

אצל מי תישאר הכלבה?
ההתחשבות ב"טובת החיה" במקרה של סכסוך משפחתי
בעקבות תמ"ש 32405/01 פלוני נ' פלונית¹

פבלו לרנר*

- א. מסגרת הדיון
1. הגישה הקניינית
 2. על זכויות בעלי החיים
- ב. מבחן טובת החיה
1. מברא
 2. מה בין טובת החיה לבין טובת הילד?
 - (א) התהוות הקשר
 - (ב) ההיבט ההתפתחותי
 - (ג) היקף הצרכים
 - (ד) העדפות הילד והעדפות החיה
 - (ה) מבחן טובת החיה ואינטרסים אחרים
3. תכלית העיקרון של "טובת החיה"
- ג. כמה שוות הכלבה והחתולה?
- ד. סיכום והמלצות

בשנים האחרונות התרחבה התערבות מערכת המשפט הישראלית בסוגיית ההגנה על בעלי חיים. חקיקת חוק צער בעלי חיים משנת 1994 סימנה שלב חשוב בתהליך זה, ובעקבותיו התרחבה הפסיקה בסוגיה זו. אחת התוצאות היא, למשל,

* מרצה בכיר, המכללה האקדמית למשפטים רמת גן. תודה לד"ר תמר מורג, לד"ר יאיר רונן ולעו"ד נעמה אבנון-זמברג, אשר העירו הערות מועילות לרשימה זו. האמרה המקובלת לגבי האחריות על טעויות חלה גם כאן.

1 תמ"ש 32405/01 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם), תקדין משפחה 2004(1) 508 (להלן: עניין פלוני). פסק הדין ניתן על ידי כבוד השופט ש' שוחט בבית המשפט לענייני משפחה ברמת גן ב-18.3.2004. (הציטוטים של פסק הדין יהיו לפי סעיפים המצוינים בפסק הדין).

שבתי המשפט מצאו לנכון להגן על תנינים מפני פגיעה בקרבות². תוצאה נוספת היא שבתי המשפט החלו לבדוק באילו נסיבות ניתן להרוג בעלי חיים³; עד כמה מוצדק לגרום סבל לבעל החיים⁴; והאם מותר להאכיל חתולי רחוב⁵. אף התקבלו החלטות באשר לשימוש בכלבים לצורך אימון רופאים⁶. לבסוף הגיע גם תור הדיון במעמד בעלי החיים במשפחה, וזאת כאשר בית המשפט נדרש לפסוק בגורלם של בעלי חיים השייכים לבני זוג שנפרדו. למיטב ידיעתנו, זו הפעם הראשונה שבה בית משפט בישראל דן בצורה מעמיקה בסוגיה כגון זו.

ואלה העובדות: הגבר (להלן: "התובע") והאישה (להלן: "הנתבעת") ניהלו חיים משותפים בין 1996 ל-2001 כידועים בציבור. במשך התקופה שבה גרו יחד אספו אל ביתם את ג'יין אייר, חתולה עיוורת, ואת שיינה, כלבה שהייתה חולה כאשר נמסרה לרשותם ואשר עברה ניתוח לכריתת רחם. בתום התקופה עלו יחסיהם של בני הזוג על שרטון, ובשנת 2001 עזבה הנתבעת את הדירה המשותפת, ונטלה עמה חלק מן הרכוש שהיה בביתם, לרבות את שני בעלי החיים, נשואי המחלוקת. שנתיים לאחר הפרדה, תוך מערבולת התדיינות בעניינים כספיים ותלונות האישה על הטרדות מאיימות, הגיש התובע בקשה למשמרת משותפת על הכלבה והחתולה, היינו זמן שווה בהחזקתם, או לחלופין, חלוקתם בין בני הזוג. הנתבעת טענה כי בעלי החיים שייכים רק לה, שכן היא היחידה שטיפלה בהם לאורך זמן, ולאמיתו של דבר, לתובע אין שום עניין בבעלי החיים, ולכן מדובר בתירוץ בלבד, שמטרתו להטרידה. בית המשפט נכנס לעובי הקורה, נדרש לחוות דעת של מומחה⁷ כדי לבדוק מהי טובתן של בעלי החיים, וכסופו של דבר פסק כי בעלי החיים יישארו ברשות האישה.

מעניין לציין כי בית המשפט החליט לפסוק על פי העיקרון של "טובת החיה". אין ספק כי גישה זו, המביאה בחשבון את צרכיו של בעל החיים, משמחת את כל חובבי בעלי החיים⁸. ברי כי מעמדם המשפטי של בעלי החיים מקבל פרספקטיבה

2 רע"א 1684/96 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מפעלי נופש חמת גדר, פ"ד נא(3) 832 (להלן: עניין חמת גדר).

3 בג"ץ 6446/96 העמותה למען החתול נ' עיריית ערד, פ"ד נה(1) 769. ראו גם בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרנריים בשדה במשרד החקלאות, פ"ד נח(5) 202.

4 ראו בג"ץ 9232/01 נח' ההתאחדות הישראלית של ארגונים להגנת בעלי חיים נ' הי"מ, פ"ד נו(6) 212. פסק הדין הזה ביטל את תקנות צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים) (הלעטת אווזים) 2001. השוו את חוות הדעת של השופט גרוניס והשופטת שטרסברג-כהן. וראו גם בג"ץ 7713/05 גוח — התאחדות ישראלית של ארגונים להגנת בעלי חיים נ' הי"מ (טרם פורסם), תקדין עליון 2006(1) 2470. שם בג"ץ קבע חז'משמעית כי החל מיום 15.4.2006 אסורה כל צורה של הלעטת אווזים.

5 ת"פ 897/01 מ"י נ' א' יורובסקי (בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים — טרם פורסם).

6 ראו בג"ץ 9374/02 תנו לחיות לחיות נ' קצין רפואה ראשית, פ"ד נו(3) 128.

7 פרופ' י' טירקל, מומחה בהתנהגות בעלי חיים מאוניברסיטת תל אביב.

8 ראו י' וולפסון "משפט, משפחה וחיות אחרות" חיות וחברה 25 (2004) 13.

מיוחדת כאשר עוסקים בחיות מחמד, וזאת בשל הקשר הרגשי המיוחד שעשו להירקם בין בעל החיים לבין האדם.⁹

א. מסגרת הדיון

באי כוחם של הצדדים לא קראו תיגר על ההנחה שבעלי חיים הנם בגדר רכוש, והם הסכימו שיש לפעול על פי העקרונות החלים על נכסים משותפים לפי חוק המיטלטלין. התובע דרש חלוקה שוויונית של בעלי החיים – או של זמן החזקה עליהן, אולם הנתבעת סברה כי בעלי החיים שייכים לה משום שלא הייתה כוונת שיתוף (השניים היו חלוקים, כמובן, רק בשאלה אצל מי תישאר הכלבה).¹⁰ בית המשפט העדיף ללכת בדרך אחרת מזו שנקטו הצדדים, וקבע כי "[ה]גישה הרואה בבעלי חיים קניין אינה מעניקה למערכת המשפטית כלים לפתרון התובענות הנוגעות להם לתוצאה ראויה" [סעיף 16], והעדיף להתייחס לחיות המחמד כאל חלק מהמשפחה.

1. הגישה הקניינית

היחס המשפטי המסורתי אל בעלי חיים הוא כאל נכסים, המהווים נושא לקניין ולבעלות.¹¹ חוגים מסורמים, המגנים על בעלי חיים, אינם מרוצים מגישה זו, וטוענים כי ההתייחסות הקניינית לבעלי חיים (Property Based View) מהווה בסיס למה שהם מכנים: "דיכוי בעלי חיים". לשיטתם, רק אם חדלים לראות בחיה רכוש, ניתן להקנות לה את ההגנה הראויה.¹² לטענת אותם חוגים, התעללות

9 כאשר מדברים על חיות מחמד נהוג לחשוב על חתולים, כלבים או ציפורים שנמצאים בבית, אך לא תמיד קל להגדיר חיית מחמד מהי. מלבד חוק ההוצאה לפועל, אין בחוק הישראלי הגדרה גורפת של חיית מחמד או חיה מבויתת. בחוק ההוצאה לפועל התשכ"ז-1967 נקבע, אגב רשימת "המיטלטלין" שלא ניתנים לעיקול, כי חיית מחמד היא זו שנמצאת בביתו או בחצרו של החייב, ואינה מיועדת לעיסוק בעל אופי מסחרי (סעיף 22 (א) (6)). הגדרה זו מתיימרת לתת פתרון כולל לכל המקרים בהם אנשים מחזיקים בעלי חיים כחיות מחמד. ראו פ' לרנר "על חייבים ובעלי חיים: חיית מחמד כנכס שאינו בר-עיקול" עלי משפט ד (תשס"ה) 205.

10 דרישות התובע התמקדו בכלבה ופחות בחתולה. כפי שנראה בהמשך הכלבה עצמה הייתה קשורה מאוד לחתולה.

11 ראו י' טל וש' ברנר משפט הכלב (מהדורה ראשונה, תשס"ה) 9. ראו גם, A. Roy "Papa, Maman, Bebe et Fido...! L'Animal de Compagnie en Droit Civil ou l'Emergence d'un Nouveau Sujet de Droit" *Mélanges Jean Pineau* (Montreal, B. Moore ed., 2003) 131, 137.

12 G.L. Francione "Animals, Property and the Law" 46 *Rutgers L. Rev.* (1994) 721; ראו: G.L. Francione "Animals, Property or Persons?" *Animals Rights* (Oxford 1st edition, C. P. Wicklund "Abrogating Property Status: ראו גם: Sunstein, M. Nussbaum eds.) 2004, 108 in the Fight for Animal Rights" 107 *Yale Law Journal* (1997) 569–574; D. Favre "Equitable Self-Ownership for Animals" 50 *Duke L. J.* (2000) 473, 496; A. Sohm-Bourgeois "La personification de l'animal: une tentation à repousser" *Recueil Dalloz Serey* (Paris) no. 7 1990, 33, 35; B. Newell "Animal Custody Disputes: A Growing Crack in the 'Legal Thinghood' of NonHuman Animals" 6 *Animal Law* (2000) 179.

וניצול של בעלי חיים נובעים מכך שהאדם רואה בהם רכוש, ומכאן שכל הגנה או התחשבות באינטרס של החיה כפופות לזכויות קנייניות של האדם. גישה זו מוצאת ביטוי בדוקטרינה האמריקנית¹³, אף כי טרם היכתה שורשים בחקיקה, להוציא רטוריקה מסוימת בניסוח החקיקה כגון השימוש ב"Guardian (אפטרופוס) לעומת Owner (בעלים)¹⁴. גם בישראל במקרים רבים מקובל להשתמש במושג "אימון" כאשר לבעלי חיים – ביטוי בעל קונוטציה אנושית. אולם כשלעצמי, אינני בטוח ששימוש במונח זה או אחר יכול להיטיב עם בעלי החיים, מה גם ששימוש במונחים "אימון" או "שמירה" במקום במונח "רכישה", לא משנה את המצב המשפטי¹⁵. עצם הסרת תו הבעלות מבעלי החיים, איננו מבטיח יחס טוב יותר אליהם¹⁶.

