היה צורך לבחון כיצד זו מוגדרת בחוק, ואם תחולתה הייתה רק ממועד פסק הדין הרבני — לא ניתן היה לקבוע אחרת. אך כל עוד התביעה מתבררת בעילת הרשלנות, ומדובר בנזק רגשי שנגרם מהתעללות נפשית, יש לבחון מתי החלה אותה התעללות שגרמה לנזק. אם נגרם נזק כזה לפני המועד הרשמי של החיוב בגט, עליו להיות בר-פיצוי.

ודוק: לא בכל עניין יש לפסוק פיצוי בגין תקופה שלפני החיוב בגט. יש לבחון כל עניין לנסיבותיו, ומובן שיש להיזהר מתביעות סרק לפיצוי בגין תקופה זו, שכן בהחלט ניתן לחשוב על מקרים שבהם אמנם היה סכסוך בין בני הזוג קודם למועד החיוב בגט, אך פעולות הבעל לא עלו כדי התרשלות. חשוב לציין, כי אין אנו מתעלמים מקיומה של בעיה טכנית להוכיח, לעתים, את מועד תחילתה של העוולה, אלא שזו בעיה טכנית, ואל לבעיה זו, ככל שהיא קיימת, להשפיע על קביעת הדין המהותי. בעיה זו קיימת במקרים רבים של עוולה נמשכת. על פי הדין המהותי הנזיקי, יש לחייב את הבעל באחריות נזיקית מיום תחילת ביצוע העוולה, ואם יהיו מקרים שהאישה-התובעת לא תצליח להוכיח מועד זה, היא תיתקל בקושי להוכיח את תביעתה, ולו באשר לחלק שטרם מתן פסק הדין הרבני, אלא שכאמור אין בדברים אלו כדי לשנות מהדין המהותי אשר קיים ועומד במקומו.

ויודגש: אל לנו להתעלם מהבעיה ההלכתית שעלולה להיווצר עקב הטלת סנקציות כספיות טרם מתן פסק הדין על ידי בית הדין הרבני המחייב במתן גט. כל שאנו טוענים הוא, כי מבחינת דיני הנזיקין, פעמים רבות דווקא יש להצדיק תוצאה זו של מתן פיצוי למסורבת הגט, ומאחר שאין מקום לאינטראקציה עם דיני המשפחה, יש לאמץ תוצאה זו. אכן, מנקודת המבט של ההלכה היהודית, שהיא הבסיס לדין החל בבית הדין הרבני, עלולה להתעורר בעניין כזה בעיה של גט מעושה. כפי שראינו, זה הרקע לסייג שהעלו קפלן ופרי, שלפיו רק פסק דין של

68 קפלן ופרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 852.

בית הדין הרבני המחייב לתת גט בדרגה גבוהה יכול להכשיר, בסייגים נוספים, את התביעה הנזיקית.

ניתן לצעוד צעד קדימה בשני מישורים, ששניהם בעייתיים לכאורה מבחינה הלכתית. מישור אחד הוא דרגת פסק דינו של בית הדין הרבני, והמישור השני הוא המועד לתחולת העוולה. השופט וייצמן בעניין כפר-סבא מציע לצעוד קדימה במישור הראשון, וכאן אנו מציעים לצעוד קדימה גם במישור השני. כאמור, השופט וייצמן סבר שגם פסק-דין בדרגה של "מצווה" לגרש מספיק לצורך כך, ובכך הוא נוגס בגישתם של קפלן ופרי בנקודה זו. גישה זו של השופט וייצמן מוצדקת, שכן אם בית הדין קובע ש"מצווה" לגרש, הריהו מגלה דעתו שעל הבעל לתת גט, אך מטעמים שונים אין בית הדין מעוניין לאכוף זאת על אתר. במצב כזה, אם הבעל, ולו במקרים קשים כגון עניין ירושלים או עניין כפר-סבא, מהתל באשתו ומשפיל אותה, אין סיבה לא לקבוע שהתרשל כלפי אשתו. מכאן, שלפחות במקרים קשים, אם יש פסק דין הקובע ש"מצווה" לגרש, עליו להספיק לצורך האפשרות לאשר פיצוי נזיקין ללא חשש לגט מעושה, כהצעתו של השופט וייצמן. בחלק זה הצעתי התפתחות נוספת: אין למנוע עקרונית מן התובעת מלנסות ולהוכיח כי ההתעמרות הנפשית, שגרמה לה לנזק הרגשי בהתאם לעוולת הרשלנות, החלה לפי מועד החיוב בגט.

הטענה, שלפיה יש לחשב את הפיצוי ממועד תחילת ההתעמרות ולא דווקא ממועד החיוב בגט, ניתנת להצדקה בהתבסס על מטרות דיני הנזיקין. תחילה למטרת ההרתעה: בהיעדר פיצוי על התקופה בטרם ניתן פסק הדין על ידי בית הדין הרבני לא יהיה כל מחסום בפני הבעל שלא להתעמר נפשית באשתו כל עוד לא חויב רשמית בבית הדין הרבני לתת לה גט, והוא יוכל לפעול במשך שנים ולהתל באשתו ממש כפי שעשו הבעלים במקרי ירושלים וכפר-סבא. יתירה מכך, מצב דברים זה צפוי לפגוע גם בהרתעת הרבים ולא רק בהרתעת היחיד. בעלים סרבני גט פוטנציאליים אחרים, יוכלו לפעול בדרך דומה, מתוך ידיעה שאין כל חשש שייתבעו אחר כך בגין התקופה הקודמת למועד החיוב הרשמי בגט, ולא יהיה להם תמריץ לתת גט לפני אותו מועד.

הצדק המחלק, שמתבטא בעניין זה בדאגה לקידומן של נשים מסורבות גט המהוות שכבה חלשה בחברה, מחייב גם הוא תוצאה זו. הפער בין הפיצוי בגין התעמרות נפשית שלפני החיוב בגט ולאחריו יכול להיות משמעותי ביותר, כפי שראינו. חלוקה צודקת של העושר מחייבת פסיקת פיצוי בגין כל תקופת ההתעמרות.

מסקנה זו עולה גם מבחינת מטרות הצדק המתקן ומעקרון הפיצוי והשבת המצב לקדמותו. אם על המזיק לפצות את הניזוק בדיוק בגובה הנזק שגרם לו, לא פחות ולא יותר, ועל הניזוק לקבל פיצוי על הנזק שנגרם לו, לא פחות ולא יותר, הרי שפסיקת פיצויים למסורבת הגט רק ממועד החיוב במתן גט, מקום שהסבל

הנפשי החל זמן רב קודם לכן, ולו בחלק מהמקרים, אינה עולה בקנה אחד עם מטרות הצדק המתקן והפיצוי.

יש שיטענו, כי שלילת האפשרות לתבוע על התקופה שלפני החיוב בגט נתמכת בצורך ליצור ודאות משפטית ובצורך למנוע תביעות סרק. לאחר החיוב בגט קיימת הכרעה שיפוטית שלפיה על הבעל להתנהג אחרת מכפי שנהג עד עתה ולמסור את הגט, ואם לא יעשה כן הרי שאינו מקיים את פסק הדין. ממילא יש במתן פסק הדין כדי להבהיר את מצב הדברים וכך ליצור ודאות משפטית ולמנוע תביעת סרק. אלא שהשאיפה ליצור ודאות משפטית ולמנוע תביעות סרק עומדת בניגוד לעקרון הצדק המתקן ולשאר מטרות דיני הנזיקין, ואם נקבלן בעניין דנן יהיה צורך לקבלן גם במקרים אחרים של התעללות נפשית של אדם בכך וזוג. כאמור, לעתים, מדובר בהבדל עצום מבחינת גובה הפיצוי, ולא נראה שיש בנימוקים אלה כדי לבטל אפשרות לתבוע ולקבל את מלוא הפיצוי. כאמור, על בית המשפט לבחון היטב את הנסיבות בכל עניין ועניין, אך אין להפריז בחשש לחוסר ודאות ויציבות משפטית ולתביעות סרק. בתי המשפט מצוידים, בדרך כלל, בכלים מתאימים ובמסגרות למניעת התגשמותם של חששות אלה, ודומה כי מצב שבו כל מטרות דיני הנזיקין עומדות לימין התובעת משמעותו שעל נימוקים אלה לסגת באופן עקרוני. יודגש, כי ממילא נטל ההוכחה במאזן הסתברויות לגבי כל חלקי העוולה ורכיביה מוטל על התובעת, כך שמתן אפשרות עקרונית להוכיח נזק בריפיוז לפני מועד החיוב בגט עדיין אין פירושו שכל תובעת תוכל להוכיח זאת בפועל.

עולה מכאן שבעוד שהפסיקה בעניין ירושלים הייתה מבורכת, הרי שהקביעה הגורפת שיש לפסוק את הפיצוי ממועד חיוב הגט בלבד, כך שנשים אינן רשאיות לתבוע כל עוד לא חריב הבעל בגט, בעייתית מאוד מנקודת המבט של מטרות דיני הנזיקין. הבעיה חריפה עוד יותר בעניין כפר-סבא – שם לא היה חשש אמיתי לעישוי גט, מאחר שהבעל נפטר והתביעה הוגשה נגד עזבונו. החשש מפני התוצאות שעשויות להיות לפסיקת הפיצוי במקרים עתידיים, והרצון לקבוע סכום אחיד של פיצוי שיחול גם על מקרים של תביעה נגד עיזבון, אינם מצדיקים, בכל הכבוד הראוי, את הפגיעה הכפולה במטרות דיני הנזיקין בדמות פסיקת פיצוי מיום החיוב בגט בלבד והטלת מגבלה על הפיצוי בדמות "תקרה" על שיעור הפיצוי החדשי.

לו הייתה נקבעת עוולה פרטיקולרית של סרבנות גט, היה צורך לבחון כיצד היא מוגדרת לעניין מועד תחילת קיומה והחלתה. אך במצב הנוכחי, הפנייה לעוולת הרשלנות מחייבת תוצאה כזו.

יתירה מכך, מבחינת דיני הרשלנות לא צריך להיות הבדל עקרוני כלשהו בין תביעה שמגישה אישה על סבלה הרגשי עקב התעללות נפשית שמקורה בסירוב לתת גט, המוגשת בזמן הסרבנות, לבין זו המוגשת לאחר שקיבלה את גטה, ובלבד שתוכיח שסבלה נזק רגשי מההתעללות הנפשית שמקורה בהתרשלות הבעל.

זאת ועוד. מהאמור לעיל עולה, כי האישה יכולה לתבוע פיצוי על הנזק שסבלה עקב סרבנות הבעל בהתבסס על עוולת הרשלנות גם אם תבעה וקיבלה פיצוי פעם אחת, אך סרבנות הגט הלכה ונמשכה. מאחר שהתביעה היא תביעה בגין נזק רגשי נמשך עקב התעללות נפשית, אין לשלול זאת. גישה זו לא רק שהיא עולה בקנה אחד עם עקרונות מעשה בית-דין, אלא שיש בה גם רצון לעודד הגשת תביעות המושתתות על נזק רגשי כתוצאה מהתעללות נפשית, דבר העולה בקנה אחד, כפי שראינו לעיל עם מטרות דיני הנזיקין.⁶⁹

לבסוף, חשוב להדגיש שכל הנאמר בסעיף זה עד כה יפה לתביעה נזיקית המבוססת על עוולת הרשלנות דווקא. לתביעה בטענה של הפרת חובה חקוקה, תוצאה שונה בכל הנוגע למועד תחילת העוולה ולחישוב הפיצויים. יום תחילת ביצוע עוולה זו הוא היום שבו חייב בית הדין הרבני את הבעל בגט ולא יום תחילת ההתעללות הנפשית. הטעם לכך הוא, שרק משניתן פסק הדין הרבני והבעל הפר אותו, ניתן לומר שהבעל מפר הוראה חוקית בהתאם לסעיף 287 לחוק העונשין. כאן, ככל הנראה, גם לא יספיק פסק דין ברמה של "מצווה" לגרש, כהצעת בית המשפט בעניין כפר-סבא.

(ו) האם קבלת התביעה יוצרת חשש למדרון חלקלק ולהצפת בתי המשפט בתביעות? כאמור, לדעתי יש לקבל גישה מעודנת יותר מזו של ווינריב, ואף שיש חשיבות רבה לצדק המתקן, אין לפסול גם גישות אינסטרומנטליסטיות ויש לבחון גם סוגיות הקשורות לבעיות מערכתיות אפשריות, ובהן שתי השאלות הבאות: האם קבלת התביעה הנזיקית בגין סרבנות גט עלולה לגרום למדרון חלקלק שסופו הצפת בתי המשפט בתביעות רבות של מסורבות גט?⁷⁰ האם יש לחשוש ממצב שבו תביעות בנוזיקין ייפכו ל"נשק" רותח בידי נשים מסורבות גט נגד בעליהן?⁷¹

69 בצרפת, עם כל השוני בין שיטות משפט המתייחסות לעוולות באופן שונה ושכחת מהן יש הפרדת דת מהמדינה ובאחרת אין, שם הוכרה תביעה נזיקית בגין סרבנות גט, אכן הוכרה אף תביעה "חוזרת" כזו של אישה שבעלה סירב לתת לה גט גם לאחר פסק הדין והיא תבעה שנית וזכתה בעוד שערעור הבעל בטענת מעשה בית-דין נדחה. עוד ראו, Talia Einhorn, *Jewish Divorce in the International Arena*, in *PRIVATE LAW IN THE INTERNATIONAL ARENA* (Liber Amicorum Kurt Siehr 135, 148–149) (Jürgen Basedow et al., eds., 2000) — ז'אן קלוד נידאם "עמדתם של בתי המשפט האזרחיים בצרפת כלפי תביעות נגד בעלים יהודים למסירת גט" דיני ישראל י-יא שפה (התשמ"א-התשמ"ג). בית הדין האירופי לזכויות האדם אף דחה עתירה נגד צרפת של סירבן גט שחויב לשלם פיצויים על-ידי בית-משפט אזרחי צרפתי: Application no. 10180/82 D. v. France, European Commission of Human Rights, Decisions and Reports, no. 35–39 (February 1984) 199, 202; עוד ראו Einhorn, שם, בעמ' 145. בחלק מהמדינות, שבהן קיימת הפרדת דת מן המדינה, אף הורה בית המשפט האזרחי לבעל לשתף פעולה עם הוראות בית הדין הרבני ולתת גט — זה היה הסעד הנזיקי לאחר הקביעה כי הבעל חב חובת זהירות לאשתו. כך, למשל, בהולנד. ראו Einhorn, שם, בעמ' 148. לענייננו אין הדבר רלוונטי, שכן בישראל לבתי הדין הרבניים הסמכות הבלעדית בסוגיה.

70 הרב לביא חושש מכך במפורש. ראו לביא, לעיל ה"ש 8, בעמ' 160.
71 על החשש מהצפת בתי המשפט ראו Prosser & Keeton, לעיל ה"ש 36, בעמ' 23–24.

לעניות דעתי, סוגיית מסורבות הגט היא סוגיה שיש להעלותה על סדר היום הציבורי והמשפטי-נזיקי כמה שיותר, ולא דווקא מטעמים פמיניסטיים. מדובר במגור באוכלוסייה הנאנק תחת סבלותיו הנפשיים, אשר במקרים רבים אינו מוצא מזור לכאביו אלה. מתן אפשרות לנשים אלו לתבוע על הנזק שסבלו, מהווה מיצוי של זכות שבדין באמצעות דיני הנזיקין, ואין להגבילה. נוסף לכך, גם אם החשש מפני הצפת בתי המשפט בתביעות הינו שיקול תקף העשוי להצדיק הגבלתן של תביעות, אין העניין שלפנינו העניין המתאים לכך, שכן עדיין נראה שאין מדובר בעשרות אלפים או במאות אלפים של מקרים שעלולים להגיע לערכאות. קיימים נתונים סותרים באשר למספר מסורבות הגט⁷². יש להניח שהמספר האמיתי נע בין כמה מאות לכמה אלפים⁷³. נוסף על כך, גם אם קיימת סכנה מוחשית להצפת בתי המשפט בתביעות, הרי שבתי המשפט, בדרך כלל, לא חששו מכך, לא נטו לקבל את הטענה גם במקרים אחרים⁷⁴, ואף ציינו במפורש, בדרך כלל, כי אין בסיס לחשש זה ואין כל יסוד לחסום תביעות לגיטימיות בגין שיקול זה⁷⁵. לכן לטענה זו צריך להיות משקל נמוך, אם בכלל.

