

איזה מין פיצוי? פגיעה בתפקוד מיני והזכות למיניות בדיני הנזיקין*

רינה ב. פיקל ושגית מור**

בשנת 2006 נתן בית המשפט העליון, מפי השופט ריבלין, את פסק הדין בעניין ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח (נבו 13.02.2006). פסק הדין ידוע בשל קביעתו הערכית כי מימון שירותי ליווי לניזוקים אינו מתיישב עם עקרון השבת המצב לקדמותו וסותר את תקנת הציבור. מאמר זה מציג היבטים אחרים של פסק הדין ומתמקד בחשיבותו בתחום פסיקת הפיצויים בגין פגיעה בתפקוד מיני. בפסק דין פלוני נ' מגדל בית המשפט העליון דן לראשונה בנושא הפיצוי הנזיקי בגין פגיעה בתפקוד המיני, הקרוי על ידינו פיצוי מין, ומציג את התשתית הערכית והנורמטיבית לפיצוי ואת ראשי הנזק שהתפתחו בתחום: אובדן הנאה מינית, הוצאות רפואיות, שירותי ליווי ושיקום מיני. המאמר בוחן את מקומו של פסק הדין בהתפתחות פסיקת פיצוי המין ואת התפיסה הערכית והמוסרית שעליה הוא מושתת ומציע קריאה ביקורתית בנוגע למשמעות המשתנה של מיניות ומוגבלות בפסיקת נזקי גוף בדיני הנזיקין בישראל. בחינה זו נעשית באמצעות מחקר אמפירי הסוקר את פסיקת בתי המשפט המחוזיים בישראל במקרים שבהם נדונה שאלת הפגיעה בתפקוד המיני והמיניות בין השנים 1991–2020. המחקר האמפירי עושה שימוש במתודולוגיה משולבת: כמותית – העוקבת אחרי דפוסי הפיצוי, ואיכותנית – המאפשרת לזהות את המשמעות הניתנת להם והגורמים המשפיעים עליהם. ממצאי המחקר מלמדים כי פסק הדין בעניין פלוני נ' מגדל מהווה קו פרשת מים בפסיקת הפיצויים בגין פגיעה בתפקוד מיני שכן הוא שינה במידה רבה את דפוסי הפיצוי (איזה סוג ולמי) והוביל לשינוי ביחסו של המשפט לענף פיצוי זה. עוד מראה המחקר כי מכלול הפסיקה מצביע על קשר בין דפוסי הפיצוי לבין התפיסות החברתיות והתרבותיות הרווחות ביחס למוגבלות ומיניות. כך, המחקר מראה כי לאחר מתן פסק הדין התרחש מעבר משיח משפטי המבטא תפיסות טרגיות ביחס למוגבלות ומיניות, כפי שמעידים פסקי הדין העוסקים בפסיקת פיצוי בגין אובדן הנאה מינית ושירותי ליווי, לשיח שיקומי דינמי המאפיין את פסיקת הפיצויים בגין טיפול ושיקום מיני. עוד מצביע המחקר על הקשר בין מדיניות בריאות לפיצוי

* המאמר נכתב לכבודו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין ועתיד להתפרסם גם בספר אליעזר ריבלין (בהוצאת המשפט ונבו).

** רינה ב. פיקל היא תלמידת דוקטורט בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ובמרכז הבינלאומי לבריאות משפט ואתיקה. שגית מור היא מרצה בכירה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ועומדת בראש המרכז הבינלאומי לבריאות משפט ואתיקה. מאמר זה מבוסס על מחקר שמומן באמצעות מענק של הקרן הלאומית למדע (ISF), מספר 719/16. תודתנו נתונה לאנשים רבים שקראו גרסאות קודמות של המחקר, במיוחד לארנה רבינוביץ' עיני, רוני הולר, אביטל מנטוביץ, תמי קריכליכץ, יאיר שגיא, דורון דורפמן ואריאל פורת, וכן הקוראים האנונימיים וחברי המערכת של כתב עת המשפט. כמו כן תודה מיוחדת ליפעת ביטון על העידוד והתמיכה להגשת המאמר לכרך מיוחד זה.

הנזיקי ומראה כי מיסוד ההוצאות לטיפול בפגיעה בתפקוד מיני דרך כניסתו לסל הבריאות ולזכאות במסגרת קופות החולים משפיע אף הוא על דפוסי הפיצוי הנזיקי. לסיום, המאמר קורא לממש את הפוטנציאל הטמון בפסק הדין להמשך פיתוחה של ההמשגה המשפטית של הזכות למיניות בכלל וכבסיס לפסיקת פיצויי מין בפרט.

א. מבוא. ב. מיניות במשפט ובדיני הנזיקין. ב.1. מיניות במשפט. ב.2. מיניות בדיני הנזיקין. ב.3. מיניות ומוגבלות בדיני הנזיקין. ג. פסק דין פלוני נ' מגדל – הסיפור המלא. ד. המחקר האמפירי: שיטה מעורבת – ניתוח כמותי ואיכותני. ה. ההבניה של מוגבלות ומיניות בפסיקת פיצויי מין לאורך זמן: ממצאים ומגמות. ה.1. ממצאים כלליים. ה.2. אובדן וסבל: פיצוי בגין אובדן הנאה מינית. ה.3. ענייניות רפואית: פיצוי בגין הוצאות רפואיות. ה.4. מיניות בבדידות: פיצוי בגין שירות ליווי. ה.5. יחסים ואינטימיות: פיצוי בגין שיקום מיני. ו. מפיצוי למיסוד ומעבר. ז. בחזרה לפלוני נ' מגדל: הזכות למיניות כהצדקה לפיצוי על פגיעה בתפקוד מיני. ח. סיכום.

א. מבוא

בשנת 2006 נתן בית המשפט העליון, מפי השופט ריבלין, את פסק הדין בעניין פלוני נ' מגדל.¹ פסק דין זה העלה לראשונה את נושא הפיצוי הנזיקי בגין פגיעה בתפקוד המיני. פיצוי זה הוענק עד אז על ידי בתי משפט השלום והמחוזי מבלי שבית המשפט העליון נתן את דעתו בסוגיה. פסק הדין פרס את האפשרויות השונות וראשי הנזק שבהם ניתן להעניק פיצוי בגין פגיעה זו ואף סיפק את התשתית הערכית והנורמטיבית לפיצוי. כפי שנראה במאמר זה, אפשרויות הפיצוי כללו אובדן הנאה מינית, הוצאות רפואיות, שירותי ליווי ושיקום מיני. בעידן שקדם לפסק הדין בלט הפיצוי בגין מימון שירותי ליווי, שמטרתו הייתה לאפשר לנפגעים לממש את מיניותם דרך תשלום עבור מין, כלומר באמצעות זנות. השופט ריבלין קבע כי פיצוי זה אינו מתיישב עם עקרון השבת המצב לקדמותו משום שהוא סותר את תקנת הציבור וכי ניתן לפסוק תחתיו פיצוי לא ממוני בגין אובדן הנאה המינית או פיצוי ממוני עבור טיפולים שונים, תרופתיים ואחרים, לרבות שיקום מיני.

בזירה הציבורית גרר פסק הדין בעניין פלוני נ' מגדל כותרות סנסציוניות שבצידן גינוי מוחלט של הפיצוי עבור שירותי ליווי. גינוי זה היה מוצדק, אך במבט לאחור, אותה חשיפה תקשורתית מוגברת תרמה לכך שהיחס המשפטי לסוגיה ולפסק הדין היה כאל אנקדוטה, מקרה קיצון שערורייתי, ולא סוגיה מעשית, חברתית וערכית המצריכה מענה. בכך, פוספסה ההזדמנות שהייתה טמונה בפסק הדין לא רק לפסול צורת פיצוי שאינה ראויה, אלא גם להכיר בצורות הפיצוי החלופיות ולייצר אפיק פיצוי ראוי המכיר במיניות כהיבט תפקודי משמעותי בחיי האדם והמעגן את הפיצוי במסגרת ערכית נורמטיבית של הזכות למיניות.

¹ ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סא(3) 310 (2006) (להלן: עניין פלוני נ' מגדל).

מאמר זה מבקש למקם את פסק דין בעניין **פלוני נ' מגדל** על ציר הזמן, לבחון את מורשתו ואת הבסיס הערכי שעליו הוא הושתת ולהציע קריאה ביקורתית רחבה שלו ושל ההתפתחויות שבאו לאחוריו בדיני הפיצויים, בדגש על תפיסות של מיניות ומוגבלות. על מנת לבחון את השפעתו של פסק הדין בעניין **פלוני נ' מגדל** ואת מקומן של המיניות והמוגבלות בדיני הנזיקין ערכנו מחקר אמפירי הסוקר את פסיקת בתי המשפט המחוזיים בישראל במקרים שבהם נדונה שאלת הפגיעה בתפקוד המיני והמיניות בין השנים 1991–2020² לצורך כך פיתחנו מתודולוגיה אמפירית לחקירה ביקורתית של ההתפתחויות בפסיקת דיני הנזיקין והפיצויים המבוססת על מחקר כמותי ואיכותני משולב. מתודה זו מאפשרת לעקוב אחר שינויים כמותיים בדפוסי הפיצוי בצד ניתוח איכותני של התמות העולות מפסקי הדין והמשמעות הניתנת לסוגי הפיצוי השונים ולזהות את הגורמים המשפיעים על דפוסי השינוי.

טענתנו היא כי פסק הדין בעניין **פלוני נ' מגדל** עיצב את דיני הפיצויים בתחום הפגיעה בתפקוד מיני, המכונים על ידינו פיצויי מין, ופתח חלון להכרה בזכות למיניות במובנה הרחב במשפט הישראלי. כפי שנראה בהמשך, פסק הדין היווה נקודת מפנה בפיצוי בגין פגיעה בתפקוד המיני וביטא תפיסה מרחיבה של מיניות ושל מקומה בחייהם של תובעים בנזיקין, בהיותם אנשים עם מוגבלויות. פסק הדין הביא לשינוי באופי הפיצוי הנפסק ולעלייתו של הפיצוי הממוני בגין השיקום המיני. הוא אף תרם לירידה והיעלמות של הפיצוי הלא ממוני, שביטא גישה טרגית המניחה אובדן טוטלי של התפקוד וההנאה המיניים בעקבות הפגיעה. בצד זאת, אמירותיו של השופט ריבלין בדבר חשיבותה ומרכזיותה של המיניות בחיי האדם ובדבר חומרת הפגיעה בה לא זכו להדהוד בפסיקה המאוחרת. נכון לעת הזו, הזכות למיניות במובנה הרחב טרם נדונה והוכרה במשפט הישראלי, ופוטנציאל ההשפעה של עניין **פלוני נ' מגדל** לא מומש.

דינמיקות של פיצוי קשורות גם בתהליכים של מיסוד הטיפול הרפואי במסגרת מדיניות הבריאות המדינתית. תהליך המעבר מפיצוי למיסוד, כפי שכינינו אותו, משפיע על אפשרויות הפיצוי ועל הוכחת הצורך בו. על פי דיני הנזיקין בישראל, אין מפצים על מה שמערכות הבריאות והרווחה מספקות לפרטים במדינה.³ מחקרנו מראה שתהליך המיסוד של כניסת תרופות וטיפולים בתחום הטיפול והשיקום המיני לכיסוי הביטוחי של קופות החולים הביא לשתי תוצאות: מחד גיסא, הטיפול הפך לזמין דרך קופת החולים; מאידך גיסא, נעשה קשה יותר להוכיח את הצורך בטיפול ושיקום מיני שמעבר לניתן דרך קופת החולים בבית המשפט. לטענתנו, גישה מתקדמת למיניות ומוגבלות המבקשת לספק את מלוא צורכי הנפגע למימוש מיניותו תבקש להרחיב את הכיסוי הביטוחי, ובצד זאת לאפשר טיפולים שמעבר למי שזקוק לכך.

לסיים, אנו טוענות כי פסקי הדין בתחום הפיצוי בגין פגיעה בתפקוד מיני מדגימים את הקשר שבין דפוסי הפיצוי לבין התפיסות החברתיות והתרבותיות הרווחות ביחס למוגבלות ומיניות. לשיטתנו, דיני הנזיקין עוסקים בחייהם של מי שהפכו להיות אנשים עם מוגבלויות בעקבות אירוע נזיקי, והפיצויים בגין נזקי גוף מכמתים את עלות החיים עם מוגבלות. כלומר, הפיצויים מכסים את עלויות הטיפול והמשאבים הנדרשים על מנת לאפשר לניזוקה לחיות חיים מלאים לאחר הפגיעה. אנו מראות

² למאמרנו הקודם החוקר את זירת פיצויי המין בין השנים 1991–2015 ראו Sagit Mor & Rina B. Pikkell, *Disability, Rights, and the Construction of Sexuality in Tort Claims*, 53 LAW & SOC'Y REV. 1016 (2019).

³ לפירוט והרחבה, ראו להלן פרק ו'.

כי הפיצויים בגין פגיעה בתפקוד מיני מושפעים במידה רבה ממעמדה השולי של המיניות במשפט ומכך שאנשים עם מוגבלויות נתפסים באופן מסורתי כמי שאינם מסוגלים לקיים קשרים מיניים וזוגיים בשל מוגבלותם. תפיסת העולם המנחה אותנו, בהתאם לגישות מתקדמות למוגבלות ומיניות, רואה במיניות פן חשוב ובלתי נפרד מחייו של אדם עם וללא מוגבלות, מכירה בכך שלפגיעות גופניות ונפשיות משמעותיות עשויה להיות השפעה בלתי מבוטלת על המיניות ומבקשת להכיר באנשים עם מוגבלויות כאנשים מיניים.⁴ לפיכך, אנו קוראות להכרה משפטית במיניות ובזכות למיניות ולהגנה משפטית על אותם היבטים הראויים להגנה, כגון הפגיעה בתפקוד מיני בדיני הנזיקין.

בפרק א' נסקור את ההקשר המשפטי הרחב של מיניות במשפט הישראלי ושל מיניות בדיני הנזיקין. נבחן את ההקשרים שבהם עלו היבטים של מיניות במשפט הישראלי בדגש על מגדר, להטבא"ק והזכות של אסירים לקיים יחסי מין ולאחר מכן נפנה למקומה של המיניות בדיני הנזיקין דרך העיסוק בעוולות מין, הקשורות בפגיעה באוטונומיה המינית, ובפיצוי מין העוסקים בפגיעה בתפקוד המיני. בפרק ב' נפרוס את עיקריו של עניין **פלוני נ' מגדל**, החל מפסק הדין שניתן בבית המשפט המחוזי בחיפה על ידי השופטת פלפל ועד לפסק דינו של השופט ריבלין בבית המשפט העליון, ונעמוד על עיקרי הטענות, ההצדקות והלקחים העולים מפרשה זו. בפרק ג' נציג את המחקר האמפירי שעיקרו ניתוח פסיקת בתי המשפט המחוזיים בשיטה מעורבת כמותית ואיכותנית. בפרק ד' נעסוק בהרחבה בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בעניין פגיעה בתפקוד המיני לפני ואחרי עניין **פלוני נ' מגדל**. דרך ניתוח הפסיקה נבחן את ההבניה המשפטית של מוגבלות ומיניות לאורך זמן ונתאר את המגמות העיקריות שזיהינו במתן פיצוי מין. כמו כן נציג את ראשי הנזק השונים שהתפתחו בפסיקה, מאפייניהם והאופן שבו הם משקפים עמדות שונות בנוגע למיניותם של אנשים עם מוגבלות. בפרק ה' נציג תמה נוספת העולה מניתוח הפסיקה והיא המיסוד של כיסוי ההוצאות לטיפול בפגיעה בתפקוד מיני, דרך כניסתו לסל הבריאות ולזכאות במסגרת קופות החולים, והשפעתו על דפוסי הפיצוי הנזיקי. בפרק ו' נשוב ללקחי עניין **פלוני נ' מגדל** לאור מגמות הפיצוי בפסיקה ונציג את הפוטנציאל הטמון בו לגישתנו – פוטנציאל לפיתוח תפיסה מעמיקה של הזכות למיניות כזכות עצמאית במשפט הישראלי וכבסיס לפסיקת פיצוי מין.

ב. מיניות במשפט ובדיני הנזיקין

אזורי הממשק בין מיניות למשפט הם רבים. במאמר זה אנו מתמקדות בשאלת הפיצוי הנזיקי על פגיעה בתפקוד המיני, ממקמות אותה בהקשר הרחב של מיניות ומוגבלות ומבקשות לקדם את ההכרה בזכות למיניות כחלק ממערך ההגנה המשפטית על ניוזקים בנזיקין, זכויות אנשים עם מוגבלויות וזכויות האדם בכלל. נקודת המוצא שלנו היא שהמיניות היא חלק מהותי ובלתי נפרד מהקיום האנושי והבנת

⁴ איננו טוענות שהמיניות ממלאת בהכרח תפקיד חשוב בחייו של כל אדם, אלא שיש להכיר בתפקיד החשוב שיש לה בחייהם של אנשים רבים ושאינן להניח שאנשים עם מוגבלויות בהכרח אינם מיניים, אינם מעוניינים במין או אינם מסוגלים לבטא את עצמם מבחינה מינית.

האדם.⁵ האדם הוא מיני מטבעו וככזה ישאף לבטא ולממש את מיניותו.⁶ כך, גם ארגון הבריאות העולמי מגדיר מיניות כ"היבט מרכזי של ההוויה האנושית המתייחס למין, זהות מינית ומגדרית, נטייה מינית, הנאה מינית, אינטימיות ורבייה".⁷ בטרם נבחן את שאלת הפיצוי על פגיעה בתפקוד המיני לעומקה, נבחן בקצרה את מקומה של המיניות במשפט הישראלי ובדיני הנזיקין.

1.1. מיניות במשפט

מאז ומעולם עסק המשפט בהסדרת המיניות וההתנהגות הקשורה במין ונרמולן, אך העיסוק התאורטי בכך היה מועט.⁸ תחום מרכזי אחד שהעלה את הנושא על סדר היום של התאוריה המשפטית היה מיניות ומגדר. בתחום זה, המין נתפס לרוב כמקור של איום, וההסדרה המשפטית הישירה נעשית דרך המשפט הפלילי המתאפיין בטרמינולוגיה של הגנה. השיח המחקרי עסק לרוב בנושאים כגון אלימות, אונס, הטרדה ותקיפה מינית, סחר וזנות.⁹ הניתוח הפמיניסטי של סוגיות אלה התמקד בעבירות הפליליות הרלוונטיות, בעיקר כלפי נשים ובתוך המשפחה, ובהשפעתן על הבניית המיניות בישראל ועל יחסי המגדר.¹⁰ הדיון במיניות ומגדר התרחב בהמשך גם לזירות אזרחיות דרך העיסוק בהטרדה מינית¹¹ וכן דרך הפיצוי הנזיקי האזרחי בגין תקיפה ופגיעה מינית לסוגיהן.¹² עם הזמן, הופיעו גם מחקרים העוסקים בפן החיוב של מיניות ומגדר ומבקשים לקדם תפיסה חיובית, מעבר לסוגיות של אלימות

⁵ JOHN BANCROFT, HUMAN SEXUALITY AND ITS PROBLEMS (3d ed. 2008)

⁶ Mindy Jane Roseman & Alice M. Miller, *Normalizing Sex and its Discontents: Establishing Sexual Rights* ; Marge Berger, *Sexual Rights and Social ; in International Law*, 34 HARV. J.L. & GENDER 313, 315 (2011)
Justice, 12 (23) REPRODUCTIVE HEALTH MATTERS 6 (2004)

⁷ על פי דו"ח ארגון הבריאות העולמי, WORLD HEALTH ORGANIZATION, SEXUAL HEALTH, HUMAN RIGHTS AND THE LAW, 13 (2015) "Sexuality is a central aspect of being human throughout life and encompasses sex, gender identities and roles, sexual orientation, eroticism, pleasure, intimacy and reproduction. Sexuality is experienced and expressed in thoughts, fantasies, desires, beliefs, attitudes, values, behaviours, practices, roles and relationships. While sexuality can include all of these dimensions, not all of them are always experienced or expressed. Sexuality is influenced by the interaction of biological, psychological, social, economic, political, cultural, ethical, legal, historical, religious and spiritual factors."

⁸ שולמית אלמוג וקארין כרמית יפת "מיניות מגדר ומשפט חלק ב: לקראת המשגה חדשה של מיניות נשית במשפט הישראלי" **משפטים** 653 (2016) (להלן: אלמוג ויפת "מיניות מגדר ומשפט חלק ב").

⁹ אילת שחר "מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס" **עיוני משפט** יח 159 (1993); נויה רימלט "על זנות, מגדר ומשפט פלילי: הרפורמים על הצעת החוק להפלת צרכני זנות" **משפט וממשל** יג 439 (2010); אלן גופשטיין "אלימות מינית כלפי מהגרות עבודה בישראל בראי ההליך הפלילי" **המשפט** יז 379 (2012).

¹⁰ ראו שם; שחר, לעיל ה"ש 9; רימלט, לעיל ה"ש 9; דנה פוג'י "ברצון שניהם ובשמתם" – אינוס בידי בן זוג והתוויית גבולות המשפט הפלילי בחברה משתנה" **עיונים במשפט מגדר וממיניזם** 501 (2006); עירית נגבי ותמר ברנבלום "מבט פמיניסטי ביקורתי על הישגי הרפורמות החקיקתיות בדיני אונס" **המשפט** טז 209 (2011); נעמי לבנקרון "כסף משלהך: תביעות אזרחיות של קרבנות סחר כנגד סוחריהן: ואף על פי כן נוע ינוע" **משפט, חברה ותרבות** העצמה במשפט 451 (2007).
¹¹ ראו למשל אורית קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" **משפטים** כט 317 (1998); נויה רימלט "על מין, מיניות וכבוד: החוק למניעת הטרדה מינית במבחן התאוריה הפמיניסטית והמציאות המשפטית" **משפטים** לה 601 (2004).