בעניין פלוני קבע בית המשפט כי יש לראות בבעלי חיים "יצורים בעלי נשמה"¹⁷, תוך שהוא מדגיש כי בעלי חיים אמנם אינם חפצים, אך הם אינם שווים ערך לבני תמותה (סעיף 6. ד). בשונה מן הדומם, בעל חיים יכול לסבול ולחוש כאב¹⁸, והאדם יכול ליצור עמו קשר, שבדרך כלל הוא אינו מסוגל לפתח עם דומם. דא עקא, כי הרעיון של "יצור בעל נשמה" אינו מקבל ביטוי משפטי אצלנו, ומן הסתם מתעוררת השאלה מהי הנפקות של קביעה זו. האם העובדה, שמדובר ב"יצור בעל נשמה" ממקמת את החיה בתוך "קטגוריית ביניים", בין דומם (מיטלטלין) לבין אדם? ניתן למצוא שימוש ב"קטגוריית ביניים" בפסק הדין האמריקני *Corso v. Crawford dog and cat hospital*¹⁹ המוכר למי שעוסקים בזכויות בעלי החיים, ואשר צוטט על ידי השופט שוחט בעניין פלוני. במקרה זה ציין בית המשפט של ניו-יורק, כי בעל החיים איננו נכס, אלא גוף ייחודי, הנמצא בין אובייקט

13 ראו במיוחד: Francione *supra* note 12, at p. 114; Favre, *supra* note 12. השופט גרוניס בבג"ץ 9232/01 נח ההתאחדות הישראלית של הארגונים למען בעלי חיים נ' הי"מ, פ"ד נז(6) 212, 228.

14 במיוחד בחקיקה של כמה מדינות, כגון רוד איילנד, או חוקי עזר עירוניים, כמו בברקלי, ווסט הוליווד. ראו: R. Huss "Separation, Custody and Estate Planning Issues relating to Companion Animals" 74 *University of Color. L. Rev.* (2003) 181, 197.

15 אם כי אין להתעלם מכך שהשינוי במינוח יכול להביא לשינויים בתפיסה וביחס לחיות.
16 "[T]he assertion that 'children are not property' is universally accepted, but appears not to have added anything to debates over how parents may treat children". C. Sunstein "The Right of Animals" 70 *U. Chi. L. Rev.* (2003) 387, 399. כאשר להשוואה בין מעמד החיות למעמד הילדים, ראו בהמשך.

17 עניין פלוני, לעיל הערה 1, בסעיף 6 לפסק דינו של השופט שוחט.
18 ידועה אמירתו של בנטהם: "אולי יום יבוא כאשר הברואים האחרים יזכו לאותן זכויות אשר מלכתחילה לא ניתן היה למנען מהם אלא בכוח הזרוע. [...] מהן, אם כן, התכונות האחרות המסמנות את הקו הבולט עביר שבין הישיות שיש להתחשב בהן לבין כל השאר? האם זוהי היכולת לחשיבה רציונלית, או שמא יכולת הדיבור? [...] השאלה כלל אינה 'האם מסוגלים הם לשקול בדעתם? אם 'האם מסוגלים הם לְדַבֵּר?' אלא 'האם מסוגלים הם לסבול?' J. Bentham *An Introduction to The Principles of Moral and Legislation* (Oxford, 1907) 310. מתוך פ' סינגר שחרור בעלי חיים (מהדורה שנייה, ש' דורנר מתרגם, תשנ"ח) 39.

19 *Corso v. Crawford Dog and Cat Hospital*, 315 NYS 2d. 182 (1979) (להלן: עניין קורסו).

לאדם²⁰. אמנם מדובר במקרה שהוזכר בספרות האמריקנית²¹, אך ספק אם ניתן לראות בכך הלכה מקובלת, שכן רוב החלטות בית המשפט בארצות-הברית צעדו בדרך המסורתית, הרואה בבעלי החיים רכוש²².

ייתכן שהביקורת על התפיסה הרכושנית כלפי בעלי חיים נעוצה בהבנתה של זכות הבעלות כנושאת שליטה באובייקט. אולם הבעלות איננה מקנה בהכרח זכות מוחלטת, וקיימות הגבלות על בעלות בדרך זו או אחרת, או לפחות על השימוש בה²³. כך למשל ההגבלות הנוגעות לחיות מחמד מונעות ממי שמחזיק בהן לעשות בהן כרצונו, ואין הוא רשאי לפגוע בהן או להתעלל בהן²⁴.

מכאן ההיגיון שקיבל ביטוי מפורש בפסיקה האמריקנית ואשר הובא על ידי בית המשפט (בעניין פלוני), שאין אדם יכול להורות בצוואתו על המתת חיה²⁵. אלא שדווקא ההגבלות הללו הן במסגרת זכות הקניין²⁶, ואין מוציאים את בעלי החיים ממסגרת זו²⁷.

זה המקום להבהיר את הקשר שעושה בית המשפט בין אפיונם של בעלי החיים כחפץ, לבין ההתייחסות אליהם במסגרת דיני הקניין [סעיף 7]. גם אם אין מגדירים את בעלי החיים "מיטלטלין", עדיין נישאר בתחום דיני הקניין²⁸. סבורני כי יש

20 בעניין קורסו, האישה לקחה את הכלב לוטרניר, הכלב מת תוך כדי הטיפול והאישה ביקשה לקבל את הגופה לצורך עריכת טקס קבורה. האישה קיבלה את ארון המתים עם החיה, אך כאשר פתחה אותו לצורך פרדה מחיית המחמד מצאה כי בתוך ארון הקבורה הניח הווטרניר חתול מת ולא את כלבה. האישה דרשה פיצויים בגין עוגמת נפש, ובית המשפט של ניו יורק קיבל את התביעה. באשר לאחריות של רופאים וטרינריים ראו כללית: R. Huss "Valuation in Veterinary Malpractice" 35 *Loyola University of Chicago Law Journal* (2004) 479; Ch. Green "Future of Veterinary Malpractice Liability in the Care of Companion Animals, The Comment" 10 *Animal Law* (2004) 163.

21 ראו למשל: D. Squires — Lee "In defense of Floyd [Gluckman V. American Airlines, 844 F. Supp. 151 (S.D.N.Y. 1994)]: Appropriately Valuing Companion Animals in Torts" 70 *N. Y. U. L. Rev.* (1995), 1059.

22 ראו למשל: *Gluckman v. American Airlines*, 844 F. Supp. 151 (1994). למעשה הוויכוח אינו בסוגיית הגדרתה של חיית מחמד כרכוש או כקטגוריית ביניים, אלא בסוגייה של מידת הפיצויים (ערך השוק, ערך רגשי) במקרה של פגיעה בחיה.

23 כך, למשל, בעלים אינם רשאים לשנות או לחקן מבנים בעלי ערך אומנותי או היסטורי. ראו "ויסמן דיני קניין (מהדורה ראשונה, תשנ"ז, כרך ב: בעלות ושיתוף) 21, 42 ואילך.

24 חוק צער בעלי חיים, תשנ"ד-1994, סעיף 2.

25 ראו פסיקה בעניין זה אצל: S.S. Waisman, B.A. Wagman & P.D. Frasch *Animal Law Cases and Materials* (Durham, 2nd ed., 2002) 719-721.

26 ראו ויסמן, לעיל הערה 23.

27 זאת בניגוד לאלה הטוענים כי לא ניתן לקבוע כללי הגנה על בעלי חיים מבלי להסיר מהם את תווית הבעלות. ראו: P. Wicklund, "Abrogating Property Status in the Fight for Animal Rights", 107 *Yale L. J.* (1997) 569.

28 דוגמה לכך ניתן למצוא בסעיף 90 א. לב'ג'ב' הגרמני (תיקון משנת 1990) לפיו חיות אינן בגדר חפץ (sache), והן זכאיות להגנה מיוחדת. עם זאת, לפי אותו סעיף יחולו על החיה, בסופו של דבר, ההוראות הקשורות לבעלות. מכאן, שלהוראה זו ערך סמלי יותר מערך מעשי.

להבחין בין התייחסות לבעלי חיים כאל דומם, לבין העובדה שהם בגדר קניינו של האדם. ההגבלות על הבעלות יוצרות למעשה מערכת כפולה של דינים המגנים על בעלי החיים, ומאפשרים להתייחס אליהם כאל סוג מיוחד של רכוש. היחסים הקנייניים בין האדם לבין בעלי החיים צריכים להיות שונים מהיחסים הקנייניים של האדם עם דומם. כאשר מתבוננים בבעלות מנקודת המבט של היחס בין אדם לחיה, יש לאפיין את הבעלות כתופעה חברתית, אשר לא רק שהיא מקנה אדנות, אלא שהיא מטילה חובות, וכרוכה באחריות כלפי הזולת.²⁹

2. על זכויות בעלי החיים

ההרהורים באשר ליחס הקנייני לבעלי חיים מביאים את בית המשפט לעסוק בשאלה, האם יש להכיר בהם כנושאי זכויות. אכן, ככל שאנו מרחיקים את בעלי החיים מן התחום של דיני קניין, אנו מקרבים אותם למסגרת השיח על זכויות. השאלה אם ניתן לדבר על "זכויות בעלי חיים" מורכבת, ולדעתי פסק הדין אינו נותן לה מענה חד משמעי.

בית המשפט מדגיש את הפן המוסרי הכרוך בהגנה על בעלי חיים:

"ראוי שניתן דעתנו לאותם חוקים המטילים עלינו, בני האדם, חובות מוסריים כלפי בעלי חיים [...] ³⁰ מול החובה המוסרית המוטלת עלינו כבני אדם לא להתעלל בחיות, לא לצוד אותן בשיטות אסורות וכואבות, לא להכאיב להם שלא לצורך וכו', קיימת זכותם של בעלי החיים שלא ינהגו בהם כך"³¹ (ההדגשות שלי – פ.ל.).

ראו: א' סלטון "זכות בעלי החיים לחיות" חיות וחברה 30 2006 17; G. Möhe, "Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung der Tieres im Bürgerlichen Recht", *Neue Juristische Wochenschrift* 43 (1990) 2238–2240; Staundingers, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, Berlin (v. 1,1995) 556; L. Holch, "sec. 90 a", *Münchener Kommentar*, 3. ed., München (v. 1,1993) 712–715; K. Natrass "'...Und die Tiere' .Constitutional Protection for Germany's Animals" 10 *Animal Law* (2004) 283, 288 פתרון דומה אנו מוצאים במשפט האוסטרי ובמשפט השוויצרי: ראו סעיף 285 א ל-ABGB וסעיף 641 (א) 1 לקודקס האזרחי השוויצרי.

"Ownership is just a label, connoting a certain set of rights and also duties, and without knowing a lot more, we cannot identify those rights and duties". Sunstein, *supra* note 16, at p. 399

30 כאן מזכיר בית המשפט מספר חוקים בעניין הגנת בעלי חיים – חוק צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים), תשנ"ד–1995, חוק הגנת חיות הבר, תשט"ו–1955, תקנות בעלי חיים (שחיטה בהמות) תשנ"ד–1944, חוק צער בעלי חיים (ניסויים רפואיים), תשנ"ד–1994.

31 סעיף 6. ב לפסק הדין. כאן אולי ראוי להבהיר שתי נקודות: ראשית, כאשר החוק קובע איסור התעללות או איסור ציד, אין מדובר רק בחובה מוסרית, אלא גם בחובה על פי דין על כל המשתמע מכך. מי שמתעלל בבעל חיים לא רק עובר על כללי המוסר, אלא אף על החוק, יש על כך ענישה מפורשת. שנית, עצם הזיקה בין חובה מוסרית ליכולת איננה חדר-משמעות. רעיון הזכות שזור ברעיון החובה של מישהו אחר, אולם החובה המוסרית איננה מלווה בהכרח בזכות מוסרית. וקיום חובה מוסרית אינו מחייב בהכרח להכיר בזכותו של צד שני.

אצל מי תישאר הכלבה?