מפרק זה עולה, כי יש להכיר עקרונית בתביעות נזיקין של מסורבות גט בהתאם למטרות דיני הנזיקין בהתבסס על עוולת הרשלנות או עוולת הפרת חובה חקוקה שעניינה הפרת הבעל את פסק דינו של בית הדין הרבני שחיבו לתת גט לאשתו. הצעתי אף שלא לשלול, במסגרת התביעה בעוולת הרשלנות בלבד, מהתובעת אפשרות להוכיח שהנזק הרגשי שנגרם לה מההתעמרות הנפשית של בעלה בה החל עוד לפני מועד החיוב בגט.

כעת נעבור לסקירה ביקורתית של שתי הגישות האחרות בסוגיה.

72 ביטון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 875.

73 קיימת מחלוקת בהגדרת "מסורבת גט": האם מדובר רק באישה שבית הדין פסק שבעלה חיבו לגרשה, ואם כן — באיזו רמה של פסק-דין (חיוב ומעלה או גם פחות מכך)? ושמה מדובר בכל אישה המעוניינת להתגרש ובית הדין טרם פסק בתביעתה, או עיכב את ההליכים בניסיון להפנות את הצדדים לפתרון הסכסוך בדרכים אחרות. לגישתי, כאמור, אם התביעה מבוססת על עוולת הרשלנות, בטענה של התעללות נפשית הגורמת נזק רגשי, אין משמעות מעשית להגדרה לעניין זה, זאת, בניגוד לתביעה לפי הפרת חובה חקוקה, שממילא שם יש צורך בפסק דין רבני. אם המחוקק יבחר לחוקק עוולה נפרדת של סרבנות גט, יש להניח שהגדרת העוולה החדשה תפור עמימות זו.

74 כגון בתביעות נזיקין נגד המדינה ורשויותיה. ראו על כך ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999), פס' 23 לפסק דינו של השופט תאודור אור.

75 ראו, למשל, עניין גורדון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 135; ע"א 292/93 סובגו נ' אופק בע"מ, פ"ד מח(3) 717 (1994); רע"א 1565/95 סחר ושרותי ים בע"מ נ' חברת שלום וינשטיין, תק"על 2000(4) 760 (2000), פס' 20 לפסק דינו של השופט אליהו מצא; בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית המשפט השלום, פ"ד נב(3) 721 (1998), פס' 10 לפסק דינה של השופטת טובה שטרסברג-כהן; דפנה ברק-ארי עוולות חוקתיות — ההגנה הכספית על הזכות החוקתית 169 (1994); אך ראו ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' אדם ציזיק ז"ל, פ"ד מא(3) 169, 195–196 (1987), שם הדגיש השופט שלמה לוין כי עקב חשש זה יש להגדיר היטב את גבולותיה של האחריות הנזיקית.

2. ביקורת על הגישה הפטרנליסטית

(א) הצגת הגישה הפטרנליסטית של יחיאל קפלן ורונן פרי

יחיאל קפלן ורונן פרי מציעים לקבוע סייגים לתביעה הנזיקית, מאחר שיש חשש רציני שאם תתקבל התביעה ובית המשפט יורה על פיצוי מלא לאישה-התובעת, אזי הבעל יהיה מוכן להגיע ל"עסקה" עם האישה, שלפיה היא תוותר על פסק הדין הנזיקי תמורת מתן הגט, מעשה העלול להפוך את הגט שיינתן לגט מעושה שלא כדין. הסייג העיקרי שהם מציעים הוא שהתביעה תהיה, לכל היותר, בסך "תוספת מזונות", דהיינו, בגובה ההפרש בין שיעור המזונות, שייפסקו בבית דין רבני, לבין שיעור מזונות מוגברים-אם-כ"ל-מופרזים (דהיינו, שיעור ה"עונש" במזונות ה"עונשיים")⁷⁶, שניתן לפי תשובות פוסקים להשית על הבעל⁷⁷. סייג נוסף שהם מציעים הוא שהתביעה תוגש לאחר שבית הדין הרבני נתן פסק דין של גירושין בדרגה מסוימת, שהיא פסק דין של גירושין שדרגתו דרגת "כופין" ב"דרך בררה" או חיוב לגרש, שרק אז ניתן להטיל על הסרבן סנקציה, כגון אחריות בנזיקין, והטלת הסנקציה אינה פוגעת בתוקף הגט (ב"כופין" ממילא אין בעיה להפעיל כל סנקציה). לעומת זאת, אם פסק הדין של בית הדין הרבני אינו מחייב את הבעל לתת גט לאשתו, אלא קובע רק כי "מצווה על הבעל לגרש" או ממליץ לבעל לגרש, ובוודאי אם אין כלל פסק דין של בית דין רבני בנושא, אין לאפשר, לדעתם, את התביעה כלל.

קפלן ופרי גם נחלקו בכמה עניינים, כעולה ממאמרם המשותף. לדעת קפלן, על הסייגים — הן באשר לאמות המידה לפסיקת הפיצוי, הן באשר לנסיבות שבהן ניתן לפסוק פיצוי כזה, הן לעניין הסכום שניתן לפסוק והן לגבי אופן התשלום — להיקבע בחקיקה; ולדעת פרי, די אם בתי המשפט יפנימו את הסייגים המוצעים במאמר. פרי סבור עוד, כי את הסייגים הללו אין להחיל על תביעות המוגשות נגד סרבן-עבר לאחר מתן הגט (למשל, בעקבות התנהגותו בהליכי הגירושין), ואילו קפלן סבור שיש להחילם גם בתביעות מסוג זה. נוסף לכך, פרי סבור, כי אין להחיל את הסייגים על תביעה של אישה שנאשה מן הסיכוי לקבל גט וכל מבוקשה הוא לקבל פיצוי בגין הנזקים שנגרמו לה בעבר בשל הסירוב לתת לה גט (למשל, אם עברה את גיל הפוריות והיא חפצה לחיות לבד או עם גבר אחר ללא נישואין, ואין כבר חשש לממזרות); בעוד קפלן סבור, כי גם בעניין זה יש מקום להחיל הסייגים, מאחר שהאישה עשויה לשנות את עמדתה בהמשך.

76 לדוגמה, אם שיעור המזונות הוא 100, ושיעור מזונות עונשיים-מוגברים הוא 120, אזי הרכיב העונשי באותם מזונות עונשיים מוגברים אם כי לא מופרזים הוא 20, בעוד שהפיצוי הנזיקי ה"טהור" אינו שייך כלל לגובה המזונות ועשוי להיות גם גבוה בהרבה.

77 כך, לפי תשובת הרכ הראשי יצחק אייזיק הלוי הרצוג. בדומה לכך, מזכירים המחברים את הקונסטרוקציה של הרכ משה פינשטיין, שלפיה כאשר בית משפט אזרחי נוקט דרך של חיוב במזונות, ושיעור המזונות שווה ערך (מהותית וכמותית) למה שיכול היה לפסוק בית הדין הרבני או גבוה במקצת משיעור זה, ניתן לומר כי הגט שיינתן לאחר מכן אינו מעושה שלא כדין.

(ב) הצעתם של קפלן ופרי אינה פותרת את דילמת היסוד

פתרונם של קפלן ופרי בעייתי כלפי נשים התובעות בנזיקין את בעליהן סרבני הגט: הן אלה המעוניינות בגט אשר להן משמשת התביעה הנזיקית אמצעי מיקוח; הן אלה שאינן מעוניינות בגט כלל אלא בפיצוי נזיקי על סבלותיהן. יישום הפתרון בעייתי עוד יותר ואינו מתאים ככל שמדובר בתביעות נגד עיזבון.

האישה המבקשת לקבל גט באמצעות התביעה הנזיקית כאמצעי לחץ, תקבל פיצוי נמוך יחסית לפי הפתרון שמציעים קפלן ופרי. או אז, יש להניח שבמקרים רבים היא כלל לא תוכל "לסחור" עם הבעל בויתור על פסק הדין תמורת מתן הגט. זאת, מאחר שפסק דין המקנה פיצוי נמוך לא יהווה אמצעי לחץ ממשי על האחרון והבעיה תיוותר בעינה. כאמור, רוב הנשים התובעות בנזיקין את הבעל סרבן הגט מעוניינות לאו דווקא בפיצוי אלא בגט, ופיצוי נמוך מאוד יהווה מכשול אמיתי להשגת מטרה זו. התמריץ השלילי לפתוח בהליך אם תתקבל הצעתם ימנע את הבשלתה של אותה "עסקה" העשויה להביא, בסופו של דבר, לגט המיוחל. אמת, הדבר עלול להפוך לחרב פיפיות, מכיוון שבית הדין עלול לקבוע שהגט מעושה, אך מנגד, לא ברור שכך אכן ייפסק; אי הפתיחה בהליך משמעותו הכשלת כל אפשרות ל"עסקה" עתידית כזו, מה שבוודאי אינו מקדם את ענייני האישה ואינו מסייע להשגת הגט המיוחל. אמנם, לאותו מיעוט של נשים שמעוניינות בפיצוי ולא בגט הדבר לא יפריע; אך בעיניהן ממילא הגט אינו חשוב, ולכן אין כל סיבה שלא ייהנו מפיצוי מלא (כאמור, פרי אכן מציע שלא לסייג את התביעה במקרים מסוג זה). זאת ועוד, בתביעות נגד עיזבון ממילא אין חשש לגט מעושה. לכן בתביעות כאלה אין סיבה להגביל את הפיצויים, כפי שהגביל השופט וייצמן בעניין כפר-סבא, בהסתמך על גישתם של קפלן ופרי. בהיעדר חשש לגט מעושה אין מקום להגביל את הפיצוי כדי ליצור אחידות למקרים אחרים שבהם סרבן הגט עודו בחיים. אמנם, קפלן ופרי לא הציעו ליישם את גישתם על מקרים של תביעה נגד עיזבון, אך כך עשה השופט בעניין כפר-סבא, והדבר ממחיש את אחת הסכנות שבאימוץ גישתם. מכאן עולה, כי הקונסטרוקציה שמציגים קפלן ופרי, אם אכן תביא לידי פסיקת פיצויים חלקיים מאוד, תזיק הן לנשים המעוניינות בגט ולא בפיצוי, שכעת יכולת המיקוח שלהן תיחלש באופן ניכר, והן (ביישום גישתו של קפלן) לנשים המעוניינות בפיצוי מלא ולא בגט, שהרי אלה תקבלנה פיצוי חלקי בלבד, על אף היעדר החשש לגט מעושה. כאמור, הצעתם גם אינה מתאימה למסורבות גט התובעות את עזבון הבעל.

(ג) ההצעה לקבוע סייגים לתביעה — כפטרנליזם

מאמרם של קפלן ופרי הוא מאמר חשוב ביותר. הוא מציב בפני האישה התובעת בנזיקין תמרור אוהרה גדול המזהיר אותה, כאמור, ששכרה עלול לצאת בהפסדה. אך כאן אמור היה להסתיים תפקידו של המאמר. הרציה — תקרא אותו ותיזהר.

אכן, חשש זה מוצדק ויש לגלותו ברבים: רוב הנשים אכן לא יסתפקו בפיצויים הנזיקיים, גבוהים ככל שיהיו, וירצו לקבל גט. אך לגישתי, המכשול יוסר בעצם פרסום המאמר האמור: די שעורכי דין יהיו מודעים לבעיה האפשרית של הגט המעושה, ואולי גם שופטים יסכו את תשומת לבן של תובעות לבעיה זו — ובכך דיינו. אין הדבר מצדיק בשום אופן את סיוג ההליך הנזיקי ואת הגבלת סכומי הפיצוי לסכומים הנופלים בהרבה מהפיצוי הנזיקי המלא שעשוי להתקבל כתביעה נזיקית "רגילה". תובעת שתבקש להביא בחשבון את אזהרות השניים וכול לא להגיש תביעה בנזיקין כלל, ובפניה עומדת גם הברירה להגיש תביעה נזיקית העומדת (מרצונה החופשי וללא הכתבה מאת המחוקק או בית המשפט) בסייג שאותו הם מציעים, קרי — להעמיד את גובה הנזק על המרווח הענישתי-המוגדל של המזונות בלבד. מצב כזה עדיין היה מותיר את מאמרם של קפלן ופרי כמאמר בעל חשיבות רבה מבלי שיהא נגוע בפטרנליזם.⁷⁸

קפלן ופרי לא בחרו בגישה מוחלטת הגורסת, כי בשל בעיית עישוי הגט יש לחסום את התביעה הנזיקית כליל.⁷⁹ הם גם לא הציעו להעביר את הסמכות

78 ועם זאת, נקודת המוצא של ביקורתה של ביטון כלפי קפלן ופרי גם היא בעייתית, שכן ברור שכוונתם לא הייתה נפסדת אלא בהחלט ראויה — לא לפגוע באישה שאמנם תקבל פיצוי אך עלולה להפסיד את הגט עקב חשש לגט מעושה.

79 למשל, כפי הדעה התקיפה שהושמעה בעניין זה לאחרונה (לאחר פרסום מאמרם) על-ידי הרב אוריאל לביא, אב בית דין בבית הדין הרבני האזורי בטבריה, ראו לביא, לעיל ה"ש 8. הרב לביא מסביר כי החיוב בבית המשפט לענייני משפחה נחשב ל"חיוב שלא כדין" לפי ההלכה, מכיוון שהוא לא נעשה בבית הדין הרבני ואין לו בסיס בהלכה. החיוב אינו כדין לפי הדין העברי, מכיוון שנוקה של האישה בגין השנים שבהן חיה כעגונה אינו נכנס בגדר חיובי אדם המזיק, ואין בכך באמת חיוב בגין צער, אלא משום לחץ כספי לתת גט, המגיע לכדי "אונס ממון". החיוב גם אינו מעוגן, לדעתו, בכל חקיקה אחרת מפורשת, אלא מהווה שיקול של השופט בלבד, וגם אם תהיה חקיקה כזו היא לא תסייע. פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה נועד ביסודו, לדעתו, לחייב את הבעל לתת גט, ולכן ברור שהגט ייחשב למעושה, אף אם לא הוזכר עניין הגירושין כתביעה. לדבריו, אף אם החיוב היה נחשב חיוב כדין, הגט יהיה מעושה, מכיוון שטענה שהחיוב לא נועד כדי לאלץ לתת גט היא פורמלית בלבד. בית הדין לא יסדר גט אף אם בני הזוג יבקשו לסדרו בהסכמה, עד שאמצעי הכפייה לא יבוטלו, ובהם גם האיום על הבעל שניתן יהיה לתבוע אותו שוב. הבעל נחשב כאנוס אף אם האישה לא נקטה כל פעולה של הוצאה לפועל של פסק הדין. הדרך היחידה "להעביר את רוע הגזירה" היא למחוק את התביעה בבית המשפט ולבטל לגמרי את חיוב הממון. בכל הכבוד הראוי, על כך ניתן לענות בשתיים: אם אכן יובן כי נזקה של האישה הוא נזק נפשי שגורם לה הבעל — במסגרת עוולת רשלנות, המעוגנת בחקיקה האזרחית, ייתכן שמדובר בחיוב כדין בכל זאת. ואכן, הדעות המוצגות על ידי הרב דיכובסקי והרב בס, שייסקרו מיד, המאפשרות לקבל תביעה כזו ולו בבית הדין הרבני, בוודאי סבורות כך, שאחרת אין לבית הדין הרבני כלל סמכות לדון כתביעות כאלה. נוסף לכך, לא תמיד פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה נועד להביא את הבעל ליתן גט. כאמור, ישנם מקרים שבהם האישה מעוניינת בפיצוי ולא בגט, ואינה רוצה כלל להתחתן. במקרים אחרים, שבהם האישה מעוניינת בגט, ואלה, כאמור, רוב המקרים, עשוי בית המשפט לענייני משפחה לנסות ליישב את הסכסוך, כעולה ממטרתו הבסיסית. אמנם, אין מקום לאמץ גישה נאיבית ולהאמין שבמקרים רבים

לדון בתביעות נזיקין בגין סרבנות גט מבית המשפט לענייני משפחה לבית הדין הרבני.⁸⁰

הסכסוך ייפתר בדרך כזו שהאישה והבעל יחזרו זה לחיק זו, אך ניתן לצפות שבית המשפט לענייני משפחה ינסה ליישב את הסכסוך בהסדר מוסכם הכולל הסכמה מצד הבעל לתת גט לאישה. יתירה מכך, הנזק שנגרם לאישה הוא נזק של צער, אך נזיקין המוכר גם בדין העברי וגם בדין הכללי, ומכיוון שלא תמיד התביעה היא אכן אמצעי לחץ למתן גט ייתכן שמדובר בחיוב שהוא בכל זאת כדאי. ויותר מכך: הרב לביא חושש שבית הדין הרבני יורה לאישה למשוך את תביעת הנזיקין כתנאי לסידור הגט. אך דומה שאם זה המצב, אזי לגבי רובם של המקרים תגיע האישה אל המנוחה ואל הנחלה. ברוב רובם של המקרים, מטרתה אכן לקבל את הגט תמורת "עסקה" של ויתור על הפיצוי הנזיקי. לכן במקרים כאלה אין זה חשש כלל — זהו הפתרון לבעיה, שכן בית הדין עצמו אחראי לביצוע אותה "עסקה" והוא שיסדר את הגט, לכן אין כל חשש שלאחר מכן יקבע שהגט מעושה כתוצאה מאותה "עסקה"!