¹² יפעת ביטון "בין נזיקין לעונשין או בין הנזק ועונשו? דילמות מבניות, דיוניות ותפקודיות בייצוג נפגעות תקיפה מינית" **עיוני משפט** לו 657 (2015) (להלן: ביטון "בין נזיקין לעונשין"); יפעת ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין: חשיפתם, שינוים, הרחבתם" **המשפט** טז 53 (2011) (להלן: ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי").

והגנה, אל תחומים כגון זהות ושוויון, תוך הכרה בכך שהמשפט מעצב ומסדיר תפיסות הקשורות במיניות גם באופן עקיף ומשתמע.¹³

תחום ממשק שני שהעלה סוגיות חדשות בתחום המיניות והמשפט קשור בזכויות להטבא"ק.¹⁴ מאבקה של קהילת הלהטבא"ק מתמקד באי־התערבות המדינה בפרקטיקות מיניות, בזכות להגדרה מינית עצמית ובחופש הנטייה המינית.¹⁵ מאבק זה הרחיב והסיט את העיסוק המשפטי במיניות: מעיסוק במיניות רק במובנה השלילי, האלים והמאיים, אל מיניות במובנה החיובי, של זהות מינית, של החירות לבטא העדפות מיניות ושל שוויון זכויות.¹⁶ בצד זאת, הוא חשף את האופן שבו המשפט משתתף בדיכוי מיני ובשלילת זכויות של מיעוטים מיניים בכל זירות החיים והמשפט, לרבות הורות, פרוץ ובריאות.¹⁷ המחקר בתחום זה הציף את הקשרים ההדוקים שבין זהות מגדרית, זהות מינית ותפקידי מגדר ואת האופנים הרבים שבהם המשפט משתתף בהבניית המיניות.¹⁸

למרות עליית ההכרה בחשיבותה של המיניות והתרחבות העיסוק המשפטי בשאלות של מיניות דרך סוגיות של מגדר וזהות מינית, הזכות למיניות לא זכתה עד כה להכרה כזכות עצמאית, כחלק ממארג זכויות האדם והפרט, הן במשפט הישראלי והן במשפט הבינלאומי. החל משנות ה־90 של המאה ה־20 נעשו ניסיונות רבים לבסס הגדרה והכרה בין־לאומית בזכויות מיניות, ובמסגרתם נוסחו הצעות והגדרות שונות למונח זכויות מיניות ולאגד הזכויות הנכללות בגדרו.¹⁹ שנת 2002 הייתה נקודת מפנה כאשר ארגון הבריאות העולמי של האומות המאוחדות (ה־WHO) פרסם הצהרה שעניינה הזכות לבריאות מינית.²⁰ ההצהרה הכירה בזכויות המיניות כחלק בלתי נפרד מזכויות האדם הראויות להגנה

¹³ ראו שם; שולמית אלמוג וקארין כרמית יפת "מיניות מגדר ומשפט חלק א: בין כלכלת מין לקלקלת מין" **משפטים** מה 385 (2015); אלמוג ויפת "מיניות מגדר ומשפט חלק ב", לעיל ה"ש 8; יפעת ביטון "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן שביניהם – מענה ליחיד קפלן ורון פרי" **עיוני משפט** כח 871 (2004).

¹⁴ להטבא"ק (באנגלית: LGBTQI) מתייחס ללסביות, הומואים, טרנסים, ביסקסואלים, אינטרסקס וקווירים. ראו שגית מור, מעין סודאי ואור שי "דין זה שאינו אחד: על א/נשים אינטרסקס והמשפט הישראלי" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה וזהות מגדרית** 797 (עיניב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים) 2016 (המאמר להלן: מור, סודאי ושי "דין זה שאינו אחד"; הספר להלן: **זכויות הקהילה הגאה**).

¹⁵ לסקירה היסטורית ראו עופר נורדהיימר נור "מין ומיניות גאה: סקירה היסטורית" **זכויות הקהילה הגאה**, שם, 23.
¹⁶ אלון הראל "חירות, הומוסקסואליות וזכויות של מיעוטים מיניים" **זכויות הקהילה הגאה**, לעיל ה"ש 14, 233 (2016); יותם זעירא וברק מדינה "לא שווים לבד: נטייה מינית, זהות מגדרית והזכות לשוויון" **זכויות הקהילה הגאה**, לעיל ה"ש 14, 159.

¹⁷ ראו יוסי גרין "התערבות המדינה באוטונומיה של התא המשפחתי: בין הזכות להורות לבין ערכיה של מדינת ישראל" **מאזני משפט** ט 85 (2014); צבי טריגר "על הרגולציה של שירותי הפרוץ בישראל" **מסדירים רגולציה** 269 (ישי בלנק, דוד לויפאור ורועי קרייטנר עורכים) 2016; אומי לייסנר "תעשיית הלידה בישראל" **המשפט** יד 615 (2010); אייל גרוס "הטרונורמטיביות כבעיה בריאותית: על הזכות לבריאות של להט"ב" **זכויות הקהילה הגאה**, לעיל ה"ש 14, 611.

¹⁸ השיח המחקרי בנושא להטבא"ק כולל גם שאלות של זהות טרנסית ואינטרסקס, ראו שמואל שמעוני "הכרה משפטית בשינוי מין" **מחקרי משפט** כח 311 (2013); אייל גרוס "התחזות כאדם אחר: חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי" **משפט, חברה ותרבות** משפטים על אהבה 365 (ארנה ברנפתלי וחנה נוח עורכות) 2005; עידו קטרי "על צומת דרכים: מפגשה של הקהילה הטרנסית עם מערכת המשפט" **זכויות הקהילה הגאה**, לעיל ה"ש 14, 727; שגית מור, מעין סודאי ואור שי "מהכחשה להנחה: ביקורת נוהל ניתוחים באינטרסקס" **משפטים** מד 89 (2013); מור, סודאי ושי "דין זה שאינו אחד", לעיל ה"ש 14.

¹⁹ לשלבים ולהליכים של ההכרה הבינלאומית בזכויות מיניות, ראו: Roseman & Miller, לעיל ה"ש 6; Alice M. Miller et al., *Sexual Rights as Human Rights: A Guide to Authoritative Sources and Principles for Applying Human A. Giami, Sexuality; Rights to Sexuality and Sexual Health*, 23 REPRODUCTIVE HEALTH MATTERS 16 (2015).
Health and Human Rights: The Invention of Sexual Rights, 24 SEXOLOGIES 45 (2015).

²⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *DEFINING SEXUAL HEALTH REPORT OF A TECHNICAL CONSULTATION ON SEXUAL HEALTH* (2002).

וזכתה לתהודה רבה.²¹ ארגון הבריאות העולמי הכריז כי הזכויות המיניות מתבססות על זכויות אדם קיימות ומוכרות במשפט הבינלאומי ובמשפט המדינתי וכי הן כוללות את הזכויות הבאות: הזכות לנגישות לשירותי בריאות מינית ופוריות בסטנדרט הגבוה ביותר האפשרי, הזכות לקבל מידע מלא בעניין מיניות, הזכות לחינוך למיניות, כיבוד שלמות הגוף, הזכות לבחירת בן/בת זוג, הזכות להיות ו/או לא להיות פעילה מינית, הזכות לקיום יחסי מין בהסכמה, הזכות לזוגיות בהסכמה, חופש בחירה בתחומי הורות ופריון, הזכות לסיפוק ממין והזכות למין בטוח, כל זאת תוך חופש מכפייה, אלימות או הפליה על רקע מיני.²² עם זאת, עד כה, זכויות מיניות עדיין נעדרות מעמד רשמי במשפט הבינלאומי, בין היתר בשל ההתנגדות שהן מעוררות בקרב מדינות וקבוצות אינטרס המחזיקות בעמדות דתיות ושמרניות.²³ לפיכך, הן אינן מופיעות במסמכים ובאמנות המרכזיות מחוץ להקשרים של בריאות, חינוך ומוגנות.²⁴

גם המשפט הישראלי טרם הכיר בזכות למיניות במובנה הרחב. אומנם, בית המשפט העליון הכיר באופן מפורש בזכות למיניות, אך היה זה במובן ובהקשר צרים של הזכות לקיים יחסי מין במסגרת הזכות להתייחדות של אסירים, ומבלי להתייחס למכלול רבדיה של המיניות האנושית והזכויות המיניות הנגזרות מהם.²⁵ באותם מקרים התייחסו השופטים לזכות לקיום יחסי מין כבסיס שעליו מושתתת זכות ההתייחדות. בעניין **וייל**²⁶ קבע השופט אלון באופן חד-משמעי כי הזכות לקיים יחסי מין היא זכות אדם המובנת מאליה: "הזכות לקיום יחסי אישות ולהתייחדות עם בת הזוג זכות יסוד טבעית ואנושית היא לאדם באשר הוא שם".²⁷ בהמשך אלון הרחיב והדגיש כי "יצר המין הוא דבר טבעי ואנושי ודיכוי של יצר זה על כורחו של בעל היצר נוגד את טבע האדם וצרכיו. קיומה של זכות זו מובן הוא מאליה".²⁸ בעתירה מאוחרת יותר בעניין **פלוני נ' שרות בתי הסוהר**,²⁹ שעסקה בזכות ההתייחדות של אסיר נשא HIV, ציין בית המשפט העליון כי "שלילת האפשרות מאדם בוגר לקיים יחסי אישות לתקופת זמן ארוכה מהווה פגיעה קשה בהווייתו האנושית".³⁰ קצרה היריעה במאמר זה מלעסוק בצורך בהכרה חוקתית מלאה בזכות למיניות. במקום זאת, המאמר מבקש להניח עוד לבנה בדרך להכרה זו על מנת לחזק ולעבות את ההגנה המשפטית על מיניותם של אנשים עם וללא מוגבלות.

Richard Parker et al., *Global Transformations and Intimate Relations in the 21st Century: Social Science Research on Sexuality and the Emergence of Sexual Health and Sexual Rights Frameworks*, 15 ANN. REV. OF SEX RSCH. 362 (2004). לעיל ה"ש 19, בעמ' 18.

DEFINING SEXUAL HEALTH REPORT OF A TECHNICAL CONSULTATION ON SEXUAL HEALTH לעיל ה"ש 20, בעמ' 5.

שם.²³

Roseman & Miller, לעיל ה"ש 6. לדיון בזכויות מיניות של אנשים עם מוגבלויות במשפט הבינלאומי, ראו: Maya Sabatello, *Disability, Human Rights and Global Health: Past, Present, Future*, in LAW AND GLOBAL HEALTH: CURRENT LEGAL ISSUES VOLUME 16 (Michael Freeman et al. eds., 2014); Marta Schaaf, *Negotiating Sexuality in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 14 SUR-INT'L J. ON HUM. RTS. 113 (2011).

²⁵ לימור עציוני "היחסיות של זכות ההתייחדות האם הגיע הזמן לשינוי?" **מאזני משפט** ח 127 (2012).

²⁶ בג"ץ 114/86 **וייל נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(3) 477 (1987).

²⁷ שם, בפס' 14 לפסק הדין של השופט אלון.

²⁸ שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט אלון.

²⁹ רע"ב 2416/05 **פלוני נ' שרות בתי הסוהר**, פ"ד סב(3) 13 (2007).

³⁰ שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה; אמירה דומה ניתן למצוא גם בעניין ע"א 4714/04 **עמיר נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נט(6) 145 (2005).

ב.2. מיניות בדיני הנזיקין

מהלך זה של התרחבות העיסוק במיניות ומשפט הגיע גם לדיני הנזיקין. אומנם, דיני הנזיקין אינם אכסניה טבעית לדין במיניות על היבטיה השונים.³¹ אך עם השינויים שחלו בתפיסות החברתיות הנוגעות למיניות, בעיקר בהקשר של אלימות ופגיעה באוטונומיה, ועם פיתוחם של כלים משפטיים ותאוריות משפטיות תואמות, נרתמו גם דיני הנזיקין למאבק באלימות מינית בעיקר דרך דיון בשאלות של הסכמה ואוטונומיה.³² כך, החל להתפתח ענף נזיקי העוסק בעולות הנוגעות לתחום המין, כגון אינוס ותקיפה מינית,³³ הטרדה מינית,³⁴ לשון הרע שעניינה מיניות ועוד.³⁵ עולות אלה אף קובצו יחד וכונו "עולות מין" על מנת לציין כי מדובר בשורה של עולות אזרחיות שהמשותף להן הוא העיסוק בהפרות של האוטונומיה המינית.³⁶ עוד משותף לעולות המין הוא ההתמקדות בעוולה, ולא בנזק, באחריות, ולא בפיצוי.³⁷

מאמר זה אינו מתמקד בעולות מין, אלא ב"פיצוי מין". להבדיל מעולות המין, מעמדם של פיצויי המין לא נדון בספרות המשפטית עד למחקרנו האחרון שהמשיג וחקר את הנושא לעומק לראשונה.³⁸ מחקרנו הגדיר את פיצויי המין כפיצויים על הנזק הכרוך בפגיעה בתפקוד המיני במובנו הרחב, כלומר על הפגיעה ביכולתו של אדם ליהנות ממיניותו ולמשה. דיני הנזיקין סיפקו לאורך השנים מענה מועט לנזקים אלה ולא גיבשו כללים בהירים להענקת פיצוי בגינם. מחקרנו גילה כי בארצות הברית התפתחה פרקטיקה המכירה בפגיעה בהנאה ובתפקוד המיני כמקור לפיצוי, אך ממשיגה את הנזק כנזק לא ממוני בלבד וממסגרת את השלכות הפגיעה כטרגדיה ואובדן ממשי של הנאות החיים.³⁹ בישראל התפתחה פרקטיקה ענפה של פיצויי מין שאינם מוגבלים לפיצוי בגין נזק לא ממוני. על אף שוליותו היחסית של התחום, הוא כולל מגוון של מענים, כגון פיצויים לא ממוניים בגין אובדן הנאה מינית לצד פיצוי ממוני בגין הוצאות רפואיות ואחרות הקשורות לפגיעה.⁴⁰ עדות מרכזית לכך נמצאת בפסק הדין העומד בלב מאמר זה, הוא עניין **פלוני נ' מגדל**,⁴¹ פסק הדין היחיד של בית המשפט

³¹ כך, בפס"ד ע"א 1597/15 **פלוני נ' פלוני** (נבו 20.1.2016) מבהיר השופט סולברג כי תביעות בגין עבירות מין במשפחה מקומן הטבעי הוא בגדרו של המשפט הפלילי, שלו נתונים הכלים לעסוק בסוגיות מעין אלה.

³² ראו למשל אורנה אליגון דר "הוכחת עבירת האינוס: האם הרפורמות הראייתיות הצליחו לשרש את מיתוסי האונס?" **משפטים** נ 131 (2020); עירית נגבי ותמר ברנבלום "מבט פמיניסטי ביקורתי על הישגי הרפורמות החקיקתיות בדיני האונס" **המשפט** טז 209 (2011).

³³ ראו ביטון "בין נזיקין לעונשין", לעיל ה"ש 12; ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי", לעיל ה"ש 12; ת"א (מחוזי ת"א) 27555-01-16 **פלוני נ' ש.י.** (נבו 10.12.2020); רע"א 7146/13 **פלוני נ' פלוני** (נבו 22.9.2014).

³⁴ ראו החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 1661 והפסיקה שבצידו: ע"ע (ארצי) 22314-01-14 **פלוני – אלמונית** (נבו 19.2.2017); ע"ע (ארצי) 178-06 **פלונית – אלמוני** (נבו 4.11.2010).

³⁵ ע"א 7426-14 **פלוני נ' דניאל** (נבו 14.3.2016); סע"ש (אזורי י-ם) 15525-07-13 **פלונית – פלונית** (נבו 4.9.2018).
³⁶ Deana Pollard Sacks, *Sex Torts*, 91 MINNESOTA LAW REV. 769 (2007); Deana Pollard Sacks, *Intentional Sex Torts*, 77 FORDHAM LAW REV. 1051 (2008).

³⁷ ישנם היבטים נוספים של מיניות הרלוונטיים לדיני הנזיקין, למשל אחריות בית חולים פסיכיאטרי לקיום יחסי מין בין מאושפזים, ת"א (מחוזי חי) 5104-03-13 **י.א. נ' מדינת ישראל** (נבו 14.2.2016).

³⁸ Mor & Pikkell, לעיל ה"ש 2.

³⁹ Thomas ; Tina M. Tabacchi, *Hedonic Damages: A New Trend in Compensation?*, 52 OHIO ST. L. J. 331 (1991)
⁴⁰ R. Ireland, *Trends in Legal Decisions Involving Hedonic Damages from 2000 to 2012*, 19 J. OF LEGAL ECON. 61 (2012).

⁴¹ Mor & Pikkell, לעיל ה"ש 2.

⁴¹ עניין **פלוני נ' מגדל**, לעיל ה"ש 1.

העליון שעסק בסוגיה עד כה. בנוסף, בשנת 2018 פסק בית משפט השלום פיצויי מין לנפגעת תקיפה מינית בגין פגיעה בהנאה המינית שלה בעניין **וואלעס**.⁴² התפתחות זו היא חשובה ביותר, שכן היא קושרת בין עוולות מין לפיצויי מין ומחזקת את מעמדם של פיצויי המין במשפט הישראלי באופן כללי. עם זאת, המדובר בפסיקה בודדת של בית משפט שלום, ללא אמירה ערכית או נורמטיבית חזקה, שטרם התבססה ולא נכללה במחקר שעליו מתבסס מאמר זה. המהלך שמאמר זה מקדם ביחס לפיצויי מין ייטיב גם עבור נפגעות תקיפה מינית ועוולות מין אחרות בבקשו לתת מענה רחב וכולל לכל פגיעה שלה השלכות בתחום התפקוד המיני.

בעניין **פלוני נ' מגדל**, שעסק בפיצויי מין באופן מפורש, דן השופט ריבלין בשאלת הלגיטימיות של פיצוי בעבור מימון שירותי ליווי כמענה לפגיעה בתפקודו המיני של הניזוק. עיקר הדיון עסק בשאלות כיצד ניתן ליישב בין מטרת דיני הנזיקין להשבת המצב לקדמותו לבין הפגיעה במיניות ומהו סוג הפיצוי אשר יכול להשיב את מצבו של הניזוק לכפי שהיה ערב הפגיעה. השופט ריבלין קבע כי פיצוי בגין שימוש בשירותי ליווי אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן, אך לא הסתפק בכך ובחן גם מהם סוגי פיצויי המין החלופיים האפשריים, ועליהם נרחיב בהמשך. עניין **פלוני נ' מגדל** עורר סערה ציבורית, אך זכה להתייחסויות מעטות בספרות, שהוקדשו בעיקר לשאלת משמעותו של עקרון השבת המצב לקדמותו ולתוקף שניתן לו בפסיקתו של השופט ריבלין וכן לעמדתה של התאוריה הפמיניסטית ביחס לפיצוי בגין שירותי ליווי.⁴³ עניין **פלוני נ' מגדל** לא זכה לבחינה מעמיקה ולהכרה בדבר מקומו בהקשר של פסיקת פיצויי מין במשפט הישראלי, ההתפתחויות שחלו בתחום זה, תפיסת המיניות העולה ממנו או מקומו בפיתוח הזכות למיניות במשפט הישראלי. בכל אלה עוסק מאמר זה.

3. ב. מיניות ומוגבלות בדיני הנזיקין

סוגיית פיצויי המין פותחת צוהר לרובד נוסף בדיון על מיניות ודיני נזיקין, שאותו מדגים היטב עניין **פלוני נ' מגדל**: רובד המוגבלות, ובעיקר ההבניה החברתית של מוגבלות ונכות בדיני הנזיקין. הדיונים בדבר מתן פיצויי מין לסוגיהם בעניין **פלוני נ' מגדל** ובפסיקת בתי המשפט המחוזיים בנושא נשענים על תפיסות חברתיות בדבר חייהם של אנשים עם מוגבלויות בכלל, ובדבר מיניותם בפרט, שכן הם מבקשים לשרטט את חייהם של אנשים לאחר שעברו פגיעה חמורה וניזוקו בשלה. במאמרים קודמים כינינו את דיני הנזיקין, ובעיקר את נזקי הגוף, "דיני הנכייה" (the law of disablements),⁴⁴ שכן הם עוסקים באירועים שבהם נגרמת לניזוק נכות פיזית או נפשית והוא הופך לאדם עם מוגבלות. הפיצוי מהווה אמצעי לכמת את הנזק שבחיים עם מוגבלות דרך הערכה כלכלית של הפער שבין חיים עם וללא מוגבלות.⁴⁵ כך, למשל, פסיקת פיצוי בגין ניידות משקפת את אפשרויותיו של אדם עם מוגבלות להתנייד

⁴² ת"א (שלום ת"א) 13498-03-13 **פלוני נ' וואלעס** (נבו 2018.3.6).

⁴³ נילי קרקראייל "השבת המצב לקדמותו בתביעות לפיצוי על נזקי גוף – עקרון יסוד שאבד עליו הכלח?" **דין ודברים** ט 175 (2015); צחי דוידוביץ ואורן טרגש "ליווי בלא פיצוי? על פיצוי עבור שירותי ליווי בראי דיני הנזיקין והפמיניזם הרדיקלי" **הארץ דין** ד 121 (2016).

⁴⁴ Sagit Mor, *The Meaning of Injury: A Disability Perspective*, in INJURY AND REDRESS 2; לעיל ה"ש 2; Mor & Pikkell, *INJUSTICE: THE CULTURAL POLITICS OF HARM AND REDRESS* 27 (Anne Bloom et al. eds., 2018).

⁴⁵ ראו גם; Mor & Pikkell, לעיל ה"ש 2; Anne Bloom & Paul Steven Miller, *Blindsight: How We See Disabilities*; *in Tort Litigation*, 86 WASH. L. REV. 709 (2011).