ברם, אין הקביעה, כי לאדם יש חובה מוסרית כלפי בעלי החיים, כדין הקביעה כי לבעלי החיים יש זכויות. אכן, השופט שוחט ער לבעייתיות הכרוכה בהכרה בזכויות בעלי החיים:

“האסכולה המצדדת בהענקת זכויות לבעלי חיים אינה מקובלת לא בחקיקה ולא בהלכה (השופט חשין, בפרשת חמת גדר)”³².

אכן, באופן מסורתי הלכו הוגי הדעות השונים בעקבות הגישה האנתרופוצנטרית המקובלת (שהיא למעשה צורה אחרת של הגישה ה”קניינית”), ולא ראו בבעלי החיים יצורים בעלי זכויות³³. אך חשוב לציין כי כיום קיימים זרמים פילוסופיים המציעים להכיר במעמדן המיוחד בחברה. בהקשר זה יש לציין שני מלומדים, אשר נאבקים באופן בולט למען בעלי החיים: פיטר סינגר, אשר דוגל, מתוך גישה תועלתנית ושיוויונית³⁴, בהתחשבות באינטרסים של בעלי החיים³⁵, ותום רגן, הנחשב לדמות הבולטת ביותר במה שניתן לכנות “תורת הזכויות”³⁶. יש לציין

ייחכן שלפלוני יש חובה מוסרית לבקר חבר חולה, אותו פלוני מנסה להגיע לחברו אך תוהה בדרכו, אם עמד בחובה מוסרית זו מבלי שהצד השני יוכל לטעון לזכות כלשהי שעליה יוכל לדרוש פיצויים בגין הפרת החובה. שונה המצב כאשר החובה היא חוקית ועל פלוני להוכיח כי אכן היו נסיבות אשר מנעו ממנו את מילוי חובתו. ראו: T. Kelch “The Role of the Rational and the Emotive in a Theory of Animal rights” 27 *B.C. Envtl. Aff. L. Rev.* (Fall 1999) 1

32 ס' 6 ד לפסק הדין.
33 גישה קיצונית כאשר למעמדם של בעלי חיים ניתן למצוא אצל הפילוסוף הצרפתי רנה דקרט, אשר שלל את מעמדם של בעלי החיים כבעלי זכויות, והשווה אותם למכונות (*automates*) חסרות רגש. 124 *R. Descartes Discours de la Méthode* (Paris, 1991). ראו ביקורת על הגישה זו ב”*When Elephants Weep: The Emotional Lives of Animals*” J. Masson & S. McCarthy (New York, 1995) 30. עמדה מאוזנת יותר, אשר מביאה בחשבון את הצורך לגלות רחמים כלפי בעלי חיים, מקבלת ביטוי אצל קנט (Kant), אשר הכיר בחובתו של האדם כלפי החיה, אך עבורו האדם הנו תמיד מטרה בפני עצמה, ואילו החיה הנה אמצעי בלבד. ראו: I. Kant *Lectures on Ethics* (New York, L. Infield trans., 1963) 239. ראו ביקורת על גישה זו אצל: T. K. Ash “International Animals: The Regan *Defending Animal Rights* (Chicago, 2001) 12. Rights: Speciesism and Exclusionary Human Dignity” 11 *Animal Law* (2005) 195, 208

34 סינגר, לעיל הערה 18, בע' 37; P. Singer *Ethics in Action* (Maryland, 1992); P. Singer “All Animals are Equal” *Environmental Philosophy* (N. Y., v. 1, J. B. Callicott & C. Palmer, eds. 2005) 75; S. Brooman & D. Legge *Law Relating to Animals* (London, 1999) 109 ראו גם ז' לוי ונ' לוי אחיקה, רגשות ובעלי חיים (2002) 172 ואילך.

35 “אם נגדם סבל לבעל החיים — לא תיתכן כל הצדקה מוסרית לסרב להתחשב בסבל זה. יהיה אשר יהיה טיבו של בעל החיים, עקרונות השוויונות דורש כי יוחסו לסבלו משקל שווה לזה המיוחס לסבלו של כל יצור אחר, ככל שמתאפשרת השוואה-בקיורוב כזו”. סינגר, לעיל הערה 34, בע' 41.

36 ראו: T. Regan *The Case for Animal Rights* (Berkeley, 2004); T. Regan *Animal Rights: Human Wrongs* (Maryland, 2003) 91. כבר בשנת 1889 דיבר הנרי סאלט על הכרה בזכויות בעלי החיים. ראו: L. Letourneau “Towards Animal Liberation? The New anti-Cruelty Provisions in Canada and their Impact on the Status of Animals” 40 *Alb. L. Rev.* (2003) 1041, 1043. S. Clark *Animals and their Moral Standing* (N. York, 1997) 16 ראו גם:

גם את אלה הטוענים כי ביטול המעמד הקנייני של בעלי החיים עשוי לשפר את מעמדם.³⁷

תורת הזכויות של בעלי החיים נשארה זרם פילוסופי שני במחלוקת. במישור הטהור אין לה ביטוי ממשי בחקיקה או בפסיקה, לא באמריקה ולא במקומות אחרים. רבים סבורים כי אין להתייחס לבעלי חיים כאל בעלי זכויות, אולם לאדם יש חובות כלפיהם³⁸ אשר מוטלות עליו מכוח החוק. פיטר סינגר עצמו, צמחוני מובהק המתנגד לכל ניצול של בעלי חיים, עושה זאת כמעט מבלי להזדקק לתורת הזכויות. ייתכן שהוויכוח הפילוסופי, חשוב ככל שיהיה, איננו המבחן הקובע על מנת לסרטט את כללי ההתנהגות הראויים כלפי בעלי חיים³⁹. מכאן שהעמדה המסויגת של בית המשפט באשר לאפשרות לראות בבעלי חיים יצורים בעלי זכויות, אינה חייבת לעורר בעיה מיוחדת. בית המשפט שולל את הטענה כאילו יש לבעלי החיים זכויות טבעיות (כפי שניתן לטעון בנוגע לבני האדם), אולם, ומתוך נקישת עמדה "פוזיטיביסטית", הוא מוכן להכיר במקרים בהם החוק גותן זכות⁴⁰. בית המשפט קובע:

"הזכויות אליהן אני מכוון מקורן בבני אדם והן מוענקות לבעלי החיים משום רצונם של בני האדם עצמם" (סעיף 6.6) (ההדגשה שלי פ.ל.)

כיצד יש לפתור את הסתירה שישנה באמירה, כי לבעלי חיים אין זכויות אך האדם מעניק להם זכויות? אם המחוקק מעניק הגנה מסוימת לחיה, או מטיל על האדם חובה לנהוג כלפי בעלי החיים בדרך מסוימת, יש בכך משום הענקת זכות לחיה⁴¹, אם כי יש שיאמרו שהיעדר תודעה אצל החיה מונע ממנה "לקבל" את הזכויות שהאדם מעניק לה. כל הקונסטרוקציה הזו, כפי שהיא מקבלת ביטוי בהחלטת בית המשפט, מדגישה עד כמה מדובר בעניין מורכב, אשר דורש מסגרת רחבה יותר מזו שיכול להעניק פסק הדין, העוסק בסופו של דבר בסכסוך משפחתי. אכן, כל השיח בעניין זכויות בעלי החיים אינו פשוט. ראשית, אי-נכונות להכיר

37 ראו: G. Francione *Animals, Property and the Law* (Philadelphia, 1st ed., 1995) 6

38 J. Raz *The Morality of Freedom* (Oxford, 1st ed., 1986) 176 רז משווה בין רגשותיו של האדם כלפי החיה לבין הרגש שהוא רוחש לחפצי אמנות שברשותו. רז, שם, ע' 179.

39 "I do not need a sophisticated theory here like of Tom Regan in the Case for Animal Rights to convince me that it is very bad to treat animal badly[...] the same reason which compels us to deduce that there are moral considerations for treating human beings, in given circumstances in a certain way, also compels us to deduce that there are moral considerations to treat in the same circumstances, in analogous ways". S. Dorner, "What is a right" 30 *The Journal of Value Inquiry* (1996) 427, 429

40 השווא' בן-זאב "הטעם באיסור לצער תנינים" משפט וממשל ד (תשנ"ד) 763, 774.

41 בעניין היחס בין זכות לחובה, ראו את עבודתו הקלאסית של: W. Hohfeld *Fundamental*

35 *Legal Conceptions* (New Haven, 1996) בקורת על הקרשי לבסס את היחסים המשפטיים

על מונחים של חובה וזכות, ראו למשל: J. Harris *Legal Philosophies* (London, 2nd 1997)

כבעלי חיים כבעלי זכויות, אין פירושו הסכמה על התאכזרות או לפגיעה בלתי מוצדקת בהם. המצדדים בגישה זו המוכרת כ־Legal Welfarism דואגים לרווחת בעלי החיים⁴² מבלי להפכם לנושאי זכויות⁴³. למעשה, גישה זו ממלכלת את סעדיה על ידי מציאת איזון בין האינטרסים של האדם לבין הצורך למנוע פגיעה "מיותרת" כבעלי החיים. טובת החיה אינה פונקציה של ערך אינהרנטי של החיה (בסגנון תום רגן)⁴⁴, אלא איזון בין צורכי החיה לבין צרכים אנושיים חיוניים. הפסיקה הישראלית שותפה לגישה זו, על אפס ועל חמתם של המגנים על בעלי חיים. זאת ועוד: ישנם הוגי דעות, אשר לנוכח הקשיים הללו מסרבים לקבוע כי לבעלי חיים זכויות, אולם מוכנים לומר, כי יש להם אינטרסים⁴⁵. תורת האינטרסים מסייעת להתגבר על סוגיית האכיפה, שלכאורה יכולה להקשות על קיום הזכות. קל יותר לדבר על אינטרס של החיה, מבלי להזדקק לאכיפת הזכות. אולם יש הטוענים, כי אפשר להכיר בזכויות בעלי החיים, גם אם על אכיפת הזכויות להיעשות על ידי האדם⁴⁶. השימוש באינטרסים במקום בזכויות יכול להפוך את הכעיה לעניין סמנטי. אם לחיה יש אינטרס שלא לסבול, האם אין בכך משום הכרה בזכותה שלא לסבול? יש הטוענים כי כלל ההגנה על בעל חיים איננו שאלה של מוסר, זכויות או אינטרסים של בעלי חיים, אלא רק של רגשות. מבלי לנקוט עמדה בנוגע לשאלה

42 כך, למשל, כאשר מדובר בחיות המשמשות לחקלאות, מקובל להתייחס לרווחת בעלי החיים כמושגים כוללניים יותר מאשר מניעת התאכזרות. השימוש כמונח רווחת בעלי החיים נעשה שכיח לאחר פרסום דו"ח Brambell באנגליה (1965), אשר המליץ על כללים מסוימים, שימשו בסיס לחקיקה האירופית בנושא. ראו: M. Radford *Animal Welfare Law in Britain* (Oxford, 2001) 264.

43 ראו: G. Francione "Animals, Property and Legal Welfarism: Unnecessary Suffering and the 9232/01 *Rutgers L. Rev.* (1993) 721, 739. ראו: בג"ץ 9232/01 'Humane' Treatment of Animals". ראו: 230.