80 כפי שהציע לאחרונה הרב שלמה דיכובסקי, אב בית דין בבית הדין הרבני הגדול בירושלים (גם כן לאחר פרסום מאמרים). לדבריו, מצב שבו בית משפט שאינו דתי עוסק בכך הוא מצב של התערבות בסמכות לאכוף גירושין — שהיא חלק מענייני הגירושין, שהחוק מסרם לבית הדין הרבני בלבד. החיוב בממון בבית הדין הרבני, יתבצע, לדיו, באופן מתון בלבד, מה שמזכיר את גישתם של קפלן ופרי לעניין סיווג הפיצויים, ראו שלמה דיכובסקי "צעדי אכיפה ממוניים כנגד סרבני גט" תחומין כו 173 (התשס"ו). הרב דיכובסקי סבור כי פסק דין של בית דין רבני המחייב לתת גט לאישה, גם אם לא בדרגה של "כופין", יכול להכשיר פיצויים נזיקיים, אך, לדעתו, הדבר שריר וקיים רק אם אלה ייפסקו בבית הדין הרבני ובהתאם לתנאים מסוימים. לדבריו, כאשר האילוצים הכספיים הינו עקיף ואין קשר בינו לבין הגט, הגט אינו מעושה. אך גם אילוץ כספי ישיר אינו פוסל את הגט במקרים מסוימים. אונס ממון — כפיית הבעל בממון — בדרך כלל פסול. אולם, לדעת הרב דיכובסקי, כאשר אונס הממון בגט על-ידי בית הדין הרבני הוא מתון ואינו מביא להתמוטטות כלכלית של הנאנס הוא עשוי להיות כשר כשמדובר בפסק דין לחיוב גט (אם מדובר בפסק דין לכפיית גט, ניתן לפסוק גם פיצויים שימוטטו את הבעל כלכלית). לדבריו, זאת, כך נראה, בשונה מהרב לביא, יש לבתי הדין בימינו סמכות לקנוס את סרבן הגט ולחייבו בגין אבות הנזיקין צער, נזק וברשות, שגרים לאשתו. לבסוף, הרב דיכובסקי מתווה אפשרות מעניינת ביותר לפתרון הבעיה. לפי אפשרות זו, שגם היא רלוונטית לדעתו בבית הדין הרבני בלבד, הגט לא ישחרר מן האילוץ הכספי: זה ימשיך לעמוד בתוקפו גם לאחר מתן הגט, ואז תוכל האישה, לאחר מתן הגט, למחול לבעל על חיוב זה. המחילה תהיה באופן חדר-פעמי בלבד, כדי שלא יהיה חשש לאיום עתידי לחיוב אחר: "אם ניתן יהיה להטיל על סרבן הגט סנקציות כספיות מוגבלות — ושוב: בבית הדין הרבני בלבד — הרי יש לנו מכשיר נוסף ללחץ הלכתי כשר: חיוב כספי בגין העבר, שיימחל אם יסודר הגט. ניתן לקבוע שחיוב כספי זה יהיה חד פעמי בלבד, כדי שלא יוכל הבעל לסרבן לומר שהוא נלחץ מחשש לחיובו בעתיד. בדרך זו יוכל בית הדין להטיל על הסרבן חיוב חד פעמי בשל הנזק, הצער והברשת שגרם לאשה, וכמו"כ קנס למיגרד מילתא, ולאחר מכן להשתמש בזה כמנוף לסידור הגט", שם, בעמ' 177; יש לציין כי הרב דוד בס, לעיל ה"ש 9, סבור, כי מניחות במצטבר של תשובות של ארבעה חכמים (הרב יצחק יעקב וייס בשו"ת מנחת יצחק, ח, קלו; הרב שמואל הלוי וואזנר בשו"ת שבט הלוי, ה, רי; הרב שאול ישראלי בספרו עמוד הימיני (התשנ"ב) סוף סימן יט; והרב עובדיה הדא"ה בשו"ת ישכיל עבדי ו, צו) עולה כי הגט לא יהיה מעושה, אף בחיוב לשלם פיצויים נזיקיים, וזאת, כאשר מדובר: (1) בסכום קצוב ו"סגור" של תביעה, ולא בפיצויים לעתיד; (2) ובפסק דין קיים של בית הדין הרבני שמחייב את הבעל לתת גט לאשתו, גם אם אין כפייה. לא ברור אם התביעה תידון לידיו בבית המשפט לענייני משפחה, ואז הצעתו דומה לזו של קפלן ופרי, או שהוא מציע להעבירה גם כן לבית הדין הרבני כהצעתו של הרב דיכובסקי.

גישה אבסולוטית אחרת (שלא מכיוון הלכתי) יכולה הייתה לגרום כי התערבות המשפט בתחום זה, והאפשרות לתבוע בניזקין את הבעל הסרבן, עלולים, בראש ובראשונה, להזיק לאישה עצמה ואולי אף למכלול הנשים מסורבות הגט ואף לאינטרסים חברתיים כגון עצם הנישואין⁸¹. ייתכן שגישה אבסולוטית כזו הייתה עולה בקנה אחד אף עם גישות תועלתניות למשפט, הסבורות כי תפקיד המשפט הוא להסדיר את היחסים הבין-אישיים בחברה, תוך כדי התערבות מינימלית באותם יחסים, ורק כאשר ההתנהגות או מניעתה גורמים לנזק ממשי לזולת⁸².

אם כן, קפלן ופרי לא בחרו בגישה מוחלטת, הלכתית או תועלתנית. הם ניסו, בכל זאת, למצוא מזור לבעיה, ודווקא במסגרת בית המשפט לענייני משפחה, אך הפתרון שהם מציעים אינו מקובל. אמנם, הצורך באזהרת התובעת ברור; אך מכאן ועד קריאה למחוקק להתערב ולקבוע סייגים כאלה בחקיקה, כפי שמציע קפלן, ואפילו הקריאה לשופטים לילך בדרך סייגים זו, כפי שקורא פרי, הדרך עדיין רחוקה. ביטון קובלת על כך שקפלן ופרי מתעלמים מן המחיר שנשים משלמות וממשמעותו הסימבולית⁸³. לדעתה, הם מתעלמים מהתקווה מצד האישה לחופש, ומהמחיר שנשים תיאלצנה לשלם לו יאוינו תביעותיהן הנזיקיות.

אך, לדעתי, ניתן לתקוף את גישתם לא רק מנקודת מבט פמיניסטית. הצעותיהם (ובמיוחד הצעותיו של קפלן לקבוע סייגים לתביעה ולהחילם אף על מקרים של תביעה נגד סרבן-עבר ואף על מקרים של תובעת המעוניינת בפיצוי ולא בגט, מחשש שהיא תשנה דעתה בהמשך)⁸⁴, נגזרות בפטרנליזם יתר. ההצעות מנסות להגן, כביכול, על האישה, למעשה מבלי לשאול לדעתה בנדון. כאמור, חשיבותו העצומה של המאמר היא בהבאת הבעיה לתודעה. אך יש לאפשר לאישה התובעת-בכוח להחליט לעצמה אם ברצונה להגיש תביעה נזיקית שעלולה לאיין את הגט, אם לאו. ויודגש: מדובר בחופש בחירה ובאוטונומיה בסיסית של תובע פוטנציאלי (שהיא זכות חוקתית), ולא דווקא (או לא רק) בעניין פמיניסטי כפי שטוענת ביטון מנקודת מבט פטרנליסטית, מאחר שקפלן ופרי מבקשים לסייג את תוצאת ההליך הנזיקי, כדי למנוע פגיעה באישה המבקשת להתגרש. יתירה מכך, גם במקרים אחרים עלולה התביעה הנזיקית לפגוע בתובע לא פחות

81 השוו לעניין זה אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב 647, 657–667 (1999). לדברי פורת, התערבות המשפט בתחום מסוים (בראיית דיני החוזים), כגון הבטחות שלא נועדו להיות שפיות, עלולה ליצור נזק, מכיוון שאם אדם יודע שהוא עלול לשלם בגין הפרת הבטחתו הלא-משפטית ושהדבר יהיה שפיט בכל זאת, הוא עלול מלכתחילה שלא להבטיח כלל.

82 בגישה התועלתנית אחזו למשל Jeremy Bentham, בן המאה השמונה-עשרה והמאה התשע-עשרה, ו-John Stuart Mill שחי בדור שלאחריו, וראו JEREMY BENTHAM, INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION (1789); יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט (1991) 22.

83 ביטון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 884–885.

84 קפלן ופרי, לעיל ה"ש 2, ראו בעיקר בעמ' 780–781, 805, 836 ו-868.

מאשר בנתבע ואף להרוס יחסים, ועדיין האפשרות לתבוע אינה נחסמת ואף אינה מסויגת. הדבר נכון במיוחד כאשר לתביעות במסגרת המשפחה, שם הייתה קיימת בעבר חסינות מפני תביעות בין בני זוג במשפט האנגלו-אמריקני והישראלי.⁸⁵ הרציונל לחסינות זו במשפט האנגלי היה שהבעל ואשתו הם חלק מיחידה משפחתית אחת ("Unity of Person"), ואדם אינו מבצע עוולה נגד עצמו. במשפט האמריקני, החסינות נבעה מסיבה דומה, וגם מהרצון לשמור על שלום בית, על ההרמוניה והשלמות של המשפחה — כמעט בכל מחיר. חסינות זו הלכה ובוטלה בהדרגה במדינות השונות בארצות-הברית, בעיקר בשליש השני של המאה העשרים. בחלק ממדינות ארצות-הברית החסינות עודה קיימת⁸⁶. באנגליה החסינות בוטלה בשנת 1962 ונקבע, כי לעניין זה דינם של בני זוג כפנויים, אם כי המחוקק האנגלי מתיר לבתי המשפט לעכב הליכים בתביעות בין בני זוג במקרים מסוימים בשל הרצון לשמור על שלמות התא המשפחתי⁸⁷. בדומה לכך, גם בדין הישראלי הייתה קיימת בסעיף 18(א) לפקודת הנזיקין חסינות בתביעות בין בני זוג, בהתבסס על חוסר הרצון להחיל את עקרונות המשפט הפרטי על יחסים בין בני זוג, כביטוי לאי רצון להתערבות גורפת בתא המשפחתי, בדומה למצב בדין האמריקני⁸⁸. חסינות זו בוטלה ב־1969 עם חקיקת חוק הסדר התדיינויות בין בני-זוג⁸⁹. גם כאן קבע סעיף 1 לחוק זה כי בית המשפט רשאי לעכב את ההליכים עקב נזק גדול הצפוי לשלום הבית, אם כי דה־פקטו לא נעשה בזכות זו כל שימוש, ובית המשפט לענייני משפחה אף ראה בכך מעין אות מתה בספר החוקים⁹⁰. אם כן, מאז אותה שנה רשאי בן זוג להגיש תביעה נזיקית נגד בן זוגו. בזכות זו נעשה שימוש, אם כי במשורה, למשל בעניין הפרת הבטחת נישואין⁹¹, בגירוש אישה בעל כורחה⁹² ובמקרים נוספים שבהם נגרם נזק לבן זוג ממעשי בן זוגו, למשל תקיפה או השחתת רכוש⁹³. אם

85 שמואלי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 304–311.

86 עיינו Sandra L. Haley, *The Parental Tort Immunity Doctrine: Is it a Defensible Defense?* 30 U. RICH L. REV. 575, 598–602 (1996); DAN B. DOBBS & PAUL T. HAYDAN, TORTS AND COMPENSATION, 441–446 (5th ed., 2001), וכן: Christie, לעיל ה"ש 36, בעמ' 543–545; JOHN L. DIAMOND, CASES AND MATERIALS ON TORTS, 449 (2001); RICHARD A. EPSTEIN, TORTS, 613–614 (1999); FRANK J. VANDALL ET AL., TORTS: CASES AND PROBLEMS, 668–688 (2nd ed., 2003).

87 Law Reform (Husband and Wife) Act 1962, Ch. 48 (Eng).

88 ראו קפלן ופרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 801.

89 לעיל ה"ש 34; ס' 3 לחוק זה ביטל את ס' 18(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

90 תמ"ש (שלום ת"א) 81233/98 פלוני נ' פלונית, תק"מ-ש 2000 (1) 147 (2000), פס"ג להחלטתו של השופט שאול שוחט.

91 עניין סולטאן, לעיל ה"ש 32; תמ"ש (שלום ת"א) 105841/99 אהרון נ' בסיליאן, תק"מ-ש 2002 (2) 332 (2002) (להלן: עניין אהרון).

92 ע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה, דינים עליון לח 369 (1995).

93 תמ"ש (שלום ת"א) 64901/96 פולק נ' פולק, תק"מ-ש 2001 (3) 83 (2001); עניין אהרון, לעיל ה"ש 91, בעמ' 354; עניין פלונית 2004, לעיל ה"ש 27.

כן, באנגליה, ברוב מדינות ארצות־הברית וגם בישראל החסינות בוטלה למעשה זה מכבר. הבסיס האידיאולוגי שמאחורי החסינות היה פטרנליסטי למדי, ועם ביטולה מי ששוקל האם להגיש תביעה נזיקית אם לאו הוא התובע הפוטנציאלי ולא המחוקק או בתי המשפט. אמת, לתביעות נזיקיות עלולות להיות השפעות הרסניות על יחסים נמשכים, ולא רק במסגרת המשפחה: תביעה נזיקית מהווה עימות ישיר בין התובע לנתבע. לעתים, עלול התובע לצאת כששכרו בהפסדו – הוא יזכה בתביעה אך יחסיו עם הנתבע יספגו מכה אנושה. כאשר אותו מעוול פגע בקרבן והוא נשפט בפלילים, יוכל הקרבן "להצטדק" ולטעון שלא הוא זה שפתח בהליך ולא הוא זה המנהל אותו; הוא יוכל גם לנסות ולהשפיע על בית המשפט להקל בעונשו של הפוגע. לעומת זאת, ההליך הנזיקי נמצא כל כולו בשליטת התובע: ברצותו יגיש את התביעה, ברצותו ינהל אותה וברצותו ימשוך אותה. אם בחר לתבוע, הוא זה המנהל אותה באופן ישיר ותפקידו אינו תפקידה של דמות "מאחורי הקלעים" שאינה צד ישיר לעימות. זאת, בשונה מן הדין הפלילי, שם המדינה היא המאשימה והפוגע הוא הנאשם, ולקרבן אין כמעט כל מעמד בניהול ההליך⁹⁴. ועדיין, חשש זה אינו מונע הגשת תביעות כאלה, בדרך כלל.

אם כן, כיום אין לחסום תביעה נזיקית בין בני זוג ואין גם להצר את צעדיה ולהגבילה, כפי שקפלן ופרי מציעים. דהיינו, לא ניתן לעקר את התביעה הנזיקית מטעמים פטרנליסטיים, שלפיהם התובעת תיקלע למצב לא רצוי מבחינתה לפי דיני המעמד האישי בעקבות הגשת התביעה. הסבל העצום והלא מוצדק של מסורבות הגט, שבעליהן מתעללים בהן נפשית, מוציא את העניין בוודאות מהתחום של "שמירה על הרמוניה משפחתית". על האישה לבחור אם ברצותה לתבוע בנזיקין, פיצויים שלמים ומלאים, אם לאו.