במרחב. פסיקת פיצוי בגין אובדן כושר השתכרות משקפת את יכולתו להשתלב בתעסוקה לאור מוגבלותו. בהתאמה, הדיון בשאלת ההנאה המינית, אובדנה והיכולת להשיבה לקדמותה נטוע בהנחות לגבי מיניותם של אנשים עם מוגבלויות. פיצוי בגין אובדן הנאה מינית נטוע בהנחה כי אנשים עם מוגבלות אינם מיניים וכי נכותם מנוגדת באופן אינהרנטי למערכות יחסים זוגיות ומיניות.⁴⁶ ההתייחסות הרווחת למיניותם של אנשים עם מוגבלויות מאופיינת בראייה סטראוטיפית שלילית. לרוב היא זוכה להתעלמות מוחלטת, ולעיתים קרובות הנושא מעורר תגובות של דחייה וגועל.⁴⁷ לעיתים קרובות אנשים עם מוגבלויות מתוארים כחסרי רצון ויכולת למיניות (בהקשר הזוגי או בכלל) ובדומה לילדים הם נתפסים כמי שמצויים מחוץ לתחומי התשוקה המינית.⁴⁸ הדיון במיניותם של אנשים עם מוגבלות אינו עוסק בשאלות של הנאה, בחירה ועונג, מכיוון שאלה נתפסים כבלתי רלוונטיים.⁴⁹ בשל הנחות חוסר האטרקטיביות המינית והיעדר היכולת לקחת חלק בזוגיות ארוכת טווח, פעמים רבות צריכת מין בתשלום נתפסת כפתרון אפשרי יחיד למימוש הרצונות והצרכים המיניים של אנשים עם מוגבלויות.⁵⁰ לצד זאת ישנו עיסוק רב במוגנות ובפגיעות מיניות. אנשים עם מוגבלויות נתפסים לעיתים קרובות כקורבנות לפגיעות מיניות הזקוקים להגנה משמעותית, והשתתפותם ביחסים או מגעים בעלי אופי מיני בהכרח מהווה אינוס ופגיעה, כיוון שהם אינם כשירים (בהכללה) להסכמה או הנאה.⁵¹ התפתחותה של הגישה החברתית-ביקורתית למוגבלות בסוף המאה ה-20 השפיעה גם על האופן שבו אנו תופסים את נושא המיניות. על פי גישה זו, המיניות אינה נגישה עבור אנשים עם מוגבלויות, וזאת במידה רבה בשל חסמים ותפיסות חברתיות, ולא בשל הלקויות האינדיווידואליות.⁵² לטענתנו, הדרך להכרה בפיצוי מין ולפיתוח דוקטרינה מסודרת מצריכה שילוב בין הכרה בזכות למיניות במשפט הישראלי, ברוח המהלך שעשה השופט ריבלין בעניין **פלוני נ' מגדל**, לבין גישה מתקדמת למוגבלות הרואה באנשים עם מוגבלויות כמי שעתיים פתוח בפניהם, אשר רבים מהמכשולים שהם חווים נובעים מחסמים חברתיים, כולל סטראוטיפים ודעות קדומות והיעדר נגישות ושירותי תמיכה חברתיים מספקים, לרבות בתחום המיניות.⁵³ המשפט הישראלי טרם הכיר בזכות למיניות

Margrit Shildrick, *Contested pleasure: The Sociopolitical Economy of Disability* ; 2 לעיל ה"ש Mor & Pikkel *and Sexuality*, 4 SEXUALITY RSCH. & SOC. POL'Y 53, 54 (2007); Tom Shakespeare, *Disabled Sexuality: Toward Rights and Recognition*, 18 SEXUALITY & DISABILITY 159 (2000)

MICHAEL L. PERLIN & ALISON J. LYNCH, SEXUALITY, DISABILITY, AND THE LAW: BEYOND THE LAST FRONTIER (2016)

Tom Shakespeare & Sarah Richardson, *The Sexual Politics of Disability, Twenty* ; 46 לעיל ה"ש Shildrick *Years On*, 20 SCANDINAVIAN J. OF DISABILITY RSCH. 82 (2018)

Mitchell S. Tepper, *Sexuality and Disability: The Missing Discourse of Pleasure*, 18 SEXUALITY & DISABILITY 283 (2000)

Teela Sanders, *The Politics of Sexual Citizenship: Commercial* ; 48 לעיל ה"ש Shakespeare & Richardson *Sex and Disability*, 22 DISABILITY & SOC. 439 (2007)

49 לעיל ה"ש Tepper ; 47 לעיל ה"ש PERLIN & LYNCH ; 48 לעיל ה"ש Shakespeare & Richardson

TOM SHAKESPEARE ET AL., THE SEXUAL POLITICS OF DISABILITY: UNTOLD DESIRES, 1-15 (1996); Russell P. Shuttleworth & Linda Mona, *Disability and Sexuality: Toward a Focus on Sexual Access: Introduction to the Symposium*, 22 DISABILITY STUDIES QUARTERLY 2 (2002)

53 לעניין הגישה החברתית למוגבלות, ראו: TOM SHAKESPEARE, DISABILITY RIGHTS AND WRONGS (2006) ; שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" **עינוי משפט** לה 97, 105-102 (2012). לעניין יישומה בתחום המיניות ראו Mor & Pikkel, לעיל ה"ש ; 22 Shakespeare & Richardson, לעיל ה"ש 48.

וטרם הגדיר את היקפה של הזכות למיניות. על אף שזכויות אנשים עם מוגבלויות זכו להכרה, החלחול שלהן לפסיקה איטי, ובכל מקרה, זכותם למיניות של אנשים עם מוגבלויות מצויה בשולי שני תחומי הדין: הן של הזכות למיניות והן של זכויות אנשים עם מוגבלויות. שוליות זו משפיעה על פסיקת בתי המשפט הנדרשים לעסוק באופן מפורש או סמוי במיניותם של אנשים עם מוגבלויות על מנת להכריע בשאלות הקשורות בפיצויי מין ולקבוע את מידת הפיצוי הראוי בגין פגיעה בתפקוד המיני.

ג. פסק דין פלוני נ' מגדל – הסיפור המלא

בשנת 2006 פסק בית המשפט העליון, מפי השופט ריבלין, בעניין פלוני נ' מגדל והתייחס לראשונה לסוגיית הפיצוי בגין פגיעה בתפקוד המיני. פסק הדין הביא לשיאה ולסיומה של תקופה שבה נפסקו פיצויי מין גבוהים על ידי בתי המשפט המחוזיים בעבור כיסוי הוצאות הקשורות בפנייה לשירותי ליווי והוא מהווה נקודת ציון מהותית בהתפתחות הפסיקה בתחום. פסק הדין הראשון שהכיר בראש הנזק של פיצויי מין בגין פגיעה בתפקוד המיני ניתן בבית המשפט המחוזי בתל אביב בשנת 1994, אז ניתן פיצוי בגין אובדן הנאה מינית, ובשנת 1998 נפסק לראשונה פיצוי בגין שירותי ליווי במסגרת ראש נזק זה. פיצויי מין, וביניהם פיצוי בגין שירותי ליווי, המשיכו להינתן על ידי בתי המשפט פעם בפעם עד אשר הגיעה הסוגיה לפתחו של השופט ריבלין בעניין פלוני נ' מגדל.

ראשיתו של עניין פלוני נ' מגדל בפסק דין משנת 2004 שניתן על ידי השופטת דרורה לפלל בבית המשפט המחוזי בתל אביב.⁵⁴ התובע פלוני, גבר צעיר בשנות ה-30 לחייו, נפגע בתאונת דרכים במהלך שירותו הצבאי. לפלוני נגרמו נכויות מורכבות, ביניהן נכות בגין הפרעה לזקפה על רקע נפשי הפוגעת בתפקודו המיני וביכולתו לקיים יחסי מין מלאים. בית המשפט דן בהרחבה יחסית בשאלת תפקודו המיני של התובע והפיצוי בגין הפגיעה בו. פלוני טען כי למרות שהוא מצליח למצוא בנות זוג, הוא אינו מצליח לקיים יחסי מין עימן, אלא עם נערות ליווי בלבד, בסיוע כדורי ויאגרה. לפיכך הוא נעזר בטיפול אצל סרוגייט, המסייעת לו להתגבר על הקושי בקיום יחסי מין עם בנות זוג, ומבקש פיצוי עבור עלויות הטיפול בסרוגייט על מנת להפסיק ולהידרש לשירותי ליווי ולשקם את תפקודו המיני.⁵⁵

בית המשפט המחוזי דחה את התביעה למימון עלות טיפולי סרוגייט ובמקומה פסק פיצוי בגין שירותי ליווי. לצורך קביעתו זו שמע בית המשפט עדויות של מומחים רבים, ארבעה במספר. חלקם סברו שסיכויי התובע למציאת זוגיות הם "נמוכים עד קלושים" וכי יש "צורך לפורקן מיני של התובע אצל נערות ליווי"; אחרים הכירו בצורך של התובע בסרוגייט לאור "רצונו לנסות ולקיים קשר הדוק עם בת זוג".⁵⁶ לאור העדויות שהובאו לפניו דחה בית המשפט את התביעה לשירותי סרוגייט שכן הוא קיבל את העמדה שלפיה התובע "לא יוכל לקשור קשרים משמעותיים וארוכי טווח, עקב נסיבותיו, עם בת זוג". פסק הדין ביטא גישה דואלית לשירותי סרוגייט, שכן מצד אחד הוא ראה בטיפול בסרוגייט אפשרות למימוש יחסים אינטימיים על דרך של הדרכה וחיזוק; אך מן הצד האחר הגביל זאת לזוגיות ארוכת טווח. בית המשפט לא ראה בסרוגייט אפיק להפסקת ההזדקקות לשירותי ליווי ולאפשרות

⁵⁴ ת"א (מחוזי ת"א) 1553/99 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (נבו 27.10.2004) (להלן: עניין מגדל הראשון).

⁵⁵ שם, בעמ' 5.

⁵⁶ שם, בעמ' 12.

ההנאה מיחסי מין, בין אם מזדמנים ובין אם במסגרת של זוגיות, ואף להגברת הסיכוי למציאת זוגיות. בסופו של דבר, בית המשפט פסק לתובע פיצוי בגין מימון טיפול תרופתי בבעיות הזקפה וכן פיצוי בגין ביקורים שבועיים במכון ליווי. הפיצוי הכולל בגין פגיעה בתפקוד מיני הועמד על סכום שאינו מבוטל של 150,000 ש"ח.

בשנת 2006 הגישו פלוני וחברת מגדל ערעורים הדדיים על פסיקת הפיצוי של בית המשפט המחוזי, לרבות לעניין פיצויי המין. הדיון בערעור הפך להיות זירת מאבק ציבורית עם צירופם של ידידי בית משפט, ביניהם הקליניקה למאבק בסחר בנשים והיועץ המשפטי לממשלה אשר התנגדו למתן הפיצוי בגין שירותי ליווי בטענה שהדבר נוגד את המאמץ למגר את תופעת הסחר בנשים ששגשה בישראל באותה תקופה של תחילת שנות האלפיים.⁵⁷ התיק הגיע לידי של השופט ריבלין, אשר דן בצורה מעמיקה ויסודית בשאלת הזכאות של פלוני לפיצוי בגין שירותי ליווי, במהותו של פיצוי זה ובחלופות השונות הקיימות.

בפסק דין תקדימי ומעורר הדים קבע השופט ריבלין כי פיצוי בגין שירותי ליווי נוגד את תקנת הציבור ולכן הוא פסול מעיקרו:

"המשפט הישראלי הוא אחד, ובתי המשפט המוקיעים את התופעות שתעשיית הזנות בישראל נגועה בהם הם אותם בתי המשפט המתבקשים לפסוק פיצוי עבור שירותי ליווי. הקול חייב אפוא להיות קול אחד: בהתחשב בדן הישראלי ובמציאות הישראלית, אין להכיר בשימוש בשירותיה של זונה כ"פיצוי" לניזוק".⁵⁸

פסק הדין זכה לתהודה ציבורית ותקשורתית בעיקר בשל נושאו הסנסציוני,⁵⁹ אך הוא עורר עניין בקהילה המשפטית גם בשל תוכנו הייחודי והנדיר שכלל שימוש ב"תקנת הציבור" וכן פסילה תקדימית של ענף פיצוי נזיקי והיה כרוך בדיון מעמיק בעקרונות הצדק המתקן.

במאמר זה אנו טוענות שהדיון המשפטי והציבורי בפסק הדין בעניין פלוני נ' מגדל התעלם מהיבטים חשובים אחרים בפסק הדין ולפיכך החמיץ את הפוטנציאל שהיה טמון בו. פסק דינו של השופט ריבלין היה תקדימי ופורץ דרך הן בהכרה שביטא בצרכים המיניים של מי שהפכו לאנשים עם מוגבלות בעקבות פגיעה נזיקית, הן בחשיבות שייחס לטיפול המיני התרופתי והשיקומי, הן בהבנת את תפקידם של פיצויי המין בהבטחת המימון לטיפול אלה והן בהכרה המשפטית שהעניק למקומה של המיניות בחיי האדם. בכך ביטא הוא תפיסה מתקדמת והומנית ביחס למיניות ומוגבלות גם יחד.

⁵⁷ ועדת החקירה הפרלמנטרית למאבק בסחר בנשים **דוח מסכם בראשות חברת הכנסת זהבה גלאון 2000–2004** (2005); יהודה טרואן **הפסיקה בתיקי סחר בנשים בשנים 2001–2006**: נתונים מספריים (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2008).

⁵⁸ עניין פלוני נ' מגדל, לעיל ה"ש 1, בפס' 24 לפסק הדין של השופט ריבלין.

⁵⁹ חיים קליר "פיצויים עבור שירותי מין" **Ynet** (20.10.2006) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-> 3316999,00.html; יובל יועז "בית המשפט העליון: שירותי זנות לא נכללים בפיצוי נזיקין" **The Marker** (16.10.2006) <https://www.themarker.com/law/1.382774>; שמואל דקלו "ביהמ"ש העליון ביטל פיצוי לנפגע תאונת דרכים בגין עלות ביקוריו במכוני ליווי" **גלובס** (16.10.2006) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000142488>.

בדחות את הפיצוי בגין שירותי ליווי ובעומדו על הקושי בהכרה בהם כאמצעי להשבת המצב לקדמותו⁶⁰ ביטא פסק הדין תפיסה רחבה של מיניות על היבטיה הרגשיים והנפשיים, ולא רק הפיזיולוגיים, והכיר בחשיבותם של אפיקי הפיצוי האחרים:

”כאמור, יש מקום לפסוק לניזוק שיכולתו לקיים יחסימין נפגעה, פיצוי עבור נזק ממוני, מקום בו שימוש בתרופה או מפגש עם רופא, פסיכולוג או פסיכיאטר (ואפילו, אולי, סרוגייט – כאמור אין אנו מביעים כל עמדה בעניין זה) עשויים לסייע לו ולשפר את מצבו. ואולם, ... ספק אם ניתן לסווג את ההיזקקות לשירותיליווי כסעדמתקן העומד אל מול ההפסד הכרוך באובדן היכולת לקיים יחסי-מין. ... יתרה מזו, אתגן לזונה אינו מפצה על אובדן מכלול רבדיה האפשריים של מערכת יחסים זוגית ועל הגריעה מאפשרויות הבחירה שהיו לניזוק בתחום זה”⁶¹.

בצד הפסילה החדמשמעית של הפיצוי בגין שירותי ליווי, השופט ריבלין הבהיר כי אין בכוונתו להותיר את הניזוק (פלוגי ותובעים שכמותו) ”מול שוקת שבורה, בלא מענה לסבלו ובלא פיצוי להפסדו”⁶². לפיכך, הוא הציע שני אפיקי פיצוי חלופיים אפשריים: האפיק הממוני, הכולל טיפול רפואי תרופתי או אחר, כגון טיפול רגשי ונפשי; והאפיק הלא ממוני, בגין הסבל שגורמת לו פגיעתו, המאפשר לניזוק ”לשפר ולהיטיב את סבלו ואת צעריו” באופן שיבחר לעצמו.⁶³

אך הבשורה הטמונה בפסק הדין מצויה ברצינות שאותו מציג השופט ריבלין למתן מענה לצרכיו המיניים של התובע: פסק הדין מכיר בחשיבותה של המיניות, מציב אותה במסגרת של שיח זכויות אדם ומכוח מעמדה זה מצדיק את פסיקת הפיצוי בגין הפגיעה בתפקוד המיני. השופט ריבלין מצטט מפסקי הדין בעניין **וייל**⁶⁴ ו**עמיר**,⁶⁵ שבהם נדונה זכותם של אסירים למיניות, וקובע כי עקרונות אלה מהווים את הבסיס לפסיקת הפיצוי בעניינו של פלוגי:

”בהקשר אחר כבר נפסק כי ‘שלילת האפשרות מאדם בוגר לקיום יחסי אישות, לתקופת זמן שאינה קצרה, פגיעה קשה יש בה באדם שהימנו היא נשללת. יצר המין הוא דבר טבעי ואנושי, ודיכוי של יצר זה על כורחו של בעל היצר נוגד את טבע האדם וצרכיו’ (בג”ץ 114/86 וייל נ’ מדינת ישראל, פ”ד מא (3) 477, 483-484). ‘ניתן לטעון כי קיום יחסי-אישות קשור בליינתק ביצר החיים וההישרדות – הישרדות אישית והישרדות הגזע והמין – ודיכוי של יצר כה מהותי שֶׁבְּחִי פוגע בכבוד וביכולתו של אדם

⁶⁰ לניתוח פסק הדין מההיבט של השבת המצב לקדמותו ראו: קרקראייל, לעיל ה”ש 43; דוידוביץ וטרגש, לעיל ה”ש 43.

⁶¹ עניין **פלוגי נ’ מגדל**, לעיל ה”ש 1, בפס’ 15 לפסק הדין של השופט ריבלין.

⁶² שם, בפס’ 25 לפסק הדין של השופט ריבלין.

⁶³ שם.

⁶⁴ עניין **וייל**, לעיל ה”ש 26.

⁶⁵ עניין **עמיר**, לעיל ה”ש 30.

לממש את חייו כבן־אנושי (עע"א 4714/04 עמיר נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2004(3)
3446)66.

האמירות שלעיל לא צוטטו בפסיקות בתי המשפט המאוחרות ואין עדות לכך שסייעו באופן מעשי בהתוויית דרכו או בהתבססותו של ענף הפיצוי בגין שיקום מיני. בכך הוחמצו תפקידו ותרומתו של פסק הדין בעניין פלוני נ' מגדל לביסוס הפיצוי בגין טיפול תרופתי ושיקום מיני, וכן הוחמצה ההזדמנות ליצירת גישת זכויות מעמיקה ומנומקת לביסוס הפיצוי בדיני הנזיקין.

ד. המחקר האמפירי: שיטה מעורבת – ניתוח כמותי ואיכותני

עניין פלוני נ' מגדל פותח צוהר לענף שאינו מוכר של פיצויים בגין פגיעה בתפקוד מיני. פסק הדין של בית המשפט העליון שניתן על ידי השופט ריבלין מגלם שיא בהתפתחות ענף זה ומהווה גם קו פרשת מים ביחס להתפתחויות שאירעו אחריו. במחקר אמפירי שפרסמנו לאחרונה עקבנו אחר הופעת הפיצויים בגין פגיעה בתפקוד מיני והשינויים שאירעו בתחום זה בין השנים 1991–2015⁶⁷ לצורך מאמר זה הרחבנו את מאגר פסקי הדין עד לשנת 2020 על מנת לבחון את המשך המגמות שזיהינו בעבר. המאמר מציב את עניין פלוני נ' מגדל במרכזו, בוחן את מיקומו ותפקידו ברצף השינויים הדוקטרינריים שאירעו בתחום, מצביע על המגמות המרכזיות בפסיקה ועל הגורמים שהשפיעו עליהן ומראה כי עניין פלוני נ' מגדל מהווה נקודת מפנה מרכזית בהתפתחות הפסיקה והשלכותיו המעשיות והנורמטיביות טרם נדונו במלואן.

המחקר האמפירי שבלב מאמר זה כלל קידוד וניתוח של כלל פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים שעסקו בסוגיית הפיצוי בגין פגיעה בתפקוד מיני על פני תקופה של 30 שנים, משנת 1991 ועד שנת 2020, ביושבם כערכאה ראשונה. פילוח זה נבחר על מנת להתמקד בניזוקים שנגרמה להם מוגבלות משמעותית וקבועה באירוע מושא פסק הדין ולכן יש לשער שלפגיעה יש היבטים המשפיעים על מיניותם ועל תפקודם המיני. המחקר אינו כולל את פסקי הדין של בית המשפט העליון שכן זה לא נתן דעתו לסוגיה מעבר לפסק הדין בעניין פלוני נ' מגדל.

מתוך כלל פסקי הדין הרלוונטיים של בתי המשפט המחוזיים איתרנו 124 פסקי דין הדנים בפגיעה בתפקוד מיני, או מזכירים פגיעה מעין זו, בפסק הדין. המחקר התמקד בחלק של פסק הדין העוסק בפיצויים וכלל ניתוח כמותי ואיכותני של כלל פסקי הדין במאגר. החלק העוסק בפגיעה בתפקוד המיני היה בדרך כלל קצר ודל מבחינה טקסטואלית, לכן בחנו את מכלול החלק העוסק בפיצויים לצורך זיהוי הטון והשיח המאפיינים את פסק הדין.

איתור כלל פסקי הדין נעשה בשני שלבים. ראשית איתרנו את פסקי הדין העוסקים בנוזקי גוף שניתנו על ידי בתי משפט מחוזיים בתקופת המחקר על דרך חיפוש המלים הבאות, על הטיותיהן: נזק גוף, נפגע בגופו, תאונה, תאונת דרכים, רשלנות רפואית וכן אזכור של פקודת הנזיקין ו/או חוק פיצויים

⁶⁶ עניין פלוני נ' מגדל, לעיל ה"ש 1, בפס' 14 לפסק הדין של השופט ריבלין.
⁶⁷ Mor & Pikkel, לעיל ה"ש 2.