44 'נח' ההתאחדות הישראלית של ארגונים להגנת בעלי חיים נ' הי"מ, פ"ד נז(6) 212, 230. ובכל זאת, גם אצל תום רגן מתעוררים קשיים במישור הזה, כאשר הוא נדרש לפתרון במקרה של זירה, שבה ארבעה אנשים וכלב נקלעו לסערה, ויש צורך להשליך אחד מהם לים. על פי התאוריה של רגן, היה עלינו לבצע הגרלה. פתרון זה אינו נראה הגיוני, ואכן, גם רגן מסכים, כי יש לזרוק את הכלב. כיצד הוא מצדיק קביעה זו, השוללת לכאורה את תפיסתו באשר לערך האינהרנטי של החיה? לדעתו, הפתרון מתבקש לפי העיקרון של הרע במיעוטו (worse off). אכן, רגן סבור, כי אם יש לבחור בין האפשרויות הטמונות בין חייל של האדם לבין חייו של הכלב, לאדם יש פוטנציאל גדול יותר. אולם אפשר לטעון כי תפיסה זו היא גם אנטרופוצנטרית, משום שרגן, הנאליץ לקבל כאן את ההערכה לגבי הפוטנציאל העתידי, מבצע זאת על פי אמות מידה אנושיות, ולא על פי מה שניתן לשער, שהוא האינטרס של הכלב. ראו: Regan, *supra* note 36, at p. 307.

45 באשר להתייחסות ל"אינטרסים" של החיות, ראו: R. Frey *Interests and Rights: The Case Against Animals* (Oxford, 1980) 79, 142. ראו גם: J. Feinberg *Harm to Others* (Oxford, 1984) 70; L. Léotourneau "Toward Animal Liberation? The New Anti-Cruelty Provisions in Canada and their Impact on the Status of Animals" 40 *Alb. L. Rev.* (2003) 1041, 1047.

46 העמדת התנאי לקיום הזכות בעובדה שבעליה יכול לבחור באכיפתה, מתעלמת מן העובדה, כי בני אדם רבים (כגון תינוקות, מוגבלים שכלית וכו') אינם יכולים לפנות לערכאות בכוחות עצמם, אך אין הדבר שולל מהם את זכויותיהם.

אם צער בעלי חיים הוא עניין רגשי או מוסרי⁴⁷, אני סבור כי דווקא בעניין פלוני בולט ההיבט הרגשי, שהרי המתח שם הוא תוצאה של סערת רגשות בין הגבר לאישה. שם השיקולים של טובת הכלבה והחתולה מבוססים על הצורך לפתור בעיה רגשית ולמנוע התדיינות מיותרת ושימוש לרעה בבעלי החיים.

אפשר היה להעמיק ולתהות כיצד משתלב פסק הדין של השופט שוחט עם התפיסות השונות באשר לזכויות בעלי החיים. אולם אינני סבור שחשיבותו של פסק הדין נעוצה בדין פילוסופי על אודות המשמעות המורכבת של המונח "זכות" והחלתה על בעלי חיים. חשיבותו היא דווקא בחיפוש אחר פתרון המתבסס על העובדה – שלדעתי אין עליה עוררין – כי מספר גדול של אנשים מתייחסים לחיות המחמד שלהם כאל בני משפחה⁴⁸. הוויכוח שהצדדים מביאים לבית המשפט נובע לא רק מן הקושי להגדיר את החיה כרכוש פרטי או כיצור בעל זכויות, אלא הוא תוצאה של מתח בין אינטרסים מנוגדים בין שני צדדים, שכל אחד מהם מנסה לקבל את החיה לרשותו. בית המשפט ניסה למצוא דרך להוציא את הוויכוח ממסגרת האינטרסים של הצדדים ולהכניס אותו למסגרת האינטרסים של בעלי החיים. לצורך זה החליט לפסוק על פי "טובת החיה".

מאחר שמדובר בפסק דין תקדימי, יש לבדוק מהי משמעותה של "טובת החיה", ולהיות ערים לשאלות שיכולות להתעורר בשל קביעה זו. במיוחד מתבקשת השאלה מהו הדמיון ומהו ההבדל בין מבחן "טובת החיה" לבין מבחן מוכר די הצורך לבחי הדין לענייני משפחה – "טובת הילד".

ב. מבחן טובת החיה

1. מבוא

השימוש במבחן טובת החיה מוכר היטב בארצות-הברית⁴⁹. כמו כן הקודקס האזרחי השווייצרי כולל הוראה שעל פיה במקרה של סכסוך בנוגע לחיית מחמד, השופט רשאי להעניק בעלות על בעל החיים למי מהצדדים בהתחשב בפתרון הטוב ביותר לבעל החיים⁵⁰. אולם למיטב ידיעתי זו הפעם הראשונה שבה נדרש בית המשפט

47 ראו הערה 40 לעיל, שם טוען המחבר כי הנימוק לאסור התעללות בבעלי חיים הינו רגשי, ולא מוסרי. שם, עמ' 774 ואילך. ראו תגובה לעמדה זו אצל י' וולפסון "מעמד בעלי חיים במוסר ובמשפט" משפט וממשל ה (תש"ס) 551, 564.

48 ס' 16 לעניין פלוני שבו בית המשפט מצטט את פסק הדין האמריקני, *Bueckner v. Hamel*, 886 SW 2d. 368, 378 (1994).

49 ראו למשל, החלטה של בית המשפט העליון של ניו יורק: *Raymond v. Lachmann*, 695 NYS 2d.308 (1999).

50 סעיף 651 (א) 1 לקודקס האזרחי השווייצרי: "Lorsqu'ils agitent d'animaux qui vivent en milieu domestique et ne sont pas gardés dans un but patrimonial ou de gain, le juge attribue en cas de litige la propriété exclusive à la partie qui, en vertu des critères appliqués en matière de protection des animaux, représente la meilleure solution pour l'animal". ראו: Roy, *supra* note 11, at 142.

בישראל לעיקרון זה. מכאן שהחלטת בית המשפט מהווה חידוש מרענן. ברי כי כשאנו אומרים "טובת החיה" אנו נוטים לחשוב על "טובת הילד". כידוע, טובת הילד נחשבת לעקרון-על בכל הנוגע להכרעה משפטית בענייני ילדים⁵¹. ההזדקקות למבחן טובת החיה (אשר שואב כמובן את השראתו מעקרון טובת הילד) יכולה להתקבל ברגשות מעורבים. מצד אחד מנקודת המבט של טובת בעלי החיים, מדובר בחיזוק מעמדם ובהתחשבות בצורכיהם. מצד שני יטען הטוען (במיוחד אם נושא זכויות הילדים קרוב ללב) כי ההשוואה עלולה לטשטש את ההבדלים בין היחס שעלינו להעניק לילדים לבין היחס לבעלי חיים.

מבחן טובת הילד הנו מבחן גמיש, רחב ובלתי מוגדר⁵². מכאן שממילא ייווצרו קשיים בהחלת מבחן זה על בעלי חיים, אשר מכלול צורכיהם שונה, ובוודאי מצומצם יותר מזה של ילדים. שאם לא כן, אנו עלולים להגיע למסקנות הגובלות באבסורד. עם זאת, אני עצמי אינני סבור, כי השימוש בעקרון טובת החיה צריך לפגוע בצורך להגן על ילדים ולחזק מעמדם בחברה. אדם יכול להתייחס לכלב שלו כאל ילד, אולם אין זה אומר, כפי שאציין בהמשך, כי בכך הופך הכלב לילד, ואין זה אומר שיש להתייחס לילד כאל כלב. לדעתי חשוב להבין כי עקרון טובת החיה הנו בגדר מסגרת שיש למלא בתכנים הנכונים, אשר אינם זהים לתכנים הממלאים את המסגרת הנקראת "טובת הילד".

נוכח הבהרות אלו חשוב לציין כמה מישורים שבהם עקרון טובת החיה משמעותי, במיוחד על מנת לפתור את הבעיה של החזקה משותפת של בעלי חיים: כיצד יש להגדיר עיקרון זה, ומה הם ההבדלים בין התחשבות בטובת החיה לבין התחשבות בטובת הילד.

2. מה בין טובת החיה לבין טובת הילד?

הדוגלים בהגנה על בעלי חיים משווים את מצבם לזה של ילדים⁵³. ההנחה שעליה

51 לעניין טובת הילד, ראו, בין היתר: "קפלן" מטובת הילד לזכות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא (תשס"א) 623, 631; ג' מימון דיני אימוץ ילדים (מהדורה ראשונה, תשנ"ד) 237 ואילך; פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (מהדורה ראשונה, תשמ"ט), כרך ב) 287 ואילך; יאיר רונן שיתוף הילד בקביעת משמרותו (מהדורה ראשונה, תשנ"ו) 27 ואילך; M. Minow "Rights for the Next Generation: a Feminist Approach to Children's Rights" 9 *Harv. Women's L. J.* (1986) 1–24; L. Bilsky "Child-Parent-State: the Absence of Community in the Courts' Approach to Education" *Children's Rights and Traditional Values* (G. Douglas, L. Sebba, eds.) Aldershot, 1998, 134–159.

52 ראו דברי השופט שטרסברג-כהן בעניין ע"א 2266/93 פלוניס נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, 268. ראו גם דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט (דו"ח רוטלוי), חלק כללי, ירושלים, 2003, עמ' 133 ואילך.

53 מקובל למצוא קווים דומים בין מצבן המשפטי של החיות לאלה של "קבוצות מיעוט" אחרות, כגון עבדים או נשים. ראו: D. St. Pierre "The Transition from Property to People: the Road to the Recognition of Rights for Non-Human Animals" 9 *Hastings Women's L. J.* (1998) 255.

הם מתבססים היא כי ממש כפי שבעבר נמצאו ילדים תחת שליטתם המוחלטת של הוריהם, כיום שולטת תפיסה אחרת, שעל פיה יש לילדים זכויות, ללא קשר לרצון ההורים. עם זאת, ההשוואה מתעלמת מן השוני בין מעמדם של ילדים לבין זה של בעלי חיים בחברה, שהרי ילד הוא בן אדם⁵⁴, ואילו החיה לא! אם מישוהו יטען כי אני מאמץ "עמדה סוגנית" (או במונח המקורי — Specieism), כלומר מפלה בין בני אדם לבעלי חיים על בסיס העובדה כי הם שייכים למינים שונים⁵⁵, אוסיף ואטען כי ההגנה על בעלי חיים אינה מחייבת השוואה מוחלטת ביניהם לבין בני האדם. לא זו בלבד שאנתרופומורפיזציה של החיה אינה עולה בהכרח בקנה אחד עם ההבחנה "הטבעית" בין אדם לחיה, אלא שיש להיזהר מנקיטת עמדות הנעוצות בפרסוניפיקציה של הבעלי חיים⁵⁶, דווקא משום שבסופו של דבר הן עלולות להביא לתוצאות שליליות מבחינתן⁵⁷.

נכון אמנם, כי במובנים מסוימים החיה והילד חשופים לאותן סכנות, למשל במובן זה שאין הם יכולים להתגונן מפני אדם המתעלל בהם. לכך התייחס השופט חשיין בעניין חמת גדר:

"בעל-חיים ליד האדם הוא כילד, תמים וחסר-הגנה. התעללות בילד תזעזע אותנו וכן היא התעללות בחיה. החיה — כמוה כילד — הינה תמימה. אין היא מכירה ברוע ואין היא יודעת כיצד להתמודד עימו [...] האדם מצווה איפוא להגן על החיה כחלק מן הציווי המוסרי להגן על החלש"⁵⁸.

אכן, השופט שוחט מתבסס על עניין חמת גדר, אך יש לזכור כי פסק דין זה עסק בפגיעה בבעלי חיים במסגרת מופע מסחרי, ואילו כאן הדיון נסוב על סכסוך משפחתי שבו אין שום איום על בעל החיים או כוונה לפגוע בו. אין כאן מצב של התעללות, אלא להפך: מדובר פה בתחרות בין הצדדים באשר למקום הטוב ביותר עבור החיה.