(ד) בחינת הגישה מול מטרות דיני הנזיקין

קפלן ופרי בחרו לצמצם את האחריות הנזיקית על דרך פסיקת פיצוי חלקי ביותר למסורבת הגט התובעת. הדבר מנוגד למטרת הפיצוי והשבת המצב לקדמותו. אמנם, יש מקרים שבהם דיני הנזיקין מסייעים תביעות אפשריות, אך כאן יש להעיר שתי הערות התלויות זו בזו במידה מסוימת: האחת, הסיוג בא תמיד בפסיקה כחלק מן התנאים המקדמיים לקבלת התביעה ולהכרה בה. דהיינו, הפסיקה דואגת לחדש ולהרחיב בעניין נזיקי מסוים ולהכיר בתביעה בגינו, אך זאת, לעתים, רק בהתקיים תנאים מסוימים, מִצְרִים ומצמצמים, המסייעים בפועל הכרה נרחבת על־ידי הפסיקה; ואילו כאן, קפלן ופרי מנסים לסייג תביעה נזיקית בין בני זוג בכלל, ובגין נזק רגשי בפרט, שחיה וקיימת מלכתחילה מכוח החוק (גם אם עד

94 כפוף ליכולות הלא רבות מבחינה יחסית המוקנות לו מכוח חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א–2001, שגם הוא אינו מאפשר לקרבן העבירה לנהל את ההליך ואף לא להשפיע עליו באופן ממשי; יצוין, כי קובלנה פלילית פרטית הינה חריג לכך.

לאחרונה — רק בכוח ולא בפועל), כזו שאין צורך להכיר בה כתנאים מסוימים.⁹⁵ אם הייתה חסינות מפני תביעה כזו, וקפלן ופרי היו מציעים לבטל את החסינות בהתקיים התנאים שהציבו, ניהא; אך, כאמור, לא זה העניין דנן והסיוג אינו מוצדק. קפלן ופרי מנסים לאפשר, מחד גיסא, הגשת תביעה נזיקית בגין סרבנות גט, אך להגביל באורח ניכר, מאידך גיסא, את הסעד הנפסק בעיקרו בגין הנזק הלא ממוני שסבלה התובעת. ודוק: אמנם בתי המשפט פוסקים, בדרך כלל, פיצויים נמוכים יחסית בראשי נזק לא ממוניים, כגון פיצוי על אבדן תוחלת חיים או קיצור תוחלת חיים;⁹⁶ אך אדרבה: פסיקת נזק לא ממוני אינה כפופה לתקרה בשום עניין אחר, פרט לשני הסדרים חקיקתיים מפורשים — הסדר הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (אחריות מוחלטת⁹⁷) והסדר האחריות למוצרים פגומים (אחריות מוגברת⁹⁸), ובכל זאת, בתי המשפט פוסקים סכומים צנועים יחסית בראש נזק זה. היעלה על הדעת לסייג פיצוי זה עוד יותר מן הקיים ודווקא בעניין של מסורבת גט, בעיקר כאשר הפיצוי כולו אינו ממוני ואין, בדרך כלל, ראשי נזק אחרים?⁹⁹

ההערה השנייה עניינה בסוג האחריות המסויגת. לא אחת סייגה הפסיקה תביעות בהתנות את עילת התביעה בהתקיים תנאים מסוימים; אך עם קביעת האחריות העקרונית וההכרה בעילת התביעה, דהיינו, משעבר התובע משוכות אלו ועמד בסייגים הנדרשים, הוא זכאי לפיצוי מלא. לא ניתן למצוא מקרים שבהם אף שהתובע עמד בסייגים לקיומה של תביעה, מוטלת עליו מגבלה באשר לראשי הנזק והסעדים להם הוא זכאי אלא במקרים בודדים, מוגדרים מסוימים. מקרים שבהם היו סייגים כאלה נקבעו דווקא בחקיקה. ונוסף לכך, כאמור, היו אלה מקרים שבהם אימץ המחוקק משטרים של אחריות מוחלטת או מוגברת, ולא מקרים השייכים למשטר של רשלנות, בדומה לעניין של מסורבות הגט.

קיימות כמה דוגמאות בולטות מתחומים שונים בדיני הנזיקין, שבהן הכירה הפסיקה בעילת תביעה חדשה בהתקיים תנאים מצמצמים, אך היה מדובר בעניין חדשני (יציר כפי הפסיקה) ולא בסיוג של קונסטרוקציה קיימת. באותם מקרים היה

95 באופן עקרוני ראינו שכן זוג יכול לתבוע את בן זוגו בנזיקין על פי הדין הישראלי משנת 1969 (אלא שער עתה נשים לא בחרו בפועל בדרך זו לצורך קבלת פיצוי בגין סרבנות גט).

96 ראו, למשל, ע"א 15/61 שנער נ' חסן, פ"ד כ(2) 455 (1966).

97 חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975. הטעמים להגבלת הפיצוי בעניין זה הם היות החוק חוק סוציאלי, שמטרתו פיצוי כלל הניזוקים בתאונות דרכים, ללא קשר לאשם; ראו, למשל, ע"א 398/99 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' דיין, פ"ד נה(1) 765, 767-768 (1999).

98 חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980. גם כאן קיים הסדר דומה לזה שבחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים.

99 גם הצעת חוק דיני ממונות (הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006, היא הקודקס האזרחי החדש העתיד להחליף את מרבית החקיקה האזרחית <http://www.justice.gov.il/NR/rdonl/yres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B03C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf>, להלן: הצעת חוק דיני ממונות), בס' 488 להצעת החוק, מציעה להותיר את שיעור הפיצוי בגין נזק לא ממוני לשיקול דעתו של בית המשפט בכל מקרה ומקרה, ואינה קובעת מסמרות בעניין.

מדובר בתולדה חדשה של עוולת הרשלנות (כמו עילת התביעה העיקרית בעניין סרבנות הגט), אך באותם מקרים לא הוטל סיוג על ראשי הנזק, והפיצוי שנפסק היה פיצוי מלא. בין אותן דוגמאות: מצג שווא רשלני – עניין וינשטיין¹⁰⁰; הולדה בעוולה – עניין ויצוב¹⁰¹; נזק נפשי טהור למעגל המשני – עניין אלסוחה¹⁰²; רשלנות שופט – עניין פרידמן¹⁰³; הזנחה רגשית של ילד על-ידי הורה – עניין

100 המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה, פ"ד ח 1317 (1954). באמצע שנות החמישים קבע השופט שמעון אגרנט, כי יש להכיר במעין "סניף" של עוולת הרשלנות, הוא מצג השווא הרשלני – תוצר הפסיקה. היה בכך משום חידוש גדול ביותר. השופט מצא לנכון להגדיר היטב את הקריטריונים לקיומו של מצג שווא רשלני ובכך להכיר בו כתנאים מסוימים בלבד, ולא בכל מקרה. מדובר בחמישה קריטריונים מצטברים ומחמירים: (א) העסקה נעשתה במהלך הרגיל של העסקים; (ב) ההודעה הייתה למטרה מסוימת שבגינה נגרם הנזק; (ג) ההיקף המירבי של הנזק הכלכלי ניתן להגדרה מראש; (ד) המצג מכון לסוג מוגדר של אנשים; (ה) הנחבע ידע שתהא הסתמכות על המצג. בהתמלא תנאים אלה ניתן לקבל פיצוי מלא.

101 ע"א 518/82 ויצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986). בעניין זה קבע בית המשפט העליון, כי כאשר נולד ילד עם פגם גופני ושכלי חמור בעקבות ייעוץ גנטי רשלני של רופאה, שלמרות היסטוריה של מחלות גנטיות במשפחה ייעצה להורים להביא ילדים לעולם בלא חשש, כי תביעת הילד הוכר, אך זאת דווקא כשמדובר בפגם חמור מאוד כמו באותה פרשה.

102 ע"א 80/88 אלסוחה נ' עיזבון המנוח דהאן, פ"ד מד(3) 397 (1990) (להלן: עניין אלסוחה), בעניין זה הוכר נזק נפשי למעגל משני טהור, דהיינו לקרובים של הנפגע הראשי, כגון קרוביו של נפגע בתאונת דרכים שחזו בפציעתו ובגסיסתו, כנזק שהוא בריפיצוי. תביעה כזו הוכרה בעבר, באמצע שנות השמונים של המאה הקודמת, באנגליה, בעניין McLoughlin v. O'Brian [1982] 2 All E. R. 298 (H. L.); ובדומה לכך בתחילת שנות התשעים בישראל. היה בכך משום חידוש גדול, אך בתי המשפט בפרשיות אלה שביקשו למנוע תביעות סרק קבעו כמה קריטריונים קשיחים מאוד באופן יחסי להכרה בתביעה כזו. בישראל נקבעו הקריטריונים הבאים בפסיקתו החדשנית של הנשיא שמגר בעניין אלסוחה: (א) הנזק שהוכר כבר תביעה כלל רק תגובות מהותיות העולות כדי פסיכזה – מחלת נפש, או נזירחה – מקרים ברורים וקשים ואף משמעותיים מבחינת משכם, של פגיעות נפשיות רציניות, גם אם אינן עולות כדי מחלת נפש; (ב) מידת הקירבה: בדרך כלל, נדרשת קירבה ראשונה בלבד, אם כי הנשיא שמגר אינו סוגר את הדלת בפני מקרים אחרים של קירבה העשויים להיות דומים לקירבה ראשונה. עד היום לא הוכרו מקרים אחרים, אך יש להניח שמדובר, לדוגמה, בדודה שגידלה את מי שנפגע פיסית, ואולי אף בגננת או במורה לגיל הרך כלפי ילדי בית ספר, וכולי; (ג) קירבה במקום ובזמן לאירוע; (ד) התרשמות ישירה, אם כי הנשיא שמגר אינו פוסל לחלוטין גם התרשמות מכלי שני; (ה) הנזק נגרם כתוצאה ממאורע פתאומי. גם כאן, בהתמלא התנאים הללו ניתן לקבל פיצוי מלא. על הסוגיה ראו גם ע"א 642/89 עיזבון שניידר נ' עיריית חיפה, פ"ד מו(1) 470 (1992); ע"א 7836/95 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' עיזבון (און) תמי, פ"ד נב(3) 199 (1998); לקביעת תנאים מסוימים בפסיקה האמריקנית ראו: Greenberg v. Stanley, 143 A. 2d 588, 590 N.J. Super. (1958); Thing v. La Chusa, 771 P. 2d 814, 815 Cal. (1989); RESTATEMENT (2nd) of TORTS § 436(3) (1965); וכן: Prosser & Keeton, לעיל ה"ש 36, ס' 54, בעמ' 365; Dobbs, לעיל ה"ש 3, ס' 310, בעמ' 841.

103 בריע מחזוי י"ם 2315/00 מדינת ישראל נ' פרידמן (לא פורסם, 12.3.2001). בבקשת רשות ערעור חש הרכב בראשות נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים השופט ורדימוס זיילר, כי קיימת בעייתיות בקיום החסינות המוקנית בס' 8 לפקודת הנויקין [נוסח חדש] לשופט מפני תביעה נזיקית (בהרכב ישוב גם השופטים דוד חשין ויהודית צור). בפסק דינו החדשני

אמין¹⁰⁴; פיצוי בגין הגברת סיכון — עניין מלול¹⁰⁵. הפסיקה הרחיבה אפוא באותם מקרים והכירה בעילות שלא היו מוכרות קודם לכן, תוך שהיא מתנה את

אפשר בית המשפט את עצם הדיון העקרוני בתביעה כזו למרות שקיבל, לגופו של עניין, את בקשת המדינה למחוק את התביעה על הסף. את האפשרות העקרונית לדון בתביעה כזו תלה בית המשפט בשני סייגים מרכזיים שמטרתם לעקוף בעיות שעוללות לצורך כתוצאה מהלכה זו, ובהן חשש לעצמאות השיפוט, בעיית "שופט שופט שופט" והרתעת יתר. סייג אחד הינו האפשרות לתבוע את המדינה בלבד באחריות שילוחית עצמאית למעשי השופט, ולא את השופט עצמו בתביעה אישית. עקרונית, סייג זה עולה בקנה אחד עם חוק לתיקון פקודת הנוזיקין (מס' 10), התשס"ה–2005, ס"ח 2026, שלפיו ניתן להגיש תביעה רק נגד המדינה כשעובד ביצע עוולה. סייג שני הינו ההכרה בתביעה "רק במקרים קיצוניים מאוד של רשלנות בוטה מאוד". בית המשפט מדגים בשתי דוגמאות, שאולי אינן מספקות כקביעת שורה של קריטריונים, אך הן מהוות תחילתה של דרך: לדברי בית המשפט הוצאת פקודת מאסר על-ידי ראש ההוצאה לפועל ללא בדיקה ראויה אם התנאים הנדרשים להוצאתה אכן התקיימו (אלה היו עובדות הפרשה) היא, לכל היותר, שגגה (מה עוד שפקודת המאסר לא ברצעה לבסוף); אך שופט שנמנע, לדוגמה, מלתת פסק דין עשר שנים לאחר סיום ההליכים מוחזק כרשלן באורח בוטה. נעשה כאן איוון בין הרצון לשמור על חסינות השופט לבין הרצון לאפשר פיצוי למי שנפגע מרשלנות המדינה, על דרך של הכרה אפשרית בתביעה בגין רשלנות בוטה דווקא, ורק נגד המדינה. יש בפסק הדין חשיבות וחדשנות, שכן הוא עוקף, למעשה, סעיף קיים המקנה חסינות, וקובע באמצעות הפסיקה חסינות תחת החסינות המוחלטת הקיימת בחיקוק, אך זאת — בנסיבות מיוחדות וקיצוניות בלבד. גם כאן יש חידוש גדול המוקה על-ידי סיוג והגבלה. אך משאלה מתקיימים ניתן לקבל פיצוי מלא. יש להדגיש, כי לפי ס' 20 לחוק-סוד: השפיטה, מאחר שמדובר בהחלטתו של בית המשפט המחוזי, מדובר בהלכה מנחה בלבד כלפי הערכאות הנמוכות יותר, ולאחרונה אף נפסקו פסק דין סותרים בסוגיה בערכאות הנמוכות, ולא נאריך כאן מעבר לכך.

עניין אמין, לעיל ה"ש 29. בפרשה זו נקבע באופן כללי, עמום משהו, כי הכרה בתביעה נזיקית של ילד נגד הוריו בגין הזנחה רגשית אפשרית אך רק במקרים נדירים ומיוחדים, כמו באותה פרשה. במקום אחר ביקרנו אמנם את האמירה העמומה ואת החוסר בקריטריונים ברורים לקבלת התביעה, שמואלי, לעיל ה"ש 41, אך גם כאן יש, ראשית לכל, הכרה בתביעה החדשנית אך בתנאים מסוימים בלבד. משאלה התמלאו, ייפסק פיצוי מלא.

ע"א 7375/02 בית החולים כרמל חיפה נ' מלול, תק-על 2005(1) 4239 (2005), בפרשה זו הכיר בית המשפט העליון בראש נזק של הגברת סיכון, שלפיו אם לא ניתן להוכיח במאזן הסתברויות את הקשר הסיבתי העובדתי בין העוולה לנזק, אך יש הסתברות מסוימת שהנתבע אכן הגביר באחוז מסוים את הסיכון לתובע, ניתן יהיה לקבל פיצוי גם בעד הגברת הסיכון גופא. בית המשפט העליון מונה גם בפרשה זו כמה תנאים להחלת ההלכה: (א) שימוש באומדנא, כדי להעריך את שיעור הגברת הסיכון, ייעשה במקרים שבהם דרוש הדבר למניעת אי צדק; (ב) יש צורך להצביע על כך שהנתבע היווה גורם סיכון ומשמעותי ולא זניח או מוערי; (ג) מבחן מירב הראיות המדעיות שעל התובע להציג ולבאר. שלושת המבחנים נקבעו בפס' 26 ו-30 לפסק-הדין. ניתן להוסיף לכך מבחן רביעי: על התובע להוכיח אי ודאות מובנית בשאלה מי מבין גורמי סיכון מוכרים לנזק, שחלקם עולותיים, גרם בפועל לנזק של התובע, ראו פס' 26. במקום אחר ביקרנו הלכה זו מטעמים שונים, בנימין שמואלי, רון שפירא וקמיל פוקס "הסיבתיות העמומה" — עמומה מדי: על הגברת סיכון, מאזן הסתברויות והערכה כללית המבוססת על צדק" מחקרי משפט כג התקבל לפרסום (2007); אך גם כאן הולך בית המשפט העליון, בעיקרון, באותו תלם, וכאשר מוכר ראש נזק כזה הרי שהוא מוכר באופן מוחלט, והפיצוי אמור להתקבל בעבור שיעור הגברת הסיכון כולו.