לנפגעי תאונות דרכים. מתוך פסקי הדין שאותרו בחרנו פסקי דין בערכאה ראשונה בלבד, ללא החלטות ביניים וערעורים. בשלב השני חיפשנו בפסקי הדין הללו התייחסות לפגיעה בתפקוד המיני על דרך חיפוש המלים הבאות: תפקוד מיני, מיניות, יחסי מין, איך-אונות, שיקום מיני, טיפול מיני, שירותי מין, שירותי ליווי, הנאה מינית וכן אזכורים של פסק הדין בעניין **פלוני נ' מגדל**. כאמור בסיום החיפוש אותרו 124 פסקי דין העונים לקריטריונים אלה.

בשלב הבא קודדנו כל אחד מפסקי הדין שבמאגר על מנת לאסוף את המשתנים הנחוצים למחקר. הקידוד כלל איסוף משתנים כלליים לגבי התיק, הערכאה, הפגיעה, התובעת/ת, השופט/ת וסוג הפיצוי, רבות: מספר התיק, מקום בית המשפט, משך התיק, עילת התביעה, מגדר וגיל התובעת/ת במועד האירוע ושם ומגדר של השופט/ת. כמו כן קודדו פרטי הפגיעה עצמה, סוג הפגיעה ושיעור הנכות שנגרמה וכן משתנים המשקפים את הפיצוי לגבי התפקוד המיני, לרבות ראשי הנזק: אובדן הנאה מינית, טיפול תרופתי, שירותי ליווי ושיקום מיני. כדי לפשט את ניתוח הנתונים התייחסנו לגיל התובעים בנתון בינרי, המבחין בין צעירים (מתחת לגיל 30) או מבוגרים (מעל גיל 30), כך שיתאם גם לניתוח המגדרי. לאחר סיום האיסוף והקידוד ניתחנו את הנתונים ניתוח סטטיסטי תיאורי. טבלה 1 מסכמת את ממצאי המחקר, מאורגנים לפי שנה, ראש נזק, מגדר וגיל. בנוסף לניתוח הכמותי ערכנו ניתוח שיח איכותני של פסקי הדין, שבמסגרתו מיפינו את המשמעויות שאותן מייחסים בתי המשפט למיניות ומוגבלות בבואם לדון בפיצוי על פגיעה בתפקוד מיני של נפגעים בניזקין.

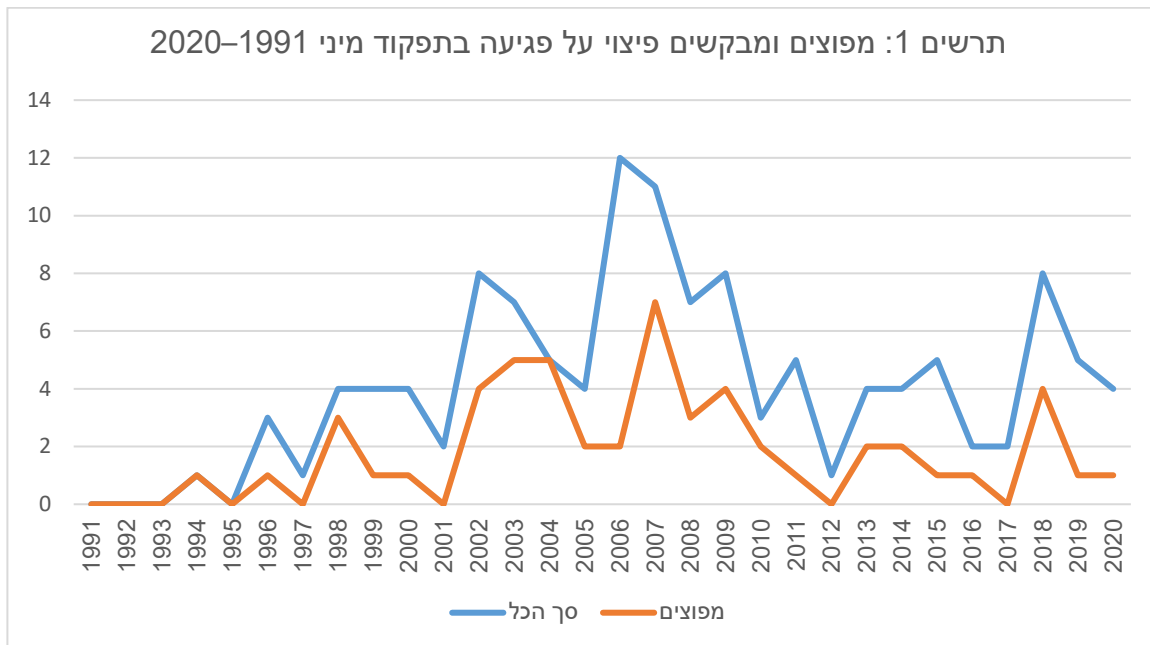
טבלה 1: סיכום ממצאי המחקר לפי שנה, ראש נזק, מגדר וגיל

שנה	כללי		מגדר				סוג הפיצוי				כללי		שנה	
	מפגעים	סך הכל	נשים מפגעות	נשים שאינן מפגעות	גברים מפגעים	גברים שאינם מפגעים	שיקום מיני	שירותי ליווי	החזאת רפואית	אובדן הנאה	מפגעים	סך הכל		
1991	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1991
1992	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1992
1993	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1993
1994	0	1	1	0	0	1	0	0	0	1	1	1	1	1994
1995	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1995
1996	0	3	1	0	0	3	0	0	0	1	1	3	3	1996
1997	0	1	0	0	0	0	1	0	0	0	0	1	1	1997
1998	0	4	2	0	0	3	1	0	1	2	3	4	4	1998
1999	0	4	1	3	0	2	1	1	0	0	1	4	4	1999
2000	0	4	1	3	0	0	1	3	1	0	0	4	4	2000
2001	0	2	0	0	0	0	2	0	0	0	0	2	2	2001
2002	1	8	3	1	0	1	4	3	3	1	1	8	8	2002
2003	1	7	1	4	0	1	5	1	1	1	3	7	7	2003
2004	2	5	0	3	0	0	5	0	2	1	3	5	5	2004
2005	1	4	1	1	0	0	2	2	0	1	1	4	4	2005
2006	1	12	1	7	0	2	2	8	1	1	1	12	12	2006
2007	2	11	1	5	0	0	7	4	4	0	1	11	11	2007
2008	1	7	3	2	1	0	3	2	3	0	1	7	7	2008
2009	1	8	0	3	0	0	4	3	3	0	1	8	8	2009
2010	1	3	0	1	0	0	2	1	1	0	2	3	3	2010
2011	0	5	1	1	0	2	1	2	1	0	0	5	5	2011
2012	0	1	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1	1	2012
2013	1	4	1	1	0	0	2	2	2	0	0	4	4	2013
2014	1	4	1	1	1	0	1	2	2	0	1	4	4	2014
2015	1	5	0	1	1	0	0	4	1	0	0	5	5	2015
2016	0	2	1	0	0	0	1	1	0	0	1	2	2	2016
2017	0	2	0	1	0	1	0	1	0	0	0	2	2	2017
2018	2	8	2	2	1	0	3	4	4	0	2	8	8	2018
2019	1	5	0	4	0	0	1	4	1	0	0	5	5	2019
2020	1	4	0	3	1	1	0	3	1	0	0	4	4	2020
סך הכל	18	124	27	42	35	5	10	52	56	7	19	14	54	124

ה. ההבניה של מוגבלות ומיניות בפסיקת פיצויי מין לאורך זמן: ממצאים ומגמות

ה.1. ממצאים כלליים

במבט על, ניתן לזהות מגמה כללית של עלייה וירידה בפסיקת פיצויי מין בבתי המשפט המחוזיים, וזאת במגבלות המידע הגלוי של הפסיקה שפורסמה. ניתן לראות (תרשים 1) כי בין השנים 1994 ו-2007 נמצאה מגמת עלייה הולכת וגוברת של מקרים המתייחסים לכך שהנוזק לתובע או התובעת כולל פגיעה בתפקוד מיני; חלקם מזכירים עובדה זו ללא דיון, חלקם דנים בה בקצרה או בפירוט וחלקם גם מעניקים פיצוי בגינה. מגמה כללית זו משנה את כיוונה לאחר שנת 2007 כאשר מספר המקרים שמזכירים פגיעה במיניותו של האדם פוחת, וכך גם מספר המקרים שבהם ניתן על כך פיצוי. מגמה זו מגיעה לשפל בשנת 2012 ולאחר מכן עולה במעט חזרה.



מבט קרוב יותר מעלה כי בעשור הראשון של שנות האלפיים זירת פיצויי המין הייתה תוססת ומגוונת וביטאה תפיסות שונות של מענה לפגיעה בתפקוד מיני, אשר השתנו עם הזמן. איסוף מידע כמותי וקריאה קרובה של פסקי הדין מגלים מגמות מרתקות בפסיקת פיצויי מין לפי ארבעה סוגי פיצוי. ראשית, מבחינה כמותית, כפי שנראה בניתוח המפורט להלן, פסקי הדין מעידים על עלייתם ונפילתם של הפיצויים בגין אובדן הנאה מינית;⁶⁸ על היציבות היחסית של מתן פיצויים בגין הוצאות רפואיות;⁶⁹

⁶⁸ ראו להלן, פרק ה'.2.

⁶⁹ ראו להלן, פרק ה'.3.

על תקופת העדנה הקצרה אך הסוערת של פיצוי בגין שירותי מין;⁷⁰ ועל הדומיננטיות ההולכת וגוברת של שיקום מיני.⁷¹ שנית, מבחינת ניתוח שיח, הם חושפים שינויים ניכרים בתפיסות של מוגבלות ומיניות הבאות לידי ביטוי בפסיקה בקשר לכל אחד מסוגי הפיצוי.⁷² יחד הם מעידים על שינויים בתפיסת בתי המשפט את החיים עם מוגבלות לאחר פגיעת גוף קשה.

עוד זיהה המחקר הכמותי הטיה מגדרית והטיה גילית חזקה בשנים הראשונות, אשר התמתנו מעט עם השנים. טבלה 2 מסכמת את סך כל הפיצוי בראשי הנזק השונים לפי מגדר וגיל (ראו טבלה 2).⁷³ מבחינה מגדרית, ניתן לזהות את היעדר הפיצוי המוחלט לנשים בשניים מסוגי הפיצוי: הוצאות רפואיות ושירותי ליווי, וכן מקרה יחיד בלבד של פיצוי בגין אובדן הנאה מינית. אפיק הפיצוי המרכזי לנשים הוא השיקום המיני, ושם גם ניכר כי ההכללה הגוברת של נשים, כולל נשים מבוגרות (מעל 30), תורמת לפיתוח התחום. בחינת הנתונים על ציר הזמן מגלה דפוסי פיצוי משתנים. על אף שבתחילת הדרך פוצו כמעט רק גברים צעירים (מתחת 30), הרי שעם השנים הייצוג היחסי של תובעים מבוגרים (מעל גיל 30) עלה ובחמש השנים האחרונות שיעור המפוצים השתווה (3:3), אם כי שיעור הגברים הצעירים המבקשים פיצוי נותר גבוה יותר משיעור המבוגרים המבקשים פיצוי זה. ההכללה הגוברת של נשים ושל אנשים מבוגרים מתיישבת עם השינוי שהתרחש בתפיסות המיניות והמוגבלות כפי שנראה בהמשך במסגרת הניתוח האיכותני של הפסיקה.

טבלה 2: פיצוי בראשי נזק לפי מגדר וגיל

שיקום מיני	שירותי ליווי	הוצאות רפואיות	אובדן הנאה	
25	7	19	13	גברים
6	0	0	1	נשים
20	5	13	6	מתחת 30
11	1	6	8	מעל 30
31	7	19	14	סך הכל לראש נזק

המחקר המורחב של הפסיקה עד לשנת 2020 מגלה ממצא מעניין נוסף, שניצניו ניכרו כבר בראשית שנות האלפיים, והוא השפעת מיסוד ההכרה בפגיעה בתפקוד מיני דרך מערכת הבריאות הישראלית על הפיצוי הפסיקתי בגין פגיעה בתפקוד מיני. שינוי זה זוהה באמצעות הקריאה הקרובה של הפסיקה שהראתה כי במהלך שנות האלפיים נכנס בהדרגה ענף טיפול זה לסל הבריאות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי וגברה ההכרה הוולונטרית של קופות החולים בצורך לכסות הוצאות רפואיות הקשורות

⁷⁰ ראו להלן, פרק ה'.

⁷¹ ראו להלן, פרק ה'.

⁷² ראו להלן, פרקים ה'–2.

⁷³ יש לשים לב שהמספרים אינם משקפים את סך המפוצים הכללי, אלא את סך המפוצים לפי ראש נזק, שכן תובעים רבים קיבלו פיצוי לפי יותר מראש נזק אחד.

בפגיעה בתפקוד מיני. התפתחויות אלה צמצמו את שיעור הפיצוי בנוזקין, אך לא ייתרו את הצורך של בתי המשפט לעסוק בפיצוי זה, כפי שיראה הניתוח שלהלן.

ה.2. אובדן וסבל: פיצוי בגין אובדן הנאה מינית

הסוג הראשון של פיצויי מין שהוכרו על ידי בתי המשפט בישראל היה פיצוי בגין אובדן הנאה מינית. סוג זה של פיצויים הופיע לראשונה בשנת 1994 בפסק דין שניתן בבית המשפט המחוזי בתל אביב על ידי השופט קלינג, ואליו עוד נחזור.⁷⁴ הוא היה נפוץ יחסית בין השנים 2002–2007, והמשיך עד 2009, אך לאחר מכן נעלם ונמצא בפסיקה שאיתרנו רק עוד פעם אחת, בשנת 2016. פיצויים אלה לרוב היו חלק בלתי ספציפי מהפיצוי הכללי על כאב וסבל, אך עדיין הייתה זו הכרה ראשונה בפגיעה בתפקוד המיני של האדם ובהשלכותיה הנזיקיות.⁷⁵

הסיבות להיעלמותו של סוג פיצוי זה עשויות להיות קשורות לירידה הכוללת במתן פיצויי מין מאז 2007 ולמעבר הכללי יותר מאובדן הנאה מינית לשיקום מיני, כפי שנראה בהמשך. על אף שמדובר בנוזק לא מוחשי ולא ממוני, ועל אף הופעת המילה הנאה בשמו, הפיצוי בגין אובדן הנאה מינית ניתן על בסיס תחשיב קבוע, לרוב כנגזרת של אחוזי הנכות בתחום זה, ולא על פי מידת הפגיעה בהנאה המינית בעקבות הפגיעה. ללא אחוזי נכות בגין תפקוד מיני, לא ניתן פיצוי על אובדן הנאה מינית. אחוזי הנכות נקבעו לרוב לפי גישה אנטומית תפקודית צרה הבוחנת את יכולתו של הנפגע לקיים יחסי מין מלאים על מנת להוליד ילדים. שיטה זו של פיצוי לא היטיבה עם נשים שתפקודן האנטומי לרוב לא נפגע.⁷⁶

ואומנם, מתן הפיצוי החל בהטיה מגדרית וגילית חזקה והפיצוי ניתן בתחילה רק לגברים צעירים מתחת לגיל 30. עם הזמן, גברים מבוגרים, מעל גיל 30, הפכו לרוב בקרב הנהנים מפיצוי זה, בעוד נשים נותרו בשוליו. למעשה, במהלך השנים רק אישה אחת קיבלה פיצוי בגין אובדן הנאה מינית, בשנת 2008.⁷⁷ היה זה ארבע עשרה שנים לאחר הגבר הראשון שזכה בפיצוי זה, ועל אף שישנה פסיקה המזכירה נזק זה בקרב נשים כבר בשנת 1999.⁷⁸ גם בפסק הדין היחיד המאוחר שניתן בשנת 2016 המפוצה היה גבר צעיר מתחת לגיל 30.

קריאה ביקורתית של פסקי הדין העלתה כי החלטות שמעניקות פיצוי על אובדן הנאה מינית הן בדרך כלל טרגיות, אינדיווידואליות, רפואיות בעיקרן, מתמקדות בתפקודם של איברי המין הגבריים וקשורות בין מיניות לפריון שכן הן מדגישות את השפעת הפגיעה על אפשרות הפריון והסיכויים לחיי משפחה בעתיד. הטון הטרגי של החלטות אלה נרמז כבר בעצם כינוי הפיצוי: השימוש בביטויים "כאב וסבל" ו"אובדן הנאה מינית" מעביר את המסר כי סיכויי ההנאה והעונג נעלמים אחרי הפגיעה ואינם

⁷⁴ ת"א (מחוזי ת"א) 2474/86 נצ' נ' כנפונית חברה למטוסים זעירים בע"מ, פ"מ תשנ"ד (2) 441 (1994).
⁷⁵ ראו למשל ת"א (מחוזי י-ם) 82/94 פנון נ' מדינת ישראל (נבו 2.9.1996); ת"א (מחוזי ת"א) 1532/94 ב.ד. נ' טריקי (נבו 30.4.2003).

⁷⁶ ראו לדוגמה ת"א (מחוזי ת"א) 1362/96 אריקסון נ' קיבוץ זיקים, 11 (נבו 4.8.2002), שם נקבע כי למרות "תלונותיה של התובעת על חוסר תחושה באבר המין ואובדן הנאה מיחסי מין" אין מקום לקבוע נכות בתחום זה "בנפרד ומעבר לאשר ייפסק בתחומים האחרים".

⁷⁷ ת"א (מחוזי ת"א) 1975/02 שוכר נ' המרכז הרפואי ע"ש א. וולפסון (נבו 20.2.2008).

⁷⁸ ת"א (מחוזי חי') 514/93 אתגר נ' אררט חברה לבטוח בע"מ (נבו 24.1.1999).

ניתנים לתיקון. אם המטרה הקלסית של דיני הנזיקין היא "השבת המצב לקדמותו", הרי שסוג זה של פיצוי מין מפצה על אובדן האפשרות להשיב את המצב לקדמותו. תפיסה טרגית זו ניכרת גם בעניין **רוזנר** משנת 2016 אשר הקדיש מקום נרחב יחסית לתיאור סבלו של הנפגע, שם מתואר התובע כמי ש"כלוא בתוך גופו" תוך ציטוט מן המקורות על מנת לבסס את הדעה ש"הסומא אינו שמח במעדנות הבריאה הברוכה".⁷⁹ מפרספקטיבה של מוגבלות, זוהי התגלמות הגישה המוטית של דיני הנזיקין כלפי חיים עם מוגבלות כחיים של סבל וייאוש.⁸⁰

מהות הטרגדיה ברוב החלטות המוקדמות שדנו באובדן הנאה מינית הייתה ההנחה בדבר חוסר יכולתו של התובע להקים משפחה ולהביא ילדים לעולם. פסקי הדין בנושא מדגישים את היעדר הסיכויים להתחתן ולהקים משפחה⁸¹ עד שלעיתים הפיצוי ניתן על "אין אונות ואובדן הסיכויים להינשא" גם יחד.⁸² פסק הדין משנת 2016 קובע כי "נגזר על התובע להיוותר ללא בת זוג וכי נגדעה האפשרות כי יישא בת זוג ויקים משפחה".⁸³ לפסקי הדין המוקדמים נלוותה גם גישה רפואית צרה הנשענת על תיעוד רפואי של אין-אונות או פגיעה אורולוגית קשה. עדויות על כאבים חמורים במהלך קיום יחסי מין או פגיעות קשות בתפקוד המיני, גם אם היו מבוססות ואמינות, לא הספיקו על מנת לזכות בפיצוי.⁸⁴ גישה זו תרמה גם להטיה המגדרית של החלטות אלה אשר באה לידי ביטוי לא רק במיעוט הנשים המפוצות, אלא גם בתוכן הדברים. על אף שהתובעות (המעטות) הציגו לבית המשפט עדויות קשות בדבר חוסר הנאה במהלך קיום יחסי מין, חוסר תחושה באיברי המין ואף כאב, כולן פרט לאחת נדחו, בעיקר בשל תפיסה רפואית מצומצמת של מיניות המסתפקת בקיומה של אפשרות אנטומית לקיום יחסי מין.⁸⁵

כותרת ענף נזיקי זה הייתה מטעה אפוא, לפחות בתחילת דרכה, שכן היא עסקה לכאורה באובדן הנאה, אך הפיצוי ניתן למעשה על אובדן פוטנציאל הרבייה. זו עשויה להיות גם הסיבה לכך שגברים צעירים שטרם הקימו משפחה היו לרוב הנהנים העיקריים מסוג פיצוי זה. אילו מתן פיצוי בדמות שיקום מיני היה מקובל באותה עת, הרי שאותם תובעים ותובעות שנדחו היו יכולים לקבל סעד מתאים, אך נראה שחוסר ידע ומודעות בקרב עורכי דין, שופטים ואפילו מומחים רפואיים מנע פיצוי כזה.

עם הזמן, תפיסת המיניות השתנתה. פסקי הדין התמקדו פחות בהולדה ויותר בהנאה ושקלו גם את חוויית הכאב של התובעים. פסקי דין אלה כללו גם תובעים מבוגרים בעלי משפחות וכן אישה אחת שנפגעה עקב סיבוך בלידה וניתן לשער שאותו קשר עקיף לפיריון דרך ההקשר של הולדה הוביל להכרה בנזקיה.⁸⁶ דווקא פסק הדין משנת 2016 הוא חריג, שכן מתן הפיצוי בגין "אובדן הנאה מינית" לא ניתן על אובדן ההנאה, אלא כתחליף לפיצוי על שירותי ליווי שנפסל מאז פסק דין **פלוני נ' מגדל**.