אנשים רבים מתייחסים לחיות המחמד שלהם כאל ילדים לכל דבר, אלא שכאשר מנסים להביא את מבחן טובת הילד אל תחום היחסים בין אדם לחיה, יש להדגיש כי קיימים הבדלים בין שני המצבים. ראשית עקרון טובת הילד זוכה

54 דבר דומה ניתן כמובן לומר על נשים או עבדים, אף כי לצורך הדיון מצבם של העבדים אכן היה בעייתי יותר מזה של ילדים, ולו מן הטעם שילדים חדלים להיות ילדים בשלב כלשהו של חייהם, ואילו העבדות נצחית.

55 בדיוק באותה מידה שגזענות מפלה בין בני אדם על בסיס גזע או שייכות לאומית. ש' דורנר בתרגומו לספרו של סינגר משתמש בביטוי העברי "סוגנות".

56 בימי הביניים היה מקובל לנהל משפטים פליליים נגד חיות, להאשימן ולהוציאן להורג. ראו: 'י וולפסון' "מעמד בעלי חיים במוסר ובמשפט" משפט וממשל (2000) 551, 559; Francione, *supra* note 37, at p. 93

57 ראו: "בשם" *Recueil Dalloz*, 1990, chr., 33–37

58 עניין חמת גדר, לעיל הערה 2, בע' 859.

לגושפנקה חוקית. מבחן טובת הילד מופיע מפורשות בדברי חקיקה שונים. כך למשל, סעיף 3 (ב) לחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951; סעיף 15 ו-25 לחוק הכשרות המשפטית ואפוסטרופסות, התשכ"ב-1962; סעיף 1 (ב) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981; ובאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד⁵⁹. פרט לבעיות הפורמליות ולעובדה כי טובת החיה לא זכתה עד כה להכרה חקיקתית, ישנם גם הבדלים מהותיים.

(א) התהוות הקשר

השאלה "של מי הילד" מקבלת בדרך כלל תשובה ברורה די הצורך, שהרי עניין ההורות הוא עניין ביולוגי, או במקרה של אימוץ תוצאה של צו בית משפט. לעומת זאת, הקשר המשפטי בין בעל החיים לאדם, גם אם קוראים לכך "אימוץ", נקבע על פי עקרונות הבעלות. אין לשכוח כי בעניין פלוני התעוררה דווקא השאלה אם מדובר בבעלי חיים בבעלות משותפת, אם לאו. האישה טענה כי עצם העובדה שבעלי חיים נאספו אל ביתם של בני הזוג כאשר גרו ביחד, אינה מעניקה מעמד לתובע, ואין לראות בהם רכוש משותף, שהרי האישה היא אשר דאגה להם, טיפלה בהם, לרבות לקחתם לוטרניר, והיא אשר שילמה מכספה את כל הוצאות הטיפול וההזנה, הוצאות שכמובן לא פסקו גם לאחר שהנתבעת עזבה את הבית עם בעלי החיים. אולם עצם העובדה שצד אחד הוא שהשקיע את מירב המאמצים והכספים בטיפול בחיה, אין בה די כדי לשמש נתון מכריע לעניין הבעלות. לפיכך אם היה ברור לבית המשפט כי הכלבה שייכת בוודאות רק לאחד מן הצדדים – לתובע, למשל, לא הייתה מתעוררת שאלת החלוקה, ומן הסתם לא היה צורך להזדקק למבחן "טובת החיה". כך גם למשל אילו היה מדובר ברכוש פרטי כלשהו של אחד מבני הזוג (שרכש אותו לפני הנישואים), ללא קשר למערכת היחסים בין החיה לבין הצד השני. נניח אף שניתן היה להוכיח כי מדובר במתנה מותנית, והתנאי היה שהצדדים ימשיכו לחיות ביחד. הרי במקרה של פירוד ניתן לטעון כי המתנה מתבטלת וחוזרת לנותן המתנה.

מבחן טובת החיה בעניין הבעלות על החיה חשוב במקרה של בעלות משותפת, במיוחד אם הצדדים אינם יכולים להגיע לעמק השווה באשר לגורלה. זאת ועוד: אינני בטוח שלטובת החיה תהיה משמעות גם במקרה שבו שני הצדדים מסרבים לקבל את החיה. שהרי לא ניתן לכפות על מישהו לקחת את החיה, ולכן במקרה כזה יש למצוא פתרון מסוג אחר. הצדדים יכולים לפתור את המחלוקת באשר להחזקת החיה באמצעות העברתה לצד שלישי, למשל, מכירתה או הענקתה במתנה. פתרון זה אינו אפשרי במקרה של ילדים, ומעשים מסוג זה עלולים להביא להרשעה פלילית לפי סעיף 365 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. עם זאת, התרת

59 ראו: 1989 Convention on the Rights of the Child. ראו: S. Cretney & J. Masson *Principles of Family Law* (London, 6th ed., 1997) 584.

הקשר בין ההורים הביולוגיים לבין הילד יכולה להיעשות במסגרת מסירת הילד לאימוץ⁶⁰, או במקרים המחייבים את התערבותם של גורמי הרווחה לצורך הוצאת הילד ממסגרת המשפחה עקב התנהגות ההורים או הסכנות המאיימות על הקטין. לצורך ההשוואה, ניתן לומר כי גם כאשר הבעלים של חיה מתעללים בה רשאות הרשויות להוציא אותה מרשותם של הבעלים ולהעביר אותה לאדם אחר⁶¹. מכל מקום, לא זו הבעיה שהתעוררה בעניין פלוני.

(ב) ההיבט ההתפתחותי

אין לשכוח, כי תקופת הילדות הנה תקופה זמנית⁶². בשלב מסוים הופך הילד למבוגר, ולאחר שהוא מגיע לגיל שמונה-עשרה נעלמת מערכת היחסים של חובות וחכיות⁶³. לא כך הדבר בעניין בעלי חיים, אשר מצבם כתלויים בבעליהם הנו מצב קבוע. זאת ועוד: גיל הקטין משמעותי באשר להחלטה אצל מי מבני הזוג יישאר. כאשר מדובר בתינוק או קטין עד גיל שש, החזקה היא שיש להשאירו בידי האם. קריטריון זה אינו רלוונטי בעניין בעלי חיים, והשאלה איננה נשאלת.

(ג) היקף הצרכים

גם מערכת הזכויות-חובות בין הורה לילד שונה מהמקרה של בעלי חיים, ויש הבדל בהיקף השיקולים שיש להביא בחשבון במקרה של טובת החיה לעומת השיקולים בעניין טובת הילד. כפי שכתב פרופ' שאקי: "צרכים [של הילד] שונים ומשתנים אלו מורכבים מתערובת של תנאי מגורים נאותים, תנאי כלכלה סבירים, אווירה חינוכית, תרבותית וחברתית הולמת, טיפול מסודר ונכון, כשירות גופנית ונפשית של ההורה לטיפול בילד, נכונות ויכולת נפשית ומעשית של ההורה להעניק לילד תחושת קרבה, אהבה, חום, רגש, ביטחון ואמון, ומעל לכל – את ההרגשה שהוא רצוי על-ידי הוריו וסביבתו"⁶⁴.

מובן כי לפחות חלק מהשיקולים הללו ממילא אינם רלוונטיים לבעלי חיים. כך למשל עניין החינוך, שהוא נושא מרכזי בסוגיית החזקת ילדים, אינו יכול להתעורר בעניינם של בעלי חיים. גם קשרים חברתיים, אורח חיים עתידי או שיקולי דת אינם משמעותיים לצורך קביעת טובת החיה. הבדלי מין, לאמור העובדה שמדובר בילד

60 צעד אשר במהותו ובפרוצדורה שלו שונה ממכירה או הענקת בעל חיים במתנה, גם אם משתמשים בביטוי "לתת בעלי חיים לאימוץ".

61 ראו ס' 8-10 לחוק צער בעלי (הגנה על בעלי חיים), 1994.

62 חרף העובדה שמבחינה ביולוגית הילדות ארוכה יותר מתוחלת החיים של מרבית חיות המחמד.

63 במקרים מסוימים, כמו בענייני מזונות, יכולות חובות ההורות להימשך גם לאחר גיל שמונה-עשרה.

64 ראו י' קפלן "המגמה החדשה בעניין ענישה גופנית של ילדים לצורכי חינוך" קריית המשפט ג (תשס"ג), 447, 459.

או בילדה, אף הם משפיעים על ההחלטה למי מבני הזוג תינתן החזקה על הילד⁶⁵, אך אין לכך כל משמעות כאשר מדובר בבעלי חיים. פעמים רבות טובת הילד הנה פונקציה של תנאים סוציו-אקונומיים של ההורים, ושל העדפת בית המשפט את אורח החיים של צד זה או אחר⁶⁶ — שיקול שהנו נטול חשיבות במקרה של בעלי חיים. גם צרכי המזונות שונים בתכלית.

טובת החיה נמדדת על פי עקרונות אחרים, כגון הקשר האפקטיבי בין החיה לבין האדם⁶⁷, הזמן והמשאבים שכל אחד מהם יכול להקדיש לבעל החיים, או המקום הפיזי העומד לרשותה של החיה⁶⁸. לפעמים טובת החיה יכולה להיות קשורה במצבה הבריאותי, למשל כאשר מדובר בבעל חיים מבוגר אשר מן הראוי שלא לטלטלו למקום מגורים חדש⁶⁹.

(ד) העדפות הילד והעדפות החיה

באשר לסוגיית החזקתם של קטינים, נהוג — לפחות החל מגיל מסוים — להביא בחשבון את דעתו של הקטין. ניתן להתחשב בהעדפותיו של הקטין על פי גילו, בגרותו, נסיבות אישיות וכו', על מנת לקבוע אם יישאר בחזקת האב או האם⁷⁰. מן המפורסמות היא, כי חלק גדול מההחלטות שמקבל בית המשפט או בית הדין הרבני בעניין "טובת הילד" מתבססות על חוות דעתם של עובדים סוציאליים או פסיכולוגים, אשר בין היתר בודקים את העדפות הקטין. יתר על כן בשנים האחרונות מתגבשת מגמה שלא להשתמש רק במונחים של רווחת הילד, אלא להתחשב גם בזכויות המגיעות לו. כחלק מהמעבר מתפיסת "טובת הקטין" לתפיסה של "זכויות הקטין"⁷¹, מקובל כיום יותר ויותר להכיר בזכותו של הילד לזהות תרבותית מוגדרת⁷², או לספק לקטין ייצוג עצמאי בבית המשפט. ברור כי במקרה

65 בעניין הכלל של המשפט העברי המעדיף את האם במקרה של ילדה ואת האב במקרה של בן ראו א' יוחטמן "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת הילדים" שנתון המשפט עברי (מהדורה ראשונה, מ' אלון עורך, תשל"ח, כרך ה) 285.

66 כך למשל בית הדין הרבני נוטה לראות בחינוך דתי את טובתו של הילד.
67 המומחה לקח את הכלבה לביקור אצל התובע והבחיין כי הכלבה הייתה עצובה כאשר היה עליה לעזוב את האישה. לעומת זאת היא גילתה אדישות כאשר עזבה את בית התובע, ושמתה מאוד כשחזרה אל חיק הנתבעת.

68 כך במקרה שלנו, לאישה היה מקום מתאים יותר להחזיק בו את הכלבה.

69 ראו לעיל הטקסט הנלווה להערה 50.

70 ראו: Huss, *supra* note 14, at p. 228.

71 ראו קפלן, שם; שיפמן, לעיל הערה 51, בע' 239; דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט (דו"ח רוטלוי), חלק כללי, ירושלים, 2003, עמ' 22 ואילך. בפסיקה התעוררה שאלת היחס בין "טובת הילד" ו"זכויות הילד". בהקשר זה ראו את דברי הנשיא שמגר והשופט שטרסברג-כהן, בעניין ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 251. גם בעניין בעלי חיים אנו רואים זאת, אם כי כפי שצוין לעיל הרעיון של זכויות בעלי חיים שנוי במחלוקת.