התביעה בתנאים מסוימים בלבד; אך משעמד התובע בתנאים אלו בכל אחד מן המקרים שהוזכרו ובדומיהם, יכול היה לתבוע ולקבל כל סעד לו היה זכאי מכוח דיני הנזיקין, ללא כל הגבלה (כאמור, פרט למקרים נקודתיים ומוצדקים שנקבעו בחקיקה, ולעולם לא בעוולת הרשלנות)¹⁰⁶. כל עניין אחר, שבו תוטל מגבלה על גובה הפיצוי בראש נזק מסוים, נוגד את מטרתם העיקרית של דיני הנזיקין – פיצוי הנפגע והשבת מצבו לקדמותו, ככל שהדבר אפשרי וניתן. לפיכך, נסיגה של קפלן ופרי לצמצום את הפיצוי על-פי דיני הנזיקין, במיוחד באמצעות הפסיקה, הוא נסיון בעייתי, שאינו עולה בקנה אחד עם הדרך המקובלת שבה הולכים דיני הנזיקין.

האם גישתם של קפלן ופרי עולה בקנה אחד עם הצדק המתקן? כאמור, לגישתנו, הדין המהותי, החל בעניין של פיצוי נזיקי בגין סרבנות גט, הוא רק מערכת דיני הנזיקין. דיני המעמד האישי אינם צריכים להשפיע על תביעה זו, כפי שמציעים קפלן ופרי. נקודת המבט הפטרנליסטית של קפלן ופרי אינה עולה בקנה אחד עם מטרת הצדק המתקן, שכן יש, לגישתם, להתחשב במכלול יחסים אחר, לא נזיקי, שבין הצדדים. הפטרנליזם, אליבא דקפלן ופרי, גורס כי כאשר תפנה האישה לקבל גט בבית הדין הרבני היא עלולה להיתקל במחסום בשל התביעה הנזיקית שתעמוד לה לרועץ ותהפוך את הגט שיינתן למעושה. במילים אחרות, לגישתם, יש להתחשב ביחסים הנמשכים והעתידיים שבין צדדים אלו; מדובר אפוא בהתחשבות במערכת יחסים לא-נזיקית שקיימת או שתהיה קיימת בין הצדדים. מכאן עולה ממילא שגישתם אינה עולה בקנה אחד עם עקרון הצדק המתקן, שלפיו יש להתחשב רק בצדדים לאירוע הנזיקי. גישתם אינה עולה בקנה אחד עם הצדק המתקן ועם מטרת הפיצוי גם מסיבה אחרת, אולי מהותית יותר. מאחר שלגישתם, עלולה במקרים מסוימים האשה התובעת לקבל פיצוי הנמוך באופן ניכר מהנזק שנגרם לה, לא יהיה תיקון אמיתי של העוול, שהוא הנזק הרגשי שסבלה עקב ההתעללות הנפשית שבסירוב לתת גט. כאמור, לפי הצדק המתקן, על המזיק לפצות את הניזוק בדיוק בגובה הנזק שגרם לו, לא פחות ולא יותר, והניזוק זכאי לקבל פיצוי על הנזק שנגרם לו, לא פחות ולא יותר. להצעתם של קפלן ופרי, הבעל-המזיק יפצה את האישה-הניזוקה בפחות משווי הנזק, ואילו היא תקבל פחות משווי הנזק בלא שתפוצה על ההפרש מגורם אחר. לו היה הדבר מקדם בצורה משמעותית את סיכוייה לקבל את הגט, ניחא. אך משאין זה המצב, גישתם בעייתית.

גישתם של קפלן ופרי עולה בקנה אחד באופן חלקי עם מטרת הצדק המחלק.

106 מוכן שישנם גם מקרים שבהם התביעה אינה מתקבלת כלל מטעמים של שיקולי מדיניות משפטית. כך היה המצב לעניין ראש הנזק של אבדן השתכרות בשנים האבודות עד לאחרונה, ע"א 295/81 עזבון גבריאלי נ' גבריאלי, פ"ד לו(4) 533 (1982), שנהפך בע"א 140/00, 550/01 עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004); אך כאן יש קביעה ברורה כי אין מוטלת אחריות נזיקית כלל, ואין הטלת אחריות מחר גיסא, וצמצום הפיצוי מאידך גיסא.

מטרתם היא לאפשר לנשים מסורבות גט לתבוע ללא חשש מגט מעושה. לפיכך נועד מאמרם לסייע לקבוצת הנשים מסורבות הגט, הנחשבת לקבוצה חלשה לעומת הבעלים סרבני הגט; אלא, שכפי שצוין לעיל, כלל אין זה ברור אם אכן יסייע הדבר בעדן, בסופו של דבר, ויפתור את דילמת היסוד (כאמור, לא לנשים המבקשות גט ולא לנשים המעוניינות דווקא בפיצוי¹⁰⁷). בנוסף, כאמור, בתי המשפט פוסקים, בדרך כלל, פיצויים נמוכים יחסית בראשי נזק לא ממוניים, ואין היגיון לסייג פיצוי בראש נזק כזה זה עוד יותר, ודווקא בעניין של קבוצה כה חלשה כגון מסורבות גט, ובעיקר כאשר הפיצוי כולו אינו ממוני.

גישתם של קפלן ופרי גם אינה מתיישבת, לפחות לא באופן מלא, עם מטרת ההרתעה. אליבא דמטרה זו, הרי שיש להרתיע בעלים המסרבים לתת גט, ולגרום להם לשאת בעלות החברתית של התנהגותם, באמצעות הטלת אחריות וחיובם בתשלום פיצויים לנשותיהם בגין הנזקים שגרמו להן. אמנם, אם קפלן ופרי היו סבורים שעקב הבעיה ההלכתית של החשש לעישורי הגט אין לפצות את האישה ויש לדחות על הסף תביעות נזיקין של מסורבות גט, הדבר היה מנוגד לחלוטין למטרת ההרתעה. אולם, גם סיוג משמעותי של גובה הפיצוי עלול לפגוע בהרתעה, הן בהרתעת היחידה-הנתבע והן בהרתעת הרכים — הבעלים המסרבים לתת גט, הפוטנציאליים והקיימים. אלה יידעו שסירובם עלול להביאם, לכל היותר, לידי חובה לשלם פיצוי באופן חלקי ביותר על עוולתם. זוהי, למעשה, הרתעת חסר; בעניין כזה ההנאה שיפיקו מהסירוב לתת גט עלולה לעלות על החיסרון הנובע מהחובה לשלם את הפיצוי הנזיקי. הדבר עלול להניע אותם להמשיך ולסרב לתת את הגט, במיוחד, אם לא תוכר האפשרות לתבוע שוב בעתיד על המשך הסירוב.

3. ביקורת על הגישה הפמיניסטית

(א) הצגת הגישה הפמיניסטית של יפעת ביטון וביקורתה על הגישה הפטרנליסטית יפעת ביטון מתרעמת הן כלפי אופן הצגת הדברים של קפלן ופרי והן כלפי תוכנם. לדעתה, ניתוח הדברים על ידיהם נעשה כולו בתוך "המסגרת של המגבלות הדכאניות והאנטי-פמיניסטיות שדיני המשפחה מטילים על זכויותיהן של נשים יהודיות"¹⁰⁸. לדעתה, מאמרם מדכא נשים ושולל את כוחן, למרות שהוא נחזה לכאורה להיות פרו נשי, בהיותו מצדד, לכאורה ובאופן עקרוני, בתביעה נזיקית של מסורבות גט. היא עצמה מציעה ניתוח של יחסי הכוחות בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה במשפט הישראלי מזווית פמיניסטית, שלפיה תביעותיהן הנזיקיות של מסורבות גט לא תוכפנה לתנאי דיני המשפחה, אלא להיפך — הן יתקבלו במלואן ויהיה בהן כדי להוות מנוף לשינוי יחסם של דיני המשפחה לנשים. לדעתה, יש להגיע לדיאלוג ולהבנה בין שתי מערכות הדינים, אם כי היא מציינת שהייתה רוצה לראות

107 ראו חלק ג(2)(ב) לרשימה זו.

108 ביטון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 871.

את התביעה הנזיקית כמכשיר לשינוי דיני המשפחה הדכאניים. ביטון מתקוממת גם בשל בקשתם המובלעת של קפלן ופרי מהקוראים להתנתק משאלות רגשיות בדבר סבלן של נשים כמסורבות גט, ולראות נכוחה את המצב המשפטי בסוגיה, בקשה שהיא אנטי-פמיניסטית לדבריה. היא קובלת על כך שקפלן ופרי מתעלמים מהמחיר שנושים משלמות וממשמעותו הסימבולית ומהסיכוי של האישה לחופש, וכן מהמחיר שנושים תיאלצנה לשלם לו יאוינו תביעותיהן הנזיקיות. לדבריה, קפלן ופרי מנסים לשנות סדרי עולם נזיקיים על-ידי הגדרה מראש של זכויות תביעה נזיקיות קיימות, ואף קובעים בדרך לא מבוססת כי דיני המשפחה גוברים על דיני הנזיקין וכי הזכויות הנזיקיות מוכפפות לחיובים לפי דיני המשפחה. לדעתה, הנחתם שלפיה האישה תעדיף תמיד לקבל גט מאשר להיות מסורבת גט ומפוצה, אינה נכונה בהכרח. תביעת הנזיקין אינה שליחה של דיני המשפחה, ויש לה מניעים עצמאיים שהם, בראש ובראשונה, פיצוי הניזוקה בגין נזק שסבלה מהמזיק. היא גם מצרה על כך שהפיצוי על-פי הצעתם של קפלן ופרי נמוך באופן ניכר מזה שהיה ניתן על-פי דיני הנזיקין. ביטון סבורה, כי גם אם היה טיעונם של קפלן ופרי מוצדק לכל אורכו, היה מקום ליתן לנשים את הזכות המוחלטת לבחור בין האפשרויות השונות — מיצוי תביעתן הנזיקית לעומת יכולתן לקבל גט על-פי הדת, מתוך הנחה שיהיו נשים שיעדיפו רווחה כלכלית לאחר עינוי של שנים, על פני האפשרות להתגרש. לפיכך, לדעתה, יש מקום לקבל את התביעה הנזיקית, מתוך רצון פמיניסטי לראות בדיני הנזיקין מכשיר לשינוי דיני המשפחה בבית הדין הרבני.

(ב) הגישה "חוטאת" באותו חטא שהיא מתריעה מפניו — הפניית מערכת דינים אחת לניגוח מערכת דינים אחרת

כאשר ביטון מציגה במאמרה את גדר המחלוקת בינה לבין קפלן ופרי היא טוענת, בין היתר, כי הם הכריעו במחלוקת לטובת דיני המשפחה והכפיפו אליהם את דיני הנזיקין. לדעתה, מדובר ביחס אופקי ולא אנכי ואין להכפיף את דיני הנזיקין לדיני המשפחה, אלא לתת לדיני הנזיקין את המרחב שלהם ואף להשתמש בהם כמנוף לקידום דיני המשפחה העבריים, ככל שמדובר במעמד האישה המדוכאת על-פי דין זה. ביטון לכאורה מדברת על מניעים עצמאיים-נזיקיים של התביעה. ואכן היא מתריעה, שקפלן ופרי "הופכים את התביעה הנזיקית לשליחה של ענייני המשפחה, לכלי בלבד להשגת המטרה הסופית של גט ראוי. תוך כדי כך הם מתעלמים ממניעיה העצמאיים של התביעה, שעניינם הוא בראש ובראשונה פיצוי הניזוקה בגין נזק שסבלה מן המזיק, אשר יפדה את ערכם של הטוב והרווחה שנגזלו ממנה בשל התנהגותו"¹⁰⁹. את אשר היא דורשת, אין, לשיטתי, נאה מקיימת; שהרי היא מצהירה שוב ושוב במאמרה על מטרתן האמיתית של תביעות מסוג זה — שינוי, ישיר או עקיף, של דיני המשפחה הדכאניים השוררים בבית הדין הרבני. אין מדובר

בדיאלוג ובהרמוניה בין מערכות הדינים, כפי שהיא מנסה לשכנע, אלא בניסיון לנגח את דיני המשפחה הדכאניים, כלשונה, בבית הדין הרבני. לזאת לא ייקרא הרמוניה או דיאלוג. בכך שביטון משוועת להיותה של התביעה שליחה לשינוי דיני המעמד האישי, היא "חוטאת" בחטא דומה לזה של קפלן ופרי, שביקשו לשנות את דיני הנזיקין כדי למנוע פגיעה אפשרית בדיני המעמד האישי. יש להיזהר לא רק מניסיון "אינטראקציוני" כמו זה המוצע על ידי קפלן ופרי, אלא אף מניסיון כמו זה שמציעה ביטון לנצל את התביעה הנזיקית ולהופכה למכשיר לשינוי דיני המעמד האישי בבית הדין הרבני. דיני הנזיקין עומדים כשלעצמם, וניתן להגיע לתוצאה שאליה מכוונת ביטון גם ללא המטרה הפמיניסטית. יתירה מכך, נקודת המבט הפמיניסטית היא צרה יחסית וגוררת גם אנטגוניזם מצד חוגים שונים, כגון דיינים או מחוקקים. יש גם לעיין היטב באמרה שדיני המשפחה דכאניים, כהכללה גורפת. לטעמי, אכן יש מה לשפר במערכת בתי הדין הרבניים ובתוצאות פסקי הדין, כמו גם לעניין אכיפתם והוצאתם לפועל, בוודאי לעניין מסורבות גט, אך יש מה לשפר גם במערכות אחרות.

(ג) לשיקולים "פוליטיים" שמטרתם הבסת מערכת בתי הדין הרבניים אין מקום בתביעה נזיקית

גם אם ביטון צודקת באופן עקרוני כאשר ליחס לנשים בבתי הדין הרבניים, טענתה היא, למעשה, "פוליטית" לחלוטין, וחשוב להבחין בינה לבין טיעוניהם של קפלן ופרי, הנשארים במסגרת ה"מקצועית", גם אם אלה אינם לרוחה. מדוע טענתה פוליטית? הטעם לכך הוא, שאם שיטת המשפט מאפשרת לבתי הדין הרבניים לפעול, קיים קושי לקבל את הרעיון שבמסגרת שיקולי מדיניות משפטית-חברתית, יהיו אשר יהיו (גם אם הם חשובים מאוד), יובא בחשבון שיקול שעניינו גיוס ענף משפטי אחד במטרה להביס מוסד אשר המשפט מכיר בו במפורש ומעניק לו סמכויות שיפוט ייחודיות בענייני נישואין וגירושין. זאת, גם אם בעיני כותב זה או אחר עדיף היה לבטלו או להצר את סמכויותיו. אין בין מטרות דיני הנזיקין מטרה ידועה ומוקנית של מאבק בדין ההלכתי או במערכת בתי הדין הרבניים או בכל מערכת משפטית לגיטימית אחרת. הכרעה כזו צריכה להיעשות, אם בכלל, על-ידי המחוקק¹¹⁰.

ייתכן שיטען הטוען, כי מדובר בשיקולים פמיניסטיים לגיטימיים העולים חדשות לבקרים, מכיוון הפמיניזם הרדיקלי בעיקר¹¹¹, בדבר הצורך לשבור או

110 לביקורת המתנגדת לשיקולי צדק מחלק בפסיקה ראו Weinrib, Private Law לעיל ה"ש 45, בעמ' 211. ביקורת זו נכונה לענייננו, שכן ניתן לתפור את גישתה של ביטון כעולה מצדק מחלק, כפי שנפרט בחלק הבא.

111 ראו למשל: Catherine A. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, 8 JOURNAL OF WOMEN IN CULTURE AND SOCIETY 635 (1983).