⁷⁹ ת"א (מחוזי מ"ר) 2843-12-07 ע. ה' נ' **רוזנר**, פסי' 35 לפסק הדין של השופט ויצמן (נבו 14.6.2016).

⁸⁰ SAMUEL R. BAGENSTOS, LAW AND THE CONTRADICTIONS OF THE DISABILITY RIGHTS MOVEMENT (2009)

⁸¹ ת"א (מחוזי חי') 252/01 **אגבריה נ' אילן אמיר חברה לבנין בע"מ** (נבו 19.9.2004).

⁸² עניין **פנון**, לעיל ה"ש 75; ת"א (מחוזי י-ם) 6359/04 **אביטן נ' שרותי בריאות כללית** (נבו 29.6.2006)

⁸³ עניין **רוזנר**, לעיל ה"ש 79, בפסי' 35 לפסק הדין של השופט ויצמן.

⁸⁴ כך, למשל, בעניין **אתגר**, לעיל ה"ש 78; עניין **אריקסון**, לעיל ה"ש 76.

⁸⁵ שם.

⁸⁶ עניין **שוכר**, לעיל ה"ש 77.

באותו פסק דין הדיון בנוזקי המין נסב על הצורך בשירותי ליווי, או "שירותי הרפיה" כפי שפסק הדין מכנה אותם, אך פסק הדין, בהסתמך על עניין פלוני נ' מגדל, פסק פיצויי אובדן הנאה תוך הכרה בכך שדווקא פיצוי לא ממוני מאפשר הכרה במכלול הרבדים של הפגיעה.⁸⁷ עוד מעניין לציין בהקשר זה כי בית המשפט הכיר כאן לראשונה בפגיעה המינית כ"מוגבלות מינית".⁸⁸ השימוש בטרמינולוגיה זו מעיד על חלחולה של שפה עדכנית מעולם הזכויות של אנשים עם מוגבלויות.

מבחינת ביקורת המוגבלות, תפיסת המיניות של אנשים עם מוגבלויות באפיק פיצוי זה מאופיינת בהיותה אינדוידואלית במובן זה שהתמקדה בפגיעה הפיזיולוגית והשפעתה על הפרט והתעלמה מהטיות וחסמים חברתיים המצמצמים את האפשרויות הפתוחות בפניו.⁸⁹ עם זאת, כפי שפסק הדין האחרון מדגים, יתרונו של אפיק פיצוי זה שהוא אינו ספציפי ומותיר בידי הפרט מרחב פעולה לגבי דרכי ההתמודדות עם הפגיעה, לרבות צריכת שירותי מין, כאמור, מצד אחד, ומימון טיפול מיני על כל נגזרותיו או רכישת אבזור מותאם, מהצד האחר. גם השימוש האגבי בביטוי "מוגבלות מינית" עשוי להעיד על שינוי תפיסתי ביחס לניזוק – כאדם עם מוגבלות.

לסיכום אפיק פיצוי זה נדגיש כי על אף אופיו הטרגי והאינדוידואלי, חשיבותו היא בכך שסלל את הדרך להכרה בחשיבותם של המיניות והתפקוד המיני. לשיטתנו, עצם קיומם של פיצויים בגין אובדן הנאה מינית מבטא הכרה בכך שגם לאנשים עם מוגבלויות, ובכללם אנשים שנפגעו בתאונות קשות, יש צרכים מיניים וכי על דיני הנזיקין לתת לכך מענה.

ה.3. ענייניות רפואית: פיצוי בגין הוצאות רפואיות

באפריל 1998 הופיעו שתי צורות חדשות של פיצויי מין בדיני הנזיקין בישראל: פיצויים בגין הוצאות רפואיות ופיצויים בגין שירותי מין. הוצאות רפואיות הן אותם פיצויים שבית המשפט פוסק עבור כל טיפול רפואי שהתובעת זקוקה לו לאחר הפגיעה. פיצוי זה הפך לאורך השנים לצורת פיצוי דומיננטית בעלת הטיה מגדרית חזקה, שכן הטיפולים שבהם דובר עסקו בבעיות אינאונות של גברים באמצעות זריקות, כדורים והתערבויות כירורגיות (תותבים). למעשה, אף אישה מעולם לא ביקשה או קיבלה פיצוי כזה. הפיצוי ניתן בתחילה בעיקר לגברים צעירים ובהמשך התרחב לגברים מבוגרים.

הפיצוי בגין הוצאות רפואיות הופיע בפסיקה בסמיכות זמנים לאישורה של גלולת הוויאגרה על ידי רשות התרופות הפדרלית בארה"ב (ה-FDA) חודש לפני כן, במרץ 1998.⁹⁰ באותם פסקי דין ראשונים הפיצוי היה עבור זריקות ותותבים, ולא עבור ויאגרה, שטרם אושרה בעת הגשת התביעות והדיונים בהן. עם זאת, ייתכן שקרבת הזמנים אינה מקרית, אלא מבטאת שינויים כלליים הן בהלך הרוח ביחס למיניות באותה תקופה, כפי שמעידה הופעת פיצויי המין רק זמן קצר קודם לכן (1994), והן בפיתוחים של טכנולוגיות רפואיות שביקשו לתת מענה בתחום. ייתכן גם שהשיח הציבורי על אישור

⁸⁷ עניין רוזנר, לעיל ה"ש 79, בפס' 36 לפסק הדין של השופט ויצמן.

⁸⁸ שם, בפס' 37 לפסק הדין של השופט ויצמן.

⁸⁹ פסיקות כאלה הניחו והדגישו לעיתים קרובות את חוסר יכולתו של התובע לעבוד. ראו למשל עניין אגבריה, לעיל ה"ש 81; עניין פנון, לעיל ה"ש 75.

⁹⁰ *Drug Approval Package*, FDA U.S FOOD & DRUG ADMINISTRATION (Mar. 27, 1998), https://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/NDA/98/viagra/viagra_toc.cfm

התרופה השפיע.⁹¹ פסקי הדין הדנים בפיצוי בגין זריקות ותותבים מהווים עדות למורכבות ולכאב שהיו כרוכים בטיפולים מהדור הישן.⁹² מורכבות וכאב אלה נעלמים בדיונים בגלולות הגברא, בפסקי הדין המאוחרים יותר. לא בכדי כונו גלולות הגברא "המהפכה המינית השנייה" – שכן הן אפשרו לגברים רבים שנתקלו בקשיים בתפקוד המיני לקיים חיי מין כרצונם.⁹³ על האקלים התרבותי סביב הופעתן מעידה כתבה בעיתון "הארץ" לציון עשור להופעתן, שקבעה: "כפי שהגלולה למניעת הריון שיחררה את האישה, שיחררה הוויאגרה את הגבר מהחרדות במיטה".⁹⁴ קביעה זו היא כמובן גורפת ולא מדויקת, אך מעידה כאמור על השינוי שחוללה תרופה זו.

הפיצוי בגין הוצאות רפואיות היה עקבי למדי בין השנים 2002 עד 2010 ומאז ניתן במקרה בודד בשנת 2014 ובשני מקרים בשנת 2018.⁹⁵ נראה שהסיבה לכך שפיצוי זה היה מקובל קשורה קשר הדוק לקלות ההוכחה היחסית שלו: הוצאות רפואיות הוענקו בקלות לגברים עם קשיים בתפקוד מיני בסיסי (כלומר זקפה וחדירה) על בסיס הערכה אנטומית צרה. בהתאם לכך, גם הפסיקה העוסקת בגלולות הגברא היא עניינית ותמציתית ובעיקר מנסה לשערך את מידת השימוש הצפויה בהן לאור הצפי לחיי מין של הנפגע.⁹⁶ מנגד, סוג פיצוי זה לא ניתן מעולם לאישה, שכן הטיפולים שבהם מדובר היו כולם מוכוונים לטיפול באיך-אונות גברית. הניתוח שלנו מראה כי הירידה בפסיקת הוצאות רפואיות קשורה בשינויים בכיסוי הביטוחי של טיפולים אלה על ידי קופות החולים וביטוח בריאות ממלכתי, כמוסבר בהמשך.

הופעת הפיצוי בגין הוצאות רפואיות הביאה עימה גם שינוי בהבנת המיניות של הניזוקים והבנייתה. בעוד פיצוי בגין אובדן הנאה מינית נעוץ מטבעו בהבנה טרגית של נכות כאובדן ופגם, פיצוי בגין הוצאות רפואיות מגלם אופטימיות יחסית בקשר ליכולת לקיים יחסי מין בפן התפקודי-פיזיולוגי. לפיכך, החלטות בית המשפט שפסקו הוצאות רפואיות מסוג זה היו לרוב בעלות אופי רפואי-תפקודי ענייני. כך, ככל שהשימוש בכדורים כגון ויאגרה היה לרווח, גם הטון הפך יותר ענייני שכן דובר, כאמור, בפיצוי נזיקי סטנדרטי, קל להוכחה, הנשען על הערכה רפואית פשוטה. כאשר דובר בזריקות או תותבים בתי המשפט הביעו היסוס והדגישו את המורכבות הכרוכה בטיפולים מסוג זה, ההופכת "כל מגע מיני ללא נעים" עד כדי רמיזה כי לתובע יהיה עדיף בלעדיהם.⁹⁷ לעומת זאת, כאשר דובר בכדורים, הדין השיפוטי היה ממוקד צרכים.

עם הזמן הפכה ההתייחסות למכלול ההוצאות הרפואיות לעניינית ומכוונת צרכים, ועיקר הדין הוקדש למידת הכיסוי הרפואי הביטוחי על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי במסגרת סל התרופות

⁹¹ שי פוגלמן "עשר שנים לויאגרה ולזקיפות גברית" **הארץ** (2.10.2008) <https://www.haaretz.co.il/misc/1.1352550>; ת"א (מחוזי י-ם) 141/95 **אבו חמאד נ' מגדל – חברה לביטוח**, פס' 44 לפסק הדין של השופטת אור (נבו) 10.4.1998. שם, מזכירה השופטת כי קראה בעיתון על חידושים רפואיים בתחום.

⁹² שם, בית המשפט מתאר את הכאב והסבל הכרוכים בקיום יחסי מין תוך שימוש בזריקות.

⁹³ Mor & Pikkel, לעיל ה"ש 2; פוגלמן, לעיל ה"ש 91.

⁹⁴ שם; פורבס "מי תחליף את הוויאגרה?" **גלובס** (17.2.2000) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=190427>.

⁹⁵ בית המשפט פסק לתובע פיצויים בגין שיקום מיני ובגין טיפול תרופתי ייעודי בתחום המיני, ת"א (מחוזי חי') 121/05 **ע.ק. נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב ("הפול")** (נבו) 26.8.2014.

⁹⁶ ראו למשל את החישובים המפורטים של צורכי התובע והזדקקותו לטיפול תרופתי, ת"א (מחוזי י-ם) 7470/05 **מ.ט נ' המגן חברה לביטוח בע"מ** (נבו) 14.11.2011.

⁹⁷ עניין **אבו חמאד**, לעיל ה"ש 91; ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 2686/00 **שי נ' סיגריות לוד בע"מ** (נבו) 16.10.2005.

ועל פי מדיניות קופת החולים שבה חבר הנפגע.⁹⁸ בתחילה, הפיצוי הנזיקי התבקש לכסות את מלוא הסכום. בהמשך, החלו קופות החולים לממן כדורים אלה בצורה וולונטרית, אך חלקית, והפיצוי הנזיקי התבקש על מנת לכסות את הפער בין צורכי התובע למימון של הקופה. עם כניסת הטיפולים הרפואיים הקשורים בתפקוד מיני לסל התרופות ירד הצורך בפיצוי נזיקי, אך הוא עדיין נדרש לעיתים על מנת לחייב את חברת הביטוח לממן את הפער בין צורכי הנפגע למימון הקופה. הקושי בשלב זה היה הוכחת הצרכים מעבר לקבוע בסל הבריאות או מעבר למה שהקופה סיפקה, מה שעשוי להסביר את הפיצוי הלא עקבי לעיתים, בעיקר בעשור השני של שנות האלפיים.⁹⁹ נרחיב על כך בהמשך.¹⁰⁰

הדיון בהוצאות רפואיות אפשר לשופטים לתת מענה לפגיעה בתפקוד המיני ללא קשר לשאלת תכלית הפיצוי, כלומר: בין אם מדובר במין לצורכי רבייה, במין כחלק מקשר ארוך טווח או במין כצורך העומד בפני עצמו. ברוב המקרים הפיצוי ניתן בלא כל התייחסות לסיכויי התובע לקשר כלשהו. במקרים אחרים, צצו ועלו ציפיות והנחות חברתיות באשר למיניות ומוגבלות. כך, באחד המקרים, טענו הנתבעים כי התובע לא יזדקק לכדורים שכן "לא יוכל להביא ילדים לעולם", על כך השיב השופט: "איני מקבל את הטענה כי בהיעדר יכולת להביא ילדים התובע לא יזדקק לשימוש בתרופה זו".¹⁰¹ במקרה אחר, דובר בתובע נשוי ואז הטיפול הרפואי הוצג כאמצעי לשימור קשר הנישואין.¹⁰² למרות השינוי בגישה לפיצוי ולמיניות, הערכת סיכויי הקשר המשיכה להסתמך על עדויות מומחים רפואיים, על אף שהערכה זו אינה עניין של ידע רפואי. כך, בפסק הדין המחוזי בעניין **מגדל הראשון** קבע בית המשפט כי "לדעת המומחים הרפואיים הסיכויים של התובע למצוא בת זוג הינם נמוכים עד קלושים ביותר" וכי הוא "לא יוכל לקשור קשרים משמעותיים וארוכי טווח".¹⁰³

צורה זו של פיצוי מין מצביעה על הקשר בין התפתחויות רפואיות לתפיסות של נכות ומיניות. זאת משום שהטון של פסקי הדין השתנה בהתאם לסוג הטיפול הרפואי שבו דובר. נראה כי הופעתם של הפיצויים בגין הוצאות רפואיות הייתה קשורה קשר הדוק למהפכה המינית שגוללת הוויאגרה הביאה עימה שכן היא הפכה את הפגיעה בתפקוד המיני כתוצאה מתאונה קשה ממצב אבוד למצב בר טיפול. בנוסף, עם הופעת גלולות הגברא הטון והפרקטיקה של בתי המשפט הפכו מכלילים ופתוחים יותר. נראה כי המסר המשחרר של גלולות אלה שיחרר גם את בתי המשפט מהקישור בין מיניות לנישואין ופיריון ואפשר את הרחבת מעגל הנהנים מפיצוי זה גם לטובת גברים מבוגרים, אם כי לא לנשים, כאמור. ועדיין, ההבנה של מוגבלות ומיניות ברוב ההחלטות הללו הייתה מצומצמת בכמה מובנים: היא הועילה לגברים בלבד, התמקדה באנטומיה גברית והתעלמה מההיבטים ההקשריים והרגשיים של המיניות האנושית.

⁹⁸ ראו למשל עניין **מ.ט.**, לעיל ה"ש 96.

⁹⁹ ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 9760-02-11 **פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב (הפול)** (נבו 29.8.2018) (להלן: עניין **המאגר הישראלי 2**); ת"א (מחוזי מר') 22940-03-12 **פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב ("הפול")** (נבו 19.1.2018) (להלן: עניין **המאגר הישראלי 1**).

¹⁰⁰ ראו להלן, פרק ה'.

¹⁰¹ עניין **מ.ט.**, לעיל ה"ש 96.

¹⁰² בעניין **אבו חמאד**, לעיל ה"ש 91, בעמ' 12, העיר בית המשפט כי "אם נכונים דברי התובע שאשתו עלולה לעזוב – לא יהיה עליו כלל להתאמץ ולקיים מגע מיני שאינו מהנה בעבורו ורק גורם לו סבל, שכן עיקר ראש נזק זה הוא התחשבות באשת התובע".

¹⁰³ עניין **מגדל הראשון**, לעיל ה"ש 54.

ה.4. מיניות בבדידות: פיצוי בגין שירותי ליווי

הסיפור הדרמטי ביותר הוא זה של הפיצויים לכיסוי הוצאות הקשורות לשירותי מין וליווי, אותם פיצויים שעמדו בלב עניין פלוני נ' מגדל.¹⁰⁴ פיצויים אלה החלו בשנת 1998 וחדלו בשנת 2006 לאחר מתן פסק הדין התקדימי בעניין פלוני נ' מגדל. את שני פסקי הדין הראשונים שבהם נפסקו פיצויים עבור שירותי מין כתב השופט גבריאל קלינג, שהיה גם הראשון להכיר בפיצויי מין בדיני הנזיקין בישראל על ידי מתן פיצויים בגין אובדן הנאה מינית בשנת 1994.¹⁰⁵ השופט קלינג היה דמות משפיעה באותה תקופה, מומחה בדיני נזיקין, בכיר בלשכת עורכי הדין בישראל ומרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב.¹⁰⁶ ניכר שהשופט קלינג ביקש למלא את החלל בתחום פיצויי המין בדיני הנזיקין בישראל (וייתכן שהיה מושפע מהדין האמריקאי), אולם בעוד פיצויים בגין אובדן הנאה מינית השתלבו בקלות במסגרת הכללית של נזקים לא ספציפיים, כיסוי ההוצאות הקשורות בשירותי מין היה יוצא דופן והתמקם בתפר שבין פיצויים לא מוחשיים (מסוג "כאב וסבל") לפיצויים מוחשיים (הוצאות רפואיות). על אף אופיו השנוי במחלוקת, סוג פיצוי חדש זה הפך אטרקטיבי שכן הוענקו במסגרת אותם שני תיקים ראשונים סכומי פיצוי חריגים שעמדו על שלוש מאות ומאתיים אלף ש"ח. עם זאת, גם סוג פיצוי זה היה ממוגדר, ונשים מעולם לא קיבלו פיצוי מסוג זה.¹⁰⁷

בשש השנים שחלפו מאז שהוכר אפיק פיצוי זה תובעים נוספים זכו בפיצוי בגין שירותי מין ורבים נוספים ביקשו פיצוי כזה, אך המחלוקת סביבו לא שככה. החלטות בתי המשפט אשר נוטות להיות קצרות וענייניות כאשר הן עוסקות בפיצויים הקדישו לפיצוי בגין שירותי ליווי דיונים רחבים יחסית וביטאו שני קשיים: הראשון, האם ראוי מוסרית לפסוק פיצוי שכזה; השני, מה בין שירותי מין לטיפול מיני.¹⁰⁸ הפסיקה מגלה מקרים שאינם מעטים שבהם מי שביקשו פיצוי לכיסוי הוצאות בגין טיפול מיני קיבלו הוצאות לשירותי מין, כפי שהיה גם בפסק הדין המחוזי בעניין פלוני נ' מגדל. הסיבה לבלבול ולטשטוש הגבולות הייתה כניסתם של טיפולי ה"סרוגייט" לתחום הטיפול המיני.¹⁰⁹ מחד גיסא, טיפולים אלה זכו להכרה מקצועית גוברת. מאידך גיסא, הם נתפסו כהפרה בוטה של כללי האתיקה הטיפולית האוסרים על מגע גופני ותוארו כשירותי מין במסווה.¹¹⁰ פסק דין פלוני נ' מגדל סתם את

¹⁰⁴ עניין פלוני נ' מגדל, לעיל הי"ש 1.

¹⁰⁵ ת"א (מחוזי ת"א) 754/93 קרדרור נ' כלל חברה לבטוח בע"מ (נבו) 18.3.1999; ת"א 154/94 קרן נ' עזבון פטולאי (לא פורסם).

¹⁰⁶ ניתן למצוא את קורות חייו המלאים של השופט קלינג: "השופט גבריאל קלינג" אתר השירותים והמידע ההמשלתי <https://judgescv.court.gov.il/ed8484ba-645e-e811-8105-0050568a6817%D7%92%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%90%D7%9C%D7%A7%D7%9C%D7%99%D7%A0%D7%92>.

¹⁰⁷ כך, למשל, נדחתה תביעתה של אישה בשל אי-הוכחת צורך בשירותי ליווי, ת"א (מחוזי חי') 679/98 אייקין נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (נבו) 26.4.2006.

¹⁰⁸ על הקשר ההדוק הנעשה בין סרוגייט לשירותי ליווי, ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 78/94 צ'יבוטארו נ' סהר חברה ישראלית לביטוח בע"מ, פ"מ תשס"א (2) 289 (2002).

¹⁰⁹ טיפול בסרוגייט הוא סוג של טיפול מיני התנהגותי, שבמהלכו המטופלת נעזרת בשירותי בן/בת זוג חליפית/ת כחלק מהטיפול ותחת השגחת מטפלת/מינית מוסמך/ת. להרחבה, ראו: Talli Rosenbaum et al., *Surrogate Partner: Therapy: Ethical Considerations in Sexual Medicine*, 11 THE J. OF SEXUAL MEDICINE 321 (2014).

¹¹⁰ צבי הראל "השיטה התכליתית לניצול מיני" הארץ (18.1.2005) 1.1493970; <https://www.haaretz.co.il/misc/1.1493970>; יערה רשף "די למכבסת המילים: סרוגייט היא זנות לכל דבר" *Ynet* (8.1.2012) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4172703,00.html>.

הגולל על אפיק פיצוי זה כאשר פסק כי הוא נוגד את תקנת הציבור, אך באותה העת, כפי שנראה בהמשך, סלל את הדרך לפיצויים בגין שיקום מיני, אשר החלו לשגשג מיד לאחריו.