72 ראו י' רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות" עיוני משפט כו (תשס"ג) 935.

של בעלי חיים אין טעם לדבר על "זכות לזהות", או על "זכות לאזרחות". אולם בית המשפט בהחלט יכול להביא בחשבון את העדפויותיהן של בעלי חיים, ואף מן הראוי שיעשה זאת. למשל ניתן לשקול דרכים לייצוגם של בעלי חיים בבית המשפט.⁷³ ובכל זאת כפי שציינתי לעיל לא הייתי מציע להביא את הברדיקה של טובת החיה למחוזות כה רחוקים, שהרי די במינוי מומחה כמעין "גורם מייצג" המפענח את העדפות החיה. בעניין פלוני, במקום עובד סוציאלי, הסתפק בית המשפט במומחה בהתנהגות בעלי חיים.⁷⁴

בפסק הדין הדבר אינו נאמר מפורשות, אולם לדעתי הקשר הרגשי שהחיה מפתחת הנו מרכזי בקביעת טובתה, ואין לשכוח כי קשר זה הנו בדרך כלל דו-צדדי: ככל שהאדם מעניק תשומת לב ואהבה רבה יותר לבעל החיים, כך בעל החיים קשור אליו יותר. ככל שהאדם קשור יותר לבעל החיים, גם החיה נקשרת אליו.⁷⁵ מובן מאליו כי כאשר אחד הצדדים משתמש באמצעי אלימות כנגד החיה או מתעלל בה, אין צורך לבדוק ברשות מי יש להשאיר אותה.⁷⁶

(ה) מבחן טובת החיה ואינטרסים אחרים

טובת החיה איננה צריכה לשמש קריטריון בלעדי לצורך הכרעה. שוב עלינו להבחין בין בעלי חיים לילדים. יש הסבורים כי יש להעניק למבחן טובת הילד משקל מכריע ביותר.⁷⁷ לעומת זאת, יש הסבורים כי טובת הילד נסוגה מול אינטרסים אחרים, כגון שלום המשפחה, אינטרסים של ילדים אחרים, צרכים של ההורים וכו'.⁷⁸ אולם גם אם נכיר בעקרון טובת החיה על מנת לפתור בעיה של חזקה משותפת על בעלי חיים, ההזדקקות לעיקרון כזה תהא כפופה תמיד לשיקולים אחרים, וייתכן אף שמן הראוי לעתים שלא ליישם את הקריטריון של טובת החיה. טלו מקרה שבו חיות המחמד משמשת לפרנסת אחד מבני הזוג (כגון תוכי המשתתף במופע) — כאן

73 ראו: Ch. Stone "Should Trees have Standing: Towards Legal Rights for Natural Objects" 45 *S. Cal. L. Rev.* (1972) 450; St Pierre, *supra* note 53, at 271 בפועל, מדובר במקרים שבהם אוצרות טבע או חיות נמצאים בסכנה, ואז גופים או אנשים מתערבים ופונים לערכאות לצורך הגנתם. לא זה המקרה של סכסוך בין בעל לאישה.

74 אני ער לכך שניתן לטעון כי גישתי קרובה יותר ברוחה לגישה של "רווחת בעלי החיים" ולא בהכרח לגישה של בעלי החיים כבעלי זכויות. עקרונית אינני מתנגד לכך שכמו בדיון על מעמד הילדים בחברה, יעבור הדיון במעמדם של בעלי חיים מהשיח על רווחתם לשיח על זכויות. לדעתי הבעיה אינה כיצד אנו מגדירים את יחסנו לבעלי החיים, אלא איזה תוכן אנחנו מעניקים ליחס זה.

75 בהחלט ייתכן שבשל אורח חיים שונה, עבודה וכו', יפתח אחד מבני הזוג קשר קרוב יותר לחיה, וזאת מבלי שהצד השני, שאף הוא אוהב את החיה, יוכל לשמור על קשר דומה.

76 ראו: D. Gentry "Including Companion Animals in Protective Orders: Curtailing the Reach: 13 *Yale J. L. & Feminism* (2001) 97.

77 ראו למשל דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט (דו"ח רוטלוי), חלק כללי, ירושלים, 2003, עמ' 137, 138.

78 שיפמן, לעיל הערה 51, בע' 217 ואילך.

הצורך הקיומי של אחד מבני הזוג עשוי לגרום לבית המשפט להניח בצד את טובת החיה⁷⁹; או אם במשפחה ישנם ילדים שאוהבים מאוד את בעלי החיים, ייתכן שאהבתם זו תגבר על טובת בעלי החיים, ומן הסתם יושארו אלה עם הילדים: במקרה כזה טובת הילדים תגבר על טובת החיה. בעניין פלוני בו היו כלבה ותולדה קיבל בית המשפט את חוות הדעת של המומחה והחליט להשאיר את בעלי החיים יחד⁸⁰. נתון זה הנו אכן בעל חשיבות, משום שהוא מדגיש כי טובת החיה אינה רק פונקציה של הקשר בין החיה לבין האדם, אלא גם של הקשר בין בעלי החיים לבין עצמם⁸¹. אולם אם מדובר בזוג בעל שני ילדים, וכל אחד מן הילדים נמסר להורה אחר, ייתכן שביית המשפט יחליט על הפרדה בין בעלי החיים כדי שלכל ילד תהיה חיית מחמד אחת. לעומת זאת, אם שני הילדים נשארים יחדיו, הגיוני שגם בעלי החיים יישארו ביחד עם הילדים⁸², אלא אם כן קיימות נסיבות שמקשות על כך. כדי למקם נכונה את עקרון טובת החיה במערכת השיקולים של בית המשפט בכבואו להחליט על הענקת בעלי חיים או על חלוקתם בין שותפים או בני זוג, יש להתחקות אחר התכלית שמאחורי עיקרון זה.

3. תכלית העיקרון של "טובת החיה"

זה המקום להבהיר כי לדעתי קביעתו של בית המשפט, שיש לפתור את הסכסוך בעניין שיינה וג'ין אייר על פי עקרון טובת החיה, הנה קביעה חשובה, ואינני מסתייג ממנה. אין לי ספק כי מן הראוי להביא בחשבון את הצרכים של בעלי החיים בכל מקרה, ובוודאי כאשר מדובר בסכסוך הקשור למקום הימצאותם. עם זאת, יש להבין את מורכבותו של עקרון טובת החיה.

בית המשפט מצהיר כי הוא בוחן את הבעיה אך ורק מנקודת המבט של טובת החיה, ואפילו מצהיר שאין הוא נותן את הדעת לנושא רגשותיו של האדם (סיפה של סעיף 17). לכאורה מדובר ב-"Animal Centered View", אך ברצוני לטעון כי בפועל הגישה היא של "Human Centered View", שהרי בית המשפט מביא בחשבון את האינטרס של בני הזוג, או ליתר דיוק, את האינטרס של כל אחד מן הצדדים. בעניין פלוני מבחן טובת החיה אינו נחוץ רק כדי למוא את מסגרת הנאותה ביותר לבעלי חיים, אלא גם כדי למצוא קריטריון אובייקטיבי שימנע שימוש לרעה בבעלי חיים כדי לפגוע בצד השני.

79 אלא אם כן הפעולות עם החיה גורמות לפגיעה בה, מהוות התעללות וכי'. במקרים הללו אין ספק כי טובת החיה גוברת על הצורך בפרנסה, כפי שנקבע בעניין חמת גדר.

80 הן היו רגילות אחת לחברת השנייה והתולדה נהגה לשחק עם הכלבה.

81 מקרים מסוג זה התרחשו בארצות-הברית, שם פסק בית המשפט, שלא ניתן להפריד בין החיות. ראו: Huss "Separation, Custody and Estate Planning Issues relating to Companion Animals" *supra* note 14, at p. 229.

82 "[U]sually if there are children in the family, companion animals will be allocated to the parent with primary custody, leaving the most of the 'pack' intact". Huss, *supra* note 14, at p. 229.

טובת החיה אינה רק מניעת התעללות, אלא גם הצורך להתחשב במכלול הצרכים של בעלי החיים. במובן זה טובת החיה הנה הביטוי של מה שקרוי Legal Welfarism.⁸³ תורת "התכלית הראויה" חולשת על הפסיקה הישראלית, אשר מכפיפה את האינטרס של בעלי החיים בהתאם לאינטרס האנושי. כך היה בעניין חמת גדר⁸⁴, בעניין חתולי ערד⁸⁵, חתולי ירושלים⁸⁶, ובעניין אימון רופאים עם כלבים⁸⁷. כאשר מדובר באדם, אנו שוללים את ההצדקה לגרום לו סבל, ללא קשר לתועלת שיוכל להביא לזולת. כאשר מדובר בבעלי חיים, הקריטריון הנו תועלתנות⁸⁸. אם היתרון גדול ועולה על הסבל, אזי הסבל של החיה מוצדק⁸⁹. השופט שוחט לא סוטה מקו זה ואומר זאת במפורש:

"זכות זו של בעלי חיים היא זכות יחסית ולא מוחלטת שהרי מותר לשלול מהם את הזכות הבסיסית ביותר המוענקת ליצור חי — הזכות לחיים — ובלבד שזה יעשה לתכלית ראויה וכדרך המותרת בחוק תוך צמצום ומיזעור הכאב והסבל שנגרם להן" (סעיף 6 ג).

יטען הטוען כי בכל זאת דברים אלו אינם משקפים את ההחלטה גופא, וזאת משום שבעניין פלוני הביא בית המשפט בחשבון את המקום הטוב ביותר לכלבה ולחתולה, ואפילו את הקשר בין שני בעלי החיים. אולם לדעתי פרט לדאגה לבעלי החיים, ההזדקקות לטובת החיה שירתה את האינטרס הכללי של הצדדים (או לפחות את מה שבית המשפט הבין כאינטרס של הצדדים).

אני נוטה לראות בעקרון טובת החיה, כפי שהוא בא לידי ביטוי בפסק הדין של השופט שוחט, עיקרון המורכב משני רבדים: הרובד האחד, הגלוי, הוא ההתחשבות באינטרס של בעלי החיים על ידי מציאת המקום המתאים להם ביותר. בהקשר זה פסק הדין הסכים עם המומחה, אשר בדק את התנאים הפיזיים שבהם מוחזקים בעלי החיים ואפילו את הקשר שהתפתח בין החתולה לבין הכלבה⁹⁰.

83 ראו לעיל הטקסט הנלווה להערה 42.

84 ראו הערה 2 לעיל.

85 ראו הערה 3 לעיל.

86 ראו הערה 4 לעיל.

87 ראו הערה 5 לעיל.

88 זו למעשה גם גישת היהדות, אשר מצדיקה גרימת סבל מסוים לבעלי חיים, כתנאי שלא תיעשה לבטלה וללא תועלת. ראו רמב"ם מורה הנבוכים חלק ג' פרק יז. ראו גם חוות דעת של השופט טירקל, בעניין חמת גדר, לעיל הערה 2, בע' 873.

89 זה מה שנקרא utilitarianism for animals — Kantianism for people. ראו: R. Nozick E. Pluhar *The Moral Anarchy, State, and Utopia* (New York, 1st ed., 1974) 35, 39 *Significance of Human and Non-Human Animals* (Durham, 1995) 58; H. Guither *Animal Rights* (Illinois, 1998) 15; Francione *supra* note 37, at pp. 110–118; Regan *The Case for Animal Rights*, *supra* note 36, at pp. 89, 174.