לשנות מן היסוד מוסדות הנחשבים לדכאניים כלפי נשים. הפמיניזם עוסק, בין היתר, בזיהוי מוקדי הכוח בחברה ובמשפחה, ומנסה לשבור, בשם השוויון, את שליטתם המסורתית של בעלי הכוח מקום שהדבר עלול לגרום נזק לחלש. הפמיניזם הרדיקלי מדגיש במיוחד את ההסתכלות המגדרית המבוססת על התמקדות בשוני המטריאלי ביחסי הכוחות בין גברים לנשים, ובהשפעת שוני זה על מעמד הנשים בחברה. זרם זה שואף להתנערות מכפיפות של קבוצות חלשות בחברה ובמשפחה לקבוצות חזקות יותר, מתוך הבנה כי אי התערבות מערכתית משמעה הנצחת פערי הכוח. לגישה זו, שוויון הוא שאיפה להשמיד היררכייה מגדרית ומלאכותית, ולא הבדלי מגדר חברתיים קיימים וטבעיים. הפמיניזם, בעיקר זה הרדיקלי, אינו שש לרתום את המחזק ואת בתי המשפט, שהם חלק מהממסד, לביצוע מהפכות ושינויים, אם כי הוא אינו מבטל אפשרות כזו למען קידום ענייניו. הדברים אמורים, גם ובעיקר, כלפי הפמיניזם הפוסט-מודרני (המכונה לעתים "הגל השלישי" של הפמיניזם) היוצא נגד הרעיון שניתן לתקן פערים באמצעות המשפט וקורא בעיקר, בעניין זה, למהפכה חברתית. אכן, קיימות תיאוריות פמיניסטיות הסבורות כי מאחר שהמדינה בכלל, והשלטון בה בפרט, נתונים באופן מסורתי בידי הגברים, לא ניתן לראות במדינה ובמוסדותיה מכשיר יעיל במאבק לשינוי. אך דומה, כי ביטון קוראת לעריכת מהפכה שכזו דרך המשפט ובאמצעותו, על ידי הפניית מערכת שיפוטית לגיטימית אחת כלפי רעותה. בכך היא מצטרפת, למעשה, לאותן גישות פמיניסטיות רדיקליות הסבורות כי המדינה, על אף היותה גורם לפערים בין גברים לבין נשים, דווקא צריכה לשחק תפקיד רציני ביותר בביטול הנצחת הכוח המסורתי בחברה ובמשפחה, בעיקר מאחר שהיא זו שעיצבה את מוסד המשפחה והתווה את מבנהו. יש בכך פרדוקס מסוים: גישות אלה מגנות את פעולותיה של המדינה ומאשימות אותה בכך שהפכה לסוכנת של דיכוי ושל הנצחה חברתית מעוותת, ובו בזמן מעוניינות בתמיכתה בביצוע מהפכות ותמורות, ומקבלות אותה כבעלת-ברית אפשרית במאבק לשוויון¹¹². כאן, לענייננו, הניסיון הוא, כאמור, להפנות מערכת אחת, הנחשבת בעיני ביטון לליברלית ומקובלת יותר, במערכת אחרת הנחשבת על-ידיה לחשוכה ודכאנית. אך אין זה ממש ניסיון ליצור שינוי באמצעות מוסדות המדינה — יש כאן ניסיון לנצל תביעה פרטית של ניוזקה, הנדונה במוסדות של המדינה, לצרכים כלליים מגדריים, כפי שנראה בחלק הבא בהרחבה. הדבר בעייתי ביותר, שכן ניצול זה עלול בסופו של דבר לפגוע בתובעת עצמה.

זאת ועוד: גם אם מדובר בגישה פמיניסטית לגיטימית, עדיין ביטון "חוטאת" עוד יותר מקפלן ופרי, שכן היא קוראת להפריד בין מערכות הדינים ואינה עושה כן בעצמה, בעוד הם דיברו מראש בשבח האינטראקציה בין המערכות.

אין מנוס מלשרטט אפשרות, שכבר יש לה סימנים בשטח, שבשל המתח הקיים בין מערכות הדינים — בית המשפט לענייני משפחה ובית הדין הרבני — עלולה

גישה כמו זו של ביטון לגרור אנטגוניזם מצד בית הדין הרבני כלפי תביעות נזיקות כאלה, למשל, מתוך הבנה שבית המשפט לענייני משפחה חודר לתחום שאינו בסמכותו ומתערב בעניינים שאינם בתחום סמכותו, טענה שגם כך עולה במישורים שונים עקב מירון הסמכויות¹¹³. הרב דוד בס אף מזהיר, כי "קיים חשש שהפסיקה תעורר תגובת בומרנג: יתכן, כי פוסקי הדור יקבעו, שפסקי-הדין יוצר חשש לגט מעושה, ובעקבות זאת יראו בתי הדין הרבניים צורך להימנע בעתיד מפסיקת חיוב לגט. קשה לדעת היאך בדיוק תסתיים מערכה זו"¹¹⁴. אכן, ייתכן שפתיחת חזית מפורשת נגד המערכת בריש גלי, גם אם בשם (ואולי, דווקא בגלל) הפמיניזם¹¹⁵, תביא נזק יותר מאשר תועלת, זאת, בשל תחושה של "הכרזת מלחמה", וכך ייצא שכר התביעה בהפסדה. ניתן להגיע לתוצאות דומות מתוך גישה נזיקית שאינה נגועה בשיקולים פוליטיים ואינה מנסה לקדם, במובהק, אינטרסים של קבוצה מסוימת בניסיון לשנות מערכת דינים אחרת באמצעות התביעה.

(ד) הגישה מנוגדת לצדק המתקן ועלולה לסכל את המטרה בדבר יישוב הסכסוכים של בית המשפט לענייני משפחה כאמור, לגישתי, הדין המהותי החל כתביעות מסוג זה הוא אך ורק דיני הנזיקין. דיני המעמד האישי אינם יכולים ואינם צריכים להשפיע על התביעה, כפי שמציעים קפלן ופרי. אלא שלא ניתן, מאידך גיסא, להשתמש בדיני הנזיקין כמכשיר למאבק בדיני המשפחה, כפי שמציעה ביטון. נקודת המבט הפמיניסטית של ביטון, המנסה לרתום את תביעותיהן של אותן נזוקות אינדיווידואליות למלחמה בדיני המשפחה כולם, כמעין "חרב" נגד הדיכוי של בתי הדין הרבניים, מנוגדת לצדק המתקן.

113 לטענה כזו כלפי בית המשפט בעניין ירושלים ראו למשל הרב בס, לעיל ה"ש 9, הטוען כי בית המשפט מותח ביקורת מרומזת-אך-ברורה על תפקודו של בית הדין הרבני שפעל בסוגיה זו בקצב איטי ביותר ולא הגיע לתוצאה המצופה מנקודת ראותו של בית המשפט לענייני משפחה. או אז "החליט השופט 'לתפוס פיקוד' וליטול לעצמו, לפחות במידה מה, את תפקידם וסמכותם"; לטענה כללית בדבר התערבות בית המשפט לענייני משפחה בעניינים לא לו בעניין של תביעה נזיקית למסורכות גט, ראו הרב דיכובסקי, לעיל ה"ש 80. הרב דיכובסקי, דיין בבית הדין הרבני הגדול, גם מתח ביקורת קשה על בתי המשפט לענייני משפחה בכנס "עשור להקמת בית-המשפט לענייני משפחה: חזון ומציאות" שנערך במרכז לזכויות הילד והמשפחה במכללת "שערי משפט" בשיתוף משרד המשפטים, 22.6.06. לדבריו, "עם בג"ץ וביקורותיו למדנו לחיות. הבעיה שלנו היא שבתי-המשפט לענייני משפחה רואים עצמם כ'בג"ץ קטן', מותחים ביקורת על בתי-הדין הרבניים ומשנים את קביעותיהם והחלטותיהם".

114 בס, שם.

115 ראו לעניין זה את דבריה של עו"ד סוזן וייס, העומדת בראש מרכז "צדק לנשים" (לשעבר גם יו"ר ארגון "יד לאשה"), שהגישה את התביעה בעניין ירושלים בשמה של התובעת וטענה מאוחר יותר כי פסק הדין של השופט הכהן בעניין ירושלים הוא בבחינת "תקדים ישראלי המכריז שבית המשפט האזרחי 'מוכן להתערב בסכסוך שמקורו בהלכה היהודית' ומזוי מעט את הסטטוס קוו", סוזן וייס "תביעת נזיקין נגד בעל סרבן גט" קולך 90 (ריח אדר א' התשס"ה).

ביטון מנסה, למעשה, "להרוויח" הרתעה לא רק כלפי המזיק, אלא גם כלפי מערכת בתי הדין הרבניים. ניסיון זה עומד בניגוד לעקרון הצדק המתקן, בעיקר אליבא דווינריב, הפוסל התחשבות בכל שיקול אינסטרומנטלי (המנסה להפוך את המשפט למכשיר לקידום מטרות חברתיות), שאינו חלק מהיחסים הישירים שבין הצדדים בלבד, ואשר לפיו יש להתמקד רק במתן תרופה ספציפית לעוללה ספציפית. פתיחת חזית נגד מערכת דיני המשפחה בוודאי מנוגדת לצדק המתקן¹¹⁶. אמנם, גישתה של ביטון עשויה להביא מזור ורווחה למסורבות הגט הבאות, אך הן אינן הניזוקות במקרה הספציפי הנדון. התחשבות במקרים אחרים ועתידיים אינה עולה בקנה אחד עם צדק מתקן, בעיקר כשהניזוקה הספציפית עלולה להפסיד מכך, כפי שיפורט מיד. גם אם לא "נלך עד הסוף" עם גישת הצדק המתקן הפורמליסטית, כפי שרואה אותה ווינריב, ולא נתמקד רק בייחוסים בין הצדדים ובהיבט הנזיקי, קשה לקבל את גישתה של ביטון. כך, למשל, התחשבות בשיקולים הרתעתיים נראית מתקבלת יותר על הדעת מאשר גישתה של ביטון. הטעם לכך הוא שבשיקולי הרתעה בא גם השיקול של הרתעת היחיד – אותו מזיק ספציפי שסוגייתו עומדת לדיון – ולא

116 ייתכן שהגישה המוצגת על ידי ביטון אינה עולה בקנה אחד עם תפישתו של ווינריב את הצדק המתקן אף מהיבט נוסף. אם המניע האמיתי לתביעה, כפי שמציגה אותו ביטון, אינו תיקון העוללה הנזיקית, אלא מאבק בבתי הדין הרבניים, אף אם מניע זה לגיטימי בעיני התובעת, אין להתחשב בו מכיוון שהוא מניע של צד אחד בלבד ולכן אין להביאו בכלל השיקולים הנשקלים לשם הכרעה בשאלה אם להטיל אחריות על המזיק, ובמילותיו של ווינריב: "In specifying the nature of the injustice, the only normative factors to be considered significant are those that apply equally to both parties ...corrective justice rejects considerations whose justificatory force extends to only one party. By paying attention to one-sided considerations, the law would in effect be allowing one of the two parties to demarcate the boundary between their respective normative positions. The fair terms of a bilateral interaction cannot be set on this unilateral basis", ראו Weinrib, *Correlativity*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 117–130; ראו עוד Weinrib, Nutshell, לעיל ה"ש 45; וראו על כך אצל Porat, לעיל ה"ש 59, בעמ' 166 והלאה, בדוגמת הפורום TV Program Case שהוא דן בה בפרק 2 למאמרו. לביקורת על גישתו זו של ווינריב ראו Kenneth W. Simmons, *Book Review: Justification in Private Law*, 81 CORNELL L. REV. 698 (1995–1996); Hanoch Dagan, *The Distributive Foundation of Corrective Justice*, 98 MICH. L. REV. 138 (1999–2000); יש לומר כי אם מטרתה האמיתית של התביעה היא אכן השגת הגט המיוחל, עלולה התביעה הנזיקית, ולו במקרים מסוימים, לפעול כחורב פיפיות ולסכל מטרה זו על-ידי יצירת אנטגוניזם מצד הבעל-הנתבע והתחפרות בסיורבו לתת את הגט, במיוחד אם אין לו נכסים ממשיים שניתן לגבות מהם בהליכי הוצאה לפועל של פסק הדין הנזיקי. והשוו לעניין זה את תפישתו של Porat כלפי החשש מיצירת רפואה מגננתית, הנתפש במקורו כשיקול של הרתעה (שהוא שיקול חיצוני, לכאורה, לצדק מתקן הנשען על שיקולי *Ex Post*), כשיקול של צדק מתקן *Ex Ante*. לגישה זו, שיקול כזה יכול להישקל כשיקול של צדק מתקן שהוא דווקא נגד קבלת התביעה מאחר שלחולה עדיף לדעת מראש שהוא יקבל את הטיפול הטוב ביותר. בהתאם לגישה זו, גם בעניין של סרבנות הגט, החשש ליצירת אנטגוניזם אצל הבעל אינו רק שיקול כללי אלא יש לו שייכות גם ליחסים בין המזיק לניזוקה הספציפיים. משכך, יש להתחשב בו כשיקול של צדק מתקן *Ex Ante*, Porat, בפרק 3 למאמר, עמ' 172–174.

רק הרתעת הרבים. מכאן עולה ממילא, שלשיקולי הרתעה שייכות מסוימת לצדק מתקן, לפחות לפי גישות שאינן פורמליסטיות. יתירה מכך, ההרתעה היא מטרה לגיטימית של דיני הנזיקין, בעוד ששיקול המאבק בבתי הדין הרבניים נראה, כאמור, כשיקול פוליטי שאינו ממין העניין ושאינו שייך למטרות דיני הנזיקין.

נראה, לעומת זאת, שגישתה של ביטון עולה בקנה אחד עם עקרון הצדק המחלק הקושר, כאמור, את כל הצדדים הפוטנציאליים לחלוקת העושר בחברה (ולא רק את שני הצדדים הספציפיים, המזיק והניזוק) על-פי קריטריון של יחסיות, וכך עושה שימוש במשפט כמכשיר לקידום מטרות חברתיות. כפי שראינו, מטרתה היא לסייע לנשים מסורבות הגט שהן המגזר החלש והפגיע מול הבעלים המסורבים לתת להן גט. יתירה מכך, ניתן לראות את גישתה גם כמי שתופשת את בית הדין הרבני המייצג והמיישם את הדין האישי כצד החזק המגביל את האישה ומקנה כוח ומעמד לבעל. על פי כל אחת מנקודות מבט אלה, ניתן לראות בגישתה גישה העולה בקנה אחד עם עקרונות של צדק מחלק. על כל פנים, הבעיה היא, שהגישה המאומצת על ידי ביטון עלולה לרמוס את הצדק המתקן ולעמוד בניגוד לעקרון הפיצוי של כמה וכמה נשים עד שתושג התוצאה המקוּנה מבחינתה, שהרי נשים אלה עלולות להפסיד גם את הגט המיוחל וגם את הפיצויים שלא ישולמו להן, בסופו של דבר, ולו בחלק מהמקרים. על כך נעמוד מיד.

אמנם, לגישתי, אין להתעלם משיקולים ציבוריים וחברתיים¹¹⁷, וגם אנגלרד שהציע גישה קומפלימנטרית מנסה להשכיח בצוותא צדק מחלק וצדק מתקן¹¹⁸; אך בעניין שלפנינו אם אמנם השניים מתנגשים, יש, לדעתי, להעדיף במפורש את הצדק המתקן: לא יהיה זה נכון להעדיף אינטרס פוטנציאלי מיוחל, ותו לא, של כלל הנשים, גם אם הוא נובע מצדק מחלק וגם אם הוא חשוב ביותר, על פני אינטרסים מוחשיים של נשים ספציפיות במקרים קונקרטיים. כאמור, אין להתעלם ממחלוקות רבות הניטשות לגבי הפרטי והציבורי בדיני המשפחה. שיקוליה של ביטון הם אולי שיקולי צדק מחלק רחבים, הנגזרים באופן בלעדי מראיית הסוגיה כשייכת למשפט הציבורי, אך אין להתעלם משיקולי צדק שבמשפט הפרטי, הווה אומר – קודם כל ביחסים בין שני הצדדים גופם. לדעתי, על שיקולים אלה להישקל, בראש ובראשונה, בכל סכסוך המובא לפני בית המשפט.

גישתה של ביטון עלולה לסכל גם את המטרה של יישוב סכסוכים, העומדת כנר לרגלי בית המשפט לענייני משפחה. אמנם, ביטון אינה מציעה לשנות את דיני הנזיקין אלא להשאירם כמות שהם, אך יש ברצונה לעשות בהם שימוש כדי להיאבק בדין ההלכתי-הרבני. בכך היא עלולה לא רק ליצור אנטגוניזם מצד הדיינים, דבר שעלול לפתוח חזית נוספת במירוץ הסמכויות, אלא שהיא עלולה גם לעודד שופטים, ולו באופן בלתי מודע, לקבל תביעות בנזיקין של מסורבות

117 ראו גם Porat, שם, בפרק 2 למאמר, בעיקר בעמ' 170–172.

118 ראו לעיל, בטקסט שליד ה"ש 57.

גט דווקא מתוך רצון לשנות את הדין הרבני ולא מתוך רצון לפתור את הסכסוך הנזיקי. מצב דברים זה עלול להשפיע הן על תוצאות הפסיקה והן על גובה הפיצוי, אף שהשיקולים הנבחנים על ידי בית המשפט צריכים להיות נזיקיים.

למעשה, מגישתה של ביטון עולה חשש לפגיעה אפשרית בסיכוי ליישוב סכסוכים, דהיינו, להשגת פשרות או להפניית ההליך לגישור, שהן מטרות חשובות ביותר בבית המשפט לענייני משפחה. אם לתביעות שתוגשנה על ידי מסורבות גט יש מטרה סמויה, של שינוי הדין ההלכתי בבית הדין הרבני באמצעות קבלת התביעה הנזיקית, הרי שהדבר צפוי לתמוך בסיום הליך על דרך קבלת התביעה המשפטית דווקא, ללא פשרה וללא גישור, וזאת, כדי להציף את הבעיה ככל שניתן. נמצא, שבית המשפט לענייני משפחה עלול לחטוא לאחת מהמטרות העיקריות שלשמן הוקם.