ייתכן שבשל אופיו השנוי במחלוקת של הפיצוי על צריכת שירותי מין וליווי, החלטות בית המשפט בעניינו אופיינו בדיונים רחבים ומפורטים יחסית. מעניין להיווכח שהחלטות המוקדמות בנושא דחו את הקושי המוסרי והחברתי הטמון בפיצוי זה בכך שהסבירו כי הן רק מכירות במציאות, ואינן מאשרות או מעודדות אותה.¹¹¹ במקביל, הן העידו על שינוי מסוים בתפיסת המוגבלות והמיניות שכן הכירו בכך שאנשים עם מוגבלויות יכולים לקיים חיי מין, אם כי חיי המין הצפויים להם נתפסו כטרגיים ובודדים והצורך בשירותי מין שימש עדות לכך.

מבחינת השיח על מוגבלות ומיניות החלטות בתי המשפט שעסקו בשירותי ליווי העבירו את הדגש מאנטומיה מינית ליחסי מין; הן לא התמקדו בהיבטים הפיזיים הצרים של המיניות, אלא בהיבטים ההתייחסותיים שלהם, אם כי עדיין לא יכלו לראות את התובעים כבעלי פוטנציאל למערכות יחסים ארוכות טווח. כך, במקרה שעסק בתובע שהיה מעורב בגיל 17 בתאונת אופנוע שהובילה לשיתוק מלא, קבע בית המשפט כי "אין ספק שאין לתובע סיכוי ליצור מערכת יחסים רגילה עם נשים" וכי אם אי פעם יביע צרכים מיניים, יש לספקם לו באמצעות שירותי מין.¹¹²

ההנחה שהתובע לא יוכל לקיים מערכות יחסים רגילות הביאה את בתי המשפט לפסוק פיצויים בגין שירותי ליווי גם כאשר תובע למעשה ביקש שיקום מיני. השיקום המיני, בעיקר בתחילת דרכו, היה שמור רק לבעלי סיכויים חיוביים לחיי משפחה או מערכות יחסים יציבות. פסק הדין של הערכאה הראשונה בעניין **פלוני נ' מגדל** מבטא זאת היטב, כאשר דחה את בקשת התובע לפיצוי בעבור טיפולי סרוגיט בשל "חוסר יכולתו לנהל מערכת יחסים משמעותית לאורך זמן עם אישה"¹¹³ ועל סמך עדויות המומחים הרפואיים שהעריכו שסיכוייו של התובע למצוא בת זוג "נמוכים עד קלושים ביותר".¹¹⁴ למרבה האירוניה, בסופו של דבר ייזכר התובע כמי שרצה בשירות ליווי.

בעוד הפיצוי על אובדן הנאה מינית מסווג תחת הפיצויים הלא ממוניים של כאב וסבל והפיצוי בגין הוצאות רפואיות מסווג תחת פיצויים ממוניים, הפיצוי בעבור שירותי מין וליווי היה מעין יצור כלאיים בין פיצוי ממוני ללא ממוני. מעיד על כך חוסר העקביות בהחלטות בית המשפט אשר לא תמיד דרשו עדות מוצקה לכך שהתובע אכן ישתמש בשירותי מין בעתיד ברמת סבירות גבוהה. באחד המקרים בית המשפט פסק שירותי ליווי תוך שהוא קובע כי "למרות שהתובע לא העיד, נראה סביר להניח שהוא יזדקק לשירות זה".¹¹⁵ במקרה אחר, למרות שעדותו של המומחה לא הזכירה שירותי ליווי, השופט פסק פיצויים כאלה "על מנת שלא להתייחס לתובע בצורה לא הוגנת".¹¹⁶ לעומת זאת, במקרים אחרים, בתי המשפט עמדו על הוכחה מספקת לצורך ולשימוש בפועל בשירותי ליווי.¹¹⁷

¹¹¹ ראו למשל עניין **קדרור**, לעיל ה"ש 105.

¹¹² שם, בפס' 37 לפסק הדין של השופט קלינג.

¹¹³ עניין **פלוני הראשון**, לעיל ה"ש 54.

¹¹⁴ שם, בעמ' 11.

¹¹⁵ ת"א (מחוזי חי') 1269/93 **שרון נ' מזרחי** (נבו 21.7.2002).

¹¹⁶ ת"א (מחוזי י-ם) 1433/96 **מימוני נ' עיריית ירושלים** (נבו 12.1.2005).

¹¹⁷ ת"א (מחוזי ת"א) 569/96 **דהרי נ' נבארו** (נבו 23.2.2003); ת"א (מחוזי י-ם) 6164-04 **מטוס נ' פסקוב** (נבו 24.3.2009).

בשנים הסמוכות לאחר פסילת הפיצוי בגין שירותי ליווי פסקי הדין יישרו קו עם הפסילה וחזרו על אמירתו החד-משמעית של בית המשפט העליון שלפיה פיצוי זה מנוגד לתקנת הציבור עד שהדין בנושא נמוג. כך, עד לעניין **רוזנר** משנת 2016 אשר פסק פיצויים בגין אובדן הנאה מינית תוך אמירה מפורשת ומתן לגיטימציה מלאה לכך שאלה יתנו מענה גם לשימוש בשירותי ליווי. כדברי בית המשפט: "במסגרת הנזק הלא ממוני שנגרם לתובע כתוצאה מהתאונה לקחתי בשיקול הדעת את העובדה כי התובע מנוע מיצירת מערכת זוגית רגילה ונדרש לשכור שירותים מיניים בתשלום מנערת ליווי".¹¹⁸ בית המשפט נדרש לחוות הדעת הרפואית שלפיה על התובע "להוסיף ולקבל שירותים אלה" וקובע בזהירות רבה כי:

"יש לפנינו, לכאורה, מעין "גושפנקא ראייתית" לאותה "הוצאה כספית" בדין ה"שירות המיני" שניתן לתובע, כך שניתן היה לסווג את ההוצאה בכלל רכיבי הנזק הממוני, אלא שבית המשפט העליון [בעניין **פלוני נ' מגדל**] ... הבהיר כי ראוי שפגיעה ביכולת מינית תילקח בשיקול הדעת במסגרת אומדן רכיבי הנזק הלא ממוניים... דווקא סיווג הנזק למסגרת ראשי הנזק הלא ממוניים, הנותנים ביטוי לפגיעה אך נמנעים מדרכי הטבתה, הוא הסיווג ההולם".¹¹⁹

בית המשפט התייחס למחלוקת האפשרית בדבר סיווג הפיצוי, והסביר: "כיוון שמצאתי לשקלל את נזקי התובע באשר למוגבלותו המינית במסגרת הרכיב הלא ממוני... אינני מוצא עצמי נדרש להוסיף ולדוש בסוגיה המוכרת, שכן אם מצאתי לפצות בגין צורך או חסך זה של התובע – מה לי שאלת סיווגו, הכא או התם, במסגרת הנזק הממוני או הלא ממוני? בסופו של יום הדברים הם – היינו הך".¹²⁰ עניין **רוזנר** מגלה, אם כן, שיתכן שסוגיית המימון של שירותי ליווי לא גוועה וכי בתי המשפט לא מוציאים מכלל אפשרות שהפיצוי הלא ממוני ישמש למטרה זו.

ההטיות המגדריות והגיליות בסוג פיצוי זה היו גלויות ומפורשות. הפיצוי ניתן לגברים צעירים ולא זיכה אף אישה למרות ששלוש תובעות ביקשו פיצוי זה ואף הצביעו על ההפליה המגדרית שבבסיסו. שתיים העלו את עניין ההטיה המגדרית ובית המשפט הסכים עימן שאין להפלות בנושא, אך דחה את טענותיהן בשל היעדר תמיכה ראייתית מספקת לגבי שימוש בעבר או בעתיד בשירותי מין, דרישה שלא תמיד עלתה כאשר התובע היה גבר.¹²¹ יתרה מזו, ההחלטות בנושא נשענו על נימוקים המבקשים לגונן על המבקשות מטעמי חשש להיעדר מוכנות נפשית¹²² או להשפעה שלילית אפשרית בשל תחושות "סלידה ושנאה עצמית" בעקבות יחסי מין ללא קשר רגשי.¹²³ חששות אלה לא הופנו כלפי גברים תובעים. רק במקרה אחד פוצה גבר שגילו מעל 30. נתונים אלה מראים שוב כיצד הגיון הבסיס של פיצוי המין נוטה לרעת נשים וגם כנגד אנשים מבוגרים, אם כי במידה פחותה.

¹¹⁸ עניין **רוזנר**, לעיל הי"ש 79.

¹¹⁹ שם.

¹²⁰ שם.

¹²¹ ת"א (מחוזי חי') 709/93 **מזרחי נ' אריה חב' לביטוח בע"מ** (נבו) 29.8.1999; עניין **אייקין**, לעיל הי"ש 107; ת"א 1686/96 **אברהם נ' בית חולים "בית רפואה מעיני הישועה"** (נבו) 27.7.2006.

¹²² עניין **מזרחי**, לעיל הי"ש 121.

¹²³ עניין **אייקין**, לעיל הי"ש 107.

פיצויים בגין שירותי מין וליווי ביטאו אפוא שלב חדש במתן פיצויי מין: בצידם החיובי, הם הכירו בצורך בפורקן מיני ואפשרו לגברים צעירים לעסוק בפעילות מינית שאינה מוכוונת פרוץ. בצידם השלילי, הם הניחו את חוסר יכולתם לקיים מערכות יחסים ארוכות טווח. במבט על נראה כי האיסור על שירותי מין וליווי סלל את הדרך לדומיננטיות של הפיצוי בגין שיקום מיני, אך בה בעת תרם לירידה הכוללת בפיצויי המין.

ה.5. יחסים ואינטימיות: פיצוי בגין שיקום מיני

הפיצוי בגין שיקום מיני הוא הסוג האחרון של פיצויי מין שזיהינו בפסיקה הישראלית.¹²⁴ הוא הופיע לראשונה בשנת 2000, הפך בהדרגה לדומיננטי ולבסוף, לאחר פסק דיון פלוני נ' מגדל, הפך לצורה השלטת של פיצויי מין במשפט הישראלי, אם כי השימוש בו הלך ופחת, ככל סוגי פיצויי המין. גם לאחר שנת 2007, כאשר פיצויי המין התמעטו, אותן החלטות אשר פסקו פיצויי מין לתובעים נועדו בעיקר לשיקום מיני, אם כי היו מלוות לא פעם בפיצוי נוסף – בעיקר בגין הוצאות רפואיות (טיפול תרופתי) ולעיתים בשל אובדן הנאה מינית.¹²⁵ פסיקת הפיצוי עבור שיקום מיני הייתה עקבית לאורך השנים 2007 עד 2015 ולאחר הפסקה קלה חזרה בשנת 2018 והמשיכה עד לשנת 2020, סוף תקופת המחקר. קריאת פסקי הדין מגלה מעבר הדרגתי אך מהותי מגישה טרגית וצרה למוגבלות ומיניות לגישה מתקדמת יותר הן למוגבלות והן למיניות. התפתחות זו הייתה כרוכה גם במעבר לגישה מקיפה ומכלילה יותר מבחינת גיל ומגדר, כולל כמה מקרים שבהם נשים קיבלו פיצוי מסוג זה וכן מספר הולך וגדל של גברים מעל גיל 30.

הפיצוי בגין שיקום מיני הוא תת־ענף של פיצוי ממוני המסתעף מהפיצוי בגין הוצאות רפואיות. בחרנו להפריד בין השניים בשל השוני בסוג הטיפול שבו דובר. טיפול רפואי, שנזכר לעיל, עניינו מתן מענה להיבטים הפיזיולוגיים של תפקוד מיני, ואילו טיפול מיני שיקומי כולל צורות שונות של טיפולים שמטרתם לשפר את התפקוד המיני הכולל של האדם (הרגשי, הפיזי והחברתי), כולל טיפולי סרוגייט ושימוש בטכנולוגיות מסייעות.

פסקי הדין המוקדמים שבהם נדונה אפשרות הפיצוי בגין הוצאות הקשורות בשיקום מיני ביטאו תפיסה רפואית פיזיולוגית צרה של תפקוד מיני והסתמכו בעיקר על חוות דעת רפואיות. במקרים אלה הפיצוי יועד לתובעים גברים, המטרה הייתה פוריות, ובתי המשפט דרשו מערכות יחסים יציבות כתנאי מוקדם לשיקום מיני. כך, בהחלטה הראשונה שבה ניתן פיצוי בגין שיקום מיני תואר התובע כמי ש"תימנע ממנו כל תחושה מענגת, ויכולתו להפרות בת זוג עתידית מוטלת בספק רב" ושיקום מיני תואר כהליך של "הפקת זרע לצרכי פוריות".¹²⁶ הבנה מוקדמת זו של שיקום מיני הביאה את בתי המשפט לדחות תביעות רבות בגין נזקים כאלה, לרוב ללא פירוט רב. באחרות, נראה שבתי המשפט בלבלו בין שיקום מיני לבין שירותי מין. בצד אותם מקרים שבהם בתי המשפט פסקו פיצויים בגין שירותי ליווי

¹²⁴ ת"א (מחוזי חי') 1845/94 פורמן נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב (הפול) (נבו 8.11.2000).

¹²⁵ ראו למשל עניין שוכר, לעיל ה"ש 77; עניין המאגר הישראלי 1, לעיל ה"ש 99; עניין המאגר הישראלי 2, לעיל ה"ש 99.

¹²⁶ עניין פורמן, לעיל ה"ש 124.

במקום שיקום מיני, אותו ביקשו התובעים,¹²⁷ היו מקרים שבהם נראה שבית המשפט פסק לתובע טיפול של סרוגייט כשהמטרה ברקע היא לספק לו שירותי מין.¹²⁸ ועדיין, החלטות אלה מגלמות שינוי תפיסתי שכן בשיקום טמונות האפשרות והתקווה להשאת תפקודו המיני של האדם.

עם הזמן הפיצוי בגין שיקום מיני עבר שינוי תפיסתי. ראשית, הפיצוי הפך לשגרת, בדומה להוצאות רפואיות אחרות, והדיון בו התמצה בשאלת הוכחת הצורך בטיפולים מסוג זה ובמימנם לאור הכיסוי הביטוחי הקיים.¹²⁹ מגמה זו התחזקה מאוד עם השנים עד שלזמן מה פסקי הדין שיקפו תפיסה שלפיה עצם קיומו של כיסוי ביטוחי מהקופה מייתר את התביעה לפיצוי. בשנים האחרונות ניכר שבתי המשפט חזרו לפצות בגין שיקום מיני, מתוך הבנה שביטוח הבריאות אינו מכסה את מכלול הצרכים, כפי שנפרט בהמשך.¹³⁰

שנית, תפיסת המיניות של מי שהפכו לנכים לאחר הפגיעה השתנתה. השיח המאפיין את ההחלטות בעניין שיקום מיני הפך ברובו מטרגי לענייני, מבוסס צרכים, בדומה לפסיקת הפיצויים בגין הוצאות רפואיות. כך, מתואר הפיצוי בגין שיקום מיני כמכסה "תרופות וטיפולים שנועדו לשפר את תפקודו המיני של המבוטח".¹³¹ בנוסף, הוא הציג הבנה חדשה ודינמית של מיניות לאחר פגיעה שלפיה טמונה בשיקום המיני האפשרות לשיפור המיניות, להבדיל מאובדן הנאה מינית. עוד ניכר בפסיקה מעבר משיח מוכוון פוריות לשיח מוכוון יחסים, המכיר בחשיבות השיקום המיני לקיומה של אינטימיות זוגית ואינו רואה בו אמצעי לשיפור התפקוד המיני הפיזיולוגי בלבד.¹³²

שלישית, ניכר שינוי בידע המקצועי שעליו הסתמך בית המשפט: מידע רפואי לצורות אחרות של ידע טיפולי; מחוות דעת רפואיות למומחי שיקום וטיפול מיני.¹³³ אם בתחילה המיניות נתפסה כעניין אנטומי-פיזיולוגי הקשור בתפקוד המיני הבסיסי לצורכי פריון אשר הידע הרלוונטי לצורך פיצוי בגינו היו ידע רפואי אורולוגי, הרי שעם השינויים בתפיסת המיניות כצורך אנושי והתרחבות ההבנה של התפקוד המיני כסוגיה של יחסים ואינטימיות הפך הידע הטיפולי והשיקומי לדומיננטי בשאלת סוג והיקף הפיצוי הראוי. למעשה, נראה שכניסת המומחים השיקומיים היא זו שהובילה להתרחבות תפיסת המיניות בפסיקה. כך, ניתן לראות שבאותם מקרים שבהם העידו מומחים שיקומיים, סיכויי הפיצוי בתחום השיקום המיני היו גבוהים יותר.¹³⁴

¹²⁷ עניין קדרור, לעיל ה"ש 105; עניין מגדל הראשון, לעיל ה"ש 54.
¹²⁸ עניין צ'יבוטארו, לעיל ה"ש 108, בעמ' 316, באותו מקרה בית המשפט נימק כי "משהביע התובע את רצונו לקיים יחסי מין, יש לאפשר לו זאת". אך "מובן שבשל מוגבלתו המוטורית הקשה יש לספק לו את שירותי המין באמצעות סרוגייט מיומנת...".

¹²⁹ ת"א (מחוזי ת"א) 1273/00 ארג'י נ' קופת חולים כללית שירותי בריאות כללית (נבו) 13.8.2006.

¹³⁰ ראו להלן, פרק ה'.

¹³¹ ת"א (מחוזי י-ם) 3198/01 פלוני (קטין) נ' עיריית ירושלים (נבו) 12.5.2008.

¹³² עניין מ.ט., לעיל ה"ש 96; ת"א (מחוזי חי') 54745-12-11 פלונית נ' פלונית (בתה של) (נבו) 5.11.2020.

¹³³ עניין ע.ק., לעיל ה"ש 95. שינוי זה תואם לשינוי רחב יותר בפרקטיקה הנוזקית של גידול במספר מומחי השיקום הלוקחים חלק בהתדיינות המשפטית. כך, באותו מקרה, נקבע הפיצוי על בסיס חוות הדעת של מומחי שיקום מתחומים רבים, כולל פיזיותרפיה, הידרותרפיה, טיפול בדיבור ורכיבה טיפולית על סוסים.

¹³⁴ השוו לת"א (מחוזי מר') 53580-05-12 פלוני (קטין) נ' שירותי בריאות כללית (נבו) 15.3.2018, שם המומחה השיקומי הביא להכרה בצורך בשיקום מיני, עם ת"א (מחוזי חי') 25450-12-11 ע.ב.נ' ג'מל (נבו) 12.11.2018, שם חוות הדעת הרפואית של האורולוג לא שכנעה את בית המשפט בצורך בשיקום מיני.

רביעית, אפשרויות הטיפול התרחבו ותוארו כמפגשי הערכה, הדרכה והכוונה.¹³⁵ בתחילה, נתפס השיקום המיני כטיפול מכוון פריון וניתן במטרה לאפשר לנפגעים צעירים להוליד ילדים, אך עם הזמן סוגי הטיפול שניתן היה לקבל פיצוי בגינם הלכו והתרחבו. שינוי זה התרחש במקביל להכללתן של נשים במעגל המפוצים. כך, למשל, פסק הדין הראשון שבו הוענקו פיצויי מין לאישה היה גם הראשון שנתן פיצוי עבור "רצף מפגשי טיפול להדרכה והכוונה".¹³⁶ בשנת 2018 נפסק לתובע שנפגע מרשלנות רפואית בלידתו פיצוי בגין רצף טיפולים, כולל טיפול בסרוגייט. בית המשפט ציטט מדברי המומחה השיקומי, לפיו "הקטין ייזקק לתהליך טיפולי שיסייע לו לגבש מיומנויות חברתיות, זוגיות ואינטימיות, לרבות חינוך מיני והדרכת הורים. תהליך זה חייב להיעשות בליווי מטפל מיני מוסמך, לרבות טיפול סרוגייט".¹³⁷ התנגדות המומחה האורולוג נדחתה לאחר שאישר בחקירתו הנגדית כי הוא חסר מומחיות בתחום השיקום המיני.

שתי החלטות מאוחרות יחסית הרחיבו את פיצויי המין לתחומי האבזור והטכנולוגיה המסייעת. החלטות אלה מדגימות ביתר שאת את הקשר שבין תפיסת המיניות והמוגבלות לתפיסת הפיצוי בהכירן בחשיבותה של האינטימיות הזוגית. באחת דובר ברכישת כיסא ייעודי לשימוש בעת יחסי מין עבור תובע גבר בן 55.¹³⁸ בשנייה דובר ברכישת מיטה זוגית מותאמת עבור תובעת, אישה בת 35, בכדי להחזיר את האינטימיות עם בן זוגה לו היא נשואה.¹³⁹ במקרה האחרון דחה השופט את המלצת המומחה למיטת יחיד והסביר כי "חוות הדעת נותנת מענה רק לצרכים הפיזיים של התובעת". השופט תהה מדוע צריך "להפריד את התובעת ובעלה בחדר השינה שלהם בשל התאונה ומדוע יש להגלות את בעלה של התובעת ממנה עד סוף חייהם המשותפים... זה בלתי נתפס... אלה צרכים אנושיים טריוויאליים של זוג".¹⁴⁰ בכך ביטא השופט גישה מתקדמת לאינטימיות ומיניות ודחייה של סטנדרטים רפואיים או פיזיולוגיים צרים בפיצוי הנזיקי. הגישה החיובית לחיים עם מוגבלות לאחר תאונה מתבטאת בציטוט מפיה של התובעת, לפיו היא "רק רוצה להיות בבית ולשמוח מהחיים האלה".¹⁴¹

חלק מפסקי הדין המאוחרים משקפים שינוי בתפיסת המוגבלות, המתבטא ביחס חיובי ואופטימי לחיים עם מוגבלות ולאפשרויות שיקום החיים גם לאחר פגיעה קשה וכן בהכרה במכשולים החברתיים המשפיעים על חוויית המוגבלות.¹⁴² שינוי זה אותר בדיונים הנוגעים לתעסוקה ולדרגת הנכות התפקודית של הנפגע. במקרה אחד צוטט המומחה השיקומי בתחום התעסוקה כמסביר כי "נכותו של התובע כשלעצמה אינה מונעת השתלבות בשוק העבודה הפתוח אם כי אפשרויות העסקה

¹³⁵ ת"א (מחוזי חי') 1548/98 גורודצקי נ' עילית חברה לביטוח בע"מ (נבו 7.9.2008).