90 ומעניין לבדוק מה לגבי מצב הפוך, מצב שבו קיימים שני בעלי חיים וכל אחד מהם לא יכול להסתדר עם השני (למשל חתול וכלב)? הפירוד בין בני הזוג יוכל לספק הזדמנות טובה

הרובד האחר, המוצנע במידה מסוימת, קשור בצורך להרחיב את שיקול הדעת של בית המשפט, על מנת לספק לו בסיס רחב ככל האפשר למציאת פתרון הוגן עבור הזוג, מעבר לכללים הנוקשים של דיני הקניין. מה טוב יותר מאשר לומר כי ההחלטה מתקבלת על פי טובת החיה בלבד? מבחן זה בא להבטיח כי בסופו של דבר בית המשפט יוכל ליהנות משיקול דעת רחב, כדי להחליט לפי מכלול הנסיבות. במידה מסוימת מבחן טובת החיה משתלב במגמה הכללית של השיטה הישראלית, אשר מעניקה שיקול דעת לשופט כדי להחליט לפי סטנדרטים מסוימים, כגון תום לב, צדק סביר, אדם סביר וכו'.⁹¹ מבחן טובת החיה מאפשר לבית המשפט לבדוק את מכלול הנסיבות, לרבות הקשר בין החיה לבין הצדדים, ולמנוע מצב שבו הצדדים ישתמשו בבעלי החיים כדי לפגוע זה בזה, ותוך כדי כך יפגעו בבעלי החיים עצמם. כך למשל באמצעות בדיקת טובתה של החיה יכול בית המשפט למנוע מצב שבו ברגע של פירוד ינסה הצד אשר לא פיתח קשר רגשי עמוק עם בעל החיים, להשתמש ברגשותיו של הצד האחר כדי עליו להפעיל לחץ, שהרי החיה נקשרת למי שהשקיע בה יותר ולמי שבילה עמה יותר.⁹² כאשר הקשר הסובייקטיבי בין שני הצדדים שווה, יהיה בית המשפט חופשי לבדוק מרכיבים אחרים (מקום פיזי, זמן המוקדש לחיה וכו').

עם זאת, יש להביא בחשבון כי עצם החלטת בית המשפט לפסוק לפי מבחן "טובת החיה" אינו פותר את השאלה של שימוש לרעה בחיה כנגד הצד השני, וזאת משום שהקביעה יכולה להיות כרוכה בהוצאות. כאשר המחלוקת סבה סביב החזקת ילדים, ממנה המערכת המשפטית הישראלית פקידי סעד או עובדים סוציאליים שיחוו את דעתם לגבי התנאים הטובים ביותר לילד, ואין הצדדים מחויבים בתשלום מיוחד. לעומת זאת, בהיעדר הסכמה בין הצדדים, או אם בית המשפט לא יכול לקבוע בעצמו מהי טובת החיה, תהא הקביעה כרוכה בתשלום שכרו של המומחה. מצב זה עלול להפוך לבעייתי כאשר מדובר בצדדים דלי אמצעים.⁹³ ניתן אפילו לחשוב על מצב שבו צד אחד בהליך הגירושים מתעקש על בדיקת טובתה של החיה, משום שהוא יודע כי הצד השני לא יוכל לעמוד בתשלום חלקו של המומחה. כדי שעקרון טובת החיה לא יהפוך לחרב פיפיות, ראוי שבית המשפט יישען גם על עקרון "תום הלב", כדי להבחין בין מקרים שבהם ההתעקשות למנות מומחה נובעת מאהבה ומדאגה אמיתית לבעלי החיים, לבין מקרים שבהם מדובר בניסיון לעכב את הדין או להטיל על הצד השני הוצאות נוספות כחלק מהמאבק ביניהם.

להפריד ביניהם, מה שיכול לשרת את טובתן (או לפחות את טובתו של אחד מהם). האם יכול כאן בית המשפט לכפות את טובת החיות כדי לחלק אותן גם ללא הסכמת הצדדים? נראה שהתשובה היא שלילית. אולם אם יש מחלוקת בין הצדדים, כמו במקרה שלנו, ייתכן שעצם העובדה כי ממילא החיות אינן מסתדרות ביחד, יכולה לשמש גורם בעל משמעות לצורך חלוקתן בין הצדדים.

91 ראו מ' מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה" משפטים יז (תשמ"ז) 321.

92 לפי דו"ח המומחה, קשה יהיה לכלבה להיפרד מן הנתבעת.

93 תודתי לשופטת רבקה מקאסי, אשר הפנתה את תשומת לב לנקודה זו.

כדי להבין לעומק את נפקות מבחן טובת החיה, עלינו לדון גם בסוגיית הביקורים. התובע ביקש לפחות לראות את בעלי החיים. ואכן, המומחה הסכים לאפשר משטר של ביקורים (כפי שקורה במקרה של ילדים), אך בית המשפט החליט שלא לאשר זאת. כאן התבסס בית המשפט על שתי הנחות:

הנחה א: הביקורים כשלעצמם אינם משמעותיים מבחינת החיה, והם מתפרשים מבחינתה כקשירת קשר חדש עקב הזמן הרב שחלף מאז הפרדה.

הנחה ב: הביקורים יכולים להנציח את החיכוך בין הצדדים, לנוכח מערכת היחסים העכורה השוררת ביניהם, ולנוכח ניסיונותיו של הגבר לשמור על קשר לא רק עם הכלבה, אלא דווקא עם האישה, ניסיונות שלטענת האישה הגיעו לכלל הטרדה (כפי שטענה במהלך המשפט).

עינינו הרואות כי גם כאן שתי ההנחות נובעות מהתבוננות בבעיה מזוויות שונות. חשוב להבחין בין עניין הביקורים לבין טובת החיה. באשר להנחה הראשונה מסתכל בית המשפט על טובת החיה, כלומר על השאלה עד כמה נחוץ ותורם קשר זה (שאמור לקבל ביטוי בביקורים) לבעל החיים. מבחינת בית המשפט, האפשרות לבקר את החיה (מצד מי שנשאר בלעדיה) אינה מהווה חלק ממכלול הגורמים המהווים את טובת החיה. להבדיל מילדים, שאצלם הביקורים והקשר עם ההורה השני חשובים כשלעצמם, במקרה של בעלי חיים, לא ברור מה יכולים ביקוריו של פלוני אחת לשבוע לתרום לרווחת החיה. ואכן, מי שקורא את חוות הדעת של המומחה, יכול לקבל את הרושם שהסדר הביקורים שהציע המומחה נועד לספק את רגשותיו של מי שלא זכה להחזיק בחיה, ובכל זאת רוצה לשמור על קשר רגשי עמה⁹⁴. אלא שהנושא מורכב קמעא: ללא קשר למקרה הספציפי שבו אנו דנים, ההנחה שהביקורים אינם חשובים מבחינת החיה הנה גורפת מדי. נכון שההעדפה של בעל החיים מקבלת ביטוי בקביעה אצל מי יישאר, אך עם זאת, יש סוגים שונים של בעלי חיים (כמו כלבים מסוימים) אשר נהנים מן הקשר החברתי עם אנשים אחרים, לרבות הקשר עם בעלים לשעבר, ומכאן שאין לשלול את האפשרות שמשטר של ביקורים יכול להוסיף לרווחת החיה, שאוהבת לצאת, לשחק עם אנשים אחרים וכו'⁹⁵. במקרה שלנו, כאמור, הסיק בית המשפט שעצם הביקור השבועי אינו רלבנטי מבחינת הכלבה.

מאחורי ההנחה השנייה עומדים הספקות שהתעוררו בבית המשפט באשר לרגשות התובע כלפי הכלבה. אם כך הם פני הדברים, אין צורך לאפשר לו להשתמש בבעלי החיים לצורך הנצחת הסכסוך עם הצד השני⁹⁶. אם נבין את טובת החיה כעיקרון שמטרתו, בין היתר, למנוע סכסוך מתמשך בין הצדדים, הרי

94 קשר שיכול להתעצם, ככל שהביקורים יהפכו יותר תדירים. נכון כי גם אם מדובר באדם זה, קשר זה היה מתחזק (ראו עמ' 21).

95 תודה לפרופ' טירקל, אשר הפנה את תשומת לבי להיבט זה.

96 סביר להניח כי המומחה לא הכיר, לפחות לא לפרטיה, את מערכת היחסים העכורה בין הצדדים.

אצל מי תישאר הכלבה?

שהביקורים יכולים לפעמים לסכל תכלית זו. ראוי לציין כי החלטה זו מדגישה שוב את ההבדל בין מצבם של ילדים, שהרי במצב כזה המקרים בהם ניתן לשלול מן האב את הזכות לביקורים הנם נדירים, בעוד שכאן בית המשפט שולל בקלות יחסית את האפשרות של ביקורים, מתוך הנחה שהדבר לא ישפיע יותר מדי, לא על הכלבה ולא על התובע.

ובאותו עניין: האם עצם העובדה שצד אחד אינו רשאי לבקש את בעל החיים, פירושו כי הוא מאבד כל שליטה על גורלו? נניח שהוא חושד שבעל החיים אינו מטופל כראוי או כי המחזיק בבעל החיים פגע בשלמותו, נטש אותו או שאיננו משיג עליו די הצורך – אם מתעורר חשש כזה, מי מהצדדים אשר אינו מחזיק בבעל החיים רשאי לוודא שהצד השני לא מכר או מסר אותו לגורם אחר. אין לפסול את האפשרות שהצד אשר איננו מחזיק בבעל החיים יהיה רשאי לקבל לידיו דו"חות וטרינריים או מעקבים אחר בריאותה של החיה. במקרה שהמחזיק פועל שלא לטובת בעל החיים ובניגוד למוסכם, או מפר את החלטת בית המשפט בעניין, ניתן לשקול הגשת תביעה נזיקית, ואם אפשר אף לדרוש את קבלת בעל החיים לחזקתו.

ג. כמה שוות הכלבה והחתולה?

נושא שנעדר מפסק הדין הוא סוגיית ערכו הכספי של בעל החיים⁹⁷. למעשה מדובר בשתי שאלות: האחת היא: האם החיה או החיות הועברו לאחד הצדדים על פי עקרון טובת החיה, והשנייה היא: האם יש בכך כדי לשלול פיצוי מסוים מהצד האחר (או קיוויו) על כך שנשאר ללא החיה. אם נניח שהתשובה לשאלה זו חיובית, כיצד יש לאמוד את הפיצויים הללו? בכתב ההגנה הציעה הנתבעת לעזור לתובע "לאמץ" חתולה וכלבה דומות לאלו שברשותה, או לחלופין לשלם לו את שווי הכלבה המעורבת והמעוקרת והחתולה העיוורת (כתב הגנה, סעיף 33). הכוונה כאן ברורה: האישה מתמקדת בערך השוק – שהוא למעשה אפסי. אולם מדוע שלא יקבל הערך הרגשי ביטוי כספי?

כאן עשויה להתגבש הכרה מסוימת בכך שאבדן קשר רגשי ובן לווייה יכולים להיחשב עילה לפיצויים. כפי שמציין בית המשפט, הכרה בעגמת נפש ובאבדן החיה יכולה לשמש מידה מוכרת לפיצויים. הפסיקה האמריקנית⁹⁸ אכן מכירה

97 בית המשפט מביא פסיקה אמריקנית, אשר עסקה בפיצויים המגיעים לבעלים בשל פגיעה בחיה שבבעלותו, אך אין בפסק הדין התייחסות מפורשת לשאלת ערך החיה במקרה של גירושין.