יתירה מכך, אף שביטון בוודאי אינה חשודה שהיא פועלת נגד נשים, וברור שהיא מנסה לסייע להן, דומה, כי אם מעמתים את גישתה הפמיניסטית עם האפשרות שכמה עשרות תביעות נתונות (ואולי יותר) של מסורבות גט יסתיימו בפשרה או בגישור וכך לא יהיה חשש לעישוי הגט, נראה שהיא תעדיף מצב שבו בכל אותם מקרים יינתנו פסקי-דין סופיים שיורו על מתן פיצוי, זאת גם במחיר של הקרבת ניזוקות ספציפיות על מזבח פתרון כולל לכל הנשים מסורבות הגט כולן. למעשה, הצעתה מקדמת רעיון של צדק מחלק העלול לפגוע אנושות בצדק המתקן ובפיצוי; אם גישתה תתקבל, לא רק נשים שיתבעו ויסכימו ל"עסקה" של ויתור על פיצוי עלולות שלא לקבל פיצוי, בסופו של דבר, אם הבעל יקיים את חלקו בעסקה, אלא שהן עלולות להיתקל בבעיה אם גיטן ייחשב כמעושה בבית הדין הרבני. לגישת ביטון, מצב כזה רצוי, אם יקרה לכמה וכמה נשים, ואף הצפת בתי הדין הרבניים תהווה כאן מגמה חיובית מבחינתה, מאחר שהדבר יגרור מצב שלפיו בתי הדין ייאלצו לפתור את הבעיה בסופו של יום. יישוב הסכסוך בדרך אחרת בעניין ספציפי לא יציף את הבעיה ולא ישרת את נקודת המבט הפמיניסטית כמכלול. אך אין אנו מעוניינים שעל מזבח מטרותיהן של נשים תספוג ולו אישה אחת נזק כה חמור.

שימוש בדיני הנזיקין ללא היגררות לשאלות פמיניסטיות ואחרות של מאבק בין דיני הנזיקין לדיכוי הלכאורי של דיני המשפחה, עשוי גם הוא להביא, בפועל ולמעשה, לשינוי מהסוג שעליו מדברת ביטון, ואולי בדרך מושכלת יותר. אם תביעות כאלה ייפכו לדבר יום ביומו, יש להניח שמערכת בתי הדין הרבניים תיאלץ למצוא ממילא פתרון לחשש לגט מעושה שייחזר עקב תביעות כאלה. אך אין להפוך את דיני הנזיקין קרדוס לחפור בו כמכשיר לשינוי המיוחל על פי ביטון לגישה הפמיניסטית שאותה היא מציגה. יש לאפשר לדיני הנזיקין "לעשות את שלהם", וייתכן שהשינוי (המיוחל, מבחינתה של ביטון ולא רק מבחינתה) ממילא בוא יבוא.¹¹⁹

ויובהר: אין בדבריי כדי לצאת בהכרח נגד ניתוח פמיניסטי של דיני הניזקין באופן עקרוני¹²⁰, כל עוד ניתוח זה מציע שינויים הנותנים בגבולות הצדק המתקן ובגבולות דיני הניזקין. הניתוח הפמיניסטי של ביטון יוצא מחוץ לגבולות דיני הניזקין ומשליך על ניזוקות אחרות על חשבונן של ניזוקות ספציפיות.

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

יש להודות כי הדיון כתביעות נזיקין של מסורבות גט מטריד, שכן מדובר, למעשה, ב"מעקף" לבעיה האמיתית, היא בעיית אי מציאת פתרון הלכתי אחד המוסכם על כלל הפוסקים לפתרון בעיית מסורבות הגט. יתירה מכך, כפי שראינו, התביעה הנזיקית עלולה להוות מכשלה הלכתית, לפחות על פי גישות מסוימות. בטווח הארוך עלולה התביעה רק לסבך את המצב (אלא אם כן בתי הדין הרבניים יורו לאישה לוותר על הפיצויים תמורת סידור הגט – אותה "עסקה" שבמצב כזה לא תביא לעישוי הגט משהיא מוצעת ונעשית בחסות בית הדין עצמו). אך גם אם התביעה הנזיקית אכן תביא לסיבוכי המצב ולא לפתרוננו מהבחינה ההלכתית, יש, לדעתי, לקבלה, בהתבסס על ניתוח נזיקי שאינו פטרנליסטי או פמיניסטי. עם זאת, ואף שיש להתחשב בעצמאותם של דיני הניזקין, עדיין יש לזכור שהבעיה העיקרית היא הבעיה ההלכתית של מסורבות הגט, ועליה יש לעמוד.

בעיית מסורבות הגט היא בעיה קשה ששנים רבות מחפשים לה פתרונות ראויים במסגרת ההלכה¹²¹. בשיטות משפטיות שבהן מופרדת הדת מן המדינה נמצאו פתרונות ישירים לבעיה במישורים שונים, חלקם בפסיקה וחלקם בחקיקה¹²²: בית משפט אזרחי בהולנד הורה לבעל לתת גט לאשתו, בהתבסס על חובתו האזרחית של הבעל לשתף פעולה עם אשתו לעניין הגט¹²³; בתי משפט לענייני משפחה באנגליה ובאוסטרליה נתנו הוראות לבעלים לשלם סכומי כסף ניכרים לנשותיהם אם

אשר עשויה ליצור תוצר לוואי של העצמת זכויות הילד. עם זאת, נקודת המוצא היא עדיין תביעה נזיקית שבה מזיק וניזוק. ראו שמואלי, לעיל ה"ש 41.

120 למשל, כמו זה שעורכת לסלי בנדר: Leslie Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, in FOUNDATION OF TORT LAW 235–244 (Saul Levmore ed., 1994).

121 כך, לדוגמה, שלושה ימי עיון הוקדשו לנושא פתרונות הלכתיים למסורבות גט בשנה"ל התשס"ה: במכללת "שערי משפט", במכללה האקדמית נתניה ובאוניברסיטת בראלן. כנס נוסף בעניין פיצוי נזיקי למסורבות גט נערך במכללת "שערי משפט" בשנה"ל התשס"ו, ומושבים בכנסים יוחדו לסוגיה הן באוניברסיטת חיפה בשנה"ל התשס"ד והתשס"ו והן במכללה האקדמית נתניה בשנה"ל התשס"ו. כנס עולמי של רבנים ודיינים בסוגיה זו היה אמור להתקיים בישראל בתחילת שנת התשס"ז ובוטל ברעג האחרון, לאחר שחלק מהמשתתפים כבר הגיע לישראל לצורך הכנס. כנס נוסף בנושא, הכולל דיון בפתרונות הלכתיים, נערך במוזיאון ירושלים במאי 2007, על-ידי כמה ארגוני נשים.

122 Einhorn, לעיל ה"ש 69, בעמ' 144–146, 149–151.

123 זו מעין סמכות חיוב משלימה של בית המשפט האזרחי לסמכות המוקנית של בית הדין הדתי.

לא ייתנו להן גט תוך זמן מסוים; כאמור, בכמה בתי משפט בארצות-הברית נאכף תנאי בכתובה, המחייב את הצדדים להתדיין דווקא בבית דין רבני ולא אזרחי לצורך הגירושין, כאכיפת הסכם בוררות, בהנחה שלבית הדין הרבני כלים רבים יותר לפתרון הבעיה, ובחלק מהמדינות אף עוגנו פתרונות בחקיקה. בשיטת המשפט הישראלית, הדת אינה מופרדת מהמדינה והתערבות ישירה במתן הגט אינה אפשרית על-ידי בית המשפט לענייני משפחה. זאת, מאחר שנושא הגירושין מצוי בסמכותם הבלעדית של בתי הדין הרבניים¹²⁴. השאלה היא אם התערבות עקיפה כזו, באמצעות תביעה נזיקית, היא אכן ראויה. אמנם, ייתכן שחלק מהנשים (יש להניח שמעטות יחסית), יעדיפו את הפיצוי הנזיקי על מתן הגט, כפי שטוענת ביטון, ואז בפועל אין מדובר בהתערבות לעניין הגט כלל; אך, בסופו של דבר, לא ניתן להתעלם מכך ששימוש בתביעה נזיקית נעשה לאחרונה, כך יש להניח בסבירות גבוהה מאוד, כאמצעי לחץ נוסף על הבעל, ואולי על בתי הדין הרבניים, לשם פתרון הבעיה ההלכתית.

יש לבחון אפוא ברצינות הצעות לפתרון הבעיה, ראשית לכל במישור ההלכתי¹²⁵. הצעות רבות הועלו בדור האחרון לפתרון הבעיה ההלכתית, חלקן יצירתיות ביותר. לדאבוננו, הצעות אלה לא התקבלו בדרך כלל על-ידי פוסקי ההלכה בכללותם, ויש להצר על כך שהם לא הצליחו להגיע להסכמה אף לא על אחת מהדרכים הללו. מחשבה רבה וכתובה רבה ועניפה ביותר קיימות בסוגיה כאובה זו, אך יש לומר כי חלק מהפתרונות רלוונטי רק כלפי חלק מהנסיבות והבעיות, וחלק מהפתרונות יפה רק לכתחילה, ולא יסייע לפתרון בעיות הקיימות בדיעבד¹²⁶. בין אותן הצעות של רבנים, פוסקים ואנשי אקדמיה¹²⁷: הפקעת קידושין רטרואקטיבית

124 ודוק: לעתים, המצב בנקודה זו טוב יותר דווקא בישראל, עקב האמצעים הרבים הנתונים בחוק לבתי דין רבניים מכוח חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995, לכפיית הגט דווקא על-ידי בתי הדין הרבניים בישראל. וראו לעניין זה דבריה של השופטת איילה פרוקצ'יה בפס' 9 ר"13 לפסק-דינה בבג"ץ 6751/04 מ' ס' נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, תק"על 2004 (4) 2078 (2004).

125 ואלה הדברים שנאמרו על-ידי מ"מ הנשיא זילברג בפסק-דינו באותו עניין מפורסם של סרבן גט שישב 33 שנה בכלא עד ליום מותו: "סוף דבר, אין בית משפט זה קובע הלכות בדיני ישראל. יודע הוא כי זו עטרה שאינה הולמתו, אבל המציאות הישראלית — על מעלותיה, מגרעותיה, צרותיה וסכנותיה גם יחד — ידועה לנו כמו לכבוד הרבנים המלומדים... עגיונות מסוג זה, ואולי עוד יותר אכזרית, צפויה לכל יהודיה ישראלית שבעלה עזב את הארץ ונעלם, או שמסרב לשלוח לה גט. מן ההכרח איפוא לטכס ולמצוא דרך הלכתית להתרת כבלי עיגון האשה, בכל עניין בו המסיבות מחייבות במפגיע להפריד ביניהם", ע"א 164/67 היועץ המשפטי לממשלה נ' אברהם, פ"ד (כב) 29, 47 (1968). לקריאתו זו הצטרפו הנשיא אגרון והשופט נגדרי. השופט אליקים רובינשטיין מביא את הדברים בפסק-דינו בעניין בית הדין הרבני הגדול, שם, ומצטרף לקריאה זו עשרות שנים לאחר מכן.

126 לפירוט ולאסמכתאות ראו מנחם אלון המשפט העברי — תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו חלק שני 428 (מהדורה שנייה, התשל"ח); פסק-דינו המאלף (במיעוט) של השופט אליקים רובינשטיין בעניין בית הדין הרבני הגדול, שם.

127 לאסמכתאות באשר לפתרונות ולדיון בהם ראו, למשל: אליהו בקשי-דורון בנין אב חלק ג, סימן סג (התשמ"ב-התשס"א); יורם קירש מהפכות בהלכה 246-272 (התשס"ג); מוניק

בהתבסס על הרעיון שהכתובה מותנית בכך שהבעל לא יסרב לתת גט או בהתבסס על הרעיון שהקידושין היו בבחינת "מקח טעות" ולכן לא תפסו מלכתחילה¹²⁸; הפקעת קידושין מטעם של "כל המקדש אדעתא דרבנן (=על דעת חכמים) הוא מקדש, ואפקעינהו רבנן לקידושין (=והפקיעו חכמים את הקידושין)"¹²⁹ — כך שלחכמים סמכות וכוח לבטל ולהפקיע את הקידושין הללו; ביטול הקידושין עקב בעיה בכשרותם (כגון כשרות עד); מתן קידושין על תנאי וגט על תנאי; שימוש בתקנת הגאונים המאפשרת להכריח את הבעל לתת גט בנסיבות מסוימות; גט זיכוי — שלפיו בתי הדין יכולים לזכות את הבעל בגט בהתקיים תנאים מסוימים מכיוון שמדובר בזיכוי במצווה; עריכת הסכם קדם נישואין לתשלום שבו יחויב הבעל אם יסרב בעתיד לקבל על עצמו את פסיקת בית הדין בעניין הגירושין; ועוד.

ה. סיכום ומסקנות

בחיבור זה הוצגו נקודות מבט שונות לעניין תביעה נזיקית של אישה מסורבת גט נגד בעלה. גישתי, הבוחנת את הסוגיה בהתאם למטרות דיני הנזיקין, מבקרת את גישתם הפטרנליסטית של יחיאל קפלן ורונן פרי ואת גישתה הפמיניסטית של יפעת ביטון, גם כשלעצמן וגם לאור מטרות דיני הנזיקין והמטרה בדבר יישוב הסכסוכים שבבסיס האכסניה לתביעה — בית המשפט לענייני משפחה.

זיסקינד-גולדברג ודיאנה וילה זעקת הדלות — פתרונות הלכתיים לבעיית העגונות בזמנו (דריד גולניקין, שמואל לואיס ומשה בנוביץ עורכים, התשס"ו); שאר ישוב הכהן "כפיית הגט בזמן הזה" תחומין יא 195 (התש"ן); זרח ורהפטיג "תקנות הרבנות הראשית" תחומין טו 81 (התשנ"ה); יהודה דוד בלייך "הצעה לפתרון בעיית בעל המסרב לגרש" תורה שבעל פה לא, קכד (התש"ן), המציע הצעה הקרובה לזו שעליה הסתמכו קפלן ופרי על-פי הרבנים פינשטיין והרצוג; אליאב שוחטמן "הפקעת קידושין — דרך אפשרית לפתרון בעיית מעוכבות הגט?" שנתון המשפט העברי כ 349 (החשנ"ה-התשנ"ז); משה זילברג "כיצד תפתר בעיית הממזרים" כתבי משה זילברג 239 (ירושלים, התשנ"ח); שלמה ריסקין "הפקעת קידושין — פתרון לעגונות" תחומין כב 191 (התשס"ב), תגובת הרב זלמן נחמיה גולדברג "הפקעת קידושין אינה פתרון לעגונות" תחומין כג 158 (התשס"ג), תגובתו של הרב שלמה ריסקין "כוח ההפקעה מונע עיגון" תחומין כג 161 (התשס"ג) ותגובה נוספת של הרב גולדברג "אין הפקעת קידושין ללא גט" שם, בעמ' 165; יורם קירש "מעמד האשה בחברה הציונית — דמות — מאבקים והישגים", בתוך הציונות הדתית: עידן התמורות, אסופת מאמרים לזכר זבולון המר 386, 403-408 (אשר כהן וישראל הראל עורכים, התשס"ד); רדב בס "התרת נישואין בטענת מקח טעות" תחומין כד 194 (התשס"ד); ברכיהו ליפשיץ "אפקעינהו רבנן לקידושין מיניהו" מפירות הכרם 317 (ישיבת כרם ביבנה, התשס"ד); Irving A. Breitowitz, Between Civil and Religious Law: The Plight of the Agunot in America (1993); Aviad Hachohen, The Tears of the Oppressed: An Examination of the Aguna Problem: Background and Halakhic Sources (Blu Greenberg ed., 2004); Einhorn, לעיל ה"ש 69, בעמ' 140-144; פסק-דין של השופט אליקים רובינשטיין בעניין בית הדין הרבני הגדול, שם, בעיקר בפס' ח לפסק-דינו.

128 שכן סביר כי אילו נשאלה האישה אם היא מסכימה להינשא לבעל שמתעלל בה, שמפר את חובותיו ושמסרב לתת לה גט, היא לא הייתה מסכימה לכך.

129 בבלי יבמות ז, 2.