¹³⁶ שם; ראו גם ת"א (מחוזי י-ם) 7233/05 שמיר נ' אורנבוך (נבו 7.1.2009).

¹³⁷ עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 134, בעמ' 39–40.

¹³⁸ עניין ע.ק., לעיל ה"ש 95, שם הפיצוי ניתן לגבר בן 55.

¹³⁹ עניין מ.ט., לעיל ה"ש 96.

¹⁴⁰ שם.

¹⁴¹ שם.

¹⁴² שינוי זה ניכר גם באותם פסקי דין שבהם לא ניתן פיצוי בגין הפגיעה בתפקוד המיני, אך לרוב היה זה לא משום שצורכי הנפגעים בשיקום מיני נדחו, אלא בשל ההנחה, השגויה לעיתים, כפי שנראה בהמשך (ראו להלן, פרק ה'), כי הם מכוסים על ידי קופות החולים.

פחתו בצורה ניכרת נוכח מגבלותיו ויחס החברה".¹⁴³ אזכור יחס החברה כחלק ממכלול הסיבות לאי-תעסוקה של אנשים עם מוגבלויות אינו נפוץ בפסקי הדין שקראנו. במקרה אחר, בית המשפט הדגיש את עצמאותו של התובע בביצוע פעולות יום יום אך דחה את טענת הנתבעות להפחתת הנכות התפקודית וקבע כי "יש לשמוח כי התובע יודע להעסיק עצמו בזמנו הפנוי ולא לשקוע במרה שחורה".¹⁴⁴ במקרה אחר בית המשפט שיבח את התובע על שלא נכנע ל"גזירת הגורל" ו"פעל כנגד כל אינטרס כספי שבמשפט כאשר פעל בכל דרך אפשרית לשקם את יכולותיו התפקודיות".¹⁴⁵ בפסקי דין אחרים ניתן למצוא התבטאויות כלליות של הנפגעות ביחס לחייהן אחרי התאונה, בהן התובעות שצוטטה לעיל כמי ש"רק רוצה להיות בבית ולשמוח מהחיים האלה",¹⁴⁶ או תובעת אחרת שתוארה כמי ש"מנסה לחיות את חיה בצורה נורמאלית ככל האפשר, לשמור על בריאותה הנפשית ולא להיכנע לנכותה הקשה".¹⁴⁷ בית המשפט קובע כי לא נותר לו "אלא לכבד את האופן בו מתמודדת התובעת עם הצרה הגדולה שפקדה אותה, ולכמת את נזקיה באופן המיטבי".¹⁴⁸ עם הזמן, אם כן, הפיצויים בגין שיקום מיני עברו לבטא הבנה רחבה יותר של מיניות – מפריין לאינטימיות, וגישה מתקדמת יותר לפיצויי מין – מטרגדיה ואובדן לשיקום ושיפור. עם זאת, הם לא ביטאו הכרה במיניות בפני עצמה, כצורך אנושי ומקור של עונג ללא תלות בחיי זוגיות ארוכת טווח או נישואין. בנוסף, ההכללה הגוברת של נשים ואנשים מבוגרים תרמה להרחבת השיקום המיני לתחומי ההדרכה, הייעוץ, האינטימיות והציוד המסייע. מבחינת תפיסת המוגבלות, פסקי הדין האחרונים, בהם צוטטו התובעות כמי שרק רוצות להיות מאושרות – לשמוח ולחיות חיים נורמליים – מציגים גישה חיובית למוגבלות שכן מאפשרת לדמיין אושר עם הנכות לעומת הנחת הסבל שאפיינה פסיקה רבה עד כה.

בפרק זה הצגנו את השינויים שעברה פסיקת הפיצויים בגין פגיעה בתפקוד מיני לאורך השנים. הראינו שעד פסק הדין בעניין **פלוני נ' מגדל** הייתה עלייה בפיצוי, וכי מאז מתן פסק הדין נרשמה ירידה בפסיקת פיצויי המין, כולל בפסיקת הפיצוי בגין שיקום מיני. עוד הראינו כי דפוסי הפיצוי השתנו בין סוגי הפיצוי השונים. לאחר **פלוני נ' מגדל** חלה ירידה דרמטית בשלושה מבין סוגי פיצויי המין שפירטנו (אובדן הנאה מינית, הוצאות רפואיות ושירותי ליווי), ואילו פסיקת הפיצויים עבור שיקום מיני נותרה דינמית.

המתודולוגיה המעורבת בבסיס המחקר, הכוללת ניתוח כמותני לצד קריאה איכותנית של פסקי הדין, סייעה לנו לעמוד על קנקנה של הירידה הכללית בפיצויי המין: שעה שהתבוננות בנתונים המספריים בלבד עשויה ללמד על דעיכה בחשיבותו של הפיצוי המיני וירידה ממשית בפסיקתו, קריאה מעמיקה של פסקי הדין אפשרה לנו לזהות את המניעים והנימוקים העומדים בבסיס הדיון בתביעות לפיצויי מיני, בקבלתן או בדחייתן, ובבסיס דפוסי הפיצוי המשתנים. בפרק זה הדגשנו את השינויים הכמותיים והדיסקורסיביים. בפרק הבא נתמקד בתהליך הנורמליזציה והמיסוד של הטיפול המיני

¹⁴³ עניין **המאגר הישראלי 1**, לעיל ה"ש 99.

¹⁴⁴ ת"א (מחוזי חי') 3380-01-17 **פלוני נ' ע.מ.א. יזמות ובנייה בע"מ** (נבו 23.12.2019) (להלן: עניין **ע.מ.א. יזמות**).

¹⁴⁵ ת"א (מחוזי ת"א) 47264-03-12 **ט. ש. נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב "הפול"** (נבו 2.5.2019).

¹⁴⁶ עניין **מ.ט.**, לעיל ה"ש 96.

¹⁴⁷ עניין **פלונית (בתה של)**, לעיל ה"ש 132.

¹⁴⁸ שם.

במסגרת מערכת הבריאות והשפעתם על הירידה בפסיקת פיצויי המין ונבחן כיצד באו לידי ביטוי בפסקי הדין שבמחקר זה.

1. מפיצוי למיסוד ומעבר

שאלת היחסים בין דיני הפיצויים בנוזיקין לבין היקף הכיסוי הביטוחי במסגרת סל הבריאות ושירותי הבריאות הניתנים על ידי קופות החולים לא זכתה לתשומת לב מחקרית מספקת עד כה.¹⁴⁹ פרק זה מבקש לעמוד על חשיבותה של סוגיה זו. קריאה קרובה של פסקי הדין הכלולים במחקרנו העלתה שאחד הגורמים המרכזיים המשפיעים על מגמות הפיצוי הוא מידת הכללתם של הטיפולים השונים הקשורים בפגיעה בתפקוד מיני במסגרת סל הבריאות על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי¹⁵⁰ והיקף מימונם על ידי קופות החולים. בתמצית, הרחבת הכיסוי הביטוחי לטיפול ושיקום מיני הקלה את הגישה לטיפולים אלה לציבור הרחב, אך הקשתה על תובעים ותובעות שצורכיהם עולים מעבר למה שמסופק על ידי קופות החולים.

על פי הדוקטרינות הנוזיקיות המקובלות בישראל ישנו קשר ישיר בין שיעור הפיצוי הנוזיקי להיקף הכיסוי הביטוחי: כאשר תובעת זוכה בתביעת נזיקין ומוכיחה שהיא זקוקה לטיפול או שירות רפואי מסוים, היא תפוצה בגין צורך זה במסגרת הפיצוי בגין הוצאות רפואיות רק אם אינו מסופק על ידי קופת החולים. אם השירות מסופק על ידי קופת החולים, הרי שלא יינתן בגינו פיצוי.¹⁵¹ כיסוי השירות על ידי קופת החולים יכול להיות וולונטרי, מתוך הכרה של הקופה בצורך בו, ויכול להיות ממלכתי, דרך הכללת אותו שירות בסל הבריאות המכתיב לקופה את סוגי הטיפולים והתרופות שעליה לספק.

תהליך מיסוד הטיפול מתרחש לדידנו עם הכללתו של שירות רפואי מסוים במסגרת הכיסוי הביטוחי הוולונטרי של הקופה. המיסוד הוא מלא עם ההכרה בו במסגרת הרפואה הציבורית כחלק מהטיפול הרפואי הבסיסי שכל אדם זכאי לו בעת הצורך, כלומר עם כניסת הטיפול או השירות לסל הבריאות. לתהליך זה חשיבות רבה בהרחיבו את הנגישות והזמינות של הטיפול הרפואי במסגרת מערכת הבריאות הציבורית לכל מי שזקוקה לכך, בין אם בשל אירוע נזיקי, תקיפה מינית, מחלה או כל סיבה אחרת. עם זאת, גם לאחר כניסת הטיפול לסל, נותרות שאלות פתוחות בדבר היקף הזכויות, המינון והמימון אשר נתונים לשיקול דעת קופות החולים שיכולות לקצוב את הטיפול או להרחיבו במסגרת שירותי בריאות נוספים (שב"ן).¹⁵²

¹⁴⁹ ראו, למשל, נילי קרקוריאיל ורון ורד "פיצוי גלובלי לניזוק בגין הוצאות רפואיות (בעקבות ע"א 6431/96 בר זאב נ' מוחמד)" המשפט ז' 485 (2002), לדיון בנושא פסיקת הוצאות רפואיות בעידן שלאחר חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד–1994, ס"ח 1469 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי) והפרשנות שניתנה לכך על ידי בתי המשפט בשנים הראשונות לאחר חקיקתו; עמוס הרמן **דיני נזיקין** 402–403 (מהדורה שנייה 2020).

¹⁵⁰ חוק ביטוח בריאות ממלכתי.

¹⁵¹ הרמן **דיני נזיקין**, לעיל ה"ש 149.

¹⁵² בעניין היחס בין הסל הבסיסי לשירותי בריאות נוספים (שב"ן), ראו למשל "שירותי בריאות נוספים – שב"ן" **משרד**

הבריאות

<https://www.health.gov.il/Subjects/UninsuredRights/HealthInsuranceLawRights/shaban/Pages/default.asp>

בענייננו, מאז שנות האלפיים החלו קופות החולים לכסות טיפולים רפואיים ושיקום מיני באופן וולונטרי, כיסוי שהלך והתרחב ככל הנראה עם ההתפתחויות בתחום הטיפול המיני, העלייה בדרישה לטיפול זה וכן השינויים התפיסתיים ביחס למיניות ולטיפול מיני שהובילו להכרה בחשיבות הטיפול והשיקום המיני. תהליך המיסוד הושפע מכמה שינויים במדיניות הספקת שירותי הבריאות בישראל הקשורים הן בהכרה ובמימון של הטיפול המיני והן בחלוקת האחריות בין קופות החולים לחברות הביטוח. עיקר המיסוד התרחש עם שילובם ההדרגתי של טיפולים ותרופות לשיפור התפקוד המיני בסל התרופות ובביטוחי השב"ן,¹⁵³ אשר הביא להפחתת הצורך בפיצוי הנזיקי לאור המימון הממלכתי. אך השינוי הושפע גם מחקיקת חוק ההתייעלות הכלכלית משנת 2009¹⁵⁴ אשר העביר את הטיפול בנפגעי תאונות דרכים מחברות הביטוח אל קופות החולים. המעבר לקופות החולים השפיע באופן ממשי על פסיקת הפיצוי בגין טיפולים רפואיים ופרא-רפואיים, שכן הוא הגביל את מחויבות חברת הביטוח למימון אך ורק אותם טיפולים שאינם מסופקים על ידי קופות החולים. משעה שטיפולים לשיפור התפקוד המיני החלו להיכנס בהדרגה לקופות ולסל התרופות, הרי שביחד עם הוראות חוק ההתייעלות נוצרה ירידה משמעותית בפסיקת פיצויי מין בעשור השני של המאה ה-21. לגורמי שינוי אלה התווספה הרפורמה בבריאות הנפש משנת 2012¹⁵⁵ משהוכנס תחום בריאות הנפש לתוך סל השירותים המוצע על ידי קופות החולים, הוא השפיע גם על התרחבות הטיפול והיעוץ המיני הניתנים על ידן.

תהליך המיסוד המתואר לעיל קיבל ביטוי פסיקטי בהחלטות שאותן קראנו לצורך מחקר זה. כך, פסקי הדין המוקדמים פסקו לתובעים פיצוי עבור טיפולים רפואיים מסוג כדורים וזריקות לטיפול באי-אונות, מכיוון שאלה לא ניתנו במסגרת שירותי הבריאות וקופות החולים.¹⁵⁶ פסקי דין מאוחרים יותר מהעשור הראשון של שנות ה-2000 התייחסו להיצע ולהיקף של הטיפולים הקיימים בקופת החולים ולקשר בינם לבין חובת הפיצוי המוטלת על הנתבע בנזיקין, שמתחילה הלכה למעשה היכן שהמימון הציבורי מסתיים.¹⁵⁷ ככל שתהליך המיסוד הלך והתקדם, תפסו שאלות היקף הטיפול ואופן קבלתו את מקומן של השאלות הקודמות בדבר חשיבותו או נחיצותו של השיקום המיני. כניסת הטיפולים בגין פגיעה בתפקוד מיני, הן בפן הפיזיולוגי והן בפן הנפשי, לגדרי סל הבריאות וקופות החולים הפכו טיפולים אלה לזמינים יותר לכלל הציבור, הפחיתו את הצורך בבקשת פיצוי בגינם ופגעו בנכונות בתי המשפט לפצות בגינם. למעשה, בתי המשפט החלו לדחות תביעות בנושא ולהפנות את התובעים למיצוי זכויותיהם מול קופות החולים.

כך, למשל, בפסק הדין בעניין **ע.מ.מ. נ' ע.מ.ר**¹⁵⁸ משנת 2013 נאמר כי "באשר לטיפול הנפשי והמיני, אין מקום לפסוק לתובע כל פיצוי נוסף על זכאותו לקבלת טיפולים אלו מאת קופת החולים

¹⁵³ חוק ביטוח בריאות ממלכתי; חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 1/15 "הרחבת סל שירות הבריאות לשנת 2015" (15.1.2015);
צו ביטוח בריאות ממלכתי (תרופות בסל שירותי הבריאות) (תיקון), התשע"ו-2015, ק"ת 7574.

¹⁵⁴ חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009, ס"ח 2203 (להלן: חוק ההתייעלות הכלכלית).

¹⁵⁵ צו ביטוח בריאות ממלכתי (שינוי התוספות השנייה והשלישית לחוק), התשע"ב-2012, ק"ת 7154.

¹⁵⁶ עניין **ג'מל**, לעיל ה"ש 134; ת"א (מחוזי חי') 872/95 **פוליטי נ' נחושטן בע"מ** (נבו 5.8.1998).

¹⁵⁷ ת"א (מחוזי חי') 787/99 **כץ נ' עיריית הרצליה**, 95 (נבו 1.1.2007): "בעיקרו של דבר, יכול התובע לקבל את הטיפולים הפארארפואיים וכן הפסיכולוגיים שהוא נזקק להם... במסגרת קופת החולים והרפואה הציבורית בהתאם לחוק ביטוח בריאות ממלכתי".

¹⁵⁸ ת"א (מחוזי חי') 16951-04-10 **ע.מ.מ. נ' ע.מ.ר** (נבו 31.12.2013).

אליה הוא משתייך, ומכוח התוספת השנייה של חוק ביטוח בריאות (ראו סעיף 22(ד) של התוספת השנייה לעניין טיפול נפשי, וכן סעיף 14(ה)(4) לתוספת השנייה בקשר לטיפול המיני)¹⁵⁹. בעניין ע.מ.א. יזמות¹⁶⁰ נקבעו לתובע אחוזי נכות בגין פגיעה בתפקוד המיני ולא הוטל ספק בנחיצות השיקום המיני, אך הדרישה לפיצוי נדחתה ונקבע כי "שוכנעתי כי טיפול בהפרעות בתפקוד המיני ניתן לקבל במסגרת קופת חולים, כמצוין בסעיף 14(ה)(4) לתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994"¹⁶¹. מיסוד השיקום המיני והכנסתו בגדר הטיפול הרפואי השגרתי הזמין במדינה הקלו על קבלתו מחד גיסא, אך הקשו על תובעים בנוזיקין מאידך גיסא. ראשית, נראה כי בתי המשפט נטו לפעול עתה תחת ההנחה המובנית כי הטיפול הכרוך בסל הבריאות מספק מענה מלא לצורכי התובעים. כך, למשל, בעניין ג'מל¹⁶² נדחתה בקשתו של תובע בעל אחוזי נכות ניכרים בתחום התפקוד המיני לקבלת מגוון רחב של אמצעים לשיקום לרבות תרופות, זריקות וטיפול נפשי. בית המשפט קבע כי "לא הובאה כל ראיה לכך שהטיפול התרופתי הכרוך בשיקומו המיני של התובע, אינו מכוסה על ידי סל הבריאות. דומה כי הכדורים והזריקות אליהם הפנה ד"ר אברנאל ממומנים על ידי קופת החולים, ומשכך אין מקום לפצות את התובע בגינם. לגבי יתר הטיפולים, ספק אם הם נדרשים במצבו של התובע, לא כל שכן שספק רב בעיני אם יש צורך בכל מגוון הטיפולים יחד"¹⁶³.

לטענתנו, הנחת העבודה של בתי המשפט שלפיה האפשרות לקבל טיפול בקופת החולים מייטרת את הצורך בפיצוי נזיקי לאחר הכללתו בסל הבריאות פוגעת ביכולתם של נזוקים לקבל את מלוא הפיצוי לו הם זקוקים. זאת משום שהכללתו של הטיפול בסל אינה מוחלטת, אלא כפופה, ככל טיפול, למגבלות היקף. במקרים שבהם נפגע נזקק לשיקום מיני בהיקפים העולים על הכלול בסל נוצר קושי ממשי. היצמדות בתי המשפט לחוק ביטוח בריאות ממלכתי מקשה על קבלת פיצוי מלא התואם לצרכים הכרוך בביסוס הטענה כי לנפגע ישנו צורך בטיפולים שמעבר למימון הציבורי. על בתי המשפט לבחון, אם כן, את הפער בין הכיסוי לצרכים הממשיים של התובע או התובעת.¹⁶⁴

מחקרנו מראה כי במקרים שבהם מבוססת הדרישה למימון הטיפול העודף על חוות דעת מתאימה, הניתנת על ידי מומחה שיקומי, בתי המשפט נוטים לקבלה ולזכות את התובעת בפיצוי מותאם צרכים. כך, בעניין **שירותי בריאות כללית**, שם נדונו בהרחבה צרכיו השיקומיים של קטין עם מוגבלות גופנית קשה, קבע בית המשפט כי "למעשה אין מחלוקת בין המומחים מטעם הצדדים כי הקטין יזקק לטיפול ושיקום מיני שאינו כלול בסל הבריאות... בהתחשב במכלול השיקולים לרבות

¹⁵⁹ שם.

¹⁶⁰ עניין ע.מ.א. יזמות, לעיל ה"ש 144.

¹⁶¹ שם.

¹⁶² עניין ג'מל, לעיל ה"ש 134.

¹⁶³ ראו, למשל, ת"א (מחוזי מ"י) 10-08-23708 פלוני נ' מדינת ישראל משרד הבריאות, 59 (נבו 17.9.2018), שם נאמר כי "אם וככל שידרש התובע לפניה למרפאה לשיקום מיני, ולא נראה כי התובע פנה בעניין זה עד כה, ההוצאות תכוסנה על ידי קופת החולים ואין מקום להוסיף ולפסוק פיצוי ברכיב זה".

¹⁶⁴ שם; ראו דברי בית המשפט בעניין ת"א (מחוזי נצ') 13-12-41126 פלוני נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (נבו 8.4.2018): "בעניינינו התובעת מעולם לא פנתה למיצוי זכויותיה הנ"ל, ואף לא הובאו ראיות כי פנתה למוסד לביטוח לאומי או לקופת חולים לקבלת טיפול רפואי והיא סורבה, כן האמור הוא ביחס לבעלה של התובעת באשר לטיפולים שלפי חוק בריאות ממלכתי - שיקום וטיפול פסיכולוגי מצויים בסל שירותי הבריאות (ראו לעניין זה סעיף 6(א)(5) לחוק הנ"ל, וכן סעיף 22(ד) לתוספת הראשונה לחוק) ואף טיפול בתפקוד המיני (ראו סעיף 14 לתוספת הראשונה לחוק הנ"ל)".

העלויות המפורטות בחוות דעתו של ד"ר חירותי, ועלות הטיפול במסגרת הרפואה הציבורית, כמו גם הקושי והזמינות של טיפול בתחום זה בתחום הרפואה הציבורית והעובדה שטיפול באמצעות סרוגייט ניתן לקבל רק במסגרת פרטית, ראיתי להעריך את הפיצויים בגין הוצאות טיפול ושיקום מיני, בסכום גלובאלי של 200,000 ש"ח.¹⁶⁵ הקושי הטמון בפתרון זה הוא עלויותיהן הגבוהות של חוות הדעת השיקומיות המהווה חסם כלכלי בפני תובעים שידם אינה משגת זאת.