98 גישה זו מקבלת ביטוי למשל בפיצוי על גרימת כאב וסבל בעקבות מותה של חיה. ראו: M. Livingston "The Calculus of Animal Valuation: Crafting a Viable Remedy" 82 *Neb. L. Rev.* (2004) 783; St. Pierre, *supra* note 53, at 270; D. Squires — Lee "In defense of Floyd: Appropriately Valuing Companion Animals in Torts" 70 *N. Y. U. L. Rev.* (1995),

בכך שערכו של בעל חיים בשביל בעליו איננו רק נגזרת של ערך השוק⁹⁹. בתי המשפט בפלורידה והוואי מרבים לבחור ללא היסוס במגמה זו, והם מוכנים להביא בחשבון את עגמת הנפש שנגרמת בשל אבדן חיה, מעבר לערך השוק שלה¹⁰⁰. בארצות-הברית קיימת אפילו חקיקה המעניקה פיצויים מסוימים בגין אבדן חיה¹⁰¹. עם זאת, אין להגזים בהכרה בערך הרגשי במקרה של פגיעה בבעלי חיים. יש טעמים כבדים לסברה כי מן הראוי להימנע מהענקת פיצויים בגין הנזק הרגשי עקב אבדן חיית מחמד. כך למשל יכול הדבר להוביל לריבוי תביעות, ולהפוך סוגיה משפחתית פשוטה לסוגיה ממושכת ומסובכת בשל הקושי לערך אותה¹⁰².

אני סבור, במיוחד בענייני משפחה, כי מוטב שלא להקיש מסוגיות נזיקין הקשורות לעגמת נפש והזכות לפיצויים. יש לכך טעמים מספר: להבדיל מערך השוק, הרי הערך הרגשי ומידת ההתייחסות לחלוקת הרכוש קשה יותר למדידה¹⁰³. אם מתחשבים בערך הרגשי, מספקים לצדדים זירה שבה יוכלו להמשיך להתגושש על נתון שקשה להגיע בו להסכמה, ולרוקן מתוכן את מבחן טובת החיה כקריטריון אובייקטיבי להענקת החיה. אומדן ערכה הרגשי כמרכיב בהתחשבנות הכלכלית יכול לעודד עסקות חילופין בנוסח "קחי את הכלב האהוב עלי ואני אקח את המכוננית"!. המצב יכול להגיע לכלל פרדוקס, משום שאם מחפשים דרך למנוע ניצול לרעה של בעלי חיים, הצד שנותר ללא בעל החיים עלול להפעיל לחץ גם באמצעות כספים שלטענתו מגיעים לו. במובן זה, אם נתייחס לבעלי החיים כאל ילדים, לא יהיה צורך לדון בפיצויים, כפי שאין מקום לדון בפיצוי לצד שנותר ללא החזקת הילד במקרה של גירושין. לעומת זאת, אם אכן מדובר בבעלי חיים יקרי ערך, אין מניעה שבית המשפט יביא בחשבון את ערך החיה, ו"יפצה" את הצד

1059; R. Huss "Valuing Man's and Woman's Best Friend: The Moral and Legal Status of Companion Animals" 86 *Marq. L. Rev.* (2002) 47; M. Sadler "Can the Injured Pet Owner Look to Liability Insurance for Satisfaction of a Judgment? The Coverage Implications of Damages for the Injury or Death of a Companion Animal" 11 *Animal Law* (2005) 283
 S. Antoine "Le Droit de l'Animal: Evolution et Perspectives" ראו: *Recueil Dalloz* (1996) chr. 126-031 at 129

99 ראו למשל: *Mitchell v. Heinrich*, 27 P 3d. 309 Alaska (2001); *Brousseau v. Rosenthal*, 443 NYS 2d. 285 N.Y. Civ. Ct. (1980)

100 ראו למשל: *LaPorte v. Associated Independents*, 163 So. 2d. 267 Florida (1964); *Campbell v. Animal Quarantine Station*, 632 P. 2d 1066 (Hawaii, 1981)

101 במדינת טנסי קיימת חקיקה ברוח זו, והצעות חוק לאימרו גישה זו הוגשו בקליפורניה, במסצ'וסטס, בניו-יורק ועוד. ראו: E. Byszewski "Valuing Companion Animals in Wrongful Death Cases" 9 *Animal Law* (2003) 215

102 אגב הכרה לצורך פיצויים בערך רגשי כזה יכולה לבוא לידי ביטוי גם במקרה של פגיעה בדומם, כמו למשל כאשר פוגעים בתמונה השייכת למישהו מן המשפחה.

103 אפילו בעניין הנוזקי אנו מוצאים פסיקה אשר מכירה בערך זה, שהרי הסכומים שנקבעים שונים מן הסכומים במקרה של פגיעה באדם, וסכום הפיצויים קטן לאין שיעור לעומת הפיצויים שנקבעים במקרה של פגיעה בקרוב משפחה ממש.

שנותר בלעדיה, שכן פרט לעניין הרגשי, היא נכס בעל ערך כספי¹⁰⁴. בכל מקרה, עדיף להזדקק לפתרון זה במשורה, ורק כאשר בית המשפט משוכנע כי מן הראוי להביא נתון זה במסגרת ההתחשבות על ערכו הכללי של הרכוש, וזאת לצורך החלטה מאוזנת וצודקת.

ומה כאשר להוצאות הכרוכות בהחזקת החיה? האישה העלתה סוגיה זו. היא אמנם לא דרשה החזר הוצאות, אך העלתה זאת כהוכחה לכך שהקשר הרגשי שלה עם בעלי החיים עמוק יותר. באיזו מידה צריכות ההוצאות להיות משותפות, או לפחות להעניק זכות קיזוז? ברור שכאשר הזוג גר תחת קורת גג אחת, שניהם נושאים בנטל תשלום ההוצאות: מחיה, טיפול רפואי, או פנסיון במקרה של נסיעה לחו"ל. לכאורה נטל זה יועבר למי שמחזיק בחיה. אולם האם יש מקום, למשל, לקזז את ההוצאות הללו מחיובים אחרים? נניח שהאם מקבלת את הילדים, אך האב מקבל את בעלי החיים. האם נוכל לטעון כי ניתן לקזז מסכום המזונות את הסכומים שמשקיע בן הזוג בבעלי החיים? לכאורה נראה הדבר מופרך, אולם ייתכן שעלינו להביא בחשבון כי קביעת סכום המזונות הנה תוצאה, בין היתר, של יכולתו הכלכלית של האב¹⁰⁵. מדוע להתעלם מכך שהחזקת בעלי חיים כרוכה לפעמים בנטל כלכלי (כמו, למשל, אם החיה חולה), אשר אולי יש להתחשב בה?¹⁰⁶ לדעתי יש להשאיר את הבעיה בצריך עיון.

ד. סיכום והמלצות

הסוגיה שבה עסקנו יכולה להיבדק משתי זוויות: זו של דיני החיות, וזו של דיני משפחה. מנקודת המבט של דיני המשפחה מודגש הצורך למצוא דרכים למנוע חיכוך בין הצדדים וניצול רגשות הצד האחר כדרך למאבק ביניהם. מבחינת דיני החיות, פסק הדין מחזק את מעמדן, מעורר את ההתחשבות בהן ומדגיש את המקום החשוב שהן תופסות בחיי המשפחה. בית המשפט נותן בכך סעד חשוב לחיזוק מעמד בעלי החיים בישראל. ככל שהמודעות למעמד בעלי החיים תגדל, וככל שנהיה ערים יותר לצורך להגן עליהם, כך סביר להניח שהערכאות יהיו פתוחות יותר לדיונים מסוג עניין פלוני. יהיה מי שיחשוב כי מן הראוי להקדיש את זמנה של מערכת המשפט לסוגיות גורליות יותר. אך מסקנה זו יכולה להיות

104 כך למשל במקרה של סוס, כלב גזעי או תוכי פאפאגאיוס.

105 שהיא כשלעצמה מורכבת מכמה גורמים, כגון רמת הכנסה, אורח חיים, כושר השתכרות וכיו"ב.

106 ההוצאות הכרוכות בהחזקת חיות אינן יכולות לשמש בסיס לקביעת הוצאות הכרחיות של חייב לצורך הפחתת הסכום החודשי שנקבע לחובתו. לא מצאתי תקדים מפורש בפסיקה הישראלית, אך שאלה ברוח זו התעוררה בצרפת. שם טען אדם כי ההוצאות על החזקת חיה מחמד צריכות להילקח בחשבון כדי להפחית מתשלום המזונות, משום שהוא מחזיק בחיה ולא יכול לפרנס את אשתו. הבקשה נדחתה. ראו: F. Pasqualini "L'animal et la famille" *Recueil Dalloz*, 1997(I) 257, 259

מקובלת רק על מי שאדיש למצבם של בעלי החיים בחברה. כל מי שרגיש לגורלם ולקשר בינינו לבינם — ואפילו מי שסבור שהשיח על ערכים וזכויות לא יכול להתעלם מקיומם של בעלי חיים הגרים עמנו — יתמוך בכיוון שעניין פלוני מסמל.

הנימוקים שמעלה בית המשפט פותחים פתח לדיון באשר לגבולות הראויים של ההכרה בזכויות בעלי החיים, הגנתם והקשר בין רגשות לזכויות קנייניות. במאמר זה העליתי כמה הגיגים באשר לקביעות בית המשפט. לסיום, הייתי מציע להשתמש בעקרון טובת החיה, ולאמץ את הפתרונות המשמשות בני זוג בארצות-הברית. שם מקובל בין בני זוג האוהבים בעלי חיים, לקבוע כבר במעמד הנישואין במסגרת הסכם יחסי ממון, את ההסדרים העתידיים לגבי החזקת בעלי החיים במקרה של פרדה. עם זאת, אין להתעלם מהקושי הטמון בכך, שכן קשה מאוד לדעת מראש, במעמד הנישואים, איזה יחס רגשי יפתח כל אחד מבני הזוג כלפי בעלי החיים.

כפי שצוין לעיל, המשפט השווייצרי מכיר במעמד המיוחד של חיות מחמד במקרה של סכסוך באשר לבעלות על החיה. הייתי גם שוקל אפשרות להוסיף סעיף לחוק המיטלטלין (למשל בהמשך לסעיף 10 הנוכחי), אשר יקבע כי "במקרה של חלוקת חיות מחמד תיעשה החלוקה בהתחשב בצרכים וברוחות החיה. בהיעדר הסכמה בין הצדדים, יהיה בית המשפט רשאי להחליט בעניין או למנות גורם מוסמך שיכריע בעניין".

הוראה מסוג זה לא רק שתוכל למנוע סכסוך בין הצדדים, אלא אף תשפר את מעמד בעלי החיים בחברה. עלינו לספק לבעלי החיים בהדרגה את המעמד הראוי להם בקרב בני אדם, ולאשש את המודעות באשר לצורך להגן עליהם ולכבד אותם. בכוונה נמנעתי מלהשתמש בביטוי "טובת החיה" והעדפתי את הביטוי "צרכים ורווחת בעלי החיים", שכן ביטוי זה יכול לעורר תהיות מסוימות, במיוחד בעניין הקבלה אפשרית בין בעלי חיים לבין ילדים. ובכל זאת אין להתעלם מ"טובת החיות".

לדעתי חשיבות פסק הדין של השופט שוחט נובעת מהדגש שהושם בו על הצורך להתחשב בבעלי החיים, לדאוג להם ולהבין את הקשר המיוחד שיכול להירקם בינם לבין האדם. רק כאשר נבין כי עבור אנשים רבים קשר זה אינו נופל בחשיבותו מקשרים בין-אישיים אחרים, נוכל להיות סמוכים ובטוחים שאנו צועדים בדרך הנכונה לקראת חברה המוכנה לכבד את הזולת.