אמנם, נקודת המבט שהוצגה בחיבור זה נראית קרובה יותר לזו של ביטון, אך הדבר נכון רק מבחינת התוצאה. נקודת המבט שונה לחלוטין. אמנם, קיימת חשיבות לקיומה של תוצאה מסוימת שאליה הגיעו כותבים שונים על סמך ניתוחים משפטיים שונים, פמיניסטי ונזיקי שאינו פמיניסטי, וזו כבר אמירה כשלעצמה. הסקת מסקנה דומה מגישות שונות מעידה על הצלבה המחזקת את הסיכוי שתוצאה זו נכונה יותר; מה עוד שראוי להסתכל על הסוגיה במבט נזיקי רחב ולא (רק) דרך עיני הזרם הפמיניסטי, המשקף ראייה אחת שאינה נתונה בקונסנסוס ואף עלולה לגרום לאנטגוניזם בקרב חלק מהקוראים ובקרב דיינים ומחוקקים. אך כל זאת — רק לכאורה. למעשה, הגישות שונות הן בדרך והן בתוצאה. תביעה בנזיקין נגד בעל סרבן גט נדונה בבית המשפט לענייני משפחה, ולכן בחינתה צריכה לגזור, באופן טבעי, עיון במטרות דיני הנזיקין, מחד גיסא, וביישוב הסכסוכים כמטרה של בית המשפט לענייני משפחה, מאידך גיסא. על דיני המשפחה להיות מחוץ לתמונה, לא כמשפיעים ולא כמושפעים. על הפיצוי להיות מלא, וכך תוגשמה כל המטרות הקלאסיות של דיני הנזיקין. ההבדל היחיד בין תביעה מסוג זה לתביעה נזיקית בבית-משפט אזרחי הוא הצורך להתחשב בכך שמדובר בתא משפחתי, ושהתביעה הוגשה לבית המשפט לענייני משפחה שמטרתו העליונה יישוב סכסוכים. אם כן, התחשבות עדינה במשפחה (כפי שנעשה בבתי המשפט הפליליים בדיון בעבירות בתוך המשפחה) וכן התחשבות במטרת יישוב סכסוכים במסגרת התביעה הנזיקית — כן, אך הכפפת דיני הנזיקין לדיני המעמד האישי הנדונים בבית הדין הרבני, או ניסיון להשפיע על האחרונים באמצעות הראשונים — לא. קפלן ופרי מחד גיסא, וביטון מאידך גיסא, ניסו להביא להשפעה של מערכת אחת על רעותה: קפלן ופרי השתמשו במערכת דינים אחת — דיני המשפחה, למעשה, דיני המעמד האישי בבית הדין הרבני — כדי להשפיע על מערכת דינים אחרת — דיני הנזיקין, ובכך ביקשו לסייגה ואף גרמו לעוותה וזאת עקב החשש מתוצאה מאוחרת ועתידיה בעייתית במערכת הדינים הראשונה; ביטון ניסתה לרתום מערכת דינים אחת — דיני הנזיקין — כדי להיאבק במערכת דינים אחרת — דיני המשפחה — ולשנות את תוצאותיה ה"דכאניות". שני סוגי האינטראקציה בין מערכות הדינים מסוכנים ואינם מוצדקים. כאמור, האינטראקציה היחידה והטבעית כאן, העולה מהחקיקה שקבעה שתביעה זו בנזיקין תידון בבית המשפט לענייני משפחה, היא בין דיני הנזיקין למטרת יישוב הסכסוכים, ולא לדיני המשפחה המהותיים המגולמים כאן על-ידי מתן או אי מתן הגט.

אין להקל ראש בעובדה שהפתרון שמציעים קפלן ופרי מנוגד, למעשה, לרוב מטרות דיני הנזיקין. קפלן ופרי מתחשבים יתר על המידה בדיני המשפחה וכך פוגעים בדיני הנזיקין ובמטרותיהם השונות. עם זאת, יש לציין, כי מאמרם חשוב כשלעצמו, מאחר שהוא מציב תמרור אזהרה בפני האישה התובעת בנזיקין עקב החשש המאוחר לגט מעושה. אך בכך אמור להסתיים תפקיד המאמר, ולא בקריאה

לבתי המשפט או למחוקק לסייג ולהצר את התביעה הנזיקית עקב אותו חשש, פתרון שאינו פותר את דילמת היסוד כלל ועיקר.

הפתרון של ביטון אינו עולה בקנה אחד בעיקר עם הצדק המתקן. ביטון מתמקדת יתר על המידה בניסיון כולל להילחם בדיני המשפחה ה"דכאניים", כלשונה, למען פתרון כולל, שהוא כעת רק פתרון מיוחל, הא ותו לא. וזאת, אף אם אותו פתרון זיק, בסופו של דבר, לנשים מסוימות התובעות את בעליהן. גישה המתחשבת במטרות דיני הנזיקין ובאכסניה של התביעה הנזיקית — בית המשפט לענייני משפחה ומטרותיו העיקריות — תוכל לקבל פשרה או גישור אם אלה מסייעים לניזוקה, ובכך יתוקן העוול שנגרם לה בדרך הטובה ביותר. על פי גישה זו, אין להתחשב במכלול הנשים מסורבות הגט, שלגבי כולן, לכאורה, לפי גישת ביטון, עדיף שתביעות הנזיקין שהגישו תתקבלנה בזו אחר זו ללא פשרה או גישור, באופן שיעורר את הבעיה במלוא עוצה. גישתה של ביטון מנוגדת למטרת יישוב הסכסוכים של בית המשפט לענייני משפחה. אין בכך כדי לצאת חוצץ נגד גישות פמיניסטיות בכלל; אך הניתוח הפמיניסטי של ביטון לא רק שיוצא מחוץ לגבולות דיני הנזיקין, אלא גם משליך על ניזוקות ועל מזיקים אחרים, אולי אף על חשבונן של ניזוקות ספציפיות. יתירה מכך, ניתוח זה אף עלול ליצור אנטגוניזם בקרב מחוקקים ובקרב דיינים בבית הדין הרבני, אם ייאמר כי מה שעומד מאחורי תביעה נזיקית כזו הוא מאבק ב"דיני המשפחה הדכאניים" בבית הדין.

לעתים, ניתן יהיה להגיע לפתרון כולל של הסכסוך באמצעות הסכם פשרה או גישור שיוכל, בפיקוחו של השופט, לאפשר את סיום הסכסוך, ובכלל זה הסכמה למתן גט, וזאת בדרך זהירה שתמנע את עישוי הגט. מכוח ההסכמה יוכלו הצדדים לוותר על פסיקת פיצוי לתובעת ולכלול סעדים אחרים, כגון התנצלות, חרטה, חלוקת רכוש מסוימת, ומעל לכל — מוכנות לתת את הגט המיוחל, הכול מתוך הבנה שהמטרה העיקרית היא יישוב הסכסוך בין הצדדים. בכל מקרה אין לסייג את התביעה הנזיקית גם אם יש חשש לגט מעושה, ויש לקבל את התביעה הנזיקית במלואה. ייתכן שעל בית המשפט להזהיר את התובעת מפני התוצאות הרוות האסון, מבחינתה, של קבלת תביעה זו, בטווח הרחוק יותר. אולי זה תפקידו של בא כוחה; אך נראה, שאין לעשות יותר מכך, ואם מוצו כל דרכי הפשרה והגישור האפשריות והתובעת אינה שועה לאזהרות בדבר אפשרות הגט המעושה, יש לרדן בתביעה הנזיקית לגופה.

בניגוד לפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה, הרי, לגישתי, יש מקום לאפשר לתובעות לדרוש פיצוי בהתבסס על עוולת הרשלנות בגין כל תקופת הסבל הנפשי שסבלו ולא רק מיום החיוב למתן גט, אם יוכיחו שההתנהגות של הבעל אכן גרמה לנזק גם לפני מועד זה. זאת, מאחר שעסקינן בתביעות לנזק רגשי עקב התעללות נפשית, נזק העשוי להתחיל — ובשני המקרים שנדונו עד היום בפסיקה (עניין ירושלים ועניין כפר-סבא) אכן החל בבירור — עוד טרם החיוב במתן הגט. על כל

פנים, לא כך פסקו בתי המשפט. לא מן הנמנע שיוחלט בהמשך הדרך אחרת.¹³⁰ לעומת זאת, תביעה המתבססת על עזולת המסגרת השנייה, הפרת חובה חקוקה המתחייבת לסעיף 287 לחוק העונשין, בטענה שלפיה הפר הבעל את הוראתו של בית הדין הרבני לתת גט לאישה, מחייבת דווקא פסיקת פיצוי מיום החיוב לתת גט, שאז מתגבשת העוולה.

וידוגש: אם קיים חשש שבית הדין הרבני יורה לאישה למשוך את תביעת הנזיקין כתנאי לסידור הגט, הרי שאין בכך חשש אלא דווקא פתרון הבעיה; שכן בית הדין עצמו אחראי לביצוע אותה "עסקה" והוא שיסדר את הגט, לכן אין כל חשש שלאחר מכן יקבע שהגט מעושה כתוצאה מאותה "עסקה". נמצאנו פותרים את דילמת היסוד באשר לנשים המעוניינות בגט. החשש שייוותר יהיה ממילא לא רלוונטי לאותן נשים שמעוניינות בפיצוי ולא בגט: הן לא ישעו לאזהרות, יקבלו את הפיצוי המלא וממילא לא יגיעו לכדי סידור הגט בבית הדין הרבני. לגבי תביעות נגד העיזבון, אין חשש כלל, מכיוון שאין רלוונטיות לגט.

ישנם מטרות דיני הנזיקין, ובראשן הפיצוי והצדק המתקן, מחייב גם שלא לסייג את גובה הפיצוי, כפי שהציעו קפלן ופרי וכפי שעשה במידה מסוימת, בית המשפט בעניין כפר-סבא. אם כבר מאומצת הגבלה כלשהי, הגיוני יותר לפסוק פיצוי בגובה יותר מ-100 אלף ש"ח לכל שנה של סירוב לתת גט, כבעניין ירושלים, ולא בגובה 3,000 ש"ח לחודש, כבעניין כפר-סבא. לטענתנו, על כל עניין להידון לגופו, בדומה לכל דיון אחר בתביעת נזיקין, ללא סיוג גובה הפיצוי הנזיקי (הלא-ממוני) מלכתחילה.

יש להניח שאנו נמצאים בפתחה של תקופה בה תוגשנה תביעות רבות בגין נזק רגשי עקב סירוב לתת גט. מגמה זו חיובית בעיקרה, ויש לקוות שהתובעות במקרים אלה ישכילו לשקול נכונה את השיקולים השונים בשאלה אם לנקוט מהלך כזה. אסיים בשתי הערות. ההערה האחת הינה, שיש מקום לדון בסוגיה זו לא רק בהקשר של דיני הנזיקין. ניתן לדון בסוגיה זו גם בהקשרים הבאים: (1) פיצוי חוזי עקב הפרת תנאים מכללא בחוזה הנישואין ובכתובה בעניין של סרבנות גט, זאת, בהתבסס על ההנחה שסרבנות גט עלולה להוות הפרת חוזה.¹³¹ עם זאת, נראה, שגם כאן יעורר הפיצוי חשש לגט מעושה, לפחות לפי חלק מהדעות, מאחר

130 לפי ס' 20 לחוק-יסוד: השפיטה, החלטתו של בית המשפט לענייני משפחה אינה מחייבת וגם אינה מנחה. לפיכך, החלטות אלו אינן מנחות גם בתי משפט אחרים לענייני משפחה, אם כי קשה לראות התעלמות מהן. הדבר מצביע על בעיה מוכרת בבתי המשפט לענייני משפחה, היא בעיית מיעוט יחסי של ערעורים, ולכן מיעוט יחסי של הלכות. על כך הובעה ביקורת הן של השופטת כדימוס דליה דורנר מבית המשפט העליון והן של השופט שאול שוחט מבית המשפט לענייני משפחה ברמת-גן בכנס "עשור להקמת בית-המשפט לענייני משפחה: חזון ומציאות" שנערך במרכז לזכויות הילד והמשפחה במכללת "שערי משפט" בשיתוף משרד המשפטים, 22.6.06. מובן שהעניין, החשוב כשלעצמו, חורג ממסגרת דיוננו. 131 וראו דיון בהיבט החוזי באשר לאפשרות לאכוף גט בבית משפט אזרחי (במדינות בהן הדת מופרדת מהמדינה): Einhorn, לעיל ה"ש 69, בעמ' 146-148.

שלעניין זה אין חשיבות לענף המשפטי שמכוחו ניתן הפיצוי¹³²; (2) סמכות בית הדין הרבני לחייב את הבעל בתשלום בגין הפרת הצו ליתן גט, בין מכוח פקודת בזיון בית-משפט¹³³ ובין באמצעות צו מרתיע — הוראה חדשה בהצעת חוק דיני ממונות¹³⁴, ייתכן שגם בעניין זה עלול לקום החשש לגט מעושה; (3) דיון בשאלה אם ילדי בני הזוג יוכלו להצטרף לתביעת אמם נגד אביהם ואף לתבוע עצמאית בגין הנזק הנפשי, הישיר או העקיף, שנגרם להם עקב האווירה הקשה בבית¹³⁵. ההערה האחרת הינה שעל אף שיש לשמור על עצמאותם של דיני הנזיקין ועל האפשרות הטבעית של נזיקה לתבוע ולקבל פיצוי על נזיקה, יש לזכור שהבעיה העיקרית כאן, בסופו של דבר, היא הבעיה ההלכתית של מסורבות הגט, שלא ניתן להתיר את קשר הנישואין שלהן, עמה יש להתמודד באפיקים הלכתיים, בד בבד לדיון ב"מעקף", כגון תביעה נזיקית (או אחרת) נגד סרבן הגט. הצעות רבות הועלו בדור האחרון לפתרון הבעיה ההלכתית, אך אלה לא התקבלו על-ידי פוסקי ההלכה בכללותם, מסיבות שונות. יש לבחון הצעות אלה ברצינות רבה, כדי לשים קץ לבעיה, או לפחות לצמצם את היקפה.

במצב הנוכחי אין לבית הדין הרבני סמכות לפסוק בתביעות נזיקין של מסורבות גט. לו הייתה בידי סמכות כזו, ייתכן שהבעיה הייתה נפתרת, באופן חלקי למצער, ולו לאותן דעות מקלות הנשמעות לאחרונה בקרב דיינים ורבנים. אך הסמכות נתונה בידי בית המשפט לענייני משפחה. ולוואי ובית-משפט זה, אף שתפקידו לפסוק בתביעה נזיקית וליישם את דיני הנזיקין בהתאם למטרותיהם, כפי שניסינו להראות בחיבור זה, ייוותר נאמן למטרתו הראשונית והבסיסית. בית משפט כזה יימנע, ולו במקרים המתאימים לכך (דהיינו במקרים שבהם הגט הוא הסעד האמיתי המבוקש, והתביעה הנזיקית מהווה רק מעקף להשגתו) ממתן פסק-דין סופי המקנה פיצויים בנזיקין לתובעת, ויצליח, תחת זאת, ליישב את הסכסוך על ידי השגת הסדר הכולל מתן גט לשביעות רצונם של הצדדים.

132 בנוסף, הצדק המתקן הוא עיקרון מרכזי גם בדיני החיובים הרצוניים (כגון חוזים) ולא רק בדיני החיובים הבלתי רצוניים (כגון נזיקין). ראו, למשל, פורת, לעיל ה"ש 81, בעמ' 649–650.

133 דבר שנעשה בעבר בבתי משפט באנגליה, בארצות-הברית, באוסטרליה ובהולנד. ראו Einhorn, לעיל ה"ש 69, בעמ' 150.

134 ס' 499 להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 99, הקובע, כי "נתן בית המשפט צו אכיפה, רשאי הוא, אם מצא לנכון לחייב בצו את המפר לשלם סכום שיקבע בעד כל יום שבו לא יקיים המפר את צו האכיפה (בסעיף זה — צו מרתיע)".

135 תביעה כזו עשויה להיות תביעה ישירה בגין רשלנות האב כלפיהם (הפרת החובה החקוקה, יש להניח, לא תהיה רלוונטית לגביהם, מכיוון שהחיקוק לא נועד לטובתם בעניין זה), בדומה לפרשת אמין שנזכרה לעיל, על הסייגים שבה, ראו עניין אמין, לעיל ה"ש 29. ותביעה כזו עשויה להיות גם תביעה עקיפה במישור הנזק הנפשי שנגרם במעגל המשני, אולי בדומה לפרשת אלסוחה שנזכרה לעיל, עניין אלסוחה, לעיל ה"ש 102, על הסייגים הקשים שבה, ובהם הצורך להוכיח נזק נפשי חמור.