לסיכום פרק זה, נראה כי פיצויי המין השלימו מעגל מפיצוי למיסוד. שיקום וטיפול מיני מוכרים כיום כחלק לגיטימי ואינטגרלי משירותי הבריאות במדינת ישראל והצורך בהם נתפס כטריוויאלי על ידי בתי המשפט. עם זאת, מיסוד זה צמצם הלכה למעשה את היקף הטיפול הניתן לנפגעים על ידי הגבלתו לרף הממומן על ידי קופות החולים. בשורת הנורמליזציה הטמונה במיסוד השיקום המיני מביאה עימה קושי ראיתי ממשי בהוכחת צרכים שמעבר להיקף הממומן במסגרת קופות החולים. על מנת להתגבר על קשיים ראיתיים אלה, תובעים ותובעות נדרשים להגיש חוות דעת שיקומיות מתאימות.¹⁶⁶ כניסת המומחים השיקומיים בתחום הטיפול המיני הביאה לא רק להרחבת טווח הטיפולים שניתנו בגינם פיצויי מין, אלא היא גם אפשרה להוכיח כי הצרכים המיניים הממשיים עולים על היקף הטיפול הניתן במסגרת מערכת הבריאות.

עם זאת, פתרון זה מהווה חסם בפני עצמו עבור תובעים ותובעות, בשל העלויות הגבוהות הכרוכות בהגשת חוות דעת מעין אלה.

ז. בחזרה לפלוגי נ' מגדל: הזכות למיניות כהצדקה לפיצוי על פגיעה בתפקוד מיני

פסק דין **פלוגי נ' מגדל** משמש במובנים רבים כקו פרשת מים בסיפורם של פיצויי המין בישראל. ראשית, הוא מציג לראשונה את אפשרויות הפיצוי הקיימות ופורס תשתית דוקטרינרית לפסיקתן העתידית. אומנם, פסיקת פיצויי מין החלה מעל עשור לפני מתן פסק הדין וממשיכה שנים רבות אחריו, אך כפי שמחקרנו מראה, היא שינתה את פניה בעקבותיו. שנית, בהכירו בחשיבותה של המיניות בחייהם של נזוקים, גם לאחר פגיעה קשה, יצר פסק הדין בסיס רעיוני מוצק לפסיקת פיצוי בגין פגיעה בתפקוד מיני והצדקה נורמטיבית להרחבת ההכרה בזכות למיניות במשפט הישראלי, מעבר לזכות ההתייחדות של אסירים. שלישית, הוא תרם בעקיפין להכרה בזכויות מיניות של אנשים עם מוגבלויות. בפרק זה נתמקד בשני המובנים האחרונים ונטען כי הם מבססים את הצורך בהכרה משפטית במיניות כזכות אדם, כבסיס לפיצוי על פגיעה בתפקוד מיני ולהגנה על מיניותם של אנשים עם מוגבלויות.

פסק הדין של השופט ריבלין יצר בסיס רעיוני מוצק לפסיקת פיצויים בגין פגיעה בתפקוד מיני בהכירו בכך שמיניות היא חלק בלתי נפרד מחייו של אדם, גם לאחר פגיעה גופנית או נפשית משמעותית. למרות שפסל את הפיצוי בגין שירותי ליווי, הוא הכיר באופני הפיצוי האחרים ובעיקר נרמל את הטיפול והשיקום המיני על גווניהם. בכך, השווה הוא בין הטיפול והשיקום המיני לכל טיפול רפואי אחר.

¹⁶⁵ עניין **שירותי בריאות כללית**, לעיל ה"ש 134.

¹⁶⁶ כפי שהעמקת ההסתמכות על מומחים שיקומיים כלליים הביאה להרחבת מנעד הטיפולים והעזרים שתובעים יכולים לזכות לפיצוי בגינם, לעניין סמכותם של המומחים השיקומיים ראו למשל אליעזר ריבלין **תאונת הדרכים – תחולת החוק, סדרי הדין וחישוב פיצויים** פרק שני (מהדורה חמישית 2020).

אומנם, על התובעים הוטלה המשימה להוכיח את היקף צורכיהם, אך מבלי שיידרשו להוכיח מדוע טיפול בצרכים מיניים אלה הוא רלוונטי ונחוץ. אם בעידן שקדם לפסק הדין דחו בתי המשפט בקשות לפיצוי בגין טיפולי מין שונים בהיעדר צורך שכזה, הרי שבעידן שלאחריו דחו את הבקשות כי לא הוכח צורך לטיפולים מעבר למכסה שמספקת הקופה.¹⁶⁷ יתרה מזו, נרמול הטיפול והשיקום המיני נעשה תוך מזעור ההיבטים הטרגיים של הפגיעה בתפקוד המיני המצויים בבסיס הפיצוי בגין אובדן הנאה מינית, שכן הפגיעה אינה כרוכה באובדן קבוע, אלא היא בת שיקום וטיפול והמענה הפיצויי מתייחס למכלול ההיבטים של מיניות האדם – פיזיולוגיים, רגשיים, נפשיים וחברתיים.

בנוסף, פסק דינו של השופט ריבלין תרם לביסוס התפיסה שלפיה לנפגע ישנה זכות בסיסית לאינטימיות והנאה מינית, זכות שאין לשלול אותה גם לאחר הפיכתו לאדם עם מוגבלות. על אף שהשופט ריבלין אינו מציין במפורש את הזכות למיניות, פסיקתו מניחה את חשיבותה, כפי שניתן ללמוד מהמקורות שעליהם הוא משתית את החלטתו העוסקים בזכות למיניות בהקשר של זכות ההתייחדות של אסירים. ייתכן שריבלין נמנע מעיגון החלטתו בזכות למיניות בשל מעמדה הרעוע במשפט הישראלי. ועם זאת, דווקא בשל כך קביעותיו משמעותיות לצורך ביסוסה וחיזוק מעמדה המשפטי. אם נחזור לבחון את פסקי הדין של בית המשפט העליון העוסקים בזכות להתייחדות נראה שבעניין **וייל**, משנת 1986, בטרם חקיקת חוקי היסוד ותחילת העידן החוקתי במדינת ישראל, התייחס השופט אלון מפורשות למעמדה של המיניות כזכות אדם: "הזכות לקיום יחסי אישות ולהתייחדות עם בת הזוג זכות יסוד טבעית ואנושית היא לאדם באשר הוא שם".¹⁶⁸ לעומתו, נקט השופט חשין בקו מעורפל יותר כאשר דן בעניינו של יגאל **עמיר** באמצע שנות האלפיים, לאחר חקיקת חוק היסוד. שם, נמנע חשין במכוון מלהכריע בשאלת מעמדה החוקתי של הזכות למיניות,¹⁶⁹ אך המשיך את דרכו של אלון **בויל** בהגדירו אותה כזכות שקיומה "מובן הוא מאליו".¹⁷⁰

פסק הדין בעניין **פלוני נ' מגדל**, שניתן כשנה לאחר פסק הדין בעניין **עמיר**, הרחיב את הדיון המשפטי בזכות למיניות מעבר לחומות בתי הכלא והכיר בחשיבותה לכל אדם באשר הוא, לרבות אדם עם מוגבלות. אומנם, גם השופט ריבלין אינו מעניק לזכות למיניות מעמד חוקתי ברור ואינו קושר בינה לבין חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אך הזירה המשפטית שבה פעל אינה זירת המשפט הציבורי שזכויות האדם הן בליבה, אלא זירת המשפט הפרטי, במסגרת תביעה נזיקית שמטרתה פיצוי הניזוק והשבת המצב לקדמותו. על אף שההכרה העקיפה בזכות למיניות בעניין **פלוני נ' מגדל** נעדרת נופך חוקתי הצהרתי, היא בעלת משמעות אופרטיבית מעשית נמשכת בפסיקת הפיצויים הנזיקית מאז ועד היום. כך מעידה סקירת הפסיקה שממנה עולה שפסקי דין מאוחרים אמצו בפועל, במקרים רבים, את התפיסה שלפיה מיניות היא היבט מהותי בחיי הניזוק, אם כי צמצמו את הדיון לשאלות הקשורות

¹⁶⁷ עם כניסתו לתוקף של חוק ההתייעלות הכלכלית, הושת הטיפול בנפגעי תאונות דרכים על קופות החולים, ואילו חברות הביטוח מממנות ממועד זה את הטיפולים שמעבר למכסת הסל. משכך ישנו נטל מוגבר להוכיח כי ישנו צורך בטיפולים מעבר למכסה. חשוב לציין בעניין זה שסל הבריאות בתחום הטיפולים המיניים גדל עם השנים באופן משמעותי, הוכנסו טיפולים רבים החל מוויאגרה ודרך ייעוץ סקסולוגי ושיקומי, כך שצרכים וטיפולים רבים היו ממומנים במסגרת הסל ולא נכללו יותר מסיבה זו בפסיקה המאוחרת בתחום.

¹⁶⁸ ראו עניין **וייל**, לעיל ה"ש 26, בפס' 14 לפסק הדין של השופט אלון.

¹⁶⁹ עניין **עמיר**, לעיל ה"ש 30, בפס' 20–22 לפסק הדין של השופט חשין.

¹⁷⁰ שם, בפס' 21 לפסק הדין של השופט חשין.

בפגיעה, בצרכים ובמימון הטיפול, ולא המשיכו את דרכו של השופט ריבלין בביסוס ההכרה המשפטית בזכות למיניות.

לסיום חלק זה נבקש לחזור לטענתנו שלפיה פסק הדין **פלוני נ' מגדל** תרם בעקיפין להכרה בזכויות מיניות של אנשים עם מוגבלויות. בתחילת דברינו עמדנו על כך שדיני הנזיקין, שאותם כינינו דיני הנכייה, משקפים עמדות ותפיסות חברתיות ביחס לחייהם של אנשים עם מוגבלויות ולמקומם בחברה. דיני הפיצויים מבטאים את עלות החיים עם מוגבלות ואת אופק האפשרויות המדומיין של הנפגעת לאחר הפגיעה. כך, בענייננו, אובדן הנאה מינית מבטא תפיסה טרגית של אובדן האפשרות ליהנות מחיי מין; פיצוי בגין שירותי ליווי מניח אפשרות ליהנות מחיי מין, אך היעדר אופק ליחסים ואינטימיות; ואילו פיצוי בגין טיפול ושיקום מיני טומן בחובו הבנה עמוקה יותר של מיניות ומוגבלות על מכלול היבטיהן הפיזיים, הרגשיים והחברתיים.

ההתפתחויות בתחום פיצויי המין מאפשרות לדמיין חיים עם מוגבלות הכוללים חיי מין, במסגרת קשרים קצרי טווח או ארוכי טווח, שתכליתם עשויה להיות פרוין, אינטימיות או מימוש צורך טבעי. פסק הדין **פלוני נ' מגדל** ביסס את הפיצוי בגין פגיעה בתפקוד המיני על ההכרה בחשיבות המיניות בחיי הפרט שהפך לאדם עם מוגבלות לאחר האירוע הנזיקי. לפיכך, על אף הכרתו המוגבלת של פסק הדין בזכות למיניות, הוא משמש עוגן אפשרי להרחבת המשמעות העתידית של זכויות מיניות עבור אנשים עם מוגבלויות.

החיבור בין דיני הנזיקין לזכויות אנשים עם מוגבלויות אינו שכית, אך ניתן להצביע על כמה דוגמאות נוספות המעידות על הפוטנציאל הטמון בדיון ביחסים בין השניים. הבולט ביותר ביניהם הוא פסק הדין בעניין **המר**,¹⁷¹ שבו בוטלה עוולת החיים בעוולה בשל הפוגעות הטמונה בה כלפי אנשים עם מוגבלויות, שם פסק השופט ריבלין כי "הגדרת חייו של אדם בעל מוגבלות כ'נזק' אינה ראויה, אינה מוסרית ואינה אפשרית"¹⁷² וכי:

"הגדרת החיים עצמם – אף אם הם חיים במוגבלות – כנזק, והקביעה כי מוטב היה לו לאדם מסוים שלא היה נולד כלל, אוצרות בחובן פגיעה אסורה בתפיסה שלפיה לחיים יש ערך אינהרנטי, שאינו פוחת ובוודאי שאינו מתאיין בשל קיומו של מום או קיומה של מגבלה... תפיסה זו היא חלק חשוב והכרחי של אמונתנו והכרתנו בקדושת החיים, בערך האדם ובכבודו ובזכותם של אנשים בעלי מוגבלות לכבוד ולשוויון."¹⁷³

הקשר נוסף שבו ניכרת השפעתו הישירה של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות על הפיצוי בנזיקין הוא שאלת הפיצוי עבור דיור מוסדי או דיור ביתי. בעניין **אברהם** העמיק בית המשפט המחוזי בשאלת הפיצוי הראוי וקבע כי:

¹⁷¹ ע"א 1326/07 **המר נ' עמית** (נבו 28.5.2012).

¹⁷² שם, בפס' 27 לפסק הדין של השופט ריבלין.

¹⁷³ שם, בפס' 25 לפסק הדין של השופט ריבלין.

"כיום, לאחר חקיקת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, נראה כי גם המחוקק הישראלי בחר לבטא את אותה תפישה חברתית, לפיה מן הראוי שאנשים עם מוגבלות יהוו חלק מהקהילה וישתתפו בה באופן שוויוני ובכבוד."¹⁷⁴

בית המשפט הסיף וציטט מהצעת החוק שלפיה "הזכות למגורים בקהילה היא זכות על במערה זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות"¹⁷⁵ ואף הפנה למסמכים בין-לאומיים והתפתחויות גלובליות, כגון תנועת האל-מיסוד. מסגרת נורמטיבית זו הביאה את בית המשפט לקבוע אמות מידה לצורך קביעת מקום מגוריה של התובעת לעת בגרותה, ביניהן עצמאות, פרטיות והשתלבות בחברה.¹⁷⁶

בשלושת פסקי הדין שהזכרנו השאלה התאורטית-דוקטרינרית שהעסיקה את בית המשפט היא שאלת השבת המצב לקדמותו. דהיינו, האם וכיצד ניתן להעמיד את הניזוק במקום שבו היה אלמלא המעשה הנזיקי באמצעות תשלום כספי. אך השבת המצב לקדמותו אינה נטולת הקשר. כדבריו של השופט ריבלין ב**פלוני נ' מגדל**: "עקרון השבת המצב לקדמותו אינו עומד בדד ואינו פועל בחלל ריק. השבת המצב לקדמותו אינה יכולה להיעשות – ולא ראוי לה שתיעשה – במנותק מן החברה שבה שורר אותו "מצב" ומן העקרונות הכלליים המקובלים בה."¹⁷⁷

שלושת פסקי הדין מעידים כיצד השינויים בתפיסות החברתיות ביחס למוגבלות משפיעים על יישום עקרון השבת המצב לקדמותו וכיצד יישומה של שפת זכויות, בין אם זכויות אנשים עם מוגבלויות ובין אם זכויות אדם רחבות, מקדם פסיקה ערכית בדיני הנזיקין. פסיקה כזו רואה בנפגע אדם עם מוגבלות שהחיים הצפויים לו אינם בהכרח חיי אובדן, סבל, כאב ובידוד חברתי, אלא כמי שפיצויים ראויים יאפשרו לו לחיות חיים מלאים שיש בהם גם עונג והנאה.

לפיכך, על מנת לבסס באופן מלא את פיצויי המין בדיני הנזיקין נדרשת הבנה מקיפה של מיניות בצד מחויבות מעמיקה לזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות והכרה בהצטלבות בין השתיים. הפנמת רעיונות אלה תביא עימה הרחבה והעמקה של פיצויי המין כך שיותאמו לכל סוגי המוגבלויות והנכויות, יענו להיבטים הפיזיים, הנפשיים והחברתיים של המיניות ויכירו במיניותם של אנשים עם מוגבלויות כמקור להנאה ועונג, כצורך וכזכות.

ח. סיכום

פסק דינו של השופט ריבלין בעניין **פלוני נ' מגדל** שימש אותנו כזכוכית מגדלת לבחינת ההתפתחויות בתחום פיצויי המין בדיני הנזיקין בישראל ולשרטט כיוונים עתידיים. מאמרנו מראה כיצד פסק הדין עיצב את הפיצוי הנזיקי בתחום הפגיעה בתפקוד המיני, הביא עימו שינויים דוקטרינריים ומעשיים וכן הציב בקדמת הבמה את חשיבותה של המיניות ומקומה בחיי האדם והכיר במשתמע במיניותם של אנשים עם מוגבלויות. פסק הדין גם פתח חלון להכרה בזכות למיניות במובנה הרחב, כיוון נורמטיבי שלא מומש וראוי לפיתוח והעמקה.

¹⁷⁴ עניין **אברהם**, לעיל ה"ש 121.

¹⁷⁵ שם, בפס' 30 לפסק הדין של השופט רביד.

¹⁷⁶ שם, בפס' 36–37, 44 לפסק הדין של השופט רביד.

¹⁷⁷ עניין **פלוני נ' מגדל**, לעיל ה"ש 1, בפס' 19 לפסק הדין של השופט ריבלין.

פתחנו את המאמר עם פריסת המסגרת התאורטית שבבסיס מחקר זה, הבוחנת את מקומן של המיניות והמוגבלות בדיני הנזיקין, כולל התפיסות הרווחות בנוגע למיניותם של אנשים עם מוגבלויות. לאחר מכן התעמקנו בפרשת **פלוני נ' מגדל** מראשיתה בבית המשפט המחוזי ועד לעיקרי פסק דינו של השופט ריבלין. על בסיס אלה הצגנו את המחקר האמפירי שנועד להתחקות אחר דפוסי השינוי בפסיקת פיצויי המין בבתי המשפט המחוזיים ולזהות את מקומו של פסק דין **פלוני נ' מגדל** על ציר השינוי לאורך זמן. ממצאי המחקר הציגו תמונה עשירה ומורכבת הכוללת עלייה בשיעור פיצויי המין עד לפסק דין **פלוני נ' מגדל** וירידה בשיעורם לאחריו, תוך ניתוח דפוסי השינוי והמאפיינים של כל אחד מראשי הנזק לאורך זמן, כולל שאלות של גיל ומגדר, ובחינת האופן שבו הם משקפים תפיסות שונות בנוגע למיניותם של אנשים עם מוגבלויות. עוד הראינו שההתפתחויות בתחום פיצויי המין הושפעו ממגמות מקבילות של מיסוד הטיפול והשיקום המיני במערכת הבריאות והשפעתן על הפיצוי הנזיקי. לסיום, השלמנו מעגל וחזרנו לבחון את מורשתו הרעיונית, הערכית והנורמטיבית של פסק הדין, מעבר למורשתו הדוקטרינרית, והתשתית שהניח לפסיקת פיצויי מין המבוססת על תפיסה רחבה של מיניות ומוגבלות. מחקרנו חשף את קיומם של ארבעה ראשי הנזק שונים בתחום פיצויי המין ועמד על מאפייניהם הייחודיים והשינויים שחלו בהם לאורך זמן: מעלייתו ודעיכתו של הפיצוי בגין אובדן הנאה מינית, דרך מרכזיותו וירידתו של הפיצוי בגין הוצאות רפואיות, האיסור על הפיצוי בגין שירותי ליווי והדומיננטיות הנמשכת של הפיצוי בגין שיקום מיני. לפסק הדין בעניין **פלוני נ' מגדל** היה תפקיד משמעותי בהתפתחויות אלה שכן הוא הביא להיעלמותו של הפיצוי בגין שירותי ליווי ולעליתו של הפיצוי בגין שיקום מיני. בצד זאת, האמירות הנורמטיביות בדבר חשיבותה של המיניות בחיי האדם ופוטנציאל ההכרה בה כזכות אדם לא באו לידי ביטוי בפסיקה המאוחרת. השינויים הנמשכים בתפיסות החברתיות ביחס למוגבלות ומיניות הבאים לידי ביטוי בהתבססות הטיפול והשיקום המיני בפסיקה ובמדיניות הבריאות מדגישים את הצורך בקריאה מחודשת של פסק הדין בעניין **פלוני נ' מגדל** ובאימוץ תפיסת העולם המוצגת בו כהצדקה רעיונית להמשך פסיקת פיצויי מין במשפט הישראלי. תפיסת עולם זו תיטיב לא רק עם תובעים שנפגעו בתאונות נזיקיות, אלא גם עם נפגעי ונפגעות עולות מין, כגון אונס או תקיפה מינית, אשר זקוקות לטיפול ושיקום מיני בעקבות הפגיעה בהן, כפי שהחל לעשות בית המשפט בעניין **וואלעס**.¹⁷⁸

מעבר לכך, פסק הדין בעניין **פלוני נ' מגדל** יכול להוות דוגמה וצעד ראשון לקראת ביסוסה של תפיסה חיובית של מיניות בכלל ושל אנשים עם מוגבלויות בפרט. פיצוי המבוסס על תפיסה זו יכלול התייחסות לממדים השונים של המוגבלות ולהשפעות האפשריות של הנזק על מיניותו ותפקודו המיני של הנזוק, כולל טיפולים תרופתיים, שיקום פיזי ורגשי, הדרכה, חינוך וטכנולוגיה מסייעת וכן פיתוח מיומנויות חברתיות ואינטימיות. השיקום והטיפול המיני המוצעים כיום במסגרת סל הבריאות הם מוגבלים בהיקפם, בדומה לטיפולים אחרים ואולי אף פחותים מהם. ביסוס הפסיקה על העקרונות שהותוו על ידי השופט ריבלין יכיר בנחיצותם של טיפולים מיניים בהתאם לצרכיו האישיים של כל נזוק, ולא בהתאם לנכונות המימון של מערכת הבריאות, ואולי בהמשך יוביל להרחבת הכיסוי הניתן על ידה.

¹⁷⁸ עניין **וואלעס**, לעיל ה"ש 42.

תפקידם של דיני הנזיקין במקרים הכרוכים בפיצויי מין הוא לבטא ואולי אף לקדם גישה רחבה והוליסטית למיניות ומוגבלות המבוססת על הכרה בזכויות המיניות של אנשים עם מוגבלויות. אנו קוראות להכרה משפטית בחשיבותה של המיניות בחייהם של אנשים עם וללא מוגבלות והענקת הגנה משפטית על היבטים בה הראויים להגנה, כגון הפגיעה בתפקוד המיני בדיני הנזיקין.